



منشورات جامعة دمشق
كلية الشريعة



المدخل الى علم القانون



الدكتور
محمد حاتم البيات
أستاذ في قسم القانون الخاص

الدكتور
محمد واصل
أستاذ في قسم القانون الخاص



المدخل إلى علم القانون

Damascus University



السنة: الثانية



منشورات جامعة دمشق

كلية الشريعة

المدخل إلى علم القانون

الدكتور

محمد حاتم البيات

أستاذ في قسم القانون الخاص

الدكتور

محمد واصل

أستاذ في قسم القانون الخاص

١٤٣٧ - ١٤٣٨ هـ

٢٠١٦ - ٢٠١٧ م

جامعة دمشق

رقم الصفحة	الموضوع
٥	المقدمة
١٣	القسم الأول: نظرية القانون
١٩	الباب الأول: القانون وتقسيماته
٢١	الفصل الأول: القانون والقاعدة القانونية
٢٢	المبحث الأول: التعاريف المتداولة للقانون
٢٢	المطلب الأول: التعريف اللغوي للقانون
٢٣	المطلب الثاني: التعريف الاصطلاحي للقانون
٢٦	المبحث الثاني: القاعدة القانونية
٢٧	المطلب الأول: خصائص القاعدة القانونية
٣٥	المطلب الثاني: أنواع القاعدة القانونية
٤٧	الفصل الثاني: صلة القانون بالعلوم الأخرى
٤٨	المبحث الأول: علاقة القانون بالتاريخ والفلسفة
٤٩	المطلب الأول: علاقة القانون بالتاريخ
٤٩	المطلب الثاني: علاقة القانون بالفلسفة
٥١	المبحث الثاني: علاقة القانون بعلم الاجتماع والاقتصاد
٥١	المطلب الأول: علاقة القانون بعلم الاجتماع والعلاقات الاجتماعية
٥٤	المطلب الثاني: علاقة القانون بالاقتصاد
٥٥	المبحث الثالث: علاقة القانون بالأخلاق والدين
٥٥	المطلب الأول: علاقة القانون بالأخلاق
٥٧	المطلب الثاني: علاقة القانون بالدين
٦١	الفصل الثالث: تقسيمات القانون

الفهرس	
الموضوع	رقم الصفحة
المبحث الأول: القانون العام وفروعه	٦٣
المطلب الأول: القانون العام الدولي	٦٣
المطلب الثاني: القانون الدستوري	٦٦
المطلب الثالث: القانون الإداري	٦٩
المطلب الرابع: القانون المالي	٧١
المطلب الخامس: قانون التنظيم القضائي	٧٣
المطلب السادس: القانون الجزائي	٧٤
المبحث الثاني: القانون الخاص وفروعه	٧٧
المطلب الأول: القانون المدني	٧٧
المطلب الثاني: قانون الأحوال الشخصية	٨٠
المطلب الثالث: قانون الأحوال المدنية	٨١
المطلب الرابع: القانون التجاري	٨٢
المطلب الخامس: قانون العمل	٨٤
المطلب السادس: قانون العلاقات الزراعية	٨٥
المطلب السابع: قانون أصول المحاكمات المدنية	٨٦
المطلب الثامن: القانون الدولي الخاص	٨٨
المبحث الثالث: الموازنة بين القانون العام والقانون الخاص	٩٠
المطلب الأول: التمييز بين القانون العام والقانون الخاص	٩٠
المطلب الثاني: أهمية التفريق بين القانون العام والقانون الخاص	٩٣
الباب الثاني: مصادر القانون	٩٩
الفصل الأول: مصادر القانون التشريعية	١٠٥
المبحث الأول: تعريف التشريع وخصائصه	١٠٦
المطلب الأول: تعريف التشريع	١٠٦
المطلب الثاني: خصائص التشريع ومزاياه	١٠٧

الفهرس	
الموضوع	رقم الصفحة
المبحث الثاني: أنواع التشريع وسننه	١١١
المطلب الأول: التشريع الدستوري	١١٢
المطلب الثاني: التشريع العادي (البرلماني)	١١٧
المطلب الثالث: التشريع الحكومي	١٢٣
المبحث الثالث: نفاذ التشريع وإلغائه	١٣٥
المطلب الأول: نفاذ التشريع	١٣٥
المطلب الثاني: إلغاء التشريع	١٤١
المبحث الرابع: صياغة التشريع	١٤٧
المطلب الأول: مفهوم الصياغة التشريعية	١٤٧
المطلب الثاني: أنواع الصياغة التشريعية	١٤٩
المطلب الثالث: طرق الصياغة التشريعية	١٥٠
الفصل الثاني: مصادر القانون غير التشريعية	١٥٣
المبحث الأول: مصادر الشريعة الإسلامية	١٥٥
المطلب الأول: مضمون المبادئ العامة للشريعة الإسلامية	١٥٦
المطلب الثاني: مجال تطبيق المبادئ العامة للشريعة الإسلامية	١٥٨
المبحث الثاني: العرف	١٦٠
المطلب الأول: العرف وأركانه وأنواعه	١٦٠
المطلب الثاني: إثبات العرف ودوره	١٦٨
المطلب الثالث: مزايا العرف وعيوبه	١٧١
المبحث الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة	١٧٥
المطلب الأول: القانون الطبيعي	١٧٥
المطلب الثاني: قواعد العدالة	١٨١
المبحث الرابع: القضاء والفقه	١٨٣
المطلب الأول: القضاء مصدر من مصادر القانون	١٨٣

الفهرس	
الموضوع	رقم الصفحة
المطلب الثاني: الفقه	١٨٦
الباب الثالث: تفسير القانون وتطبيقاته	١٩١
الفصل الأول: تفسير القانون	١٩٣
المبحث الأول: مفهوم التفسير وأنواعه	١٩٤
المطلب الأول: ماهية تفسير القانون	١٩٤
المطلب الثاني: أنواع التفسير	٢٠٠
المبحث الثاني: المدارس المعتمدة في تفسير القانون	٢٠٩
المطلب الأول: مدرسة الشرح على المتون	٢٠٩
المطلب الثاني: المدرسة التاريخية	٢١٣
المطلب الثالث: المدرسة العلمية	٢١٧
المبحث الثالث: طرق تفسير القانون	٢٢٢
المطلب الأول: التفسير اللفظي للنصوص	٢٢٣
المطلب الثاني: التفسير المنطقي للنصوص	٢٣٢
الفصل الثاني: تطبيق القانون	٢٤٧
المبحث الأول: تطبيق القانون من حيث الأشخاص	٢٤٩
المطلب الأول: الأشخاص المخاطبون بالقانون	٢٤٩
المطلب الثاني: السلطة التي تقوم على تطبيق القانون	٢٥٠
المبحث الثاني: تطبيق القانون من حيث المكان	٢٦٠
المطلب الأول: مبدأ إقليمية القوانين	٢٦٠
المطلب الثاني: مبدأ شخصية القوانين	٢٦٢
المطلب الثالث: استثناءات من مبدأ إقليمية القانون	٢٦٣
المبحث الثالث: تطبيق القانون من حيث الزمان	٢٦٦
المطلب الأول: مبدأ عدم رجعية القانون	٢٦٨
المطلب الثاني: النظريات المعتمدة في حل مشكلة تنازع القوانين	٢٧٢

الفهرس	
الموضوع	رقم الصفحة
المطلب الثالث: الحلول الوضعية في تنازع القوانين	٢٨٥
القسم الثاني: نظرية الحق	٣٠١
الباب الأول: الحق وأنواع الحقوق	٣٠٥
الفصل الأول: التعريف بالحق أو مدلول الحق	٣٠٧
الفصل الثاني: أقسام الحق	٣١١
المبحث الأول: أقسام الحقوق في الفقه القانوني	٣١١
المطلب الأول: الحقوق السياسية	٣١١
المطلب الثاني: الحقوق غير السياسية (الحقوق المدنية)	٣١٢
الفرع الأول: الحقوق الشخصية	٣١٣
الفرع الثاني: الحقوق الخاصة وأنواعها	٣٤٠
المبحث الثاني: المقارنة بين صفات الحق العيني وصفات الحق الشخصي	٣٥٥
الباب الثاني: أركان الحق	٣٦١
الفصل الأول: الشخص الطبيعي	٣٦٣
المبحث الأول: بداية ونهاية الشخص الطبيعي	٣٦٤
المبحث الثاني: بداية الشخصية ونهايتها	٣٦٥
المبحث الثالث: ميزات الشخصية	٣٦٩
الفصل الثاني: الشخص الاعتباري	٣٨٩
المبحث الأول: مفهوم الشخص الاعتباري	٣٩٠
المبحث الثاني: الحقوق الملازمة للشخص الاعتباري	٤١٤
الباب الثالث: مضمون الحق	٤٣٧
الفصل الأول: تقسيم الأشياء	٤٤١
المبحث الأول: تقسيم الأشياء إلى منقولة وثابتة	٤٤١
المطلب الأول: العقارات	٤٤٢
المطلب الثاني: المنقولات	٤٤٩

الفهرس	
الموضوع	رقم الصفحة
المبحث الثاني: تقسيمات الأشياء في القانون المدني	٤٥١
المطلب الأول: الأشياء الاستهلاكية والأشياء الاستعمالية	٤٥٢
المطلب الثاني: الأشياء المثلية والأشياء القيمية	٤٥٢
المطلب الثالث: لتقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية آثار عديدة	٤٥٣
المبحث الثالث: تقسيمات لأشياء لم يتعرض لها القانون المدني	٤٥٤
المبحث الرابع: آثار التمييز بين العقار والمنقول	٤٥٥
الفصل الثاني: التصرف في استعمال الحق	٤٥٩
المبحث الأول: استعمال الحق بوجه مشروع	٤٥٩
المبحث الثاني: استعمال الحق بوجه غير مشروع	٤٦٢
المراجع باللغة العربية	٤٦٩
المراجع باللغة الفرنسية	٤٧٨

مقدمة:

القانون لا يقوم إلا إذا كان هناك حق، والحق لا يقوم إلا إذا كان هناك قانون يحميه. فهما مصطلحان متلازمان، وبيقان من حيث المآل قيمة إنسانية وأخلاقية، فالقانون قواعد سلوك تحتاج إلى ضبط وتنظيم من أجل احترام قيمة الحق بوصفه يمثل الحرية والعدل والمساواة.

لذلك يقوم الحق والعدل على أساس واحد يسمى القانون، فالقانون رافق البشرية منذ وجودها، وإذا غاب القانون اختل ميزان الحياة، وانعدم الأمن على الأرض، وساد حكم الأقوى. فكل موجود قانونه، ولكل نوع من أنواع الوجود قانونه، ويتم الدخول إلى كل علم عبر باب رئيس يسمى مدخلاً يتم من خلاله معرفة الأسس التي يقوم عليها العلم، وبيان الخصائص التي يتميز بها عن غيره من العلوم الأخرى، فهو يشرح الأفكار الرئيسية، ويعرض القواعد العامة التي يقوم عليها، فالمدخل إلى علم القانون هو هيكلة الخطوط العريضة لذلك العلم لتكون بمثابة الأساس المتين المترابط الذي يسهل للطالب والباحث والدارس تفاصيل ذلك العلم عند الدخول إلى فروعه وتقسيماته المتعددة، وفهم النظريات المختلفة التي تحكم تلك التفصيلات.

لذا، يؤلف المدخل دراسة تمهيدية وشرحاً للمبادئ العامة المشتركة في العلوم القانونية، والمدخل إلى علم القانون ليس مرتبطاً بفرع معين من فروع القانون التي تنتظم جميعها في إطار عام. هو النظام القانوني للدولة، لأنه يرتبط بكل فروع النظام القانوني فيها، فهو يمهد للفروع القانونية جميعها، وإن جرت العادة أن يدرس المدخل إلى علم القانون أو علم الحقوق في مقررات القانون المدني، وأن السبب الرئيس يعود إلى ورود قواعد عامة في الأحكام العامة للقانون المذكور مع الأخذ بالحسبان أن القانون المدني هو القانون الوطني العام الذي اختص بأغلب المبادئ

والقواعد العامة التي تدخل الدراسة التمهيدية للقانون بشكل عام، وأن النظام القانوني في أي دولة بما يشمل من القانون العام والقانون الخاص بفروعهما يقوم على أسس ومبادئ ونظريات عامة، تستخدم فيها تعبيرات ومصطلحات قانونية مشتركة، لها مدلولات ثابتة لا تتغير، وهي موضوع المدخل إلى العلوم القانونية. لذا، تُدرّس مقدمة القانون المدني في قسمين، أو في نظريتين، تسمى الأولى نظرية القانون، وتسمى الثانية نظرية الحق وفق الآتي:

القسم الأول: نظرية القانون.

القسم الثاني: نظرية الحق.

القسم الأول
نظرية القانون



القسم الأول

نظرية القانون

تمهيد:

يتناول القسم الأول من المدخل إلى علم القانون نظرية القانون أو فكرة القانون، ولن نذهب بعيداً في هذا الموضوع للبحث في تاريخ وجود القانون وعن الوظائف التي قام بها خلال رحلته التاريخية الطويلة، وعن وظيفته الحالية والمستقبلية، لأن تاريخ القانون هو تاريخ الوجود، وأن وظيفته في كثير من الأحيان كانت الحفاظ على وجود الأقوى، ولن نتعمق في فلسفة القانون وأصل وجوده وأسباب هذه الفكرة، بل سنحاول أن نتعرف من خلال هذا الكتاب على فكرة القانون بذاته وبيان غايته، وبيان معنى القاعدة القانونية وأنواع القواعد القانونية، والتقسيمات المختلفة لفروع القانون، وإقامة بعض الفروقات بين قواعد تلك الأقسام، ونبحث في مصادر القاعدة القانونية سواء من خلال التشريع أو من خلال قواعد الشريعة أو العرف، أو من خلال قوانين الطبيعة، ويمكن أن نجد أساس بعض المصادر هو قواعد الخير المشترك لبني الإنسان المتمثلة في العدل، وعلى ذلك سوف نعرض للموضوع في الأبواب الأربعة الآتية:

الباب الأول: مفهوم القانون وتقسيماته.

الباب الثاني: مصادر القانون.

الباب الثالث: تفسير القانون وتطبيقه.







الباب الأول

القانون وتقسيماته

la Loi et sa division

تمهيد:

يعد القانون ضرورة اجتماعية إنسانية وحياتية لأنه ما من أحد يستطيع أن يعيش منعزلاً بعيداً عن بني جنسه، وأن الحياة الاجتماعية والاقتصادية، وإدارة تلك الحياة ومنع التعدي على الثروة، وإقامة السلم والأمن داخل المجتمعات والدول مع تعدد الحاجات والطلبات والإمكانيات، والاكتشافات، وضمان الطرق المؤدية إلى النتائج السليمة دون مزاحمة، أو تعدد، اقتضى التدخل بمجموعة من القواعد لضبط السلوك كي يقف كل صاحب حق عند حدود حقه فلا يتعسف ولا يعتدي، مع إعطائه سلطة الدفاع عن حقه في الوقت ذاته، وقد أطلق على تلك القواعد اسم القانون، ولذلك يعد القانون حاجة تنظيمية أساسية تبدأ مع الفرد والأسرة والقبيلة وتنتهي بتنظيم المجتمع والدولة ثم تنتهي بترتيب العلاقات بين الدول وصولاً إلى الأمم المتحدة وما يتفرع عنها وعلاقاتها بجميع الدولة وذلك تأكيداً وترسيخاً لفكرة الأمن والسلم الدوليين.

لذا، تقتضي معرفة عالم القانون أو الحقوق معرفة بعض المفاهيم والمقدمات الأساسية التي يبني عليها هذا العالم الذي يحكم شتى العلاقات التي تنشأ بين الدول، أو داخل الدولة الواحدة، وينظم كل المجالات في الأرض والبحر والجو، وفي الزمان أيضاً، ومعرفة القانون تعني عرض بعض التعريفات المتداولة، والبحث قليلاً في فلسفته، وأصله، ونشأته، وبيان وظيفته، وخصائص القاعدة القانونية التي تتميز بها عن غيرها من القواعد المتعلقة باللغة أو الدين، وبيان نطاق تطبيقه وذلك في الفصول الآتية:

الفصل الأول: القانون والقاعدة القانونية.

الفصل الثاني: القانون وصلته بالعلوم الأخرى

الفصل الثالث: تقسيمات القانون.



الفصل الأول

القانون والقاعدة القانونية

la Loi et la règle de loi

تمهيد:

يتطلب المدخل إلى علم القانون التعرف على فكرة القانون، سواء من حيث المعنى الواسع أو المعنى الضيق، وتحديد وظيفته الأساسية التي أدت إلى ضرورته في الدولة والمجتمع سواء على الصعيد الوطني أو على الصعيد الدولي، ثم بيان معنى القاعدة القانونية وتحديد مدلولها، وبيان خصائصها وأصلها وفلسفتها، ومن ثم بيان صلة القانون بالعلوم الأخرى بحسبان أن القانون هو منطق وحل في دائرة المجتمع وفي العلاقات بكل أشكالها وأنواعها وعلى أي صعيد قامت، كما أن الرياضيات هي منطق وحل في مجال العلوم التطبيقية لا يمكن الاستغناء عنها، ونبين في هذا التمهيد أن عبارة القانون التي هي باللغة الفرنسية (Loi) سوف نقصد منها عبارة (Le droit) أينما وردت لأن اسم الكلية هو كلية الحقوق وليس كلية القانون كما هو عليه الأمر في بعض الدول التي لا ترغب بإطلاق اسم كلية الحقوق على هذا التخصص، ولاسيما في الدول التي تعتقد أنها تطبق شريعة إسلامية، بحسبان أن مصدر الحقوق هو الله وحده. ونعرض هذا الفصل في الأبحاث وفق الآتي:

المبحث الأول: التعاريف المتداولة للقانون

المبحث الثاني: تصنيف القواعد القانونية.

المبحث الأول

التعريف المتداولة للقانون

يهدف القانون إلى تنظيم حركة الدولة والمجتمع والأفراد بهدف تحقيق الخير للجميع، ومنع التضارب بين المصالح، وإقامة التوازن بينها من أجل منع الاعتداء والتعسف، وصيانة الحريات. فغاية القانون بالدرجة الأولى حماية الحقوق أو رعاية المصالح، وتختلف تعريفات القانون بين الفقهاء لأن المشرع لم يضع تعريفاً واضحاً له. لذلك سنعرض للمعنى اللغوي، ومن ثم للمعنى الاصطلاحي سواء بالمعنى الواسع، أو بالمعنى الضيق وفق الآتي:

المطلب الأول

التعريف اللغوي للقانون

جاء في لسان العرب أن قانون كل شيء هو طريقه ومقياسه، وأن القوانين تعني الأصول، وأن الواحد منها قانونٌ وهي في الأصل غير عربية^١، وجاء في القاموس المحيط أيضاً أن كلمة قانون تعني مقياس كل شيء، وجمعه قوانين، وأن القَنن تعني السَنن^٢، وهي جمع سنَّة، والسنَّة هي الطريق أو المبدأ أو العقيدة، وقال الرسول (ص): (وَسَنَنْتُ لَكُمْ سُنَّةً فَاتَّبِعُوهَا)، ويقال لك سَنَنَ الطريق وسُنَّته وسُنَّته أي جهته^٣، وتعد كلمة قانون مشتقة من اليونانية من كلمة (kanon) وتعني في اللغة المذكورة (العصا المستقيمة) وهم يعبرون عنها مجازاً بالقاعدة أي

١- ابن منظور - لسان العرب - حرف (القاف).

٢ - الفيروز آبادي - القاموس المحيط فصل (قن).

٣ - ابن منظور - لسان العرب - حرف (السين)

(Regula) وهي تعني أيضاً الخط المستقيم الذي لا يكون منحنيّاً أو منكسراً وذلك للدلالة على الاستقامة (la Rectitude)، والصراحة (la Franchise)، والنزاهة (la Loyauté) في العلاقات التي تنشأ بين الناس في المجتمع، لذلك فإن كلمة قانون تستعمل معياراً لمقياس سلوك الأفراد ومدى انحرافهم عن الصراط المستقيم، وإجبارهم على العودة عن الانحراف إلى طريق القانون المستقيم، ومع ذلك فإن للقانون معاني أخرى عديدة في الاصطلاح أو في المدلول.

المطلب الثاني

التعريف الاصطلاحي للقانون

يجد المعنى الاصطلاحي للقانون نفسه في المعنى اللغوي إذ إنّه هو طريق ومقياس لكل شيء، فهناك قانون للطبيعة، وآخر لكل نوع من أنواع العلوم، سواء منها الرياضية أو الاقتصادية أو الاجتماعية. فنقول قانون الجاذبية، وقانون العطالة، وقانون العرض والطلب، وقانون الغاب. إلّا أن القانون بالمعنى الاصطلاحي العام هو مجموعة القواعد التي تحكم السلوك الفردي والسلوك العام وتجعل الجميع يخضعون لها، ومع هذا فإن للقانون معنى عاماً وآخر خاصاً حتى في مجال العلوم القانونية ذاتها وفق الآتي:

أولاً- المعنى الخاص للقانون:

ينصرف مصطلح القانون بالمعنى الخاص إلى التشريع الذي يصدر عن السلطة المخولة بذلك وفق النظام السائد فيها، وهو يعني في هذه الحالة مجموعة القواعد التشريعية التي تحكم في مجال معين أو نشاط محدد كقانون العمل، وقانون

٤ - د. توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق - الدار الجامعة - بيروت لبنان

الضرائب، وقانون تنظيم الجامعات، وقانون الجامعات الخاصة، وقانون الجمعيات السكنية، وقد يقال أيضاً من أجل الدلالة على فرع من فروع القانون. فنقول أيضاً القانون المدني، والقانون التجاري، والقانون الإداري. هذا وقد يأتي بمعنى أنه مجموعة القوانين المتعلقة بفرع من فروع القانون، والتي تنظم مجالاً واحداً من الساحات المتعددة للمجتمع كتلك المتعلقة بحمايته والحفاظ على سلامته من كل اعتداء كالقوانين الجزائية أو العقابية مثل (قانون العقوبات وقانون أصول المحاكمات الجزائية، وقانون السجون، وقانون الأحداث الجانحين)، وجميع النصوص الواردة في قوانين أخرى، كما تستعمل كلمة (قانون) للإشارة إلى نصوص، مثل: قانون (Loi) أو مرسوم تشريعي (Décret)، أو مرسوم تنظيمي (Décret règlement)، أو مجرد أمر (Ordnance) صادر عن سلطة مختصة بإصداره. كما يمكن أن يقال عن القانون إنه مجموعة القواعد التي يضعها المشرع لتنظيم علاقات محددة، ويسمى عندئذ بالقانون الوضعي (Droit Positif)، ويمكن أن نسميه أيضاً بالنظام القانوني أي ((مجموعة التشريعات وملحقاتها من تعليمات وأنظمة التي تصدر في دولة معينة في زمن محدد))، وفي هذه الحالة يعني مجموعة القواعد التي تنظم وتحكم العلاقات التي تنشأ في زمن معين وفي مكان محدد، وذلك مقابل الحقوق الذاتية التي يتمتع بها الأشخاص التي تسمى (Droit subjective) الذي يحكم جميع العلاقات، وهو سابق على وجود الجماعة، وعلى الجميع أن يخضعوا له بوصفه القانون الموجود مع قيام الوجود، وحتى قيام الساعة، وأساسه الخير والفضيلة السليمة للبشر والعدل والرحمة، وأن بعض الدول قد أخذت القانون في هذا المعنى. حيث تم تعريف (القانون) بموجب قانون سمي قانون التفسيرات والنصوص العامة بأنه: ((أي تشريع أو نظام أو أي مرسوم

سلطاني وأي قرار سلطاني ذي طبيعة تشريعية وكل اللوائح والقواعد التشريعية الصادرة بموجب أي قانون))، ولم نجد مثل هذا التعريف في الدول الأخرى^٥.

ثانياً - المعنى العام للقانون:

تمّ عرض أفكاراً عامة عن مدلول كلمة (قانون) إلا أن المعنى الذي نأخذ به في هذا الموضوع هو القانون بالمعنى الواسع والذي يشير إلى مجموعة القواعد التي تحكم السلوك وتنظم العلاقات السائدة في دولة معينة في زمن معين، وهي بذلك تتصرف إلى كل القواعد التي يستعين بها القاضي من أجل الفصل في نزاع معروض عليه، وبالتالي تتصرف إلى النصوص التشريعية سواء صدر عن مجلس الشعب، أو عن رئيس الجمهورية، أو أعمال تنظيمية صادرة بناءً على نص تشريعي أو بتفويض تشريعي، ويضاف إليها قواعد الشريعة الإسلامية (القانون الإسلامي) عند عدم وجود نص تشريعي، وقواعد العرف، ومبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة، وبسبب صعوبة تحديد معنى مصطلح القانون يرى بعض الفقهاء عدم التسرع في وضع تعريف له، وتأخير ذلك إلى ما بعد بيان صلة القانون بالعلوم الأخرى لأنه مع ذلك ككل علم يحتاج إلى خريطة طريق لتوضيح المعالم ومحاولة وضع تعريف من أجل بيان العناصر والسمات المميزة، ومع ذلك نجد تعريفات متعددة للقانون بالمعنى الاصطلاحي محل الدراسة والبحث منها ما يقول إنّ الحقوق هي: ((مجموعة الضوابط الإلزامية المفروضة على الناس في حياتهم الاجتماعية بغية تحقيق الطمأنينة الفردية والانسجام العام وتتجلى بقواعد ومؤسسات حقوقية))^٦، أو هو (مجموع القواعد التي تقيم نظام المجتمع فتحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم فيه والتي تتاط كفالة احترامه، بما تملكه السلطة العامة في

٥ - انظر: المادة (٣) من المرسوم السلطاني رقم (٣) لسنة ١٩٧٣ - ملحق الجريدة الرسمية رقم (٢٥) تاريخ ١/١١/١٩٧٣.

٦ - د. عدنان القوتلي - الوجيز في الحقوق المدنية - الجزء الأول - الطبعة الثالثة - مطبعة جامعة دمشق - ١٩٥٧ - ص ٩٧.

المجتمع من قوة الجبر والإلزام)^٧، وعُرف بعضهم القاعدة القانونية بأنها (التي تنظم سلوك الناس في المجتمع بطريقة عامة ومجردة ويلتزم الأفراد بإتباعها عن طريق توقيع جزاء مادي جماعي)^٨، أو هي مجموعة القواعد العامة المجردة الثابتة والمتحركة التي تنظم حركة الدولة والمجتمع وعلاقات الأفراد سواء فيما بينهم، أو فيما بينهم وبين الدول وأشخاصها، ويلزم الجميع باحترامها والعمل بها وفق طبيعة كل منها، وذلك بهدف إقامة النظام، وتأمين استقرار التعامل، وضمان الحقوق والحريات وتنمية القدرات في الأمة بجعل كل شخص غفير.

المبحث الثاني

القاعدة القانونية

Les règles de loi

عُرف القانون بأنه قواعد تنظيم وضبط للسلوك بغية إقامة الأمن والسلم في المجتمع، ومنع التعدي ووقف الاعتداء وإزالة آثاره، بمعنى آخر أنه مجموعة قواعد تتولى هذه المهمة. لذلك تتميز القاعدة القانونية بمجموعة من الخصائص المحددة التي تبين متى نقول عن أمر ما يصدر عن السلطات في الدولة، أو يقوم الأشخاص باحترامه والالتزام به بإرادتهم، أو على الرغم من معارضتهم أنه قانون بحسبان أن القاعدة القانونية والقانون أمر واحد، وهذا يقودنا إلى بيان معرفة القانون والقاعدة القانونية من خلال خصائص القاعدة القانونية وصفاتها في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: خصائص القاعدة القانونية.

المطلب الثاني: أنواع القاعدة القانونية.

٧ - د. حسن كيرة - المدخل إلى القانون - منشأة المعارف بالإسكندرية - الطبعة الخامسة - ١٩٨٤ - ص ١٩.

٨ - د. حسام الدين كامل الأهواني - أصول القانون - مطبعة أبناء وهبة حسان - القاهرة ١٩٨٨ - ص ١١.

المطلب الأول

خصائص القاعدة القانونية

تتسم القاعدة القانونية بمجموعة من الخصائص تميزها عن غيرها من القواعد المتقاربة معها كالواجبات والقيم والأخلاق والدين، وتظهر هذه السمات في الآتي:

أولاً- القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية:

تفترض القاعدة القانونية وجود أشخاص تخاطبهم بمضمونها لتسهيل مهامهم وتبسيطهم إلى مسألة عليهم مراعاتها، أو أخذها بالحسبان، أو أنها تنظم لهم أمورهم بصدد عمل ما، وإن القاعدة القانونية لا تخاطب فقط الأفراد العاديين الذين يشكلون عنصر الشعب أو الأمة في الدولة، بل تخاطب في الوقت ذاته أشخاصاً آخرين يسمون الأشخاص الاعتبارية أو المعنوية كالإدارات والمؤسسات والجمعيات، وعلى هذا فالقاعدة القانونية هي قاعدة سلوك اجتماعية لا تحكمها السببية بقدر ما تقوم على المساواة^٩.

لذلك، فإن القاعدة القانونية تخاطب أشخاص القانون، أي أولئك الذين اعترف لهم القانون بأهلية أو صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ويتضمن هذا الخطاب القيام بعمل أو تنظيمه أو النهي عن القيام به مع بيان الآثار المترتبة عليه في الحالتين، كما أن بعض هذا الخطاب يكون توجيهياً كالقواعد المتعلقة بإبرام العقود وأحكامها وأنواعها والحقوق والالتزامات المترتبة على إبرامها مع التأكيد على أن العقود المبرمة على الوجه الصحيح تنزل منزلة القانون بالنسبة للمتعاقدين لأن من ألزم نفسه بشيء ألزمناه به فلا يستطيع أن يتحلل منه

٩ - د. سمير عبد السيد تناغو - النظرية العامة للقانون - منشأة المعارف بالإسكندرية - ١٩٨٦ - ص ٣٢.

هذا الالتزام بإرادته المنفردة، وبعض هذه القواعد عبارة عن أوامر تصدر عن السلطة وليس توجيهات أو تعليمات يلزم الأشخاص باحترامه كذلك القواعد المتعلقة بالتجريم والعقاب حيث يرد النص فيها أن كل من يقتل أو يسرق أو يضرب يعاقب بحسب الفعل المحرم^{١٠}. فالقاعدة القانونية هي قاعدة اجتماعية لا تقوم إلا في ظل مجتمع ما سواء كان هذا المجتمع مؤلفاً من أشخاص طبيعيين أو أشخاص اعتباريين لأن هؤلاء يحتاجون إلى التنظيم والحماية بصفقتها ضرورة وجودية بدءاً من كيان الدولة ذاتها وانتهاء بكل فرد فيها^{١١}.

ثانياً - القاعدة القانونية عامة ومجردة:

يتصف الخطاب الموجه من خلال القاعدة القانونية أنه خطاب عام موجه إلى الأشخاص أو الوقائع ذات الصلة بصيغة عامة دون الإشارة إلى شخص معين بذاته، أو واقعة محددة بعينها، ولا نعني بالعمومية هنا أنها موجهة إلى كل الأشخاص وكل الوقائع بل يمكن أن تكون موجهة إلى فريق أو طائفة منهم كأن تكون موجهة إلى الأطباء أو المهندسين أو الطلاب في الجامعة دون هؤلاء. إلا أنها لا تخص طبيباً بذاته، أو طالباً باسمه، وأساس فكرة العمومية هو المساواة في الحقوق والتكاليف. كما أن العمومية لا تعني الاستمرارية عبر الزمان دون أن تكون مرتبطة بوقت أو بمدة زمنية محدّدة، فقد تطبق القاعدة لمدة معينة. كذلك القواعد المتعلقة بالعفو العام، وإن كان الأصل في القوانين أنها تبقى سارية في الزمان إلى أن يتم تعديلها أو إلغاؤها - سنبحث هذا الأمر عند التعرض لموضوع تطبيق القانون - ثم إن توقيت العمل بها لمدة معينة لا ينفي عنها صفة القاعدة القانونية أو صفة العمومية، وعلى ذلك فإن تطبيق القاعدة القانونية في مكان معين لا ينفي عنها صفة العمومية فقد تقتضي المصلحة الوطنية أن تطبق الأحكام

١٠ - د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ١٢.

١١ - د. إدريس العلوي العبدلاوي - المرجع السابق - ص ٤٦-٥٤، ود. توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٢٣.

العرفية في منطقة دون أخرى لمواجهة كارثة حدثت فيها، أو أن يطبق العرف التجاري في محافظة دون أخرى، مع ذلك يبقى العرف قانوناً بالمعنى العام.

فتجريد القاعدة القانونية يعني أنها لا ترتبط باسم معين أو بوجه محدد فهي لا تأخذ بالحسبان أسماء الأشخاص الموجهة إليهم ولا لون بشرتهم ولا مركزهم الاجتماعي أو الاقتصادي ولا يعني هذا أنها لا تطال بعض المراكز القانونية تنظيمياً وتوصيفاً كالقواعد المتعلقة برئيس الدولة، أو المحافظين، أو رؤساء المحاكم، دون أن تأخذ بالحسبان الشخص الذي سيشغل مثل هذه المراكز.

فمعيار القاعدة القانونية هو أنها لا ترتبط بشخص محدد كأن نضع تشريعاً كي يتولّى (سليم) وظيفة ما في الدولة، وفكرة التجريد لا تقوم فقط على أساس العدالة بل على أساس عملي لاستحالة وضع قاعدة قانونية لكل شخص، وإن كانت الفكرة الأولى هي الأساس الفلسفي الصحيح لأنه لا يمكن أن يكون القانون عادلاً وشريفاً ومستقيماً إذا لم يكن مجرداً من العواطف والتأثيرات التي تجعل من القاعدة القانونية قاعدة موضوعية لا تأخذ بالحسبان الظروف الشخصية لشخص معين بل تأخذ ظروف جميع الأشخاص الذين تطالهم في حكمها. فالعمومية والتجريد في القاعدة القانونية ليست مطلقة بل هي مسألة فنية محضة تهدف إلى تطبيق سياسة تشريعية في الدولة تضمن فكرة المساواة.

لهذا، يقال إن القاعدة القانونية وإن كانت عامة ومجردة إلا أنها ليست جامدة بل هي مرنة تتوافق مع فكرة الحياة وتطور المجتمع، ولذلك نميز في هذا الصدد بين قواعد قانونية عامة ومجردة ذات صفة جامدة، وأخرى ذات صفة مرنة وفق الآتي:

١ - قاعدة قانونية جامدة:

تقوم قواعد القانون أصلاً على افتراض تحديد أو فرض، وفكرة حل لمسائل قد تقع أو لا تقع في الواقع أو في المجتمع دون أن نملك معلومات مسبقة عنها، وفكرة الفرض في القاعدة القانونية تحمل معنى الإلزام وعدم إمكان التحلل من أحكامها لذلك تسمى قاعدة جامدة لا سلطة للقائمين على تنفيذها خيارات فيها لأنها يجب أن تفهم وتنفذ كما وردت، وإن الصياغات الجامدة للقواعد القانونية تقوم على تحديد الفرض وتحديد الحل وهذا يكون عندما يستعمل المشرع لغة الأرقام كالقاعد التي تنص على أهلية الرشد عند الشخص الطبيعي هي إتمام الثامنة عشر من العمر، وهي سن أهلية الأداء أو التصرف ومباشرة حق التقاضي ومباشرة الحقوق المدنية والحقوق السياسية، أو تلك النصوص المتضمنة المعدل التصاعدي للضرائب، وتحديد مقدار الضريبة التي تفرض على الدخل، وكذلك المواعيد التي تمّ تحديده من مباشرة حق الطعن في الأحكام بوصفها قواعد شكلية تدخل في باب فكرة جمود القاعدة القانونية^{١٢}.

٢ - قاعدة قانونية مرنة:

تكون القاعدة القانونية مرنة إذا كان الفرض والحل فيها مرزنين بحيث يتسعان لاستعمال سلطة تقديرية في التفسير والتطبيق، فهي تقوم على أساس معياري عام يعطي سلطة للقائمين على تطبيق القانون في فهم الفرض وفي البحث عن الحل ككل القواعد الواردة في القانون الجزائي الذي يسمح للقاضي من البحث في مدى توافر أركان كل جريمة وعناصرها واختيار العقوبة المناسبة وفقاً لمبدأ تفريد العقاب، وأن مثل هذا المعيار المرن أخذ به القانون المدني في تطبيق نظرية الظروف الطارئة لجهة إنقاص الالتزامات المرهقة إلى الحد المعقول، وهناك كثير

١٢ - انظر : 1951.p;107. e2 éd. - Roubier (Pierre) - Théorie générale du droit

من القواعد المرنة المستعملة على نطاق واسع في أحكام المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية تسمح للقاضي بهامش من السلطة التقديرية في استنباط الضرر والتعويض عنه وتحديد مقدار التعويض دون الالتزام بحد أدنى، أو حد أعلى.

فالصياغة المرنة في التشريع التي تعطي سلطة واسعة للقاضي تقوم على أساس الثقة به، وكلما كانت الصياغة التشريعية للقاعدة جامدة عن طريق تحديد الفرض والحل من قبل المشرع عني أنه لا يثق بالقائمين على تطبيقها سواء كانوا من القضاة أو من رجال الإدارة، وأن القواعد الجامدة التي تغل يد القاضي ورجال الإدارة عن استعمال أي سلطة تقديرية غالباً ما يتم تجاهلها من قبلهم.

ثالثاً- القاعدة القانونية ملزمة:

تقوم القواعد القانونية من أجل ضبط السلوك والحفاظ على الأمن والنظام وضمان الحقوق والحريات، لذلك فهي ليست مجرد إعلانات وإرشادات ونصائح ومنشورات توزع على قارعة الطريق للاطلاع، وتتویر الشعب بها بوصفها مادة ثقافية أو إخبارية، بل هي قواعد ملزمة يترتب على عدم التقيد بها جزاءات تختلف باختلاف تلك القواعد، وتصل درجة الإلزام فيها أحياناً إلى إجبار الأشخاص أو قهرهم على العمل بمضمونها^{١٣}. لذلك سنعرض لكل من مصطلحات الإلزام والجزاء والقهر وفق الآتي:

١٣ - انظر: د. سمير عبد السيد تتأغو- المرجع السابق- ص ٥٩-٨٤، ود. حسان الدين كامل الأهواني- المرجع السابق- ص ١٦-

٢١، ود. توفيق حسن فرج- المرجع السابق- ص ٢٥-٢٧، ود. إدريس العلوي العبدلاوي- المرجع السابق- ص ٦٦-٨٦،

ود. سليمان مرهس- المرجع السابق- ص ١٧-٢٧، ود. رمضان أبو السعود الوسيط في شرح مقممة القانون المدني- الطبعة

الثانية- كلية الحقوق جامعة الإسكندرية- ١٩٨١- ص ١٢١-١٤٦، ود. حسن كيرة - المدخل إلى القانون - المرجع السابق-

١ - معنى الزامية القاعدة القانونية:

تعني الزامية القاعدة القانونية أنه على جميع الأشخاص الالتزام بأوامر القانون ونواهيه، وهذا الالتزام يمكن أن يكون إرادياً واختيارياً دون الحاجة إلى تدخل الدولة بوصفها سلطة إجبار وقهر، وإن من يبرم عقداً مع آخر يتعين عليه أن يبادر إلى تنفيذ التزاماته طوعية من تلقاء نفسه، وعلى المدين أن يفي بدينه ولو دون مطالبة إن كان ذلك خوفاً أو رهبة، لأن قواعد القانون تنص على أن ينفذ الالتزام جبراً على المدين^{١٤}، لذلك ليس بالضرورة في كل التزام على المدين أن ينتظر الإكراه من قبل السلطة على تنفيذه، لأن هذا يبقى إجراءً احتياطياً لا يتم اللجوء إليه إلا عند عدم الالتزام بالقاعدة القانونية.

٢ - مؤيد الزامية القاعدة القانونية:

لم يعد من الجائز أن يستعين الشخص بالقوة من أجل استيفاء ديونه بمواجهة المدين لأنه ليس لأحد في العالم المعاصر أن يقيم العدل لنفسه بنفسه^{١٥}. وإن أهم ما يميز القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد أنها مؤيدة بجزاء مع جواز اللجوء إلى الإكراه الذي تباشره الدولة عبر سلطاتها المختصة لضمان احترامها ومراعاتها في سلوك الأشخاص على الرغم من أن الجزاء ليس عنصراً من عناصر تكوين القاعدة لأنه لا يظهر إلا عند مخالفة تلك القاعدة بوصفها أثراً من آثار تلك المخالفة بإعادة المخالف أو المنحرف إلى الطريق المستقيم^{١٦}،

١٤ - انظر المادة (٢٠٠) من القانون المدني السوري.

١٥ - انظر هذه الأفكار في:

-Dabin (Jorge)- Théorie général du droit -1944- p.33

- Roubier(Pierre)-op.cit..p;34.

١٦ - د. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ١٢٦.

والجزاء الذي يؤيد تنفيذ القاعدة القانونية يختلف باختلاف القوانين والعصور والأزمان.

وعليه، فإن من يخالف قاعدة من القواعد الجزائية يتعرض للعقوبة بحسب المخالفة وهي تصل إلى الإعدام في جرائم القتل العمد، وقد يترتب عليها مجرد إزالتها وعدّها كأنها لم تكن كإعادة الحال إلى ما كان عليه في حال تعدّد على أرض الجار بالتجاوز بالبناء أو الغرس، وعلى ذلك فإن الجزاء ليس عشوائياً بل هو عمل منظم في القانون حيث حدد المشرع على سبيل الفرض ما هي الجزاءات المترتبة على كل مخالفة من مخالفات قواعد القانون^{١٧}.

فالإجبار على تنفيذ القاعدة القانونية من أهم خصائصها المميزة لها وإنّ أي خلل فيه يجعل القاعدة محل شك في أنها قاعدة قانونية أيّاً كان مصدر تلك القاعدة^{١٨}.

٣- صور الجزاء المؤيدة لإلزامية القاعدة القانونية:

يتمّ الإلزام بالتقيد بالقاعدة القانونية والتهديد بالإجبار على تنفيذ مضمونها، وإيقاع كل أنواع الجزاءات على مخالفتها من قبل الدولة بوصفها صاحبة السلطة في السهر على أمن الجميع وسلامتهم، وأن القوانين منعت استيفاء الحق بالذات وجعلت من هذا الفعل جريمة يعاقب عليه القانون، ونعرض بعض صور الجزاءات المؤيدة للقاعدة وفق الآتي:

١٧ - د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ١٨-١٩، ود. إدريس العلوي العبدلاوي - المرجع السابق - ص ٧٥ وما بعدها.

١٨ - انظر المواد ٣٩-٥١ من ميثاق الأمم المتحدة، ولمزيد من المعلومات حول إشكالية قواعد القانون الدستوري والقانون الدولي -

راجع: د. سمير عبد السيد تفاع - المرجع السابق - ص ٨-٨٤، ود. حسام الدين كامل الأهواني - المرجع السابق - ص ٢٠-٢١،

ود. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ١٣٢-١٤٠، ود. حسن كيرو - المرجع السابق - ص ٣٩-٤١.

أ- الجزاء العقابي:

يعدّ الجزاء العقابي أشدّ الأنواع لأنه قد يطلّ حياة الشخص أو حرّيته وماله، ويتمّ إيقاعه عند مخالفة قاعدة نصّ عليها قانون العقوبات أو أية تشريعات أخرى تتضمن أن خرق قاعدة قانونية ما يشكل جريمة يعاقب عليها القانون، ويفرض هذا الجزاء عادة لمصلحة الجماعة أو الشعب أو الأمة، لأنّ في خرق مثل هذه القاعدة أو في مخالفتها اعتداء على أمنه واستقراره، ويحمل الجزاء ليس فقط حماية المصلحة العامة بل ردع الأشخاص عن ارتكاب الجرائم، ويتمّ إيقاع هذا الجزاء من قبل السلطة المختصة (القضاء) عن طريق الدعاوى التي ترفعها النيابة العامة بوصفها ممثلة للمصلحة العامة.

ب- الجزاء المدني:

يظهر الجزاء المدني بصور متعددة فقد يكون مباشراً كالتزام المستعير برد العارية عند انتهاء المدة ، والتزام المودع لديه برد الوديعة عند الطلاب والتزام المستأجر برد العين المؤجرة عند انتهاء عقد الإيجار، والتزام المشتري بدفع الثمن للبائع ففي جميع هذه الحالات إذا لم يحمّ من يقع عبء الوفاء عليه بالالتزام بوفاء الدين يستطيع الدائن أن يراجع القضاء لإجباره على الوفاء به، ويمكن أن يكون الجزاء مباشراً بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل مخالفة القاعدة القانونية كأن يتمّ إبطال العقد أو فسخه، وإلزام كل من طرفيه برد ما تسلمه على سبيل الوفاء بناءً على العقد الباطل أو الذي تقرر فسخه، أو كأن يقوم مغتصب عقار الغير بتسليم العقار إلى صاحبه أو مالكه، أو بإعادة بناء الجدار الذي قام بهدمه. ويمكن أن يكون الجزاء المدني غير مباشر عن طريق الحكم بالتعويض بمبلغ من النقود وفق ما يراه القاضي متناسباً وحجم الضرر.

ج- الجزء الإداري:

يظهر الجزء الإداري عند مخالفة القاعدة القانونية في مسألة سحب الترخيص أو إلغائه إذا خالف المرخص له متطلبات الترخيص، كما لو تعلق الأمر بمطبوعة، أو باستثمار مطعم أو نادٍ، أو هدم مخالفات البناء من قبل البلدية مباشرة، أو سحب رخصة قيادة السيارة أو حجز المركبة في مخالفات قواعد المرور.

د- الجزء التأديبي:

يتم إيقاع الجزء التأديبي على الموظفين أو العاملين أو أصحاب المهن الحرة الذين يخالفون القواعد الخاصة بالعمل أو بممارسة المهنة، وهذه الجزاءات تبدأ بالتنبيه وتنتهي بالعزل أو الطرد أو الصرف أو الشطب أو التسريح وذلك بحسب المراكز القانونية لمثل هذه الفئات أو الشرائح ووفق قانون كل منه.

المطلب الثاني

أنواع القاعدة القانونية

Classification des règles

تتعدد القواعد القانونية بحسب المصالح التي كرسست لحمايتها، وهذا التعدد أعطاها تمايزاً واضحاً وطبيعة خاصة بكل منها على الرغم من أنها جميعها ملزمة، لكن درجة الإلزام تختلف في بعض القواعد عن بعضها الآخر. حيث نجد قواعد تتعلق بالمصلحة العامة، أو بكيان المجتمع السياسي والاقتصادي والاجتماعي، وأخرى تتعلق بالمصالح الخاصة للأفراد أو الأشخاص الاعتبارية

الخاصة. لهذا تقسم القواعد القانونية بحسب طبيعتها إلى قواعد قانونية أمرية، وقواعد قانونية غير أمرية^{١٩}، ثم نقيم المقارنة بين نوعي القواعد وفق الآتي:

أولاً- القواعد القانونية الأمرية:

يتدخل المشرع أحياناً لتنظيم بعض العلاقات أو حماية بعض الحقوق بصيغة الأمر والإلزام دون أن يترك للأشخاص سلطة تقديرية أو اختيارية في العمل بها أو بغيرها، وتختلف قوة تدخله في هذه المسائل بحسب المصالح التي ينظمها ومدى صلتها بكيان الدولة وأركانها، فكلما تعلق الأمر بالكيان الاجتماعي أو السياسي وأحياناً الاقتصادي كانت القواعد القانونية حازمة جازمة لا تعطي أي فرصة لمخالفتها لذلك تسمى تلك القواعد قواعد أمرية، وتُعرّف القواعد الأمرية بأنها قواعد مطلقة تتضمن أمراً بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل ويتوجب على الأفراد إتباعها دون أن يحق لهم البتة الاتفاق على ما يخالفها في تصرفاتهم^{٢٠}، أو هي القواعد التي لا تستطيع إرادة الأفراد الاتفاق على مخالفتها أو الاتفاق على عكسها لأن العلاقة بينها وبين المخاطبين بها هي علاقة خضوع كامل^{٢١}، أو هي التي تفرض أحكاماً معينة مطلقة على الأشخاص ولا يجوز لهؤلاء مخالفتها أبداً^{٢٢}، وعليه نقول عنها: إنها القواعد المنظمة للكيان الذي تقوم عليه الدولة والمتعلقة بالنظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي ولا يجوز مخالفتها لأنه يترتب على

١٩ - انظر:

-Niboyet(Jean -Pierre) La force des regales de droit . Etudes Sugiyama.1941-p241.

٢٠ - انظر بعض هذه المعلومات في: د. الكوني علي أعيوده - المدخل إلى علم القانون - المرجع السابق- ص ٩٤-٩٥، ود. عبد

العزيز عامر - المدخل لدراسة القانون المقارن بالفقه الإسلامي - القسم الأول- نظرية القانون - المطبعة العالمية - القاهرة-

١٩٦٩- ص ١٣٩، و د. عبد الحي حجازي- المدخل لدراسة العلوم القانونية -الجزء الأول- القانون- وفقاً للقانون الكويتي-

مطبوعات جامعة الكويت- ١٩٧٢- ص ٢٣٢.

٢١ - سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق- ص ٨٤، ود. حسن كيزه - المرجع السابق- ص ٤٢.

٢٢ - د. هشام القاسم- المدخل إلى علم القانون - المطبعة الجديدة -جامعة دمشق- ١٩٧٥-١٩٧٦- ص ٣٠.

مخالفتها تقويض الأمن والاستقرار فيها. فالقواعد التي تحرّم القتل والسرقة والاعتصاب، والتزوير، وتحدد المحرمات من الزواج، وتمنع التصرف في تركة إنسان على قيد الحياة، وتحدد الحد الأعلى للفوائد، وتمنع التأمر على نظام الحكم، والتجسس والخيانة للدولة التي ينتمي إليها الشخص أو الاعتداء على السلطة العامة تعد قواعد أمرة لا يجوز مخالفتها، وإنّ من يفعل سوف يدفع الجزاء المناسب بحسب كل مخالفة.

ثانياً- القواعد القانونية غير الأمرة:

تُسمّى القواعد غير الأمرة قواعد مفسرة أو مقررة أو مكملّة، وتعني أنها قواعد ملزمة ككل القواعد القانونية وفقاً لما سبق بيانه إلا أنه يجوز للأشخاص الاتفاق على مخالفتها في تصرفاتهم، وإذا لم يتفقوا على استبعادها فإنها تكون ملزمة لهم أمام القضاء عند وقوع نزاع بشأن مسألة مما تنظمه أحكامها. لذلك فإن سبب تسمية القواعد غير الأمرة قواعد مفسرة أو متممة أو مقررة هو أن المشرع أعطاه هذه الصفة وفقاً لمعيار القاعدة القانونية المرنة التي تعطي الحرية للأشخاص في التعبير عن إرادتهم لجهة تحديد شروط العقود التي يبرمونها وقيامهم بالخضوع لأحكام العقود تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يعني أن الأشخاص لهم الحرية في أن يتعاقد بعضهم مع بعض أم لا، ولهم أيضاً الحرية في تحديد شروط عقودهم إلا أنها عندئذ تصبح ملزمة لهم لأن من ألزم نفسه بشيء ألزمناه به. وبما الأشخاص لا يمكن أن يحيطوا بكل المسائل المتعلقة بالالتزامات وأحكامها، وهم غالباً ما يقفون على المسائل الجوهرية فيها، أما بالنسبة للمسائل التفصيلية وكذلك تلك التي لم يتفقوا عليها فإنه يتعين الرجوع فيها إلى أحكام القانون أي أن القانون يكمل أو يفسر أو يعبر، إرادة المتعاقدين فيما تم السكوت عنه من قبلهم. لهذا، نقول إنّ القواعد غير الأمرة هي التي يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها لأنها لا تتعلق بالمصالح الأساسية للأمة بكيانها، بل هي غالباً ما تتعلق بمصالح خاصة سواء

كانت تلك المصلحة ترتبط بأفراد عاديين أو بأشخاص اعتباريين، وتعد أكثر قواعد القانون الخاص من القواعد التكميلية. فجميع القواعد التي تتعلق بكيفية دفع الثمن ومكان تسليم المبيع وزمانه، وكيفية استعمال المأجور وصيانتها، وتحديد الطرف الذي تقع عليه نفقات التسليم أو نفقات العقد، والكثير من المسائل التفصيلية المتعلقة بكل أنواع الالتزامات تعدّ عادة من القواعد التكميلية أو التفسيرية يتم الرجوع إليها عن عدم وجود اتفاق على ما يخالف أحكامها.

ثالثاً- معيار التمييز بين القواعد القانونية:

يقوم التمييز بين القواعد القانونية الأمر والقواعد غير الأمرة بحسب طبيعة كل منهما، والمصلحة التي يرد عليها، ويقوم التمييز بين نوعي القواعد إما من خلال معيار لفظي وذلك بالتصريح من خلال النص، أو من معيار موضوعي وذلك من خلال البحث في معنى النص أو موضوعه ومضمونه، وكما سبقت الإشارة فإن القواعد القانونية الأمرة هي تلك التي تتعلق بالمصالح العليا للأمة من خلال الحفاظ على كيانها السياسي والاجتماعي والاقتصادي إلا أن البحث في هذه المسائل يؤدي إلى مزيد من الغموض والإبهام والتعقيد. لذلك يجب البحث عن معايير أكثر بساطة وسهولة في تحديد طبيعة تلك القواعد، وتحدد ما إذا كانت أمرة أو غير أمرة، ونجد في صدد هذا معيارين وفق الآتي:

١ - المعيار الشكلي في التمييز بين قواعد القانون:

يقوم المعيار الشكلي في التفريق بين القواعد الأمرة وغير الأمرة على المعنى الظاهر لتلك القواعد، أو من خلال ما يرد فيها ألفاظ تقضي بمنع مخالفتها، أو ترتيب عقوبة على مخالفتها، أو بطلان كل تصرف يتم خلاف أحكامها، وعلى هذا فإن كل قواعد قانون العقوبات وكل النصوص التي جاءت بمعاقبة من يخالف أحكامها أنها من القواعد الأمرة، وكل قاعدة قضت ببطلان التصرفات التي تمت

خلاف ما ورد فيها تكون أمرة، أو تنص القاعدة بالمنع أو عدم الجواز كالنص على أنه ((ليس لأحد التنازل عن أهليته، ولا التعديل في أحكامها))^{٢٣}، أو النص على أنه ((ليس لأحد التنازل عن حريته الشخصية))^{٢٤}، وقد نجد التصريح بالقاعدة ذاتها على أنها تكميلية حيث نجد كثيراً من القواعد تنص على حكم معين مالم يوجد اتفاق بخلافه، وهذا يعني أنه يجوز مخالفة حكم القاعدة لأنها غير أمرة، أو باستعمال ألفاظ لا تدل على القطع والجزم بل يكون فيها صفة الجواز وعلى ذلك نقول إن قاعدة وردت فيها عبارة (يجوز) أنها قاعدة تكميلية أو مفسرة أو بالحد الأدنى أنها قاعدة ملزمة غير أمرة، أي أنه يصح الترك مع الجواز إلا أن القاعدة الفقهية نقول إن أعمال النصوص أولى من إهمالها ولو كانت فيها عبارة التخيير بالجواز من عدمه.

٢- المعيار الموضوعي:

لا يصرح المشرع دائماً بصفة القاعدة القانونية، ويتم اللجوء إلى معيار موضوعي مستمد من طبيعة القاعدة أو مضمونها أو موضوعها لمعرفة ما إذا كانت أمرة أو غير أمرة، وفي سياق هذا الأمر فقد اتفق فقهاء القانون على أن كل القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة هي قواعد أمرة لا يجوز مخالفتها لأنه ليس بالضرورة أن كل المسائل المتعلقة بالنظام العام أو الآداب العامة تتضمنها بالضرورة نصوص قانونية وعليه قد يقع خرق للنظام العام أو الآداب العامة دون أن يحصل خرق قانوني لقاعدة، وعلى ذلك فإن كل القواعد التي لا تتصل بالنظام العام أو الآداب العامة تكون قواعد تكميلية يجوز مخالفته^{٢٥}، إلا أن عبارة كل من النظام العام والآداب العامة مرنة لدرجة يمكن معها الكثير من

٢٣ - انظر المادة (٥٠) من القانون المدني السوري.

٢٤ - انظر المادة (٥١) من القانون المدني السوري.

٢٥ - د. حسن كيره- المرجع السابق- ص ٤٦.

القواعد من النظام العام أو العكس وعلى هذا سنعرض فكرة عن النظام العام وضوابط تحديده، وكذلك الأمر بالنسبة للآداب العامة وفق الآتي:

أ- النظام العام:

يُعرفُ النظام العام من خلال المصالح التي ينهض بحمايتها وعدم التعدي عليها، ولذلك يقال عنه إنه مجموعة المصالح الأساسية للجماعة، أو مجموعة الدعائم التي ينهض عليها بناء الأمة، ولا يتصور استمراره واستقراره دون المحافظة عليها، وهذه المعرفة بالنظام العام ضبابية غير واضحة المعالم لأن فكرة النظام العام مرنة ومتغيرة ومتطورة باستمرار، ومن الصعب إيجاد تعريف نهائي لها، بل يمكن استنتاجها من خلال كونها تعبر بصفة أساسية عن بعض المفاهيم السابقة المتعلقة بالنظام السياسي أو الإداري، أو الاجتماعي أو الأخلاقي للأمة.

لهذا، فإن مسألة النظام العام تختلف بين دولة وأخرى ومن وقت إلى وقت آخر في الدولة ذاتها، والنظام العام يعمل في مجموعة دوائر سياسية وإدارية واجتماعية واقتصادية، وهي ذات طبيعة فلسفية تأخذ فلسفة النظام القانوني في كل دولة وبالتالي فإن فكرة النظام العام موجودة في كل دول العالم إلا أنها ليست واحدة فيها كلها إذ أن لكل دولة نظامها العام الخاص بها وإن كان يتقارب أو يتشابه بين بعض الدول ولكنه ليس ذاته.

لذا، فإن تطبيق فكرة النظام العام على القواعد القانونية من أجل التفريق بين القواعد الأمرة والقواعد غير الأمرة ليس أمراً سهلاً، بل هو عملٌ تقني، ويظهر بشكل روابط متعددة منها على سبيل المثال لا الحصر:

(١) - الرابطة السياسية: يكون بمقتضى هذه الرابطة جميع القواعد الدستورية التي توزع السلطات وتحدد وظائفها وتحديد الحقوق والحريات العامة والفردية،

وما يرتبط فيها من قواعد الترشح والانتخاب هي من النظام العام ثم هي قواعد أمرة لا يجوز مخالفتها، وعلى الجميع الالتزام بها.

(٢) - الرابطة الإدارية والمالية: تعد جميع القواعد القانونية المتعلقة بالوظيفة العامة، وفرض الضرائب وجبايتها وتنظيم النقد والقطع الأجنبي وتحديد العملة وتدولها، وشرط التعامل بالذهب من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالف أحكامها.

(٣) - التنظيم القضائي: تعد جميع القواعد المتعلقة بتحديد أنواع المحاكم ودرجاتها وولايتها، وتحديد طرق الطعن ومواعيدها من النظام العام وهي قواعد أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو التنازل عنها مسبقاً بأي وجه.

(٤) - القوانين الجزائية: تعد جميع القواعد المتضمنة تجريم بعض أنواع السلك وفض العقوبات المتكافئة معاً من القواعد الموضوعية لحماية المجتمع وتأمين مصلحة عامة وهي من النظام العام ولا يجوز لأحد التحلل منها إلا وفقاً لما نصت عليه تلك القوانين ذاتها.

(٥) - روابط الأحوال الشخصية والمدنية: تعد الأسرة الخلية الأساسية للمجتمع فهي المقصودة بأكثر القواعد المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج وشروطه وتحديد المحرمات منه، وتلك المتعلقة بنظام الولاية والوصاية والقوامة، والإرث وأنصبة، والوصية وشروطها، وكذلك كل ما يتعلق بالهوية الشخصية للإنسان بوصفه اللبنة الأساس في بناء أي أسرة من النظام العام التي لا يسمح بمخالفتها، وهي تحمل معنى الفرض والإلزام، وأكثرها وردت بصيغة الواجب والأمر.

كما أن المحاكم في أعمالها تحدد روابط النظام العام والتي تبني على أساسه اعتبار تصرف ما أنه مخالف للنظام العام أو غير مخالف، ومن هذه الروابط أو العلاقات في مجال القانون الخاص على سبيل المثال لا الحصر:

(١) زيادة الفوائد عن المعدل المحدد في نص القانون: يعد الاتفاق على زيادة فوائد الديون عن الحد الأعلى الذي نص عليها القانون باطلاً ومخالفاً للنظام العام^{٢٦}.

(٢) الاتفاق على تحريم التجارة على بائع المتجر: إن ضمان البائع المترتب على بيع المتجر يلزم البائع لجهة عدم التعرض للمشتري في انتفاعه بالمتجر وبالامتناع عن كل عمل يكون من شأنه الانتقاص من هذا الانتفاع مما يتفرع عنه أن الالتزام بعدم المنافسة في شتى صورها ومنها حظر التعامل مع العملاء إلا أن تحريم الاتجار كلية على البائع يكون باطلاً لأنه في هذه الحالة مخالف لمبدأ حرية التجارة وحرية العمل وهما من النظام العام، أما إذا كان الشرط محدداً من حيث الموضوع ومن حيث الزمان أو المكان وكان التحديد معقولاً وهو ما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فإنه يكون صحيحاً^{٢٧}.

٢٦ - جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية: ((إن الشارع قد حرم زيادة فائدة الديون على حد أقصى معلوم، ونص على تخفيضها إليه. وحرم على الدائن قبض الزيادة، وألزمه برد ما قبضه منه. ولما كان هذا التحريم مطلقاً لا استثناء منه، وهو من النظام العام، فهو يكون وارداً على الزيادة في فائدة الديون جميعاً بلا تفرقة بينها سواء منها الديون ذات الفائدة المحقة والديون ذات الفائدة المحتملة. وإذا كان الاتفاق على مثل هذه الزيادة باطلاً بطلاناً لا تلحقه الإجازة بحال، وكان لمن دفع تلك الفوائد حق استرداد الزائد منها على الحد القانوني)). - نقض مصري ١٩٤٥/٥/١٧ و ١٩٤٠/٥/٩. أحكام الهيئة العامة للمواد المدنية بند ٥٧ و ٥٦. مجموعة المكتب الفني - ص ٢٦٦.

٢٧ - نقض مصري تاريخ ٧ / ٦ / ١٩٦٢ مجموعة المكتب الفني ١٣ - ٧٦٤ - التقنين المدني السوري - شفيق طعمة + أديب استانبولي - الجزء الرابع..

(٣) اشتراط تملك الدائن المرتهن للمال المرهون: إن اشتراط امتلاك العقار المرهون للمرتهن مقابل دينه إن لم يؤده الراهن في الأجل المعين، هو اشتراط باطل ومخالف للنظام العام^{٢٨}.

(٤) إجراء عقد تأمين بصيغة عقد بيع: إن عقد التأمين الجاري بصيغة عقد بيع قطعي مخالف للنظام العام لأنه يؤدي إلى تملك العقار دون اللجوء إلى إجراءات نزع الملكية والحيلولة دون حماية المدين من تأثير الدائن عليه، مما يجوز معه إثبات العقد الحقيقي بجميع وسائل الإثبات حتى بين الطرفين لمخالفة عقد البيع الجاري على هذه الصورة لأحكام النظام العام وقيام حالة الاحتيال على القانون^{٢٩}.

(٥) استفادة الدائن المرتهن للمنفعة المجانية بالمال المرهون: يقضي المبدأ القانوني أنه يجوز أن يتفق الدائن مع المدين في عقد الرهن الحيازي أن يستفيد الدائن من منفعة مجانية على أن لا تزيد عن المعدل المتفق عليه للفوائد في الحدود المسموح بها قانوناً أما إذا كانت المنفعة أكثر من الفائدة تم إسقاط تلك الزيادة وتحسم من أصل الدين^{٣٠}.

٢٨ - قرار هيئة عامة سوري رقم ١٥٢ تاريخ ١١ / ٥ / ١٩٥٤ - التفتين المنفي السوري - شفيق طعمة + أنيب استانبولي الجزء التاسع - القاعدة ٣٢٢٢ - ص ٨٦٠٢، ونقض سوري قرار رقم ١٠٢ تاريخ ٣٠ / ١ / ١٩٦١ مجلة القانون لعام ١٩٦١ - ص ١٧٧ ، وجاء في قرار آخر: ((إن بطلان شرط امتلاك العقار المرهون عند عدم الوفاء بالدين لا يستتبع بطلان الرهن ولا إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانت عليها قبله لأنه في حالة اشتراط تملك العين المرهونة للمرتهن مقابل دينه إن لم يؤده الراهن في الأجل المعين لأدائه يصح الرهن ويبطل الشرط)) - نقض سوري رقم ١٩٢٥ أساس ٣٥٠٢ تاريخ ٢٣ / ١٢ / ١٩٨٠ مجلة المحامين لعام ١٩٨١ - ص ٢٣٤.

٢٩ - نقض سوري رقم ٢٨٣ تاريخ ٢٦ / ٥ / ١٩٥٣ - مجلة القانون لعام ١٩٥٣ - ص ٧٢٢ .

٣٠ - جاء في قرار لمحكمة النقض السورية ((١- لا يحق للدائن، بدون رضا المدين، أن يتناول من العقار منفعة مجانية حتى قبل استحقاق الدين، محسومة أولاً من الفائدة والنفقات ثم من رأس المال. وعليه يحق للدائن الاتفاق مع الراهن على تناول منفعة العقار المرهون مدة الرهن بدون مقابل، ويبقى حقه فيما عدا ذلك قاصراً على حبس العقار إلى أن يستوفي دينه، ---

٦) **التعامل في تركة مستقبلية:** إن كل ضرب من التعامل في تركة مستقبلية باطل، أيأ كان الطرفان وأياً كان نوع التعامل، باعتبار أن مثل هذا التصرف يعد مخالفاً للأداب، وباعتبار أن من يتعامل في تركة شخص لا يزال حياً إنما يضارب على موته ويعد هذا مخالفاً للنظام العام إذ هو خليق أن يغري ذوي الشأن بالتعجيل بموت المؤثر، والاتفاق على هذا التعامل باطل بطلاناً مطلقاً، لا تلحقه الإجازة مهما طال الزمن^{٣١}.

٧) **بطلان التعامل بالذهب:** إن المشرع الذي منع التعامل بالذهب بمقتضى المادة (١) من القرار (١٨) ل.ر لعام ١٩٤٠م رتب البطلان جزاءً على مخالفة أحكامه، إنما استهدف من ذلك حماية النقد وتأمين الاستقرار في المعاملات وصيانة المصلحة العامة. فالبطلان الذي يلحق بالعقود المحررة بالعملة الذهبية هو بطلان مطلق لتعلقه بالنظام العام^{٣٢}.

٨) **قواعد الميراث:** تعد أحكام الإرث الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة، والتي استمد منها قانون المواريث تعد في حق المسلمين من

== وعند وجود اتفاق في عقد الرهن على تخويل المرتهن تناول منفعة العقار بدون مقابل أن يقصر هذا الحق على التمتع الشخصي بالمنفعة. مما يجيز للراهن إسقاط الغلة التي تزيد عن الفائدة القانونية لمخالفة ذلك النظام العام)) - نقض سوري رقم ٣٠١ تاريخ ٢٨/٥/١٩٦٣م - مجلة القانون للعام ١٩٦٣ - ص ٤٩٧، وجاء في قرار آخر: ((لئن كان يجوز أن يتناول المرتهن منفعة مجانية من العقار المرهون بوضاء الدائن. إلا أن ذلك يجب أن يبقى مقيداً بأن لا تتجاوز هذه المنفعة الفوائد القانونية. ولا ينفذ عقد الرهن إلا في حدود الفوائد القانونية. ولا ينفذ عقد الرهن إلا في حدود الفوائد المذكورة وما يزيد عنها يخصم من رأس المال، وإذا اتفق الراهن والمرتهن على أن يستفيد الأخير من إشغال العقار المرهون دون تحديد بدل الإشغال فإنه يصار إذا ما جاوز أجر المثل للعقار المرهون ٩% من الدين أي أن ما جاوز الفائدة القانونية يصبح من حق الراهن وله المطالبة به -)) - نقض سوري رقم ٩١٨ أساس ٧٦٨ تاريخ ١ / ١٠ / ١٩٨٥. سجلات محكمة النقض السورية - مجموعة طعمة واستانبولي - ج٩ - القاعدة ٣٢٤٢ - ص ٨٦٦٦.

٣١ - نقض سوري - قرار رقم ٧٧٣ أساس ٨٧٥ تاريخ ٢٦/٥/١٩٩٦ سجلات النقض

٣٢ - نقض مدني سوري ١٦٣ أساس ٢٦٠ تاريخ ٢٣/١/١٩٦١ مجموعة القواعد القانونية ٢/١٥ ص ١٥ - التقنين المدني السوري - شفيق طعمة + أنيب استانبولي - الجزء الأول.

النظام العام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعية المستقرة في ضمير الجماعة^{٣٣}، وعلى ذلك فإن كون الإنسان وارثاً أو غير وارث وكونه مستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره، إلى غير ذلك من أحكام الإرث، وتعيين الورثة، وانتقال الحقوق في التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيه شرعاً، كل هذا مما يتعلق بالنظام العام، والتحايل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة وبحكم القاضي به من تلقاء نفسه في أي حالة كانت عليها الدعوى، وتحريم التعامل في التركات المستقبلية يأتي نتيجة لهذا الأصل^{٣٤}.

ب- الآداب العامة:

يذهب بعض الفقهاء إلى الأخذ بمعيار الآداب العامة للتفريق بين القواعد الأمر والقواعد غير الأمر. حيث يقولون إن القواعد المتعلقة بالآداب العامة تقف إلى جانب القواعد المتعلقة بالنظام العام ويشكلان معاً سلطة ضبط القواعد القانونية وتحديد ما إذا كانت من القواعد الأمر أم لا. إلا أن صعوبة تحديد مفهوم الآداب العامة لا تقل عن تلك المتعلقة بتحديد النظام العام، ولهذا فإن الآداب العامة متغيرة ومختلفة من بلد إلى بلد آخر وحتى أحياناً داخل البلد ذاته، وهي تمثل (عادات الأفراد الشرفاء وبخاصة في الأمور الجنسية في زمان معين ومكان معين)^{٣٥}. لهذا فإن كل الاتفاقات المتعلقة بالعلاقات الجنسية خارج مؤسسة الزواج، وتلك المتعلقة في بيوت الدعارة، ونوادي القمار، والمراهنة، وكل ما يؤدي إلى

٣٣ - نقض مصري رقم ٤٤ تاريخ ٢٩ / ١ / ١٩٧٥ مجموعة المبادئ القانونية - الجزء الثالث . للأستاذ أنور طلبه - ص ١٩٧.

٣٤ - نقض مصري رقم ٢ تاريخ ١٤ / ٦ / ١٩٣٤ مجموعة المبادئ القانونية . الجزء الثالث . للأستاذ أنور طلبه ص ٩٩ - التقنين

المدني السوري - شفيق طعمة + أنيب استانبولي - الجزء السابع.. وهذا ما أكدته محكمة النقض السورية بقررها رقم (٩٤)

أساس ١٣١ تاريخ ٢٠ / ٢ / ١٩٧٧. مجلة القانون لعام ١٩٧٧ - ص ٢٧١.

٣٥ - د. محمد وحيد الدين سوار - المرجع السابق - ص ١٧١

كسب المال بطريق غير شريفة تعد مخالفة للآداب العامة^{٣٦}، وقد وسعت محكمة النقض السورية من مفهوم الآداب العامة لتقول إن كل فعل فيه مساس أو سخرية أو عدم مبالاة بقواعد السلوك التي تعارف عليها الناس وأصبح انتهاكها يؤدي شعورهم بعد انتهاكاً للآداب العامة^{٣٧}، وذهبت في قرار آخر لتقول إن تواطؤ أصحاب العروض في التعهدات العامة باطل لمخالفته الآداب العامة^{٣٨}.

٣٦ - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري-المرجع السابق- ص ٥٥٢.
٣٧ - نقض سوري - جناية ١٨٣ قرار ١٠٠ تاريخ ١٩٦٥/٢/٢٨ بقاعدة ١٢٥٨ . شرح قانون العقوبات ج ١ . أديب استانبولي - ص ٨٨١.

٣٨ - نقض مدني سوري ١٠٧٣ أساس ٤٢٧ تاريخ ١٩٨٠/٩/١٨ . المحامون لعام ١٩٨١ - ص ٤٠.

الفصل الثاني

صلة القانون بالعلوم الأخرى

Relation de loi avec d'autres sciences

تمهيد:

يتصل القانون بقواعده بعلوم ومفاهيم وأسس تساعد على فهمه والالتزام به بحسبانه من العلوم الإنسانية يعمل على تنظيم حياة الناس في المجتمع سواء بصفاتهم أفراداً أو من خلال الأشخاص الاعتبارية التي يخلقونها لتحقيق أهدافهم، وتنظيم سلوكهم ونشاطهم، وعلى ذلك فإن كل من يريد تطبيق القانون أو معرفته، ولاسيما إذا كان ممن يعمل في هذا المجال من مدرسين أو باحثين، أو قضاة أو محامين يحتاج إلى معرفة بعض العلوم الأخرى ذات الصلة لأن القانون يتصل بالتاريخ، والفلسفة، وعلم الاجتماع، والاقتصاد السياسي، وهو أكثر صلة بالدين والأخلاق^{٣٩}، وفي الولايات المتحدة الأمريكية لا يدرس القانون إلا الطالب الذي يحمل إجازة جامعية أخرى في علم من العلوم مثل الاقتصاد أو علم الاجتماع أو الفلسفة أو الهندسة. لذلك سنعرض بإيجاز لعلاقة القانون بهذه الأنواع من العلوم في الأبحاث الآتية:

المبحث الأول: علاقة القانون بالتاريخ والفلسفة.

المبحث الثاني: علاقة القانون بعلم الاجتماع والاقتصاد.

المبحث الثالث: علاقة القانون بالأخلاق والدين.

٣٩ - د. حسام الدين كامل الأهواني - المرجع السابق - ص ٦٧-٧٥.

المبحث الأول

علاقة القانون بالتاريخ والفلسفة

يتصل القانون بعلوم ومعارف متعدّدة ومتنوعة، ومعرفة هذه الصلة تمكن الدارس والبحث من معرفة مضمون القاعدة القانونية، ومن المسائل المهمة في ذلك معرفة صلة القانون بالتاريخ والفلسفة، فمعرفة التاريخ يبين التسلسل الزمني والبعد الاجتماعي الذي أدى إلى صدور القاعدة القانونية، وبالفلسفة يستطيع معرفة حقيقة ومنطق وغاية القاعدة القانونية بصفتها تتضمن مقدمات ونتائج منطقية، وهذا ما نعرضه في المطالبين الآتيين:

المطلب الأول: علاقة القانون بالتاريخ.

المطلب الثاني: علاقة القانون بالفلسفة.

المطلب الأول

علاقة القانون بالتاريخ

تقتضي معرفة القانون في دولة أو في منطقة معينة معرفة البعد التاريخي للناس وتعاملاتهم في تلك المنطقة عبر الحقب التاريخية وتطوراتها لأن القانون انعكاس عن واقع حياة المجتمع والأمة في حقبة زمنية محددة وامتداد لها عبر العصور وصولاً إلى الواقع الراهن. فعندما نتحدث عن القانون في سورية يمكن أن نعود إلى تاريخ بلاد الشام والحضارة السورية القديمة، وقوانين حمورابي والسومريين والكنعانيين والفينيقيين واليونان والفرس والصليبيين، ومن ثم الوضع القانوني الذي كان سائداً في عهد العثمانيين إلى مرحلة الاستعمار الفرنسي وصولاً إلى الاستقلال والتطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية وانعكاسها على التطور التشريعي حتى الوقت الرهن، وهذا كله يعطي المهتم بدراسة القانون بعداً ثقافياً تاريخياً وصولاً إلى فكرة القاعدة النافذة والمطبقة الآن على الوقائع والأشخاص، وهنا تفيد دراسة التاريخ العام في معرفة تاريخ القانون الذي يكون مفيداً في دراسة القانون الوضعي^{٤٠}.

المطلب الثاني

علاقة القانون بالفلسفة

ثمة فلسفة للعلوم جميعها تسمى فلسفة الوجود أو فلسفة الكليات والتي عليها أن تجيب على أسئلة معقدة من خلال عمليات ذهنية منطقية تؤدي إلى الإقناع، أو تكوين قناعات أولية، أو فرضيات مقبولة بالمحاكمة العقلية، ومنها: كيف وجد الوجود؟ ولماذا هو موجود؟ وما هو الوجود المادي؟ والوجود العاقل، وكيف يمكن

٤٠ - د. سليمان مرقيس - المرجع السابق - ص ٥٩-٦٠، ود. حسام الدين كامل الأهواني - المرجع السابق ص ٦٧-٦٧.

الوصول إلى المعرفة الكلية؟. كما أنّ ثمة فلسفة خاصة تتعلق بالقانون، وتقتضي فلسفة القانون تقديم المسوّغات، أو المقدمات، أو الأسباب، التي أدت إلى وجود القاعدة القانونية. فلذلك يقال إنّ القانون منطوق من خلال الإقناع والاقتراع بحكمه، والفلسفة بالمعنى العام تخدم فلسفة القانون، وهذه تؤدي بدورها إلى خدمة فهم القانون وتطبيقه، لأن أساس فلسفة القانون هو إيجاد الصلة المشتركة القائمة بين القواعد القانونية بين مختلف النظم بوصفها إرثاً عالمياً من خلال الدراسات المقارنة، فتعطي الباحث في القانون ثقافة خاصة تجعله أكثر حجة وإقناعاً في مجال محاكمة سلوك الأشخاص بوصفهم أعضاء في مجتمع منظم. لذا، فإن الصلة عميقة بين الفلسفة والقانون، ولولا الفلسفة لكان من الصعب فهم القانون وإدراك مقتضياته وضروراته ونتائجه، مع الأخذ بالحسبان أن الفلسفة تهتم بما وراء الطبيعة من أجل تأمين الحوافز الروحية للبشر، فإن العمل القانوني يحتاج إلى هذه الرؤية من أجل أعمال حكم المثل والقيم والأخلاق وعلاقة الدنيا بالآخرة وفكرة الحساب والثواب والعقاب.

* * *

المبحث الثاني

علاقة القانون بعلم الاجتماع والاقتصاد

يرتبط القانون وجودياً بمجتمع ما إذ لا تقوم القواعد القانونية إلا لتنظيم وحكم علاقات بين أشخاص، وهذا يؤدي بدوره حتماً إلى وجود كيان يحتاج إلى تنظيم ووضع ضوابط تهدف إلى إقامة النظام والعدل، وفي الوقت ذاته فإن الحاجة تكون أكبر إلى تلك القواعد مع وجود التبادل السلعي وزيادة الثروة وتنميتها ثم يتطلب الأمر قواعد لتنظيم انتقالها وحمايتها، وتنظيم المؤسسات التي تعمل من خلالها، وهذا يبرز دور العلاقات الاجتماعية والتقاليد والعادات وعلم الاجتماع بعلم القانون، وكذلك دور الاقتصاد وعلم الاقتصاد بعلم القانون، وسنبين ذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: علاقة القانون بعلم الاجتماع والعلاقات الاجتماعية.

المطلب الثاني: علاقة القانون بالاقتصاد

المطلب الأول

علاقة القانون بعلم الاجتماع والعلاقات الاجتماعية

تقوم صلة عميقة بين القانون وتطور قواعده وعلم الاجتماع الذي يدعم فكرة القاعة القانونية ويطورها أو يساعد المشرع على فكرة اصطفاء القواعد المناسبة للظواهر الاجتماعية من خلال الدراسات التي تتم بصدد بعض القواعد القانونية وأثرها في المجتمع، كما أن فكرة القانون تقوم أساساً على تنظيم علاقات اجتماعية والعادة هي الأساس في حكم تلك العلاقات. لذلك سنبين علاقة علم الاجتماع بالقانون، وعلاقة القانون بالعلاقات والعادات والتقاليد وفق الآتي:

أولاً- علاقة القانون بعلم الاجتماع:

يدرس علم الاجتماع المجتمعات البشرية بوصفها ظاهرة موجودة، كما يتناول الوقائع التي من شأنها الإسهام في تكوينها دون إغفال الجانب التاريخي ودوره في تكوين المجتمعات البشرية. أما علم القانون، أو علم الاجتماع القانوني فيتناول الأشخاص بوصفهم أعضاء في مجتمع من أجل وضع قواعد للحكم وضبط السلوك حفاظاً على أمن المجتمع وسلامته بمنع الاعتداء ورسم الألفية التي يتعين على الجميع سلوكها وصولاً إلى غايته المنشودة. لذا يقوم علم الاجتماع القانوني بوظيفتين الأولى علمية وصفية للظواهر القانونية بغية معرفة النتائج المترتبة عليها من خلال استطلاعات الرأي، والمتبعة الميدانية من خلال ممارسات التطبيق ورود الفعل، ويمكن أن يدرس الأسباب والدوافع التي أدت إلى وضع القاعدة، وعن موجباتها، كما يدرس واقع القضاء وظروف عمله والتأثيرات الداخلية والخارجية التي ترافق أعمال القضاة. أما الوظيفة الثانية لعلم الاجتماع القانوني فهي الوصول إلى الحقيقة من خلال تطبيق القاعدة القانونية في الواقع، وعن مدى الالتزام الطوعي بتطبيقها، ومدى التزام القضاة في المحاكم بها. فلذلك يقدم علم الاجتماع خدمات كبيرة في مجال التشريع من خلال تقديم الدراسات المتعلقة بظاهرة التشريع في الدولة ومدى الفائدة منها وتحقيقها لأهدافها، وبيان مدى الحاجة إلى التعديل أو التطوير بما يؤدي إلى الانسجام التام بين القاعدة وغاياتها، وكان من المفيد جداً قبل وضع قانون المرور الجديد في سورية أن تكون هناك دراسات اجتماعية ميدانية حول تحديد المشاكل المرورية وأسبابها، والتصورات العملية لحلولها، والأمر ذاته عند الإعداد لكل قواعد التشريع الأمر الذي يقيم علاقات وثيقة الصلة بين القانون وعلم الاجتماع القانوني تخدم المجتمع بما تقدم له من حلول تؤدي إلى حمايته وتأمين أمنه واستقراره.

ثانياً - علاقة القانون بالمجاملات (والعادات والتقاليد):

تقوم في كل مجتمع على مر العصور والأزمان قواعد يتعامل بها الناس مجاملة بعضهم مع بعض في مناسبات تقتضي أن يظهروا بها معاً، وتقوم على التهذيب في المعاملة، والتحلي بمظهر معين في الملبس، أو القيام ببعض الواجبات بعضهم تجاه بعض، ولاسيما في مناسبات الحزن والفرح في العزاء والمواساة والتزاور، وهي تختلف باختلاف المجتمعات وباختلاف العصور والأزمان وهي تختلف بين الذكور عنها بالنسبة لإناث في بعض الحالات، وتسمى هذه المظاهر وتلك العادات بقواعد المجاملة، ويعمل الناس على احترامها لدرجة يعدونها أنها ملزمة لهم، ويستتكون الخروج عليها^{٤١}. لذا، تعد قواعد المجاملات من قواعد ضبط السلوك المعنوي للناس الذين اعتادوا عليها، وتنتمي إلى مجموعة من القيم التي تقوم على المعتقدات والأفكار والمجردات التي تنشأ في مكان معين وزمن معين، وهي بمنزلة الأساس لفكرة القاعدة القانونية، والفرق الجوهرى بين قواعد المجاملات والعادات، والقاعدة القانونية في أن قواعد المجاملات من صنع الناس أنفسهم ويخضعون إليها ويلتزمون إليها بمحض إرادتهم دون إلزام، أو إكراه، أو جبر، لأنها غير مقترنة بمؤيد جزائي سوى استهجان أو استتكار الناس لمن يخرج عليها، والنظر إليه بازدراء، أما القاعدة القانونية فهي قاعدة وضعية تتصف بالإلزام مع وجود الجزاء المؤيد لها، ومن ثم فإن نظرة الناس إلى من يخرق قاعدة قانونية تختلف عما يخرق عادة أو قاعدة من قواعد المجاملة، فقد لا يتأثرون نفسياً أو شعورياً بالخروج على قاعدة قانونية بينما يكون التأثير يكون كبيراً بالخروج على

٤١ - د. إدريس العبدلوي - المرجع السابق - ص ٢٩٧-٢٩٨.

العادات والتقاليد الموروثة لأن من يفعل ذلك يفقد احترامهم وثقتهم ويعدّ خارجاً على الجماعة التي صنعت العادات أو التقاليد^{٤٢}.

المطلب الثاني

علاقة القانون بالاقتصاد

لا يمكن فصل القانون عن السياسة لأنه وسيلة لممارسة الحكم، كما يصح القول إنه لا يمكن فصل الاقتصاد عن القانون لأنه إذا كان الاقتصاد يهتم بالثروة من حيث كيفية الحصول عليها وتنميتها، فإن القانون يبحث في إدارتها وحمايتها ونقلها، وغالباً ما تعبر القاعدة القانونية عن واقع اقتصادي معين. سواء تعلق الأمر بالاستثمار أو بإنشاء البنوك، أو بحركة النقد، أو بالشركات، أو عن طريق الضرائب وتوجيهها بما يؤدي إلى تنمية الاقتصاد في مجال وانكماشه في مجال آخر وفقاً لسياسة الدولة الاقتصادية.

لهذا، فإن القانون يؤثر في الاقتصاد من حيث تنظيم الإنتاج، ووضع سلم أولوياته، ويتم هذا التأثير بوضع قواعد قانونية تدعم بعض أنواع الزراعات مثل دعم زراعة القمح والقطن والشوندر وغيرهما مما ترى الدولة أنها زراعات إستراتيجية، كما يتم وضع قواعد قانونية تتعلق بالتأثير على استهلاك بعض السلع من خلال رفع أسعارها أو وضع حدٍّ أعلى للاستهلاك من خلال تحديد سقف الميزات المعطاة للفرد، كضريبة الاستهلاك على بعض السلع.

* * *

٤٢ - د. رمضان أبو السعود - الوسيط - الدار الجامعة - المرجع السابق - ص ٨٠-٨٢، ود. حسن كيرة - المرجع السابق -

المبحث الثالث

علاقة القانون بالأخلاق والدين

تُعَدُّ قواعد القانون في جذورها وفي مضمون العديد منها قواعد أخلاقية مستمدة من أصول الدين والعقيدة، وهي لم تقم إلا للسمو بالنفس البشرية وتهذيبها ومنع الاعتداء ورفع الظلم وحماية الحياة والمال، ولهذا فإن القانون يكون أكثر صلة بقواعد الأخلاق والدين، على الرغم من أن قواعد الأخلاق والدين هي قواعد وجدانية ذاتية موجهة إلى النفس البشرية بذاتها، وأمر الجزاء فيها متروك أساساً إلى محكمة الضمير، أما قواعد القانون فهي موجهة إلى سلوك الإنسان من أجل تنظيمه وضبطه، فلذلك يخضع لمحكمة الجماعة المنظمة أو الدولة وسنحاول أن نجد بعض نقاط الاتفاق أو الاختلاف بين القانون والأخلاق، والقانون والدين في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: علاقة القانون بالأخلاق.

المطلب الثاني: علاقة القانون بالدين.

المطلب الأول

علاقة القانون بالأخلاق

تعرّف قواعد الأخلاق بأنها مجموعة المبادئ والقيم والمثل العليا التي تعدّها الغالبية العظمى من الناس في مجتمع ما أو في دولة ما أنها قواعد ملزمة لهم في كل سلوك يقومون به، وعلى الأفراد جميعاً احترامها وإلا كانوا محلّ سخط الناس وازدراءهم^{٤٣}، وتظهر هذه القيم والمثل في بعض المسائل كالصدق والأمانة وإغاثة الملهوف وإكرام الضيف، واحترام الآباء، وتوقير الكبار، ومساعدة الأقارب. وتظهر

٤٣ - د. توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٣٠.

الصلة كبيرة بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق، من جهة أن قواعد القانون هي في الأصل إما عادات وتقاليد، وإما قيم وأخلاق وتعاليم ومعتقدات دينية راسخة في مجتمع ما، ومع عدم وضوح الفارق بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق إلا أن كلاً منهما يكمل ويدعم الآخر، ولكل منهما نطاق يعمل به وتختلف درجة التأثير والتأثر بينهما بين مجال ومجال آخر، ولذلك سوف نعرض لنقاط الاتفاق والاختلاف بين القانون والأخلاق وفق الآتي:

أولاً- من حيث الهدف:

تهدف قواعد الأخلاق إلى تحقيق المثل العليا للإنسانية، فهي تنهى عن الشر والريزية وتأمّر بالخير والفضيلة والسمو بالإنسان إلى مصاف الأنبياء بالكمال، وهي في معظمها قواعد مستمدة من الأديان والمعتقدات مثل: أحب لأخيك ما تحب لنفسك، وعامل الناس كما تحب أن يعاملوك، وتصرف بمالك كما تشاء دون أن تلحق الضرر بالآخرين، ولا تفعل شيئاً الآن قد تتدم عليه في المستقبل. أما هدف القانون هو استقرار الأمن والنظام في المجتمع، وتحقيق العدل والمساواة بين الناس^{٤٤}.

ثانياً- من حيث الدائرة (النطاق):

تعمل قواعد الأخلاق في دائرة ساحة الشخص نفسه، وتعمل على تقويم سلوكه تجاه ذاته أولاً، وتقويم سلوكه تجاه المجتمع والآخرين ثانياً. لذلك تدخل فيها المقاصد والنوايا أي أنها تعمل على مراقبة النوايا الباطنية وتردع النوايا السيئة، ولو لم تخرج سلوكاً تجاه الآخرين لذلك فإنها تدخل في ساحة علاقة الإنسان بما يعتقد والحساب والعقاب في الدنيا والآخرة فهي تحاسب على الكذب والبخل وارتكاب المحرمات التي لا تقع تحت طائلة القانون.

٤٤ - د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٤٢-٤٤

أما القانون فيعمل في ساحة علاقة الشخص بغيره دون أن يتدخل في علاقة الشخص مع نفسه إلا في حدود ضيقة جداً، فالقانون لا يتدخل إلا عند قيام السلوك السيئ الذي يخرج فيه الشخص على قواعد القانون دون أن يذهب إلى أغوار النفس وبواطنها، فهو يحاسب على الشهادة الكاذبة وعلى التزوير وعلى الزنا، وعلى ذلك فإن دائرة الأخلاق أبعد مدى من دائرة القانون.

ثالثاً- من حيث الجزاء:

يختلف الجزاء المفروض على مخالفة قواعد الأخلاق عن الجزاء المحدد لقواعد القانون، إذ ينحصر جزاء مخالفة قواعد الأخلاق بتأنيب الضمير أو باستهجان المجتمع، وليس هناك دائرة عليا تحاسب على مخالفة قواعد الأخلاق سوى الله والضمير، بينما يكون جزاء مخالفة قواعد القانون بحسب نوع المخالفة ودرجتها، وتتسع دائرة قواعد الأخلاق لتصبح قواعد قانونية إلا أنه يستحيل أن تصبح جميع قواعد الأخلاق قواعد قانونية، بينما يجب أن تكون كل قاعدة قانونية قاعدة أخلاقية، ويعد معيار الجزاء من أبرز معايير التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية^{٤٥}.

المطلب الثاني

علاقة القانون بالدين

قواعد الدين قواعد أخلاقية إيمانية تعمل على هداية الإنسان على الطريق المستقيم، وتدعو إلى العدل والإحسان والرحمة والمحبة والأخوة والمساواة، كما تدعو إلى التعاون على البر والتقوى لا على الإثم والعدوان، وهي في ذلك تمس سلوك الفرد تجاه نفسه وتجاه الغير وتقترب أكثر من قواعد القانون. لذلك يقال إن بعض

٤٥ - د. الكوني علي أعبره - المرجع السابق - ٧٥-٧٦.

القواعد في بعض الأديان، تتميز بأربعة أنواع من الأحكام الأول منها يتعلق بأصول العقيدة الإيمانية وأركانها، والثاني يتعلق بالعبادات المتعلقة بطاعة الإنسان لربه، والثالثة تتعلق بالأخلاق والآداب وما يجب أن يتحلى به الشخص من فضائل، والرابعة تتعلق بالمعاملات وسلوك الأفراد وتنظيم علاقتهم بعضهم ببعض، وهذه تمثل فلسفة القانون الإسلامي أو الحكم الشرعي، وعلى هذا تتميز قواعد الدين مع قواعد القانوني في الآتي^{٤٦}:

أولاً- من حيث النطاق:

تعمل دائرة الدين في دائرة الأخلاق، فهي أوسع مدى من دائرة القانون التي لا تعدو كونها تسبح في دائرة المجتمع والممكن، وإن قواعد الدين أوسع مدى من دائرة الأخلاق لأنها تعمل من أجل الأخلاق وتحسينها وتهذيبها، فهي أيضاً تعمل في دائرة السلوك فتتظمه وتضع له أحكاماً خاصة به، لأن بعض قواعد الدين جاءت شاملة لأمر الدنيا والآخرة، فقضايا الإيمان، والعبادات تحدد وفق ما جاء في الكتب السماوية، كما أن قواعد الأخلاق تختلف باختلاف الأديان والمعتقدات. كما تختلف الأديان في كيفية تنظيم العلاقات في المجتمع إذ إن بعضها لم يضع شريعة كاملة، بل اكتفى بوضع القواعد الأساسية لبناء الأسرة كتلك المتعلقة بالزواج مثل الديانة المسيحية وتركت الأمور الأخرى لشريعة البيئة السائدة (اليهودية)، وبعضها نظم أكثر شؤون الدنيا والآخرة كالإسلام، ولذلك كان أبعد مدى ونطاقه أوسع من نطاق ومجال القانون.

٤٦ - لمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع- راجع : د. خالد محمد أحمد - المرجع السابق- ص ٦٩-٧٢، ود. سليمان

مرقس- المرجع السابق- ص ٣٩-٤١

ثانياً - من حيث الهدف:

تهدف قواعد الدين إلى إنشاء إنسان صالح في المجتمع طاهر النفس نقي السريرة يكون ما يضره في نفسه وما يقوله على لسانه وما يتصرف به من سلوك في حالة وئام وانسجام تام بعيداً كل البعد عن الكراهية والبغضاء، أما هدف قواعد القانون فهو نفعي يتمثل في مصلحة الجماعة والأفراد في إقامة الأمن والنظام في المجتمع الذي يقوم على العدل والمساواة في الحقوق والواجبات كالأخلاق تماماً، فهي لا تمتد إلى أغوار النفس لتكون عليها رقيباً فالله وحده ﴿يَعْلَمُ خَائِنَةَ الْأَعْيُنِ وَمَا تُخْفِي الصُّدُورُ﴾.^{٤٧}

ثالثاً - من حيث الجزاء:

يتم الجزاء في القانون بإحدى الوسائل المادية المتمثلة في العقوبة أو في التعويض أو في اتخاذ تدبير إداري أو تأديبي، أما الجزاء في الدين يظهر بوسيلتين وسيلة دينية يحاسب عليه الشخص في الآخرة وتدخل في ميزان الحساب على أساس ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ﴾^{٤٨}، لذا، يمكن أن يذهب إلى الجنة أو النار ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ أُولَٰئِكَ أَصْحَابُ الْجَنَّةِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾، أما الجزء الدنيوي فيتمثل في القصاص ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^{٤٩}، وفي كل الأحوال فإن الجزاء الديني مؤجل إلى يوم معلوم، أما جزاء القانون فهو حالي وأني، ويكون بحسب نوع القاعدة القانونية التي تمت مخالفتها وطبيعتها.

٤٧ - سورة غافر - الآية (١٩).

٤٨ - سورة الزلزلة - الآية (٧).

٤٩ - سورة القدر - الآية (١٧٩).



الفصل الثالث

تقسيمات القانون

Classifications du Droit

تمهيد:

هناك محاولات دائمة لوضع الكيانات الحقوقية ذات النسيج المتماثل أو المتقارب في مجموعات يسهل الرجوع إليها ودراستها وتحليلها واستنباط الأحكام المتعلقة بها، وتتطلب تلك المحاولات من معايير مختلفة. فبعضها انطلق من المجال الذي يطبق فيه القانون كتقسيم القانون إلى قانون داخلي يحكم العلاقات التي تنشأ داخل الدولة ذاتها بغض النظر عن طبيعة تلك العلاقات وأشخاصها وقانون دولي يحكم علاقة الدولة بغيرها من الدول أو في العلاقات التي تنشأ على المستوى الدولي.

كما تقوم تصنيفات على أساس طبيعة العلاقات التي يحكمها القانون. فيقال إن فروع القانون العام تنظم السلطات، وتبين علاقتها بعضها مع بعض وكيفية ممارستها لوظيفتها، وتعين المرجع القضائي، وكيفية النظر في المنازعات الناشئة عن هذه القواعد، وفروع القانون الخاص الذي ينظم الحقوق والعلاقات المدنية التي تنشأ بين الأشخاص العاديين وكيفية حماية تلك الحقوق أو اقتضاءها، والقانون التجاري الذي يحكم الأنشطة التجارية، والقانون الجزائي الذي يبين الأفعال التي تشكل جريمة وعقابها، وقانون دولي بشقيه العام والخاص الذي يحكم العلاقات بين الدول وما في حكمها والعلاقات ذات الطبيعة الدولية. إلا أن التصنيف الثابت

المتفق عليه هو وضع القواعد القانونية في تصنيفين رئيسيين هما القانون العام،
والقانون الخاص، ونعرض ذلك وفق الآتي °:

المبحث الأول: القانون العام وفروعه.

المبحث الثاني: القانون الخاص وفروعه .

المبحث الثالث: الموازنة بين القانون العام والقانون الخاص.

* * *

٥٠ - انظر كل من: د. عدنان القوتلي- المرجع السابق- ص١٠٢ وما بعدها، ود. حسام الدين كامل الأهواني- المرجع السابق- ص٧٧ وما بعدها، ود. حسن كيده- المرجع السابق ص ٥٦ وما بعدها، ود. رمضان أبو السعود- المرجع السابق- ص١٤٩ وما بعدها، وود إدريس العلوي العبدلوي- المرجع السابق- ص٣٤٢ وما بعدها، ود. سليمان مرقس- المرجع السابق- ص ٦٤.

المبحث الأول

القانون العام وفروعه

Droit Public

يتضمن القانون العام مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة فيها صاحبة سيادة وسلطان، وهذه العلاقات يمكن أن تكون على المستوى الداخلي وتسمى وعندئذ يطلق عليها القانون العام الداخلي أو الوطني، كما أن تكون تلك العلاقات على المستوى الدولي أي بينها وبين غيرها من الدول أو مع المنظمات الدولية أو الإقليمية. لذلك يصنف البعض القانون العام في فرعين رئيسيين هما القانون العام الدولي والقانون العام الداخلي^{٥١}، ولا يفرق البعض بين قواعد القانون العام سواء كانت تنظم علاقات على الصعيد الداخلي أو على الصعيد الدولي ولذلك يضعون فروع هذا القانون في قائمة واحدة دونما تفریق^{٥٢}، ونأخذ بالاتجاه ذاته لكونه الأكثر شيوعاً واستعمالاً في المطالب الآتية:

المطلب الأول

القانون العام الدولي

Le droit international public

ينحصر القانون العام الخارجي الذي ينظم علاقة الدول بعضها ببعض وعلاقاتها بالمنظمات الدولية والمنظمات الإقليمية بالقانون الدولي العام.

٥١- د. توفيق حسن فرج- المرجع السابق- ص ٤٠-٤١، د. رمضان أبو السعود - المرجع السابق- ص ١٣٨-١٣٩، د. حسن

كبره- المرجع السابق - ص ٦٤، د. سليمان مرقس - المرجع السابق- ص ٦٩ وما بعدها.

٥٢- د. عنان القوتلي- المرجع السابق- ص ١١٥، د. هشام القاسم - المرجع السابق- ص ٧٨، د. حسام الدين كامل الأهواني-

المرجع السابق- ص ٨٢، د. إدريس العلوي العبدلاوي- المرجع السابق- ص ٣٦١، د. سمير عبد السيد قناغو- المرجع السابق-

فما هو القانون الدولي العام؟ وما هي العلاقات التي ينظمها؟ وهل يعدّ القانون الدولي العام قانوناً بالفعل؟ سنجيب على هذه الأسئلة بإيجاز وفق الآتي:

أولاً- تعريف القانون الدولي العام:

تختص كل دولة من دول العالم التي نشأت عبر تطور تاريخي وحضاري طويل ببقعة جغرافية على الأرض اليابسة، وفي حيز ما في البحر، والجو، وقد أدى هذا الاختصاص إلى وجود قواعد تمنع التصادم على السلطة أو النفوذ أو الثروة وتحافظ على الأمن والسلم بين تلك الدول، وقد أطلق على تلك القواعد بالقانون الدولي العام، ولذلك يُعرّف هذا القانون بأنه مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الدول بعضها ببعض، وعلاقتها بالمنظمات الدولية وعلاقة تلك المنظمات بها، وتحدد حقوق كل منها والتزاماتها في حالة السلم وفي حالة الحرب^{٥٣}.

ثانياً- العلاقات التي ينظمها القانون الدولي العام:

تهتم قواعد القانون الدولي العام اهتماماً خاصاً في بيان الأركان والعناصر التي يمكن أن تؤلف دولة، وأنواع الدول لجهة كونها بسيطة أو مركبة، وتحديد الحقوق السيادية لكل دول ومداهها، تحديد قواعد استقرار الأمن والسلم الدوليين التي يتعين على جميع دول العالم الالتزام بها، وهو يحدد الحقوق والواجبات بين الدول، وبذلك يهتم بحق الدولة في البقاء والحق في الحرية أو التحرر والسيادة والحق في المساواة والاحترام المتبادل، وفي تنظيم العلاقات الدبلوماسية بين الدول وتبادل السفراء والأعمال القنصلية، والتجارية والثقافية والتعاون العلمي ورعاية مصالح الدول بعضها لبعض، وتهتم بالاتفاقيات الدولية ونفاذها وآثارها وشروط الانضمام إليها، والانسحاب منها ومدى الالتزام بها من قبل الدول المعنية بها، والطرق السلمية أو الودية لفض المنازعات التي قد تنشأ بين الدول، وتبين أيضاً حقوق

٥٣ - د. محمد عزيز شكري-مدخل إلى القانون الدولي العام- مطبعة الداودي ١٩٨٩-١٩٨٢ - ص ١١-٢.

الدول والتزاماتها أثناء الحرب، وبيان متى تكون الحرب مشروعة، ومتى تكون غير مشروعة، وحقوق الدول في الدفاع عن النفس وشروط ممارسة هذا الحق، وكذلك كل ما يتعلق بمعاملة الأسرى والجرحى والمدنيين أثناء الحرب، وواجب الدولة المحتلة تجاه الدولة التي يقع الاحتلال عليها. كما تعني في إنشاء المنظمات الدولية والإقليمية، وتحديد وظائفها ومهامها وعلاقتها بالدول، وغيرها من المسائل التي تهدف إلى توطيد دعائم الأمن والسلم ومنع الحرب والعدوان والابتعاد عن استعمال القوة أو العنف في تسوية المنازعات الدولية.

ثالثاً - مدى اعتبار قواعد القانون الدولي قواعد قانونية^{٥٤}

من فقهاء القانون من يقول إنّ قواعد القانون الدولي ليست قواعد قانونية لعدم وجود مؤيد لتنفيذها ولعدم وجود سلطة عليا فوق الدول تضع تلك القواعد وتراقب مدى احترامها وتفرض الجزاء المناسب على يخالفها، وهناك من يقول إنّها قواعد قانونية وفقاً لمفهومها الصحيح لأنه ليس بالضرورة أن تنشأ تلك القواعد بإرادة عليا بل يكفي أن الدول أسهمت في وضعها، وإن قواعد القانون الداخلي عادة ما يتم وضعها من قبل السلطة ذاتها التي يقع عليها عبء الالتزام بها، وإن عدم وجود سلطة عليا تقوم بفرض الجزاء على المخالف لا ينقص من قيمتها لأن المجتمع الدولي يمثل هذه السلطة، ومهما كان الموقف من هذه القواعد فإنه يمكن القول إنّ القانون الدولي هو قانون الأقوياء حيث تضعه الدول القوية وتفرض على الدول الأخرى تطبيقه بما يحافظ على مصالحها، وعندما تختلف مصالحها مع تلك القواعد تعلن الحرب أو تهدد بها أو تشنها لفرض شروطها على الدول الأضعف، وإن فكرة القانون الدولي ومصادقيتها وفعاليتها لا تزال في الميزان.

٥٤ - د. توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٤٢، ود. حسن كيرة - المرجع السابق - ص ٦٤، ومن أجل مزيد من التوسع انظر

د. علي صادق أبو هيف - القانون الدولي العام - ط ٦ - ١٩٦٣ - ص ٨١-٨٢، ود. حامد سلطان - القانون الدولي العام وقت

السلم - ط ٤ - ١٩٦٩ - ص ١٧، ومحمد حافظ غانم - مبادئ القانون الدولي العام - ١٩٦٨ - ص ٨٦-٨٨.

المطلب الثاني

القانون الدستوري

Droit constitutionnel

يقف القانون الدستوري على قمة القوانين في الدولة بصفته القانون الأساس في بناء أي دولة مهما كان شكلها وأياً كان نظام الحكم فيها، وهو رأس القوانين فيها، وتنضوي تحته كل القوانين الأخرى، ويعدّ الدستور أساس التنظيم في الدولة، لأنه يضع الأسس التي يقوم عليها بناء الدولة بأركانها، ومن ثمّ لا يجوز أن يصدر تشريع فيها يخالفه أو يناقضه، وإن جميع القوانين تكون دونه مرتبة. لذلك سنعرّف الدستور ونحدد المسائل التي ينظمها وطبيعة القانون المذكور وفق الآتي:

أولاً- تعريف الدستور:

يُعرّف الدستور بأنه مجموعة القواعد التي تنظم كيان الدولة، وتحدد نظام الحكم في الدولة والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها، وتبين السلطات العامة فيها واختصاص كل سلطة منها، وعلاقة السلطات بعضها ببعض، وتبين الحقوق والحريات العامة والفردية وضماناتها، وحقوق المواطنين وواجباتهم تجاه الدولة^{٥٥}.

ثانياً- مضمون القانون الدستوري:

يتضمن الدستور فلسفة الحكم في الدولة والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها الحكم فيها من سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، والقواعد المحددة لسلطات الدولة ووظيفة كل منها وعلاقتها ببعضها، وتلك المتعلقة بالحقوق والحريات وضماناتها، وعلى ذلك فإن مضمون القانون الدستوري يتلخص في المسائل الآتية:

٥٥ - انظر كل من : د. توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٤٥، ود. سمير عبد السيد تنأغو - المرجع السابق - ص ٥٦٥،

ود. حسن كيرة - المرجع السابق - ص ٦٧، ود. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ١٤١.

١- بيان هيكل الدولة وشكلها ونظام الحكم فيها من حيث هي دولة بسيطة أم مركبة (متحدة أم اتحادية) ومن حيث كونها دولة ملكية أم جمهورية، أو هي دولة ديمقراطية نيابية أم ديمقراطية شعبية.

٢- تحديد السلطات في الدولة وتوزيعها، وتحديد اختصاصات كل منها، وبيان العلاقة فيما بينها بحسبان أن الأنظمة الحديثة تقول إنّ مبدأ فصل سلطات الدولة (التي هي عادة تشريعية وتنفيذية وقضائية) بدأ يضمحل أمام مبدأ جديد يسمى مبدأ تعاون السلطات.

٣- بيان كيفية تعيين الذين يباشرون سلطات الدولة سواء منهم السلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، وشروط توليهم لهذه المهام أو الوظائف.

٤- بيان كيفية ممارسة سلطات الدولة لوظائفها، وتحديد ما إذا كانت تباشر أصالة أم بالنيابة عن الشعب، إذ تقوم فلسفة تقول إن الشعب هو مصدر السلطات جميعها، وتمارس بالنيابة عنه من قبل سلطات نص عليها الدستور.

٥- حقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية التي يتمتعون بها على قدم المساواة، وبيان الامتيازات للبعض منهم إن وجدت، و ضمانات المحافظة على تلك الحقوق والحريات.

هذا، وقد تضمن الدستور السوري في مبادئه الأساسية أن الجمهورية العربية السورية دولة ديمقراطية شعبية واشتراكية ذات سيادة لا يجوز التنازل عن أي جزء من أراضيها، وهي جزء من الوطن العربي، وأن الشعب فيها جزء من الأمة العربية يعمل ويناضل لتحقيق وحدتها الشاملة، وأن نظام الحكم هو نظام جمهوري، والسيادة للشعب ويمارسها على الوجه المبين في الدستور، واللغة العربية هي اللغة الرسمية^{٥٦}.

٥٦- مادة ٤/ من دستور البلاد لعام ٢٠١٢م.

ثالثاً- مدى عدّ قواعد الدستور قواعد قانونية:

يثور جدل فقهي حول مدى اعتبار قواعد الدستور قواعد قانونية؟ أم هي خطاب سياسي يتضمن رغبات وتمنيات؟، وإن سبب الخلاف والجدل هو عنصر الإلزام الواجب توافره في القواعد القانونية، فقد ذهب رأي إلى القول إنّ القواعد الدستورية ليس لها صفة القواعد القانونية لافتقارها إلى المؤيد الجزائي عند مخالفتها أو عدم الالتزام بتطبيقها، وأن الدولة وهي تحتكر السلطة والقوة المادية فلا يمكن أن تضع مؤيدات جزائية ضدّ نفسها، وبالتالي فإن هذه القواعد مجرد توجيهات سياسية ذات قيمة أدبية، بينما ذهب رأي آخر إلى القول إنّ قواعد الدستور هي قواعد قانونية حتى مع التسليم بفرضية عدم وجود مؤيد جزائي لها عند مخالفتها لأنه لا يشترط في الجزاء أن يتخذ صفة الإكراه المادي على الإلزام بالتنفيذ أو قمع المخالفة بل يمكن أن يتمثل في رد فعل اجتماعي يختلف باختلاف المصلحة التي تحميها تلك القواعد وبعد ذلك نوعاً من أنواع الجزاء وعليه فهي قاعدة قانونية، كما أن القضاء العادي والقضاء الإداري يمتنع عن تطبيق النصوص المخالفة للدستور، وقد تأيد ذلك بقرارات عديدة صادرة عنهما ناهيك عن الرقابة المتبادلة بين السلطات والرقابة السياسية وغيرها. فمهما كانت الآراء من هذه المسألة فإن قواعد الدستور هي قواعد قانونية من حيث الشكل والمضمون، وجزاء مخالفتها يختلف من دولة إلى أخرى، وحتى في الدولة ذاتها بين زمن إلى زمن آخر^{٥٧}.

* * *

٥٧ - راجع هذه الرأي وغيره في : د. حسن مصطفى البحري - القانون الدستوري - النظرية العامة - جامعة دمشق - ٢٠٠٩ -

ص ٢٧ وما بعدها، وانظر أيضاً - د. فتحي فكري ، القانون الدستوري - ، الكتاب الأول - المبادئ الدستورية العامة -

القاهرة - دار النهضة العربية - ١٩٩٧ - ، ص ٢٤ ، ٢٥ ، ود. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ١٤٣ - ١٥٠ .

المطلب الثالث

القانون الإداري

Le droit administratif

يُعدُّ القانون الإداري ذراع الدولة في ممارستها سلطتها التنفيذية، فهو أداة ممارسة الحكم، وتنظيم وإدارة وتسيير المرافق العامة، وهو الذي يبين حجم الدولة ودورها في ممارسة الأنشطة المختلفة فيها، لذلك فقد تتسع دائرته كلما ازداد تدخل الدولة في الشؤون السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وينقلص كلما تقلص دورها في هذه المسائل. لذا فإن القانون الإداري هو القانون الذي يحكم الدولة وأشخاصها الاعتبارية العامة، ويعد نظام العاملين في الدولة والجهات المرتبطة بها من أهم أشكال القانون الإداري، ونعرض لتعريف هذا القانون، والمواضيع التي يتناولها وسلطة الرقابة على تنفيذه وحسن تطبيقه وفق الآتي:

أولاً- تعريف القانون الإداري:

يقصد بالقانون الإداري مجموعة القواعد التي تحكم عمل السلطة الإدارية في الدولة في إدارة وتسيير المرافق العامة فيها تحقيقاً لمصلحة عامة مستعملة في عملها امتيازات السلطة العامة وذلك من خلال ما تصدره من أوامر وقرارات^{٥٨}، أو هو القانون الذي ينظم عمل الإدارات العامة في الدولة ويحدد علاقتها فيما بينها ومع الأفراد^{٥٩}، أو هو فرع من فروع القانون العام يتضمن القواعد التي تنظم نشاط السلطة الإدارية في المجتمع^{٦٠}، أو هو مجموعة القواعد التي تبين كيفية أداء السلطة التنفيذية في الدولة لوظيفتها^{٦١}.

٥٨ - د. حسن كبره - المرجع السابق - ص ٦٨.

٥٩ - د. هشام القاسم - المرجع السابق - ص ٨٦.

٦٠ - د. سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ص ٥٦٧.

٦١ - د. توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٤٩.

فالقانون الإداري هو فرع من القانون العام وثيق الصلة بالقانون الدستوري، يتضمن قواعد تنظيم وعمل ونشاط السلطة التنفيذية في إدارة المرافق العامة واستمرارها في تأدية خدماتها للأشخاص، ويحدد علاقات الإدارات العامة بعضها ببعض، وعلاقاتها بالأشخاص وعلاقات الأشخاص بها، وأهم عنصر فيه هو الموظف العام الذي يعد عامل تحريك لفكرة الدولة إذ إنّ الدولة هي مجموعة موظفين يعملون من خلال القانون الإداري لتسيير مرافقها وممارسة سلطاتها^{٦٢}.

ثانياً- مضمون القانون الإداري:

يحدد تعريف القانون الإداري مضمونه وهو يشمل على وجه الخصوص تنظيم الآتي:

- ١- كيفية ممارسة السلطة التنفيذية والإدارات المركزية واللامركزية لوظيفتها في الدولة، والعلاقة القائمة بين السلطة المركزية والسلطات المحلية، وتحديد وظيفة كل منها في أداء خدماتها.
- ٢- تحديد آلية الرقابة والإشراف على أعمال إدارات الدولة سواء كانت تلك الرقابة داخلية أو عن طريق جهات متخصصة تقوم بهذه الوظيفة كالهيئة المركزية للرقابة والتفتيش، والجهاز المركزي للرقابة المالية، وتحديد آلية العلاقات القائمة بين تلك الجهات.

٦٢ - انظر كل من : د. رمضان أبو السعود- المرجع السابق- ص ١٥٠، و. حسام كامل الدين الأهوازي: المرجع السابق- ص ٨٢، والذي يعرف القانون الإداري بأنه: ((مجموعة القواعد التي تحكم تنظيم السلطة الإدارية ونشاطها كالتسيير للمرافق العامة))، ود. سليمان مرقس- المرجع السابق- ص ٨٢، ود. عدنان القوتلي: المرجع السابق- ص ١١٧، والذي يعرف الحقوق الإدارية بأنه: (التي تنظم حركة السلطة التنفيذية وفعاليتها وتحقق التنظيم الذي يوصي به الدستور وقوانين الدولة على وجه يبين للأفراد الوسائل القانونية التي تمكنهم من حمل السلطة التنفيذية على أداء واجبها أو عدم تجاوزه أو القصور عنه))، ود. إدريس العلوي العبدلاوي: المرجع السابق- ص ٣٩٣.

٣- بيان أنواع الخدمات التي تقوم بها السلطة التنفيذية من خلال الإدارات والمؤسسات والشركات والمنشآت العامة، وكيفية أدائها للأشخاص أصحاب الحقوق فيها كالتعليم والصحة والأمن والغذاء، والماء... إلخ.

٤- بيان الأموال العامة أو الأملاك العامة، وتحديد كيفية إدارتها واستثمارها والمحافظة عليها.

٥- بيان الأعمال الإدارية وشروط صحتها، وتحديد الجهة القضائية التي تملك سلطة الرقابة عليها، وتحديد كيفية التظلم من تلك الأعمال، ومدى إمكانية القضاء في مساعدة الجهات المذكورة في حل الخلافات التي تنشأ فيما بينها، أو تقديم المشورة القانونية لها من أجل حسن تنفيذ وتطبيق القانون دون شطط أو خلل.

المطلب الرابع

القانون المالي

Le droit Fiscal

يُعدُّ القانون المالي سابقاً في تصنيف القانون الإداري^{٦٢} إلا أنه أصبح اليوم كياناً مستقلاً ذا طبيعة خاصة وقد أصبح بمثابة بوصلة التوجيه لعمل الدولة من خلال بيان وارداتها وتحديد نفقاتها، وتزداد أهميته مع ازدياد تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية فيها، وقد أصبح يطلق عليه في كثير من الدول اسم القانون الاقتصادي لأنه يعدّ مؤشراً على الانفتاح أو الانغلاق، وهو فرع من القانون العام الذي يتمتع باستقلالية كبيرة عن كل من القانون الدستوري والقانون الإداري. لذلك سنعرّف هذا القانون ونحدّد مضمونه وفق الآتي:

٦٢ - د. عدنان القوتلي: المرجع السابق - ص ١١٩، ود. حسن كيرة: المرجع السابق - ص ٦٩.

أولاً- تعريف القانون المالي:

يعرّف القانون المالي بأنه مجموعة القواعد التي تحكم مالية الدولة فهو يبين الإيرادات من ضرائب ورسوم وعائدات ويضع قواعد تحصيلها، كما يبين أوجه إنفاق الأموال العامة من خلال الخطة المالية السنوية التي تصدر في قانون الموازنة العامة، كما يضع القواعد التي تتبع في تحضير تلك الموازنة والرقابة على تنفيذها.

ثانياً- مضمون القانون المالي:

يتضمن القانون المالي للدولة بوصفه قانوناً عاماً يحقق مصلحة الأمة جميعها مجموعة القواعد التي تبين السلطة المالية للدولة ودورها وكيفية ممارستها وتحديد مدى تأثيرها في الاقتصاد الوطني وعلاقتها إلى حد ما بالسياسة المالية العالمية. فلذلك يشتمل القانون المالي على قواعد القانون المالي الأساسي للدولة، وقواعد فرض الضريبة وتحصيلها، وقواعد الموازنة العامة إعداداً وتنفيذاً، مع بيان الواردات والنفقات وكيفية عقدها وصرفها، والقوانين الجمركية التي تحدد الرسوم على البضائع وكيفية تحصيلها، ويقسم القانون المالي في حقيقته إلى قسمين الأول يتعلق بالقواعد الخاصة بالميزانية العامة والضرائب والدين العام وتعدّ هذه من مسائل علم الاقتصاد إلى حد بعيد لأنها تعدّ من العوامل المؤثرة جداً في التنمية والاستثمار والركود والازدهار الاقتصادي، أما القسم الثاني فهو عملي تطبيقي يتعلق بتفاصيل جباية الضرائب والرسوم وتحصيلها.

المطلب الخامس

قانون التنظيم القضائي

L'organisation Judiciaire

يُصنّف بعض الفقهاء قانون التنظيم القضائي بشكل مستقل عن القانون الإداري إلا أن طبيعة هذا التنظيم تقتضي اعتباره كياناً مستقلاً وفرعاً خاصاً من فروع القانون العام من جهة أن السلطة القضائية تمثل الذراع الثالثة للدستور وأن تحديد أنواع القضاء ودرجات المحاكم وضمانات استقلال السلطة القضائية بمواجهة السلطة التنفيذية جعلتنا نضع مع غيرنا هذا القانون في تصنيف مستقل. لذلك سنعرض تعريف هذا الفرع ومضمونه وفق الآتي:

أولاً تعريف القانون القضائي:

يعرف القانون القضائي بأنه فرع من فروع القانون العام الذي يشتمل على مجموعة القواعد التي تنظم السلطة القضائية في الدولة وتحدد الجهات التي تقوم بهذه المهمة واختصاص كل منها وتضمن استقلال القضاة في عملهم، وتسمى في مجملها بمجموعة التنظيم القضائي.

ثانياً - مضمون القانون القضائي:

يتضمن القانون القضائي مجموعة القواعد التي تنظم عمل السلطة القضائية التي تنطوي تحت مظلة وزارة العدل من حيث تعيين القضاة وترقيتهم ومسؤولياتهم، وتحدد أنواع المحاكم ودرجاتها والاختصاص العام لها، وهي أيضاً مجموعة القواعد التي تنظم القضاء الإداري وتحدد أنواع المحاكم ودرجاتها وكيفية مراجعتها، وتعيين القضاة في مجلس الدولة، كما يبين أنواع القضاء الاستثنائي في الدولة كالقضاء العسكري ومحكمة أمن الدولة، واللجان ذات الاختصاص القضائي، وكذلك تنظيم عمل المحكمة الدستورية العليا، وجميع هذه القواعد مستقلة عن طبيعة وآلية قواعد

القانون الإداري، ويعد قانون أصول المحاكمات إلى حد بعيد من بنية القانون القضائي إلا أن أكثر الفقهاء يدخله في بنية القانون الخاص ومنهم من يقول عنه إن له تصنيفاً مستقلاً.

المطلب السادس

القانون الجزائي

Le droit pénal

يُعدُّ القانون الجزائي تعبيراً عن قوة الدولة وقدرتها على عقاب من يخرق قواعد القانون المذكور، ويدل مصطلح القانون الجزائي على كل نص فيه فرض عقوبة على من يخرق قاعدة قانونية في أي قانون ورد فيه النص المذكور، ويقال أيضاً له تصنيف مستقل لأنه لا يحمي فقط المصالح العامة، بل يحمي أيضاً المصالح الخاصة ما أن النيابة العام لا تحرك الدعاوى الجزائية في جميع الجرائم إذ إن بعضها يحتاج إلى شكوى يقدمها إليه المتضرر منها، وبعضها الآخر لا تكفي فيه الشكوى كي تتحرك النيابة العامة في إقامة الدعوى الجزائية، بل تتطلب من المضرور أن يتقدم بادعاء ينصب فيه مدعياً شخصياً بمواجهة من ارتكب الجريمة، ويتجلى القانون الجزائي في قسمين هما قانون العقوبات، وقانون أصول المحاكمات. لذلك سنعرض لكل من القانونين ومضمون كل منهما وفق الآتي:

أولاً - قانون العقوبات:

يعرّف قانون العقوبات أو القانون الجزائي بأنه القانون الذي تضعه الدولة وتتفرد به بوصفه تعبيراً عن سيادتها وسلطانها وحدها في إقامة ميزان العدل فيها والاقتصاص من المجرم على ما فعلت يذاه دون أن تعطي هذا الحق لأي شخص آخر، وهو مجموعة القواعد التي تحدد السلوك الخطر على أمن وسلامة الجماعة واستقرارها والتي تسمى في علم القانون الجزائي جرائم ويحدد في الوقت ذاته العقوبة

المناسبة لكل نوع من أنواع السلوك المحرم (الممنوع)، أو هو مجموعة القواعد التشريعية التي تحدد الجرائم والعقوبات المقررة لكل منها لأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني، ويعد قانون العقوبات أو الحقوق الجزائية من الحقوق الموضوعية لأنه يقرر الأفعال الجائزة وتلك المحرمة وشروط فرض العقوبة، ويتألف قانون العقوبات من قسمين هما:

١- القسم العام: يشتمل على تحديد معنى الجريمة وأركانها وقواعد المسؤولية الجزائية، وتحديد المسؤولين عن وقوع الجريمة، ويبين ظروف الجريمة بتحديد أسباب التشديد وأسباب التخفيف والأعذار القانونية التي تعفي من العقاب.

٢- القسم الخاص: يشتمل القسم الخاص في قانون الجزاء على تصنيف الجرائم إلى جرائم واقعة على أمن الدولة والسلطة العامة، وجرائم واقعة على الأشخاص، وجرائم واقعة على الأموال، وجرائم واقعة على العرض (الاغتصاب والفحشاء)...إلخ، وإلى جرائم واردة في قوانين متعددة في الدولة تفرض الحماية الجزائية على بعض الحقوق الموضوعية كمنع التهريب ومكافحة المخدرات، والدعارة وحماية الحراج وغيرها، ثم تتولى القواعد الخاصة تعيين كل جريمة على حدة، وتبين أركانها وشروط التجريم فيها، والعقوبة المفروضة على مرتكبها.

ثانياً - قانون أصول المحاكمات الجزائية:

يعدّ قانون أصول المحاكمات الجزائية بمثابة الدليل العملي الذي يبين كيفية محاكمة المجرم وإقامة الدليل عليه، والأحكام التي يصدرها بحقه وطرق الطعن فيها وإجراءات تنفيذها. فهو مجموعة القواعد الإجرائية التي تعين سلطة الضبط القضائي وسلطة التحقيق واختصاصات كل منها، وطريقة إحالة المتهم بجريمة إلى

المحكمة المختصة، ويرسم إجراءات المحاكمة، وتمكين المتهم من ممارسة حق الدفاع، وكيفية إصدار الأحكام وبياناتها وتبليغها والطعن فيها وصولاً إلى تنفيذها، وكيفية التنفيذ، وبيان الإجراءات التي يمكن اتخاذها أثناء التنفيذ وبعده.

وليسَت هذه التصنيفات نهائية لفروع القانون العام فهناك من يدخل في هذا التصنيف قانون العمل والتأمينات الاجتماعية لصلته بشريحة كبيرة من المجتمع هم فئة العمال، ولا بدّ من التفريق بين قانون العمل الذي يحكم العمل في الدولة حيث يدخل ضمن قائمة القانون الإداري، وقانون العمل الذي يحكم العمل في القطاع الخاص وهو ينطوي تحت مفهوم القانون الخاص^{٦٤}.

٦٤ - انظر بالنسبة لقانون التأمينات الاجتماعية - د. سمير عبد السيد تناغر - المرجع السابق - ص ٥٦٩، وانظر بالنسبة إلى قانون

العمل: د. الكوني علي أعوده - المرجع السابق - ص ١٦٢-١٦٦.

المبحث الثاني

القانون الخاص وفروعه

Le Droit privé

يحكم القانون الخاص وينظم العلاقات ذات الطبيعة الخاصة التي تنشأ بين الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، وهو يقيم التوازن في حماية المصالح الخاصة بما فيها تلك التي ترعاها الدولة وأشخاصها الاعتبارية العامة عندما لا تتصرف بوصفها سلطة ولها سيادة، ولذلك يقال عن القانون الخاص إنه مجموعة القواعد التي تنظم وتحكم جميع العلاقات التي تنشأ داخل إقليم الدولة عندما لا تتصل بحق السيادة أو بالسلطة العامة^{٦٥}، ولهذا، يتألف القانون الخاص من فروع عديدة بسبب تنوع العلاقات والمصالح الخاصة التي ينظمها ويحكمها ويحميها، وعلى رأسها القانون المدني، ثم القانون التجاري، فقانون العمل، وقانون أصول المحاكمات، والقانون الدولي الخاص، وسنعرض لهذه الفروع في المطالب الآتية:

المطلب الأول

القانون المدني

Droit civil

يعدّ القانون المدني بمثابة القانون الوطني الرئيس فهو أبو القوانين الخاصة وأمها، بل هو أساس فكرة القاعدة القانونية الملزمة في كل القانون بجميع تصنيفاته وفروعه. لذلك سنعرف هذا القانون ونبين موضوعاته التي يحكمها وفق الآتي:

٦٥ - انظر بعض هذه الأفكار في: د. حسن كيرة- المرجع السابق- ص ٧٢ و د. إدريس العلوي العبدلاوي- المرجع السابق-

ص ٤٣٩، ود. الكوني علي أعبود- المرجع السابق- ص ١٦٦.

أولاً- تعريف القانون المدني:

يعرّف القانون المدني بأنه القانون الذي يتضمن مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الأشخاص بصفة عامة، ويتعين الرجوع إليه بصدد أية علاقة تنشأ فيما بينهم لا يحكمها قانون خاص آخر^{٦٦}، أو هو الشرعة العامة في علاقات القانون الخاص، أو هو القانون الذي يتوجه الأشخاص جميعاً لتطبيق أحكامهم بمعزل عن أية هوية يحملونها^{٦٧}، ويعرف القانون المدني في الشريعة الإسلامية بقانون المعاملات المالية، ويسمى في بعض الدول بقانون الموجبات والعقود، وفي بعضها الآخر بقانون الالتزامات^{٦٨}، وهو يُعرّف في أكثر الدول الأوربية بأنه القانون العائلي، أو قانون الأحوال الشخصية، وأن مصدر أكثر القوانين المدنية العربية هو القانون المدني المصري الذي شارك في وضعه الفقيه المصري الكبير عبد الرزاق السنهوري ومجموعة من الفقهاء وقد روعي عند وضعه في عام ١٩٤٧ وطبق منذ عام ١٩٤٨ أكثر التشريعات حداثة في ذلك الوقت مع الأخذ بالحسبان بعض قواعد الشريعة الإسلامية ولاسيما منها ما يتعلق بنظرية التعسف في استعمال الحق ومضار الجوار، وقد سمي في معظم الدول العربية بالقانون المدني.

ثانياً- مضمون القانون المدني:

يتضمن القانون المدني بالمعنى الحصري لهذا المصطلح مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الأشخاص فيما بينهم بغض النظر عن صفاتهم وألوانهم وأجناسهم، ويكفي فيهم أن يتمتعوا بحقوقهم المدنية لقبولهم أطرافاً في علاقة مما تنظمه أحكامه وهو يشتمل على الآتي:

٦٦ - د. توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٥٥-٥٦،

٦٧ - انظر بعض هذه الأفكار في د. حسن كيرة - المرجع السابق - ص ٧٢

٦٨ - انظر قانون الموجبات والعقود اللبناني، وقانون الالتزامات التونسية.

١- باب تمهيدي (المدخل): تتضمن مقدمة القانون المدني مجموعة القواعد التي تتحدث عن القانون والحق، وتطبيق القانون، وحلول تنازع القوانين من حيث الزمان ومن حيث المكان، وعن أصحاب الحق وهما الشخص الطبيعي (الإنسان)، والشخص الاعتباري، وتتحدث عن الأشياء وعن الأموال.

٢- الحقوق الشخصية: تضمن الكتاب الأول من القانون المدني مجموعة القواعد التي تبين متى يكون الشخص دائناً أو مديناً، ففيها كل ما يتعلق بمصادر الالتزام وأولها الأحكام الخاصة بنظرية العقد (إنشاء وأثارة وأحكاماً وإنهاء)، والإرادة المنفردة بوصفها المصدر الثاني من مصادر الالتزام الإرادية، والقواعد الخاصة المتعلقة بالفعل الضار، والفعل النافع، والإثراء دون سبب مشروع، والقانون، بوصفها مصادر غير إرادية للالتزام، ويتضمن الكتاب الثاني من القسم الأول من القانون المدني مجموعة القواعد المتعلقة بالعقود المسماة وهي العقود المعروفة بأسمائها في التعامل بين الأشخاص مصنفة على مجموعات منها ما يقع على الملكية: كعقود البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح، ومنها ما يقع على الانتفاع بالشيء: كعقدي الإيجار والعارية، ومنها ما يقع على العمل كعقود العمل والمقولة والوكالة والوديعة والحراسة، ومنها مجموعة عقود المضاربة: كعقود المقامرة والرهان، والمرتب مدى الحياة، والتأمين، وأخيراً عقد الكفالة سواء كانت الكفالة عادية أو كفالة تضامنية.

٣- الحقوق العينية: يشتمل القانون المدني في القسم الثاني منه على مجموعة القواعد المتعلقة بالحقوق العينية الأصلية والمتمثلة في حق الملكية، وأسباب اكتساب حق الملكية، والحقوق المنفردة عن حق الملكية كحقوق الانتفاع والارتفاع والسطحية والوقف، وكذلك القواعد المتعلقة بالحقوق العينية التبعية كالرهن والتأمين وحقوق الامتياز.

المطلب الثاني

قانون الأحوال الشخصية

Droit le famille

يُعدّ قانون الأحوال الشخصية من القوانين المرتبطة بالقانون المدني إلا أنه يحمل طبيعة خاصة مستمدة من خصوصية المسألة التي ينظمها المتعلقة ببناء الأسرة والآثار المترتبة عليها مع الأخذ بالحسبان أن قانون الأحوال الشخصية أكثر القوانين اتصالاً بالدين والعقيدة، لذلك فإن أحكامها تستمد منهما، ولهذا تتعدد قوانين الأحوال الشخصية بتعدد الأديان والطوائف في الدولة الواحدة، وبشكل خاص في سورية فهناك قانون الأحوال الشخصية خاص بالمسلمين مع الحفاظ على بعض الأحكام الخاصة بالطائفة الدرزية، وقانون الأحوال الشخصية للمسيحيين خاص بكل طائفة بحسب الكنائس التي تنتمي إليها كل طائفة، إضافة إلى قانون الأحوال الشخصية خاص بالطائفة الموسوية، وبعد قانون الأحوال الشخصية الخاص بالمسلمين قانوناً عاماً في هذه المسائل إذ يتعين الرجوع إليه وتطبيقه في كل مسألة من مسائل الأحوال الشخصية لا ينظمه القانون الخاص بالطوائف. لذلك سنعرّف قانون الأحوال الشخصية ونحدد مضمونه وفق الآتي:

أولاً- تعريف قانون الأحوال الشخصية:

يعرّف قانون الأحوال الشخصية بأنه مجموعة القواعد التي تتناول الأفراد (الشخص الطبيعي) في حياتهم العائلية، فهي القواعد التي تبين مركز الشخص من أسرته وعائلته والروابط التي تقوم فيما بينهم وكل ما يتعلق بتكوين الأسرة.

ثانياً- مضمون قانون الأحوال الشخصية:

تتناول قواعد قانون الأحوال الشخصية الأحكام المتعلقة بالخطبة وأثارها، والزواج وشروطه وموانعه وانحلاله وأثاره، كما تبين أحكام النسب والحضانة

والرضاع، والولاية والوصاية، وقواعد الإرث والميراث وكل ما يتصل بذلك دون قواعد الإرث القانوني وهو القانون المطبق في الإرث الخاص بالأراضي الأميرية الذي نطبق بشأنه أحكام خاصة تتطوي تحت مفهوم القانون المدني وليس قانون الأحوال الشخصية، وفيه يكون للزوج نصف ما يتركه الزوج الآخر وللبنات مثل حظ الذكر دونما تمييز، وتم وضع القانون المذكور منذ زمن الحكم العثماني ولا يزال قائماً حتى تاريخه.

المطلب الثالث

قانون الأحوال المدنية

Droit de l'état civil

يعدُّ قانون الأحوال المدنية من فروع القانون الخاص الأكثر ارتباطاً بالقانون المدني لأنه يُعنى بالهوية المدنية للشخص سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً بحسبانه صاحب الحق الذي يتمتع بحماية القانون، وسنعرض لتعريفه، وبيان موضوعه وفق الآتي:

أولاً- تعريف قانون الأحوال المدنية:

يُعرّف قانون الأحوال المدنية بأنه مجموعة القواعد التي تطبق بشأن الشخص ذاته بوصف صاحب الحقوق المعنية أينما وردت وأياً كان اسمها أو تصنيفها إضافة إلى حقوق ذاتها يتمتع بها هو نفسه، أي هو مجموعة القواعد التي تبين مركز الشخص أو حالته من عائلة، ومجتمع، ودولة، وأسس إثبات الحالة من الولادة وحتى الوفاة.

ثانياً- مضمون قانون الأحوال المدنية:

يشتمل قانون الأحوال المدنية على مجموعة القواعد المتعلقة بالسجل المدني للأشخاص الطبيعيين أو السجل الخاص بالشركات بالنسبة للأشخاص الاعتبارية،

والأحكام الخاصة بكل من السجلين المذكورين، والقواعد الخاصة بواقعات الولادات، والزواج والطلاق، والوفيات، وتصحيح الواقعات، وكل ما يتعلق بالبطاقة الشخصية (identité) والبطاقة العائلية (دفتر العائلة)، فهي تتضمن الاسم والاسم العائلي والجنس والحالة المدنية من زواج وطلاق، والجنسية وتاريخ الولادة ومكانها، والموطن والمهنة والدين وغيرها من البيانات المعرفة بالشخص، وقواعد التغيير والتبديل والتصحيح.

المطلب الرابع

القانون التجاري

Droit commercial

يعدُّ القانون التجاري من القوانين ذات الطبيعة المختلطة مثله مثل عدد من القوانين الأخرى التي ندرجها تحت تصنيف فروع القانون الخاص، وقواعده مختلطة لأنَّ فيها بعض القواعد تنتمي إلى القانون العام، وبعضها تنتمي إلى القانون الخاص، ولذلك يحرص بعض الفقهاء على وضع القانون التجاري بفروعه البرية والبحرية والجوية مع قوانين أخرى في تصنيف مستقل مختلط^{٦٩}، وبعضهم يقول إنَّ القانون التجاري بفروعه يؤلف تصنيفاً خاصاً يسمى (القانون الاقتصادي)^{٧٠}، إلا أنَّ السمة الغالبة في قواعده هو الطبيعة الخاصة لذلك يصنف على أنَّه فرع من فروع القانون الخاص لأنَّه يرتبط بصلة وثيقة في القانون المدني الذي يعد قانوناً عاماً

٦٩ - انظر: د. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ١٦٩، ود. حسن كيرة - المرجع السابق - ص ٧٧

٧٠ - انظر د. الكوني علي أعبوده - المرجع السابق - ص ١٧١ وما بعدها، ود. شكري السباعي - الوسيط في القانون التجاري

المغربي - ج ١ - ١٩٨١ - مجلة رابطة القضاة بالمغرب - العدد (٣/٢) أبريل - ص ١٦٣ - ١٨٢، ويوجد في العالم

== المعاصر من الفقهاء من ينادي بتعديل تسمية القانون التجاري بالقانون الاقتصادي - راجع هذه الأفكار في د. علي الكوني

أعبوده - المرجع السابق - ص ١٧٢ - ١٧٧.

بالنسبة للقانون التجاري حيث يتم الرجوع إليه في كل مالم يرد بشأنه نص في القانون التجاري. لذلك سنفرق بين أنواع القانون التجاري من حيث التعريف والمضمون وفق الآتي:

أولاً- قانون التجارة البرية:

يعرف قانون التجارة البرية بأنه مجموعة القواعد التي تنظم وتحكم التجارة بوصفها عملية اقتصادية تتضمن تنظيم حركة السوق والزائن فهو يقيم رابطة بين تاجر وزبون وسلعة. لذلك فإن قانون التجارة البرية ينظم ويحكم ويحدد الأعمال التجارية البرية، والتجار، والسجل التجاري، والمحل التجاري، والدفاتر التجارية والسندات أو الأوراق التجارية، والعقود التجارية (نقل، وسمسة، ووكالة، وتمثيل)، والإفلاس التجاري وشروطه وإجراءاته وآثاره.

ثانياً- قانون التجارة البحرية:

يعرف قانون التجارة البحرية بأنه مجموعة القواعد التي تنظم عملية شحن البضائع بواسطة السفينة عبر البحر، أو هو الذي ينظم العلاقات الخاصة التي تنشأ بصدد الملاحة البحرية. لذلك فإن قانون التجارة البحرية يشتمل على القواعد المتعلقة بالسفينة، ووثائق السفينة والرقابة عليها، والحقوق العينية على السفينة، بما فيها الرهن البحري، وقواعد حجز السفينة، وأشخاص الملاحة البحرية، والأحكام الخاصة بعقد العمل البحري، والوكلاء البحريين والمقاولين، وعقد إيجار السفينة، وعقد النقل البحري سواء تعلق بنقل الأشخاص أم البضائع، والقواعد المتعلقة بالقطر والإرشاد، وتلك المتعلقة بالتصادم البحري والمساعدة والإنقاذ، والخسائر البحرية المشتركة، والتأمين البحري، وتسوية الأضرار، وغيرها من الأحكام ذات الصلة بتشغيل السفينة واستثمارها^{٧١}.

٧١ - انظر قانون التجارة البحري السوري رقم (٤٦) تاريخ ٢٨/١١/٢٠٠٦.

ثالثاً - قانون التجارة الجوي:

يعدّ قانون التجارة الجوي جزءاً من منظومة القانون الخاص لأنه يشتمل على مجموعة القواعد الخاصة بالنقل بواسطة الوسائل التي تسبح في السماء سواءً تعلقت بنقل الأشخاص أو بنقل البضائع، ولا يزال النقل الجوي يخضع لاتفاقية وارسو الدولية لعام ١٩٢٩م، وبروتوكول لاهاي لعام ١٩٥٩، وتشمل قواعدها تنظيم عقد النقل الجوي، وسندات النقل الجوي ومسؤولية الناقل الجوي.

رابعاً - قانون الشركات:

يتضمن قانون الشركات أنواع الشركات وشروط تأسيسها وكيفية إدارتها وحلها وتصفيته، ويكمل قانون التجارة البرية.

المطلب الخامس

قانون العمل

Droit du travail

سبق أن ميّزنا بين نظام العاملين الأساسي الذي ينظم ويحكم العمل في الدولة وأشخاصها الاعتبارية العامة، وقانون العمل الذي ينظم ويحكم العمل لدى الأشخاص الاعتبارية الخاصة، إذ يعدّ القانون الأول جزءاً من القانون الإداري، أما الثاني فيعدّ فرعاً ذا طبيعة خاصة مختلطة، ويصنفه أكثر الفقهاء في قائمة القانون الخاص. لذلك نعرّف هذا القانون، ونحدد مضمونه وفق الآتي:

أولاً - تعريف قانون العمل:

يُعرّف قانون العمل بأنه مجموعة القواعد التي تنظم العلاقة القائمة بين العمل وأرباب العمل، سواءً كانت العلاقة فردية أو علاقة جماعية، وهو قريب من القانون المدني لأن هذا القانون يعدّ إطاراً عاماً له، إلا إن كثرة القواعد الآمرة فيه

التي تم وضعها من أجل حماية العامل جعلت بعض الفقهاء يفكر في وضعه في قائمة القانون العام إلا قواعده الأساسية تنظم علاقات خاصة وتحمي مصالح خاصة ولا تظهر الدولة أو أشخاصها الاعتبارية العامة بصفة سيادية لذلك فهو يبقى في تصنيف القانون الخاص^{٧٢}.

ثانياً - مضمون قانون العمل:

تشتمل قواعد قانون العمل على تنظيم العلاقة القائمة بين العامل ورب العمل من حيث تنظيم عقد العمل الفردي، وعقد العمل الجماعي وتحديد الحقوق والالتزامات والمسؤوليات، ويصنف قانون التأمينات الاجتماعية الذي يعد ذا طبيعة مختلطة، ولاسيما أنه يخضع للقانون المذكور قسماً من العاملين في الدولة إضافة إلى العاملين في القطاع الخاص تحت قائمة القانون الخاص على خلاف قانون التأمين والمعاشات الذي يدخل تحت مفهوم القانون الإداري.

المطلب السادس

قانون العلاقات الزراعية

Droit du travail agricultural

يعد قانون العلاقات الزراعية أو القانون الزراعي الذي ينظم العمل الزراعي في القطاع الخاص فرعاً من فروع القانون الخاص على الرغم من طبيعة قواعده المتميزة، وهو قريب الصلة بالقانون المدني وبنظرية العقد الواردة فيه، ويعد القانون المذكور إطاراً عاماً له. لذلك سنعرفه، ونبين مضمونه وفق الآتي:

أولاً - تعريف القانون الزراعي:

يعرف القانون الزراعي بأنه مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الناشئة عن العمل الزراعي والاستثمار الزراعي والحيواني وقد عرفت المادة (٢) من قانون

٧٢ - انظر د. حسن كيرة - المرجع السابق - ص ٧٧.

تنظيم العلاقات الزراعية السورية العلاقة الزراعية بأنها ((العلاقات القائمة بين أطراف العمل الزراعي والناشئة عن استثمار الأرض استثماراً زراعياً، نباتياً أو حيوانياً)).

ثانياً - مضمون القانون الزراعي:

يشتمل القانون الزراعي على مجموعة القواعد التي تعرف العمل الزراعي وتحدد العامل الزراعي، وعقد العمل الزراعي الفردي وعقد العمل الزراعي الجماعي والحقوق والالتزامات، وكيفية إنهاء العلاقات الزراعية، والقواعد المتعلقة بالمزارعة والمغارسة، وبيع الثمار والضمان، وأحكام أخرى متفرقة.

المطلب السابع

قانون أصول المحاكمات المدنية

Droit de procédure civil

يعدّ قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية والشرعية من القوانين ذات الطبيعة المختلطة الذي يحتوي على قواعد من القانون العام وأخرى من القانون الخاص، لذلك، فهو لا يعدّ فرعاً من فروع القانون العام أو فرعاً من فروع القانون الخاص، بل هو تصنيف مستقل لأنه يتضمن القواعد التي تؤدي إلى اقتضاء الحق وحمايته. فهو لا يحكم بشكل مباشر علاقة عامة أو علاقة خاصة، وإنما ينظم وسائل حماية القانون للعلاقات، فهو بذلك فرع من فروع القوانين الأصولية أو الإجرائية التي تخدم القانون الخاص أو القضاء المدني كما يخدم قانون الإجراءات الجزائية القضاء الجزائي^{٧٣}، ومع ذلك فإن أكثر الفقهاء يصنفونه تحت قائمة

٧٣- لمزيد من المعلومات راجع د. محمد واصل - أصول المحاكمات - جامعة دمشق ٢٠٠٦ - ص ٢٤ وما بعدها، ود. وحدي راغب

- مبادئ القضاء المدني - طبعة ١ - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٨٧ - ص ١٠.

القانون الخاص. لذلك سنعرف قانون أصول المحاكمات، ونحدد مضمونه وفق الآتي:

أولاً- تعريف قانون أصول المحاكمات:

يعرّف قانون أصول المحاكمات بأنه مجموع الأصول والأوضاع والإجراءات التي يجب على المتقاضين مراعاتها للحصول على حقوقهم كما يجب على المحاكم إتباعها لإقامة العدل بين الناس^{٧٤}، أو أنه القانون الذي يُعنى بتنظيم السلطة القضائية وترتيبها وبيان اختصاص المحاكم والإجراءات الواجب إتباعها أمامها^{٧٥}، أو هو الشكل الذي يتعين بموجبه رفع الدعوى والدفاع فيها، وكذلك التدخل والتحقيق والحكم بها، وبيان طرق الطعن التي يمكن سلوكها، مع بيان آلية تنفيذها. لذلك، فإن قانون أصول المحاكمات هو القانون القضائي الخاص، أو هو قانون اقتضاء الحقوق الخاصة وحمايتها، وعلى القاضي ومن يراجع عدالة الدولة أن يتقيدا بمضمونه لأنه يتضمن القواعد التي تنظم السلطة القضائية وتبين اختصاصات المحاكم وكيفية اللجوء إليها، وتوضح الإجراءات المتبعة أمامها وصولاً إلى اقتضاء الحق أو حمايته، وهو القانون العام في كل ما يتضمنه من قواعد وأحكام، لذلك يمكن أن نعرف قانون أصول المحاكمات بأنه القانون المتضمن مجموعة القواعد التي تبين أنواع المحاكم واختصاصاتها، وتنظم عملها وإجراءات الدعوى والخصومة وإجراءات الإثبات، والفصل في الخصومات بإصدار الأحكام بأنواعها، وتبين طرق الطعن في الأحكام وآلياتها وصولاً إلى التنفيذ وإجراءاته وتصفية المراكز القانونية المترتبة عليها.

٧٤ - انظر د. عبد الحميد أبو هوف . المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر . طبعة ٢٠٠٢. مكتبة الاعتماد - القاهرة -

١٩٢١ - ص ٣٦.

٧٥ - رمزي سيف . الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية . الطبعة (٨) . دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٦٥ . ص ٨.

ثانياً- مضمون قانون أصول المحاكمات:

يحتوي قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية والشرعية على نوعين من القواعد، يطلق على الأول منهما قواعد الموضوع، وعلى الثاني القواعد الشكلية، ومن القواعد الموضوعية تلك المتعلقة بشروط قبول الدعوى، وشروط صحتها، وصحة تمثيل الأطراف أمام المحاكم، يضاف إليها القواعد المتعلقة بالإثبات وطرق الطعن، والإجراءات الخاصة بالتنفيذ الجبري، أما قواعد الشكل فهي تلك المتعلقة بحق الدفاع وعلانية المحاكمة، وإجراءات الإعلان والحضور أمام المحاكم وتلك المتعلقة بتبادل اللوائح والمذكرات، وشروط إصدار الأحكام، وطرق الطعن ومهله وغيرها.

المطلب الثامن

القانون الدولي الخاص

Droit international privé

يعدّ القانون الدولي الخاص من القوانين ذات الطبيعة الخاصة بصفته ينظم علاقات خاصّة على المستوى الدولي من حيث تعيين القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقات، أو من حيث تحديد القضاء الذي يحكمها، لذلك يوجد من يقول إنّه ينتمي إلى القانون الدولي، ومن يقول إنّ القانون الخاص ينظم علاقات أفراد، ومنهم من يقول إنّ له تصنيفاً مستقلاً، وأكثر الفقهاء يضعونه تحت قائمة القانون الخاص. لذلك سنعرّف القانون المذكور ونحدد مضمونه وفق الآتي^{٧٦}:

أولاً- تعريف القانون الدولي الخاص:

يعرّف القانون الدولي الخاص بأنه مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد ويكون فيها عنصر أجنبي، وذلك ببيان المحكمة المختصة

٧٦ - د. فواد ديب - القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - المطبعة الجديدة - دمشق - ١٩٨٥-١٩٨٦ - ص ٦.

بنظر تلك العلاقات أو بتعيين القانون الواجب التطبيق عليها، أو مجموعة القواعد التي تحكم مسائل الجنسية والموطن والمركز القانوني للأجانب أو هو مجموعة القواعد الخاصة بتحديد الاختصاص القضائي لمحاكم دولة معينة في علاقة خاصة، ويبين القانون الواجب التطبيق عليها^{٧٧}.

ثانياً - مضمون القانون الدولي الخاص:

يتضمن القانون الدولي الخاص مجموعة من القواعد الخاصة بمركز الأجانب في دولة معينة وهو يتضمن بشكل خاص الآتي:

- ١- العلاقات ذات الصلة بالجنسية من خلال بيان مدى ارتباط شخص ما بدولة معينة إذ إن الجنسية هي تعبير عن الحالة السياسية لذلك الشخص المعني.
- ٢- القواعد المتعلقة بمسألة المركز الإقليمي للأشخاص المعبر عنه بالموطن، والذي يفترض وجود الأشخاص به من أجل تلقي كل ما يتعلق به من مخاطبات أو مراسلات، أو دعاوى.
- ٣- القواعد الخاصة بمركز الأجانب في دولة معينة من حيث الحقوق والالتزامات، ولاسيما منها ما يتعلق بحق الملكية وحق التقاضي، وبيان كيفية الدخول إليها والإقامة والعمل فيها، أو الإبعاد عنها، كما يتضمن القواعد الخاصة بحل مسألة التنازع بين القوانين عند وجود أكثر من قانون يحكم بعض العلاقات التي تنشأ بين الأشخاص.

٧٧ - د. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ١٨٨-١٨٩.

المبحث الثالث

الموازنة بين القانون العام والقانون الخاص

تتعدد أسس ومعايير التفرقة والتمييز بين القانون العام والقانون الخاص، وينطلق كل منها من فلسفة خاصة تحمل ما تقوم عليها، ولها مبرراتها المنطقية وتهدف جميعها إلى رسم حدود بين القانون العام والقانون الخاص وللتمييز بين القانون العام والقانون الخاص فوائد عديدة. لذلك نعرض لهذا المبحث في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

التمييز بين القانون العام والقانون الخاص

تتميز قواعد القانون العام عن قواعد القانون الخاص في وجوه متعددة ويستند ذلك التمييز إلى معايير مختلفة نعرض منها الآتي:

أولاً- معيار المصلحة العامة:

يعدّ معيار المصلحة العامة من أكثر المعايير التي حاول الفقهاء وضعها للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص، ويقوم هذا المعيار على أساس القانون العام يرفع مصلحة عامة أو مصلحة الدولة والمجتمع عامة، بينما القانون الخاص يرفع مصلحة خاصة تتعلق بالأفراد، إلا أن هذا التمييز وإن كان فيه جانب من الصحة غير منطقي بالجملة لأن هدف جميع قواعد القانون هو حماية المصلحتين العامة والخاصة معاً. فما من مصلحة عامة إلا وفيها مصلحة خاصة، والعكس صحيح.

ثانياً- المعيار المالي:

يقوم هذا المعيار على أساس أن القانون العام ينظم العلاقات التي ليست من طبيعة مالية، أما القانون الخاص فينظم العلاقات ذات الطبيعة المالية، وهذا المعيار غير سليم لأن كلاً من القانونين العام والخاص ينظم علاقات ذات طبيعة مالية وأخرى غير مالية، فنظام العقود في الدولة ينظم علاقات من طبيعة مالية، وقانون الأحوال الشخصية والأحوال المدنية ينظمان حقوقاً ليست من طبيعة مالية.

ثالثاً- معيار درجة الإلزام:

يقوم هذا المعيار على أساس طبيعة قواعد كل من القانونين. حيث تكون قواعد القانون العام أمرة ومن النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، بينما تكون قواعد القانون الخاص من القواعد التكميلية، ويجوز الاتفاق على مخالفتها، إلا أن هذه الفلسفة غير صحيحة لأن القواعد الأمرة موجودة في القانون العام وفي القانون الخاص على حد سواء رغم التفاوت بين الأمرين. فالحقوق العينية المتعلقة بحق الملكية جميعها أمرة مع أنها ترد في القانون الخاص، وتعد علاقات المؤسسات العامة والشركات العامة تجارية في تعاملها مع الغير.

رابعاً- معيار أطراف العلاقة:

يعدّ معيار أطراف العلاقة من أقدم المعايير، ويقوم على أساس أن القانون العام ينظم ويحكم كل علاقة تكون الدول أو أحد أشخاصها الاعتبارية العام طرفاً فيها، أما القانون الخاص فينظم العلاقات التي لا تكون الدولة بصورة ما طرفاً فيها فهو ينظم علاقات أفراد أو علاقات أشخاص اعتبارية خاصة. وقد سقط هذا المعيار مع ازدياد نشاط الدولة وتدخلها في شتى مناحي الحياة وإدخال قواعد القانون الخاص لحكم بعض علاقاتها بالغير وعلى ذلك فإنه:

١- ليست كل علاقة تكون الدولة طرفاً فيها محكومةً بالقانون العام، فلو أوصى شخص بماله إلى الدولة، فإن القانون الذي يحكم الوصية من حيث صحتها وشروطها... هو القانون الخاص وليس القانون العام، كما أن الدولة أصبحت تاجراً وتستثمر مشاريع تجارية، وتدخل شريكاً مع القطاع الخاص وفي جميع هذه الحالات لا يحكم القانون العام تلك العلاقات الناشئة عن مثل هذه النشاطات التي تقوم فيها الدولة، وفي الواقع تقوم علاقات كثيرة بين الدولة وأشخاصها تقف فيها موقف الأفراد العاديين ثم تخضع تلك العلاقات لأحكام القانون الخاص.

٢- لا يعد تدخل الدولة في نشاط ما لاعتبار أن التدخل محكوم بقواعد القانون العام، وإلا لتعطل مفهوم القانون الخاص لأن الدولة هي التي تضع التشريع وتبسط سلطتها على كل النشاطات الموجودة فيها، فهي تحدث الاتحادات والنقابات والجمعيات، ولا يمكن إخضاع جميع هذه القطاعات إلى القانون العام .

خامساً- معيار طبيعة العلاقة القانونية (السيادة):

يقوم هذا المعيار للتفريق بين القانون العام والقانون الخاص على أساس أطراف العلاقة من جهة، وطبيعة العلاقة من جهة أخرى. فوفقاً لهذا المعيار فإن القانون العام هو الذي ينظم علاقة الدولة بغيرها عندما تتعامل مع هذا الغير بوصفها سلطة تمارس سيادة، وبذلك فإن القانون العام هو مجموعة القواعد التي تحكم عمل سلطات الدولة وتوزيع الوظائف فيما بينها وتنظيم وتسيير وإدارة المرافق العامة، وتحدد علاقتها بالأشخاص الاعتبارية الدولية من دول أو منظمات دولية أو إقليمية، ويعد هذا المعيار من أقرب المعايير إلى الواقع العملي وإن قيل إن قد يؤدي إلى إخراج بعض القواعد المتعلقة بالقانون الإداري من مفهوم القانون العام، ولاسيما بالنسبة للجهات العامة التي تتولى نشاطات اقتصادية مالية أو تجارية.

المطلب الثاني

أهمية التفريق بين القانون العام والقانون الخاص

يترتب على تصنيف القانون بين قانون عام وقانون خاص مجموعة من النتائج المفيدة على الصعيدين العلمي والعملية، فهو من حيث المبدأ يوفر على الدارس والباحث الأعمال الفقهية المرجعية التي يحتاجها عندما يرغب بدراسة مسألة قانونية ما، ومن الناحية العملية يفيد الأمر في الحد الأدنى بتحديد القضاء المختص لأن القانون العام وتطبيقه والمنازعات التي تقع بشأنها من اختصاص قضاء غير القضاء المختص بالمنازعات المتعلقة بالقانون الخاص وتطبيقاته، لذلك نستطيع إيجاز أهم مزايا هذا التفريق في الآتي:

أولاً- من حيث الهدف:

تدل معايير تقسيم القانون إلى قسمين عام وخاص على التركيز على الهدف أو المصلحة، إذ تهدف قواعد القانون العام بجذورها وتشعباتها إلى تأمين النظام العام وإقامة الأمن والسلم الداخلي والخارجي، فهي أقرب إلى الإطار التنظيمي الشامل لأن السلطة العامة في الدولة وبحسب مركزها تتمتع بامتيازات متفوقة على سلطات ومراكز الأفراد ويمقتضى هذا المركز وتلك السلطة تستطيع أن تستملك للمنفعة العامة، وتستطيع أن تصدر بعض المنقولات وإن كان ذلك يتم لقاء تعويض عادل. أما القانون الخاص وقواعده فهو أقرب صلة بالأفراد أو بالأشخاص الخاصة وهو يسهر على إدارة وتنظيم مصالح في معظمها مصالح خاصة.

ثانياً- من حيث طبيعة القواعد والصفة:

تعد أكثر قواعد القانون العام ذات صفة أمرة تتمتع بقوة الإلزام دون أن يحق لأي كان مخالفتها حاكماً كان أو محكوماً لاتصالها بكيان الدولة وأركانها وتنظيمها وسياستها في شتى المجالات الداخلية والخارجية، أما قواعد القانون الخاص

فأكثرها قواعد تكميلية وتفسيرية لا يجبر الأشخاص على العمل بها دائماً كقواعد القانون العام. إذ يجوز للأشخاص مخالفتها والعمل على تطبيق قواعد من صنعهم أنفسهم، ويكون قانون الإرادة أقوى منها.

ثالثاً- من حيث التنفيذ:

تعطي قواعد القانون العام الأشخاص الاعتبارية العامة بمقتضى سلطتها الإدارية الحق بالتنفيذ المباشر في كثير من الحالات دون حاجة لمراجعة السلطة القضائية لاقتضاء حق أو حمايته، ففي نظام العقود مباشرة يحق للإدارة سحب الأعمال من المتعهد ولها الحق في التنفيذ على حسابها إن قصر في التنفيذ، وله الحق في دعم ورشاته عندما ترى بطلاناً في تنفيذ مشاريعها، ولها بموجب قانون جباية الأموال العامة أن تحصل ديونها مباشرة من المدين وأن تلجأ إلى الحجز والبيع لاستيفاء تلك الديون. فهي تقرر الحقوق لنفسها وتستوفيها، وعلى المتضرر مراجعة القضاء بطلب وقف الإجراءات أو وقف التنفيذ أو إلغاء مائتم أو إعادة مائتم استيفاؤه منها دون وجه قانوني، أما في القانون الخاص لا يحق لأحد استيفاء حقه بالذات. فعلى كل شخص له طلب أو دعوى أو حق أو دين أن يراجع عدالة الدولة لاستيفائه أو حمايته، وعلى ذلك فإن قواعد القانون العام تتفوق على قواعد القانون الخاص.

رابعاً- من حيث الاختصاص القضائي:

تأخذ كثير من الدول بنظام القضاء المزدوج، حيث يوجد قضاء خاص يقوم على تطبيق قواعد القانون العام كالقضاء الدستوري والقضاء الإداري، وقضاء يسمى عادة القضاء العادي يعمل على تطبيق قواعد القانون الخاص. فلذلك يختلف القضاء المختص بنظر علاقة ما باختلاف طبيعتها وتحديد القانون الذي تنطوي تحته، وهذا التقسيم بين القانون العام والقانون الخاص أدى إلى نشوء قضاء

مستقل عن القضاء العادي كما أشرنا يسمى القضاء الإداري والذي يختص بنظر المنازعات الإدارية التي تكون الدولة وأشخاصها الاعتبارية العامة طرفاً فيها، وربما لولا هذا التقسيم لما وجد نظام القضاء المزدوج.

خامساً- من حيث النظام المالي والملكية:

تخضع الأشخاص الاعتبارية العامة التي يحكمها القانون العام إلى نظام قانوني بشأن إدارة الأموال والملكية والتصرف فيها يختلف كلية عن إدارة الأموال والملكية الخاصة فمركز الأموال العامة والأموال الخاصة متفوق على الملكية الخاصة ويخضع لنظام حماية غير متوافر لحماية الأموال الخاصة، فلذلك تعد قواعد المحاسبة العامة مختلفة جوهرياً عن قواعد المحاسبة التجارية أو الخاصة. ومهما كان التمييز بين القانون العام والقانون الخاص، وأياً كانت غاياته فإن العلاقة بينهما في تأثير متبادل فكثيراً ما نجد الأشخاص الاعتبارية العامة تقف إلى جانب الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة أمام محاكم القضاء العادي، وكما نجد هؤلاء يقفون معها أمام القضاء الإداري.







الباب الثاني

مصادر القانون

Les sources du droit

تمهيد :

يأتي القانون بالمعنى العام والواسع من مجموعة مصادر ترفده بما يحتاج إليه من القواعد لتنظيم العلاقات في المجتمع، وإقامة الأمن والسلم الأهلي فيه، وذلك من خلال اطمئنان الجميع على صيانة أموالهم وأرواحهم وأعراضهم، وأن ميزان القسط والمساواة هو الميزان الوحيد القائم في ساحات العدالة من خلال دولة القانون والمؤسسات^{٧٨}. فالقاضي الذي يطلب منه حسم المنازعات التي ترفع إليه عبر وسيلة قانونية هي الدعوى يحتاج إلى معرفة القواعد ومصادرها التي تمكنه من الحل، وقد نص المشرع على هذه المصادر على سبيل التحديد. إذ نصت المادة (١) من القانون المدني السوري على أن ((١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها -٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)).

لذلك، يتعين على القاضي أن يجد الحل للمسائل التي تعرض عليه وفقاً للترتيب الذي أتى به المشرع دون أن يكون له حرية الانتقاء بينها، حيث يتعين عليه أن يبحث عن الحل أولاً في النصوص التشريعية (التشريع الوضعي)، فإذا لم يجد فيها نصاً تشريعاً - في كل التشريع وليس فقط في نصوص القانون المدني - يساعده على الحل انتقل بعدها إلى القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية، وإذا لم

٧٨ - سورة المائدة - الآية (٤٢) (وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ).

يجد الحل فيها أيضاً انتقل بعدها إلى قواعد العرف المعروفة والثابتة والمطبقة في مثل حالة المسألة المعروضة، وإن لم يجد الحل فيها أيضاً انتقل إلى البحث في مبادئ القانون الطبيعي (الفطرة السليمة للبشر) وقواعد العدل والإنصاف التي تدخل في مفهوم القانون الطبيعي.

لذلك نعرض لمعنى مصطلح مصدر القانون وجوهر القانون قبل أن نبحث في تقسيم مصادر القانون في هذا التمهيد وفق الآتي:

أولاً- تعريف مصدر القانون:

يقال لشيء يوجد من عدم، ولكل موجود أساس، ولكل نتيجة سبب، وإن البحث في السبب المنشئ للقواعد القانونية يقتضي البحث في عالم المعرفة بحسبان أن القاعدة القانونية هي محل للمعرفة، ودون معرفة مصادر القانون لا يمكن معرفة القانون. لذلك يوجد لمصطلح مصدر القانون معانٍ متعددة منها أنها السبب المنشئ للقواعد القانونية، وهو في هذا المعنى يأخذ معنى البحث في قواعد السلوك العام، ومصدر إلزام هذه القواعد، لذلك يقال لكل قاعدة قانونية مصدر مادي تستمد موضوعها منه، ومصدر معنوي تستمد قوتها منه، أما المعاني الأخرى لعبارة المصدر كالمصدر التاريخي الذي اعتمده المشرع في وضع القاعدة القانونية، أو المصدر التفسيري الذي يستعين به القاضي في فهمه للقانون فلا تعبر عن حقيقة المصدر، فالمصدر بالمعنى الحقيقي والاصطلاحي ينصرف إلى السبب المنشئ للقواعد القانونية، وهو المصدر الرسمي له، وإن كان كثير من الفقهاء يعتمدون تقسيم المصدر إلى مصدر رسمي وآخر غير رسمي لسهولة البحث والدراسة^{٧٩} إلا أنه لا معنى حقيقياً لهذا التقسيم، لأن جميع مصادر قواعد القانون هي مصادر رسمية.

٧٩ - انظر د. توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٢٧ وما بعدها.

ثانياً - مصدر القانون وجوهر القانون.

يقوم تفريق واضح بين مصدر القانون، وجوهر القانون. فإذا كان مصدر القانون ينصرف إلى السبب المنشئ للقاعدة القانونية سواء كان نصاً تشريعياً أو نصاً شرعياً أو مجرد قاعدة عرفية، أو ما فطر عليه، فإن جوهر القانون يعني العدل المطلق، إذ إن كل قاعدة قانونية يجب أن تتوخى العدل في قيامها من خلال اعتبار الأخلاق والقيم والمعايير الإنسانية أي أنها القانون الفطري للبشر وهو إحساس العدل، وهي أن يضع القاضي نفسه في موقع الشخص الذي سيحكم عليه، ليجيب على فرضية أنه سيحكم على نفسه بماذا وكيف يحكم؟. لذلك فقد تضمن القانون المدني السويسري هذه الفكرة عندما نصّ في مادته الأولى على أنه في حال عدم وجود نص قانون أو عرف يمكن تطبيقه. ((يحكم بمقتضى القواعد التي كان يضعها لو أنه كان يقوم بعمل تشريعي))^{٨٠}، ومن هنا جاءت فكرة أن القاضي يصنع التشريع، وإن استلهم القانون الطبيعي في التطبيق هو من أعمال القاضي نفسه، وأن النص على تطبيق القانون الطبيعي لم يقدم شيئاً جديداً، وهذا الأمر دعا أرسطو إلى التفريق بين العدل بذاته بوصفه قانوناً طبيعياً وبين العدل المصنوع بواسطة الإنسان.

ثالثاً - مصادر القانون والمبادئ العامة للقانون:

تمّ تحديد مصادر القانون بأنها السبب المنشئ للقواعد القانونية، أما المبادئ العامة للقانون فهي قاعدة القواعد القانونية. وهي تتفق مع التقاليد القانونية المعمول بها في دولة معينة كقاعدة: لا إلزام بمستحيل ولا تكليف إلاّ بمستطاع، وهي عملية

٨٠ - نصت الفقرة الثانية من القانون المدني السويسري تاريخ ١٩٠٧/١٢/١٠ وتعديلاته (عبارة منقولة حرفياً عن أرسطو) على أن:

-2: A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon

le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il

établirait s'il avait à faire acte de législateur.

ربط فلسفي بين المفاهيم السائدة في مجتمع ما وبين القواعد القانونية المطبقة فيه، فهي تتطوي تحت مفهوم القانون الطبيعي الذي سبق بيانه لأنها تهدف إلى إقامة العدل وإن كان من صنع البشر وإن كانت المسافة بين المبادئ العامة للقانون والقواعد القانونية هي أقصر من تلك المسافة القائمة بين القانون الطبيعي والقواعد القانونية، ومن المبادئ العامة للقانون الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وأهم معيار للتفريق بين مصادر القانون والمبادئ العامة للقانون هو أن المبادئ العامة ليست قواعد قانونية بالمعنى الفني المقصود التي سبق بيان خصائصها المميزة لها، فإن المبادئ العامة تعبير فلسفي حياتي عن الوجود العاقل للإنسان، فالحق في الحياة والحرية والكرامة وهي مبادئ عامة وهدف إنساني نبيل، وهي سابقة على القاعدة القانونية وعلى ذلك يجب أن تخضع جميع القواعد القانونية للمبادئ العامة وعدم مخالفتها لها لأنها تعبير عن الفكرة العامة السائدة في مجتمع ما، وإذا ما تم تبنيها من قبل المشرع تصبح قواعد قانونية، وعلى ذلك تعد قواعد الشريعة الإسلامية مبادئ عامة إلا أن تبنيها في قانون الأحوال الشخصية من قبل المشرع جعلها تصبح قواعد قانونية.

رابعاً - مصادر القانون والأفكار المنشئة للقانون:

يعدّ التشريع انتصاراً لفكرة اجتماعية أو سياسية يعمل على تبنيها من قبل الأقوياء في النظام الذي يحكم الدولة بالفعل، وليس أولئك الذين يحملون ألقاباً ويلبسون ياقات حريرية حمراء، فالقوة تسعى إلى فرض أفكارها في صورة قواعد قانونية، وليس بالضرورة أن تمثل تلك القوة الغوغاء أو الدهماء بل قد تكون قوة العقل والمنطق والحجة، وقد تكون قوة الخير والحق العدل. فالعدل لا يفرض نفسه بل يجب وجود من يدافع عنه ويعمل على تطبيقه، وكل القوانين تصدر تحت عنوان العدل، ولذلك يجب أن تكون القوانين واضحة ومستقيمة وعادلة ولا يجب أن تسن أو توضع لممارسة القهر والاقتدار من فئة على أخرى أو من الحاكم على

المحكومين. فمهما يكن الأمر، فإن القانون وليد قوة خلاقة ولا يولد صدفة، ولا تصنعه الأرانب، وقد يبدو صراع الأفكار وصراع المصالح في جوهره هو صراع قوانين، ولولا ذلك لما احتاج الأمر إلى وضع قوانين، ويستعمل بعضهم عبارات مهذبة كالسياسة القانونية بدلاً من مصطلح خلق الحقائق بالفرض والجبر والافتدار، وإن ما قبل القانون من أفكار وصراعات هي التي أدت إلى خلقه، وعلى ذلك فإن الفرق شاسع من مصادر القانون والقوة الخلاقة للقانون. فمصدر القانون هو بداية الصياغة التشريعية، أما القوة الخلاقة فهي صراع يؤدي إلى تكوين المادة الأولية لفكرة الصياغة القانونية^{٨١}. لذلك، سوف نعرض لمصادر القانون التي يستند إليها القاضي في حل المنازعات التي من شأنها أن تؤدي إلى إخلال في نظام المجتمع واستقراره، وفقاً لما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني، وتقوم تصنيفات متعددة لها حيث يردّها البعض كما وردت في النص دون أي تصنيف، وتصنف أحياناً إلى مصادر تشريعية، ومصادر قضائية، إلا أننا نصنف مصادر القانون وفق الواقع والحقيقة إلى مصدرين هما: مصادر تشريعية ومصادر غير تشريعية. لذلك سنعرض هذا الباب في الفصلين الآتيين:

الفصل الأول: مصادر القانون التشريعية

الفصل الثاني: مصادر القانون غير التشريعية

٨١ - انظر بعض هذه الأفكار في د. سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق ص ٢٦٧-٢٧٢.



الفصل الأول

مصادر القانون التشريعية

Les sources de la loi législative

تمهيد:

يُعدُّ التشريع المصدر الأصلي الأول للقواعد القانونية، ويكاد يغطي جميع المسائل التي يحتاجها القاضي عند النظر في المنازعات وحلها، حتى أصبح يقال إنَّ القانون من وراء كل شيء محيط، ويستعمل بعض الفقهاء تعبيراً موازياً للتشريع هو القانون بالمعنى الضيق (Loi)، إلا أنَّ مصطلحات الواقع تقتضي التمييز بين القانون بهذا المعنى، وبين أشكال أخرى من التشريع لها ذات المضمون والقيمة والقوة والإلزام إلا أنها لا تسمى قانوناً بل يطلق عليها مصطلح المرسوم التشريعي، أو التشريع بالإحالة، وذلك عندما يحيل القانون أو المرسوم التشريعي لجهات أخرى بوضع قواعد عامة ومجردة وتتمتع بقوة الإلزام، وإن لكل من هذه المصطلحات مدلولاً محدداً ويخضع إصداره إلى إجراءات وقواعد مختلفة. لهذا سوف نبين في هذا الفصل معنى التشريع، وأنواعه، وسن التشريع أو إعداده وصياغته، وإصدار التشريع، ونفاذه، وإلغائه في الأبحاث الآتية:

المبحث الأول: تعريف التشريع وخصائصه.

المبحث الثاني: أنواع التشريع وطرق سنه.

المبحث الثالث: نفاذ التشريع وإلغائه.

المبحث الرابع: صياغة التشريع.

المبحث الأول

تعريف التشريع وخصائصه

يتسم التشريع بأنه مجموعة القواعد المكتوبة التي تتضمن الأوامر والنواهي والتوجيه بصدد إقامة النظام والأمن والسلام الأهلي في المجتمع أو في الدولة، وله تعريفات متعددة، كما أنه يتسم بخصائص مميزة له سواء من حيث مضمونه أو الجهة التي تصدره، أو الشكل الذي يصدر فيه. لهذا سنعرض لتعريف التشريع وبيان خصائصه ومزاياه في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

تعريف التشريع

Définition la législation

يعرّف الشرع والشرعة في لسان العرب بأنها مورد الماء أو المشرب، وأهون السقي هو التشريع، وهو الدين والعقيدة والمنهاج والطريق المستقيم، وهو إظهار الحق، وجاء في القرآن الكريم ﴿لَكُلٌّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾^{٨٢}، ولقد قيل في تفسيره: الشريعة الدين، والمنهاج الطريق الواضح^{٨٣}. لذا، لا يختلف المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي والديني، فقد قيل إن التشريع بوصفه فعلاً وعملاً يعني قيام السلطة المختصة في الدولة بوضع قواعد ملزمة لتنظيم العلاقات في المجتمع وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة لذلك^{٨٤}، وهو في هذا المعنى يعد مصدراً من مصادر التشريع، ويطلق مصطلح التشريع أيضاً على مجموعة القواعد القانونية النافذة في دولة ما، وعلى ذلك يكون للتشريع معنيان: الأول قيام السلطة

٨٢ - سورة المائدة - الآية ٤ (٤٨).

٨٣ - تفسير الجلالين.

٨٤ - د. سليمان مرعش - المرجع السابق - ص ١٦٩

المختصة في الدولة في حدود صلاحياتها واختصاصها بوضع قواعد ملزمة مكتوبة لتنظيم الدولة والمجتمع، والمعنى الثاني القواعد القانونية المكتوبة الملزمة الصادرة عن السلطة المختصة^{٨٥}.

لذا، فإن تحديد السلطة المختصة بالتشريع يعود إلى النظام الأساسي للدولة أو الدستور وفقاً لما يطلق عليه من تسميات بحسبانه التشريع الأساس في جميع الدول^{٨٦}. فالتشريع في معنييه الإظهارى أو الواقعي هو المصدر الرسمي الأول للقانون بالمعنى الواسع، ويتعين العمل به أولاً وقبل الرجوع إلى أي مصدر آخر من مصادر القواعد القانونية سواء كانت في الشريعة الإسلامية، أو في العرف أو في غيرها من المبادئ.

المطلب الثاني

خصائص التشريع ومزاياه

يتسم التشريع بمجموعة من الخصائص والمزايا تتفق مع أهميته في حياة الدول والشعوب بصفته من أهم عوامل الوحدة الوطنية لاسيما بعد أن كثرت الهجرات السكانية بين الدول، حتى إن أقوى دول العالم مثل الولايات المتحدة الأمريكية لا تقوم على شعب واحد، بل هي دولة تحتوي على مجموعات متنوعة مختلفة من الأمم والشعوب، ولا رابط بينها سوى أنها تخضع لقانون واحد، وإضافة إلى هذا العامل المميز والدور البارز للقانون في العصر الراهن فإنه يتمتع بمجموعة من الخصائص والمزايا، وله صلة بالدين أو بالعقيدة نبيتها وفق الآتي:

٨٥ - د. عبد السلام علي المزويحي - المرجع السابق - ص ١٩٧-١٩٨.

٨٦ - د. سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ص ٢٩٢، ود. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ٢٤٤.

أولاً- خصائص التشريع:

يتسم التشريع بمجموعة من الخصائص المميزة له عن غيره من الأعمال التي تباشرها الدولة بوصفها السلطة العامة التي تقيم النظام في المجتمع وترعى مصالحه وتدافع عنها ضد من يقصدها بسوء، نلخصها في الآتي:

١- يصدر التشريع عن سلطة مختصة بإصداره: تسمى الجهة المختصة بالتشريع بالسلطة التشريعية، لتأكيد مسألتين هما: وظيفة الدولة في وضع القوانين المتضمنة قواعد الأمر والنهي والتوجيه مع القوة الملزمة لها، وتحديد الهيئة التي تتولى مهمة التشريع في الدولة، وهذه الهيئة تتصف بأنها سلطة عامة وظيفتها وضع القواعد القانونية في الدولة، ويجب أن لا يفهم هنا أن هذه السلطة هي البرلمان أو مجلس الشعب من جهة أنه السلطة المخولة بوضع التشريع الذي تحتاجه الدولة نيابة عن الشعب وهذا ما جاء في الدستور السوري (يتولى مجلس الشعب السلطة التشريعية على الوجه المبين في الدستور)^{٨٧}، بل يمكن أن تكون هذه الجهة هي الشعب نفسه بوصفه مصدر السلطات جميعها، وقد يكون السلطة التنفيذية ممثلة برئيس الجمهورية أصالة أو بالتفويض التشريعي المعطى له وفقاً لما نبينه لاحقاً.

٢- يضع التشريع قواعد قانونية: تقوم السلطة المختصة بأعمال متعددة في إدارة شؤون الحكم في الدولة إلا أنها عند ممارستها للسلطة التشريعية فإنه تضع قواعد قانونية عامة ومجردة وملزمة، وإن كل ما يصدر عنها دون أن يتمتع بهذه الصفات التي سبق بيانها في تحديد عناصر القاعدة القانونية لا يعدّ تشريعاً، بل تعدّ خطابات سياسية أو مقالات أو أفكاراً، أو آراء أو قرارات إدارية.

٨٧ - الفقرة (١) من المادة (٥٠) من دستور عام ١٩٧٣.

٣- يصدر التشريع مكتوباً: تتميز القواعد التشريعية عن بقية قواعد القانون ولاسيما العرفي منه في أنه تكون دائماً مثبتة بوثيقة خطية رسمية، لذلك يقال إن التشريع يكون شكلياً أي أنه يصدر بلباس محدد، وهذه الكتابة تجعل القاعدة قانونية واضحة يسهل الرجوع إليها من قبل المخاطبين بها، وتبيان تاريخ نفاذها أو سريانها في الزمان والمكان، وهذه الكتابة تسهل عمل الدولة في تصديها لكل المشكلات من خلال وضع قواعد قانونية تساعد في تلبية احتياجات المجتمع، وإن كان البعض يأخذ على كون التشريع مكتوباً أنه يكون جامداً لا يساعد على السرعة في الاستجابة للحاجات كالعرف الذي يكون مرناً يؤدي وظيفته بشكل أسرع، وإن خصيصة الكتابة في التشريع من أهم ما يميزه عن العرف الذي يكون غير مكتوب ومن ثم يصعب إثباته.

ثانياً- مزايا التشريع وأهميته

يتمتع التشريع بمجموعة من المزايا تجعله فاعلاً ومؤثراً في حياة الدولة والمجتمع نلخصها في الآتي:

١- يؤدي التشريع إلى وحدة القانون في الدولة الواحدة بخلاف بقية مصادر القانون التي تختلف من مكان إلى آخر وحتى في المهنة ذاتها، وكذلك يختلف عن مبادئ الشريعة الإسلامية التي فيها خلاف باختلاف المذاهب، وهو يؤدي إلى مساواة الناس جميعاً أمام وحدانيته، فلا يطبق على فئة دون فئة أو جزء من الدولة دون أجزائها الأخرى، فالقانون -كما سبق البيان- من أهم عوامل قوة الدولة ووحدتها وتضامنها.

٢- يعد التشريع مصدراً سريعاً للقانون لأن إعداد وإصداره لا يحتاج إلى وقت طويل كما هو الأمر عليه في الأعراف التي يحتاج وقيامها إلى مدد زمنية طويلة. لذلك سهل تتبع حاجات المجتمع والدولة من خلال سهولة وضع

التشريع أو تعديله، أما قواعد العرف فلا تنشأ إلا تدريجياً ويصعب إلغاؤها لترسخها في ضمير الجماعة عبر زمن طويل.

٣- تتم صياغة القواعد القانونية من قبل متخصصين في التشريع بشكل مكتوب، لذلك تكون محكمة وواضحة يسهل الرجوع إليها وفهمها من قبل كل من يطلع عليها، وتؤدي إلى استقرار التعامل في المجتمع ويسود فيه الأمن والنظام، أما في القواعد القانونية غير المكتوبة فيكون من الصعب معرفتها والرجوع إليها ويكون تطبيقها محل نزاع مستمر، ويكون الأصعب من المعرفة والاطلاع هو تحديد مضمونها الذي يحتاج دائماً إلى أهل الرأي والخبرة.

٤- يؤدي التشريع إلى تعزيز سلطة الدولة في المجتمع وتوطيدها بحسبانها سلطة وحيدة تمارس السيادة في الدولة لا ينافسها في ذلك متنفذون أو جماعات ضغط، وتساعد على توطيد دعائم الديمقراطية من خلال إعطاء دور مهم للشعب بالتشريع لما يحقق مصالحه، ويساعد التشريع الدولة في رسم الأهداف والوصول إليها ولا سيما في تنفيذ سياستها الاقتصادية والاجتماعية.

٥- يكون التشريع مجرداً عن اللون والجنس والعرق والدين، وعليه فإنها تطبيق على الجميع دون تمييز، إلا أنه مع ذلك يعد الدين أو العقيدة من المسائل المؤثرة في وضع القواعد القانونية، وقد نص الدستور السوري على أن (الفقه الإسلامي مصدر رئيسي للتشريع)^{٨٨}.

٨٨ - انظر الفقرة (٢) من المادة (٣) من دستور عام ١٩٧٣.

المبحث الثاني

أنواع التشريع وسنّه

Sorte et confection de la législation

تتعدّد التشريعات بالنسبة إلى مصدرها في الدولة الواحدة، وإن كان الأصل فيها أن التشريع من اختصاص السلطة التشريعية كما سبق البيان إلا أن تشعب وظائف الدولة وتدخلها في حياة المجتمع أوجد واقعاً جديداً هو إعطاء التشريع استثناء للحكومة في حالات محددة على سبيل الحصر، وإن كان هذا الواقع يشير إلى أكثر قواعد القوانين توضع من قبل الحكومة أو السلطة التنفيذية عن طريق المراسيم التشريعية، أو اللوائح التشريعية التي تصدر بناءً على تفويض تشريعي، وقد تقلص دور السلطة التشريعية في ممارستها لمهامها الأساسية بوضع تلك القواعد عن طريق التشريعات التي تقرها. فكما تعدد أنواع التشريعات في الدولة الواحدة، تختلف أيضاً طرق سنّها أو إعدادها، فقد يستغرق التشريع عن طريق مجلس الشعب مدة طويلة بسبب المناقشات والمراجعات المطولة التي يخضع لها، بينما قد لا يستغرق إصدار المرسوم التشريعي في حالات العجلة اليوم الواحد، ونميز في الواقع بين ثلاثة أنواع من التشريع هي التشريع الدستوري، والتشريع العادي أو البرلماني والتشريع الحكومي لذلك سنعرض هذا البحث لأنواع التشريعات وطرق سنّها في المطالب الآتية:

المطلب الأول: التشريع الدستوري.

المطلب الثاني: التشريع العادي.

المطلب الثالث: التشريع الحكومي.

المطلب الأول

التشريع الدستوري

La loi constitutionnelle

يعدّ التشريع الدستوري من أهم التشريعات في جميع دول العالم وأعلاها قوة ومرتبّة، وهو بمثابة الوثيقة الأساسية التي تقوم عليها أنظمة الحكم في دول العالم، ولهذا يطلق عليه تسميات وتعاريف مختلفة ومتعددة وسنبيّن في هذا المطلب التعريف المتداولة للتشريع الدستوري، وبيان كيفية سنه أو وضعه والرقابة عليه وفق الآتي:

أولاً- تعريف التشريع الدستوري^{٨٩}:

يعرّف التشريع الدستوري بأنه التشريع الذي يضع مجموعة القواعد الأساسية التي تبحث في تكوين الدولة، وتنظم تأسيس السلطة العامة وممارستها وانتقالها^{٩٠}، أو هو التشريع الذي يتضمن الأسس والمبادئ السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تسير عليها الدولة، ويحدد شكل الحكم، ويبين سلطات الدولة واختصاصها وحدودها وعلاقاتها بالسلطات الأخرى، ويبين حقوق الأفراد وحرياتهم^{٩١}، وتعد الوثيقة الدستورية المصدر الأساس للقانون الدستوري وتصدر هذه الوثيقة عن السلطة التأسيسية الأصلية، وترتبط هذه الوثيقة أيضاً بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان، حيث إنّها تتضمن بعضاً من الحقوق التي تضمنها الإعلان المذكور، ويعرف أيضاً القانون الدستوري بأنه مجموعة القواعد التي تحدد نظام الدولة

٨٩ - لمزيد من المعلومات: راجع د. حسن مصطفى البحري- المرجع السابق- ص ١٨١، وما بعدها.

٩٠ - انظر هذا التعريف وغيره في د. كمال الغالي- مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية- الطبعة السابعة- جامعة دمشق ١٩٩٤- ص ٩-١٠.

٩١ - د. صبري محمد السنوسي- حمد- الوسيط في القانون الدستوري- دار النهضة العربية- القاهرة ٢٠٠٨- ص ٥.

السياسي، وعلاقة الدولة بالفرد من حيث الحقوق والحريات^{٩٢}، وقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أن الدستور هو القانون الوضعي الأسمى وجميع التشريعات الأخرى يجب أن تنزل عند أحكامه ولا يجوز لها معارضته سواء كانت تلك المعارضة سابقة أو لاحقة له^{٩٣}.

ثانياً- سنّ أو وضع التشريع الدستوري^{٩٤}:

لا تثير مسألة الدساتير العرفية مشكلة على صعيد الواقع العملي باعتبار أنها غير مكتوبة بل تنشأ بالعادة والتقاليد احترام الأفراد والمؤسسات السياسية لها والطاعة والاستجابة إلى ما ترسخ منها في قيم المجتمع وضميره^{٩٥}، والمشكلة تكمن في وضع الدساتير المكتوبة حيث تعددت أساليب نشأتها، وهي تختلف من دولة إلى أخرى، كما تختلف في الدولة ذاتها بين وقت وآخر، وتتحصل تلك الأساليب في المنحة من الحاكم إلى الشعب (أنظمة الحكم الدكتاتورية المطلقة)، أو في العقد الذي يقوم بين الحاكم والشعب، أو من خلال جمعية تأسيسية حيث تختفي إرادة الحاكم، وتظهر إرادة الشعب التي تنتخب جمعية تأسيسية تقوم بالنيابة عنه بوضع الوثيقة الدستورية، وإن هذه الأساليب أصبحت أكثرها من الماضي وأسست دساتير

٩٢ - انظر د. إبراهيم محمد درويش، ود. محمد إبراهيم درويش- القانون الدستوري- دار النهضة العربية- القاهرة- ٢٠٠٧- ص ٢٤.

٩٣ - نقض جنائي في ١٩٧٥/٢٤:٣ - مجموعة المكتب الفني - ١٩٧٥ - ص ١٥٨، وجاء في قرار للهيئة العامة لمحكمة النقض

السورية أنه ((إذا كان يمنع على القضاء التصدي للمستورية القوانين عن طريق الدعوى لاتقضاء النص إلا أنه ليس هناك ما

يمنع التصدي لذلك عن طريق الدفع بالامتناع عن تنفيذ القانون المخالف للدستور ولا يعتبر ذلك تعدياً على سلطة التشريع

لأن المحكمة لا تقضي بإلغاء قانون ولا تأمر بوقف تنفيذه وإنما تفاضل بين تشريعين متعارضين وتقرر أيهما أولى بالتطبيق

من خلال مبدأ علو الدستور وسيادته على القانون)) - نقض هيئة عامة رقم ٢٩ أساس ٩ تاريخ ١٩٨٣/١١/٢٨ مجلة

المحاميين لعام ١٩٨٣ - ص ٥٠٥ - قاعدة ١٠٥ - مجموعة المبادئ القانونية للهيئة العامة لمحكمة النقض/المحامي شفيق

طعمة. ص ٦٢.

٩٤ - لمزيد من المعلومات راجع: د. كمال الغالي - المرجع السابق - ص ١٢٧١٣٧-١٦٥.

٩٥ - د. صبري محمد السنوسي محمد - المرجع السابق - ص ٢٣، و د. إبراهيم محمد درويش، ود. محمد إبراهيم درويش - المرجع

السابق - ص ٩٦.

كثيرة لأول مرة في العديد من الدول، والأسلوب الأخير في وضع الدساتير هو الاستفتاء، وهو أحدث الأساليب في وضع الدساتير حيث يقوم الشعب مباشرة بالاستفتاء العام على الدستور، وهو تطوير لفكرة الجمعية التأسيسية، وبموجب هذا الأسلوب تقوم القوة المسيطرة على الحكم في الدولة سواء عن طريق الثورة أو الانقلاب بإعداد وثيقة تعبر عن أفكارها وفلسفتها في الحكم، ومن ثم تعرضها على الشعب في استفتاء عام ليقول (نعم) أو (لا)، ولم يسبق في تاريخ الاستفتاءات على أي أمر أن الشعب تجرأ على قول (لا)، ونحن نعتقد أن أفضل الدساتير هو الدستور الذي يتم إعداده من قبل جمعية خاصة منتخبة من المهنيين المتخصصين في هذا المجال، ومن ثم عرضه على الاستفتاء الشعبي العام^{٩٦}.

ثالثاً- تعديل الدستور :

تختلف طرق تعديل الدستور باختلاف القوانين الدستورية، والأنظمة السياسية، وقد تم تعديل القانون الدستوري السوري عدة مرات، حيث كان التعديل الأول بموجب القانون رقم (٢) تاريخ ٢٩/٣/١٩٨٠^{٩٧}، والتعديل الثاني بموجب القانون رقم (١٨) لعام ١٩٩١^{٩٨}، والتعديل الثالث بموجب القانون رقم (٩) تاريخ ١١/٦/٢٠٠٠^{٩٩}، ويتم تعديل الدستور السوري إما بناءً على اقتراح رئيس الجمهورية، أو ثلث أعضاء مجلس الشعب، ويجب أن يتضمن اقتراح التعديل النصوص المراد تعديلها والأسباب المبررة لذلك التعديل، وعند ورود

٩٦ - انظر في هذا الاتجاه : د. حسن كبره - المرجع السابق - ص ٢٣٣، ود. سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ص ٢٠٦.

٩٧ - تم تعديل المادة (٦) من الدستور بالنص على أن ((يبين القانون علم الدولة وشعارها وتشديدها والأحكام الخاصة بكل منها))

٩٨ - تم تعديل الفقرة (٣) من المادة (٨٤) من الدستور بالنص على أن ((يتم انتخاب الرئيس الجديد قبل انتهاء ولاية الرئيس القائم في مدة لا تقل عن شهر واحد ولا تزيد على ستة أشهر)).

٩٩ - تم تعديل المادة (٨٣) من الدستور بالنص على أنه ((يشترط في من يرشح لرئاسة الجمهورية أن يكون عربياً سورياً متمتعاً

بحقوقه المدنية والسياسية متماً الرابعة والثلاثين عاماً من عمره)).

الاقتراح إلى مجلس الشعب يتم فوراً تأليف لجنة خاصة من قبل رئيس المجلس لدراسة الاقتراح، وتقدم اللجنة بنتيجة أعمالها تقريراً إلى الجلسة العامة للمجلس ويخضع اقتراح التعديل إلى التصويت في الجلسة المذكورة وإذا حصل الاقتراح على موافقة أكثرية ثلاثة أرباع أعضاء المجلس وليس أكثرية ثلاثة أرباع الحاضرين عُدَّ التعديل نهائياً إلا أنه يبقى معلقاً على موافقة رئيس الجمهورية، أو على إصدار قانون التعديل ويضاف ذلك على الدستور^{١٠٠}، ولا يجوز إجراء أي تعديل على دستور نافذ قبل مرور ثمانية عشر شهراً على تاريخ نفاذه^{١٠١}، وإن تعديل التشريع في مجموعه لا يكون إلا في حالة الانقلابات والثورات، وهذا يؤدي إلى تغيير في كيان الدولة ونظام الحكم فيها^{١٠٢}.

رابعاً- الرقابة على تطبيق التشريع دستوري:

تتنوع طرق الرقابة على الالتزام بتطبيق القانون الدستوري وتنفيذه، وتظهر بأشكال مختلفة كالرقابة الشعبية، والرقابة البرلمانية، والرقابة الإعلامية، وهذه الأنواع من الرقابة على الالتزام بتطبيق أحكام التشريع الدستوري رقابة سياسية لاتصل إلى حد ممارسة القوة أو القهر على تنفيذها عن طريق استعمال الدولة لسلطتها العامة في ذلك، فإن من يخرق القواعد الدستورية هم الحكام وليس المحكومين، ويقف على قمة الرقابة السياسية بتطبيق أحكام الدستور رئيس الجمهورية إذ نصت المادة (١/٩٣) من الدستور السوري على أن ((يسهر رئيس الجمهورية على احترام الدستور وهو يضمن السير المنتظم للسلطات العامة وبقاء الدولة)). فعلى ذلك فإن السلطة الرقابية الحقيقية على التقيد بأحكام الدستور

١٠٠ - انظر المادة (١٤٩) من الدستور

١٠١ - المادة (١٥) من الدستور.

١٠٢ - د. أحمد كمال أبو المجد- الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية ومصر - مطبعة النهضة - القاهرة

١٩٦٠- ص ٤٣ وما بعدها.

وعدم مخالفة أحكامه تكمن في الرقابة القضائية التي يمكن أن تتم بواسطة المحكمة الدستورية في الدول التي تقوم فيها مثل هذه المحكمة والتي تملك صلاحيات إلغاء التشريع أو اللوائح المخالفة للدستور، أو عن طريق القضاء بنوعيه العادي والإداري الذي يستطيع أن يجتهد بالامتناع عن تطبيق التشريع أو النظام المخالف للدستور، وهذا ما يسمى في لغة المحاكم النظر في الدفع المتعلق بالامتناع عن تطبيق النصوص المخالفة للدستور.

فهناك محكمة دستورية عليا في سورية نص عليها الدستور إلا أنها ذات رأي استشاري، ولم تعط صلاحيّة التصدي للنظر في الطعون التي يمكن أن ترفع بشأن مخالفة القوانين والأنظمة للدستور، وهي لا تملك صلاحيّة التصدي لمسألة مخالفة التشريعات الصادرة عن مجلس الشعب أو عن رئيس الجمهورية للدستور، أما القضاء بنوعيه العادي والإداري فقد تجرأ في بعض الأحكام على الامتناع عن تطبيق النصوص المخالفة للدستور^{١٠٣}.

١٠٣ - جاء في قرار محكمة النقض السورية أن: ((إذا حظرت القوانين على المحاكم سماع الدعوى المتعلقة بنقل ملكية السيارة فإن تلك النصوص غير واجبة التطبيق لأنها تحرم الإنسان من حق التقاضي وهو من الحقوق الأساسية للمواطن التي تعمل الدولة على صيانتها عملاً بالمادة ١٢/ والفقرة ٤/ من المادة ٢٨/ من الدستور السوري (قرار الهيئة العامة لمحكمة النقض رقم ١٦/٤٣ لعام ١٩٧٨) - قرار أساس مخاصمة ٤٥٤ قرار ١٥٠ تاريخ ١٩٩٦/٤/٢ القاعدة رقم ٥٩١ المجموعة القضائية لقرارات محكمة النقض السورية. دعاوى مخاصمة القضاء الجزء الثالث. الأستاذ ياسين الدركلي، وجاء في قرار آخر للهيئة العامة أنه: ((إذا كان يمتنع على القضاء التصدي لدستورية القوانين عن طريق الدعوى لانتفاء النص إلا أنه ليس هناك ما يمنع التصدي لذلك عن طريق الدفع بالامتناع عن تنفيذ القانون المخالف للدستور ولا يعتبر ذلك تعدياً على سلطة التشريع لأن المحكمة لا تقضي بإلغاء قانون ولا تأمر بوقف تنفيذه وإنما تفاضل بين تشريعين متعارضين وتقرر أيهما أولى بالتطبيق من خلال مبدأ علو الدستور وسيادته على القانون)) - نقض هيئة عامة رقم ٢٩ أساس ٩ تاريخ ١٩٨٣/١١/٢٨ مجلة المحامين - ص ٥٠٥ لعام ١٩٨٣، قاعدة ١٠٥. مجموعة المبادئ القانونية للهيئة العامة لمحكمة النقض/المحامي شفيق طعمة. ص ٦٢، وجاء في قرار آخر أن ((١) - الدستور السوري كفل للمواطن السوري حق مراجعة القضاء السوري، ولا يجوز حرمانه منه دون مسوغ ودون تحديد القضاء المختص لمراجعته. وهذا من النظام العام. ٢. اتفاقية تأسيس الشركة السورية السعودية للاستثمارات الصناعية والزراعية يجب أن لا تخالف الدستور وإن كانت ترقى إلى مرتبة التشريع. وإذا خالفته فإنه ينبغي تطبيق الدستور الذي ---

المطلب الثاني

التشريع العادي (البرلماني)

La loi

يُعَدُّ التشريع من قبل السلطة التشريعية في الدولة هو الطريق الطبيعي لوضع القواعد القانونية بصفتها السلطة المنتجة للتشريع الذي تحتاجه الأمة، وبذلك يكون التشريع تعبيراً عن إرادة الشعب التي يباشرها بواسطة ممثليه في مجلس الشعب أو الأمة أو البرلمان، كما أنه يأتي تطبيقاً عملياً لمبدأ فصل السلطات في الدولة حيث تقوم السلطة التشريعية بسن القوانين وتقوم السلطة التنفيذية بإدارة شؤون الحكم من خلال تنفيذ القوانين التي وضعها نواب الأمة، وتتولى السلطة القضائية مهمة الرقابة على الالتزام بتطبيق تلك القوانين ومنع الخروج عليها أو مخالفتها. لذلك، يقال عنه التشريع العادي أو القوانين العادية، ويطلق عليه مصطلح القانون بالمعنى المهني الضيق (Loi) أي ذلك الذي تصدره السلطة التشريعية المختصة وفقاً لأحكام الدستور لتنظيم علاقات الحياة الاجتماعية في الدولة^{١٠٤}، ويصدر التشريع عادة بصيغة مواد قانونية في صك تشريعي واحد، أو يصدر بمجموعة صكوك تشريعية أو بقوانين متعددة فيسمى عندئذ بالمدونة القانونية (code)، كمجموعة القانون المدني، ومجموعة التشريعات الاجتماعية، ومجموعة التشريعات التجارية... إلخ.

== هو القانون الأعلى والأساسي ==- القضية ٧١ أساس لعام ١٩٩٥- قرار ٣٠ لعام ١٩٩٥ تاريخ ١٩٩٥/٨/٣١. وانظر أيضاً

هيئة عامة هيئة عامة قرار رقم ١٦ تاريخ ١٩٧٨/٥/٨ مجلة القانون، الأعداد ٥ إلى ٨ لعام ١٩٨٠ قاعدة ١٤ ص ٩٣.

١٠٤ - د. عدنان القوتلي - المرجع السابق - ص ١٥٥.

هذا، ويمر التشريع العادي بعدة مراحل من الاقتراح إلى المناقشة إلى التصويت والإقرار فألى الإصدار والنشر، ويمارس كل مرحلة من هذه المراحل جهات محددة نص عليها الدستور وفق الآتي^{١٠٥}:

أولاً- اقتراح القانون:

لم يترك المشرع الدستوري مسألة اقتراح القوانين عفوية أو كيفية، بل حدد بالنص من له سلطة اقتراحها، وقد أنيطت مهمة اقتراح القوانين أولاً برئيس الجمهورية إذ نصت المادة (١١٠) من الدستور السوري على أنه: ((لرئيس الجمهورية أن يعدّ مشاريع القوانين ويحيلها إلى مجلس الشعب للنظر في إقرارها))، ومصطلح إعداد القوانين ينصرف إلى اقتراح القوانين لأن الاقتراح ليس مجرد فكرة عابرة أو خاطرة وردت في ذهن صاحبها، بل يجب أن يترافق مع إعداد مشروع القانون وأسبابه الموجبة التي تملئها حاجات الأمة والدولة، وعادة ما يتم إعداد مشاريع القوانين في مكاتب موظفي الجهات المعنية بها، وترفع إلى مجلس الوزراء عبر الوزراء المختصين حيث يدرسها مجلس الوزراء في اجتماع أو اجتماعات له، وبعد أن يقتنع بصيغتها النهائية يرفعها إلى رئيس الجمهورية، ويكون لرئيس الجمهورية خياران هما: إحالتها إلى مجلس الشعب لإتباع الإجراءات الدستورية في إصدار القوانين والنظر فيها وإقرارها، أو إصدارها بصيغة مرسوم تشريعي. أما الجهة الأخرى التي تملك حق اقتراح القوانين فهو أعضاء مجلس الشعب وذلك وفق لأحكام المادة (٧٠) من الدستور التي نصت على أنه ((أعضاء مجلس الشعب حق اقتراح القوانين وتوجيه الأسئلة والاستجابات للوزارة أو أحد الوزراء وفقاً لأحكام النظام الداخلي للمجلس))، إلا أن المادة (٩٧) من النظام الداخلي لمجلس الشعب السوري نصت على أن الاقتراح يجب أن

١٠٥ - انظر: د. كمال الغالي - المرجع السابق - ص ١٢١-١٢٨

يقدم من مجموعة برلمانية لا تقل عن عشرة أعضاء^{١٠٦}، وعلى ذلك فإذا ما أراد المفكرون أو المصلحون أن يترخوا قانوناً فعليهم التوجه إلى أعضاء مجلس الشعب لإقناعهم بفكرتهم كي يقوم عشرة من هؤلاء بتبني الفكرة كي تصبح اقتراحاً يمكن أن يدرس في مجلس الشعب.

ثانياً - مناقشة القانون :

تأتي الاقتراحات بقوانين مع مشروعاتها من قبل رئيس الجمهورية، أو من قبل عشرة من أعضاء مجلس الشعب، والتي يجب أن تكون مصاغة في مواد قانونية، وترسل نسخة منها إلى السلطة التنفيذية وعلى هذه السلطة أن تبدي رأيها في الاقتراحات خطياً خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ وصولها إلى ديوان رئاسة مجلس الوزراء إذا لم يكن اقتراح القانون محالاً من قبل رئيس السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية)، ولرئيس الجمهورية في أي وقت أن يطلب من المجلس بكتاب معلل استرداد مشروع القانون المقدم منه أو تأجيله مدة معينة كما يحق له أن يطلب تأجيل المناقشة في أي اقتراح بقانون مدة معينة، كما يحق لكثلة أعضاء مجلس أو بعضهم أن يطلب سحب الاقتراح الذي تم تقديمه بشكل يفقد معه النصاب الخاص ويطوى الاقتراح مالم يتبنته عدد كافٍ من الأعضاء لا يقل عن عشرة^{١٠٧}، وتتبع خطوات المناقشة وفق الآتي^{١٠٨}:

- ١ - توزع الاقتراحات ومشاريعها مع لائحة أسبابها الموجبة على أعضاء مجلس الشعب وتتلى خلاصتها في أول جلسة للمجلس، وتحال بعدها إلى اللجنة أو

١٠٦ - نصت المادة (٩٧) من النظام الداخلي لمجلس الشعب الصادر بتاريخ ١٩٧٤/٦/١ وتعديلاته على أنه: ((لكل عشرة من

أعضاء المجلس الحق باقتراح القوانين)) بينما نصت المادة (١٠٩) من الدستور المصري على أنه ((الرئيس الجمهورية ولكل

عضو من أعضاء مجلس الشعب حق اقتراح القوانين)).

١٠٧ - انظر المادتين (١٠٨ و ١٠٩) النظام الداخلي لمجلس الشعب السوري.

١٠٨ - انظر المادتين (٩٨ و ٩٩) من النظام الداخلي لمجلس الشعب السوري.

اللجان صاحبة الاختصاص في المجلس قبل عرضها للمناقشة في جلسة عامة.

٢- لرئيس مجلس الشعب أن يحيل الاقتراحات مع مشاريعها إلى اللجنة الدستورية والتشريعية في المجلس للبحث في جواز النظر فيها أو عدمه من الناحية الدستورية مباشرة وقبل عرضه على جلسة عادية للمجلس وعلى اللجنة أن تقدم تقريرها على الاقتراح خلال أسبوع من تاريخ الإحالة مع الأخذ بالحسبان المدة المحددة قانوناً لجواب الحكومة على المشروع وفق لما ذكر أعلاه، وذلك قبل إحالة المشاريع على الأعضاء في جلسة عامة.

٣- في حال موافقة اللجنة الدستورية والتشريعية على جواز النظر في الاقتراح تعيد النظر في صياغته القانونية وتقدم تقريرها شاملاً جواز النظر والصياغة، ويعرض تقرير جواز النظر أو عدمه على المجلس دون مناقشة مواده فإذا أقره المجلس أحيل الموضوع إلى اللجنة المختصة المؤلفة في المجلس لدراسة مشروعات القوانين بحسب القطاعات المعنية في الدولة.

٤- لرئيس مجلس الشعب أن يحيل مشروعات واقتراحات القوانين إلى اللجنة المختصة مباشرة على أن يخطر المجلس بذلك في أول جلسة تعقب الإحالة، مع توزيع مشروع القانون أو اقتراح القانون وأسبابه الموجبة مع تقرير اللجنة المختصة على أعضاء المجلس.

٥- يقوم أعضاء المجلس بدراسة مشروع القانون مع تقرير اللجنة المختصة، ويرفعون مقترحاتهم بالتعديل عن طريق رئيس المجلس الذي يحيط رئيس اللجنة علماً بتلك المقترحات ويمكن أن يتم استدراك اللازم أو ترك المشروع وفق رأي اللجنة المختصة.

فبعد الانتهاء من الدراسات وتقديم تقارير اللجان والمقترحات المتعلقة بمشروع القانون يحيله رئيس المجلس مع ما سبق بيانه إلى جلسة عامة لمجلس الشعب للمداولة والتصويت عليه.

ثالثاً- المداولة العامة والتصويت على مشروع (اقتراح) القانون:

تبدأ المداولة بمذاكرة عامة في تقرير اللجنة المختصة في مجلس الشعب التي درست مشروع القانون وفي مبادئ المشروع أو الاقتراح ومتى انتهت هذه المذاكرة يستشير الرئيس المجلس في الانتقال إلى مناقشة المواد فإذا تقرر ذلك يناقش المجلس مواد المشروع أو الاقتراح ويصوت عليه مادة مادة، وإذا لم يوافق المجلس على الانتقال لمناقشة المواد أو البحث في أصل الموضوع أو لم يقرر إعادته إلى اللجنة عد ذلك رفضاً منه للمشروع ، ولا توجد سوابق في هذا الموضوع. فإذا انتقل المجلس إلى مناقشة المواد والتصويت عليها يمكن تقديم اقتراحات كتابية لرئيس المجلس كي يعرضها على المجلس في الجلسة ذاتها، وإذا وافق المجلس عليها أحالها الرئيس إلى اللجنة التي وضعت التقرير عن المشروع، وذلك بناء على طلب أحد الأعضاء أو رئيس اللجنة أو مقرره، وإذا تبين أن للتعديلات المقترحة تأثيراً في باقي نصوص المشروع أجل المجلس النظر فيه حتى تنتهي اللجنة من تقديم تقريرها على التعديل أما إذا لم يكن للتعديلات المقترحة تأثير في باقي نصوص المشروع فيثابر المجلس على المناقشة، ويبدأ التصويت على اقتراح التأجيل أولاً ثم على النص المقترح من اللجنة فإذا رفض جرى التصويت على التعديلات الواردة عليه ويقدم منها أبعداها عن التقرير فإذا قبل أحد التعديلات أدخل في النص وإذا رفضت التعديلات جرى التصويت على أصل المشروع أو الاقتراح بقانون، وبعد الانتهاء من التصويت على المشروع أو الاقتراح مادة يجري التصويت عليه جملة، ولا تخضع المشروعات أو الاقتراحات مبدئياً إلا لمداولة واحدة ويجوز إخضاعها كلياً أو جزئياً لمداولة ثانية قبل الاقتراح عليها

جملة إذا وافق المجلس على ذلك شريطة أن يبين المقترح المواد المراد إخضاعها للمداولة الثانية وأسباب ذلك، وإذا قدمت تعديلات جديدة أثناء المداولة الثانية فللمجلس أن يبت فيها بعد سماع إيضاحات مقدمها ورأي رئيس اللجنة أو المقرر دون حاجة لإحالتها ثانية إلى اللجنة، وإذا أقر المجلس نصاً من شأنه إجراء تعديل في مادة سبق أن وافق عليها في المشروع أو الاقتراح ذاته تعاد مناقشة تلك المادة والتصويت عليها مجدداً، وإذا رفض المجلس مشروع قانون أو اقتراحاً بقانون لا يعاد عرضه عليه قبل انقضاء ستة أشهر على رفضه، وإذا أقر المجلس قانوناً يبلغ إلى رئيس الجمهورية لإصداره^{١٠٩}.

رابعاً - إصدار القانون والاعتراض عليه:

يبلغ القانون إلى رئيس الجمهورية بعد إقراره من قبل مجلس الشعب لإصداره كي يصبح قواعد قانونية ملزمة للحكومة ولباقي الأشخاص في الدولة إلا أنه لرئيس الجمهورية حق الاعتراض على القانون وفقاً لأحكام المادة (٩٨) من الدستور التي تنص على أن ((يصدر رئيس الجمهورية القوانين التي يقرها مجلس الشعب ويحق له الاعتراض على هذه القوانين بقرار معلل خلال شهر من تاريخ ورودها إلى رئاسة الجمهورية فإذا أقرها المجلس ثانية بأكثرية ثلثي أعضائه أصدرها رئيس الجمهورية)). فإذا اعترض رئيس الجمهورية على القانون يعاد إلى مجلس الشعب، ويدرج قرار الاعتراض فور وروده في جدول أعمال أول جلسة للمجلس، ويحال إلى اللجنة المختصة ولجنة الشؤون الدستورية والتشريعية مجتمعين لبحثه وعلى اللجنتين أن تقدمتا تقريرهما حول الموضوع خلال أسبوع على الأكثر ويجب أن يكون التقرير معللاً موضعاً رأي اللجنة ورأي المؤيدين والمخالفين، ويأمر الرئيس بطبع التقرير، ويوزع على السادة الأعضاء ويدرج في

١٠٩ - انظر المواد (١٠٠-١٠٧ و ١٠٠) من النظام الداخلي لمجلس الشعب.

جدول أعمال أول جلسة بعد انقضاء ثلاثة أيام على توزيعه، وتجري المداولة العامة في التقرير ثم يجري التصويت، ويجب للإصرار على القانون المعارض عليه موافقة ثلثي أعضاء المجلس، ويبلغ رئيس المجلس النتيجة إلى رئيس الجمهورية كي يقوم بإصداره ولا يحق له الامتناع عن إصداره في هذه الحالة^{١١٠}، ولم يسبق أن رفض المجلس اعتراضاً لرئيس المجلس. كما يمكن لرئيس الجمهورية، أو ربع أعضاء مجلس الشعب الاعتراض على دستورية قانون قبل إصداره وفور تقديم الاعتراض من ربع أعضاء المجلس إلى الرئيس يسجل في ديوان المجلس وينتدب الرئيس من تواريخ مقدميه وعددهم ويبلغ إلى المحكمة الدستورية العليا، كما يبلغ صورة منه إلى رئيس الجمهورية، فعندئذ يوقف إصدار القانون إلى أن تبت المحكمة الدستورية العليا فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل الاعتراض لديها، وإذا كان للقانون المعارض على دستوريته صفة الاستعجال وجب أن تبت فيه المحكمة خلال سبعة أيام^{١١١}.

المطلب الثالث

التشريع الحكومي

Législative gouvernement

تعدّ السلطة التشريعية في الدولة صاحبة الحق الأصل في سن القوانين، إلا أنّ للضرورات أحكامها، كما أن السلطة التشريعية قد لا تستطيع الإحاطة بالمسائل من جميع جوانبها فتحيل تنظيم بعض المسائل إلى السلطة التنفيذية، وفي حيال غياب السلطة التشريعية عن القيام بوظيفتها يجب أن تقوم بهذه الوظيفة سلطة

١١٠ - انظر المادتين (١١١) النظام الداخلي لمجلس الشعب السوري.

١١١ - انظر المادتين (١١٢) النظام الداخلي لمجلس الشعب السوري.

أخرى، وعلى هذا فإن التشريع الذي لا يصدر عن صاحب الحق الولاية وهو السلطة التشريعية يسمى بالتشريع الحكومي أي ذلك التشريع الذي يصدر عن السلطة التنفيذية، ويسمى في أكثر الأحيان بتشريع الضرورة، أو بتشريع التفويض. لذلك سنعرض لنوعي التشريع وفق الآتي:

أولاً- تشريع الضرورة:

يتم تشريع الضرورة بصيغة مراسيم تشريعية (Décret législative) تصدر عن رئيس الجمهورية في حالات محددة بنص الدستور، وقد سميت بتشريعات الضرورة لأنها تأتي على خلاف الأصل، ويجب أن تمارس في أضيق الحدود لأنها وظيفة استثنائية للسلطة التنفيذية، ونميز بين ثلاث حالات نص عليها الدستور نقوض رئيس الجمهورية إصدار مراسيم تشريعية تنزل منزلة القانون من حيث قوتها وإلزاميتها وفق الآتي:

١ - التشريع بين ولايتي مجلسين:

ينتهي الدور التشريعي لمجلس الشعب والمحدد بأربع سنوات، وريثما يتم انتخاب مجلس شعب جديد تحتاج البلاد بالضرورة العملية أو الواقعية إلى تشريعات لتنظيم بعض مسائل الحياة فيها، وقد فوض الدستور رئيس الجمهورية بإصدار تشريعات في الفترة الفاصلة بين انتهاء ولاية مجلس الشعب وبدء ولاية مجلس الشعب المنتخب الجديد وفقاً لأحكام المادة (٤/١١١) منه والتي تنص على أن "يتولى رئيس الجمهورية سلطة التشريع في المدة الفاصلة بين ولايتي مجلسين ولا تعرض هذه التشريعات على مجلس الشعب ويكون حكمها في التعديل أو الإلغاء حكم القوانين النافذة"، وتنزل هذه التشريعات منزلة القانون ولا تعرض على مجلس الشعب، ويقال إنها في منأى عن أية رقابة سوى ضرورة عدم مخالفتها للدستور، ويوجد مثل هذا النص في الدستور المصري إلا إنه جاء تحت

تصنيف تشريعات الضرورة التي تتم في غياب مجلس الشعب ويجب أن تعرض على مجلس الشعب في أول جلسة لإقرارها أو إلغائها أو تعديلها، وإذا لم تعرض زالت بأثر رجعي وكأنها لم تصدر في يوم من الأيام، وقد فسّر فقهاء القانون في مصر عبارة (غيبية) مجلس الشعب أنها تشتمل على مدة العطلة السنوية إن وجدت، ومدة مابين فصلين تشريعيين وذلك بانتهاء مدته الطبيعية وانتخاب مجلس جديد، وفترة وقف الجلسات وهي تلك المدة التي تقع بين الدورات العادية للمجلس^{١١٢}.

٢- التشريع خارج انعقاد دورات المجلس:

يعقد مجلس الشعب ثلاث دورات عادية في السنة، وقد حددت الدورة الأولى في أول ثلاثاء من شهر تشرين الأول وحتى نهاية شهر كانون الأول، والدورة الثانية من منتصف شهر شباط وحتى نهاية شهر آذار، والدورة الثالثة من منتصف شهر أيار وحتى نهاية شهر حزيران وذلك وفق أحكام الفقرة (١) من المادة (٢) من نظامه الداخلي، وفي خارج هذه الدورات يكون في عطلة رسمية، وقد تحتاج البلاد إلى قوانين لتنظيم مسائل تحتاجها الأمة ولا يمكن تأخيرها إلى ميعاد انعقاد دورة عادية لمجلس الشعب. فعندئذ يكون لرئيس الجمهورية صلاحية إصدار مراسيم تشريعية لها قوة القانون إلا أنه يجب أن تعرض هذه المراسيم على أول دورة عادية لمجلس الشعب لإجراء التصويت عليها، وللمجلس الحق في إلغائها أو تعديلها بقانون، وذلك بأكثرية ثلثي أعضائه المسجلين لحضور الجلسة على أن لا يقل عن أكثرية أعضائه المطلقة دون أن يكون لهذا التعديل أو الإلغاء أثر رجعي وإذا لم يلغها المجلس أو يعدلها اعتبرت مقرة حكماً، ولم يسبق لمجلس الشعب

١١٢ - انظر د. أحمد سلامة أحمد بدرت- الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني - رسالة دكتوراه- جامعة عين

شمس - ٢٠٠٣- ص ٤٠٨-٤٠٩، ود. صبري محمد السنوسي- الوجيز في القانون الدستوري- دار النهضة العربية - القاهرة-

١٩٩٦-١٩٩٧-ص ٢٣٧.

السوري أن قرر إلغاء أو تعديل مرسوم تشريعي صادر عن رئيس الجمهورية، وإن الحكومة تعتمد على التفويض الدستوري لرئيس الجمهورية بالتشريع خارج انعقاد دوراته، وتؤجل مشاريع قوانينها إليها كي تمررها بهذه الطريقة دون أن تعرضها على مجلس الشعب^{١١٣}.

٣- التشريع أثناء انعقاد دورات مجلس:

أعطى الدستور السوري لرئيس الجمهورية سلطة تشريعية حتى مع انعقاد دورات مجلس الشعب في حالة الضرورة القصوى، وقد استخدم المشرع الدستوري عبارة الضرورة القصوى وذلك تمييزاً لها عن التشريعات الأخرى التي يصدرها رئيس الجمهورية والتي تنطوي أيضاً تحت مفهوم الضرورة لذلك فإن إضافة عبارة (قصوى) بسبب تحديد السبب الذي أعطى الرئيس هذه الصلاحية وهي مسألة المصلحة القومية والأمن القومي. لذلك فإن سلطة التشريع أثناء انعقاد دورات مجلس الشعب محصورة فقط في التشريعات العاجلة التي لا يمكن التريث في إصدارها وذلك بسبب الحالة القائمة في البلاد التي تضعها في موقف الدفاع عن النفس لمواجهة مخاطر تهدد كيان الدولة أو الشعب وهي حالة أشبه بحالة الطوارئ عند تعرض الدولة للتهديد بالحرب أو حالة حرب أو لمواجهة كوارث طبيعية أو بيئية، أو السلامة العامة، أو الصحة العامة بمنع انتشار وباء أو جائحة، وإن مثل هذه التشريعات نادرة الوقوع من الناحية العملية، ويجب أن تعرض هذه التشريعات على أول دورة عادية لمجلس لإجراء التصويت عليها، وللمجلس الحق في إلغاؤها أو تعديلها بقانون، وذلك بأكثرية ثلثي أعضائه المسجلين لحضور الجلسة على أن لا يقل عن أكثرية أعضائه المطلقة دون أن يكون لهذا التعديل أو الإلغاء أثر

١١٣ - انظر الفقرة (١) من المادة (١١١) من الدستور والتي تنص على أن ((يتولى رئيس الجمهورية سلطة التشريع خارج انعقاد

دورات مجلس الشعب على أن تعرض جميع التشريعات التي يصدرها على المجلس في أول دورة انعقاد له))، والفقرة (٢) من

المادة ذاتها.

رجعي وإذا لم يبلغها المجلس أو يعدلها اعتبرت مقرة حكماً إلا أنه لم يبين أثر تلك التشريعات إذا لم تعرض أصلاً على مجلس الشعب.

٤ - التشريع بالاستفتاء العام:

أجاز الدستور لرئيس الجمهورية أن يصدر تشريعات مباشرة دون أن يعرضها على مجلس الشعب ولا تخضع للاعتراض أمام المحكمة الدستورية العليا، وذلك بعرضها على الاستفتاء الشعبي في الدولة مباشرة عن طريق الاقتراع العام (موافق) أو (غير موافق)، لأنه لرئيس الجمهورية أن يستفتي الشعب في القضايا المهمة التي تتصل بمصالح البلاد العليا وتكون نتيجة الاستفتاء ملزمة ونافذة من تاريخ إعلانها وينشرها رئيس الجمهورية، ولا يحق للمحكمة الدستورية العليا أن تنتظر في القوانين التي يطرحها رئيس الجمهورية على الاستفتاء الشعبي وتتال موافقة الشعب^{١١٤}، ويعد التشريع المشار إليه أعلاه في حالاته جميعها ما عد الاستفتاء المباشر من قبل الشعب استثناء على الأصل لأنه يتم من قبل رئيس الجمهورية، وليس من السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص الأصيل في التشريع وفقاً لنص الدستور تحت عنوان السلطة التشريعية في المادة ١٥٠/١ منه والتي نصت على أن ((يتولى مجلس الشعب السلطة التشريعية على الوجه المبين في الدستور))، وعلى ذلك يجب أن يمارس فقط في حالة الضرورة سواء كانت تلك الضرورة عادية تستحمل التأخير أو غير عادية، ولا يمكن تأخيرها، وشروط الضرورة المبررة للتشريع الاستثنائي من السلطة التنفيذية على النحو المبين أعلاه بأنه عبارة عن مخاطر من طبيعة مادية تتهدد معها المصالح القومية وقد تتال من

١١٤ - انظر المادتين (١١٢، و١٤٦) من الدستور.

استقرار الدولة أو تعرض أمنها أو سلامتها لمخاطر داهمة تلوح نذرها، وهذا يعني توافر الشرائط الموضوعية الآتية^{١١٥}:

أ- وجود خطر جسيم مفاجئ يهدد النظام والأمن والمصالح العليا للدولة بحيث يهدد الوحدة الوطنية، أو يهدد سلامة البلاد، أو يعيق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستوري

ب- أن يكون التشريع الحكومي هو الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر، وكانت القواعد القانونية النافذة غير كافية لمواجهته.

ج- أن يكون التشريع لازماً حتماً دون زيادة على ما تقضي به الضرورة أي أن الضرورة تقدر بقدرها دون زيادة.

ففي جميع الأحوال فإن تقدير وجود حالة الضرورة من عدمها التي تبرر تدخل رئيس الجمهورية بالتشريع في ظل غياب جهة تراقب دستورية القوانين أمر متروك إليه وحده، وثمة من يقول اليوم بنظرية الانحراف التشريعي من قبل الحكومة، بمصادرتها لصلاحيات السلطة التشريعية إذ إن أكثر التشريعات تصدر بمراسم تشريعية وليس بقوانين وفقاً للدستور، وقد ألغت المحكمة الدستورية العليا في مصر كثيراً من القرارات بالقوانين التي أصدرها رئيس الجمهورية بناءً على هذه الفكرة^{١١٦}، ومنها إلغاء قرار بقانون صادر عن رئيس الجمهورية بتعديل بعض

١١٥ - لمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع : راجع د. محمد أحمد عبد النعيم - شرط الضرورة أمام القضاء الدستوري - دراسة

تحليلية مقارنة - دار النهضة العربية - القاهرة ٢٠٠٢ - ص ١٣٠ وما بعدها، ود. أحمد سلامة بدر - المرجع السابق - ص ٤٣٩ - ٤٥٢

١١٦ - د. عبد الرزاق السنهوري - الانحراف في استعمال السلطة التشريعية - مجلة مجلس الدولة - ١٩٥١ - ص ٨، وما بعدها،

و. د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته - دار النهضة العربية ١٩٨٧ - ص ٩١٩ وما بعدها،

و. د. محمود أبو السعود حبيب - الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة - في الظروف الاستثنائية - دار الثقافة الجامعية -

القاهرة ١٩٩٠ - ص ٢٣٨ - ٢٣٩، ود. يحيى الحمل - نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة - دار

النهضة العربية - لا يوجد دار نشر - ص ٢١١، ود. هشام محمد فوزي عبد القاح - رقابة دستورية القوانين بين أمريكا -

أحكام قوانين الأحوال الشخصية لعدم دستوريته بسبب عدم توافر شروط صدوره في غيبة مجلس الشعب^{١١٧}، واعتبار المادة (٧٦) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الجامعات الصادرة بقرار من رئيس الجمهورية غير دستورية لتضمنها قبول أفراد من الفئات المبيّنة فيها في الكليات والمعاهد العليا دون التقيد بمجموع درجات النجاح في الثانوية العامة^{١١٨}، إلغاء القرار بقانون بسريان قانون التأمين الاجتماعي على العاملين المصريين بالهيئة العربية للتصنيع لصدوره خارج نطاق التفويض الدستوري وفي غير الضرورة الملجئة لإصداره بغيبة البرلمان^{١١٩}، وجاء في قرار للمحكمة الدستورية العليا في مصر أن الدستور ((حرص على أن يكون عرض الآراء المتصلة بالشؤون العامة وانتقاد أعمال القائمين عليها متمتعاً بالحماية الدستورية تغلياً لحقيقة أن الشؤون العامة، وقواعد تنظيمها وطريقة إدارتها وثيقة الصلة بالمصالح المباشرة للجماعة وهي حرية يقتضيها النظام الديمقراطي غايتها النهائية الوصول إلى الحقيقة من خلال ضمان تدفق المعلومات وفعالية الآراء لمختلفة بعضها ببعض، ولا يجوز أن يكون القانون أداة تعوق حرية التعبير عن مظاهر الإخلال بأمانة الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة، وأن الطريق إلى السلامة القومية إنما يكمن في ضمان الفرص المتكافئة للحوار المفتوح وليس لأحد أن يفرض على غيره صمتاً ولو كان معززاً بالقانون، وإن انتقاد القائمين بالعمل العام وإن كان مريراً يظل متمتعاً بالحماية التي كفلها الدستور لحرية التعبير عن الآراء بما لا يخل بالمضمون الحقيقي لهذه الحرية

==مصر- رسالة دكتوراه- جامعة عين شمس - ١٩٩٨، ود. وجدي ثابت غبريق- السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية

طبقاً للمادة (٤٧) من الدستور المصري- منشأة المعارف بالإسكندرية- ١٩٨٨- ص ٥٩ وما بعدها.

١١٧ - القضية الدستورية رقم (٢٨) لسنة قضائية جلسة ١٩٨٥/٥/٤،

١١٨ - القضية رقم/١٣١/ لسنة ٦ قضائية- جلسة ١٩٨٧/٥/١٦،

١١٩ - القضية رقم /٢٥/ لسنة ٨ ق. دستورية جلسة ١٩٩٢/٥/١٦.

أو يجاوز الأغراض المقصودة من إرسائها، ولا يجوز أن يفرض قانون جنائي قيوداً باهظة على الأدلة النافية لهذا التعريض بالسمعة إلى حد يصل إلى إهدار الحق في تقديمها وهو مخالف للدستور^{١٢٠}، كما حكمت المحكمة الدستورية بإلغاء قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨١ بإضافة بند جديد إلى المادة (٣٤) من قانون حماية القيم من العيب الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ والمتضمن اختصاص محكمة القيم بالفصل في التظلمات من الإجراءات التي تتخذ وفقاً للمادة ٧٤ من الدستور لعدم توافر الضرورة الملجئة لإصدار قرار جمهوري بقانون في غيبة مجلس الشعب^{١٢١}.

ثانياً - تشريع التفويض:

تقوم الحكومة بوصفها سلطة تنفيذية بممارسة صلاحية التشريع في غير حالات تشريع الضرورة التي نص عليها الدستور، وذلك بتفويض من المشرع ذاته وهذا التفويض يمكن أن يرد في قانون صادر عن مجلس الشعب أو بمرسوم تشريعي صادر عن رئيس الجمهورية، وفي هذا يمكن تعطيل دور البرلمان كلية في ممارسة صلاحياته حتى أصبح يقال إن الحكومة من الناحية العملية هي السلطة التشريعية الأساسية، وهذا التفويض تمّ بأشكال مختلفة إما عن طريق الإحالة إلى جهة معينة في السلطة التنفيذية بوضع قواعد تكميلية لم ينص عليها القانون في مجالات محددة، مع الإشارة إلى أن الدستور السوري لم يعط صلاحية لأحد بإصدار لوائح تنفيذية أو أنظمة، وأن عبارة الأنظمة وردت فقط في الفقرة (٩) من المادة (١٢٧) التي حددت صلاحيات مجلس الوزراء بإصدار القرارات الإدارية والتنفيذية وفقاً للقوانين والأنظمة ومراقبة تنفيذها.

١٢٠ - القضية رقم ٣٧/ لسنة ١١ ق - جلسة ١٩٩٢/٢/٦.

١٢١ - القضية رقم ١٥ لسنة ١٨ ق. دستورية جلسة ١٩٩٩/١/٢.

لذلك، فإن الحكومة لا تملك صلاحية إصدار أنظمة، وإن هذه تعد عملاً برلمانياً بشكل أصلي، واستثناءً يمكن أن تصدر عن رئيس الجمهورية، أو بموجب تفويض خاص صادر بصك تشريعي، ويميز فقهاء القانون بين عدة أنواع من التشريع التفويضي منها ما يتعلق بتفسيره وتسهيل تنفيذه، ومنها ما يتضمن تشريع قواعد تنظيمية عامة ومجردة، ومنها ما يتضمن وضع قواعد قانونية جديدة لم ينص عليها التشريع بنوعيه العادي والضروري لسد النقص الوارد فيه لأنه يستحيل أحياناً استيعاب كل المسائل التي يعالجها النص التشريعي، ومن ثم تعدد القانون تماماً من حيث القوة الإلزامية في تنفيذها، إلا أن هذه في جميع الحالات يجب ألا تخالف القانون ومن باب أولى ألا تخالف الدستور، والتشريع بالتفويض يتفق مع القانون بالمعنى الخاص من الناحية الموضوعية لأنه يتضمن قواعد عامة مجردة وتنظم سلوك الأشخاص، وتختلف عنه في أنها تصدر عن السلطة التنفيذية ولذلك هي تكون دونه مرتبة^{١٢٢}، ويطلق عليها مصطلح التشريع الفرعي أو القواعدي (Les réglementes)، وعلى هذا سنعرض لمسألة التفويض التشريعي، وأنواعه وفق الآتي:

١ - التفويض التشريعي:

لم يأخذ الدستور السوري بفكرة اللوائح التي أخذ بها الدستور المصري وفوض بها رئيس الجمهورية أو من يفوضه بذلك^{١٢٣}، ويتم التفويض التشريعي بوضع قواعد تكميلية أو تعليمات تنفيذية، أو أنظمة خاصة بموجب نصوص واردة

١٢٢ - د. محسن خليل - علاقة القانون باللائحة - دراسة مقارنة - مجلة الحقوق المصرية - السنة ١٤ - ١٩٦٩ عدد ٤٢٤٣ - ص ٣ وما بعدها.

١٢٣ - انظر المادة (١٤٤) من الدستور المصري والتي تنص على أن ((يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين، بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره في إصدارها. ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذها)).

في تشريع صادر عن سلطة مختصة، وينتقد هذا التفويض على أساس أن السلطة المفوضة لا تقبل التفويض، بمعنى أن الشعب هو مصدر السلطات وصاحبها الأصلي، وقد فوض سلطاته إلى جهات تم تحديدها في العقد الأساسي أو النظام الأساسي (الدستور) وحدد اختصاصها، فلا يجوز لهذه السلطات أن تعدل في اختصاصها دون الرجوع إليه، ولذلك لا يجوز للسلطة التشريعية أن تفوض السلطة التنفيذية بالتشريع، ولا يجوز للسلطة التنفيذية أن تفوض صلاحياتها بإدارة البلاد إلى أية جهة أخرى، وعليه يرى كثير من الفقهاء أن مثل هذه التفويضات باطلة وغير صحيحة، ومهما كان الرأي فإن الواقع يحتاج إلى إعطاء السلطة التنفيذية المرونة الكافية التي تمكنها من إدارة المصالح العامة في الدولة ببسر وسهولة، ولا يمكن أن تعود إلى السلطة التشريعية في جميع المسائل التفصيلية، وتعد لوائح التفويض التشريعي بكل مسمياتها من طبيعة القرارات الإدارية التي تخضع لرقابة القضاء الإداري الذي يملك سلطة البحث في مشروعيتها، وفي عيوبها، وفي تنفيذها.

٢- الأنظمة (اللوائح التنظيمية)^{١٢٤} : Règlements d'organisation

يقصد بالأنظمة مجموعة التشريعات التنظيمية التي تسنها أو تضعها السلطة التنفيذية لتنظيم وترتيب المصالح العامة في الدولة من إدارات ومؤسسات وشركات وتسمى أحياناً الأنظمة أو اللوائح الداخلية، وإن صلاحية إصدار الأنظمة يعود في الأصل لمن يملك سلطة التشريع وهو مجلس الشعب أو رئيس الجمهورية، وإذا صدرت عن رئيس الجمهورية سمي التشريع الصادر بها مرسوماً تنظيمياً (Décret réglement)، وإذا صدرت عن مراجع أخرى في الدولة سميت قرارات تنظيمية، وتدخل عادة في صلاحيات رئيس مجلس الوزراء والوزراء، وإصدار الأنظمة في

١٢٤ - انظر د. كمال غالي - المرجع السابق - ص ١٣١، ود. توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٢١٨ ود. حسن بكرة - المرجع

السابق - ص ٢٤١، ود. سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ص ٢٣٤

مصر محصور برئيس الجمهورية، وتعد المراسيم التنظيمية أو الأنظمة أكثر خطورة من التعليمات التنفيذية، وأقل شأنًا من التشريع العادي أو الضروري، ولذلك فهي تخضع لمبدأ المشروعية وخضوعها للقانون وإلى الرقابة القضائية بأنواعها الدستورية والإدارية والعادية بوصفها قرارات إدارية^{١٢٥}.

٣- تعليمات تنفيذية (اللوائح التنفيذية): Règlements d'exécution

تعدّ التعليمات التنفيذية أو اللوائح التنفيذية قواعد قانونية تفصيلية وجزئية تسنها السلطة التنفيذية بناءً على تفويض تشريعي وفقاً لما تقتضيه ظروف العمل وطبيعته بهدف تخفيف العبء عن السلطة التشريعية، ويكون من شأنها تسهيل تفسير وتطبيق التشريع الذي ورد فيه النص بالتفويض، ولا يجوز للسلطة التنفيذية أن تضع فيها قواعد تخالف أو تناقض ما ورد في النص التشريعي، وتحدد وظيفة التعليمات واللوائح التنفيذية في مجرد تنفيذ القانون، ويجب أن تلتزم حدود هذا الغرض، وبالتالي لا تملك سلطة تعطيل أو إلغاء القانون، وهي تصدر في الأصل بمرسوم من رئيس الجمهورية على الرغم من عدم وجود مثل هذا التفويض في الدستور، وهناك خلاف حول طبيعة اللوائح التنفيذية حيث يرى البعض أنها جزءاً لا يتجزأ من التشريع، فتخضع لما يخضع له من أحكام من حيث الرقابة القضائية، ومن حيث القواعد الواردة فيها، ويرى البعض الآخر أنها تبقى بالنظر إلى الجهة التي أصدرتها قرارات إدارية وتخضع لما تخضع لها تلك القرارات من أحكام ولا سيما من حيث الرقابة القضائية عليها^{١٢٦}، وإن كان الرأي الراجح أن التعليمات التنفيذية أو اللوائح التنفيذية التي تصدر بناءً على نص تشريعي تعد مكملة للتشريع مالم تخالف أو تعارض أو تعطل أو تلغ ما ورد في التشريع فعندئذ يمكن للقضاء

١٢٥ - د. فؤاد عبد النبي حسن - رئيس الجمهورية في النظام الدستوري - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - ١٩٩٥ - ص ٤٩٧.

١٢٦ - انظر: د. ملويمان مرقس - المرجع السابق - ص ١٧٨، د. منير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ص ٣٢٣-٣٢٤.

أن يمتنع عن تطبيقها على أساس الدفع بالامتناع عن تطبيق التشريع الأدنى الذي يخالف التشريع الأعلى في الدولة، وذلك عملاً بتدرج التشريعات فيها^{١٢٧}

٤ - اللوائح (الأنظمة) التكميلية: Règlements complémentaires

تعدّ اللوائح التكميلية أو القرارات المتممة للتشريع مجموعة من القواعد القانونية العامة والمجردة والملزمة تصدر عن السلطة التنفيذية بناءً على تفويض تشريعي وتهدف إلى وضع الحلول الملزمة بشأن المسائل التفصيلية التي لا يمكن أن تلم بها السلطة التشريعية بسبب طبيعتها المتشعبة، فمثلاً نصت المادة (١٥/ج) من قانون تنظيم الجامعات على أن ((يضع مجلس التعليم العالي الهيكلية التنظيمية والإدارية والقواعد الناظمة العلمية والإدارية والمالية اللازمة لعمل فروع الجامعات بما لا يخالف أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية))^{١٢٨}، وهناك نصوص كثيرة مماثلة ترد في تشريعات متعددة، وتعدّ القواعد القانونية الصادرة بالاستناد إلى مثل التفويضات جزءاً لا يتجزأ من التشريع الذي أعطاه بغض النظر عن صحة التفويض من عدمه.

١٢٧ - د. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ٢٨١-٢٨٤.

١٢٨ - قانون تنظيم الجامعات السورية رقم ٦/ لعام ٢٠٠٦.

المبحث الثالث

نفاذ التشريع وإلغائه

Execution législative et L'annulée

يتم سنّ التشريع أو وضعه أو كتابته في مدونات ورقية سواء كان تشريعاً دستورياً أو تشريعاً عادياً، أو كان تشريعاً حكومياً بتفويض دستوري أو بتفويض تشريعي إلا أنه لا يكون نافذاً إلا بالتوقيع عليه من السلطة المخولة بإصداره وإعطائه رقماً متسلسلاً في السجل المعدّ لذلك لديها، ومن ثم نشره في الجريدة الرسمية المعتمدة في تبليغ القواعد القانونية للأشخاص في الدولة كافة سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم أشخاصاً اعتباريين سواء كانوا حكاماً أم أفراداً عاديين، وذلك كي نستطيع أن نطبّق قاعدة لا جهل بالقانون، وقد يقع في القانون بعد إصداره أخطاء فكيف يمكن تصحيحها أو استدراكها، وفي جميع الأحوال فإن القانون بعد نشره يبقى نافذاً ويجب احترامه وتطبيقه من قبل الجميع إلى أن يتم إلغاؤه، وعلى هذا سوف نعرض لمفهوم النشر وآثاره لجهة عدّ الاعتداد بجهل القانون، وتصحيح التشريع في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

نفاذ التشريع

يصدر التشريع عن السلطة المختصة بإصداره إلا أنه لا يكون نافذاً إلا بعد نشره في الوسيلة المعتمدة في الدولة لهذه الغاية وتسمى هذه الوسيلة في أكثر دول العالم بالجريدة الرسمية، كما يعد التشريع مهما كانت الصيغة التي صدر أو نشر فيها نافذاً بحق الجميع ولا يعتد بما يسمى بالجهل بالقانون، وقد تقع في التشريع النافذ بعض الأخطاء تظهر بعد نشره. لذلك سنعرض لمسألة نشر القانون وقاعدة عدم الجهل به، وتصحيح الأخطاء التي تقع فيه وفق الآتي:

أولاً- نشر القانون:

يتم النشر بقصد التبليغ. لذلك كان الأسلم والأصح لغة وبياناً أن تستعمل كلمة تبليغ وليس نشر وتحديد وسيلة التبليغ بالنشر أو الكتابة في الجريدة الرسمية، لأن عبارة تبليغ بالشئ أي وصل إلى علمه، وتبلغ بالرسالة أي وصلت إليه، والنشر هو وسيلة التبليغ، ومهما يكن فإن المعنى الاصطلاحي لا يختلف عن المعنى اللغوي، والهدف هو افتراض العلم بالتشريع من قبل الأشخاص جميعاً أو هو توفير العلم بالقاعدة القانونية^{١٢٩}، والنشر هو وسيلة شهر تجعله نافذاً بحق المخاطبين به من اليوم التالي لنشره مالم يحدد النص ذاته تاريخاً آخر للتنفيذ وقد عدت مسألة نشر التشريع في بعض الدول مسألة دستورية^{١٣٠}، وقد عرّف المشرع السوري النشر في الجريدة الرسمية بأنه إعادة طباعة صورة مطابقة لأصل الصك القانوني الخاضع للنشر المعتمد في تطبيق القواعد القانونية ونفاذها، النشر في الجريدة الرسمية ولا تقوم مقامه أية وسيلة أخرى كالإذاعة والتلفزيون، وإن العبرة في النشر هي للنشر الفعلي والحقيقي أي بوصول أعداد الجريدة الرسمية المتضمنة نشر التشريع إلى ديوان الوزارات والإدارات العامة وليس بالضرورة وصولها إليها جميعها، بل يكفي ثبوت طباعة عدد الجريدة الرسمية الذي نشر فيه التشريع وتوزيع العدد المذكور، أما مجرد الطباعة دون التوزيع فلا يحقق الغاية أو الهدف المطلوب^{١٣١}، فمن تاريخ وصول عدد الجريدة الرسمية الذي يحتوي على التشريع

١٢٩ - د. حسام كامل الدين الأهواشي - المرجع السابق - ص ١١٤ وما بعدها.

١٣٠ - انظر المادة (١١٨) من الدستور المصري لعام ١٩٧١، وقد ميز المشرع السوري بين النشر والإعلان والتبليغ فيما يخص الأشخاص، وقد اعتمد عبارة النشر للتشريع الذي يضع قواعد عامة ومجردة، والإعلان فيما يتعلق ببعض الصكوك صفة الصفة الإجرائية كالمناقصات والمزايدات، والتبليغ بالنسبة للوثائق الشخصية- يمكن الرجوع إلى أحكام قانون نظام النشر رقم (٥) لعام ٢٠٠٤ ولاسيما البابين الثاني والثالث منه.

١٣١ - نصت المادة (٧) من قانون النشر السوري على أنه: ((فيما عدا الحالات التي نص عليها هذا القانون خلافاً لما سيأتي فإن القوانين والمراسيم التشريعية والمراسيم والقرارات التنظيمية تصبح نافذة المفعول إجبارياً في محافظة دمشق من تاريخ=

إلى الأمكنة المحددة بالقانون يفترض علم الجميع به، ولا يقوم مقام النشر العلم اليقيني، لأن هذا العلم يقوم أصلاً وافترضاً بالنشر أي الطباعة والتوزيع.

لقد ميّز المشرع السوري في قانون النشر بين ما يجب نشره، وما يجوز نشره وما لا يجوز نشره. حيث أوجب نشر كل من القوانين، والمراسيم التشريعية، والمراسيم المتعلقة بتأليف الحكومة واستقالتها وتعيين الوزراء واستقالتهم، والمراسيم والقرارات التنظيمية، والقرارات التي يتخذها مجلس الوزراء والتي يرى وجوب نشرها في الجريدة الرسمية، والنصوص التفسيرية للقوانين والأنظمة، ومذكرات مجلس الشعب، وما يرى رئيس مجلس الوزراء وجوب نشره في الجريدة الرسمية، والمراسيم والقرارات المتضمنة السماح للشركات المسهمة السورية بالعمل وتصديق نظامها الداخلي الأساسي والتعديلات الطارئة على هذا النظام مع النص الكامل لملاحق هذه المراسيم والقرارات، وبراءات الاختراع والعلامات الفارقة التجارية والصناعية وجميع قيود انتقالها والتفرغ عنها، وتسجيل الشركات الأجنبية والتصريح بالتعديلات الطارئة بعد التسجيل، والمراسيم المتضمنة تصديق عقود أو اتفاقيات تكون الحكومة طرفاً فيها مع النص الكامل لهذه العقود أو الاتفاقيات وجميع التعديلات التي تطرأ عليها، وآراء الجمعية العمومية لمجلس الدولة، وما تنص التشريعات النافذة على وجوب نشره. مع ذلك فقد أجاز بناءً على ضرورة الدفاع الوطني، ومقتضيات سلامة الدولة عدم نشر بعض القوانين والمراسيم والقرارات وملاحقها في الجريدة الرسمية أو نشرها بصورة مقتضبة على أن يشار إلى ذلك في كلتا

== استلام الجريدة الرسمية من قبل رئاسة ديوان مجلس الوزراء وفي جميع المحافظات السورية الأخرى من تاريخ استلام الجريدة

الرسمية من قبل رئاسة ديوان المحافظة، ويؤيد هذا التاريخ عند وصول الجريدة الرسمية بشرح يدون في سجل نشرات الجريدة الرسمية وفي النسخة المخصصة لديوان الجهة ذات العلاقة به ويوقع على هذين الشرحين من قبل رئيس الديوان))، وانظر:

د. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ٢٩٣.

الحالتين في القانون أو المرسوم أو القرار وعلى الوزارة المختصة في الحالة الثانية أن تحدد النص الموجز الواجب نشره وإرفاقه بالقانون أو المرسوم أو القرار .

ثانياً- تطبيق قاعدة عدم الجهل بالقانون^{١٣٢}:

يترتب على نشر التشريع في الجريدة الرسمية افتراض علم جميع الأشخاص في الدولة سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين (أفراداً) أو أشخاصاً اعتباريين، وعدم قبول عذر لهم بعدم اطلاعهم أو معرفتهم بمضمونه، لأن المشرع افترض إمكانية الوصول إلى الجريدة الرسمية من قبل الجميع، وإن مبدأ عدم الاعتداد بالادعاء بجهل القانون يطبق كمبدأ عام على جميع القوانين السائدة في الدولة سواء كانت تشريعاً أو مصدراً آخر من مصادر القاعدة القانونية، ويستوي في أن تكون القواعد المعمول بها قواعد أمرة أم قواعد تكميلية أو تفسيرية، وسواء كان الشخص المعني جاهلاً أمياً، أو كان عالماً عارفاً متخصصاً في مجالات الذرة والفضاء، لأن إباحة اعتماد الدفع بعدم العلم أو الجهل بالقواعد القانونية يؤدي إلى فقدانها لأهم خصائصها وهي القوة الملزمة لها عن طريق الجهل بها، أو عدم معرفتها، ويستند مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون إلى ضرورة فرض الدولة لسلطانها على إقليمها أرضاً وسكاناً وإلا أدى ذلك إلى إمكانية تحلل الأجانب من تطبيق القواعد القانونية في الدولة المضيفة لهم، ويؤدي هذا الأمر إلى الإضرار بالمصالح الوطنية من جهة وبمصلحة المواطنين من جهة أخرى لأن ذلك قد يؤدي إلى تحلل الأجانب من التزاماتهم بحجة عدم معرفة القانون الوطني، مع إعمال هذا المبدأ فإن له بعض الاستثناءات منها:

١٣٢ - لمزيد من المعلومات راجع: د. سمير عبد السيد تناغو- المرجع السابق- ص ٥٩٣، ود. توفيق حسن فرج- المرجع السابق-

١ - القوة القاهرة:

تعد القوة القاهرة مانعاً من العلم بالقانون، كعدم وصول الجريدة الرسمية إلى المنطقة الجغرافية التي يطلب تطبيق القاعدة فيها لأسباب عديدة منها بسبب تقاعس رجال الإدارة عن القيام بوظيفتهم، ومنها ما يتعلق بالكوارث الطبيعية كالثلوج والفيضانات والبراكين، ومنها ما يتعلق بالحروب وظروفها، حيث يعلق تطبيق القانون إلى حين وصول الجريدة الرسمية، وهذه مقصورة فقط على التشريعات التي تخضع للنشر في الجريدة الرسمية.

٢ - الجهل بالقانون في العقود:

يعتد بالجهل في القانون في نظرية العقد عندما تتوافر فيه شروط الغلط في الواقع كالوفاء بالالتزام الطبيعي، وبيع حصة إرثية على أنها بنسبة معينة فإذا هي أكثر من ذلك، وغيرها من المسائل التي يترتب على قبولها في مجال الالتزامات عندما يكون الهدف الحقيق هو تطبيق القانون وليس استبعاد أحكامه.

٣ - الجهل بقواعد القانون الجزائي:

يقضي المبدأ أنه لا يمكن لأحد أن يحتج بجهله لقواعد القانون الجزائي أو تفسيره بشكل مغلوط إلا أنه مع ذلك إذا اقترب شخص جريمة خلال ثلاثة أيام على نشرها في الجريدة الرسمية، أو كان الشخص أجنبياً جاء إلى سورية، واقترب جريمة خلال ثلاثة أيام على الأكثر من وصوله إليها فإنه يعفى من العقاب بشرط أن لا توجد قاعدة جزائية مماثلة نافذة في بلاده^{١٣٣}.

١٣٣ - انظر المادة (٢٢٢) من قانون العقوبات السوري.

ثالثاً - تصحيح أخطاء التشريع:

فقد يتبين بعد نشر التشريع في الجريدة الرسمية وجود أخطاء مادية كتابية إملائية أو نحوية، أو حسابية، وقد توجد أخطاء في مضمون الحكم التشريعي أي في النص الذي أصدره المشرع، وفي هذا الأمر نجد الآتي:

١ - تصحيح الأخطاء المادية:

يتم تصحيح الأخطاء الكتابية التي تقع في النص التشريعي عند نشره في الجريدة الرسمية بخلاف النسخة الأصلية المحفوظة لدى الجهة التي أصدرته، وذلك بإجراء التصحيح اللازم بكتاب يتم إرساله من الجهة المعنية إلى الجريدة الرسمية يتضمن التصحيح المطلوب، ويتم نشر النص بعد التصحيح في العدد اللاحق للجريدة الرسمية مشيراً إلى هذا التصحيح إلا أنه لا يعتد بنفاذ النص المصحح إلا بعد طباعة وتوزيع العدد الصادر من الجريدة الرسمية الذي يحمل التصحيح مالم يكن التصحيح مجرد سهو عادي أو خطأ إملائي أو أرقام حسابية فعندئذ يعتد بنفاذه من تاريخ نشره لأول مرة، وإن مثل هذا التصحيح المادي لا يحتاج إلى مراجعة من قبل الجهة التي وضعت القواعد القانونية.

٢ - تصحيح الأخطاء الموضوعية:

فقد يتجاوز الخطأ الواقع في التشريع الخطأ المادي في كتابة النص بالاختلاف بين ما تمّ نشره وما تمّ إصداره، بل قد يكون الخطأ في مضمون النص ذاته إذ قد يوجد نقص في بعض القواعد أو الأحكام، فعندئذ يتعين البحث عن كيفية استدراك مثل هذا النقص. فإذا صدر نقص في تشريع تمّ إصداره ونشره فإن لا يمكن استدراك هذا النقص أو الخطأ الموضوعي إلا بالرجوع إلى المشرع نفسه الذي وضع أو سن النص المذكور، وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى القول إن استدراك الأخطاء الواردة في تشريع سبق نشره يكون بالنسبة للأخطاء الكتابية،

فإذا جاوز الاستدراك ذلك فإنه ينطوي على تغيير في النص التشريعي، ولا يجوز ذلك الاستدراك إلا بصدر تشريع لاحق يصح النقض الموضوعي فيه لأنه بمثابة تعديل للتشريع، ولا يملك التعديل إلا ممن وضع النص الأصلي^{١٣٤}، بمعنى أنه لا يوجد استدراك موضوعي من طريق التصحيح للتشريع بالطريق الإداري، فالتغيير المسموح به استدراك أو التغيير في اللفظ دون التغيير في المعنى. أما محكمة النقض الفرنسية فقد ذهبت بخلاف ذلك إذ قالت إنه إذا كان النص يخالف ما ورد في محضر السلطة التشريعية الذي أقر فيه التشريع الذي تم إصداره ونشره، فيكون التصحيح الموضوعي في المخالفة بين المنشور والأصل عن طريق أعمال ما ورد في محضر البرلمان، ولا يعتد بالنص المخالف الخاطيء، فقد أعطيت الأفضلية لما ورد في محضر البرلمان عما تم إصداره، وهذه حالة خاصة تتعلق بالقوانين التي يسنها البرلمان دون تلك التي تصدر عن الحكومة^{١٣٥}.

المطلب الثاني

إلغاء التشريع

Abrogation le législatif

يفيد إلغاء التشريع إنهاء العمل به بالنسبة للمستقبل دون أن يكون للإلغاء أي أثر رجعي منعاً من إلحاق الضرر بالحقوق المكتسبة في ظل نفاذه، ويقضي المبدأ القانوني أنه: ((لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع)). لذلك سنعرض

١٣٤ - نقض مصري في ١٨/١/١٩٦٦ - مجموعة المكتب الفني - لسنة ١٩٦٦ - ص ٢٧، وقرار آخر في ١٩٨٢/١/٣ - المجموعة

لسنة ١٩٨٢ - ج ١ - ص ٥٨.

١٣٥ - د. حسام كامل الدين الأهواني - المرجع السابق - ص ١١٧-١١٨.

لمعنى إلغاء التشريع، وللتفريق بين إلغاء التشريع وإبطاله، ومن ثم سنبين أنواع أو طرق إلغاء التشريع وفق الآتي:

أولاً- معنى إلغاء التشريع:

يعرف إلغاء التشريع بأنه إنهاء العمل به، أو نسخه بتشريع لاحق ووقف العمل به، أو تجريده من قوته الملزمة^{١٣٦}، أو رفع الشارع لحكم بدليل شرعي، أو هو رفع القوة الملزمة للتشريع بطريق استبدله بنصوص أخرى، أو بإبطال مفعوله دون وضع تشريع جديد بدلاً عنه^{١٣٧}، أو هو رفع حكم القاعدة القانونية الواردة في التشريع بموجب قاعدة قانونية جديدة أو بإنهاء العمل بها^{١٣٨}. فإلغاء التشريع يعني إنهاء العمل بالأحكام التي تضمنتها قواعده. إما لأنها لم تعد صالحة في معالجة المواضيع التي تناولتها، أو لأن المشرع أوجد أحكاماً أخرى أفضل منها في معالجتها.

ثانياً- سلطة إلغاء التشريع:

يقضي المبدأ القانوني أن السلطة التي وضعت التشريع تملك الحق في إلغائه ووقف العمل به، أي أن سلطة السن أو الوضع هي سلطة الإلغاء، إلا أن هذا المبدأ لا يسري على إطلاقه إذ يمكن إلغاء التشريع من قبل سلطة موازية أو سلطة أعلى، فالمشرع الدستوري وهو السلطة التأسيسية في الدولة يملك سلطة إلغاء الدستور أو تعديله ويستطيع إلغاء كل التشريعات الأخرى الصادرة في الدول، وعلى ذلك فإنه بمجرد صدور الدستور يتعين تعديل كل التشريعات الأخرى بما يتفق وأحكامه، ويعد كل نص مخالف له كأنه لم يكن، وإن المشرع الدستوري السوري تناول هذه المسألة عندما وضع دستور عام ١٩٧٣ إذ وجد أن كثيراً من

١٣٦ - سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٢٢٤.

١٣٧ - د. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ٣٠٢.

١٣٨ - د. حسام الدين كامل الأهواني - المرجع السابق - ص ١٤٢.

التشريعات النافذة في سورية تخالف أحكامه، ومن أجل معالجة هذه المسألة نص الدستور المذكور في المادة (١٥٣) منه على أن ((تبقى التشريعات النافذة والصادرة قبل إعلان هذا الدستور سارية المفعول إلى أن تعدل بما يوافق أحكامه)).

ولا يمكن إلغاء الدستور أو تعديل أي حكم فيه إلا وفق الإجراءات التي نص عليها الدستور ذاته، وإن إجراء أي تعديل يجب أن يكون بناءً على اقتراح رئيس الجمهورية أو ثلثي أعضاء مجلس الشعب مع بيان النصوص المقترحة تعديلها والأسباب الموجبة لذلك، وأن أي تعديل يحتاج إلى موافقة ثلاثة أرباع أعضاء مجلس الشعب المسجلين وليس الحاضرين فقط^{١٣٩}.

أما تعديل القوانين العادية أو إلغاؤها فيمكن أن يتم من مجلس الشعب نفسه أو من قبل رئيس الجمهورية باعتبارهما سلطتين متوازيتين تمّ انتخابهما من الشعب مباشرة، وهناك من يقول إنّه توجد مجالات محصورة لمجلس الشعب لا يملك رئيس الجمهورية التشريع فيها، وهي تلك المتعلقة بضمانات الحقوق والحريات والتجريم والعقاب، والضرائب، والموازنة العامة للدولة وكل ما يرتب التزاماً مالياً على الدولة غير منظور في موازنتها العادية السنوية، لذلك، فإن رئيس الجمهورية لا يملك سلطة تعديل أو إلغاء مثل هذه التشريعات المحصورة بمجلس الشعب، كما يمكن تعديل كل التشريع الحكومي من قبل السلطة التشريعية بحسبانه السلطة الأصلية في ذلك، ويقال إذا حضر الأصل لا لزوم لعمل الوكيل، كما أن رئيس الجمهورية يملك تعديل جميع القواعد الموضوعة من قبل السلطة التنفيذية بحسبان أن من يملك الأكثر يملك الأقل، وقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أن ((إلغاء التشريع يكون بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه. فليس لسلطة أدنى في مدارج

١٣٩ - انظر المادة (١٤٩) من دستور عام ١٩٧٣ وتعديلاته.

التشريع أن تلغي أو تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة أعلى أو تضيف أحكاماً جديدة. إلا بنقيض من هذه السلطة العليا أو من القانون))^{١٤٠}.

ثالثاً- كيفية تعديل التشريع:

يتم تعديل التشريعات بأنواعها بطرق متعددة وهي تجمع في طريقتين هما الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني. لذلك سنعرض للإلغاء الصريح والإلغاء الضمني وفق الآتي:

١- الإلغاء الصريح للتشريع (L'abrogation expresse):

فالإلغاء التشريع لا يكون إلا بتشريع لاحق ينص على هذا الإلغاء^{١٤١}، ويكون ذلك عندما يرد نص صريح وواضح في لفظه ومعناه في تشريع لاحق في الصدور على تاريخ صدور تشريع آخر ينص على إلغاء هذا التشريع، وهو كثير الوقوع من الناحية العملية، فعندما صدر نظام العاملين في الدولة رقم (٥) لعام ٢٠٠٥ نص في المادة (١٦٤) منه على أن ((يلغى القانون رقم (١) تاريخ ١٩٨٥/١/٢))، وقد يستخدم المشرع مصطلح حلول قانون محل قانون آخر وهذا الحل هو إلغاء صريح للقانون السابق. فقد صدر قانون تنظيم الجامعات رقم (١) لعام ٢٠٠٦م، ونص في المادة (١٥٨) منه على أن ((يحل هذا القانون محل القانون رقم ١ تاريخ ١٩٧٥/١/٣١))، وقد يستعمل مصطلح إنهاء العمل بتشريع سابق شكلاً من أشكال الإلغاء الصريح، فعندما صدرت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الجامعات رقم (٦) لعام ٢٠٠٦ بالمرسوم التنظيمي رقم (٢٥٠) تاريخ ٢٠٠٦/٧/١٠ نص في مادته الثانية على أن ((ينهى العمل بأحكام المرسوم رقم ٢٠٥٩ لعام ١٩٨٢ وتعديلاته، وكل نص آخر يخالف أحكامها)).

١٤٠- نقض مني مصري جلسة ١٩٧٢/٣/٣٠. مجموعة المكتب الفني. السنة ٢٣ مدني. ص ٦٠١.

١٤١- نقض مصري جلسة ١٩٦٤/٧/٣٠ مجموعة المكتب الفني. السنة ١٥ مدني. ص ٢٨٢.

٢- الإلغاء الضمني:

يكون الإلغاء ضمناً عندما يصدر تشريع جديد ولا ينص على إلغاء تشريع سابق بشكل صريح ويعالج ذات الموضوع الذي يعالجه ذاك التشريع بقواعد متعارضة، أو يعالج الموضوع السابق في مجمله دون أن يشير إلى إلغائه، وعلى هذا يكون الإلغاء الضمني بإحدى صورتين:

أ- الصورة الأولى:

صدور تشريع جديد يشتمل على نصوص تتعارض مع نصوص واردة في تشريع سابق، وهذا ما يسمى في التشريع بالناسخ والمنسوخ، حيث يكون النص الجديد ناسخاً للنص القديم في حدود التعارض بينهما إذ يكون للنص الأحدث الأولوية في التطبيق عند إعمال حكم كل منهما، ويكون ذلك على أساس أن النص الجديد قد ألغى النص القديم، فقد صدر القانون المدني في عام ١٩٤٩، ونص في المادة (١١٤) منه على أن ((المجنون والمعتوه وذا الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة، وترفع الحجر عنهم وفقاً للقواعد وللإجراءات المقررة في القانون))، وقد صدر بعده قانون الأحوال الشخصية في عام ١٩٥٢، ونصت المادة (١٢٠٠) على أن ((المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما ويقام على كل منهما قيم بوثيقة))، فيقال هنا إن نص قانون الأحوال الشخصية قد ألغى الحكم الوارد في القانون المدني، وتصدر تشريعات متعددة تتضمن نصاً يفيد بإلغاء الأحكام المعرضة وهذا يعني أنها لم تلغ كل التشريع بل ألغته في حدود التعارض إن وجد^{١٤٢}.

١٤٢ - جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية: ((إن التعارض الذي يستتبع إلغاء نص تشريعي بنص تشريعي لاحق، شرطه أن يرد النصان على محل واحد يستحيل إصالحهما فيه معاً. أما إذا اختلف المحل، فإنه يتعين العمل بكل قانون في محله، بصرف النظر عما بينهما من مغايرة، طالما أن لكل منهما مجاله الخاص في التطبيق. ولا يمنع ذلك من ازدواج التشريع في قانون البلد الواحد، لأن الشارع هو الذي يقرر الحكمة من هذا الازدواج، وليس للقاضي إلا أن يطبق التشريع على ما هو عليه)) - نقض مصري جلسة ١٩٦٦/٥/١٠. مجموعة المكتب الفني. السنة ١٧ مدني. ص ١٠٥٠، وجاء في قرار آخر أن ((الإلغاء التشريعي =

ب- الصورة الثانية:

كأن يصدر تشريع جديد يعالج الموضوع الذي عالجته تشريع سابق دون أن ينص على إلغاء التشريع السابق. فهنا يعد التشريع الجديد ناسخاً للتشريع السابق ويحل محله من جميع الوجوه، فإن سها المشرع ولم ينص على إلغاء التشريع السابق فإنه يكون قد ألغاه ضمناً لتنظيمه الموضوع ذاته بتشريع جديد، وهذه من الحالات النادرة لأن المؤلف عند صدور تشريع جديد أن يتم النص فيه على إلغاء المخالف من أحكام إما صراحة أو دلالة.

رابعاً- إلغاء التشريع وإبطاله:

يرد الإلغاء على تشريع صحيح نافذ فقد غاياته ومبرراته، فاستحدث المشرع قواعد قانونية من شأنها أن تساعد على الحلول التنظيمية والاقتصادية والاجتماعية وغيرها من المسائل بفاعلية أكبر من التشريع السابق فعمل على إلغاء ذلك التشريع القديم من خلال نصوص وقواعد جديدة وكان هذا الإلغاء صريحاً أو ضمناً، أما إبطال التشريع فيرد على قاعدة أو تشريع اكتمل مقومات نفاذه إلا أنه كان مهدداً في وجوده، كما هو الأمر بالنسبة للتشريعات الضرورية التي أصدرها رئيس الجمهورية خارج دورات مجلس الشعب أو أثناء انعقادها إذ أوجب الدستور عرضها على مجلس الشعب في أول دورة تعقد له، ولهذا الأخير أن يثبتها أو يعدلها أو يلغيها من الناحية النظرية لذلك يعدّ عمل مجلس الشعب هنا بمثابة إبطال للتشريع ويترتب على الإبطال عدّ التشريع كأنه لم يكن لو لم ينص الدستور على أن لا يؤثر ذلك على الحقوق المكتسبة، أو عدم سريان الإبطال بأثر رجعي، وكذلك الأمر بالنسبة للدول التي فيها رقابة قضائية على دستورية القوانين واللوائح

== لا يكون إلا بتشريع لاحق ينص على هذا الإلغاء، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم، أو ينظم من

جديد الوضع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع)) - نفض مصري جلسة ١٩٦٤/٧/٧ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٥ .

مدني، ص ٢٨٢ .

والتي يمكن أن تحكم ببطلان قاعدة تشريعية لعدم توافر شروط إصدارها كما سبق
البيان في هذا موضوع.

المبحث الرابع صياغة التشريع

يعدّ التشريع بطريقة وبلغة خاصة تسمى الصياغة القانونية، وقد استعمل
مصطلح صياغة لمقاربة التعامل مع القاعدة التشريعية كالتعامل بالذهب حيث
يسمى من يقوم بصنع الحلي الذهبية بالصانع ، وما ذلك إلا لأهمية القواعد التي
يضعها المشرع بالنسبة للمجتمع والحق والعدالة، فكلما كانت الصنعة مهنية وحرفية
ودقيقة كانت النصوص واضحة ودقيقة ومستقيمة ومحقة لأغراضها وأهدافها بعيداً
عن مدارج التأويل أو التفسير أو الاجتهاد. لذلك نعرض لمفهوم الصياغة وأنواعها
وطرقها في المطالب الآتية:

المطلب الأول مفهوم الصياغة التشريعية

تعدّ الصياغة القانونية من المسائل الفنية التي تحتاج إلى خبرة واختصاص،
فهي تحتاج إلى تمكن من اللغة العربية وقواعدها، ومن أصول القانون ومصادره
 وأنواعه وأحكامه. لذلك يقال إنّ الصياغة هي التعبير اللغوي عن معنى القوانين
 وأهدافها بطريقة يفهمها من يقرأها ولاسيما المكلف بها كي يقوم حياته ويبني
 علاقاته وينظم سلوكه ونشاطه الفردي والاجتماعي على أساسها، أو هي تحويل

الأفكار النظرية الأولية المقدمة حول الموضوع الذي يسن التشريع لمعالجته من خلال رؤية سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية إلى قواعد قانونية تتضمن أحكاماً عملية قابلة للتطبيق.

فالصياغة هي التي تكشف عن فكر المشرع وفلسفته ورؤيته وطموحاته أو أهدافه بمعنى أنها تؤدي إلى إفراغ إرادة المشرع وأهدافه في ألفاظ النص التشريعي بصورة تكون معبرة تماماً عن تلك الإرادة دون زيادة أو نقصان، وعلى ذلك فإن تلك الألفاظ يجب أن تكون على درجة عالية من الوضوح بحيث لا تحتاج إلى تأويل أو تفسير أو تعليمات تنفيذية بحيث تذهب في التطبيق إلى غير المكان الذي أراده المشرع، ويقدر ما تكون قاطعة الدلالة على المعنى والهدف وممانعة من التأويل والتفسير يكون النظام القانوني فاعلاً وكفوفاً في تحقيق أهدافه وغاياته.

لهذا، تستمد الصياغة القانونية أهميتها من حيث أن ألفاظها هي جسد النص القانوني، ويكمن في معناها اللغوي روحه، وتكون الصياغة جيدة عندما يقوم تكامل بين الجسد والروح ويتم ذلك من خلال الحیطة والحذر في استعمال الألفاظ وبعد النظر الذي يجب أن يتوافر في الصائغ الذي يتعين عليه أن يستحضر كل الفرضيات الواقعية المحتملة التي تطرحه الصياغة، وعلى ذلك فإن الصائغ يحتاج إضافة إلى الحرفية القانونية العميقة مهارات ومميزات شخصية وأبرزها الإلمام الجيد بمفردات اللغة العربية ومعانيها والإلمام أيضاً بقواعد النحو والصرف وسعة واسعة في التصور والافتراض كي تخرج النصوص صحيحة سليمة^{١٤٣}، ولذلك، يقال إن الصياغة علم وفن وأدوات وهي أنواع مختلفة، ولها طرق متعددة.

المطلب الثاني

أنواع الصياغة التشريعية

يتم التمييز عادة بين نوعين من الصياغة صياغة قاطعة مانعة واضحة لا تحمل أي معنى تفسيري غير ما هو وارد في ألفاظها، وأخرى تعطي سلطة تقديرية في التفسير والتطبيق، وعلى ذلك يقال عن الصياغة من النوع الأول إنَّه صياغة جامدة، وعن الصياغة بالنوع الثاني أنه صياغة مرنة. لذلك سنعرض للنوعين وفق الآتي:

أولاً- الصياغة التشريعية الجامدة^{١٤٤}:

يقال عن الصياغة إنَّها جامدة عندما نكون أمام فرض محدد له حل ثابت كتحديد سن الرشد ومواعيد الطعن بالأحكام والحضور أمام المحاكم وأوقات التبليغ، ومدد التقادم، ومعدل الفوائد والضرائب والرسوم، وإن هذا النوع من الصياغات يؤدي إلى ثبات وحدة التطبيق والاستقرار في المعاملات وسهولة الفصل في المنازعات، وإن عمل القائمين عليها هو عمل آلي لا خيار في الفهم أو التطبيق، ولذلك يقال إنَّ هذه الصياغة لا تراعي الظروف الشخصية، ولا ملائسات القضية، وهي قد تكون بعيدة عن العدالة.

ثانياً- الصياغة التشريعية المرنة:

تكون الصياغة مرنة عندما تأخذ بالحسبان الظروف الشخصية، وكل الملابس التي يمكن أن تحيط بالتطبيق، فتترك مجالاً لتقدير القاضي في ضوء كل حالة على حدة كتحديد الضرر والتعويض عنه، وتقدير مدى مخالفة العقد للنظام العام والآداب العامة، والضرر غير المألوف بين الجوار، والمدة المعقولة

١٤٤ - د. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ٤٤٤، ود. علي الصاوي - الأصول البرلمانية للصياغة التشريعية -

التي يمكن أن تمنح للمدين، والباعث المشروع وتأثيره على التعاقد، ووضع حد للعقوبات يلائم فيها القاضي بين العقوبة وشخص المجرم تحت ما يسمى (مبدأ تفريد العقاب)، ويقال إن هذه الصياغة تؤدي إلى التفريق بين العدل المجرد والعدل الفعلي حيث يكون مجرداً في الصياغة الجامدة، وفعالاً في الصياغة المرنة.

المطلب الثالث

طرق الصياغة التشريعية

يتم تقديم المادة الأولية لصنع الصياغة القانونية من خلال السياسة التشريعية التي تهدف الدولة إلى تحقيقها، ولذلك يتم التفريق في وضع الصياغة بين طرق مادية، وأخرى معنوية، ونعرض للطريقين وفق الآتي:

أولاً- الطرق المادية للصياغة التشريعية:

يقصد بالطرق المادية في الصياغة التشريعية الحالة التي نعبر فيها عن مادة القانون أو جوهره بشكل مادي يظهر في لباسه الخارجي كالنص الذي يربط جوهر الأهلية ببلوغ سن الرشد، والنصوص التي نعبر فيها عن ربط التمييز بمراحل زمنية تتعلق بعمر الشخص، وكذلك تحديد أنصبة الورثة في الميراث وربطها بدرجات القرابة، ويسمى هذا الطريق من التشريع إحلال الكم محل الكيف. كما يمكن أن تتم الصياغة بالطرق المادية من خلال الشكليات التي يفرضها المشرع في بعض الحالات على أنها عنصر خارجي على الموضوع كربط صحة الهبة في العقار بضرورة إفراغ العقد بسند رسمي، وعدم جواز إثبات عقد الشركة، أو شرط التحكيم إلا بالكتابة، وعدم نفاذ الرهن بحق الغير إلا بإثباته بوثائق رسمية أو كتابية بحسب المال المرهون، وكذلك الأمر المتعلق بالإثبات في المواد المدنية وذلك بالنص على ضرورة الحصول على دليل كتابي.

ثانياً - الطرق المعنوية للصياغة التشريعية:

يقصد بالطرق المعنوية في إعداد الصياغة التشريعية اللجوء إلى تصورات فكرية أو ذهنية تؤدي إلى إخراج النص القانوني إخراجاً عملياً يحقق غايته من خلال الإفصاح عن إرادة المشرع بشكل جوهري وواضح، أو من خلال فرضيات منطقية تؤدي إلى نتيجة محددة، ومن طرق الصياغة المعنوية استعمال قرائن الحال وصول إلى النص المقصود، أو اللجوء إلى الحيل القانونية بافتراض المخالف للمنطق وصولاً إلى المنطق. سنعرض للأمريتين وفق الآتي:

١ - الصياغة التشريعية باستعمال القرائن:

يعتمد الصائغ للنصوص التشريعية على افتراض تحقق أمر معين من تحقق أمر آخر في الواقع، فينقل المسألة من دائرة الشك إلى دائرة اليقين، من خلال ربط النص بالواقع الملموس في الحياة باعتبار أن مثل القرينة المفترضة هي راجحة الوقوع في الحياة العملية، وتلعب القرائن دوراً مهماً في الإثبات حيث تقوم القرائن القانونية بافتراض أمر لمصلحة أحد طرفي النزاع وقد يكون هذا الافتراض قاطعاً لا يقبل إثبات العكس، وقد يكون بسيطاً يقبل من الخصم الآخر إثبات العكس، ومن القرائن القانونية القاطعة افتراض الخطأ في مسؤولية حارس الشيء وحارس الحيوان، ومن القرائن القانونية البسيطة افتراض الإهمال والخطأ على متولي الرقابة إذا ارتكب القاصر فعلاً ألحق ضرراً بالغير. كما تقوم إلى جانب القرائن القانونية قرائن قضائية يستنتجها القاضي من خلال العلامات والإشارات الواردة في ملف القضية فيقتنع منها أن الحق هو لأحد الخصوم في النزاع، فقيام المدين بالوفاء بقسط لاحق قرينة على الوفاء بالقسط السابق.

٢ - الصياغة التشريعية باستعمال الحيل:

الحيل القانونية هي افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه التغيير في حكم النص دون تغيير النص ذاته لأنه يعدّ مطابقاً للحقيقة إلا أنه غير ذلك في الواقع لأنه افتراض من شأنه أن يخفي أمراً واقعياً، فهي كذب على الواقع وتزوير له، وتستعمل الحيلة من أجل تبرير وضع قواعد قانونية جديدة، أو لتوسيع تطبيق قواعد قانونية قائمة، أو لتبرير القواعد القانونية القائمة أو عنوانها، ومن هذه القواعد فكرة العقارات بالتخصيص حيث إنّ الواقع يشير إلى المال على أنه منقول إلا أن المشرع عدّه عقاراً لأنّ صاحبه رصده لخدمة عقار يملكه أو استغلاله^{١٤٥}.

١٤٥ - د. محمد عبد الرحيم الديب - الحيل في القانون المدني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي - دار الجامعة الجديدة للنشر -

الإسكندرية - ١٩٩٨ - ص ٣٧ وما بعدها.

الفصل الثاني

مصادر القانون غير التشريعية

Sources la loi non législatif

تمهيد:

تتعدد مصادر القاعدة القانونية وإن كان مصدرها الرئيس هو التشريع الوضعي الذي تضعه السلطة الحاكمة في دولة ما، وتقف إلى جانبه مصادر مساعدة توازره في إيجاد حلول المسائل التي قد تفرض نفسها في الواقع، وهذه المصادر محددة تحديداً قاطعاً جازماً وبكل وضوح كما سبق البيان مرتبة في المادة (١) من القانون المدني السوري، وهي مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ العدالة والقانون الطبيعي، ويرى بعض الفقهاء أن جميع هذه المصادر هي مصادر قضائية لأن القاضي هو الذي ينتبث منها ويجدها، ويعمل على الاجتهاد فيها ويطبقها بحسب الوقائع المعروضة عليه لعدم وجود مدونات متفق عليها، ومعتمدة في أي دولة من دول العالم إذا ما تمّ استثناء المملكة المتحدة (بريطانيا) والتي يوجد فيها إلى حد ما مدونة عرفية يتم تطبيقها في حل مشاكل المجتمع فيها، كما أن مبادئ الشريعة الإسلامية تختلف باختلاف المدارس الفقهية الإسلامية، ويصعب الأمر بالنسبة لتطبيق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وسنعمل على إضافة مصدر رابع لم يذكره القانون، بل عمل بعض الفقهاء على إدراجه في لائحة المصادر غير التشريعية، مع أنه سبق البيان إلى دور القضاء في صنع المصادر غير التشريعية من حيث البحث عنها وتأصيلها كقواعد قانونية^{١٤٦}.

١٤٦ - د. سليمان مرؤس - المرجع السابق - ص ١٥١ وما بعدها.

لذلك سنعرض هذا الفصل في الأبحاث الآتية:

المبحث الأول: المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: العرف.

المبحث الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

المبحث الرابع: الفقه والقضاء.



المبحث الأول

مبادئ الشريعة الإسلامية

يُعدُّ الفقه الإسلامي مصدراً رئيسياً للتشريع في سورية وفقاً للدستور السوري^{١٤٧}، مما يعني أن الدستور دعا المشرع في الدولة أياً كان تصنيف ذلك التشريع أن يأخذ بالحسبان عند سنّ أي تشريع أن يستلهم أفكاره ومبادئه والأسس التي ينطلق منها من أعمال فقهاء الشريعة الإسلامية دون التقيد بمدرسة فقهية محددة^{١٤٨}، ولهذا نص المشرع في المادة (١) من القانون المدني على اعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الثاني للقانون الواجب التطبيق بصدد المنازعات التي تعرض على القضاء، إذ يتعين على القاضي الرجوع إليها عند عدم وجود نص تشريعي^{١٤٩}، وإن تلك الإحالة على المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية عند عدم وجود نص تشريعي تقتضي بيان المقصود بالمبادئ العامة للشريعة الإسلامية، وتحديد مجال تطبيق تلك القواعد، وذلك في المطلبين الآتيين:

١٤٧ - انظر المادة (٢/٣) من الدستور السوري لعام ١٩٧٣.

١٤٨ - جاء في قرار المحكمة الدستورية المصري أن ((ما نص عليه الدستور من أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع ليس واجب الأعمال بذاته إنما هو دعوة للشارع بأن تكون الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي فيما يشرعه من قوانين، ومن ثم فإن المناط في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية استجابة الشارع لدعوته وإفراغ مبادئها السمحاء في نصوص محددة ومنضبطة يلتزم القضاء الحكم بمقتضاها بدءاً من التاريخ الذي تحدده السلطة التشريعية لسريانها.... فضلاً عن أن تطبيق الشريعة الإسلامية يقتضي تحديد المعين الذي يستقى منه الحكم الشرعي من بين مذاهب الأئمة المتعددة والمقايضة في القضية الشرعية الواحدة..)) - للمحكمة الدستورية - جلسة ١٩٨٥/٥/٤ - منشور في ملخص جريدة الأهرام بتاريخ ١٩٨٥/٥/٥.

١٤٩ - جاء في قرار لمحكمة النقض السورية أنه ((لأن أوجبت الفقرة ٢ من المادة الأولى من القانون المدني السوري على القاضي الحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه. فإن هذا الوجوب إنما نص عليه لحل المسائل التي لم تتناولها التشريعات، لا في لفظها، ولا في فحواها)) - نقض من مذي مورى رقم ٢٠٦ تاريخ ٩٥٠/٢/١٥ مجلة القانون لعام ١٩٥٠ - ص ٩٧.

المطلب الأول

مضمون المبادئ العامة

للشريعة الإسلامية

تعدّ المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية المصدر الثاني للقانون الواجب التطبيق عند عدم وجود نص تشريعي يحكم به القاضي إلا أن معنى ومفهوم المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية من المفاهيم العائمة غير المحددة أو المضبوطة، ولا يزال الكثير يسأل ما هي هذه المبادئ؟^{١٥٠}. فيمكن القول إنّ مصطلح المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية ينصرف إلى مجمل الأحكام الواردة في الشريعة الإسلامية وفق ترتيب مصادرها من قرآن وسنة نبوية شريفة، واجتهاد فقهاء وأئمتهم من خلال المدارس الإسلامية المتعددة، وصولاً إلى الفتاوى الشرعية في قضايا المعاملات، أو هي القواعد الكلية المعروفة في فقه الشريعة الإسلامية في مسائل المعاملات المالية، وقد تم تكريس بعضها في قوانين بعض الدول العربية^{١٥١}.

يقال أيضاً إنّ المبادئ العامة والأصول الكلية في الشريعة الإسلامية مستنبطة من نصوصها وأحكامها التي ترجع إلى أصول أربعة الكتاب والسنة والإجماع والقياس ويدخل في هذه الأصول الاستصحاب الذي تقول به الشافعية والاستحسان عند الحنفية والمصالح المرسلة عند الإمام مالك، ونقول عنها إنّها أصول موجزة تتضمن حكماً شرعياً عاماً في المسائل التي تتدرج تحتها، ويأتي الحكم العام بمجموعة أحكام فرعية مرتبطة به.

١٥٠ - د. علي الكوني أبودد - المرجع السابق - ص ٢٤٩ - ٢٥٠.

١٥١ - انظر القانون المدني الأردني، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي.

لذا، يؤصل فقهاء الشريعة الإسلامية قواعد الشريعة في مجموعتين: مجموعة متفق عليها وتشتهر في خمسة هي: (الأمور بمقاصدها) و (المشقة تجلب التيسير) و (الضرر يزال) و (العادة محكمة) و (اليقين لا يزول بالشك)، وأخرى كثيرة محل خلاف رغم توافر رأي الأغلبية فيها ومنها: (الأجر والضمان لا يجتمعان) و (يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً) و (الجواز الشرعي ينافي الضمان) و (المبشر ضامن وإن لم يتعمد)، ومجموعة قواعد غير متفق عليه منها قواعد أصولية مثال (لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص، وما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه - الأحكام تدور مع علتها وجوداً وعدمًا إذا تعارض المانع و المقتضي قدم المانع)، ومنها قواعد مقصديه مثل (المشقة تجلب التيسير - درء المفسد أولى من جلب المنافع - إذا تعارضت المصالح قدم الأعلى، أما إذا تعارضت المفسد قدم الأدنى)) كما توجد قواعد موضوعية مثل ((الأجر والضمان لا يجتمعان - إذا بطل الأصل يصار إلى البدل، وإذا زال المانع عاد الممنوع - الإذن العرفي بطريق الوكالة كالإذن اللفظي - التعيين بالعرف كالتعين بالنص - الغرم بالغنم، وقواعد شكلية ومنها ما يتعلق بالإثبات مثل ((الأصل براء الذمة - الإقرار حجة قاصرة - البيئة حجة يجب العمل بها ما أمكن - التحري يقوم مقام الدليل الشرعي عند انعدام الأدلة))^{١٥٢}.

١٥٢ - لمزيد من المعلومات راجع : مصطفى أحمد الزرقا - المدخل الفقهي العام - الجزء الثاني - دار القلم - دمشق - الطبعة

الأولى ١٩٩٨ - ص ٩٦٥ وما بعدها.

المطلب الثاني

مجال تطبيق المبادئ العامة للشريعة الإسلامية

يتضمن مبدأ الإحالة إلى المبادئ العامة للشريعة الإسلامية بصفقتها مصدراً من مصادر التشريع غير التشريعية مجموعة من الخصائص والتحديدات، لأنه لا يمكن إطلاق الإحالة في جميع الحالات، ولا يمكن تطبيقها في كل المسائل، وعليه فإن نورد الملاحظات الآتية^{١٥٣}:

أولاً- تقتصر الإحالة في قواعد الشريعة الإسلامية على المسائل التي تنطوي تحت مفهوم القانون المدني على سبيل الحصر والتحديد، وبشكل أدق على المعاملات المالية التي يتصدى لمعالجتها القانون المدني بالمعنى الخاص، ومن ثم فإنه لا يمكن تطبيقها في مجال الأحوال الشخصية التي تتعدد فيها المصادر حيث يقوم إلى جانب الشريعة الإسلامية شرائع خاصة تتعلق بالطوائف غير المسلمة من مسيحيين وغيرهم^{١٥٤}، وحتى بالنسبة للمسلمين، لأن قانون الأحوال الشخصية مستمد في أحكامه من قواعد الشريعة الإسلامية، وقد أحال فيما لا يوجد نص فيه على الرأي الراجح في المذهب الحنفي^{١٥٥} كما لا يمكن تطبيق مبدأ

١٥٣ - انظر: د. سليمان مرقس - المرجع السابق- ص٤٤٥-٤٤٧، ود. رمضان أبو السعود - المرجع السابق- ص ٤٦٥ وما بعدها.

١٥٤ - انظر المادة(٢٠٨) من قانون الأحوال الشخصية والتي نصت على أن((يطبق بالنسبة إلى الطوائف المسيحية واليهودية ما لدى كل طائفة من أحكام تشريعية دينية تتعلق في الخطبة وشروط الزواج وعقده، والمتابعة والنفقة الزوجية ونفقة الصغير وبطلان الزواج وحله وانفكاك رباطه وفي الباتنة (النuptة) والحضانة)) وقد صدر قانون خاص بالطائفة الكاثوليكية يطبق بشأن الأحوال الشخصية حصراً وتحديداً في جميع أحوالهم الشخصية، وانظر أيضاً المادة(٣٠٧) من القانون المذكور والمتعلقة بالطائفة الدرزية.

١٥٥ - انظر المادة (٣٠٥) من قانون الأحوال الشخصية والتي تنص على أن ((كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي)).

الإحالة في القوانين الخاصة الأخرى كالقانون التجاري أو قانون العمل وغيرها من القوانين التي تحكم العلاقات الخاصة.

ثانياً- إن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية عند عدم وجود نص تشريعي يحكم مسألة معروضة على القضاء يكون فقط على المبادئ العامة فيها، وهي تعني القواعد الكلية المتفق عليها دون المسائل التفصيلية التي اختلف فيها فقهاء الشريعة الإسلامية، ثم إن الشريعة الإسلامية هي شريعة الأغلبية في المجتمع السوري، والأقرب إلى وجدانهم وضميرهم.

ثالثاً- قدّم المشرع السوري المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية على كل من العرف ومبادئ العدالة والقانون الطبيعي لسببين أولها أنها قواعد مدونة ومكتوبة ويسهل الرجوع إليها كالنصوص التشريعية تماماً، أما قواعد العرف، ومبادئ العدالة والقانون الطبيعي فهي غير مدونة ويصعب إثباتها والرجوع إليها. أما السبب الثاني فهو أنه وجد أن تلك القواعد تحقق العدالة التي ينشدها القاضي في أحكامه، وبذلك يكون قد اختصر الوقت والجهد.

رابعاً- إن الدستور السوري نص على اعتبار الفقه الإسلامي مصدراً أساسياً للتشريع في سورية، وعليه فإنه يكون من الطبيعي والمنطقي الرجوع إلى مصدر التشريع عند عدم وجود التشريع.

المبحث الثاني

العرف

La coutume

يعدّ العرف مصدراً من مصادر القانون بالمعنى العام ، وهو يأتي في القضايا المدنية بالمرتبة الثالثة في التطبيق، وذلك عند عدم وجود نص تشريعي أو مبدأ عام من مبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا بخلاف ما ذهب إليه المشرع المصري وبعد التشريعات الأخرى التي جعلته المصدر الثاني من مصادر القانون، وتتضاءل قيمة العرف من الناحية العملية كلما انتشرت مساحة التشريع، ونادراً ما يتم في مسألة مدنية الرجوع إلى قواعد العرف، وإن دوره الرئيس يتركز في المسائل التجارية من جهة أن التجارة تحكمها أصلاً الأعراف التجارية، وكذلك الأمر بالنسبة لكثير من المهن الحرفية الحرة. لذلك. نعرض لمفهوم العرف وأركانه، وللتفريق بين العرف والقواعد القريبة منه، ونبين القوة الملزمة له، وإثباته في المطالب الآتية:

المطلب الأول

العرف وأركانه وأنواعه

يتم تداول مصطلح العرف على أنه ما تداوله الناس مدة طويلة من الزمن في شأن من شؤونهم، وتكثر أعراف الناس بحسب مناطقهم وحاجاتهم، والعرف سابق على القانون وقد يكون مصدر إلهام للمشرع من أجل اعتماد العرف في تنظيم مسألة من المسائل تنظيمًا تشريعيًا، ويجد العرف قبولاً والتزاماً ربما أكثر من التشريع لأنه من صنعهم، وقد تواتروا على استعماله مدة طويلة من الزمن، ثم تناقله وتداوله من الأجداد إلى الأحفاد، فلذلك له تعريفات متداولة وأنواع مختلفة، ويقوم على أركان محددة، لذلك سنعرض هذه المسائل وفق الآتي:

أولاً- تعريف العرف:

فمصطلح العرف جاء من فعل عرف، والعرفان في اللغة هو العلم بالشيء، وجاء في قوله تعالى ((وَعَلَى الْأَعْرَافِ رِجَالٌ))^{١٥٦}، وكلمة الأعراف في اللغة: جمع عُرْف وهو كل عال مرتفع، وهي أعالي السور، ويقال عن المعروف إنه ما يُستحسن من الأفعال^{١٥٧}، والعرف في مصطلح فقهاء الشريعة الإسلامية (هو ما اعتاده الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة، ولا يتبادر غيره عند سماعه)^{١٥٨}، وهو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول واستمر الناس عليه، مما لا تردده الشريعة، وتقرهم عليه^{١٥٩}.

فتعريف العرف كمصدر من مصادر القانون عند فقهاء القانون هو (مجموعة القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها يتوارثونها جيلاً عن جيل والتي لها جزاء قانوني كالقانون المكتوب سواء بسواء)^{١٦٠}، أو هو (اضطراد سلوك الأفراد

١٥٦ - سورة الأعراف - الآية (٤٦).

١٥٧ - انظر: هذه المعاني في: معجم مقاييس اللغة لابن فارس (٢٨١/٤) مطبعة الحلبي ومختار الصحاح للإمام الرازي (١٧٩، ١٨٠) مكتبة لبنان- بيروت عام ١٩٨٦م، ولسان العرب المحيط (١١١/١٠، ١١٤) . لابن منظور الإفريقي، مادة (عرف) دار صاندر- بيروت، ط. الأولى. أقرب الموارد/ للعلامة السعيد الشرتوني (٧٦٩/٢) من مكتبة الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية.. تاج العروس للزبيدي، فصل العين من باب الفاء (١٩٢/٦) بدون تاريخ الطبعة. القاموس المحيط للفيروز أبادي، مادة (عرف) (١٧٨/٣) دار الكتب المصرية.

١٥٨ - د. وهبي الزحيلي - انظر الموقع - <http://www.balagh.com/mosoa/feqh/>

١٥٩ - انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي (ص٤٦) طبعة الحلبي، والتعريفات للرجاني (ص١٣٠) طبعة الحلبي. وشرح الكوكب المنير/ للعلامة محمد الفتوح المعروف بابن النجار، (٤٤٨/٤) مكتبة العبيكان- الرياض ١٤١٨هـ. والإحكام في أصول الأحكام / للإمام الأمدي (٢٧٠/٣) تعليق الشيخ عبد الرزق عفيفي، دار مؤسسة النور للطباعة- وأثر العرف في التشريع الإسلامي- د. السيد صالح - ص٥٢، العرف والعادة في رأي الفقهاء للعلامة أبو سنة (ص٨) مطبعة الأزهر ١٩٤٧م. أصول الفقه الإسلامي / د. وهبة الزحيلي (٨٢٩/٢) دار الفكر - دمشق، الطبعة الثانية ١٤٢٢هـ.

١٦٠ - د. حمام الدين كامل الأهواني - المرجع السابق - ص ١٥٥.

على إتباع سنة معينة في العمل مع الاعتقاد بلزوم هذه السنة أو هذا السلوك كقاعدة قانونية) ، أو هو (قانون غير مكتوب ينشأ عن تواتر الناس على إتباع سلوك معين مع شعورهم بوجود جزاء قهري يكفل احترام هذا السلوك))^{١٦١} . فتعريف العرف يشتمل على مقوماته أو أركانه إذ هو تعامل مطّرد أو مستمر في مسألة معينة يشعر بالزام الاستمرار به.

ثانياً- أنواع العرف:

هناك أنواع للعرف منها عملي وآخر قولِي أو لفظي، وفيه عرف عام وعرف خاص، والعرف العملي: هو ما اعتاده الناس في أفعالهم العادية أو معاملاتهم المدنية، والعرف القولِي أو اللفظي: هو استعمال الناس بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معين لا تألفه اللغة. أما العرف العام: هو ما يتعارفه غالبية أهل البلدان في وقت من الأوقات، ومنهم من يقول إنّه العرف الذي تصنع الدولة من خلال سلطاتها في إدارة مرافقها ومن هذا تكون العرف الدستوري والعرف الإداري، إلا أننا نرى أن مصطلح العرف ينصرف إلى المعنى الأول وليس إلى المعنى الثاني لأنه في دولة القانون والمؤسسات لا محل للعرف في إدارة شؤونها. أما العرف الخاص: هو ما يتعارفه أهل بلدة أو إقليم أو طائفة معينة من الناس أو أهل حرفة أو مهنة، ويميز آخرون العرف الخاص بأنه الذي يصنعه الأفراد ويتعلق بمعاملاتهم المدنية. كما يقسم العرف في الشريعة الإسلامية إلى صحيح أو فاسد، (والعرف الصحيح هو ما تعارفه الناس دون أن يحرم حلالاً، أو يحل حراماً، وأما العرف الفاسد: فهو ما تعارفه الناس ولكنه يحلّ حراماً أو يحرم حلالاً، وقد شرط الفقهاء شروطاً في العرف الذي يجوز في الشرع اعتباره والعمل بمقتضاه، من أهمها ألا يعارض نصاً شرعياً في القرآن أو في السنة، وأن يكون مطّرداً أو غالباً أي مستمراً

١٦١ - د. سمير عبد السيد تڨاغو - المرجع السابق - ص ٤٢٥.

العمل به في جميع الحوادث، أو يجري العمل عليه في أغلب الوقائع. وبهذا يفترق عن الإجماع، فإن الإجماع مبناه اتفاق مجتهدي الأمة الإسلامية، أما العرف فلا يشترط فيه الاتفاق، وإنما يكفي فيه سلوك الأكثرية بما فيهم العوام والخواص، فهو لهذا أشبه بالسيرة، وللعرف أهمية كبرى في مختلف التشريعات وعند كل الأمم، لذا يعتبر في القانون الوضعي أحد مصادر التشريع، بل إن كثيراً من نصوص القانون وأحكامه الأمرة أو المتعلقة بالنظام العام هي مترجمة عن العرف الشائع في البلاد. أما في الإسلام فهو عند التحقيق ليس دليلاً شرعياً مستقلاً، لأنه مبني في الغالب على مراعاة الضرورة أو الحاجة والمصلحة، أو دفع الحرج والمشقة، والتيسير في مطالب الشرع، ومن الطبيعي أن يتبدل الحكم الشرعي بتبدل العرف، لأن القصد من الشريعة تحقيق المصالح، فإذا تبدل وجه المصلحة في عرف الناس، تبدل الحكم، لذا قال العلماء: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان^{١٦٢}، ومما لا جدال فيه أن أفضل بيئة لنشوء العرف هي المجتمعات الصغيرة المنغلقة على نفسها لحاجتها إليه في جميع شؤونها وترتيباتها الاجتماعية أو المهنية.

ثالثاً- أركان العرف:

تتفق التعاريف المتداولة للعرف في أنه يقوم على ركنين أساسيين: ركن مادي يتجلى في اعتياد سلوك معين باضطراد في تعامل محدد، وركن معنوي نفسي يظهر في الشعور بالإلزام. لذلك سنعرض لركني العرف وفق الآتي:

١- الركن المادي للعرف:

يقوم الركن المادي للعرف باعتياد الناس سلوكاً محدداً بشأن ما سواء كان المسلك ضرورياً في حياتهم أو بحكم التقاليد المتواترة والمتوارثة، ثم إن العرف في أصله عادة (Usage). فختان الذكر كان عادةً ثم أصبح عرفاً ثم أصبح شريعة

عند المسلمين، وكانت القيود بين الجوار وحقوق الارتفاق بالمرور أو بالتهوية أو بفتح النوافذ والشرفات واستعمالها عادات ثم أعرافاً قبل أن ينص عليها القانون ويضبطها. لذلك يقال إنَّ العرف عادة ملزمة، وعلى هذا يجب أن تتوافر في العادة مجموعة من العناصر هي:

أ- يجب أن تكون العادة عامة: تكون العادة عامة عندما تجد طريقها بين جميع الناس أو لدى طائفة أو فئة منهم، أو عندما تكون سلوكاً معتاداً في منطقة معينة أو في بيئة محددة، لأنَّ العرف يمكن أن يكون عاماً شاملاً ويمكن أن يكون مناطقياً أو إقليمياً، ويمكن أن يكون مهنيّاً أو فئويّاً إذ نجد عرفاً تجارياً و عرفاً زراعياً و عرفاً في مهنة الحدادة وآخر في النجارة، وفي المهنة الواحدة يختلف العرف من منطقة إدارية إلى منطقة أخرى، ولا يوجد ما يسمى بالعرف المشترك بين كل هذه المسائل.

ب- يجب أن تكون العادة قديمة: تكون العادة قديمة عندما يتواتر الناس على استعمالها مدة طويلة من الزمن بحيث تصبح جزءاً من حياتهم، وبذلك تكون مستمرة ومستقرة وليست وليدة ظرف أو حالة طارئة، وذلك حتّى يتكون عنصر الاعتياد الذي يفيد تكرار العمل بها، وتقدير الاعتياد من عدمه واتصاله بالقدم والاستمرارية هو مسألة موضوعية يعود تقديرها للقاضي، لأنّه إذا لم يتحقق الاعتياد أو التواتر في السلوك فلا نكون أمام عرف، بل أمام مجاملات اجتماعية كالتزاور وتقديم هدايا في مناسبات محددة (ولادة، زواج، وفاة، الحصول على مسكن جديد)، ويعدّ اعتياداً عندما يكون متبعاً بطريقة لا خروج فيها ولا تناقض عليه بين الأشخاص الذين لهم مصلحة في إنكاره، وإن التواتر والاعتياد في المسلك أو السلوك ليس بالضرورة أن يكون عاماً من جميع الناس بل يكفي أن يكون بالنسبة للمحتكمين به، ولا يمكن تحديد المدة

التي يستمر التعامل بها على نحو واحد حتى نقول إنّ العادة قديمة، ولأن هذه المسألة تختلف بحسب طبيعة ونوع المعاملات التي تنشأ فيها العادات^{١٦٣}.

ج- يجب أن تكون العادة ثابتة: تكون العادة ثابتة عندما يستمر استعمالها منذ نشأتها دون انقطاع أو إهمال، ولو خرج بعض الأشخاص أو بعض المسائل من حكمها إلا أنها هي التي كانت شائعة التطبيق في مثل الحالة المعروضة منذ زمن ما، ولا يكفي الاستعمال مرة واحدة كي نكون أمام فكرة ثبات استعمال العادة، فيجب أن يكون تطبيقها ممتداً في الزمان بشكل مستمر ومطرّد.

د- ألا تخالف العادة التشريع: لا يجوز إعمال عرف أو تطبيقه إذا كان يخالف نص تشريعي، أو يتعارض معها لأنه في الأصل لا يجوز اللجوء إلى العرف إلا إذا لم يوجد نصاً تشريعياً أو مبدأ عاماً من مبادئ الشريعة الإسلامية. لذلك يقال إنّّه يجب ألا تخالف العادة النظام العام والآداب العامة، وهذه مسألة موضوعية يعود تقديرها للقاضي.

فعلى ذلك. إذا توافرت في العادة عناصر العمومية والاستمرارية والثبات وعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة تكون قد كونت الركن المادي في العرف الذي يعدّ قاعدة قانونية.

٢- الركن المعنوي للعرف:

لا يكفي لقيام العرف وجود عادة قديمة مضطردة لقيام العرف كقاعدة قانونية واجبة التطبيق بل يجب أن تقتزن العادة بتوافر عنصر معنوي بوجوب الالتزام بتلك العادة أي يجب أن تكون العادة محكمة أي ملزمة واجبة الاحترام كالقانون تماماً، ويعبر عن هذا العنصر بوجود عنصر الجزء كأحد عناصر القاعدة القانونية، وإن

١٦٣ - د. عدنان القوئلي - المرجع السابق - ص ٩٣.

وجود عنصر الإلزام هو الذي يميز العرف عن العادة، فالفرق واسع بين العرف الذي يجب أن توافر سلوك العادة مع عنصر الإلزام القضائي عند الخلاف على تنفيذ العادة ، فلا يلزم الأقارب والأصدقاء بتقديم هدايا في مناسبات الزواج بوصف ذلك عادة قديمة ومستمرة إذا لم يفعلوا ذلك، لأنه كما سبق البيان هي عادة تقوم على المجاملة والمعاملة بالمثل ويمكن أن تسمى عرفاً شعبياً، وليس عرفاً قانونياً.

أما مخالفة العرف تستلزم الإكراه على تنفيذه عن طريق عدالة الدولة، كما لو امتنع البائع عن تسليم المبيع في المكان الذي يحدده العرف، أو امتناع المدين عن وفاء الدين في المكان الذي يحدده العرف، حتى إن امتناع الزبون عن دفع زيادة على الفاتورة إلى من يقوم بالخدمة في بعض المطاعم يعدّ خرقاً لقاعدة عرفية يكره فيها الزبون على الدفع.

لهذا يقال أن أهمية العرف وقوته تتأثر بالوسط الاجتماعي الذي نشأ فيه، فهو يخضع لمجموعة خصائص ذلك المجتمع الذهنية، وكلما كان المجتمع تقليدياً تمسك بالأعراف والعادات والتقاليد، وكلما كانت قوة الدولة وسيطرة القانون ضعيفة كان العرف قوياً، ومن الصعب تقدير القيمة المعنوية للعرف في كل زمان ومكان فهي تختلف من مكان إلى مكان ومن زمن إلى زمن آخر، فهو اعتقاد كامن في النفس يستنتج من خضوع الأشخاص له والتزامهم به دون إكراه ابتداءً، ومهمة القاضي هي التثبت من وجود عرف سابق أي الكشف عنه وليس إنشائه لأن القاضي لا يخلق القواعد القانونية بل يكشف عنها^{١٦٤}.

١٦٤ - راجع بعض هذه الأفكار في د. حسام كامل الدين الأهواني - المرجع السابق - ص ١٦٤-١٦٥.

رابعاً - التمييز بين العرف والعادة:

ينشأ العرف في أصله عادةً متجذرة في مجتمع ما أو في حلقة منه، ويكون الركن المادي له إلا أنه مع ذلك يختلف معه كلية كقاعدة قانونية، وتظهر وجوه الاختلاف في الآتي:

- ١- يلتزم القاضي بتطبيق العرف عند عدم وجود نص تشريعي أو قاعدة شرعية من تلقاء نفسه وهذا واجب عليه بقوة القانون إلا أنه لا يلزم بإعمال حكم العادة، إلا إذا تم الاتفاق بين الخصوم على تطبيق عادة معينة فعندئذ يعمل القاضي على احترام إرادة الأطراف التعاقدية وليس العادة بشرط ألا تخالف العادة النظام العام أو الآداب العامة.
- ٢- تتحرى المحكمة عن العرف من تلقاء نفسها إن تمكنت من ذلك، وفي حال عدم الوصول إليه يتوجب على من يتمسك به كقاعدة قانونية أن يقيم الدليل عليه، فإذا أثبت ذلك يتعين على القاضي تطبيق أحكامه كقاعدة قانونية، أما العادة فإنها غير ملزمة في الأحكام إلا إذا وردت في نص عقدي، ولا يتحرى القاضي عنها، وعلى من يتمسك بها إثباتها واقعة مادية من أجل إعمال شروط العقد وليس كقاعدة قانونية.
- ٣- يتمتع العرف بالقوة الملزمة في العقود عند عدم وجود مصدر أعلى للقانون، ولو كان الطرفان يجهلونها، أما العادة تكون غير ملزمة ولو كانا يعلمان بها مالم ينصا في عقدهما على التمسك بإعمالها، والعرف في الأعمال التجارية قد يقدم على النص القانوني في المسائل التجارية، أما العادة فلا أثر لها^{١٦٥}.

١٦٥ - نصت المادة (٤) من القانون التجاري رقم (٢٣) لعام ٢٠٠٨ على أنه ((١- على القاضي عند تحديد آثار العمل التجاري

أن يطبق العرف المتوطد إلا إذا ظهر أن المتعاقدين قصدوا مخالفة العرف أو كان العرف متعارضاً مع النصوص التشريعية

الإلزامية - ٢- و يعد العرف الخاص و العرف المحلي مرجحين على العرف العام))، كما نصت المادة (١٠٨) منه====

٤- يخضع تطبيق العرف بصفته قاعدة قانونية لرقابة محكمة النقض، أما تطبيق العادة فتعدّ كالواقعة المادة التي يعود تقديرها لقاضي الموضوع ثم إنّ تطبيقه لا يخضع لرقابة محكمة النقض إلاّ من حيث تطبيقه كشرط عقدي.

لذلك، فإن أهم الفروق بين العادة والعرف عنصر الإلزام أو الركن المعنوي حيث يكون قائماً في العرف وغير موجود في العادة. فالركن المعنوي هو الذي يتضمن عنصر الأمر والإكراه ويحدد ما ينبغي أن يكون وفقاً لما هو كائن وهو السلك المعتاد، وبمقتضاه يصبح العرف قاعدة مفروضة بواسطة تصرف فردي وجماعي في الوقت نفسه، وهذا التصرف هو الذي يتضمن القاعدة القانونية العرفية^{١٦٦}، وقد تتحول العادة إلى عرف وتصبح قاعدة قانونية مستقلة عن إرادة الخصوم أو الأطراف إما بتبنيها من قبل المشرع أو عند توافر العنصر المعنوي بتمسك إرادة المجتمع بها سلوكاً ملزماً لهم في أمر معين.

المطلب الثاني

إثبات العرف ودوره

يفيد الواقع التطبيقي بعدم وجود مدونة للأعراف مكتوبة يستطيع ذوو الشأن الرجوع إليها والعلم بها كما هو الأمر بالنسبة للتشريع الذي يجب نشره في وسائل مكتوبة كي يطلع عليه الأشخاص جميعاً ويعملوا على احترام قواعده، لذلك فإن مسألة اعتبار العرف مصدراً من مصادر القانون التي يتعين على القاضي الرجوع إليه وتطبيقه إذا لم يجد نصاً تشريعياً أو قاعدة شرعية يحكم بها تنثير مسألة التثبت

==على أنه ((في المواد التجارية وفي حال عدم النص على معدل الفائدة، يحدد هذا المعدل في ضوء العرف أو تعرفه المهنة، وتسري الفائدة من تاريخ استحقاقها ما لم يحدد العرف موعداً آخر)).

منه والوصول إليه، وهذه المسألة تثير أيضاً موضوع دور العرف في ساحات عمل المحاكم أو في الواقع العملي بين العلاقات التي تنشأ بين الأشخاص، وسنبين الأمرين وفق الآتي:

أولاً- إثبات العرف:

يقضي المبدأ العام في نظرية الإثبات أن الإثبات ينصب على الوقائع وليس على القانون لأن إثبات القانون وتطبيقه هو من عمل القاضي وحده وعليه أن يبحث عنه بنفسه، ويتعين على القاضي أن يبحث عن القواعد العرفية وأن يلم بها بنفسه متى استطاع إلى ذلك سبيلاً، وبحسبان أنه لا توجد مدونات أعراف، فإنه يصعب على القاضي الإحاطة بجميع الأعراف المطبقة في المجتمع وفي علاقات الأشخاص بعضهم ببعض.

تعد القاعدة العرفية واقعة مادية يصح إثباتها بكل وسائل الإثبات بما فيها البيئة الشخصية والقرائن^{١٦٧}، وهو في ذلك مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض، أما بعد ثبوت اكتشافه، وتطبيقه على النزاع يصبح قاعدة قانونية يخضع تفسيرها وتطبيقها لرقابة محكمة النقض^{١٦٨}.

لذا، فإنه إذا كان العرف العام يتساوى مع القاعدة التشريعية في علم القاضي بها إلا أن العمل جرى على أن يقوم الخصوم بتأكيده وإثباته بما يتفق ومصالحهم، إلا أنه لا يفترض في القاضي العلم بالعرف المحلي، ولذلك يتعين على صاحب المصلحة الذي يتمسك به بإثباته شأنه في ذلك شأن الوقائع، ويكون الفصل في تطبيقه من عدمه لقاضي الموضوع.

١٦٧ - انظر بعض هذه الأفكار في: د. كدري عبد الفتاح الشهاري- الإثبات- مناهض وضوابطه - منشأة المعارف بالإسكندرية -

٢٠٠٢- ص ٤٥-٤٨.

١٦٨ - انظر هذه المسألة وغيرها في: د. سليمان مرقس- المرجع السابق- ص ٤٣١-٤٣٣.

ثانياً - دور العرف:

تنشأ القواعد العرفية عن العادات الملزمة ، وهي قواعد غير واضحة المعالم لعدم وجود كيان مادي لها كما سبقت الإشارة، والذي يكشف عن العرف ويعمل على تطبيقه هو القاضي، ولهذا يقال إن الذي يجعل العرف ملزماً إنما هو القاضي ذاته وذلك عندما يتبناه ويظهره في حكمه، وبالتالي فإن العرف يعدّ مصدراً قضائياً من مصادر القانون لأن القاضي هو الذي كرّسه كقاعدة ملزمة وقبل ذلك لم يكن شيئاً مذكوراً، ولكن يقال أيضاً إن وظيفة القاضي هي إعلان العرف وليس إنشائه وهو لم يقم بتطبيقه إلاّ لأنه قاعدة قانونية، ويبقى مصدراً مستقلاً من مصادر القواعد القانونية^{١٦٩}. إلاّ أن دور العرف يبقى مقصوراً على المعاملات المدنية، وما تمت بالإحالة به إليه من قبل المشرع ذاته في المسائل التجارية وغيرها من المسائل، وعلى ذلك لا يعمل به في المسائل الجزائية حيث لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بنص تشريعي، وقد يكون له دور مهم في قوانين أخرى وخاصة في الدول التي تتبنى إلى حد بعيد قانوناً عرفياً كما هو عليه الحال في المملكة المتحدة (بريطانية)، وقد يكون العرف مساعداً للتشريع في الإحاطة ببعض المسائل التي تكون أقرب إلى عادات الناس وأعرافهم ولاسيما في المسائل التجارية، ويمكن أن يكون له هذا الدور في قضايا الأحوال الشخصية وإن كانت محكمة النقض المصرية قد عدّته بمثابة القرينة التي لا تكفي وحدها في إعمال بعض المسائل^{١٧٠}، وإن كان قد ذهب البعض إلى القول: إن الثابت بالعرف كالثابت بالنص، أي ثابت بدليل شرعي^{١٧١}.

١٦٩ - انظر في هذا الموضوع: د. هشام القاسم المرجع السابق - ص ٢٢٢.

١٧٠ - جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أنه: ((وحيث أن هذا النعمي سديد ذلك أن المسترد في دعوى استرداد المنقولات المحجوزة . هو الذي يقع عليه عبء إثبات ملكية المنقولات المحجوزة الموجودة بمنزل الزوجية في جميع الحالات إلا إذا وجد وضع ظاهر آخر يقبض عبء الإثبات ذلك أن القرينة القائمة على أن العرف جرى على دخول الزوجات بجهاز يمتلكه ---

المطلب الثالث

مزايا العرف وعيوبه

يقال إن مزايا العرف تظهر عيوب التشريع^{١٧٢}، ولذلك، فإن من أهم مزاياه هو المساعدة حيث لا يعمل التشريع كفكرة المجتمع المدني التي تقوم أصلاً على مد يد المساعدة المشروعة إلى من يحتاجها حيث لاتصل يد الدولة إليها، وكما توجد محاسن ومساوئ للتشريع فللعرف أيضاً مزايا وعيوب نبيّنها وفق الآتي:

أولاً- مزايا العرف:

يعدّ العرف أصلاً شريعةً للمجتمع من خلال تكريس عاداته وتقاليده في حكم العلاقات التي تقوم بين أفرادها، وعلى ذلك فإن عرف القبيلة قد يكون أقوى من قانون الدولة عند أفرادها في التطبيق، ولا يزال الكثير من الأشخاص في الدول العربية يرتبطون بقبيلتهم وعائلاتهم أكثر من ارتباطهم بدولتهم. فالولاء عندهم أولاً للقبيلة، وهم يخضعون لأعرافها، ونستطيع أن نلخص مزايا العرف بالآتي:

١- يعبر العرف عن ضمير الناس والواقع الاجتماعي والاقتصادي للمجتمع، وقواعده مرنة تسمح بتلبية حاجاته، فهو يتكون مما درجوا على التعامل به فيما بينهم دون أن يفرضه أحد عليهم فهو يتفق وفكرة ملائمة لعقل الجماعة في مكان وزمان محدد.

— هي في حقيقتها طريقة قضائية لا تكفي بذاتها دليلاً كاملاً على الملكية إلا أنها تعزز الأدلة الأخرى التي تقدمها الزوجة)) -

طعن رقم ٦٣٧٥ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠٠١/٤/١٢ .

١٧١ - انظر: د. يعقوب بن عبد الوهاب الباجمين - قاعدة العادة محكمة - مكتبة الرشد - الرياض، ط. الأولى ١٤٢٤هـ - (ص

. ١٢٠، ٢٣٧).

١٧٢ - د. إدريس العلوي العبدلاوي - المرجع السابق - ص ٥٧٢

٢- ينشأ العرف ويتطور ويتغير تبعاً للظروف والبيئة التي ولد فيها فهو مرتبط في مجموعة من الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، ويقال إن العرف يتواءم مع الحياة ويتأثر بها سلباً وإيجاباً.

٣- يعدّ العرف مصدراً شعبياً أصيلاً يستعين فيه المشرع لوضع قواعده الناظمة لحركة الدولة والمجتمع بحسبانه أنه الأقرب إلى تنظيم الفطرة السليمة للأفراد في الجماعة، وبذلك يستطيع أن يصل إلى ضميرهم أكثر ما يستطيع أن يفعلته التشريع، وتكريس العرف بتشريع يجعلهم يخضعون بسهولة أكثر لأوامر التشريع ونواهيه.

٤- لا يزال العرف مساعداً مهماً للتشريع في بعض المسائل التفصيلية التي لا يمكن أن يصل إليها التشريع، ولا سيما في مجال المعاملات التجارية، وبذلك يسد ثغرة كبيرة لا يمكن أن يقوم التشريع بتنظيمها ووضع أحكام تتعلق بها، كما أنه يهدي القاضي أيضاً إلى إيجاد الحلول لبعض القضايا المعروضة عليه، كالتعرف على الإشارة التي تعدّ تعبيراً عن الإرادة في إبرام العقود^{١٧٣}، ومن أجل التعرف على المسائل التفصيلية التي لم يتفق عليها المتعاقدان في العقد^{١٧٤}، وعلى مستلزمات العقد التي لم ينص عليه، وغيرها كثير من قواعد القانون المدني والتجاري التي تحيل إلى العرف من أجل مساعدة القاضي في إيجاد الحل المناسب في قضية معروضة عليه.

١٧٣ - انظر المادة (١/١٣) من القانون المدني .

١٧٤ - انظر المادة (٩٦) من القانون المدني .

ثانياً - عيوب العرف:

كما تتعدد مزايا العرف تتعدد عيوبه، وذلك من حيث بطء تشكله، وصعوبة معرفته، ومسائل أخرى تعترض ترسيخه وتطبيقه في الدول ونوجز تلك العيوب بالآتي:

- ١- **عدم وضوح قواعد العرف:** يعود عدم وضوح قواعد العرف إلى عدم وجودها في مدونات مكتوبة لذلك يحتاج العثور عليها إلى الرجوع إلى الواقع، ويثير هذا كثيراً من الالتباس ويجعلها غير منضبطة وغير متفقة، وقد تختلف باختلاف الروايات عنها ثم إن الذي يعمل على توضيحها وترسيخها هو القضاء في ساحات منابر المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها.
- ٢- **بطء تكوين القواعد العرفية:** يحتاج إنشاء القواعد العرفية إلى عامل الزمن لأنها لا تنشأ دفعة واحدة فأساسها العادة، والعادة تحتاج إلى تكرار مستمر كي تترسخ في ضمير الجماعة لتنشأ عندهم حكم الالتزام بها، ولا يمكن أن يتجاوب العرف مع التطورات التي تحتاجها الأمة. لذلك يقال إن العرف بطيء التكوين وهو أداة غير طيعة في يد القائمين على شؤون البلاد والعباد مما يؤدي إلى تراجع دور العرف في حكم العلاقات التي تنشأ في المجتمع.
- ٣- **يعزز العرف فكرة الانفصال في الأمة:** تختلف الأعراف باختلاف المناطق والمجتمعات والطوائف والقبائل، وإن التمسك بها قد يؤدي إلى ترسيخ حكم القبيلة والعشيرة والمزرعة على حساب نظام الحكم في الدولة وسلطة الدولة على المجتمع، وهي بذلك تختلف عن التشريع الذي يؤدي إلى وحدة المجتمع وتماسكه كما سبق البيان، فالعرف يؤدي إلى الانغلاق والتخلف والجهل، ولا يمكن مواكبة مسيرة التطور في العالم عن طريق الأعراف وهذا الذي أدى إلى تقهقر العرف أمام التشريع الذي يلبي طموحات الأمة وتطورها.

٤ - اختلاف الأعراف يؤدي إلى عدم التساوي في توزيع العدالة: إن اختلاف الأعراف في الموضوع الواحد بين منطقة جغرافية أو إقليمية، وبين جماعة وجماعة أخرى يؤدي إلى خلل في ميزان العدالة، كما أن مصطلحات الأعراف تختلف باختلاف اللهجات والمناطق والقبائل، ثم يختلف القضاء في تفسيرها وتأويلها وفي تطبيقها مما ينشأ عن تطبيق العرف أحكاماً متباينة في الدولة الواحدة، وهذا يخل بمبدأ مساواة الناس أمام عدالتها، وهذا يشجعهم على اللجوء إلى القضاء الخاص بدلاً، الأمر الذي يؤدي إلى إضعاف هيبتها وسلطتها ونفوذها أمام العرّافين وذوي النفوذ في القبائل.

فبناءً على ما تقدم يتوجب على الدول التي تسعى إلى التقدم والوحدة والتضامن بين أبنائها أن تقوم على إحلال التشريع مع الأعراف فيها، مع إعطاء الأعراف العامة أو الخاصة دوراً هامشياً في المسائل التفصيلية.

المبحث الثالث

مبادئ القانون الطبيعي

وقواعد العدالة

Principes du droit naturel et Les règles de la Justice

عدَّ المشرعُ السوريُّ مبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة مصدراً من مصادر القانون التي يتعين على القاضي اللجوء إلى تطبيقها عند عدم وجود نص تشريعي، أو مبدأ عام من مبادئ الشريعة الإسلامية، أو عرف، وفقاً لما نصت عليه المادة (١) من القانون المدني إلا أن هذه المصطلحات عسيرة الفهم وتحتاج إلى البيان، وإن كثيراً من الفقهاء تجنب البحث فيه لعدم وجود دور له في العملية القضائية وأدخلوا هذا المصدر في أعمال القضاء كمصدر من مصادر القانون^{١٧٥}. لذلك سنقدم هذا البحث في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

القانون الطبيعي

Droit naturel

يعدُّ القانون الطبيعي القانون الفطري للإنسان بحسبانه من مكونات الطبيعة، وهو قانون مبني على الفطرة السليمة للبشر حسب مبدأ التوازن في الكون واستمرار الوجود كما هو موجود يتحرك بالضرورة والغريزة التي فطر عليها، وأساسها الخير،

١٧٥ - انظر كل من: د. حسام الدين كامل الأهواني- المرجع السابق- ص ١٩٢- ٢٠٠، و د. حسن كيرة- المرجع السابق، و دسمير

عبد السيد تناغر - المرجع السابق، و د. الكوني علي اعبوده- المرجع السابق، ومنهم من بحثه في أضيق الحدود مثل: د. توفيق

حسن فرج- المرجع السابق، و د. إدريس العلوي العبدلاوي- المرجع السابق، و د. عبد السلام علي المزوغي- المرجع السابق،

و د. هشام القاسم- المرجع السابق.

لأنه لو كان الأساس في الفطرة السليمة الشر لخرب الكون واختل ميزان الوجود، وهلك كل شيء، مع ذلك فإن فكرة القانون الطبيعي هي فكرة فلسفية تتعلق بالوجود المادي والوجود غير المادي (ما وراء الطبيعة)، أو هي علاقة مادية روحية تربط بين البشر ويطلق عليها أحياناً بفلسفة (المدرحية). لذلك سنحاول التعرف إلى مفهوم القانون الطبيعي، ودوره بصفته مصدراً من مصادر القانون وفق الآتي:

أولاً- مفهوم القانون الطبيعي:

يتم التفريق حالياً بين نوعين من القوانين هما: قانون وضعي أي تم سنّه وصياغته من قبل المشرعين في جميع الدول بما يتناسب وحاجاتها السياسية والاجتماعية والاقتصادية والافتراضية كي يطبق في دولة معينة في زمن معين، وقانون طبيعي وهو القانون الذي لم يصنعه البشر بل هو وفق قوانينهم وموجود في طبيعة الأشياء وفي فطرة الإنسان، ويسعى الإنسان لاكتشافه كي يطبق قوانينه الموضوعية عليه، ويقوم اتفاق بين الفلاسفة على وجوده مثل هذا القانون إلا أنهم يختلفون في طبيعته وفي تفاصيله، فقد بين سقراط وأفلاطون ذلك.

أما المدرسة الرواقية فقد رأت أن سعادة الإنسان تتمثل في إتباع القانون الطبيعي، ولا بد أن تذوب الدول في حكومة عالمية واحدة تابعة لذلك القانون. حيث يكون كل فرد مواطناً لها. أما سيسرون، الفقيه القانوني في الإمبراطورية الرومانية، فقد اعتمد على القانون، والعدالة الطبيعية، واعتقد إنه ذلك القانون الفطري في كل مكان وفي كل زمان، وإن الذي يتمرد عليه، فإنما يتهرّب من نفسه، وتحترم القوانين الوضعية إذا تطابقت مع ذلك القانون الطبيعي.

ففي القرون الأخيرة نادى كثير من الفلاسفة، بفكرة القانون الطبيعي وكانوا في اتجاهين. إذ يزعم الأول أن مصدر القانون الطبيعي هو العقل البشري، وليس الله سبحانه، كما يقول كل من (يوفندرف) الفيلسوف الألماني، و(ديكارت)

الفيلسوف الفرنسي. أما الثاني ومنهم الفقيه البريطاني (جان لوك) فيقول: إن غاية القانون الطبيعي هي حماية حقوق الإنسان، لأن القانون الطبيعي يفرض على الجميع احترام ثلاثة قيم هي: الملكية، والحياة، والحرية. إلا أن القانون الطبيعي لم يكن يعني ذات الحقيقة عند كل القائلين به، بل كان يختلف حسب الخلفيات الفلسفية لكل شخص أو لكل مدرسة.

فالقانون الطبيعي عند أفلاطون نشأ من نظريته في المثل، وعند أرسطو من فكرته العقلانية (ذات التوازن النسبي بين الحس والعقل، وبين المتغيرات والثوابت) أما بالنسبة لمن جاء بعدهم، فإن القانون الطبيعي هو انعكاس لإرادة الله، وفي القرون الأخيرة، حدث أكثر من تطور في هذا القانون. ونشير إلى بعضها في الآتي:

١- تم وضع القانون الطبيعي لمجتمع منظم على أساس القبيلة فلم يستطع الصمود أمام تطور المجتمع واعتماده على أساس التنافس الفردي، وقد استفاد رجال القانون من غموض كلمة الحق التي جاءت في تفسير القانون الطبيعي (الحقوق الطبيعية) وطوّروا هذه الكلمة لتعني بعض الصفات الحسنة في الإنسان، والتي يمكن أن يصل إليها الإنسان بعقله، وهكذا استطاعوا أن يتهربوا من جمود المبادئ الخالدة التي بشر بها القانون الطبيعي. واعتقدوا بضرورة تطوير القانون حسب الحاجات المتغيرة التي يكتشفها الإنسان أيضاً بعقله.

٢- عندما واجه المجتمع الجديد في أميركا، بعض الصعوبة في تطبيق مبادئ دستور أميركا، والتي عبرت في زعمهم عن مبادئ القانون الطبيعي. لجأ القضاء إلى تفسير جديد للقانون الطبيعي (يختلف عن التفسير الأصلي له، والذي يعني المبادئ الخالدة) وقالوا إن المراد من الطبيعة هنا هو طبيعة الحكم، وأن طبيعة الحكم في أميركا، تقضي بتقليل سلطات الدولة إلى أقل قدر

ممکن، وأن هذه الطبيعة هي مادة جميع الدساتير هناك، وقد كانت المسألة المطروحة أمام المحاكم تتعلق، بما إذا كان التشريع المعروض أمام المحكمة، يتمشى مع مبادئ القانون الطبيعي، والتي تكمن في فكرة الحكومة، ذات السلطات المحدودة، التي يقيمها شعب حرّ، وأن المحاكم الأميركية قد سعت لأن تجعل القانون الوضعي فيها يعبر عن طبيعة المؤسسات السياسية الأميركية، فهي قد سعت لتغييره وإعطائه الشكل الملائم بحيث يحقق الشكل الأمثل، للمجتمع السياسي الأميركي وليس بما يتفق مع القانون الطبيعي.

٣- إن القانون الطبيعي هو تعبير عن طبيعة الإنسان وإرادته الحرة، وهذا أعظم مبدأ في المبادئ الخالدة، التي ترتبط بالميتافيزيقية والتي يمكن إقامة البرهان عليها وإثباتها، وإن القانون الطبيعي ما هو إلا تحليل نقدي مثالي للقانون الوضعي يمكن من خلاله وبواسطته ضمان هذه الحقوق على كمالها، فالتاريخ بموجب هذه النظرية، قد أظهر لنا فكرة الحرية الفردية وكيف حققت نفسها في المؤسسات والأحكام والمذاهب القانونية.

لقد بلّور فلاسفة نظرية القانون الطبيعي وهم: (جون لوك) البريطاني (١٦٣٢-١٧٠٤) والذي يعد ملهم (جان جاك روسو) السويسري الفرنسي في نظرية العقد الاجتماعي، ومانويل كانت (١٧٢٤-١٨٠٤) الألماني الذي قدم منهجاً لهذه النظرية، وأقام عليها أدلة فلسفية، وبالرغم من أن (كانت) عدّ أباً للنظريات الوضعية والتجريبية، إلا أنه في الواقع من أصحاب النظرية الطبيعية في القانون، عندما نشر فكرة أصالة العقل، أما الفيلسوف الذي اشتهرت نظرية العقد الاجتماعي باسمه فهو (روسو)، فقد أعطى لنظريات (لوك) وكانت، في القانون، وعلم السياسية، زخماً عاطفياً هائلاً، وقد اعتقد (لوك) أن الإنسان بذاته يميل بفطرته نحو التطور والعدالة، وإن مبادئ القانون الطبيعي، هي التي تمنعه من الاعتداء على الآخرين. وفي المجتمع الطبيعي ينفذ كل فرد تلك المبادئ بنفسه،

ولكن الاستقرار لا يتحقق في ظلّ مثل هذا الوضع، إذ يسعى الكل، لكي يكون مشرعاً وقاضياً ومنفذاً للقانون، من هنا ينبغي أن يؤسس المجتمع المدني، لتحقيق العدالة، والذي يحتاج إلى اتفاق بين أبناءه، لكي يخول كل فرد صلاحيته وحقوقه لأغلبية أعضاء المجتمع، وبما أن القانون الطبيعي جعل كل فرد حر فإن هذه الحرية، لا تنتقل إلى السلطة بصورة مطلقة، ومن هنا فإذا خالفت أية حكومة هذا القانون الطبيعي، فإنها تفقد شرعيتها.

أما (كانت) فقد جعل الإنسان أصل القانون وجعل العقل هو الذي يكتشفه، ولكنه أكد أن العقل يحكم بالمبادئ الأخلاقية، والتي هي أيضاً مبادئ سياسية، وهكذا يعدّ (كانت) مبادئ القانون، من المقدمات العقلية التي يعرفها الإنسان بذاته، وعدّ الحرية من المبادئ الأساسية التي يعرفها العقل بذاته، وجعل أصل الدولة يقوم على العقد الاجتماعي، وانطلاقاً من مبدأ الحرية جعل (العقد) أساس العلاقات الاجتماعية في القانون والحقوق المتبادلة بين الناس، وهكذا لا يأبه بالبحث عن عدالة العقود والاتفاقات القائمة بين الناس، ويعدّ هذا الرأي أساس القوانين الغربية، بالرغم من بعض التعديلات التي جرت عليه في مواضيع الإكراه والعيب في العقد، ويرى (كانت) أيضاً أن الأمم لا تزال تعيش في أفق القانون الطبيعي الذي يعطي لكل أمة حقوقاً لا تزول إلا بالحرب.

أما (روسو) فقد كرّس نظرية العقد الاجتماعي في السياسة ولم يكن يبحث عن مبادئ فطرية، بقدر ما كان يفتش عن حكومة صالحة لتكريس تلك المبادئ، التي رأى الحرية أصلها. حيث انطلق من مبدأ فطرة الحرية عند الإنسان، والتي لا يمكن التنازل عنها. إذ لا يمكن أن يبيع شعب نفسه لملك ظالم، لأن حريته هي عنوان إنسانيته، لذا يجب أن تؤسس شركة اجتماعية لإدارة الدول بصورة متساوية، لكي تنتقل حقوق الأفراد إلى شخصية اعتبارية وليس إلى فرد. لهذا نجد أن القانون الطبيعي عبارة عن فلسفة مرادفة للقانون الأخلاقي، وللإيمان بعقل الإنسان، بعيداً

عن الفوارق العرقية أو الطبقية أو حتى التفاضل العلمي، وهو يعبر عن المثل العليا والمبادئ الخالدة، ولذلك فإنه يتعين أن يبقى القانون الطبيعي بعيداً عن الخلط، لكي يقوم بدوره في تمييز العدل الحقيقي عن العدل المزيف، أو حتى تظل نظرية القانون الطبيعي سالمة من كل انحراف، فيجب تحاشي كل خلط بين العقل الخالص، وبين أي عمل إنساني معين بالذات. ففكرة القانون الطبيعي قديمة تحدث فيها فلاسفة اليونان، ومن بعدهم الرومان وكثير من الفلاسفة في القرون الوسطى وصولاً إلى العصر الراهن، وذلك بعكس ما كان عليه الأمر في الأمم الحضارية المتقدمة التي قامت في سورية القديمة، وما بين النهرين التي اعتمدت من ذلك التاريخ التشريع الوضعي لتنظيم جميع شؤون الأمة والدولة، ويعد تشريع حمورابي أباً لكل القوانين الحديثة إذ نظم شتى مناحي الحياة ولم يتركها للفطرة السليمة للبشر التي لا تؤدي إلى قيام تنظيم كامل متجانس لشعوب متعددة مختلفة في الأعراق والأنساب.

ثانياً- دور القانون الطبيعي كمصدر للقانون:

تراجع دور القانون الطبيعي بصفته مصدراً من مصادر القانون التي يعتمدها القاضي في حل المنازعات الناشئة بين الأشخاص، إلا أن القانون المذكور موجود في ذات كل قاض عندما يدرس موضوع النزاع ويصل إلى قناعة بالحل المناسب الذي يرى فيه عدلاً وإنصافاً للخصوم، كما أن القانون الطبيعي يمكن أن يكون مصدر إلهام للمشرع في وضع قواعد القانون، ولن تجد في ملفات محاكم اليوم قضية حسمت بالاستناد إلى القانون الطبيعي، وأن التعبير المستعمل في هذا الشأن هو المتعلق بوفاء دين سقط بالتقادم حيث قالت المحاكم إنه وفاء صحيح لأن سقوط الحق بالتقادم بموجب التشريع الوضعي يخلف التزاماً طبيعياً بزمة المدين، وأن من مقتضيات ذلك عدم سقوط الحقوق وإن سقطت في عالم الدنيا فهي تبقى

إلى يوم الحساب في الآخرة، ولذلك فإن هذا المصطلح قد انحسر كلية من التعامل في أقلام المحاكم وساحات العدالة.

المطلب الثاني

قواعد العدالة

عَدَّ المشرع مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصطلحاً واحداً بصفتها مصدرًا واحداً من مصادر القواعد القانونية، وأن الفقهاء يبحثون فيهما تحت عنوان واحد دونما تمييز. إلا فلسفة القانون الطبيعي التي يجب أن تشتمل على مفهوم العدالة قد تختلف عن فلسفة العدالة ذاتها، وأن المشرع لو أرادهما مصطلحاً واحداً كان عليه أن يكتفي بمبادئ القانون الطبيعي دون الحاجة إلى الإشارة لقواعد العدالة، وعلى هذا، سنعرض لمفهوم قواعد العدالة، ودورها كمصدر من مصادر القانون يمكن للقاضي أن يحتكم إليها في حل المنازعات التي تنشأ بين الأشخاص وفق الآتي:

أولاً- مفهوم قواعد العدالة:

فقواعد العدالة هي التي يعترف بها الذوق السليم والعقل مثل احترام الحياة، والحرية، والكرامة، فهي قواعد مقبولة عقلياً ولازمة اجتماعياً وأخلاقياً، وقد حدده البعض في ثلاثة عناوين رئيسة هي: احترام الاتفاقات التي عقدها الإنسان بحريته، وحذّ الأضرار الناتجة عن فعل الإنسان واحترام القوى الاجتماعية.

لذا، يرى ستاملر (Stammler) الفقيه الألماني أن العدالة هي المبدأ الأساسي، ولكنه يعتقد بأنها تختلف بحسب الظروف، ويرى أن كل مجتمع بحاجة إلى أمرين هما: قواعد لاحترام حقوق الآخرين، وقواعد للتعاون، وأن تحقيق هذين الهدفين، يختلف حسب اختلاف الزمان والمكان، ويرى أن المبادئ التي زعم الفلاسفة أنها خالدة ليست كذلك، بل هي متغيرة حسب الظروف بل الخالد هو

العدالة والتطلع لتحقيقها وهي تورث في كل مجتمع كقوانين مناسبة لهم في حياتهم.

كما يعتقد (بريجسون) الذي سميت فلسفته بفلسفة الحياة، أن الحياة جوهر الوجود، وأساسها الأخلاق التي تعدّ الحُسن والانفعال الخلاق لمؤسسي ومصلحي الأديان والمتعبدّين الغامضين والقديسين، وهؤلاء يقومون باختراع الفنان. وهذا النوع من الأخلاق إنساني عالمي وليس فقط اجتماعياً خاصاً بجماعة معينة.

هذا، ويمكن كشف الأخلاق بالإشراق وفق نظرية الجوهرة التي قال بها الألماني (هيسل) بوجود مبادئ عليا عامة لكل البشر حيث تكون القيم موجودة في عالم علوي يسمّيه بـ(مملكة القيم)، والناس لا يتساوون في الاستلهاهم منها، لأنّ بعضهم أقدر من بعض على وعي تلك القيم (والاتصال بتلك المملكة العليا)، وأن وجود تلك القيم لا يرتبط بوجود الإنسان، بل هي خالدة أبداً.

لذلك، فإن قواعد العدالة هي تلك المتعلقة بحماية الحياة، والحرية، والمساواة وتكافؤ الفرص، ومنع الضرر، وعدم الاعتداء، وهي قريبة من القواعد الكلية في الشريعة الإسلامية.

ثانياً - دور قواعد العدالة بصفتهها مصدراً للقانون:

يطبق على قواعد العدالة ما سبق بيانه بالنسبة للقانون الطبيعي فهي تبقى مثلاً عليا يحافظ عليها الإنسان لأنها تحميه في وجوده بصفته تلك، وتساعد على البرّ والتقوى والإحسان، وتتجاوز به نطاق قواعد القانون الضيقة الحازمة الصارمة إلى ميدان رحب من الأمل والخير، إلى ساحات الرحمة التي هي فوق العدالة لقوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾^{١٧٦}.

المبحث الرابع

القضاء والفقه

La jurisprudence et la doctrine

يؤدي القضاء والفقه دوراً بارزاً في إيجاد الحلول الملائمة لمشاكل الواقع الناجمة عن علاقات الأشخاص في المجتمع، وأصبح يقال إنّ القضاء أرسى مبادئ قانونية وأن الفقهاء قدموا حلولاً متكاملة لأنظمة قانونية، وتعاضم هذا الدور ولاسيما دور القضاء كلما كان التشريع غامضاً أو مبهماً، أو كان فيه نقص بين، حيث يقوم القاضي بافتراض ما كان يجب أن ينص عليه التشريع، أو أنه يفسر إرادة المشرع يصل به إلى حد وضع القاعدة القانونية، ومع ذلك لم ينص المشرع السوري كما فعل المشرعون العرب الآخرون على اعتبار أن القضاء أو الفقه مصدر من مصادر القانون، ومن ثمّ لا يمكن اعتبارهما كذلك من خلال عمل فقهي، إلا أننا أردنا أن نوضح هذه الفكرة ونقول مع القائلين إنّ عملهما يعدّ مصدراً مضمراً من مصادر القاعدة القانونية، لذلك سنبين وضع كل من أعمال القضاء، وأعمال الفقهاء في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

القضاء مصدر من مصادر القانون

تتجلى الوظيفة الأساسية للقضاء في إقامة العدل في الدولة المعنية بناءً على حكم القانون بالمعنى العام، لذلك فإن دوره هو تطبيق القانون وليس إنشاء القانون، ولم ينص المشرع كما سبق البيان على أن القضاء مصدر من مصادر القواعد القانونية، إلا أن واقع الأمر يشير إلى دور كبير للقضاء في وضع مبادئ أو قواعد قانونية تطبق عند تشابه الحالات المعروضة عليه. لذلك سنعرض لأعمال القضاء، ودورها وفق الآتي:

أولاً- مفهوم أعمال القضاء:

لم يرغب المشرع أن يعد القضاء مصدراً من مصادر القانون خوفاً من أن يتحول عن وظيفته الأساسية في تطبيق القانون إلى تشريعه، ومع ذلك فإن المشرع يعلم أيضاً أنه لا يمكن أن يحيط بكل الجوانب التفصيلية في المجال الذي شرع فيه. لذلك كان عليه أن يترك تلك المجالات لتقدير القاضي وكأنه أعطاه ضمناً صلاحية التشريع في تلك المجالات التي لم يستطع الإحاطة بها، وعندما يحكم القاضي بما قام بإكماله تشريعياً يكون قد خرج عن مبدأ العدل في الحكم إلى مبدأ آخر يسمى الإنصاف، وهو أقل من العدل وفوق التشريع الذي لم يحط بكل الجوانب^{١٧٧}، ويقول كلسن إنَّ النقص في التشريع يعني السماح للقضاة بأن يعملوا بأفكارهم الأخلاقية والسياسية محل تلك الأفكار التي يعتقدها المشرع^{١٧٨}، ومع ذلك، فإن كثيراً من الفقهاء ليسوا مع فكرة إعطاء القاضي سلطة التشريع لأن في ذلك هدم لمبدأ فصل السلطات من جهة، وقد يؤدي إلى تقاعس المشرع عن دوره التشريعي من جهة أخرى بحسبان أن القاضي سوف يحل محله في وضع النصوص التي يراها ملائمة ويحكم على مقتضاها، وفي هذا يقول الفيلسوف الفقيه (جان لوك) إنه (سيكون من قبيل الإغراء أو التحريض للطبيعة الإنسانية الضعيفة المحبة للطموح، أن يعهد للأشخاص الذين عليهم مهمة تنفيذ القوانين سلطة تشريعها في الوقت ذاته)^{١٧٩}، بينما يقول مونتسكيو في كتابه روح القوانين إن

١٧٧ - انظر: aristote-Ethique de Nicomque, Tard, par J. Vailquin, 1940. p: 5-10

١٧٨ - انظر: Kelsen . op . cit. p : 332.

١٧٩ - انظر: John Locke. Essai sur le pouvoir civil, Tard. Par J. L. Fyot, Bibliothèque de la

science politique P.U.F. &c(« no ; 143-159.

"القضاة هم الفم الذي ينطلق منه التشريع وهم كائنات غير حية لا تستطيع أن تخفف من قوته أو صرامته"^{١٨٠}.

ثانياً- دور القضاء بصفته مصدراً من مصادر القانون:

مهما كان الأمر فإنّه يجب الاعتراف للقضاة بحق إكمال النقص في التشريع عن طرق وضع قواعد قانونية قابلة للتطبيق في مثل الحالة التي سكت عنها المشرع أو كان تشريعه فيها ناقصاً، وإن عدم النص على إعطاء القضاء هذه السلطة لا يعني تجاهل الواقع العملي لساحات المحاكم التي لم تبخل في إيجاد الحلول القانونية سواء من خلال التوسع في تفسير النصوص أو من خلال الاجتهاد في إكمال النقص التشريعي، وأن القضاء قد تجاهل مبدأ فصل السلطات ووضع قواعد لحل بعض المنازعات وأصبح يسمي أعماله تلك بالقواعد القانونية التي أقرتها اجتهادات المحاكم، وكثيراً ما يرد استناد الأحكام في أسبابها إلى اجتهادات الهيئة العام لمحكمة النقض أو إلى الاجتهاد المستقر لمحكمة النقض دون الرجوع إلى أي مصدر قانوني آخر^{١٨١}، وحسناً فعل المشرع السويسري عندما نص في المادة الأولى منه على أن "يحكم القاضي بنصوص التشريع، فإن لم يجد نصاً فبمقتضى العرف، وإن لم يجد فيحكم بمقتضى القواعد التي يضعها كما لو كان مكان المشرع"^{١٨٢}.

١٨٠ - انظر: .12. Classique Camier ;1956.ch. 2. vol. De l' esprit des lois Livre -Montesquieu

١٨١ - لمزيد من المعلومات حول فكرة اعتبار القضاء مصدراً من مصادر القانون راجع: د. سمير عبد السيد تناغو - المرجع

السابق- ص٤٨٣-٥١٠.د. سليمان مرقس - المرجع السابق- ص ٤٧٧-٥٠١، ود. حسام كامل الدين الأهواني - المرجع

السابق- ص٢٠١-٢٢٦.

١٨٢ - انظر الفقرة (٢) من المادة (١) مني فدرالي سويسري والتي تنص على أن:

-A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon

le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il

établirait s'il avait à faire acte de législateur.

المطلب الثاني

الفقه

تُعدُّ أعمال الفقهاء ومؤلفاتهم خير معين لكل من المشرع والقاضي من أجل فهم القانون وبيان عثراته، ومكامن قوته وضعفه، والحلول المقترحة التي يمكن أن يأخذ بها كل من المشرع والقاضي سواء في تعديل التشريع أو تطويره أو في وضع القواعد القانونية من قبل القضاء للاجتهاد في التفسير، أو في سد النقص في التشريع بمواجهة مشاكل الواقع المعروضة، وكما سبق البيان بالنسبة لأعمال القضاء فإن الأمر ينصرف إلى أعمال الفقهاء التي لم يعدها المشرع مصدراً من مصادر القانون، لذلك سوف نعرض لمفهوم الفقه ودوره وفق الآتي:

أولاً- مفهوم الفقه:

يؤلف الفقه الجانب العلمي والنظري للقانون، ولذلك يعرف بأنه مجموعة آراء علماء القانون التي يعرضونها في شروحهم وتفسيرهم ونقدهم للقواعد القانونية، ويقوم الفقه باستنباط القواعد القانونية بناءً على معطيات علمية تحليلية للبيئة والظروف التي تحتاج إلى تنظيم، وإذا كان القضاء يقوم بالجانب العملي التطبيقي للقانون فإن الفقه يتولى الجانب التحليلي النظري النقدي له، وعلى ذلك فإن الفقيه يمكن أن يكون مدرساً أو محامياً أو قاضياً، أو مجرد باحث في هذا المجال، والعبرة فيما يقدم وليس للصفة التي يتمتع بها الدارس أو المحلل أو المعلق^{١٨٣}.

لذلك، فإن الفقيه لا يستند إلى سلطة رسمية كما هو عليه الأمر بالنسبة للمشرع الذي يسن القوانين، أو للقاضي الذي يعمل على تطبيقها في ساحات عدالة الدولة، بل هو ينظر إلى الأمور بشكل تحليلي عام أبعد من الواقع وهو يقوم بعمل المشرع، والقواعد القانونية وتطبيقها، ويبين ما كان على المشرع أن يبحثه، فالفقيه

١٨٣ - د. حسام كامل الدين الأهواني - المرجع السابق - ص ٢٢٧، ود. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٤٧٨.

يعرض الكليات والجزئيات والمقترحات والحلول والتطورات التي يجب أن يتناولها لذلك، فإن أعمال الفقيه تستوعب الحاضر وتأخذ بالحسبان حاجات المجتمع للمستقبل والفقيه أوسع أفقاً من المشرع ومن القاضي وهو أكثر استجابة وتأثراً بقوانين التطور^{١٨٤}.

فالباحث والدارس والعالم في مجال القانون يرى الواقع ويحلله، وينطلق منه في وضع الحلول والفرضيات، وهمة الوصول إلى الحقيقة التي تخدم العدالة وتؤدي إلى أمن المجتمع واستقراره وازدهاره وتطوره، ولل كثير من فقهاء القانون دور كبير في إرساء بعض قواعد التشريع أو صنع الاجتهاد القضائي، وليس من أحد ينكر دور السنهوري في مجال القانون المدني، ودور سليمان الطماوي في القانون الإداري وغيرهم كثير.

ثانياً- دور الفقه بصفته مصدراً من مصادر القانون:

ليس للفقه من حيث المبدأ دور في مصادر القاعدة القانونية، إلا أن إجماع الفقهاء على أمر ما سواء باستخلاص المعنى من النصوص أو ببيان عيوب النصوص وإصلاحها، أو من خلال قياس المسائل ووضع الحلول لها، أو من خلال النظريات التي يقترحونها يكون لعملهم وزن لا يستهان به من قبل المشرعين الذين يضعون القوانين، أو القضاة الذين يعملون على إيجاد الحلول للمنازعات المعروضة عليهم حيث يتم الاستهداء بما أورده الفقهاء من قواعد وأحكام، ويرى البعض أنه لا يزال هناك دور كبير للفقهاء في مجال الأحوال الشخصية، وأنه إذا لم يكن الفقه مصدراً من مصادر القانون بشكل عام، فهو مصدر من مصادر قانون الأحوال الشخصية.

١٨٤ - د. عبد الرزاق السنهوري - وحملت أبو سنيت - أصول القانون (المدخل لدراسة القانون) - مطبعة النهضة العربية - القاهرة -

١٩٥٠ - ص ١١٦ وما بعدها.

فمهما كان الأمر، فإن تسهيل المعرفة وتصنيفها وتبويبها وبيان القواعد القانونية وتأويلاتها المختلفة، ومجالات تطبيقها يساعد في وضع القواعد القانونية ويتم الاستناد في كثير من أسباب الأحكام التي تتبناها المحاكم إلى آراء الفقهاء وبذلك تصبح تلك الآراء قواعد قانونية ومصدراً غير مباشر من مصادر القانون التي يستلهم منها القاضي أفكاره وأحكامه، وقد يفعل المشرع ذلك، وإن القانون المدني السويسري أكد هذه الحقيقة بالنص على أن القاضي يطبق النصوص التشريعية، والعرف، والقواعد التي يضعها كما لو كان مشرعاً، وأن يستلهم الحلول المكرسة في أعمال الفقهاء، وفي الاجتهاد القضائي^{١٨٥}.

١٨٥ - انظر المادة (١) من القانون المدني الفدرالي السويسري التي تنص على أن:

- 1- La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.
- 2- A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.
- 3- Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.





الباب الثالث

تفسير القانون وتطبيقاته

Interprétation et appliquée la loi

يتلزم تطبيق القانون مع تفسيره، لاسيما إذا كانت ألفاظ القانون تحمل أكثر من معنى، أو كان لها أكثر من مدلول، لذلك يتعين على القاضي في معرض تطبيقه للقانون بالمعنى العام والواسع أن يبحث عن المعنى الأقرب إلى إرادة المشرع وغاية التشريع ومقاصده، وعن أوجه استعمال ألفاظ القانون المتداولة، لذلك وجدنا أنه من المفيد أن نعرض لتفسير القانون وتطبيقه في باب واحد آخذين بالحسبان أن التفسير ليس مطلوباً فقط بالنسبة للتشريع، بل هو مطلوب للمبادئ العامة في الشريعة الإسلامية ومطلوب لفهم الأعراف لأن جميع هذه تعد قانوناً واجب التطبيق في النزاع الذي يمكن أن يعرض على القاضي في دعوى مرفوعة وفق قواعد الإجراءات المنصوص عليها في القانون. كما أن تطبيق القانون بالمعنى العام يثير على صعيد التطبيق العملي بعض الصعوبات المتعلقة بتنازع القوانين من حيث الزمان ونظرية عدم رجعية القوانين، والحقوق المكتسبة والأثر المباشر للقانون، والحلول المقترحة لحل مشكلة تنازع القوانين وعدم رجعيّتها.

فالتفسير هو الاستدلال على الحكم القانوني وعلى الحالة التي وضع لهذا الحكم وذلك من واقع الألفاظ التي عبر عنها القانون، أما تطبيق القانون فيأتي بعد التفسير ويعني قياس الحالة الواقعية على الحالة النموذجية التي جاء بها التفسير للتحقق من اتفاقهما معاً على عناصر الحالة الجوهرية^{١٨٦}. لذلك نعرض هذا الباب في فصلين:

١٨٦ - د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص - ٣٢٩.

الفصل الأول: تفسير القانون.

الفصل الثاني: تطبيق القانون.



الفصل الأول

تفسير القانون

Interprétation la Loi

يختلف الفقهاء في تحديد معنى مصطلح التفسير، وهو قد يكون في اللغة غير المعنى المقصود في القانون، وإن الاختلاف في التفسير يترتب آثاراً مختلفة في مجال تطبيقه بين من يقول بقصره على التشريع دون مصادر القانون الأخرى وبالعكس، كما توجد مذاهب متعددة في كيفية التفسير وفي الغاية منه، وهناك من يأخذ بفلسفة الإرادة أي معرفة إرادة المشرع، وآخرون يقولون بالمعنى الموضوعي من خلال البحث في النص ذاته عن معناه الحقيقي دون البحث عما كان يريده المشرع من النص، وبعد ذلك يحتاج الأمر إلى تحديد الجهة التي تقوم بالتفسير، ومتى يتم اللجوء إلى التفسير^{١٨٧}. كما توجد أفكار تتعلق بتحديد أنواع التفسير أي تعيين الجهة التي تقوم بالتفسير، وأخرى تتعلق بطرقه: وقواعده، وقيوده، وشروطه. لذلك سنعرض هذا الفصل في الأبحاث الآتية:

المبحث الأول: معنى التفسير وأنواعه.

المبحث الثاني: مدارس تفسير القانون.

المبحث الثالث: طرق تفسير القانون.

١٨٧ - لمزيد من المعلومات حول تفسير القانون: راجع. د. محمد صبري السعدي- تفسير النصوص القانونية في القانون والشرعية الإسلامية (النظرية العامة وتطبيقاتها في الفقهين الوضعي والإسلامي)- الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة -

١٩٧٩- ص ١٥ وما بعدها

المبحث الأول

مفهوم التفسير وأنواعه

Notion et sortes la loi

يكون للتفسير معانٍ متعددة بعضها لغوي، وآخر اصطلاحى يتفقان حيناً ويختلفان في أحيان أخرى، إلا أن الهدف واحد وهو معرفة حقيقة المقصود من الألفاظ التي تضمنتها نصوص التشريع أو القانون. كما تطرح المسألة نفسها بتحديد السلطة أو الجهة التي تتولى مهمة تفسير النصوص، وبيان قيمة التفسير ومدى حجتيه، وما هو الحل لو تجاوز التفسير ضوابطه وحدوده والنص إلى ما بعد ذلك. سنعرض في هذا البحث لتعريف التفسير، ومجاله، وأهميته، وموضوعه وأنواعه بحسب السلطة أو الجهة التي تقوم به في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: ماهية التفسير

المطلب الثاني: أنواع التفسير.

المطلب الأول

ماهية تفسير القانون

تثير مسألة ماهية التفسير مجموعة من المسائل منها ما يتعلق بمعنى التفسير والتعريف المتداولة له، ومنها ما يخص مدى ضرورة اللجوء إلى التفسير، وأخرى تبين المجال الذي يمكن أن نلجأ فيه إلى التفسير. كما يتناول أيضاً مسألة موضوع التفسير ذاته. سنبين كل هذه المسائل وفق الآتي:

أولاً- تعريف تفسير القانون:

يعرّف التفسير في اللغة أنه ((فسر: الفَسَّرُ: البيان. فسّر الشيء يفسّره، بالكسر، وتفسّره، بالضم، فسراً وفسّره: أبانه، والتفسير والتأويل والمعنى واحد، لقوله

تعالى: ﴿وَلَا يَأْتُونَكَ بِمَثَلٍ إِلَّا جِئْنَاكَ بِالْحَقِّ وَأَحْسَنَ تَفْسِيرًا﴾^{١٨٨}. فالفسر: كشف المعطى، والتفسير كشف المراد عن اللفظ المشكل، والتأويل: رد أحد المحتملين إلى ما يطابق الظاهر^{١٨٩}. وعلى ذلك فإن التفسير في اللغة يعني بيان معنى اللفظ أو الكلمة، بينما التأويل هو أخذ معنى اللفظ إلى ما يؤول إليه أي البيان من الكلام على سبيل الظن^{١٩٠}. أما التفسير في القانون فهو الاستدلال على الحكم القانون وعلى الحالة النموذجية التي وضع الحكم لها من واقع ألفاظ النص^{١٩١}، أو هو "توضيح ما أبهم من ألفاظه، وتكميل ما اقتضب من نصوصه، وتخريج ما نقص من أحكامه، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة"^{١٩٢}، أو هو التعرف على مضمون النص وجلاء عبارته وتوضيحها^{١٩٣}، أو هو بيان معنى النص الغامض سواء الغموض بسبب نقص فيه أو لعدم تناسب الألفاظ أو غرابتها، أو لوجود تناقض منطقي بسبب اللغة المستعملة أو لوجود أخطاء مطبعية، أو هو عملية ذهنية عقلية منطقية تتم باستعمال قواعد علمية وتؤدي إلى تحقيق غرض يتوافق مع النص^{١٩٤} لذلك نجد من هذه التعاريف أن التفسير يتضمن تحديد وظيفته من جهة، وتحديد المعنى الحقيقي لمضمون عبارات النص من جهة، والتعرف على غايته من جهة أخرى، ويرمي أيضاً إلى ملازمة النص مع الواقعة المطلوب تطبيقه عليها^{١٩٥}، وعليه فإن التفسير هو عملية ذهنية منطقية تتم من قبل المفسر

١٨٨ - سورة الفرقان - الآية (٣٢).

١٨٩ - ابن منظور - لسان العرب - حرف الفاء كلمة (فسر).

١٩٠ - د. محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص ٢٠.

١٩١ - د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٣٢٩.

١٩٢ - د. المنهوري وحشمت أبو سنيت - المرجع السابق ص ٢٣٥.

١٩٣ - د. هشام القاسم - المرجع السابق - ص ١٣٨.

١٩٤ - انظر هذا التعريف وغيره في د. محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص ٢٨.

١٩٥ - توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٣٩١.

بهدف إيضاح غموض النص، أو استكمال النقص فيه، أو إزالة التعارض أو التوفيق بينه وبين الواقعة التي يحكمها فهو يبحث في معاني الألفاظ في أصول اللغة وإسقاطها على اللفظ المعطى بالنص التشريعي لبيان أي منها هو الأكثر تقارباً وانسجاماً معه، وهو يتضمن أيضاً معرفة ما وراء النص من خلال سد النقص الحاصل من خلال استكمال عباراته بالعبارات التقويمية التي توافقه وتحقق غايته، ويقوم أيضاً على إزالة التعرض والتقويم بين النصوص من خلال التعرف على الإرادة الأخيرة للمشرع التي هدف إلى تحقيقها من وراء النص.

ثانياً - مدى الحاجة إلى التفسير:

يقضي المبدأ بأن لا محل للتفسير إذا كانت عبارة النص واضحة لا لبس فيها ولا غموض ولا نقص، ولا تعارض، لأنه لا يجوز الانحراف عن المعنى الواضح والصريح من طريق التفسير للبحث عن معان أخرى بهدف التعرف على إرادة المشرع إلا أنه يوجد من يقول إن هذه مسألة نسبية شخصية تختلف باختلاف فطنة وذكاء وخبرة وعلم من يقوم بالتفسير فما يكون واضحاً لشخص قد لا يكون بالقدر ذاته بالنسبة لشخص آخر، وقد اختلف الفقهاء في تفسير مصطلح (الليل) الوارد في قانون العقوبات كظرف مشدد لجريمة خرق حرمة المنزل، أو لجريمة السرقة، إذ يوجد رأي يقول إن المقصود بالليل هو الفترة الزمنية الواقعة بين غروب الشرق وشرورها^{١٦٦}، وهناك من يقول إنه يعني الظلام، أو هو الفترة الواقعة بين الغسق والفجر، لذلك فإن وضوح اللفظ في النص لا يعني وضوح المعنى وبالتالي

١٦٦- لقد جاء في قرار لمحكمة النقض السورية (إن الليل يشمل الفترة ما بين غروب الشمس وطلوعها فإن كل سرقة تقع في هذه

الفترة يجب التشديد فيها حسب النص القانوني المقضي)) - سورية قرار جنائي ٧٤٦ تاريخ ١١/١٢/١٩٦٨ - ١٥٢٣ .

الموسوعة القانونية لأش كيلاتي . قانون العقوبات . قاعدة (٢٦٦)، وجاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أيضاً أن ((إن

لفظتي (الليل) و (يلال) تعبران الفترة التي تقع بين غروب الشمس وشرورها - مصري قرار ٤٧ لعام ٩٥٧ د ٩٥٧/١٠ . الموسوعة

القانونية لأش كيلاتي . قانون العقوبات . قاعدة ٢٦٨٤ .

فإنه مع وجود فكرة النص الواضح فإن التفسير مسألة ملازمة لكل نص عند تطبيقه على الواقعة المعنية لسببين هما: أن وضوح القاعدة أو النص ليس مطلقاً بل هو أمر نسبي يختلف بين شخص وشخص، ثم إنَّ المعنى الظاهر للنص ليس بالضرورة هو المعنى الحقيقي له، لأن العبرة ليست للألفاظ والمباني، بل العبرة للمقاصد والمعاني.

فالتفسير مسألة حاجية وضرورية مع وجود العبارة الواضحة، وهو مطلوب من باب أولى إذا كانت العبارة غامضة أو تحمل أكثر من معنى كما لو تمَّ استعمال مصطلح (تنازل فلان)، فمصطلح تنازل له معانٍ كثيرة منه البيع والإيجار والعارية والهبة والوصية والانتفاع، فالتفسير هو الذي يحملها إلى معناها الحقيقي. لكن إذا كان التفسير ضرورياً ومتلازماً مع النص سواء كان واضحاً أو غامضاً فهل يمكن اللجوء إليه عند وجود نقص في النص التشريعي، فالرأي هو أن وظيفة القاضي تطبيق النص التشريعي ولكن قد يستحيل تطبيقه مع وجود النقص، وتقول القاعدة الفقهية إن ((إعمال الكلام أولى من إهماله)).

فإذا كان بالإمكان تطبيق النص مع استكمال إرادة المشرع بتحقيق الغاية المقصودة فذلك أمر جائز، أما إذا كان الاستهداء إلى غاية المشرع ومقصده لأمر متعذر فعندئذٍ عليه أن يبحث عن حلول أخرى خارج مفهوم تفسير النصوص.

ثالثاً - مجال التفسير:

فالتفسير مسألة مطلوبة عند تطبيق أي مصدر من مصادر القانون سواء كان نصاً تشريعياً، أو مبدأً من المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية أو قاعدة عرفية. إلا أن أكثر الفقهاء يرى أن التفسير ينحصر مجاله في التشريع حيث تكون القواعد مكتوبة، ومصاغة بعبارات لغوية يمكن أن تكون غامضة أو تحمل أكثر من معنى، ويرى بعض الفقهاء أن مشكلة التفسير تنشأ بالنسبة للمصدر الذي يأتي

بالمعنى واللفظ معاً، ثم يكون بالنسبة للتشريع والدين بحسبانهما مصدرين مكتوبين، ويمكن الحاجة إلى التفسير لو عدَّ الاجتهاد والفقهاء مصدرين من مصادر القواعد القانونية، أما إذا كان المصدر غير مكتوب كالعرف فإن المسألة لا تحتاج إلى تفسير لأن العرف عبارة عن تعامل وهو سلوك وبالتالي لا يأتي بلفظ، وإن المشكلة تكمن في وجود العرف ومضمونه وليس في تفسيره^{١٩٧}. بينما يرى فريق آخر وقد قلنا به أن التفسير لا ينصرف فقط إلى التشريع وحده أو القوانين المكتوبة بشكل عام بل ينصرف إلى المصادر الأخرى غير المكتوبة كالعرف والدين والقضاء لبيان ما تتضمنه تلك المصادر من أحكام، وهي مشكلة عامة تثار بصدد كل مصادر القاعدة القانونية^{١٩٨}، وهذا أمر مطلوب لاسيما إذا كانت القاعدة غير المكتوبة فيها نقص بحيث لا تساعد القاضي على الحكم في موضوع النزاع فعندئذ عليه أن يجتهد في إكمال النقص لاستتباط الحكم اللازم للفصل فيه.

رابعاً- موضوع التفسير :

يتناول موضوع التفسير بشكل رئيس معرفة حقيقة المقصود من النص، وهناك مدرستان في هذه المسألة. مدرسة تقليدية تقول بضرورة البحث من خلال التفسير عن إرادة المشرع لأنها هي أصل القانون ويجب البحث عن نيته في النصوص من أجل إيجاد المعنى الحقيقي الذي قصده فيها ومن ثم فإن البحث في الأعمال التحضيرية قد يكون مفيداً في معرفة تلك الإرادة.

أما المدرسة الأخرى فتعرف بالمدرسة الموضوعية إذ تقول بضرورة البحث في النص ذاته بغض النظر عن إرادة المشرع التي انتهت بإصدار النص أو بوضع القاعدة التشريعية أو القانونية.

١٩٧ - هذا ما يراه د. حسام كامل الدين الأهواني - المرجع السابق - ص ٢٤٣-٢٤٤، وهو عن الذين سبق بيانهم في الهامش

السابق.

١٩٨ - د. حسن كيرة - المرجع السابق - ص ٣٩٧-٣٩٨،

لذلك يقول أنصار هذه المدرسة إنه يجب الأخذ بإرادة النص وليس بإرادة المشرع، وإن مصطلح المشرع هو افتراض لكائن لا وجود له، ويجب الأخذ بالقاعدة القانونية كما هي وليس كما كانت في أذهان من وضعوها لأنها في صورتها الحالية قد تخالف كل ما كان يأملون، وإن التشريع بمجرد صدوره ينفصل عن المشرع ويكون له كيان مستقل قائم بذاته، ولذلك يقال (أننا لا نتحقق مما قصده المشرع بل عما يعنيه القانون)^{١٩٩}.

فالتفسير لا يعني البحث عن إرادة المشرع بل البحث عن حقيقة المعنى الوارد في النص، ثم إن معيار التفسير هو معيار موضوعي، ويرى بعض الفقهاء أن التفسير يجب أن يذهب إلى أبعد من حدود القاعدة القانونية بحيث يجب أن يتطور مع التطور التاريخي من خلال الأخذ بالفكر والروح السائدة بتاريخ التفسير وليس بتاريخ وضعها، فالتفسير يجب أن يذهب إلى علم الحياة القانونية وليس إلى اللغة والنحو والصرف والإعراب لأن القانون لا يحيا إلا بتطبيقه ولا تطبيق دون تفسير^{٢٠٠}.

فهما كانت الأفكار فإن تفسير النص يجب أن يكون موضوعياً بغض النظر عن الشخص الذي قام بوضعه، وإن كان لا يمكن إهمال الأعمال التحضيرية وأعمال الفقهاء التي يمكن أن يستعين بها المفسر ليس من أجل التعرف على إرادة المشرع، بل لمعرفة حقيقة المقصود من النص بصرف عبارتها إلى المعنى الحقيقي وليس إلى المعنى الظاهر وكذلك من أجل الذهاب بالتفسير إلى أبعد مدى من النص الظاهر.

١٩٩ - راجع كثير من الآراء والأقوال - في د. محمد صبري السعدي المرجع السابق - ص ٦٤ - ٦٨.

٢٠٠ - انظر بعض هذه الأفكار في د. محمد صبري السعدي المرجع السابق - ص ٦٨ - ٧٢.

المطلب الثاني

أنواع التفسير

Sortes L'interprétation

يكون التفسير وفقاً للجهة التي تقوم به إما تشريعياً أو قضائياً، أو إدارياً، أو فقهيّاً ويمكن أيضاً أن يكون إدارياً. لذلك سنعرض لأنواع التفسير من خلال السلطة أو الجهة التي تقوم به وفق الآتي:

أولاً- التفسير التشريعي: L'interprétation législative

يُعَدُّ التفسير التشريعي تفسيراً رسمياً وهو بذلك يختلف عن التفسير الخاص الذي يقوم به فقهاء القانون أو اللغة. لذلك سنعرض لتعريف التفسير التشريعي والغرض منه وأشكاله وآثاره وفق الآتي:

١- تعريف التفسير التشريعي:

يقصد بالتفسير التشريعي ذلك الذي يقوم به المشرع الذي وضع النص الذي يحتاج إلى تفسير وذلك منعاً لأي اختلاف يقوم حول المعنى الوارد فيه، ويتم اللجوء إلى هذا النوع من التفسير عندما يذهب القضاء في تفسير النص إلى غير الهدف أو الغاية التي أرادها المشرع، ويعد هذا النوع من التفسير نادر الوقوع من الناحية التطبيقية وإن كان بعض المشرعين يضعون قانوناً عاماً يفسرون بموجبه بعض المصطلحات منعاً من التفسيرات أو التأويلات التي قد يتم الاختلاف عليها في المستقبل.

فالتفسير التشريعي هو الذي يصدر من ذات السلطة التي أصدرت التشريع أو من سلطة أعلى منها، أو من سلطة موازية لها ثم لا يجوز لسلطة أدنى من السلطة التي أصدرت التشريع أن تتولى مهمة تفسيره، وإن قامت بذلك دون تفويض من المشرع نفسه يكون عملها باطلاً ولا قيمة أو أثر له، وعلى هذا فإن

التفسير التشريعي يمر بذات المراحل التي تم فيها إصدار التشريع المطلوب تفسيره.

٢- غرض التفسير التشريعي:

يهدف التفسير التشريعي إلى إيضاح المعنى الحقيقي المقصود من نص تشريعي سبق أن قام بإصداره، وذلك عندما تجد السلطة التي قامت بالتشريع أن المحاكم، أو الإدارات أو الجهات المعنية بتطبيقه قد ذهبت بالمعنى الوارد في ذلك التشريع على غير ما قصده المشرع منه، أو لوجود غموض أو إبهام أو نقص يحول وإمكانية تطبيقه على النحو الذي ورد فيه فيقوم المشرع باستدراك النقص أو المعنى بتشريع جديد ويعد التشريع الجديد بمثابة تعديل للتشريع السابق، ولا يكون نافذاً إلا بعد نشره في الجريدة الرسمية مالم يتضمن النص فيه على تاريخ آخر دون أن يمس الحقوق المكتسبة في ظل القانون السابق محل التفسير.

٣- آثار التفسير التشريعي:

يترتب على صدور التفسير التشريعي أنه يصبح ملزماً للقضاء ولالإدارات ولجميع الأشخاص المعنيين وتكون قوته كقوة النص التشريعي الذي جاء لتفسيره، وهو يحسم كل خلاف يتعلق بالتفسير أو التأويل، لأنه من حق الذي أصدر التفسير التشريعي أن يصدر تشريعاً متكاملاً آخر يلغي فيه التشريع السابق، ويضع العبارات التي يرى أنها تحقق الغاية المطلوبة، ولكن هل يجوز أن يخالف التشريع التفسيري التشريع الأصلي؟ وإذا تضمن ذلك فهل يطبق على ما تم قبله من علاقات؟

فمع عيوب اللجوء إلى التفسير التشريعي، وما قد ينشأ عنه من آراء متباينة فإنه إذا اقتصر التشريع التفسيري على البيان والتوضيح دون وضع أحكام جديدة فإنه يعدّ جزءاً لا يتجزأ من التشريع الأصلي من يوم صدوره لعدم تأثيره على

المراكز القانونية للأشخاص أما إذا كان يغير في الحكم ويؤثر على المراكز القانونية فإنه يعد انحرافاً عن السلوك التشريعي القويم ووسيلة ملتوية ويهدف إلى تطبيق الأحكام بأثر رجعي فإنه لا يكون نافذاً ولا مؤثراً إلا وفق قواعد نفاذ التشريعات التي سبق بيانها، لأنه يعد في هذه الحالة بمثابة تعديل للتشريع السابق وإن كل تعديل تشريعي لا يسري إلا بعد نفاذه وذلك فقط في حال صدور التفسير من المشرع الأصلي، أو من جهة أعلى، أو من سلطة موازية، أما إذا صدر التعديل بالتفويض من طريق الإحالة إلى سلطة أدنى فإنه لا يكون له أثر إلا في حدود النص التشريعي الأصلي دون أن يحق للمفوض بوضع التعليمات التنفيذية أو التفسيرية أن يخالف النص الأصلي أو أن يضع أحكاماً جديدة، ويذهب رأي إلى القول إن التفسير أياً كان مصدره تشريعياً أو قضائياً، أو فقهيّاً لا يقرر أحكاماً جديدة، وإنما يوضح أحكام النص موضوع التفسير^{٢٠١}، وإذا تم تعديل الأحكام فإنها تعد تشريعات منشئة لأحكام جديدة وتطبق من تاريخ نفاذها وفقاً لنفاذ التشريعات، ونقول إن من يملك سلطة التشريع يملك سلطة التفسير والأمر سواء في تفسير الغموض والإبهام وسد النقص أو في وضع أحكام جديدة ويطبق بصدد ذلك القاعدة التي سبق بيانها بالنسبة لتأثير التشريع على المراكز القانونية أو على الحقوق المكتسبة^{٢٠٢}.

٢٠١ - انظر الرأي المؤرخ في ١٩٦٧/٩/٢٤ - مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية للرأي الاستشاري لمجلس الدولة في

مصر في (١٠ سنوات (١٩٦٠-١٩٧٠) - مجموعة أبو شادي - القاعدة ١٢٤ - ص ٢٠٦-١٠٣٢.

٢٠٢ - ذهبت محكمة النقض السورية في قرار لها إلى القول أن ((التشريع اللاحق الموضح لتشريع سابق يمكن الاستئناس به لفهم

حكمه المشرع وتفسير التشريع السابق)) - قرار رقم ١٠٨٥/١٩٣٦ تاريخ ١٩٦٥/٩/٩ المحامون لعام ١٩٦٥ ص ٥١٤

قاعدة ٧٣٤.

ثانياً - التفسير القضائي (L'interprétation Judiciaire) :

يُعدُّ التفسير القضائي تفسيراً رسمياً صادراً عن سلطة قضائية مختصة أصلاً بالسهر على حسن تطبيق القانون من خلال حسن تفسيره وتأويله، وعلى ذلك فإن التفسير القضائي يعد من أهم مصادر التفسير للقانون وأقواها ويأتي بعد التفسير التشريعي من حيث الإلزام. لذلك سنعرف هذا النوع من التفسير ونبين خصائصه ومدى إلزاميته وفق الآتي:

١ - تعريف التفسير القضائي:

يتولى القاضي مهمة تفسير التشريع في صدد قضية أو دعوى مرفوعة إليه في نزاع من أجل حسمها، وأول عمل يقوم به هو تكييف وقائع الدعوى لمعرفة القانون الذي يحكمه، وعند معرفة القانون أو النظام القانوني الذي تخضع له يقوم بتفسير النصوص. لذلك يعرف التفسير القضائي بأنه الذي يقوم به القضاء في معرض نزاع معروض عليه في دعوى لأن القاضي لا يتصدى إلى تفسير القوانين من تلقاء نفسه ولا عن طريق الدعوى المبدئية التي يكون موضوعها فقط تفسير نص قانوني لأن القاضي ليس مفتياً يعطي الآراء لمن يطلبها.

فالتفسير القضائي ليس غرضاً بذاته بل يقوم به القاضي بوصفه واجباً مكملاً لوظيفته الأساسية وهي إنزال حكم القانون على وقائع النزاع المعروض عليه في دعوى مرفوعة وفق الأصول المعتمدة لذلك، وإنه يقوم بتفسير القانون من تلقاء ذاته ودون طلب من الخصوم، وتعد هذه المهمة أو هذا الواجب من أهم المسائل التي يقوم بها القاضي^{٢٠٣}، وإن التفسير الذي يقوم به القاضي يعدُّ اجتهاداً^{٢٠٤}، ومن

٢٠٣ - جاء في قرار الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية ((إن تفسير القانون من خصائص المحكمة، ما لم تحرف المحكمة في

هذا التفسير انحرافاً عن المبادئ الأولية للقانون)) - هيئة عامة قرار ٩٤ لاس ٩٥ تاريخ ١٩٩٤/٦/٢٧. كتاب مجموعة

القواعد القانونية التي أقرتها الهيئة العامة لمحكمة النقض من عام ١٩٨٨ حتى ٢٠٠١. منشورات المكتبة القانونية. الجزء الأول.

الصفحة ٧١٤.

هذا الطريق يضع قواعد قانونية تصبح ملزمة له ولغيره في المستقبل بحسب المرجع القضائي الذي صدر عنه التفسير، وإذا كان صادراً عن الهيئة العامة لمحكمة النقض فإنه ينزل منزلة القانون في التطبيق بالنسبة لجميع القضاة مهما كانت مراتبهم أو درجاتهم^{٢٠٥}.

٢ - خصائص التفسير القضائي:

يعد التفسير القضائي وسيلة للفصل في حالة واقعية مرفوعة إليه بموجب دعوى، وليس غاية كما هو عليه الأمر في التفسير التشريعي، ولذلك لا يجد القاضي في اجتهاده من خلال التفسير حرجاً في الخروج عن قواعد المنطق إذا كان ذلك الخروج يؤدي إلى العدالة، أو إذا كانت قواعد المنطق تؤدي به إلى الخروج عن تحقيق العدالة وذلك حتى تأتي الأحكام القضائية منسجمة مع الظروف الواقعية^{٢٠٦}.

٢٠٤ - جاء في قرار للهيئة العامة لمحكمة النقض السورية إن ((تفسير القانون واستخلاص النتائج وإعطاء الوصف القانوني للواقعة يعتبر من قبل الاجتهاد)) - هيئة عامة قرار ٢٤٨ أساس ٣٥٩ تاريخ ١٩٩٩/٨/٢٣. كتاب مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها الهيئة العامة لمحكمة النقض من عام ١٩٨٨ حتى ٢٠٠١. منشورات المكتبة القانونية. الجزء الأول. الصفحة ٧٨٦، وجاء في قرار آخر: ((إن الاجتهاد القضائي بتفسير أحكام القانون واستخلاص النتائج القانونية لا يشكل خطأ مهنيًا جسيمًا)) - هيئة عامة قرار ٣ أساس ١٠٠ تاريخ ١٩٩٨/١/١٩. كتاب مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها الهيئة العامة لمحكمة النقض من عام ١٩٨٨ حتى ٢٠٠١. منشورات المكتبة القانونية. الجزء الأول. الصفحة ٧٥٦.

٢٠٥ - جاء في قرار للهيئة العامة لمحكمة النقض السورية أنه ((يتحتم على محكمة الموضوع التي تحال إليها الدعوى، وعلى الغرفة ذات الغرفة في محكمة النقض مراعاة حجية الحكم الناقض في تطبيق القانون على واقع مطروح على المحكمة، إلا إذا خالف اجتهاداً أقرته الهيئة العامة لمحكمة النقض، والعدول عن كل اجتهاد مخالف. ٢. إغفال المبادئ القانونية التي تقرها الهيئة العامة لمحكمة النقض خطأ مهني جسيم ويعرض الحكم للإبطال. ٣. قرارات الهيئة العامة لمحكمة النقض بمنزلة القانون فلا يجوز مخالفتها بأي حال من الأحوال)) - هيئة عامة قرار ١٦٧ أساس ٣٢٨ تاريخ ١٩٩٤/١١/٦. كتاب مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها الهيئة العامة لمحكمة النقض من عام ١٩٨٨ حتى ٢٠٠١. الجزء الأول. الصفحة ٨٦٦.

٢٠٦ - د. سليمان مرزوق - المرجع السابق - ص ٣٣٥.

كما يتصف التفسير القضائي بالحرية والاستقلالية فهو لا يخضع في تفسيره إلا لضميره ووجدانه اللذين جعل منهما الدستور ضماناً لحقوق الناس وحرياتهم، ويستأنس القاضي في معرض تفسيره للنصوص القانونية بأراء الفقهاء، ويدخل ذلك في وظيفته المتمثلة في البحث عن أفضل معنى للنص متوخياً في تفسيره الوصول إلى العدالة غاية وظيفته التي اقسم على أن يقوم بها^{٢٠٧}.

٣- مدى الزامية التفسير القضائي:

يعدُّ التفسير القضائي ملزماً في الدرجة التي تم فيها التفسير لأنه سيكون الأساس الذي كَوَّن القاضي من خلاله عقيدته في الفصل في الدعوى، وإنَّ الفصل في الدعوى يعني أن الحكم الصادر فيها يتمتع بقوة القضية المقضية، أو بحجية الأمر المقضي به، وهذا يعني أنه لم يعد مع حق الأطراف إعادة رفع الدعوى مرة ثانية بالحق ذاته بين الخصوم أنفسهم وللسبب ذاته.

أما إذا كان التفسير صادراً عن محكمة النقض فهو يكون ملزماً في الدعوى التي صدر فيها بالنسبة للمحكمة الأدنى سواء كانت محكمة استئناف أو محكمة صلح، لأن المحاكم الأدنى لا تملك حق الإصرار على رأيها في تفسير القانون، وإذا كان التفسير صادراً عن الهيئة العامة لمحكمة النقض فإنه يكون ملزماً لجميع المحاكم بما فيها الهيئة العامة ذاتها.

ثالثاً- التفسير الإداري (L'interprétation administrative):

يكون التفسير إدارياً عندما يكون بالشكل الإداري أو من السلطة الإدارية، وذلك عندما يصدر التشريع ويفوض الإدارة بوضع تعليمات تنفيذية، حيث يقول

٢٠٧ - يودى القاضي مميلاً قبل توليه العمل القضائي وفق أحكام المادة (٧٧) من قانون السلطة القضائية بالصيغة التالية ((اقسم

بأنه أن أحكم بين الناس بالعدل ولن أحترم القوانين)).

البعض إن ما يرد في مثل هذه التعليمات يعدّ تفسيراً إدارياً، وإن مثل هذا التفسير يعدّ تفسيراً تشريعياً بموجب التفويض المعطى للإدارة بالنص التشريعي ذاته.

كما يمكن أن تلجأ الإدارة إلى إصدار بلاغات أو تعاميم، أو تعليمات سواء من رئيس مجلس الوزراء، أو من وزير المالية، أو من غيرهما تقضي بتطبيق بعض القوانين على نحو معين، فإن مثل هذه البيانات تعدّ تفسيراً إدارياً ويكون الموظفون في الإدارات العامة ملزمين في اتباعها بناءً على ضرورة التقيد بأوامر الرئيس إذا كانت لا تخالف القوانين والأنظمة النافذة^{٢٠٨}، أما بالنسبة لأشخاص الآخرين فإنها لا تلزمهم إلا في حدود الصحيح منها، والمتفق مع أحكام القانون^{٢٠٩}.

كما يمكن أن يتم التفسير بالطريق الإداري من خلال طلبات بيان الرأي التي تقدمها الجهات العامة إلى القسم الاستشاري في مجلس الدولة، في بعض المسائل القانونية، ونميز هنا بين رأي اللجان المختصة في هذا المجال حيث يكون ذا طبيعة استشارية غير ملزمة^{٢١٠}، وبين الرأي الاستشاري الصادر عن الجمعية

٢٠٨ - جاء في قرار لمحكمة النقض السورية أن ((البلاغ الصادر عن رئاسة مجلس الوزراء من المقررات الإدارية ولا يؤخذ به إلا إذا ثلّغه الموظف شخصياً أو ثبت علمه به لأن العلم لا يفترض افتراضاً)) - قرار رقم ١٢٠٨/٤٢١ ١٢٠٨/١٨/١٩٦٩ - المحامون لعام ١٩٧٠ ص ٢١ قاعدة ٢٩.

٢٠٩ - جاء في قرار لمجلس الدولة السوري أنه ((استقر الاجتهاد على عدم الاعتداء بتاريخ صدور الآراء والبلاغات والتعليمات الصادرة تفسيراً لأحكام القانون، بحسبان أنها تعتبر كاشفة لهذه الأحكام لا منشئة لها)) - القرار ٨٩٩/ في الطعن ٣١٣١/ لسنة ١٩٩٢، وجاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أن ((التعليمات الإدارية التي لا يجوز إسباغ صفة اللائحة عليها لا تعتبر بمثابة من التشريع ولا يرجع إليها عند تطبيق أو تفسير القانون)) - نقض جنائي جلسة ١٩٧٤/٤/٢٠ - مجموعة المكتب الفني - السنة (٢٥) - ص ٧١٣، ونقض منئي جلسة ١٩٨٢/٣/٢١ - مجموعة المكتب الفني ص ٣١٦ ورقم ٥٨.

٢١٠ - انظر المادة (٤٦) من قانون مجلس الدولة رقم (٥٥) لعام ١٩٥٩ والتي تنص على أنه: ((لرئيس الإدارة أن يحيل إلى اللجنة المختصة ما يرى إحالته إليها لأهميته من المسائل التي ترد إليه من الوزارة أو المصلحة لإبداء الرأي فيها وعليه أن يحيل إلى اللجنة المسائل الآتية: أ- كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور العامة وكل احتكار. ب- صفقات التوريد والأشغال العامة وعلى وجه العموم كل عقد يرتب حقوقاً أو التزامات مالية - - -

العمومية في مجلس الدولة، ونمّيز هنا أيضاً بين نوعين من الرأي رأي ينزل منزلة الحكم القضائي في القوة التنفيذية، وهو ذاك الذي تعطيه في معرض نزاع قائم بين المصالح العامة، ورأي ذي طابع تفسيري للقانون وهو ينزل منزلة القانون بالنسبة للعمل بعد نشره في الجريدة الرسمية^{٢١١}.

رابعاً- التفسير الفقهي:

يقصد بالتفسير الفقهي ذاك التفسير الوارد في المؤلفات، أو الكتب، أو المحاضرات، أو المقالات التي يكتبها أساتذة القانون والقضاة والمحامون والباحثون المختصون في القانون، وتعدّ كلمة فقه القانون مرادفة لكلمة شرح القانون، ويعدّ الفقه من أهم مصادر تفسير القانون، وأكثرها شيوعاً وانتشاراً ولاسيما من خلال ما يقدمه أساتذة القانون في مطولاتهم، أو موسوعاتهم إلى طلابهم في كليات الحقوق حول النصوص التشريعية التي تصدر في بلد معين، وهي تتلاقى في كثير من الأحيان مع أعمال الفقهاء في الدول الأخرى، لأن فكرة الحق والقانون تكاد تكون واحدة في الضمير الإنساني، وكذلك بين دول العالم، وتعدّ مؤلفات القانون من أهم

=====للدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو عليها إذا زانت قيمته علىج- الترخيص في تأسيس الشركات التي ينص القانون على أن يكون إنشائها بقرار من رئيس الجمهورية. د- المسائل التي يرى فيها أحد المستشارين رأياً يخالف فتوى صدرت من إحدى إدارات القسم الاستشاري أو لجانه. هـ- إيداء الرأي في النصوص والأنظمة من النواحي المالية. و- مشروعات القوانين واللوائح والقرارات التنفيذية لتتولى اللجنة مراجعة صياغتها)).

٢١١ - انظر المادة (٤٧) من قانون مجلس الدولة والتي تنص على أن ((تختص الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بإبداء الرأي مسبقاً: أ- في المسائل الدولية والدستورية والتشريعية وغيرها من المسائل القانونية التي تحال إليها بسبب أهميتها من رئيس الجمهورية أو من الهيئة التشريعية أو من أحد الوزراء أو من رئيس مجلس الدولة. ب- في المسائل التي ترى إحدى اللجان رأياً فيها يخالف فتوى صدرت من لجنة أخرى أو من الجمعية العمومية للقسم الاستشاري. ج- في المنازعات التي تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الوزارات والمصالح وبين الهيئات الإقليمية أو البلدية أو بين هذه الهيئات. كما تختص بمراجعة ١- مشروعات القوانين واللوائح والقرارات التنفيذية التي تتولى اللجان صياغتها وترى إحالتها إلى الجمعية لأهميتها. ٢- مشروعات التشريعات التفسيرية التي يصدر بها قرارات من رئيس الجمهورية أو غيره من الهيئات في الأحوال التي يخوله القانون فيها هذا الحق)).

المراجع التي يعتمد عليها القضاة في تفسيراتهم التي يعتمدونها في أحكامهم، وتصبح آراء الفقهاء تفسيراً قضائياً عند اعتمادها من قبل القاضي، وإن أهم ما يقوم به الفقهاء هو ردّ الأحكام التفصيلية إلى مصادرها الأساسية، ويسمى هذا العمل بتأصيل القواعد القانونية، إضافة إلى تنسيق وتبويب وفهرسة المبادئ القانونية في مجموعات ونظريات تسهل على الباحث والدارس والمحقق والمدقق الرجوع إليها عند اللزوم.

كما يقوم الفقه بالتحليل والنقد وبيان الرأي الفقهي في نصوص التشريع، وفي أحكام القضاء، ويقترح الحلول العملية لبعض المشكلات الناجمة عن التطور الاجتماعي والاقتصادي، ويسبق الفقه كثيراً المشرع في وضع الفرضيات وحلولها بصفته أكثر حرية وتنصفاً وبحثاً عن المسائل التي تحتاج إلى تنظيم وحلول تشريعية، ويتعاون الفقه مع المشرع ومع القضاء من أجل إيجاد منظومة تشريعية تحقق أهداف النظام السياسي في الدولة بما يحقق العدل والمساواة بين جميع أبناء الوطن الواحد مع مد جسور التعاون إلى ما وراء الحدود تطبيقاً لمقولة أن العالم أصبح قرية صغيرة^{٢١٢}.

٢١٢ - انظر بعض هذه الأفكار في د. سمير عبد السيد نتاغو - المرجع السابق - ص ٧٤٥-٧٥٠.

المبحث الثاني

المدارس المعتمدة في تفسير القانون

Ecoles l'interprétation de loi

تتعدد المدارس الفقهية في كيفية إدارة مسألة تفسير القانون، وتختلف باختلاف نظرة كل منها إلى القانون، فمنها ما ينظر إلى أصل القانون ومصدره، ومنها ما يرى أن القانون عبارة عن ظاهرة اجتماعية وهو انعكاس لها، ومنهم من يقول إن القانون علم وفن. لذلك نعرض بإيجاز للمدارس الفقيه التي نشأت حول مسألة تفسير القانون ونبين رأي كل منها مع بيان إيجابياته والمآخذ عليه وصولاً إلى تحديد طرق التفسير المستعملة في العالم المعاصر في المطالب الآتي:

المطلب الأول

مدرسة الشرح على المتن

Ecole de L'exégèse

تعد مدرسة الشرح على المتن من أقدم المدارس الفقهية في وضع قواعد وضوابط لتفسير القانون، وهي تسمى بالمدرسة الشكلية، وقد ظهرت بعد وضع قوانين نابليون عام ١٨٠٤، وقد مرت هذه المدرسة بعدة مراحل هي مرحلة التكوين (١٨٠٤-١٨٢٠) ومرحلة الازدهار (١٨٣٩-١٨٨٠)، والمرحلة الأخيرة (١٨٨٠-١٩٠٠)، وقد كانت تضم هذه المدرسة نخبة من أساتذة القانون في كل من فرنسا وبلجيكا، وقد قامت هذه المدرسة على أساس تقديس النصوص باحترام إرادة المشرع لأن مصدر القانون الوحيد هو التشريع، وأن على القاضي والفقيه أن يستعرضا نصوص القانون من أجل إيجاد الحل للمشكلة المعروضة عليه، وإن في التشريع كل الحلول وإذا وجد عيب فإن العيب ليس في النص بل في الفقيه والقاضي الذي لم يحسن تفسير النص، وعلى هذا فإنها على الرغم من

تقديسها للنصوص وتغليب قصد المشرع أو تقديس إرادته وهو يحتكر إنتاج القانون، أعطت مساحة واسعة في التفسير لاستخلاص المعاني التي تتفق مع الظروف من خلال البحث بكل الوسائل عن إرادة المشرع، وكانت تتم تفسيرات النصوص من قبل فقهاء هذه المدرسة عبر كتابات تدون على ظهر النص أو في على صفحته، وكلمة المثن في كل شيء في اللغة العربية تعني ما صُلِبَ ظَهْرُهُ، أو ما ظهر منه، ومن هنا جاء اسمها (مدرسة الشرح على المتن أو مدرسة التزام النص). لذلك سنعرض للمبدأ الذي تقوم عليه هذه المدرسة، وطريقتها في التفسير، وتقدير أعمالها، والانتقادات التي وجهت إليها وفق الآتي:

أولاً- المبدأ الذي تقوم عليه المدرسة:

تقوم هذه المدرسة على أساس أن على المفسر أن يسعى في معرض تفسيره للنص التشريعي (القانون) أن يكشف عن القصد الحقيقي للمشرع وهذا لا يكون إلا بالتزام حدود النص والإحاطة بمعناه عن طريق التفسير اللفظي والاستعانة بقواعد اللغة ومن ثم استعمال المنطق، وإذا لم يستطع فهم النص بذلك يستطيع أن يلجأ إلى وسائل خارجية كالأعمال التحضيرية والسوابق التاريخية لاستجلاء إرادة المشرع الحقيقية، وإذا عرضت مسألة على القاضي لم يرد بشأنها نص تشريعي، فإنه يتعين على المفسر أن يلجأ إلى النية المفترضة للمشرع التي كان يمكن أن يقصدها المشرع لو نص عليها. لذلك فإن أنصار هذه المدرسة يقولون بضرورة الالتزام بالنص بمعناه اللفظي إذ فهم منه قصد المشرع وإرادته وإلا فعليه أن يبحث أولاً بكل الوسائل للوصول إلى الإرادة الحقيقية للمشرع وإلا فعليه أن يبحث عن الإرادة المفترضة كما لو كان هو المشرع، وهذا ما أخذ به القانون المدني

السويسري بعد اعتماد العرف بعض النص وإذا لم يجد ما يحكم به فيحكم بمقتضى القواعد التي يضعها هو لو كان مشرعاً^{٢١٣}.

ثانياً- طريقة المدرسة في تفسير النصوص:

يقول أحد فقهاء هذه المدرسة إنّ طريقة التفسير والشرح تكون باتباع النص خطوة خطوة وجملة وجملة وكلمة وكلمة ويتم الربط بين السابق والتالي لتحديد معنى كل عبارة وكل اصطلاح وإبراز ما فيها من دقة أو غموض وما تحويه فائدة، وبعد التحقق من معنى المادة يقوم الفقيه بدراستها انسجاماً وتعارضاً مع المواد الأخرى المتصلة بها لاستنتاج النتائج وتوضيح الثغرات، وإنه إذا كان القانون يتطلب القدرة على التمييز وحسن الفهم فإنه بصفة أساسية عملية برهنة ومنطق^{٢١٤}.

لهذا، فإن أنصار هذه المدرسة يقولون إن علم القانون هو علم عقلي ومجموعة من القواعد المتسقة منطقياً لا يمكن فهمها إلا من خلال عملية مزدوجة هي التحليل والتركيب، والمنطق في كل هذا هو الأساس^{٢١٥}، ويفرقون بين الحالة التي فيها نص إذ على المفسر أن يستثمر النص بشكل كامل من أجل معرفة إرادة المشرع الحقيقية بكل الوسائل المتاحة سواء منها اللفظية أو اللغوية أو الأعمال التحضيرية، أو السوابق التاريخية، واستعمال طرق الاستدلال المنطقي وصولاً إلى تلك الإرادة، أما في حال عدم وجود نص فعندئذ يتعين البحث عن الإرادة

٢١٣ - انظر: المادة (١) من القانون المدني السويسري.

٢١٤ - انظر: Demolombe : cours de code Napoléon . 1 éd. 1845. p :138. No : 116.

٢١٥ - د. ثروت الأسيوطي - المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية - مجلة مصر المعاصرة - ١٩٦٨ ص ١٨٣، و ٦٨١-٦٨٢،

وانظر أيضاً: د. محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص ١٤٨-١٤٩.

المفترضة للمشرع. بمعنى أن على القاضي أن يضع نفسه مكان المشرع ويفترض ما كان يمكن أن يفعله المشرع لو كان مكانه^{٢١٦}.

ثالثاً- تقدير مدرسة الشرح على المتن:

يقدر لهذه المدرسة أنها ركزت في فهم النصوص وتطبيقها على إرادة المشرع والنية الحقيقية التي يهدف إلى تحقيقها من النص، وبأنه يجب الاستهداء بها من أجل تفسير النصوص التشريعية، وإن كثيراً من قرارات المحاكم أخذت بهذا الاتجاه وتورد عبارة إرادة المشرع في أحكامها في معرض تفسيرها للنصوص، وإن من شأن تطبيق أفكارها أن يحول دون التحكم بأعمال القضاة، من جهة وتأمين الاستقرار للروابط القانونية التي تنشأ بين الأشخاص. أما الانتقادات فقد كانت كثيرة نلخصها في الآتي^{٢١٧}:

- ١- عدت التشريع هو المصدر الوحيد للقانون دون الاعتراف بوجود مصادر أخرى كالعرف فهي لا تهتم ولا تقيم وزناً إلا إلى المدون من النصوص لأنها تعتبر إرادة المشرع هي مصدر القانون.
- ٢- اعتمادها في التفسير على المعيار الشكلي من خلال الأخذ بالنص المكتوب وبألفاظه ولغته من أجل تفسيره وصولاً إلى إرادة المشرع.
- ٣- تقديسها لإرادة المشرع، وتعويلها كلياً في تفسير النص على تلك الإرادة ومغالاتها في ذلك لدرجة أنها قالت في حالة عدم وجود نص أن نفترض ما يجب أن تكون عليه تلك الإرادة.

٢١٦ - انظر بعض هذه الأفكار في د. د. عبد الحي حجازي- المدخل لدراسة العلوم القانونية- مطبوعات جامعة الكويت- ١٩٧٢.

ص ٥٦٤.

٢١٧ - د. رمضان أبو السعود - المرجع السابق- ص ٤١٢-٤١٤، ود. محمد صبري السعدي- المرجع السابق- ص ١٥٤-١٦٠.

٤- تتظر هذه المدرسة على أن الدولة هي القدر المطلق للشعب وعليه الانصياع لها بكل ما يصدر عنها حرفياً لأن إرادة المشرع مقدسة وهذا الأمر يشجع على الاستبداد.

المطلب الثاني

المدرسة التاريخية

L'école Historique

يقال في تطور فكرة القانون إنها مرت بمراحل متعددة فكانت هناك كمدرسة مثالية تقوم على الفلسفة، والمثالية الفلسفية وتستمد هذه المدرسة إلهامها من فكرة القانون الطبيعي الذي يقول بوجود قانون أعلى من القوانين الوضعية، وهو أبدي ويصلح لكل زمان ومكان، وقد تزاхمت هذه الفكرة مع فكرة العقد الاجتماعي الذي جاء ليبرر شرعية السيادة للدولة وليس للحاكم وبالتالي صيغ مفهوم جديد يقول بالقانون الطبيعي والعقد الاجتماعي الذي نادى به الفقيه الفرنسي المعروف (جان جاك روسو)، وكان قد قام إلى جانب المدرسة المثالية المدرسة الواقعية التي تقوم على أساس تحليل الوقائع واستخلاص الأحكام منه، وظهر بالقرب من هذه الأفكار مذهب آخر يقول بالتطور التاريخي وحتمية التاريخ وذلك من خلال الربط بين ظروف كل شعب والقانون الذي يحكمه، وأفضل من برع في هذا المجال الفيلسوف الفرنسي مونتسكيو (١٦٨٩-١٧٥٥) في كتابه المشهور (روح القوانين) الذي قال فيه أنه ينبغي أن تتناسب القوانين مع طبيعة البلاد ومركزها واتساعها ونوع الحياة التي تعيشها شعوبها ودين السكان وميولهم^{٢١٨}. إلا أن المذهب التاريخي في تفسير القوانين لم يرسخ أقدامه إلا مع العالم سافيني (Savigny) (١٧٧٩-١٨٦٦) الذي قال إن القانون هو تعبير عن ضمير الأمة أو الجماعة

٢١٨ - انظر :

- Montesquieu. L'esprit des lois . livre .1. chapitre 111. Op.cit . p : 10-11.

وهو يخضع لعوامل البيئة المختلفة ويتغير تبعاً للزمان والمكان، وأنه ليس ثمرة جيل معين من أجيال الأمة بل هو ثمرة التطور التاريخي لها وامتداد لماضيها فالأمة تخلق قانونها كما تخلق لغتها، وآدابها وأخلاقها وتقاليدها فالقانون من وضع الزمن، وثمره التاريخ ووليد الحاجة وهو يتطور مع تطور المجتمع، فهو نتاج وطني منبعه روح الشعب والاقتناع العام الذي المنشئ للوحدة الفكرية بين أفراده، لذلك سنعرض للأساس الذي تقوم عليه هذه المدرسة، وطريقة التفسير التي تقول بها، مع بيان مزاياها والنقد الموجه إليها وفق الآتي:

أولاً- مبدأ المدرسة في أصل القانون:

يقوم الأساس في هذه المدرسة على حركة التاريخ وتطور المجتمع ويمكن تلخيص المبدأ أو الأساس الذي تقوم عليه بالآتي:

١- لا يوجد قانون طبيعي ثابت يصلح لكل زمان ومكان، وأن القانون ليس نتاج إرادة وسلطان المشرع لأنه لا يجوز لهذا أن يستبد في وضع القواعد التي تحكم وتنظم المجتمع بل إن القانون ينشأ مع الجميع ويتطور معها.

٢- إن القانون ليس نتيجة تفكير ومنطق وإرادة واعية للإنسان بل هو نتاج بيئة اجتماعية معينة يتكون تلقائياً فيها، ويحيا معها كأي كائن حي ويتلازم تطوره مع تطورها، فلذلك القوانين تختلف من شعب إلى شعب آخر وكما سبق البيان فإن القانون هو روح الشعب (L'âme d'un peuple)، وعليه فإن العرف والعادات والتقاليد هي أصل القانون.

٣- ينحصر دور المشرع في ملاحظة الوقائع وتطور الأعراف في ضمير الجماعة، وعندما يضع قانوناً فهو يسجل تطور حركة المجتمع وتطوره ليستجيب إلى حاجاته ومتطلباته، وإن فكرة التقنين المفروض على الجماعة يتعارض مع تطورها الحر والتلقائي وتدخل منه لإيقاف حركة التاريخ.

ثانياً- طريق التفسير وفق المدرسة التاريخية:

تنهض نظرية المدرسة التاريخية في تفسير القانون على الأساس الذي اعتمدته في أصل القاعدة القانونية، فالقانون عندها ليس طبيعياً وليس نتيجة إرادة المشرع بل هو صورة عن الظروف التاريخية التي رافقت وجود الجماعة البشرية وتطورها، وإن النص التشريعي بمجرد وضعه يصبح مستقلاً عن إرادة المشرع وله ذاتيته المستقلة، ويجب أن يفسر تفسيراً موضوعياً، ويتطور معناه بتطور البيئة التي نشأ فيها، وإن البحث في التفسير عن إرادة المشرع لا يعني البحث في إرادته عندما وضع التشريع، بل البحث فيها كما لو كان سيضع التشريع بتاريخ التفسير أو التطبيق وهذا ما يسمى بالنية المحتملة للمشرع. بمعنى أنه يتعين عند البحث في التفسير البيئة التي يتم فيها التفسير ببعدها التاريخي المكاني والزمني دون الالتفات إلى إرادة المشرع عند وضع التشريع والظروف التي رافقت ذلك الوضع.

ثالثاً- تقدير المدرسة التاريخية:

تمتاز هذه المدرسة بأنها أخذت بالحسبان البيئة التشريعية والتطور التاريخي للمجتمع وحاجاته الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في وضع التشريع وألغت فكرة ربط التشريع بالحاكم أو بالمشرع، وأرست فكرة التفسير الموضوعي للنصوص بوصفها كياناً مستقلاً عن إرادة المشرع، وأرست المرونة اللازمة لملائمة التفسير تبعاً لتغير وتطور الظروف أو البيئة، ومع هذا البيان فقد تعرضت لكثير من النقد نلخصه في الآتي:

١- إن القانون يتكون في هذه الحالة نتيجة التطور الطبيعي للمجتمع دون الحاجة إلى أي عناء أو جهد أو تفكير فهو يتكون مع مفردات اللغة في المجتمع ومن ثم تكون قد ألغت دور التفكير الإنساني في استنباط الأحكام ووضع القواعد التي تنظم وتحكم العلاقات في المجتمع وجعلته مجرد ملاحظ يدون وقائع

التاريخ بعكس الحقيقة والقدرة الإبداعية للخلاقة للإنسان في تطوير نفسه وتطوير من حوله.

٢- تُبَيِّنُ هذه النظرية مبدأ التفرقة بين الشعوب عندما أكدت أن لكل أمة قوانينها الخاصة التي نشأت وتطورت في بيئتها وهذا يلغي التقارب بين الأمم والحضارات من جهة أن القانون نتيجة تطور إنساني عالمي وليس مرتبطاً ببيئة معينة أو بدولة محددة، وكثير من الدول استعانت بقوانين غيرها وطبقته فيها دون أن تلقى رفضاً مع شعبها على أساس أنها قوانين دول أخرى ولو نشأ ابتداء بعض التذمر من هذه المسألة إلا أنه ثبت أنها قوانين مصاغة بمعيار إنساني عالمي يمكن أن تعيش في كل المجتمعات، وفي كل الدول، وإلا لما تمّ وضع القانون المدني في أي دولة عربية لأن بيئته الأصلية قد تكون فرنسا أو سويسراً أو دول أخرى^{٢١٩}.

٣- إن الأخذ بهذه النظرية يعطل مبدأ فصل السلطات ويجعل الدور الأساسي للقاضي الذي يفسر على هواه مسترشداً بالظروف الاجتماعية والاقتصادية، ويخرج عن وظيفته في تطبيق القانون إلى خلق القانون، كما أن هذا الأمر يؤدي إلى اختلاف التفسير للنص الواحد بين وقت وآخر، ويترتب على ذلك الإخلال بأمن المجتمع وسلامته واستقرار المعاملات فيه.

٤- إن البحث عن النية المحتملة للمشرع هو تعبير فلسفي وليس واقعياً، وهو لا يخرج عن فكرة النية المفترضة للمشرع بالنسبة لمدرسة الشرح على المتن، ثم إن مثل هذا الأمر سوف يؤدي إلى أن الأشخاص لا يعلمون ما هي القاعدة القانونية التي تحكم التعامل فيما بينهم، وإن هذا الأمر سوف يؤدي إلى عدم

٢١٩ - راجع الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري- القانون الأصل لأكثر القوانين في الدول العربية- التي تبين مصادر تلك

القانون.

احترام إرادة المشرع، وإعمال إرادة القانون في كل المسائل، ويجب أن نقول هنا ما قاله الفقيه جان لوك (عندما ينتهي القانون تبدأ الفوضى) كما أنه يخشى أن يؤدي هذا إلى تحكم القضاة وشيوع الفوضى والاضطراب في الوصول إلى حلول قانونية لا تستند إلى النصوص.

المطلب الثالث

المدرسة العلمية

L'école Scientifique

نشأت المدرسة العلمية لتفسير القانون على يد العالم الفرنسي فرانسوا جيني من خلال كتابه الذي صدر في عام ١٨٩٩ تحت عنوان: (طرق تفسير القانون الوضعي الخاص)، ويقوم فكر جيني على أساس أن القاضي عند عدم وجود نص يحكم مسألة معروضة عليه أن يقوم بالبحث العلمي الحر كي يستخلص القاعدة القانونية التي تحكمها من خلال الرجوع إلى مختلف العوامل والعناصر التي تسهم في خلق القانون، وهذه مسألة يتلمسها المفسر أو القاضي في الحقائق الطبيعية والتاريخية والعقلية والمثالية، وأن سلطة القاضي في هذا الشأن ليست مطلقة بل هي مقيدة بأصول علمية وفنية، ومن أجل ذلك صاغ جيني مؤلفاً ضخماً مابين عامي ١٩٢٤ و ١٩٢٥ سماه (العلم والصياغة في القانون الوضعي الخاص) (Science et Technique en droit privé positive)، وقد بين في الكتاب المذكور أن القانون يتكوّن من عنصرين: مادة القانون والصياغة.

فمادة القانون الأولية: يكشف عنها العلم بحسبانها تدخل في أصل القانون، وإن العلم يبحث في حقائق الكون ونظامه، وهذه الحقائق تتعلق بالطبيعة والتاريخ والعقل وما وراء الطبيعة (المثالية)، أما الصياغة: فهي مسألة تدخل في باب الفن

التشريعي الذي يحدد مضمون القاعدة القانونية، وهو يتعلق بالشكل أو الصيغة دون التعدي إلى جوهر القاعدة التي يكشفها العلم، لذلك نعرض لأصل القانون في المدرسة العلمية، وطريقتها في تفسير النصوص، ومن ثم تقدير أعمال هذه المدرسة وفق الآتي:

أولاً- أصل القانون وفق المدرسة العلمية:

يتكون أصل القانون عند جيني مؤسس وصاحب المدرسة العلمية من مجموعة من الحقائق الواقعية أو الطبيعية، والتاريخية، والعقلية، والمثالية، وكل من هذه الحقائق معنى ومدلول محدد وفق الآتي:

١- الحقائق الطبيعية: تشمل حقائق الطبيعة أو الواقع مجموع ما يحيط بالإنسان بدءاً بالأرض التي يعيش عليها أو البيئة الجغرافية التي يقيم فيها، والظروف الأخرى التي تلازم حياته سواء كان جغرافية (إقليمية)، أو ظروف معنوية (نفسية وأخلاقية ودينية)، أو تعلق الأمر بالأحوال الاجتماعية والاقتصادية والسياسية. والقانون يخلق في هذه البيئة وتأثر بها مراعيًا كل هذه الظروف وعكس ذلك على حقائق الحياة وتحديد المراكز القانونية، فظروف المناخ قد تؤثر على سن الزواج والرشد والأهلية، والحالية النفسية والجسدية والاقتصادية قد تؤثر في شروط صحة الزواج، وعوامل المناخ تنعكس على تنظيم مسألة الري، وكيفية الاستفادة من الينابيع والآبار والأنهار. فهذه الحقائق حسية يدركها الإنسان بالحس والتجربة ويجب أن يأخذها بالحسبان عند وضع القواعد القانونية.

٢- الحقائق التاريخية: تعدّ معرفة التاريخ عملية علمية يتم إدراكها بالتجربة والمشاهدة، بالتالي تؤخذ بالحسبان عند وضع القاعدة القانوني، كتطور حق الملكية عبر التاريخ، وتطور مفهوم الأسرة من الأمومة إلى الأبوة إلى الوضع

الراهن لتنظيم الأسرة. فلا ينكر دور السوابق التاريخية أو القضائية في تطوير التشريع.

٣- **الحقائق العقلية:** تعدّ القواعد الناشئة استنتاجات العقل واستخلاصاته مما يحيط به من حقائق طبيعية وتاريخية من المبادئ التي يقوم عليها القانون في بعض قواعده، ويعد العقل المؤسس الأول لمفهوم القانون الطبيعي. فالعقل يتدخل لتهذيب وترتيب الحائق الطبيعية كدخله لتنظيم العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة كحقيقة طبيعية في مؤسسة الزواج وتكوين الأسرة، وإن العق يعمل من خلال حقيقة علمية تقوم على التحليل والقياس والاستقراء ووضع الحلول.

٤- **الحقائق المثالية:** تعدّ الحقائق المثالية تعبيراً صادقاً عن إرادة الجماعة وآمالها في أن تعيش في نظام قانوني مثالي وإن أية قاعدة قانونية يجب أن تراعي المثل العليا للجماعة التي تخاطبها ومنها مثلاً فكرة تعدد الزوجات ووحداية الزوجة أو الزوج، والحقائق المثالية لا تقوم على معيار يعتمد التجربة والمشاهدة بل تقوم على العواطف، وقيم غير مرئية، وإن وظيفة هذه الحقائق هي السمو بالقواعد التي يضعها العقل بحسبانه هو العامل الأقوى في أصل وجود القواعد القانونية.

ثانياً- طريقة المدرسة العلمية في التفسير :

تقوم المدرسة العلمية على طريقة في تفسير القوانين بأخذ الصحيح من كل مدرستي الشرح على المتن، والمدرسة التاريخية، وذلك بال التزام النص وأخذ المعنى الحقيقي، أو القصد الحقيقي، من النصوص التشريعية عند وجودها وعدم تحميل تلك النصوص أكثر مما تحتمل، وأجازت التوسع في تطبيق القانون عن طريق القياس واستخلاص الحلول منه إذا توافرت أسبابه على أنه وسيلة من وسائل

البحث العلمي الحر، وأقرت هذه المدرسة بوجود العرف والأخذ به عند عدم وجود نص تشريعي يحكم المشكلة المعروضة على القاضي. أما في حالة عدم وجود نص تشريعي، أو عرف يمكن تطبيقه عليها ولو من طريق القياس، فإن على القاضي أن لا يذهب إلى النية المفترضة أو المحتملة للمشرع، بل عليه أن يبحث عن الحل بإتباع منهجية البحث العلمي الحر وذلك بالرجوع إلى جوهر القانون ومادته الأولى التي يمكن استنباطها من الحقائق التي سبق بيانها، ووفق هذا الاتجاه فإن القاضي يستطيع أن يضع قواعد قانونية جديدة لحل المشاكل التي لم يضع لها المشرع حلاً، إلا أن أثر مثل هذه القواعد يقتصر على القضية التي وجدت القاعدة لحله، وليس ما يمنعه أن يغير تلك القاعدة في المستقبل في ضوء الحقائق الجديدة التي يتعين عليه الرجوع إليها عند كل مسألة لا يوجد بشأنها نص أو عرف.

فلقد فرقت هذه المدرسة بين حالة وجود نص تشريعي أو عرف يمكن تطبيقه على الواقعة المراد حلها حيث يجيب إعمال النص والعرف والبحث عن إرادة المشرع الحقيقية في تفسير النص التشريعي وتطبيقه، وعند عدم وجود نص أو عرف فإن على القاضي أن يجتهد في إيجاد الحل مستعماً وسائل البحث العلمي الحر مستعيناً بالحقائق الطبيعية والتاريخية والعقلية والمثالية.

ثالثاً- تقدير المدرسة العلمية:

يسجل لهذه المدرسة أنها اتخذت طريقاً واضحاً لجهة ضرورة الالتزام بالنص والبحث عن المعنى الحقيقي للنص وليس المعنى الافتراضي أو الاحتمالي، وأدخلت مفهوم العرف إلى جانب النص وقالت بإمكانية القياس عند اتحاد العلة من أجل الحكم، ورسمت منهجية للمفسر عليه اتباعها عند عدم وجود نص أو عرف وهي أن يلجأ إلى الاجتهاد من خلال حقائق محددة تحقق الغاية المطلوبة، ومع ذلك سجل الفقهاء بعض المآخذ والنقد لهذه المدرسة نلخصهما في سببين هما:

١- اعتمدت المدرسة كلية في نشوء القاعدة القانونية على فكرة الحقيقة العلمية ولم تعط الصياغة سوى دور هامشي، وتجاهلت دور الساسة القانونية أو التشريعية التي تؤدي دوراً مهماً في صنع القواعد التي تخدم هذه السياسة، كما أن القانون ليس فقط علماً وصياغة بل هو علم وفن وصياغة فهو يجمع بين الحقائق العلمية في الموضوع، واللباس الخاص به من خلال الصياغة، وفيه الفن من خلال السياسة القانونية.

٢- إن الحقائق التي قالت عنها المدرسة إنها علمية غير دقيق إذ يصح وصف الحقائق العلمية على المسائل الطبيعية والتاريخية، إلا أن هذا الوصف لا يصح على ما سمته بالحقائق العقلية أو المثالية لأن مكوناتها غامضة ولا تصلح للقياس، ولا يمكن وضع حدود بين حقائق الواقع وحقائق التاريخ لأنهما حقيقة واحدة هي حقيقة الواقع والتي تخضع في وجودها لقانون السببية، أما الحقائق العقلية والمثالية فهي ليست علمية، وتخضع لقانون الغاية.

المبحث الثالث

طرق تفسير القانون

Les moyen interprétation du loi

يقصد بطرق التفسير الوسائل التي يلجأ إليها المفسرون من فقهاء وقضاة وباحثين لمعرفة حقيقة المعنى المقصود في النص التشريعي وفقاً للمدرسة الموضوعية، وذلك بغض النظر من حيث المبدأ عن إرادة المشرع والتي لا يمكن إهمالها في مطلق الأحوال لأن المعنى الحقيقي لا ينفصل عن المعنى الذي أراده المشرع الذي سن النص التشريعي، وقد عمل أكثر الفقهاء على تقسيم طرق التفسير إلى طرق داخلية أي البحث عن المعنى الحقيقي في النص ذاته، وإلى طرق خارجية يتم اللجوء إليها عند عدم التمكن من معرفة المعنى الحقيقي بالطرق الداخلية.

لذا، يجب أن نفهم أن التفسير وفقاً لأكثر القوانين العربية ومنها القانون السوري ينصرف إلى النصوص التشريعية دون غيرها من القواعد القانونية، مثل العرف والمبادئ العامة في الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة، حيث إنها طرق ملزمة للقاضي في الرجوع إليها عند عدم وجود نص قانوني، ولم يترك الخيار للقاضي في البحث عن القواعد التي يمكن أن يحكم بها عند عدم وجود نص تشريعي، ثم إن القاضي يبحث عنها ولا يفسرها، مالم يقتض الأمر ذلك متى كان فيها غموض أو التباس. لذلك سنعرض للتفسير المستمد من النصوص ذاتها ونسميه بالتفسير اللفظي، وللتفسير المستمد من خارج النصوص ونسميه بالتفسير المنطقي أو العقلي، ونبين قواعد التفسير ونتائجها في المطالب الآتية:

المطلب الأول

التفسير اللفظي للنصوص

يعدُّ التفسير اللفظي تفسيراً مستمداً من عبارة النص أو لفظه أو من دلالاته سواء كانت دلالة العبارة ذاتها، أو دلالة الإشارة، أو دلالة الاقتضاء، أو كان مستمداً من روح النص أو فحواه سواء من خلال مفهوم الموافقة والمطابقة أم من خلال مفهوم المخالفة. لذلك سنعرض لمعنى التفسير اللفظي، وأشكال هذا التفسير وفق الآتي:

أولاً- معنى التفسير اللفظي:

يعرّف التفسير اللفظي بأنه وسيلة من وسائل التفسير التي يجب أن يلجأ إليها المفسر سواء كان قاضياً أو باحثاً لاستنباط معنى النص التشريعي الصحيح السليم من ألفاظه وفقاً لما هي عليه في اللغة التي كتب فيها، ويقال أنه لا يوجد نص واضح وضوحاً تاماً يمكن فهمه منه دون حاجة إلى تفسير، وعلى هذا على المفسر أن يأخذ المعاني اللغوية للكلمة محل البيان من خلال بيان المعاني المختلفة لها وإسقاطها على المعنى الأقرب إلى الواقعة من حيث الدلالات اللغوية لها، كما أن التفسير اللفظي لا ينصرف فقط إلى معنى الكلمة باللغة بل يكون وفقاً لروحها وبنائها المنطقي كمجموع وتحليل التعابير الناتجة عنها.

فالألفاظ في اللغة يجب أن تفهم كما هي لأنه لا يجوز للمفسر أن يخرج عن عبارة النص الواضحة من طريق التفسير إلى الاستناد إلى المصدر التاريخي أو الأعمال التحضيرية، أو المذكرة التفسيرية، أو حتى التعليمات التنفيذية، لأن حكم المشرع واجب الاتباع كما هو، ويقول الأصوليون وكذلك القضاة في عديد

من أحكامهم إنّه ((لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص الصريح))^{٢٢٠}، وقد كانت مجلة الأحكام العدلية قد ثبتت هذا الاتجاه بالنص على ((لا مسأغ للاجتهاد في مؤرِد النَّصِّ))^{٢٢١}، كما تم تأكيد هذا المبدأ في المادة (١/١) من القانون المدني بنص على أن ((تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها))، وعلى هذا يجب أن يقف المفسر عند لفظ النص في المعنى وفي المآل بمعنى أنه يجب أن يأخذ بالحسبان المعنى اللغوي والمعنى الحقيقي للنص ولو استعمل في ذلك قواعد المنطق وكل ذلك من أجل الوصول إلى إرادة المشرع أو حكمة المشرع من النص. أما التفسير في الفقه الإسلامي فهو استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة الشرعية دون مراعاة المفسر مقتضى الأساليب اللغوية وطرق الدلالة فيها .

ثانياً- كيفية التفسير اللفظي للنصوص:

يتعين على مفسر النصوص التشريعية الصحيحة أن يسلك طرقاً عديدة من أجل فهم عبارة النص وصرفها إلى معناها الحقيقي الذي قصده المشرع، فهو عليه أولاً أن يقف أمام ألفاظ النص في اللغة التي كتب فيها، وأن يذهب إلى معرفة المعنى من خلال إشاراتها، أو دلالتها لأنه لا يجوز الوقوف عند ألفاظ النصوص بل يجب الذهاب إلى معانيها لأن القاعدة الفقهية تقول: (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)^{٢٢٢}، وعلى هذا فإنه يستدل على النص القانوني مما يستدل من عبارته أو إشارته، أو دلالته، أو اقتضائه، وهذه عبارات متفاوتة القوة،

٢٢٠ - جاء في قرار لمحكمة النقض السورية: ((إن المبادئ الأساسية في تفسير القانون تقتضي الأخذ بالنصوص الواضحة وفقاً

لقصد المشرع، ولا تجوز استبعاد تطبيقها بحجة التفسير)) نقض خصاصة رقم ٢٣٩ أساس ١٥٣٦ تاريخ ١٩/٢/١٩٨٣ مجلة

المحامون ص ٨٩٥ لعام ١٩٨٣ قاعدة ٢١٧٨ أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية . ج ٥ / استانبولي . ص ٣٤٢.

٢٢١ - انظر المادة (١٤) من مجلة الأحكام العدلية المؤلفة من لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية.

٢٢٢ - انظر المادة (٣) من مجلة الأحكام العدلية.

وعند التعرض يرجح مفهوم العبارة أو اللفظ على مفهوم الإشارة، ويرجح المفهوم بأحدهما على مفهوم الدلالة، لذلك سنعرض لهذه المصطلحات أي العبارة والإشارة والدلالة وفق الآتي:

١ - تفسير النص التشريعي من عبارته (لفظه):

يقصد بعبارة النص مفرداته اللغوية وهو في الأصل حالة لغوية تدل على الجملة أو شبه الجملة، والأصل في اللغة العربية أن تتكون العبارة من جملة فعلية أو جملة اسمية، وإن المقصود بفهم النص من عبارته يعني المعنى الذي يتبادر إلى العقل أو الذهن مباشرة من خلال سياقه، أو المجرى العادي المألوف في استعمالات اللغة، والأصل أن يتطابق المعنى اللغوي مع المعنى الاصطلاحي مالم يكن قد استعمل المشرع اصطلاحاً لا يتفق مع معناه اللغوي، فالزنا يعني في القانون علاقة محرمة وهو في اللغة اتصال بين رجل وامرأة دون زواج، ووضع اليد والقوة القاهرة والتأمين والغيبة لها معانٍ في اللغة تختلف عن معناها الاصطلاحي، وعبارة النص غير قاطعة الدلالة في اللغة على حقيقة المقصود منها، ولا يجوز أن يأخذ المشرع كل كلمة ليفسرها بمعزل عن باقي الكلمات، بل عليه أن يبحث عن الكلمة في سياق النص كما سبق البيان في تفسير معنى (تنازل)^{٢٢٢}، ومن أمثلة وضوح العبارة وهي كثرة في القانون منها على سبيل المثال ما نصت عليه المادة (٥) من القانون المدني ((من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً، لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر))، أو ما نصت عليه المادة (١٦٤) مدني ((كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض))، مثلها كثير في النصوص الواضحة العبارة ولا تحتاج إلى تفسير.

٢٢٢ - انظر كل من الدكتور سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٣٤٢-٣٤٤، ود. جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ٢٠٥.

ود. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - ص ٥٢٠، ود. محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص ٢٠٥.

٢- تفسير النص التشريعي إشارة:

يعني أن يفهم معنى النص من خلال التلازم في الألفاظ لأن العبارة غير واضحة منه. إذ لا يتبادر فهم النص من ألفاظه ولكن يكون لازماً لمعنى متبادر منها وغير مقصود فيها، أي أن ما يشير إليه النص قد يحتاج فهمه إلى دقة نظر ومزيد من التفكير من أجل معرفة وجه التلازم، فقد نصت المادة (٥٣٠) من القانون المدني السوري على أنه "إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة أو على كيفية تقديرها، أو إذا تعذر إثبات مقدار الأجرة. وجب اعتبار أجر المثل"، فإن عبارة النص تفيد إشارة إلى أن عقد الإيجار الذي لم يتم فيه تحديد بدل أجرة المأجور يكون صحيحاً، وكذلك الأمر لو تم إبرام عقد بيع بين طرفين ولم يحدد فيه الثمن، فقد ذهب الاجتهاد إلى أن العقد صحيح على أساس ثمن المثل^{٢٢٤}.

لذا، يعدّ الفهم من طريق الإشارة قليلاً كوسيلة من وسائل تفسير النصوص، ولا ينصح به إلا في حالات خاصة، وللضرورة ومن قبل المختصين الفقهاء أو القضاة، وقد جاء في القرآن الكريم ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْتِجَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^{٢٢٥}، ويفهم من عبارة الآية أن نفقة الأبناء من طعام وكسوة على الأب ويفهم منها إشارة أن الأب هو المختص بنسبة الأبناء إليه، ويفهم إشارة من نص المادة (٤٣٤) مدني ((إذا

٢٢٤ - جاء في قرار لمحكمة النقض السورية: ((إن الثمن إذا لم يكن محدداً باتفاق الطرفين فإن ذلك لا يؤدي إلى بطلان البيع متى

تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويّا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما. وتكون

العبارة ليست بقيمة المبيع في ذاته بل بسعر التداول سواء كان أقل أو أكثر من قيمة المبيع الحقيقية)) - نقض سوري رقم ٢٥٦

أساس ٨٥٣ تاريخ ٢٠ / ٣ / ١٩٧٢. سجلات محكمة النقض - التقنين المدني السوري - شفيق طعمة + أدیب استانبولي

الجزء الرابع.

٢٢٥ - سورة البقرة - الآية (٢٢٣).

بائع شخص شيئاً معيناً بالذات، وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع))، أن البيع يكون صحيحاً إذا أقره أو أجازته المالك.

٣- تفسير النص التشريعي دلالة:

يعني تفسير النص التشريعي دلالة أن نفهم معناه من روحه ومعقوله، أي استنتاج المعنى أو الاستدلال عليه من طريق مفهوم الموافقة، أو من خلال مفهوم المخالفة استناداً لفحوى النص وروحه، وتفسير النص بالدلالة هو أهم وسيلة من وسائل التفسير الداخلية للنصوص استناداً إلى اللفظ، إلا أنه لا يجوز اللجوء إلى التفسير بطريق الدلالة إذا كانت عبارة النص واضحة وضوحاً كافياً لمعرفة المعنى والحكم وقد أكدت مجلة الأحكام العدلية ذلك بالنص على أن ((لا عبْرَةَ لِلدَّلَالَةِ فِي مُقَابَلَةِ التَّصْرِيحِ))^{٢٢٦}، ويتم التفسير بالدلالة من خلاله تفسير النص بطريق الموافقة أو بطريق المخالفة وفق الآتي:

أ- الاستدلال على معنى النص بطريق الموافقة:

يعني التفسير بطريق الموافقة أو المطابقة إعطاء حكم صحيح واضح لمسألة ورد فيها نص على مسألة أخرى لم يرد بشأنها نص، ويطلق عادة على دلالة النص مصطلح يسميه الفقهاء (القياس)، وهو يعني مد حكم نص معين على مسألة لم يرد بشأنها حكم وذلك لاتحادهما في العلة، ويسمى التفسير في هذه الحالة بالتفسير بطريق (القياس). ويدخل تحت هذا المصطلح نوعان قياس عادي وقياس من باب أولى وفق الآتي:

(١) - التفسير بالقياس العادي:

يتم فهم عبارات النص بطرق مختلفة منها عن طريق الوقوف على المعنى الحرفي للنص وفقاً لما ورد في قاموس اللغة، ومنها بطريق الإشارة أو الدلالة،

٢٢٦ - المادة (١٢) من مجلة الأحكام العدلية.

وأهم فهم لها في القانون هو القياس الذي يقصد به فهم الحكم بطريق الاستنتاج عن طريق تطبيق الحكم الواضح الوارد في نص معين على حالة لم يرد بشأنها نص أو حكم لاتحاد وتساوي العلة في الحالتين حيث يتم التوفيق والمطابقة بين علة المنطوق وعلّة المفهوم وهذا، يعني مد المعنى الظاهر للنص إلى روحه ومقتضاه، والقياس يحتاج إلى ثلاثة أركان هي: القاعدة الأصلية التي ورد نص بشأنها وتسمى المقاس عليه، والحالة الجديدة التي لم يرد نص بشأنها وتسمى الحالة المقيسة، وعلّة القياس أو سببه وهو الوصف المشترك بين الحالتين^{٢٢٧}، ويذكرنا الفقه الاسلامي في حالة حرمان الوارث قاتل مؤثرته من الميراث بناءً على مقتضى القاعدة التي تنص على "أن من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه"^{٢٢٨}، وقياسهم حالة قيام الموصي له بقتل الموصي وحرمانه من الوصية لذات علة حرمان الوارث من التركة^{٢٢٩}، إلا أنه لا مجال للقياس في مجال

٢٢٧ - انظر المادة (١٥) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أن ((ما ثبت على خلاف القياس فجزؤه لا يقاس عليه))، وقد جاء في شرحها أنها النسخ الوارد على خلاف القياس يقتصر على مؤثره، ويقال لذلك الشيء أي الوارد به نص أصلي، أو مقيس عليه، أو مشبهة به، ولغيره فرع، ومقيس، ومثبته - انظر الفقرة الأخيرة من تقرير جمعية المجلة من قوله: وعند الإمام الأعظم الخ وانظر المواد: ١٧، ٢٨٠، ٢٨٨، ٢٩٢، فترى فيها أنهم قد جوزوا السلم والاستصناع على غير القياس و قد جوزوا الاجارة أيضا، مع أنها من قبيل بيع المنافع وهي معدومة عند العقد و بيع المعلوم باطل على ما في المادتين: ٢٠٥ و ١٩.

٢٢٨ - المادة (٩٩) من مجلة الأحكام العدلية .

٢٢٩ - جاء في قرار لمحكمة النقض السورية في قضية تتعلق برجوع الواهب عن هبة للحفيد: ((إن نص المادتين ٢٧٥ و ٢٨٩ من قانون الأحوال الشخصية إنما ينصرف إلى ما يتعلق بأحكام الإرث وتعيين الورثة وإن ما يتعلق بالهبة والمنع المشار إليه في المادة ٢٧٠ من القانون المدني فيرجع بشأنها إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تنص بها باعتبار أن الحكم بصدد لزوم الهبة مستمد من الفقه الإسلامي، وفي حال ثبوت الجحود فليس يستتبع ذلك جواز الرجوع في الهبة لذی رحم محرم مع قيام المنع لقانوني، وإن الغرض من المنع في الرجوع في الهبة لعله القرى موقرا للحفاظ على صلة القرى والرابطة العائلية فهو أكثر ما يكون توفرا في صلة الأم بابنتها)) - نقض سوري رقم ١٢٢٤ تاريخ ١٩٨٠/٨/٢١ - مجلة القانون . ص ٨١٩/١٩٨٠ - التقنين المدني السوري - شفيق طعمة + أنيب استانبولي الجزء الخامس.

النصوص الجزائية^{٢٣٠}، ولا القياس على النصوص الاستثنائية^{٢٣١}، أو الخاصة بحكم مسألة معينة على سبيل القطع والتحديد^{٢٣٢}، ولا يجوز قياس التزام الكفيل المتضامن على التزام المدين المتضامن لاختلاف السبب والعلة^{٢٣٣}، كما لا يجوز القياس على النصوص التي جاءت على خلاف الأصل^{٢٣٤}. أما إذا كان التوسع

٢٣٠ - نقض مصري قرار ٤٣ تاريخ ٩٥٦/٣/٣٠ ح ٣٨٩٢. الموسوعة القانونية لأس كيلاني. قانون العقوبات. قاعدة مرجع في قرار آخر أن ((قاعدة عدم جواز التوسع في تغير القانون الجنائي والقياس عليها لا يمنع القاضي من الرجوع إلى الوثائق التشريعية والأعمال التحضيرية لتحديد قصد الشارع)) - مصر. قرار ٦٩٧ تاريخ ٩٤١/٥/١٩ مج ٩١٨. الموسوعة القانونية لأس كيلاني. قانون العقوبات. قاعدة ٥٧٤.

٢٣١ - جاء في قرار لمحكمة استئناف دمشق أن ((قانون الإيجار الموسمي هو قانون استثنائي وخاص وبالتالي يجب تفسيره في أضيق الحدود ولا يجوز التوسع في تفسير أحكامه ولا القياس لأن أحكامه من النظام العام)) - استئناف دمشق. غرفة الإخلاء. رقم ٢٩٦ أسس ١٠٠١ تاريخ ١٩٩٤/١١/٢٣ سجلات الاستئناف قاعدة ١٢. التقنين المدني / ملحق ج ٥ / قانون الإجراءات القسم الثالث. شفيق طعمة/أديب استنبولي. ص ٨١.

٢٣٢ - جاء في قرار لمحكمة النقض السورية ((إن الأوراق الصالحة للتطبيق عدت في القانون على سبيل الحصر، ولا يسوغ للقضاء أن يضيف إلى هذه الحالات حالات أخرى على سبيل القياس. وصدر حكم بصحة التوقيع على مستند ونسبته إلى الخصم لا يجعله وثيقة صالحة للتطبيق)) - نقض سوري رقم ٥٨٤ تاريخ ١٩ / ١٢ / ١٩٦٣ مجلة لقانون ص ٢٣ لعام ١٩٦٤، ومثله جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية ((إن القاعدة المقررة بشأن الأوراق التي تقبل للمضاهاة هي قاعدة أساسية لا يجوز التوسع فيها ولا القياس عليها)) - نقض مصري رقم ٣٤١ تاريخ ١١ / ١ / ١٩٦٨ الموسوعة الذهبية ج ١ ص ١٦٥ بند ٤٢٣.

٢٣٣ - جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أن ((لا يجوز أن يسوي الحكم عن طريق القياس بين الكفيل المتضامن والمدين المتضامن، لأن تضامن الكفيل مع المدين لا يصوره مدنياً أصلياً بل يبقى التزامه تبعياً. وإن كان لا يجوز له التمسك بالزلم الدائن بالمطالبة بالوفاء أو التنفيذ على أمواله أولاً. وينبغي على كون التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين أنه ينقضي حتماً بانقضائه، ولو كان التقادم قد انقطع بالنسبة للكفيل. ولا فرق في هذا الحكم بين الكفيل المتضامن و الكفيل غير المتضامن)) - نقض مصري تاريخ ٢٤ / ٤ / ١٩٥٢ مجموعة المكتب الفني. السنة ١٢ ص ٩٣٧، وجاء في قرار لمحكمة النقض السورية ((إن ما نصت عليه المادة ٧٥٠ من القانون المدني بشأن مساعلة الدائن عن خطئه بإضاعة ضمان الذين وردت بصورة مطلقة لم يستثنى منها الكفيل المتضامن فإنها تشمل ولا مجال لاستثنائه من أحكامها بطريق القياس على أحوال التجريد التي تؤلف موضوعاً مستقلاً. وقد استقر الاجتهاد والفقهاء على هذا الرأي، نقض سوري - رقم ١٢٦٥ أسس ٣٤٤ تاريخ ٦/٢٩ / ١٩٦٤)) - مجلة المحامين لعام ١٩٦٤ - ص ١٢٥ / ١٩٦٤ قاعدة ٢٥٣٠. التقنين المدني السوري ج ٦. لستنبولي. ص ٦١١٢.

٢٣٤ - جاء في قرار لمحكمة النقض - الغرفة الشرعية أنه: ((استقر الاجتهاد على أن طلب التعويض في حالة التفريق في غير محله القانوني، ولو كانت المسؤولية في أكثرها على الزوج لأن المستفاد من نص المادة ١١٧ من قانون الأحوال الشخصية، -

في تفسير النصوص ولو بطريق القياس على نص استثنائي يهدف إلى إعادة تطبيق النص الأصلي فإنه يكون جائزاً ما لم يكن في غير صالح المتهم في القضايا الجزائية فعندئذ من غير الجائز القياس عليه.

(٢) - التفسير بالقياس من باب أولى:

يكون تفسير بطريق القياس من باب أولى عندما تكون العلة في الحالة التي لم يرد بشأنها نص أوضح من الحالة التي ورد نص صريح واضح عليها، وإن القياس يكون من باب التفضيل والرجحان والأولوية على القياس بالطريق العادي. فلذلك يسمى بالقياس الجلي، لأن موافقة الحكم في الحالة الثانية أوضح منها في حالة القياس العادي، ويورد لنا أيضاً فقهاء الشريعة للتدليل على هذا التفسير قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفٌ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾^{٢٣٥}، فقد جاء في التفسير أن عبارة (أفٌ) بمعنى (تبأ وقبحاً) وعبارة (ولا تنهرهما) بمعنى (تزجرهما) (وقل لهما قولاً كريماً) أي جميلاً ليناً، فإنه يكون من باب أولى التفسير أن لا تضربهما، ولذلك يختلف القياس من باب أولى عن القياس العادي لأنه يمكن فهمه من خلال سياق اللغة دون الحاجة إلى استنباط أو اجتهاد، ويساق مثال عليه في القانون المدني أن المادة (١/٥٦٨) قد نصت على أن "لا ينتهي الإيجار بموت المؤجر ولا يموت المستأجر"، فإنه من باب أولى أن لا ينتهي عقد الإيجار بفقد الأهلية بسبب الجنون أو العته.

===== أن الطلاق الذي يأتيه الزوج هو السبب الوحيد من أسباب انتهاء الحياة الزوجية الذي يستند إليه التعويض إذا طلق الرجل زوجته متعصفاً في طلاقها فلا وجه للقياس في هذا النص الذي جاء على خلاف القياس. لأن من المعلوم في الأصول أن ما جاء على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه)) - نقض سور . الغرفة الشرعية . أساس ٧٣٨ قرار ٨٣٩ تاريخ ٢٨ / ١٢ / ١٩٨٢ .

٢٣٥ - سورة الإسراء - الآية (٢٣).

ب- الاستدلال على معنى النص بطريق المخالفة:

يعدُّ التفسير عن طريق الاستنتاج بمفهوم المخالفة للحكم الوارد في نص صريح على حالة أخرى لم يرد بشأنها نص من طرق التفسير الداخلية بالاستناد إلى مدلول النص أو روحه، وهي تقوم على أساس استعمال عكس الحكم الوارد في النص أو هو دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه لانتفاء قيد من القيود المقيدة للحكم. فقد جاء النص على أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عن الضرر الذي ينشأ عنه.

فوفقاً لمفهوم المخالفة إذا استعمل صاحب الحق حقه بصورة غير مشروعة فإنه يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب الغير من جراء هذا الاستعمال، كما أن المادة (٤٠٥) من القانون المدني نصت على أنه ((إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع)). بمعنى المخالفة إذا هلك المبيع بعد التسليم لا ينفسخ البيع، والعلة تكمن هنا في الوصف، وقد تكون في الغاية كأن تقيد دلالة اللفظ على تحقيق غاية محددة وكثيراً ما يرد في النصوص التشريعية ما لم يوجد نص مخالف، وفي هذا جهالة مطلقة من المشرع لا يعلم أحد أين تصل بالمرسأ أو بمن يقوم بتطبيق النصوص، وقد يرد تعليق الحكم على شرط كالنص الوارد في المادة (٨٢٨) من القانون المدني على أن ((من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه، ملكه))، ووفقاً لمفهوم المخالفة لا يجوز تملك منقول مملوك للغير بوضع اليد عليه أي بالحيازة. لذلك، ومع وجود تطبيقات كثيرة لمفهوم المخالفة إلا أن التفسير بمفهوم المخالفة له نتائج خطيرة، لا يمكن القبول بها لأن حكم النص الأصلي قد يكون على سبيل المثال ولحكمة خاصة، ولا يتوافر عكسها في مفهوم المخالفة، ولا يصح الأخذ بها ويقال فيها إنها وسيلة غشاشة، فقد نصت الفقرة (٢) من المادة (٣٨٩) من القانون المدني على البيع بشرط التجربة معلق على شرط

واقف هو قبول البيع مالم يتبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ، فهل يعني مفهوم المخالفة أن البيع بشرط المذاق أو الرؤية هو بيع منجز وبات وغير معلق على شرط^{٢٣٦}.

كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية منقسمون في جواز الأخذ بالتفسير بمفهوم المخالفة، ولكل منهما حججه ومبرراته، وإن القائلين به يضعون شروطاً لإعماله، وفي جميع الأحوال فإنه إذا لم يقدّم الدليل على أن النص محل التفسير لم يرد على سبيل المثال أو التخصيص، ولا يوجد نص صريح يخالف التفسير بمفهوم المخالفة فإن هذا الطريق يجب أن يبقى سالكاً لفائدته العملية الكبيرة في ساحات الميدان العملي وتطبيقات المحاكم في الاجتهاد القضائي.

المطلب الثاني

التفسير المنطقي للنصوص

يعدّ التفسير المنطقي تفسيراً من خارج النص إذ يستعين المفسر بمصادر خارجية من أجل التعرف على إرادة المشرع، ونسميه بالتفسير المنطقي لأن تفسير عبارة النص لفظاً أو إشارة أو دلالة لم يعدّ يؤدي وظيفته على الرغم من محاولة فهم عبارات النص جملة وتفصيلاً مرتبطة مع بعضها البعض^{٢٣٧}.

لذا، يتم اللجوء إلى التفسير المنطقي عند وجود عيب في النص يتجلى في الخطأ المادي والمعنوي، أو في الغموض والإبهام الذي لم يتم بيانه من خلال التفسير اللفظي أو الداخلي، أو في نقص عبارة النص، أو في تعارض النصوص.

٢٣٦ - د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٣٤٩ - ٣٥٠.

٢٣٧ - يعتقد كل من أن موضوع التفسير هو الكلمة في النص، ولذلك يلاحظ غموض في كل نص، والحقيقة هي أن التفسير ليس

كلمة بذاتها بل النص بأكمله، وبذلك يمكن الكشف عن إرادة المشرع في النص.

لذلك سنعرض لمفهوم أو معنى التفسير المنطقي، والعوامل التي يعتمد عليها ونتائج هذا النوع من التفسير، ومعاييره وفق الآتي:

أولاً- معنى التفسير المنطقي:

يهدف التفسير إلى معرفة الحكم في القاعدة القانونية، وهو من حيث المأل عملية عقلية منطقية تؤدي إلى التعرف على إرادة المشرع الحقيقية التي تكمن في النص التشريعي، وقد تمّ البيان على أن التفسير اللفظي يكون في التشريع الصحيح السليم.

أما إذا كان في التشريع عيب سواء كان العيب لغوياً أو خطأ مادياً أو نقض النص فإن التفسير الداخلي أو اللفظي لا يكون مفيداً، لذلك يتم اللجوء إلى التفسير من خارج النص لفهم حقيقة مضمونه، ويرتكز هذا التفسير على المنطق الذي يؤدي إلى القناعة المطلوبة في فهم تلك الحقيقة، وقد تمت تسمية هذا التفسير بالتفسير المنطقي لأنه يستعمل أساليب بحثية دقيقة وعميقة من أجل الوصول إلى روح النص، وهو يستعمل العقل أو حكمة التشريع، إضافة إلى الأصول التاريخية المرتبطة بالنص من خلال الأعمال التحضيرية، أو العوامل الاجتماعية. لذلك سنعرض هذه المسائل في الفقرات التالية.

ثانياً- عوامل التفسير المنطقي:

تتعدد العوامل التي يستند إليها المفسر سواء كان أستاذاً أم قاضياً أو باحثاً، أو مختصاً، أو مهتماً، فمنها عوامل عقلية تقوم على أساس البحث عن حكمة المشرع من النص، أو من خلال التنسيق بين النصوص ومقاربتها وصولاً إلى معرفة النقص أو الغموض، وكذلك البحث في المسائل التاريخية التي رافقت وضع النص من خلال الأعمال التحضيرية، ولا يمكن إغفال المبادئ العامة للقانون أو بديهيات القانون، وكل هذا مفيد في التفسير الخارجي أو المنطقي للنصوص، مع

الأخذ بالحسبان الدور الاجتماعي في تفسير القانون لجهة تقبله له من عدمه،
وسنبين هذه العوامل وفق الآتي:

١- حكمة المشرع:

تهدف قواعد التشريع جميعها إلى تحقيق غايات وأهداف محددة، وهذا ما أكدته القاعدة الفقهية الشهيرة التي نقول (الأمر بمقاصدها)^{٢٣٨}، وجاء في شرحها (أَنَّ الْحُكْمَ الَّذِي يَنْزَعُ عَلَى أَمْرٍ يَكُونُ عَلَى مُقْتَضَى مَا هُوَ الْمُقْصُودُ مِنْ ذَلِكَ الْأَمْرِ)، وعلى هذا فإن حكمة التشريع هي الغاية أو المصلحة التي قصد المشرع تحقيقها من وضع النص أو هي المصلحة التي استهدف حمايتها، مع الأخذ بالحسبان الاعتبارات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والأخلاقية التي دعت إليها، ويقال إن معرفة حكمة المشرع من النص هي عامل حسم في بيان غموض النص ومعرفة الحلول للحالات المماثلة التي لم يشملها النص وذلك باستعمال طريقة التفسير الواسع أو الموسع^{٢٣٩}.

لذا تعد معرفة حكمة المشرع طريقاً من طرق تفسير النصوص عندما يوجد في تلك النصوص عيب، أما إذا كانت النصوص واضحة جلية المعنى من خلال عبارتها فلا محل للبحث عن حكمة المشرع أو عن المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها^{٢٤٠}، من أبرز التطبيقات في معرفة حكمة المشرع هو في تفسير عبارة (الليل) والتي تحمل معنيين كما سبق البيان معنوي لغوي يفيد بالظلمة، ومعنى فلكي يفيد بالفترة الواقعة بين غروب الشمس وشروقها، وقد ذهب القضاء في مصر إلى اعتبار الليل ظرفاً مشدداً للجرائم التي تقع ليلاً في أنها التي تقع في جنح

٢٣٨ - انظر المادة (٢) من مجلة الأحكام العدلية.

٢٣٩ - د. محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص ٢١٠-٢١١.

٢٤٠ - انظر د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٣٦٧-٣٦٨، ونقض مصري في ١٩٨٠/٥/٢٩ - في الطعن رقم ١٣٩٢ -

السنة ١٤٧ق.

الظلام^{٢٤١}، كما أن المحكمة الإدارية العليا في مصر قد فسرت النص الذي يعطي العاملين في الصحراء مرتب إقامة بالاستناد إلى حكمة المشرع وهي التشجيع على العمل في تلك المناطق النائية^{٢٤٢}، وإن الاجتهادات القضائية التي اعتمدت في تفسير النصوص على حكمة المشرع نادرة وإن كان يشار إليها أحياناً في سياق أسباب الحكم.

لذلك. تجدر الإشارة إلى أنه يجب التفرقة بين الحكمة التشريعية والمناسبة التشريعية حيث تشير الأولى إلى الغاية والهدف، بينما تشير الثانية إلى السبب المباشر الذي أدى إلى زيادة التشريع كزيادة الرواتب والأجور بمناسبة معينة، حيث تبقى الغاية هي تحسين الوضع المعاشي للعامل، بينما تكون الثانية حافزاً على هذا التحسين، وأن زوال المناسبة لا يغير من القاعدة التشريعية التي تبقى مطبقة إلى أن تعديلها أو إلغائها، وأن المفسر عندما يبحث عن المعنى الحقيقي لقاعدة وضعت في زمن قديم لا يبحث في المناسبة بقدر ما يبحث عن الأساس العقلي في وقت التفسير وليس في وقت المناسبة، لأن النصوص كالحياة تعيش معها وتبقى معها وتفسر في وقت التطبيق لذلك يقال لا ينكر تغيير التفسير بتغير الزمن كما يقال لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الزمان.

٢- التنسيق بين النصوص:

يُعَدُّ التنسيق بين النصوص المتعارضة أو المتباينة إحدى وسائل التفسير المنطقي لما ورد فيها متن أحكام، وذلك من خلال بيان الترابط والتكامل فيما بينها بناء

٢٤١ - د. حسن كيرة - المرجع السابق - ص ٤٠٤، وقد ورد هذا المثال في جميع المؤلفات المصرية في مادة المدخل إلى علم القانون والوارد كمراجع في هذا الكتاب. مع العلم أن محكمة النقض السورية قد أخذت بالتفسير الفلكي ولم تذهب مذهب محكمة النقض المصرية.

٢٤٢ - انظر القاعدة رقم (٢٠٠) - من مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات من (١٩٥٥-١٩٦٥) -

على أن التشريع في الدولة يشكل بنياناً واحداً ، وتحدد معاني النصوص فيها من خلال مقارنة بعضها مع البعض الآخر لاسيما إذا كان أحدها أصلاً للآخر ، ولذلك يقال إنه إذا غاب وجه من المعاني التي يمكن أن يتضمنها نص تشريعي فإنه يمكن الاستدلال عليها من مقارنته ومقارنته مع تشريع آخر سواء بالجملة أم بالتفصيل سواء كانت النصوص واردة في تشريع واحد أم في تشريعات متعددة، وتسمى هذه الطريقة بالتفسير المنهجي من جهة أن المنهجية لا تتفصل عن المنطق بحسابه خطة تؤدي إلى نتائج منطقية.

٣- العامل التاريخي في تفسير النصوص:

يقصد بالأصول التاريخية مصدر القاعدة القانونية أي المصدر الذي استمد المشرع منه عبارة النص، وفي هذا السياق لا يمكن تجاهل القانون المدني المصري أو مجلة الأحكام العدلية، والشريعة الإسلامية بصفتها مصدراً تاريخياً للقانون المدني السوري، كما لا يمكن تجاهل القانون المدني الفرنسي والسويسري والإيطالي كأصل تاريخي للقانون المدني المصري، وكذلك الأمر بالنسبة للتشريعات الأخرى المستمدة من القانون الفرنسي مثل: قانون العقوبات والقانون التجاري، وقانون الموظفين وغيرها، ومع البعيد البعيد يجب أن يؤخذ بالحسبان القانون الروماني، وقانون حمورابي، وأن دور المصدر التاريخي في التفسير هو دور ضعيف، وإن الرجوع إليه يساعد في فهم المعنى اللفظي للنصوص أكثر مما يساعد في التفسير ذاته كطريق خارجي نسد به العيب، وإن أكثر ما أثبت هذه المسألة كانت تتعلق بترجمة النصوص الفرنسية إلى العربية في قانون العقوبات.

٤- الأعمال التحضيرية:

تعرّف الأعمال التحضيرية بأنه مجموعة الوثائق والمحاضر والسجلات التي تتضمن المناقشات والمسودات والمذكرات، وأعمال اللجان والتقارير ذات الصلة

والتي كانت رافقت وعاصرت وضع النص التشريعي^{٢٤٣}، لذلك فإن الأعمال التحضيرية تلقي الضوء على ملابسات النص وتهدّي في التعرف إلى مضمونه ووفق الرأي الراجح فإنها لا تتمتع بالصفة الرسمية، ولا بالقوة الملزمة للقاضي بل هي وسيلة أو طريقة من طرق التعرف على إرادة المشرع في النص الغامض الذي لا يمكن فهمه من خلال عبارته، ولا يمكن استعمال الأعمال التحضيرية من أجل سد النقص في التشريع أو الخروج على أحكامه كما وردت فيه بحسبانه هو الإرادة النهائية للمشرع^{٢٤٤}، ويجب الحذر عند الرجوع إلى الأعمال التحضيرية بسبب كثرة الأخطاء الواردة فيها^{٢٤٥}.

فمما يجب أخذه بالحسبان هو أن الأعمال التحضيرية قد تتضمن آراء شخصية لبعض من شاركوا في وضع مسودة القانون، ولا يمكن اعتماد هذه الآراء الشخصية من أجل التعرف على إرادة المشرع ونيتته، بل يجب الرجوع إليها بحسب ترتيب وضعها، والوقوف عند الصيغة النهائية التي تم تداولها والاتفاق عليها من قبل أعضاء اللجنة أو اللجان التي كلفت بإعداد مسودة مشروع النص التشريعي^{٢٤٦}.

لهذا، تعد تطبيقات الرجوع إلى الأعمال التحضيرية إن وجدت للنص التشريعي في مجال التعرف على إرادة المشرع قليلة ولو تم الرجوع إليها من أجل فهم النص إلا أنه لا يتم الإشارة إليها في الأحكام لأنّ المعول عليه كما سبق

٢٤٣ - انظر كل من : د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٣٦١، ود. حسام كامل الدين الأهواني - المرجع السابق - ص ٢٧٦ وما بعدها، و د. محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص ٢٢٣-٢٢٤.

٢٤٤ - انظر كل من : د. عبد الحمي حجازي - المرجع السابق - ص ٥٢٤-٥٢٥، وهناك من يرى من الفقهاء أنها يمكن تكمل النقص في التشريع ومنهم ود. عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو سنيّت المرجع السابق - ص ٢٤٩.

٢٤٥ - ومنهم ود. عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو سنيّت المرجع السابق - ص ٢٤٩، وجميل الشراوي - المرجع السابق - ص ٢٠٣، وشمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص ٢٧٦، ود. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٣٦٢.

٢٤٦ د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٣٦٤.

البيان هو معنى العبارة اللغوي والاصطلاحي لفظاً وإشارة ودلالة، وإن اقتضى الأمر تم اللجوء إلى القياس، والتفسير بمفهوم المخالفة، وبفيد الرجوع إلى الأعمال التحضيرية في بيان السبب الذي أدى إلى إصدار التشريع أو وضع النص على النحو الذي ورد فيه ومن ثم تساعد في الوقوف على حكمة المشرع منه وذلك تعد طريقاً من طرق فهم القانون ووضعه في معناه الحقيقي الذي قصده المشرع^{٢٤٧}، إلا أن أسوأ الأعمال التحضيرية هي تلك التي قد تفرق مع مشروع النص التشريعي تحت اسم مذكرة تفسيرية، وهذه لا تصلح لأن يطلق عليها تسمية الأعمال التحضيرية وفقاً لمعناها الفني وهي التي تتم من قبل مجموعة من العلماء المختصين يتداولون الأفكار ووضع مسودة النص من خلال آراء محترمة ولها النّقل العلمي في مجال القانون، ثم إن آراء الوزراء أو الموظفين لديهم أو بعض الخبراء الذين تستدعيهم لسماع دفاعهم في معرض مناقشة مشروع قانون لا يمكن اعتبارها أعمالاً تحضيرية، وعلى هذا الأساس فإن ما يتم اليوم من تسميات تحت اسم أعمال تحضيرية، أو مذكرات إيضاحية لا تعبر إلا عن رأي واضعيها، ولا يمكن أن نأخذ بها من أجل التعرف على إرادة المشرع، أو على المعنى الحقيقي للنص التشريعي، وهي كأي رأي فقهي تعتمد على سبيل الاستئناس، والاطلاع عليها كمعلومات^{٢٤٨}.

٥- المبادئ العامة للقانون والعامل الاجتماعي:

تعدّ المبادئ العامة للقانون من الوسائل التي قد تساعد على فهم نصوص القانون، ومعرفة إرادة المشرع منها، وتدخل في طرق التفسير المنطقية بخضوعها للمحاكمة العقلية، لأنها عبارة عن منارات تهدي الضالين إليها لمعرفة الحقيقة، لأن الأحكام العامة أو المبادئ العامة كمسألة البديهيات في الرياضيات لا يمكن

٢٤٧ - انظر بعض هذه الأفكار في : د. محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص ٢٢٢.

٢٤٨ - د. حسام كامل النين الأهواني - المرجع السابق - ص ٢٧٩.

البرهان عليها إلا أنها تساعد في إيجاد الحلول للمسائل، ومن هذا القبيل فإذا كان النص غامضاً وجب تفسيره بما يتفق مع أحكام الدستور بوصفه القانون الأساسي في الدولة تتطوي تحته كل التشريعات والنصوص، إلا أن معايير هذا النوع من التفسير تراعي المقتضيات الاجتماعية للعلاقات في الحياة.

إذ إن الحياة في حركة مستمرة باتجاه الأمام لا تتظر كثيراً إلى الوراء ولذلك يجب أن يواكب التفسير هذه المسيرة المتطورة والمتغيرة، وأن يتفهم الإرادة التشريعية بفضل هذه العوامل من خلال مراعاة الشعور العام في الجماعة ومدى ملائمة تفسير النص للواقع الاجتماعي لحظة التفسير ثم تكون أكثر استجابة لحاجات المجتمع الجديدة المتطورة^{٢٤٩}.

ثالثاً - نتائج التفسير المنطقي:

يترتب على التفسير المنطقي للنصوص نتائج متباينة . فقد يكون التفسير المنطقي متفقاً مع التفسير اللفظي، فيكون كاشفاً للمعنى الحقيقي الذي سبق وقرره التفسير اللفظي، وتكون النتيجة في هذه الحالة تقريرية، وقد يكون مختلفاً مع التفسير اللفظي بحيث يكون أضيق أو أوسع منه وهذا يعني أن التفسير المنطقي كان موسعاً أو كان ضيقاً. لذلك سنعرض لهذه النتائج وفق الآتي:

١ - التفسير المنطقي التقريري:

سبق البيان أن التفسير اللفظي هو الأساس في فهم معنى النصوص إلا أن ذلك ليس مقدساً ونهائياً وقاطع الدلالة على حقيقة المقصود ولذلك قد يكون من المفيد التعمق في بيان الحقيقة فيتم اللجوء إلى التفسير المنطقي، وعندما تتفق نتيجة التفسير اللفظي مع نتيجة التفسير المنطقي يكون التفسير المنطقي مقررأ أو كاشفاً للمعنى الذي تم من خلال معرفة مضمون العبارة من لفظها، وإن سلامة

٢٤٩ - د. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - ص ٥٢٦.

التفسير تظهر بجلاء أكبر بسبب هذا التطابق، ويجب عندئذ إعمال إرادة المشرع بتطبيقه وفقاً للمعنى التوافقي بغض النظر عما إذا كان عادلاً أو غير عادل في نظر القاضي، لأن وظيفة القاضي الأساسية هو تطبيق النصوص التي افترض فيها المشرع توخي العدالة، وهذا ما يعبر عنه أصولياً ((لا مَسَاحَ لَلْجَهَادِ فِي مَوْرِدِ النَّصِّ))^{٢٥٠}.

٢ - التفسير المنطقي الضيق:

يكون تفسير النص تفسيراً منطقياً ضيقاً عندما يؤدي في المعنى المستفاد منه إلى نتيجة أقل مما هو عليه في التفسير اللفظي حيث يعطي التفسير اللفظي أكثر مما يحتمل النص، ويتم التفسير الضيق للنصوص في حالات كثيرة منها النصوص الاستثنائية التي يجب أن يبقى المعنى محصوراً في حدود هدفها كالتشريعات الإيجارية والزراعية سابقاً والعمالية حالياً، لأنها موضوعة في الأصل لحماية الطرف الضعيف في العلاقات الناشئة بموجب القوانين المذكورة وهو المستأجر، والمزارع، والعامل، كما لا يجوز التوسع في تفسير النصوص الجزائية بما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمتهم، ومن خلال التفسير المنطقي تتم المقارنة بين التفسيرين من أجل الوصول إلى إرادة المشرع الحقيقية لإعمالها في فهم النصوص الذي أراد أن تطبق في حدود ضيقة لا يصح القياس عليها، وكل ما لا يصح القياس عليه لا يصح تفسيره تفسيراً موسعاً، وهي خلاف الأصل الذي يوجب تفسير النصوص تفسيراً موسعاً إذا لم يوجد التخصيص أو القيد على ذلك.

٣ - التفسير المنطقي الموسع:

يكون التفسير واسعاً عندما يذهب التفسير المنطقي إلى أبعد مدى مما وصل إليه التفسير اللفظي أو المعنوي للنص التشريعي، بمعنى أن المضمون اللغوي جاء

٢٥٠ - المادة (١٤) من مجلة الأحكام العدلية.

قاصراً عن طموح المشرع في تحقيق أهدافه من وضع النص، ويكون ذلك عندما تكون عبارات النص محدودة مع وجود مجال واسع لأن تطبق فيه تلك العبارات، الأمر الذي يستدعي عدم الوقوع عند المعنى اللفظي عبارة أو إشارة أو دلالة، بل يجب الذهاب إلى أوسع مجال تكون العبارة اللفظية قابلة لأن تطبق فيه، والتفسير الموسع يمكن تطبيقه في كل فروع القانون وفي جميع قواعده. فعندما نص على قيام العقد في القانون المدني قال عنه إنّه ((يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد))، ولكن لم يحدد ما هو المقصود بالعقد ثم إنّ عبارة العقد تنصرف إلى كل أنواع الاتفاقات التي تجعل من شخص ما دائناً أو مديناً. فالتفسير الموسع يكشف عن معنى كان يريده المشرع، وهو يكمل إرادة المشرع. كما عرف المشرع السرقة في قانون العقوبات بأنها أخذ مال غير المنقول دون رضاه^{٢٥١}.

فلو تم الأخذ بمعنى العبارة اللفظي فإن المنقول هو شيء مادي يمكن نقله من مكان إلى مكان آخر دون تلف أو تخريب وهو عكس تعريف العقار، وبالتالي فهل يعد أخذ الطاقة الكهربائية أو الخط الهاتفي سرقة. ففي المعنى الضيق لا يعد سرقة لأنها لا تنطبق عليه تعريف المنقول أما في المعنى الموسع للمنقول فهي منقول، إلا أن المشرع الجزائري حسم هذه المسألة بالنص على أن القوى المحرزة تنزل منزلة الأشياء المنقولة في تطبيق القوانين الجزائرية^{٢٥٢}، كذلك يؤخذ المعنى اللفظي لعبارة قتل الواردة في القانون الجزائري القيام بفعل لإيجابي بينما المعنى المنطقي يفيد أن القتل يتم بفعل إيجابي كما يتم بفعل سلبي، وعلى هذا يقال إنّ التفسير الواسع للنصوص يمنع الغش لجهة التهرب من تطبيق القواعد القانونية،

٢٥١- انظر المادة (٦٢١) من قانون العقوبات.

٢٥٢ انظر المادة (٢/٦٢١) من قانون العقوبات.

ولذلك يجب أن يفهم النص وفقاً لروحه وليس لألفاظه وقد سبق البيان ((إن العبرة في النصوص للمقاصد والمعاني وليس للألفاظ والمباني)). فالنفسير الواسع أو التفسير الضيق أو التفسير المقرر ليست طرق تفسير بل هي نتائج تفسير لأن طرق التفسير سبق بيانها، ويترتب عليه أن يخلص المفسر في تحديد معنى النص إلى معنى يطبق في أضيق الحدود، وإلى معنى واسع يطبق في مجالات أوسع من ظاهر النص.

٤- معايير التفسير (قواعد التفسير):

يقوم التفسير المنطقي بالاستناد إلى مجموعة من المعايير أو القواعد المنطقية تكون أساساً في تفسير النصوص. لتشريعية تفسيراً خارجياً، وتنطلق تلك المعايير من مفهوم الغاية أو المصلحة، وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية مجموعة من الإشارات أو المصاحبات التي تنبئ طريق التفسير منها على سبيل المثال ولي الحصر: قاعدة ((مَنْ مَلَكَ شَيْئًا مَلَكَ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ))^{٢٥٢}، وقاعدة ((أَعْمَالُ الْكَلَامِ أَوْلَى مِنْ إِهْمَالِهِ))^{٢٥٣}، وقاعدة ((الْمُطْلَقُ يَجْرِي عَلَى إِطْلَاقِهِ إِذَا لَمْ يَقُمْ دَلِيلُ التَّقْيِيدِ نَصًّا أَوْ دَلَالَةً))^{٢٥٤}، وقاعد ((مَنْ سَعَى فِي تَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ فَسَعْيُهُ مَرْذُودٌ عَلَيْهِ))^{٢٥٥}، وعليه فإنه توجد قواعد مثيرة أو معايير كثيرة في التفسير منها معايير موسعة وأخرى مضيقة نورد منها الآتي:

١- المعايير العلمية المنطقية الموسعة:

نشير في معنى المعايير المنطقية الموسعة تلك التي أشير إليها في باب القياس في القياس العادي والقياس بمفهوم المخالفة، وكما سبقت الإشارة فإن هاتين

٢٥٢ - المادة (٤٩) من المجلة.

٢٥٣ - المادة (٦٠) من المجلة.

٢٥٤ - المادة (٦٤) من المجلة.

٢٥٥ - المادة (١٠٠) من المجلة.

المسألتين أدرجتا في باب التفسير اللفظي، ولكن حقيقة أمرهما أنهما يدخلان في فكرة التفسير المنطقي العقلي لأنهما يهدفان إلى استنباط أحكام وليس تفسير نصوص لذلك يدخل تحت عنوان التفسير المنطقي الموسع الآتي:

أ- مفهوم الموافقة:

يعني استثمار الأحكام الواردة في النصوص لتطبيقها على حالات لم يرد بشأنها نص لقيام العلة ذاتها، وتسمى كما أشرنا بالقياس، فقد نصت المادة (٢١٧) من القانون المدني السوري على أن ((يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو لا يحكم بتعويض ما، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك بإحداث الضرر أو زاد فيه)). فهل يطبق القاضي مبدأ إنزال التعويض إذا اشترك في إحداث الضرر عنصر أجنبي؟ فمن المنطق والعدل أن يكون الجواب بالقياس نعم لوجود سبب أو علة إنقاص التعويض نفسها في الحالتين^{٢٥٧}.

ب- مدد الحكم من باب أولى:

يعني تطبيق حكم وارد في نص قانون على حالة معينة على حالة أخرى للعلّة الراجعة أو الأظهر في الحالة الأخرى من الحالة التي نص التشريع عليه كما سبق البيان، ويتم ذلك من خلال قاعدتين هما^{٢٥٨}:

(١) - **تطبيق حكم الكثير على القليل:** تنفيذ هذه القاعدة أو المعيار أن من يملك الأكثر يملك الأقل، فإذا كان يحق للمالك التصرف في ملكه بيعاً وهبة فمن باب أولى أنه يحق له أن يؤجره أو يعيره للغير^{٢٥٩}.

٢٥٧ - د. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - ص ٥٣٢.

٢٥٨ - لمزيد من المعلومات راجع: د. محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص ٢٦٥ وما بعدها.

٢٥٩ - د. عبد المنعم فرج صده - أصول القانون - القاهرة ١٩٦٦ - ص ٤٢٢.

(٢) - **تطبيق حكم القليل على الكثير:** تعني هذه القاعدة أنه إذا كان القليل فيه ممنوعاً فإنه يعني أن كثيره ممنوع أيضاً لسبب أرجح وعلة أوضح، فالنهي عما هو أقل يتضمن النهي عما هو أكثر فإذا كان القاصر ممنوعاً من التصرف بأمواله بعوض (بمقابل)، فإنه يكون من باب أولى أن يمنع التصرف دون عوض من باب أولى^{٢٦٠}.

٢ - المعايير العلمية المنطقية الضيقة:

ينصرف المعيار المنطقي الضيق في تفسير النصوص إلى مفهوم المخالفة، وهو إعطاء حكم على مسألة لم يرد بشأنه نص حكم ورد في نص قانوني بالاستناد إلى عكس النتيجة التي أتى بها حكم النص، وقد سبق بيان ذلك، راجع الفقرة (١٩٦)، مع التأكيد على أن الاستنتاج بطريق المخالفة هو تشريع اجتهادي تفسيري بسبب سكوت النص، وإن كانت القاعدة الفقهية تنص على أنه ((لا يُنسَبُ إِلَى سَاكِتٍ قَوْلٌ لَكِنَّ السُّكُوتَ فِي مَعْرِضِ الْحَاجَةِ بَيَانٌ))، وعليه فإن هذا النوع من التفسير المنطقي هو إحدى وسائل الاجتهاد في إيجاد الحكم الملائم لبعض الحالات التي لم يرد بشأنها نص يمكن تطبيقه عليها.

٣ - معيار المصلحة^{٢٦١}:

يعدّ معيار التفسير عن طريق التعرف على إرادة المشرع من خلال البحث عن المصلحة المراد تحقيقها من التشريع، والفكرة تقوم على أساس أن المصلحة هي أساس القانون، فغاية التشريع إقامة التوازن بين المصالح المتعارضة والحفاظ على الحقوق والحريات سواء تعلقت بالأفراد أو بالجماعات أو بالدولة ذاتها. لذلك عندما نبحث عن المعنى المنطقي لأي نص علينا أن نستببط أولاً المصلحة

٢٦٠ - د. عبد الحمي حجازي - المرجع السابق - ص ٥٣٣.

٢٦١ - لمزيد من المعلومات راجع: د. محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص ٢٢٧٦-٢٠٥.

المتوخاة منه، والمصالح متعددة ومتنوعة فقد تكون مادية أو مثالية، كما يمكن أن تكون وطنية أو قومية، ويمكن أن تكون فردية أو جماعية، أو مصلحة عامة أو مصلحة خاصة، وهذا النوع من التفسير يسمى تفسيراً غائياً، وإن مهمة القاضي الأساسية هي إقامة التوازن بين تلك المصالح كي ينعم المجتمع بالأمن والاستقرار، وإن العبث فيها وإلغاء بعضها على حساب البعض الآخر يؤدي إلى الفوضى، وانعدام الغاية من التشريع مع الأخذ بالحسبان ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاص عند التعارض وعدم إمكانية التوفيق بينهما.



الفصل الثاني

تطبيق القانون

Application de la loi

تمهيد:

ينصرف مفهوم القانون في معرض تطبيقه إلى القانون بالمعنى العام الواسع والذي يشمل التشريع والمبادئ العامة في الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إلا أن حقيقة الواقع أو الأمر أن القانون ينصرف في معرض البحث في تطبيقه إلى القانون بالمعنى الخاص أي التشريع بكل أنواعه، ولذلك نجد أن أكثر الفقهاء تعرضوا لمسألة تطبيق القانون في معرض التحدث عن القانون بالمعنى الخاص أي التشريع، وهم محقون في ذلك لأن العمود الفقري لفكرة القانون هو التشريع وهو الذي يثير إشكاليات في التفسير أو في التطبيق.

إلا أن المنهجية العلمية اقتضت بحث تفسير القانون وتطبيقه تحت عنوان مستقل على أساس أنهما تعبيران متلازمان، والتفسير يسبق التطبيق، لأنه كما سبق البيان يتعين على القائمين على تطبيق التشريع أن يفقوا على حقيقة إرادة المشرع في الأحكام التي وضعها في القواعد القانونية قبل إقدامهم على التنفيذ العملي لها سواء كانوا من رجال الحكم أو السلطة، كانوا من القضاة، أو كانوا باحثين أو مختصين، أو مجرد أشخاص عاديين يرغبون في النزول على حكم القانون وعدم مخالفته كي لا يقعوا تحت الجزاء أو المسؤولية. فعندما يُسنُّ تشريع، أو توضع أية قاعدة قانونية بالمعنى الضيق، يتعين على الأشخاص المعنيين بها أن يبادروا إلى ملاقاتها، كل عبر حساباته الخاصة أن ينظم سلوكه وبما يتفق وأحكامها، كما يتعين على كل من السلطتين القضائية والتنفيذية المبادرة إلى تطبيقها، كل بحسب اختصاصه، وعندما يثار أي نزاع يتعلق بتطبيق القاعدة فإن

الجهة المخولة بفض النزاع هي السلطة القضائية دون منازع من حيث المبدأ. كما تثير مسألة تطبيق القانون تحديد المجال الجغرافي أو الإقليمي لسريان القانون والتنازع بين القوانين، وهذا ما يطلق عليه تطبيق القانون من حيث المكان، كما تطرح في الوقت ذاته مسألة أخرى تتعلق بسريان القانون من حيث الزمان، وبشكل خاص مسألة عدم رجعية القوانين. لذلك سنعرض هذا الفصل في الأبحاث الآتية:

المبحث الأول: نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص.

المبحث الثاني: نطاق تطبيق القانون من حيث المكان.

المبحث الثالث: نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان.

المبحث الأول

نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص

Application de la loi sur les personnes

تخاطب قواعد القانون كما سبق البيان أشخاصاً يمكن أن يكونوا أفراداً (أشخاصاً طبيعيين) أو أشخاصاً اعتباريين، ويمكن أن يكونوا مجرد مواطنين أو رعايا يقيمون على إقليم الدولة، ويمكن أن يكونوا مسؤولين عن إدارة الحكم والمرافق العامة في الدولة، أو السلطة المختصة بتطبيق القانون، لذلك فإن نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص يعني تحديد الأشخاص المخاطبين بالقاعدة الملزمة بها من جهة، والأشخاص المكلفين بمتابعة تطبيقها، والرقابة على حسن التطبيق وحل الخلافات الناجمة عن المنازعات المترتبة على التطبيق. لذلك سنعرض هذا البحث في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: الأشخاص المخاطبون بالقانون.

المطلب الثاني: السلطة التي تقوم بتطبيق القانون.

المطلب الأول

الأشخاص المخاطبون بالقانون

تقضي المبادئ العامة أن القانون اجتماعي، وهو بذلك يعني الأشخاص الذين يتكون منهم المجتمع، والأشخاص هما: إما شخص طبيعي، وهو الإنسان، أو شخص اعتباري، وهو الدولة والإدارات والمؤسسات والشركات والجمعيات. وعلى ذلك فإن هؤلاء معنيون مباشرة بأوامر ونواهٍ وتحديدات القانون وكما سبق البيان عليهم أن يتخذوا ما يلزم لتكييف سلوكهم بما يتفق والحكم الوارد في قواعد القانون بصفتها قواعد تنظم السلوك في المجتمع من أجل أمنه واستقراره وحماية

الحقوق والحريات فيه، ويجب أن يفهم أيضاً ووفقاً لما سبق بيانه أنه لا جمل بالقانون، ويعد جميع الأشخاص على علم به من تاريخ نشره أو تبليغه، وهو يسري على المعنيين به دون تمييز أو تفرقة عملاً بمبدأ المساواة أمام القانون، ولن نشرح هنا ما هو المقصود بالشخص الطبيعي أو بالشخص الاعتباري لأنهما سيُدرسان مفصلاً في نظرية الحق، لأن الحق لا يقوم إلا إذا كان له صاحب، وصاحب الحق هما الشخصان المشار إليهما اللذان اعترف لهما المشرع بصلاحيّة اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

المطلب الثاني

السلطة التي تقوم على تطبيق القانون

يقضي المفهوم العام أن القانون يعني الفرد والسلطة، إلا أن الجهة المكلفة رسمياً بالإشراف على تطبيق القانون هما السلطة التنفيذية، والسلطة القضائية، وإن السلطة التنفيذية مستمد اسمها من مهمتها وهي إدارة المرافق العامة من خلال تنفيذها للقوانين ذات الصلة وهو ما يعبر عنه بمبدأ المشروعية أي خضوع الدولة للقانون، لذلك سنبين دور ومهمة كل من السلطة التنفيذية والسلطة القضائية في تطبيق القانون وفق الآتي:

أولاً- دور السلطة التنفيذية في تطبيق القانون:

تتولى السلطة التنفيذية في الدولة إدارة شؤون الدولة من جوانبها المتعددة السياسية والاجتماعية والاقتصادية وفق المبادئ والأسس الذي يقوم عليه النظام فيها، ويقوم مجلس الوزراء بمجموعة من الصلاحيات منها: ملاحقة تنفيذ القوانين، والمحافظة على أمن الدولة، وحماية حقوق المواطنين، ومصالح الدولة، وإصدار القرارات الإدارية والتنفيذية وفقاً للقوانين والأنظمة ومراقبة تنفيذها^{٢٦٢}. لهذا فإن

٢٦٢ - انظر الفقرتان (٨ و ٩) من المادة (١٢٧) من الدستور السوري لعام ١٩٧٣.

الحكومة ممثلة بمجلس الوزراء مكلفة بملاحقة تنفيذ القوانين وفقاً لغاياتها وأهدافها التي حددها المشرع فيها، وإن الإهمال أو التقاعس عن التنفيذ ومتابعة تنفيذ القوانين في الدولة، ولاسيما منها بالذات يُعدّ مخالفاً لقواعد الدستور الذي هو القانون الأساسي في الدولة، وبالتالي يجعل مشروعيتها محل إعادة نظر. إلا أن هذا الإطلاق في غير محله، لأنه ليست جميع القواعد القانونية مناطاً بتنفيذها بالدولة، بل الكثير منها قواعد موجهة لتنظيم سلوك الأفراد، والأشخاص الاعتبارية الخاصة، وعلى هؤلاء أن يلتزموا في تعاملهم وفي سلوكهم أحكام قواعد القانون، كما أن فهم القانون ليس واحداً، وقد ينشأ إشكال في معرض تطبيق قاعدة قانونية معينة، كما أن السلطة التنفيذية لا تملك سلطة أو صلاحية تنفيذ القانون مباشرة إذا كان يمسّ الحقوق والحريات، أو كان محل نزاع حتى بين الجهات العامة ذاتها فإنها لا تملك البت في تحديد المراكز القانونية، لذلك يكاد يجمع الفقهاء أن مناط حسن تطبيق القانون مرتبط بالدرجة الأولى بالسلطة القضائية في الدولة.

ثانياً- دور القضاء في تطبيق القانون:

المرفق القضائي في الدولة يتولى الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأشخاص استناداً إلى أحكام القانون بالمعنى العام الواسع، والأساس فيه التشريع، ولا يجوز لأية جهة أن تتولى استيفاء حقها بذاتها دون الرجوع إلى القضاء من أجل تمكينها من حقها باستثناء بعض الحالات التي أجاز فيها القانون للسلطة التنفيذية أن تقوم بالتحصيل المباشر لديونها في بعض الالتزامات وفقاً لقانون جباية الأموال العامة. لذلك فإن القضاء يؤدي دوراً مهماً وحياتياً بالنسبة للشعب والدولة لأنه الجهة المخولة بفصل منازعات الأفراد فيما بينهم أو تلك التي تنشأ فيما بينهم وبين الدولة وإداراتها ومؤسساتها وهيئاتها وشركاته المختلفة وبالعكس، وكذلك الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الجهات العامة في الدول ذاتها، ومن أجل هذا نص الدستور السوري على أن القضاء سلطة مستقلة، ويضمن رئيس

الجمهورية هذا الاستقلال يعاونه في ذلك مجلس القضاء الأعلى^{٢٦٣}، ومن أجل زيادة الضمانات الممنوحة للقضاة كي يكون ضميرهم ووجدانهم ضماناً حقيقية لحقوق الناس وحياتهم، نص الدستور أيضاً على أنه لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون^{٢٦٤}. فالقضاء أصبح من المهام الأساسية للدولة تمارسها من خلال المحاكم^{٢٦٥}. وتتعدد الجهات القضائية والمحاكم التي تفصل في المنازعات المتعلقة بتطبيق القانون في الدولة. حيث يقوم القضائي العادي الذي ينطوي تحت مفهوم قانون السلطة القضائية، وإلى جهة موازية منه القضاء الإداري، والمحكمة الدستورية العليا، وهو القضاء الذي نص عليه الدستور^{٢٦٦}، وإلى جانبه مجموعة من القضاء الاستثنائي الذي أحدث بموجب تشريعات خاصة لأسباب مختلفة سياسية واقتصادية وأمنية واجتماعية. مثل القضاء العسكري، والقضاء العقاري، ومحكمة أمن الدولة العليا، واللجان ذات الاختصاص القضائي، والتحكيم بصفته نوعاً من القضاء الخاص، ويتمتع القضاء بنوعيه العادي والإداري بالصفة الثابتة للمحاكم والنقاضي على درجتين وعلانية المحاكمة من أجل ضمانات توزيع العدالة بالتساوي بين الأشخاص ونبين أنواع القضاء الدستوري الذي يتولى مهمة الرقابة على حسن تطبيق القانون وعدم مخالفته وفق الآتي:

١ - القضاء الإداري:

حدد قانون مجلس الدولة اختصاص مجلس الدولة من خلال تكوينه. إذ يتكون المجلس المذكور من قسمين هما: القسم الاستشاري للفتوى والتشريع والذي يتولى مهمات محددة من خلال لجان يؤلفها لهذه الغاية أو من خلال الجمعية

٢٦٣ - المادة (١٣١) من الدستور.

٢٦٤ - المادة (١٣٣) من الدستور.

٢٦٥ - قريباً من هذا المعنى. أحمد مسلم. أصول المرافعات: دار الفكر العربي - القاهرة ١٩٧٨. ص ٣٧.

٢٦٦ - انظر المولد (١٣١ و ١٣٨ و ١٣٩) من الدستور.

العمومية التي تفصل في المنازعات بين المصالح العامة، ويتولى القسم القضائي الفصل في المنازعات الإدارية التي تقوم الجهات والمصالح العامة من جهة، والجهات والمصالح الخاصة من جهة أخرى، والعبرة في تحديد المنازعة الإدارية من غيرها إنما يكون لتاريخ نشوء الحق المدعى به^{٢٦٧}، ومن ثم فإن كل منازعة توصف بأنها إدارية تكون من اختصاصه وما عداها ليس له ولاية النظر فيها، وتتعلق المنازعات الإدارية عادة بإلغاء القرارات الإدارية أو وقف تنفيذها، أو الحكم بالتعويض عن الضرر المترتب عليها، أو الطعن في قضايا تأديب الموظفين وكل ذلك عند مخالفة أحكام القانون^{٢٦٨} ويتكون القضاء الإداري وفق الآتي:

أ- المحكمة الإدارية^٢:

تشكل المحكمة الإدارية برئاسة مستشار مساعد على الأقل وعضوية اثنين من النواب على الأقل^(٢٦٩) وتختص بالفصل في الطلبات التي يقدمها الموظفون من غير الحلقة الأولى بالطعن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو بمنح علاوات، وفي الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية، الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بإحالتهم إلى المعاش أو الاستبعاد أو فصلهم عن غير الطريق التأديبي والتعويض المترتب على هذه القرارات، والمنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة لمن ذكروا في البند السابق أو لورثتهم.

٢٦٧ - نقض مصري . جلسة ١٩٨٣/١/٢٣ . الطعن ١٥١٤ . السنة ٥٢ ق . الموسوعة الذهبية للفقهاني . الملحق ٤ . ص ٤٠١ .

رقم ٧٨٩ .

٢٦٨ - د . إبراهيم نجيب سعد . المرجع سابق . ص ٣٥٧ .

٢٦٩ - انظر المادة (٤) من قانون مجلس الدولة .

ب- محكمة القضاء الإداري:

تعد محكمة القضاء الإداري العمود الفقري لهذا القضاء، ويرأسها أحد وكلاء المجلس أو أقدم المستشارين وتصدر أحكامها من دوائر تشكل كل منها من ثلاثة مستشارين وقد حدد قانون مجلس الدولة السوري اختصاصه بوصفه محكمة قضاء إداري في النظر في منازعات محددة تتعلق بحسن تطبيق القانون في الدولة^{٢٧٠}.

ج- المحكمة الإدارية العليا:

يرأس المحكمة الإدارية العليا رئيس مجلس الدولة أو أقدم الوكلاء، وتكون بها دائرة لفحص الطعون وتصدر أحكامها من ثلاثة مستشارين، وتختص المحكمة الإدارية العليا سواء من خلال هيئتها القضائية أو من دائرة فحص الطعون بالنظر في الطعون المرفوعة إليها في الأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري أو المحاكم الإدارية، أو المحكمة المسلكية، في الأحوال المنصوص عليها في القانون^{٢٧١}.

د- هيئة مفوضي الدولة:

تؤلف هيئة مفوضي الدولة من أحد وكلاء المجلس رئيساً ومن مستشارين ومستشارين مساعدين ونواب ومندوبين، ويكون مفوضو الدولة لدى المحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري من درجة مستشار مساعد على الأقل وتتولى هيئة مفوضي الدولة المهام المحددة لها في القانون^{٢٧٢}.

٢٧٠ - انظر المادة (٨) من قانون مجلس الدولة.

٢٧١ - انظر المادة (١٥) من قانون مجلس الدولة.

٢٧٢ - انظر المادتين (٣٠ و ٣١) من قانون مجلس الدولة.

٢- القضاء العادي:

تُعَدُّ محاكم القضاء العادي صاحبة الولاية العامة في القضاء، إذ يمتد اختصاصها إلى المنازعات كافة ما لم يخرجها القانون من ولايتها بنص صريح ليدخلها في ولاية محاكم أخرى، وتنتشر المحاكم وتتنوع في جميع محافظات ومدن ومناطق ونواحي البلاد، وتشكل المحاكم أساساً من محاكم الدرجة الأولى ومحاكم الدرجة الثانية، وتتكون كل محكمة من هيئة قضائية إما يكون قاضي فرد، أو عدة قضاة، حتى إن بنية بعض المحاكم تؤلف من عدة أنواع من القضاء، أو الدوائر، ويطلق مفهوم المحكمة على الوحدة التي يتكون من مجموعها السلطة القضائية، وتحمل مدلولين: المدلول الأول ذو طبيعة فنية تتعلق بالاختصاص، والثاني مادي يتجلى في مكان التقاضي الذي يؤمه المتقاضون والمحامون ويوجد فيه القضاة وأعاونهم، وقد رتب قانون السلطة القضائية المحاكم في أربع جهات وفق الآتي:

أ- محاكم الصلح:

تُعَدُّ محكمة الصلح الدرجة الأولى في سلم الهرم القضائي السوري، ومهمتها مستمدة أصلاً من اسمها وهي السعي إلى إجراء الصلح بين الخصوم قبل النظر في الموضوع، وقبل أي إجراء آخر، لأنها محكمة موضوع، وهي محكمة مشكلة من قاضٍ واحد، وقد يتعددون في دائرة المحكمة الواحدة، وهي المحكمة الأقرب إلى المتقاضين حيث تنتشر من مراكز المدن الكبرى وأحيائها إلى أقصى بلدة أو ناحية بحسب الحاجة^{٢٧٣}.

ب- محاكم البداية

تُعَدُّ محكمة البداية الخلية الأساسية والعمود الفقري الذي يقوم عليه النظام القضائي، وهي من محاكم الموضوع ذي الدرجة الأولى، وتسمّى في أكثر

٢٧٣ - انظر المادة (٣٢) من قانون السلطة القضائية.

التشريعات بالمحكمة الكبرى أو بالمحكمة الكلية لأنها صاحبة اختصاص شامل في كل نزاع لم يعين القانون محكمة أو جهة قضائية للفصل فيه، وتشكل أيضاً من قاضي فرد، ويمكن أن يتعدد القضاة في دائرة المحكمة الواحدة، وتوزع الدعاوى على قضاة المحكمة الابتدائية من خلال توزيع العمل الذي يصدر مع حركة التنقلات أو التوكيلات القضائية.

ج- محاكم الأحوال الشخصية:

تتولى محاكم الأحوال الشخصية النظر تطبيق القوانين الخاصة بالأحوال الشخصية أو العائلية من زواج وطلاق وإرث ووصية وولاية ووصاية، وهي متعددة في سورية حيث نجد هذه المحاكم موزعة وفق الآتي:

(١)- المحاكم الشرعية:

تشكل أو تؤلف المحكمة الشرعية من قاضي فرد يسمى القاضي الشرعي، وقد تتكون المحكمة من دائرة واحدة أو عدة دوائر وذلك بحسب عدد القضاة فيها في أماكن إحداثها وفقاً لقانون السلطة القضائية، ويطبق بهذا الصدد ما يطبق بشأن المحكمة الابتدائية، ويوجد قاضي شرعي أول بدرجة مستشار استئناف على الأقل بدمشق، وتباشر المحكمة الشرعية اختصاصاً محدداً نص عليه القانون وتتعلق بالمنازعات المتعلقة بتطبيق قانون الأحوال الشخصية للمسلمين بشكل خاص وهو القانون العام لبقية الطوائف في سورية^{٢٧٤}.

(٢)- المحكمة المذهبية:

توجد محكمة مذهبية واحدة لأبناء الطائفة الدرزية ومقرها مدينة السويداء، وهي مشكلة من قاضي واحد يسمى قاضي المذهب، ويعين من أبناء الطائفة بمرسوم بناء على اقتراح وزير العدل وموافقة مجلس القضاء الأعلى بالشروط

٢٧٤ - انظر المادة (٣٤) من قانون السلطة القضائية.

الأخرى التي يعين بها القاضي^{٢٧٥}، وتطبق هذه المحكمة قواعد مرنة مستمدة من المذهب، وإن الأحكام الصادرة عنها تتمتع بقوة الأحكام القضائية التي تنفذ جبراً عن طريق دوائر التنفيذ، وهي تخضع للطعن أمام محكمة النقض^{٢٧٦}.

(٣) - المحاكم الروحية:

يقصد بالمحاكم الروحية تلك المحاكم التي تنظر في قضايا الأحوال الشخصية لغير المسلمين ولاسيما الطوائف المسيحية، والطائفة الموسوية، حيث يوجد لكل طائفة من الطوائف المسيحية نظام عائلي خاص بها، وكذلك الأمر بالنسبة للطائفة الموسوية، وقد عددها القرار (٦٠/ل.ر) تاريخ ١٩٣٦/٣/١٣ الصادر عن المندوب السامي الفرنسي والذي لا يزال نافذاً بشأن الأحوال الشخصية للطوائف المسيحية والإسرائيلية المعترف بها، وهي: الطوائف المسيحية التي تتبع كل من: البطريركية المارونية - بطريركية الروم الأرثوذكسية-البطريركية الكاثوليكية الملكية -البطريركية الأرمنية الغريغورية الأرثوذكسية- البطريركية الأرمنية الكاثوليكية- البطريركية السريانية الأرثوذكسية-البطريركية السريانية أو السريانية الكاثوليكية-البطريركية الآشورية الكلدانية (النسطورية)-البطريركية الكلدانية- الكنيسة اللاتينية- الكنيسة البروتستانتية، والطوائف الإسرائيلية التي تتبع: كنيس حلب - كنيس دمشق.

د- محكمة الاستئناف:

تُعَدُّ محكمة الاستئناف الدرجة الثانية من درجات التقاضي، وهي مرجع الطعن في الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى التي تقبل الاستئناف وفق

٢٧٥ - نصت المادة (٣٥) على أن ((تتألف من قاض شرعي واحد من أبناء الطائفة الدرزية تتولى نظر قضايا الأحوال الشخصية للطائفة المذكورة، ويعين بمرسوم بعد أخذ رأي وزير العدل وموافقة مجلس القضاء الأعلى على أن تتوافر في تعيينه الشروط الواجب توافرها في تعيين القضاة)).

٢٧٦ - انظر الفقرة (٢) من المادة (٣٥) من قانون السلطة القضائية، والقانون رقم (١٣٤) تاريخ ١٩٤٥/١/٢٩.

القواعد المقررة في القانون، وتوجد محكمة الاستئناف في مراكز المدن الرئيسية المعبر عنها بلغة الإدارة المحلية بمصطلح المحافظات، وتتبع لها محاكم الصلح والمحاكم الابتدائية كافة وفق التقسيم الإداري والجغرافي المعمول به في الدولة، وتتعدد الغرف الاستئنافية في دائرة المحكمة الواحدة بحسب الحاجة والملاك العددي لقضاة المحكمة، ويرأس محكمة الاستئناف رئيس المحكمة أو الأقدم من بين المستشارين فيها، وتخصص إحدى دوائر المحكمة أو أكثر لتكون محكمة جنابات للنظر في التهم التي هي من نوع الجنائية^{٢٧٧}.

هـ - محكمة النقض:

يتوافق تعدد المحاكم في الدولة مع وجود مرجع أعلى يوحد الاجتهاد في تفسير القوانين، لهذا تعد محكمة النقض قمة الهرم القضائي ومركزها العاصمة في دمشق، وتنتظر في الطعون المرفوعة إليها بصفتها محكمة قانون وليست محكمة موضوع، ولا تعد محكمة النقض درجة من درجات التقاضي، وإن كون محكمة النقض محكمة قانون لا يمنع من اختصاصها في مسائل أخرى سوف نوضحها عندما نبحث في نظرية الاختصاص، وتتكون محكمة النقض من رئيس وعدد من نواب الرئيس والمستشارين يحددهم الملاك العددي الذي يصدر بمرسوم، وتتكون محكمة النقض من دوائر، وجمعية عامة، ومكتب فني، وتقوم المكونات المذكورة بمباشرة مهامها وفقاً للقانون.

٣- المحكمة الدستورية العليا:

تؤلف المحكمة الدستورية العليا من خمسة أعضاء يكون أحدهم رئيساً يسميهم رئيس الجمهورية بمرسوم^{٢٧٨}، وهي تختص بالتحقيق في الطعون الخاصة

٢٧٧- انظر المادة (٣٢) من قانون السلطة القضائية، والمادة (٧٩) من قانون أصول المحاكمات.

٢٧٨ - المادة (١٣٩) من الدستور.

بصحة انتخاب أعضاء مجلس الشعب وتحيل إلى المجلس تقريراً بنتيجة تحقيقها^{٢٧٩}. كما تنظر وتبت في دستورية القوانين وفقاً الآتي^{٢٨٠}:

أ- إذا اعترض رئيس الجمهورية أو ربع أعضاء مجلس الشعب على دستورية قانون قبل إصداره يوقف إصداره إلى أن تبت المحكمة فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل الاعتراض لديها وإذا كان للقانون صفة الاستعجال وجب على المحكمة الدستورية أن تبت فيه خلال سبعة أيام.

ب- إذا اعترض ربع أعضاء مجلس الشعب على دستورية مرسوم تشريعي خلال مدة خمسة عشر يوماً اعتباراً من انعقاد دورة مجلس الشعب وجب على المحكمة الدستورية العليا أن تبت فيه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسجيل الاعتراض لديها.

هذا، وفي الحالتين إذا قررت المحكمة مخالفة القانون أو المرسوم التشريعي للدستور يعدّ لاغياً ما كان مخالفاً منهما لنصوص الدستور بمفعول رجعي ولا يرتب أي أثر. كما تتولى المحكمة بناء على طلب من رئيس الجمهورية إبداء الرأي في دستورية مشروعات القوانين والمراسيم التشريعية، وقانونية مشروعات المراسيم^{٢٨١}.

٢٧٩ - المادة (١٤٤) من الدستور.

٢٨٠ - المادة (١٤٥) من الدستور.

٢٨١ - المادة (١٤٧) من الدستور.

المبحث الثاني

نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

Application de la loi dans l'Espace

يُعبّر القانون عن إرادة الدولة في تحقيق مصالحها في المجالات كافة، وهو مظهر من مظاهر سيادتها، وإن حق السيادة يعني امتداد سلطتها على مواطنيها الذين يحملون جنسيتها في أي مكان، وامتداد سلطته على إقليمها الجغرافي من أشخاص وأشياء، ويعبّر عن الفكرة الأولى للسيادة بمبدأ شخصية القوانين وعن الفكرة الثانية بمبدأ إقليمية القوانين. لذلك سنعرض للتطبيق المكاني للقانون في الدولة من خلال المبدأين المشار إليهما مع بيان الاستثناءات في المطالب الآتية:

المطلب الأول

مبدأ إقليمية القوانين

يقضي مبدأ إقليمية القوانين (Principe de la territorialité des lois) بأن قوانين كل دولة صالحة في التطبيق على كل الوقائع التي تتم على الحيز الجغرافي الذي يتكون منه إقليم الدولة الذي تمارس سيادتها فيه سواء تعلق الأمر بالبر أو بالبحر الإقليمي، وفي حدود أضيق في المنطقة المجاورة للبحر الإقليمي، أو في حدود أكثر ضيقاً في المنطقة الاقتصادية الخاصة من البحر، أو في المجال الجوي الواقع فوق اليابسة أو البر وكذلك فوق المياه الإقليمية للدولة، لأن القانون في الدولة يرتبط بمفهوم سيادتها ولا يمكن أن تمتد تلك السيادة خارج المجال الذي ليس لها فيه سلطة أو سيادة، وإن الدولة الوحيدة في العالم التي تنص تشريعاتها على مد سيادتها بتطبيق قوانينها خارج المجال الإقليمي لها هي الولايات المتحدة الأمريكية التي تسمح بأن تطبق في جميع دول العالم في أية مسألة تمسّ مصالحه، وإن هذه الفكرة ناتجة عن القوة والهيمنة التي تشعر تلك الدولة بأنها

تملكها وبالتالي القدرة على فرض قوانينها على أقاليم أو دول أخرى لا تخضع لسيادتها ومنها على سبيل المثال قانون محاسبة سورية^{٢٨٢}.

فمهما كان الأمر، فإن فكرة استقلال الدول وسيادتها تقضي بسرمان قوانينها من حيث المبدأ على جميع الأشياء والأشخاص الموجودين على تلك الإقليم كمظهر من مظاهر الاستقلال والسيادة. فمن أبرم عقداً أو صفقة في سورية، ونشأ نزاع بين الأطراف، وتم عرض النزاع على القضاء، فإن القضاء السوري سوف يحكم بموجب القوانين السورية، ومن ارتكب جرمًا في الإقليم السوري سوف يحكم وفق القانون السوري، ومن أراد أن يعمل في سورية فعليه أن يخضع في تعيينه لشروط العمل المنصوص عليها في القوانين السورية^{٢٨٣}. إلا أن فكرة إقليمية القوانين لا تعني أن الدولة لا تسمح بالمطلق بتطبيق قوانين دول أخرى في حدود سيادتها لأن هذه الفكرة الانعزالية لم تعد قائماً في عالم اليوم الذي يشهد انفتاحاً في علاقات الدول، وإن الهجرة المتزايدة للأشخاص، والانفتاح الاقتصادي، واتساع المناطق الحرة أدى إلى تقليص دور فكرة إقليمية القوانين لتحل محلها فكرة عالمية القوانين، كما توجد استثناءات على مبدأ إقليمية القوانين سنعرضها لاحقاً.

٢٨٢ - بتاريخ ١٦/١٠/٢٠٠٣ تبني مجلس النواب الأميركي اليوم بأغلبية ٣٩٨ صوتاً مقابل أربعة أصوات مشروع قانون ينص على

فرض عقوبات اقتصادية ودبلوماسية على سوريا التي تتهمها واشنطن بدعم الإرهاب.

٢٨٣ - انظر قريباً من هذا المعنى - د. إدريس العلوي العبدلاوي - المرجع السابق - ص ٦٣٥-٦٣٩

المطلب الثاني

مبدأ شخصية القوانين

يفيد مبدأ شخصية القوانين (Principe de la personnalité des lois) بأن القوانين الوطنية في دولة ما تمتد لتطبق على مواطنيها الذين يحملون جنسيتها في دولة أقاموا فيها في معرض أحوالهم الشخصية دون تلك المتعلقة بالعقارات التي تعد القوانين التي تحكمها مظهراً من مظاهر سيادة الدولة على إقليمها وإن العقارات جزء لا يتجزأ من إقليمها مبدأ شخصية القوانين، وإن مبدأ إقليمية القوانين يعمل بعكس اتجاه مبدأ شخصية القوانين، حيث إن الأول يمتد ليشمل الأشخاص والأموال بغض النظر عن جنسية الأشخاص أو عائدة الأموال، بينما يعمل الثاني على استثناء الأشخاص الذين لا يحملون جنسية الدولة من تطبيق قوانينها عليه.

لهذا فإن دائرة الاستثناءات قد تتسع لتسمح بتطبيق قوانين دولة أجنبية في دولة أخرى كما سبق البيان بسبب الانفتاح العالمي الذي أسسه الهجرة الكبيرة للسكان من دولة إلى دولة وخاصة من الدول الفقيرة إلى الدول الغنية، ونشوء ظاهرة الزواج المختلط بين الأجناس والأعراق والشعوب والتي ألغت الحدود وتجاوزتها وبقي كل من هؤلاء الأشخاص يرتبط بأعرافه وقوانينه وطوقسه في المسائل المتعلقة بالزواج.

لذلك، نشأ فرع جديد للقانون يسمى القانون الدولي الخاص الذي وضع قواعد من شأنها فتح نوافذ تسمح بتطبيق قانون أجنبي في دولة أخرى إذا كان هو الأصلح في حكم المنازعات التي تنشأ بين الأشخاص مما ينطوي تحت أحكامه

بوصفه قانوناً استرشادياً هادياً يبين القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص في علاقات الأفراد ذات الصفة الدولية^{٢٨٤}.

المطلب الثالث

استثناءات من مبدأ إقليمية القوانين

تتزايد استثناءات سريان القانون الوطني من حيث المكان إلى أبعد من الإقليم والأشخاص. إذ إن القانون الوطني يقف دائماً عند حدود سيادة الدول الأخرى، وعلى الرغم من النواذ التي فتحتها القانون الدولي الخاص في جدار السيادة، فلا يزال تطبق تطبيقاً إقليمياً كل القواعد المتعلقة بالقانون العام وقانون العقوبات، وقانون الملكية العقارية، والمسؤولية التقصيرية. ومع حرص الدول على تطبيق قوانينها في حدود سلطتها الجغرافية توجد استثناءات تحول دون تطبيق القوانين الوطنية على إقليم الدولة نجدها في الآتي^{٢٨٥}:

أولاً- عدم تطبيق القوانين الوطنية على الدول الأجنبية:

تقضي قواعد القانون الدولي أنه لا يجوز تطبيق قواعد القانون الوطني في العلاقات الدولية التي تحكمها الاتفاقيات والمعاهدات الدولية لأن الأمر يتعلق باستقلال الدول وسيادتها، وإن كان ثمة من يقول بمسؤولية الدول عن جرائم الحرب والأعمال الإرهابية وعن الأضرار الناشئة عن استخدام الطاقة النووية، وكذلك الأمر ومن باب أولى عن أنشطة الدول التجارية، والأعمال العادية التي

٢٨٤ - لمزيد من المعلومات راجع: د. سمير عبد السيد تباغو - المرجع السابق - ٦٣٩-٦٤٢.

٢٨٥ - د. سمير عبد السيد تباغو - المرجع السابق - ٦٤٢-٦٤٥.

تخرج عن مفهوم السيادة ثم تخضع الدول فيها للقانون الوطني، وسلطة القاضي الوطني^{٢٨٦}.

ثانياً - عدم تطبيق إقليمية القوانين على رؤساء الدول الأجنبية:

يتمتع رؤساء الدول بالحصانة القضائية كقاعدة من قواعد القانون الدولي العام أساسها المجاملة لشخص رئيس الدولة، وهذه الحصانة لا تشمل رؤساء الحكومات في الدول الأجنبية، وهناك اختلاف في الفقه والنظم القانونية المعمول بها في هذا المجال حيث إن بعضها يجعل الحصانة مطلقة سواء تعلقت بمصالح عامة أو مصالح خاصة بما فيها الأمتعة الشخصية، ويميز البعض الآخر بين التصرفات التي يباشرها رئيس الدولة بصفته تلك عندما يكون رئيساً للدولة، وبين التي يباشرها بوصفه شخصاً عادياً، فأخضعوا الأولى للحصانة، ولم يقيموا الحصانة بالنسبة للثانية، وفي بعض الدول يجوز لرئيس الدولة أن يتنازل عن الحصانة بينما في بعضها الآخر غير جائز دون موافقة برلمان الدولة على هذا التنازل، لذلك لا يمكن تطبيق القانون الوطني عند ارتكاب رئيس دولة أجنبية لجريمة على الأراضي السورية^{٢٨٧}.

ثالثاً - عدم تطبيق إقليمية القوانين على الموظفين الدبلوماسيين:

نقضي قواعد القانون الدولي العام، وخاصة اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية الصادرة في ١٨ نيسان/أبريل لعام ١٩٦٨^{٢٨٨} بأن القوانين الوطنية لا

٢٨٦ - انظر مجموعة من الآراء التي تتعلق بالموضوع في د . عز الدين عبد الله . ج ٢ . تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي .

دار النهضة العربية . الطبعة الخامسة . ١٩٦٥ . ص ٧٣٠، كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القول أن ((الحصانة

القضائية تشمل الأعمال التي تباشرها دولة أجنبية في نطاق ممارستها وظائفها العامة ...)) . نقض في ١٩/١٢/١٩٦١ -

المجلة الانتقائية للقانون الدولي الخاص . العدد ٢ . ١٩٦٢ . ص ٣٥٠ .

٢٨٧ - راجع هذه المؤلفات في د . عز الدين عبد الله . المرجع السابق . ص ٧٤١ - ٧٤٢ .

٢٨٨ - انضمت سورية إلى الاتفاقية بالقانون رقم (١٠) تاريخ ١٩٧٧/٣/٢٣ .

تطبق على من يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية باستثناء المنازعات الناشئة عن أعمال تجارية أو ما شابهها والناجمة عن أعمال يقوم بها الموظف الدبلوماسي لحسابه الخاص ولا تتعلق بوظيفته^{٢٨٩} ، وذلك على أساس أن الحصانة ضرورية للعلاقات الدولية وأساسها المجاملة، أو استقلال الدول وسيادتها^{٢٩٠}.

رابعاً- عدم تطبيق إقليمية القوانين على المنظمات والهيئات الدولية^{٢٩١}:

تستفيد المنظمات والهيئات الدولية من الحصانة القانونية بعدم تطبيق قوانين الدولة المضيفة عليها وفقاً للاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا الشأن، ولا سيما المادة (١٠٥) من ميثاق هيئة الأمم المتحدة التي منحت موظفي الأمم المتحدة تلك الحصانة ما لم ترفعها عنهم وفقاً للقواعد ذات الصلة إذ أن الفقرة (٨) من المادة (١) من نظام الموظفين نصت على أن الحصانة ((يجب أن لا تحول دون تنفيذ موظفي هيئة الأمم المتحدة لالتزاماتهم الخاصة والتقيّد بالقوانين والأنظمة النافذة)). كما أن اتفاقية حصانات ومزايا جامعة الدول العربية التي أقرها مجلس الجامعة في ١٠/٥/١٩٥٣، قد نصت في المادة الثانية منها على تمتع أموال الجامعة وموجوداتها أينما تكون وأياً كان حائزها بالحصانة القضائية، ما لم يقرر الأمين العام للجامعة التنازل عنها صراحة، ويطبق الأمر ذاته بالنسبة لمنظمة المؤتمر الإسلامي.

٢٨٩ - انظر المواد ٣٠ و ٣١ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٦١ ، وانظر أيضاً الدكتور محمت عزيز شكري _ مدخل إلى القانون

الدولي العام . مطبعة الداودي . ١٩٨٢ . ص . ٣٨٨ . ٣٩٠ .

٢٩٠ - لمزيد من المعلومات . انظر د . عز الدين عبد الله . المرجع السابق . ص ٧٤٢-٧٤٦ .

٢٩١ - لمزيد من المعلومات . انظر د . عز الدين عبد الله . المرجع السابق . ص ٧٤٨-٧٥١ .

المبحث الثالث

نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان

ينصرف مصطلح تطبيق القوانين من حيث الزمان إلى فكرة تنازع القوانين بسبب تعاقب صدور القوانين في الدولة، وسبق البيان أن التشريع يكون نافذاً بعد إصداره ونشره في الجريدة الرسمية ويبقى سارياً إلى أن يتم إلغاؤه صراحة أو ضمناً ونشر الإلغاء في الجريدة الرسمية^{٢٩٢}، وبالتالي فإن تاريخ العمل بالتشريع يبدو واضحاً لا يثير مشكلة. كما أن نشوء المراكز القانونية أو الحقوقية، أو الالتزامات في ظل تشريع معين، وتصفيته في ظل ذلك التشريع لا يثير أي مشكلة عملية من جهة أن كل علاقة تنشأ في ظل قانون معين تخضع لذلك القانون. فالمسألة ليست سهلة وواضحة دائماً، فقد تنشأ علاقة حقوقية أو مراكز قانونية في ظل قانون معين وتستمر تلك العلاقة في الزمان وتصدر تشريعات جديدة تعدل في أحكام تلك العلاقة.

كما لو تم عقد الإيجار في ظل قانون الإيجار الصادر بالمرسوم التشريعي (١١١) لعام ١٩٥٢ وتعديلاته، والذي كان ينص على تمديد عقد الإيجار وعدم جواز إنهائه إلا باتفاق الطرفين أو في حالات نص عليها القانون المذكور على سبيل الحصر والتحديد^{٢٩٣}، ثم صدر قانون إيجار جديد ألغى القانون السابق ونص على أن العقد شريعة المتعاقدين وأن العقد ينتهي في نهاية المدة المحددة في

٢٩٢ - قرار للمحكمة الإدارية العليا في مصر في جلسة ١٩٥٧/٣/٣٠ - وقد جاء فيه: ((إن القانون بوجه عام يحكم الوقائع

والمراكز القانونية التي تتم تحت سلطانه ، أي في الفترة ما بين تاريخ العمل به وإلغائه، وهذا مجال تطبيقه الزمني) - مجموعة

الأحكام - ٨٢/٨١٠/٢.

٢٩٣ - انظر المادة (٥) من المرسوم التشريعي رقم (١١١) لعام ١٩٥٢.

العقد^{٢٩٤}. فهنا تبرز مشكلة مدى تطبيق القانون الجديد على عقود الإيجار التي تمت قبل صدوره؟، وكذلك الأمر لو تم فتح حساب لدى أحد المصارف السورية في ظل قانون ينص على أن معدل الفائدة لحسابات التوفير هي ٩٪ ثم صدر تشريع جديد يجعلها ٤٪ فهل يطبق القانون الجديد على الودائع التي تم وضعها في المصرف قبل صدوره؟، وهناك كثير من الحالات التي تصدر فيها تشريعات يتم بموجبها تعديل المراكز القانونية، أو الأمل الذي قد ينشأ في ظل قانون معين، ثم يصدر تشريع يلغي هذا الأمل كما هو الحال عندما كانت تلتزم الدولة بتعيين بعض الخريجين ولأسيما المهندسون، ثم صدرت تشريعات تلغي هذا الالتزام.

فهل يكون للطالب الذي سجل على الأمل في ظل القانون السابق قبل إلغائه الحق في أن يطالب بالتعيين في الدولة؟. إن طرح مثل هذه الأسئلة يثير صعوبات في التطبيق على صعيد الواقع العملي لنشوء حالة تنازع بين قانون سابق أو قديم، وقانون جديد، وكان يتعين البحث عن حلول. فلهذا، وُضِعَ مبدأ يسمى مبدأ عدم رجعية القوانين، ووجدت مدارس فقهية لوضع حلول لمشكلة التنازع الزمني بين القوانين، إضافة إلى وجود حلول وضعية تم النص عليها من قبل المشرع ذاته لذلك سوف نعرض هذه المسائل في المطالب الآتية:

المطلب الأول: مبدأ عدم رجعية القوانين.

المطلب الثاني: نظريات حل مشكلة تنازع القوانين.

المطلب الثالث: الحلول الوضعية في تنازع القوانين.

٢٩٤ - انظر المرسوم التشريعي رقم (٦) لعام ٢٠٠١ وتعديلات.

المطلب الأول

مبدأ عدم رجعية القوانين

Le principe de la non- rétroactivité des lois

يتم حل مشكلة التنازع بين القوانين في الزمان بتطبيق مبدأ قديم حديث هو عدم رجعية القوانين (La non- rétroactivité des lois)، ويعني عدم تطبيق القوانين إلا من تاريخ صدورها ونفاذها، أي يقتصر سريانها على الوقائع والمراكز القانونية التي تنشأ بعد صدوره وعدم انسحاب تطبيقه على الوقائع والمراكز التي نشأت قبل نفاذه، ويعد هذا المبدأ من المبادئ المقدسة لدى الشعوب لأنها ناضلت كثيراً قبل أن تصل إلى إقراره في أنظمتها القانونية الأساسية وعلى رأسها الدستور، وهو من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها استقرار التعامل في المجتمع، وهو ضرورة لازمة لتحقيق العدالة بين الناس وضمان حقوقهم والحفاظ على حرياتهم. لذلك سنبين مسوغات أو ضرورات المبدأ، والنص عليه، وبيان عدم كفايته وفق الآتي:

أولاً- أهمية مبدأ عدم رجعية القوانين ومبرراته:

تكمن أهمية مبدأ عدم رجعية القوانين في سببين هما العدل: بحسبان أن الأشخاص يقدمون على تنظيم شؤون حياتهم وفق القانون النافذ لأنه القانون الذي يعرفونه، ومن ثم فإنه لا يمكن أن يتدبروا أمورهم وفق قانون قد يصدر في المستقبل لا يعلمون عنه شيئاً، ومن الظلم أن تسري أحكام القانون المذكور على شؤونهم التي سبق بيانها. أما السبب الثاني فهو تأمين النظام في المجتمع من خلال استقرار الأوضاع التي تمت وفق قانون معين ويقول أحد الفقهاء: ((فلن يكون هناك أي أمان للأفراد إذا كانت حقوقهم المالية والشخصية، وثروتهم وحالتهم الشخصية، والآثار التي ترتبت على تصرفاتهم يمكن في أية لحظة أن تتأثر أو

تعدّل أو تزور بسبب تغيير في إرادة المشرع)^{٢٩٥}، وعلى ذلك يمكن أن نوضّح مبررات وضرورات مبدأ عدم رجعية القوانين بالآتي^{٢٩٦}:

١- **العدل**: تقتضي قواعد العدالة التي ينشدها الجميع ألا يؤخذ المرء غدراً بقوانين لا يعلم عنها شيئاً عندما أقدم على إجراء تصرف ما، فلا يمكن أن يؤخذ شخص على فعل أو واقعة كانت مباحة ثم صدر تشريع جديد وجعلها محرمة. فكل شخص ملزم باحترام القواعد النافذة وفق المجرى العادي المألوف، ولا يمكن أن يلزم باحترام قواعد قد تصدر في المستقبل لأن المشرع أراد ذلك.

٢- **الثقة المشروعة**: يقضي حسن النية في التعامل والثقة المشروعة التي تقوم بين الأشخاص على اطمئنانهم أنهم عملوا ونظموا حياتهم وفق القانون السائد والمطبق بصدد الوقائع والتصرفات التي أقدموا عليها، وإن إخضاعهم لقانون جديد يعني فقدانهم الثقة بالقانون وبالمشرّع مما يؤدي إلى الإضعاف من هيبة الدولة ومبدأ سيادة القانون في الدولة والمجتمع.

٣- **استقرار التعامل في المجتمع**: يعد مبدأ عدم رجعية القوانين من العوامل الأساسية في استقرار المعاملات بين الأشخاص، واستقرار العلاقات في نظام الدولة والمجتمع لأن وظيفة القانون وغايته تحقيق الأمن والاستقرار ومنع الفوضى في حياة الأمة، الشعب لذا فإن المصلحة العامة تقتضي عدم سريان القانون على الماضي.

٤- **المنطق**: إن تطبيق القانون بأثر رجعي بأن يحكم علاقات ووقائع وتصرفات تمت في الماضي ينافي العقل والمنطق والأصل بحسبان أن

٢٩٥- ينسب هذا القول للفقهاء بلاثبول، وقد جاء في:

- Capitanti(H) . Introduction à l'étude du droit civil . 4 éd. Paris . 1921 . p : 76 .

٢٩٦- د. حسام كامل الدين الأهواني- المرجع السابق- ص ٣٢٥-٣٢٦، ود. توفيق حسن فرج- المرجع السابق- ص ٣٢٤.

القانون لا يكون نافذاً بحق الناس إلا بعد إطلاعهم عليه ولذلك وجب نشره في الجريدة الرسمية. فكيف نطبق عليهم قانوناً ليس لهم علم به؟ فهذا يدخل في باب الاحتيال والغدر والمشرع لا يمكن أن يكون كذلك.

لهذه الأسباب وغيرها من الأقوال والخطابات في مسألة عدم رجعية القوانين مثل^{٢٩٧}: ((إن أية قوة بشرية أو فوق البشرية لا تستطيع أن تقرر الأثر الرجعي للقوانين))^{٢٩٨}، وإن ((الرجعية هي أكبر اعتداء يمكن أن يرتكبه المشرع، وهو تمزيق للعقد الاجتماعي وإبطال للشروط التي بمقتضاها يخضع الفرد للمجتمع لأنها تسلب الضمانات التي أعطاها المجتمع للفرد مقابل الطاعة التي حصل عليها منه والتي تتطوي التضحية من جانبه. فالرجعية تنتزع من التشريع خصائصه، وبالتالي فإن التشريع الرجعي لا يعد تشريعاً))^{٢٩٩}، وإن عدم الرجعية هو من المبادئ السامية^{٣٠٠} وجدت فكرة ضرورة النص على هذا المبدأ في التشريعات الوضعية وخاصة في الدستور.

ثانياً - اعتماد مبدأ عدم رجعية القوانين في الدستور:

أكدت أكثر الدساتير في دول العالم مبدأ عدم تطبيق القوانين بأثر رجعي ، أو ما يسمى بعدم رجعية القوانين ، حيث نصت المادة (٣٩) من الدستور السوري على أن ((لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يكون لها أثر رجعي، ويجوز في غير الأمور الجزائية النص على خلاف ذلك)). فمع أن المشرع الدستوري وضع المبدأ المطلق بالنسبة للأمور الجزائية بعدم جواز

٢٩٧ - انظر هذه الأقوال وغيرها في د. سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق ص ٦٥٦-٦٥٧

٢٩٨ - منسوب لخطيب الثورة الفرنسية المعروف ميرابو (Mirabeau) .

٢٩٩ - راجع أقوال ميرابو وغيرها في:

- Roubier . le droit transitoire. 2 éd. Paris. 1960. P :269-270.

- Roubier . le droit transitoire. 2 éd. Paris. 1960. P :435.

٣٠٠ - انظر:

تطبيق القوانين على الوقائع التي تمت قبل نفاذها، إلا أنه أعطى صلاحية للمشرع في أن ينص على تطبيق القوانين بأثر رجعي فيما عدا المسائل المذكورة، بينما حصر الدستور المصري إمكانية النص على مخالفة القوانين في غير المواد الجزائية بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب، وليس أغلبية الحاضرين منهم^{٣٠١}، وعليه فإن تهديد استقرار المعاملات والعدل قائم بإمكانية إصدار تشريعات لها أثر رجعي باستثناء المسائل الجزائية. لذلك يقال إن مبدأ عدم رجعية القوانين يقيد القاضي ولا يقيد المشرع، وحتى في القضايا الجزائية إذا كانت أصلح للمتهم وسنوضح كل ذلك في حينه لاحقاً.

ثالثاً - عدم كفاية مبدأ عدم رجعية القوانين:

إن تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين غير كافٍ وحده لحل مشكلة تنازع القوانين في الزمان، لأن وضع تشريعات بأثر رجعي أمر جائز ثم هناك تشريعات ترتب أوضاعاً قانونية لا تنفذ في الحال بل تمتد إلى المستقبل، وإن حركة المجتمع والتاريخ تتطلب تغيير القوانين وتعديلها، ونكون أمام أوضاع متغيرة تحتاج إلى حلول، وعليه فإن مجرد القول بالأثر المباشر للقوانين وعدم العمل بها بالنسبة للماضي، وإلغاء القوانين السابقة بصدور قوانين جديدة، لا يكون حلاً كافياً للمسائل التي نشأت في الماضي قبل صدور القانون الجديد، وأن الفصل في المراكز القانونية ليس أمراً سهلاً، وقد نعمل على تطبيق القانونين معاً من أجل تصفية تلك المراكز، وسنعرض للحالات العملية التي وضع لها المشرع حلولاً موضوعية لاحقاً.

٣٠١ - انظر المادة (١٨٧) من الدستور المصري والتي نصن على أن ((لا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبله، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب)).

المطلب الثاني

النظريات المعتمدة في حل مشكلة تنازع القوانين

Résoudre le problème des conflits de lois

يقوم حل مشكلة تنازع القوانين على تطبيق القانون بأثر مباشر دون أن يكون له أثر رجعي، مع عدم إنكار استمرارية تطبيق القانون القديم على العلاقات والوقائع والأوضاع التي نشأت في ظله إلى أن تصفى فيها المراكز القانونية، إلا أن الأمر يحتاج إلى توضيح من خلال عرض النظريات المتعددة التي فكرت بإيجاد حلول لها. إن القوانين في الزمان عند الاختلاف أو التعارض أو الإلغاء لذلك سنعرض الحبر التي اقترحت ومن ثم سوف نعرض لحلول القانون الوضعي في مطلب مستقل وفق الآتي:

أولاً- النظرية التقليدية في حل مسألة التنازع:

تسمى النظرية التقليدية بنظرية الحق المكتسب، وتقوم على وجوب التفرقة بين الحقوق المكتسبة بموجب التشريع السابق النافذ، والحقوق غير المكتسبة أو مجرد الأمل المتوقع الحصول عليه في ظل تشريع سابق (انتظار مواطن إبرام عقد إيجار في ظل القانون السابق من أجل الحصول على حق في التمديد القانوني للعقد)، وتقول هذه النظرية بعد جواز المس بالحقوق المكتسبة في ظل قانون سابق وعدم جواز رجعية القوانين بشأنها، ثم استبعاد تطبيق كل قانون جديد يمس بها، أما مجرد الآمال فإنها لا تعطي مركزاً قانونياً لصاحبها.

لذلك، لا يجوز تطبيق القانون الجديد بأثر رجعي، وتعرف الحقوق المكتسبة بأنها تلك الحقوق أو المراكز القانونية التي حصل عليها شخص ما في ظل قانون معين بحيث لا يمكن إلغاؤها أو المس بها، ولا يمكن انتزاعها ولو بتدخل عدالة الدولة لأنها أصبحت جزءاً من ذمته المالية أو المعنوية، أو هي كل

مصلحة مشروعة حصل عليها الشخص فمن اكتسب حقاً بموجب عقد إيجار تمّ في ظل قانون سابق لا يجوز تطبيق القانون الجديد بأثر رجعي على العقود التي تمّ إبرامها قبل نفاذه، وكذلك الأمر بالنسبة للعلاقات الزراعية التي نشأت قبل صدور القانون الجديد لتلك العلاقات، ولا يجوز تطبيق أي قانون جديد يمس بها، أو يؤدي إلى الانتقاص منها لأنها حقوق خاصة، أما بالنسبة للحقوق التي لم تكتمل، أو كانت مجرد آمال فإنها لا تقيد المشرع في إمكانية تطبيقها أثر رجعي، كما لو كان قد أبرم شخص وصية لشخص آخر في ظل قانون يسمح بالوصية في حدود ثلث التركة ومن ثم صدر قانون جديد يجعل الحق بالوصية مقيداً في حدود ربع التركة فإن القانون الجديد يطبق بأثر فوري على جميع الوصايا التي لم تنفذ، لأن الوصية مجرد أمل لأن الموصي يستطيع أن يتراجع عنها حتى ما قبل وفاته بصفتها تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت. فالفكرة تكمن في مدى وجود الحق وممارسته، فقد يكون الحق موجوداً ولكن إذا لم يتم استعماله أو مباشرته فإن لا يعد مكتسباً، فلو صدر قانون جديد يجعل سن الأهلية (٢١) سنة بدلاً من (١٨) سنة فإن هذا التشريع لا يطبق بأثر رجعي على التصرفات التي قام بها الشخص وهو في عمر (١٨) سنة أما إذا لم يكن قد قام بأية تصرفات فإن القانون الجديد يشمل جميع الأشخاص المعنيين به. لذلك يقول فقهاء القانون إن العبرة في ممارسة الحق واستعماله فعلاً وليس مجرد اكتساب الحق قانوناً^{٢٠٢}، ومع أن المدرسة التقليدية تؤكد فكرة الحقوق المكتسبة إلا أنها أقرت بعض الاستثناءات عليها، وكان عليها انتقادات سنعرضها وفق الآتي:

١ - استثناءات مبدأ عدم رجعية القوانين:

لقد وضع فقهاء النظرية التقليدية مبدأ عدم رجعية القوانين على أساس الحفاظ على الحقوق المكتسبة في ظل تشريعات سابقة، ومع ذلك أقروا بوجود مجموعة من الاستثناءات وفق الآتي:

أ- النص في التشريع الجديد على الرجعية: *La clause de rétroactivité*

أجاز الدستور أن ينص على رجعية القوانين باستثناء المواد الجزائية وفقاً لأحكام المادة (٣٩) منه، وبستوي في هذه الحالة أن يكون التشريع صادراً عن مجلس الشعب، أو عن رئيس الجمهورية إلا أنه لا يجوز النص على رجعية التشريع الحكومي الصادر بالتفويض في تميز حالات التشريع الصادر عن رئيس الجمهورية، ويجب أن يكون النص صريحاً على تطبيق التشريع بأثر رجعي، وإن تبرير النص قد يكون معتمداً على فكرة العدالة أو المصلحة العامة التي يعود تقديرها للجهة التي تملك سلطة التشريع وفقاً للدستور، وقد يأتي النص على تطبيق تشريع معين بأثر رجعي لمعالجة خلل ورد في تشريع سابق، أو للمحافظة على أوضاع مستقرة في المجتمع أقام تشريع ما خلل فيها، أو عندما يصدر تشريع لأسباب صحية أو إنسانية، كما لو تعلق بالرعاية الصحية لفئة معينة من العاملين، أو بتعديل معاشاتهم التقاعدية، وقد يستعمل وسيلة لمنع التحايل على قانون يناقش مشروعه في مجلس الشعب أو لدى الحكومة، كقانون منع بيع السيارات الذي أدى إلى ارتفاع أسعارها في السوق.

فالنص على تطبيق قانون بأثر رجعي يجب أن لا ينسحب كما أشرنا أعلاه على تلك التعليمات أو اللوائح التي تصدر عن الحكومة مالم تكن تطبيقاً للنص التشريعي. وإن قواعد العدالة بشكل عام لا تقف مع تطبيق القوانين بأثر رجعي لأن أساس عدم رجعية القوانين هي العدالة، وإن فكرة العدالة في فلسفة تطبيق

القانون بأثر رجعي استعمل بحذر وفي أضيق الحدود، وإن تقرير تطبيق تشريع بأثر رجعي من قبل المشرع لا يكون إلا في حالة الضرورة، ولأسباب تستدعيها المصلحة العامة، مع الأخذ بالحسبان عدم تأثيره على استقرار المعاملات والشعور بالأمان في المجتمع^{٣٠٣}، ولأن العدل بين المصالح الخاصة هو عدلٌ حسابي، ويجب أن يحافظ القانون عليه دون ميل من خلال عدم تطبيق القوانين بأثر رجعي، وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يمس التشريع الصادر بأثر رجعي النزاعات التي سبق وإن فصل فيها القضاء بموجب القانون القديم بموجب قرار لا يقبل أي طريق من طرق الطعن، مالم يتضمن التشريع الجديد شمول الأحكام في التطبيق الرجعي للقوانين^{٣٠٤}.

ب- التشريعات التفسيرية: Les lois interprétation

يستثنى من مبدأ عدم رجعية القوانين التفسيرية التي تصدر لتفسير إبهام أو غموض في تشريع نافذ بسبب التأويلات المتباينة، والفهم الخاطئ لنصوصه من قبل الجهات القائمة على تطبيقه، ويجب أن نأخذ في مفهوم التشريع التفسيري المعيار الموضوعي، وذلك بعد تضمينه أية إضافة للتشريع الأصلي الذي صدر لتفسيره، بل يقتصر دوره على الكشف عن الإرادة الحقيقية للمشرع من النص الأصلي، وهو يكون أكثر الأحيان من أجل استبعاد التفسير الذي أخذ به القضاء، ولا ينكر أحد حق المشرع في إصدار تشريع تفسيري لتشريع سابق في غموض أما إذا كان من استكمال نقص فعندئذ يعد تشريعاً جديداً يسري عليه ما يسري على التشريع الأصلي بعدم جواز تطبيقه بأثر رجعي مالم ينص التشريع ذاته على تطبيقه بأثر رجعي، وتكون الفلسفة في استثناء التشريعات التفسيرية من مبدأ عدم رجعية القوانين هو أنها لا تأتي بجديد، وهي مجرد تعبير عن إرادة المشرع في

٣٠٣ - انظر بعض هذه الأفكار في: د. حسام الدين كامل الأهواني - المرجع السابق - ص ٢٣٢-٢٣٨.

٣٠٤ - انظر: ٢٣٧-٢٣٩ - Op. cit. p. 237-249 - Les frères Mazeaud - les leçons de droit civil.

القانون القديم فتجعله أكثر دقة ووضوحاً، وأسهل في التطبيق، ولا يوجد في الأصل تنازع بينه وبين القانون الذي فسره، بل يندمج معه ويصبحان جسماً واحداً^{٣٠٥}، إلا أن القول بأن التشريع التفسيري لم يأت بجديد فهو حيلة قانونية ولو كان كذلك لما كانت من حاجة إلى إصداره، ولذلك يذهب أكثر الفقهاء إلى القول أن التشريع التفسيري هو تشريعي ينص على تطبيقه بأثر رجعي وهو استثناء على عدم جواز تطبيق القوانين بأثر رجعي^{٣٠٦}.

٣- التشريعات الجزائية الأصلح للمتهم:

تطبق التشريعات الجزائية التي تصدر متضمنة أحكاماً أفضل لمصلحة المحالين للعدالة الجزائية في الدولة بأثر رجعي على جميع الوقائع الجرمية التي تمت قبل صدورها كاستثناء على مبدأ عدم رجعية القوانين، وعلى ذلك فإن كل تشريع جزائي يعدل شروط التجريم تعديلاً ينفع المدعى عليه في جريمة جزائية يطبق على الأفعال المقتربة قبل نفاذه ما لم يكن قد صدر بشأنها حكم مبرم^{٣٠٧}، وكل قانون جديد يلغي عقوبة أو يقضي بعقوبة أخف يطبق على الجرائم المقتربة قبل نفاذه، ما لم يكن قد صدر بشأنها حكم مبرم^{٣٠٨}، وعلة تطبيق القوانين الجزائية بأثر رجعي يقوم على مفهوم العدل لأنه من غي العدل في شيء أن نطبق عقوبة شديدة على متهم بجريمة جزائية في الوقت الذي يرى فيه المشرع أنها قاسية وشديدة وغير عادلة ولا تحقق مصلحة المجتمع لاسيما أن مبدأ عدم رجعية

٣٠٥ - انظر: 245: page - Roubier(P)-le droit Transitoire 2-2 éd. paris. 1951-

٣٠٦ - د. سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ص ٦٨-٦٨٥، وانظر أيضاً:

24-245: page - Roubier(P)- op. cite-

٣٠٧ - انظر المادة (٣) من قانون العقوبات السوري لعام ١٩٤٩.

٣٠٨ - انظر المادة (٨) من قانون العقوبات السوري لعام ١٩٤٩.

القوانين وجد في الأصل لحماية حقوق الأشخاص وحرّياتهم ولا يمكن أن يكون موجهاً ضدهم^{٣٠٩}.

٢ - انتقادات النظرية التقليدية:

فمع الحلول العملية التي وضعتها النظرية التقليدية من خلال فكرة الحفاظ على الحقوق المكتسبة إلا أنها تعرضت لانتقادات رئيسيين وفق الآتي:

أ- الغموض في مفهوم الحق المكتسب:

إن الغموض في مفهوم الحق المكتسب ناجم عن اتخاذه معياراً لحل إشكالية التنازع بين القوانين بوصفه معياراً قاصراً لا يفصح عن معنى رجعية القوانين، وتطبيقه قد يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، لأن القانون لا يمكن أن يضمن بأن تبقى الحقوق على ما قامت عليه في الماضي دون تعديل في المستقبل وهذا المبدأ يعمل عكس حقائق التطور في الحياة، وإن البحث في مسألة الحقوق المكتسبة عناء دون مقابل وهي تفسير للماء بأنه ماء، لأنه يتطلب البحث عن الحقوق التي يتعين على المشرع احترامها، وقد تختلف الآراء حول هذا الموضوع دون الوصول إلى حل لمشكلة تنازع القوانين في الزمان، فمصطلح الحفاظ على الحقوق المكتسبة يعبر فقط عن نصف الحقيقة، وهو لم يقدم شيئاً بالنسبة للأثر المباشر للقانون.

ب- تجاهل مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد:

يترتب على أي قانون جديد، ولو لم يطبق أثر رجعي المس ببعض الحقوق أو المصالح أو المراكز القانونية بشكل مباشر أو بشكل غير مباشر، وإن النظرية التقليدية لم توضح لماذا استثنت الحقوق العقدية من مجال تطبيق القانون الجديد، وإن كثيراً من القوانين المتعلقة بحق الملكية سوف تمس هذا الحق وكذلك

٣٠٩ - انظر :

Garraud(R) – Traité de droit pénal , 2 éd, p :244 ; et Roubier – op . cite . page : 454 .

الحقوق المتفرعة عنه دون أن تطبق بأثر رجعي ودون وجود نص على ذلك، وإن كل إصلاح تشريعي سوف يصطدم بما يعرف بالحقوق المكتسبة وعلى ذلك يتوقف عمل المشرع في الدولة وتتوقف حركة الحياة خوفاً من المس بالمراكز القانونية أو الحقوق المكتسبة، وعلى ذلك فإن نظرية الحقوق المكتسبة قد تكون صحيحة بالنسبة للماضي ولكنها لا تصلح للمستقبل لأن المشرع يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة من التشريع، وكلما وجد أن المصلحة العامة راجحة لن يقف أمام نظرية الحفاظ على الحقوق المكتسبة^{٣١٠}، وعلى ذلك فإن نظرية الحقوق المكتسبة وأهميتها في ميزان العدالة لم تتجح في حل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان.

ثانياً- النظرية الحديثة لحل مشكلة تنازع القوانين:

تقوم هذه النظرية على أساس التفرقة بين المراكز القانونية الشخصية، والمراكز القانونية الموضوعية وتسمى هذه النظرية باسم الفقيه الفرنسي العميد دوجي (Duguit)، إلا أن الذي أرسى دعائمها ودافع عنها هو الفقيه روبييه (Roubier)، وتقوم هذه المدرسة على قاعدة واستثناء. أما القاعدة فهي تطبيق التشريع الجديد بأثر فوري ومباشر ثم لا يسري على العلاقات التي تمت قبل نفاذه، وعليه فإن عدم رجعية القوانين يكون استثناءً من القاعدة، وعلى هذا، سنعرض لمبدأ الأثر المباشر للقانون ومبرراته، والبحث في فكرة المراكز القانونية، وللحلول التي عرضتها النظرية لحل مشكلة التنازع، ودور فكرة النظام العام في الأثر المباشر للقانون وفق الآتي:

٣١٠ - انظر: د حسام الدين الأهواني - المرجع السابق - ص ٣٥٤، ود. سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ص ٦٦٩، و -

- Capitant(H) . op. cit . p :82. : Roubier(P)- op. cite- page: 170

١- مبدأ الأثر المباشر للقانون:

يعني مبدأ الأثر المباشر للقانون أن كل قانون جديد يصبح سارياً من تاريخ نفاذه، ومن غير الجائز تجاهل أحكامه وهو القاعدة في تطبيق القانون، وإن هذه تقوم على مجموعة من المبررات أهمها أن المشرع لا يمكن أن يتقيد بعدم رجعية القوانين وإن كانت القاعدة تلزم القاضي لأن القاضي ليس له سلطة الاجتهاد في مدى ملاءمة التشريع من عدمه، وإن تقرير الرجعية من عدمها يدخل في السياسة التشريعية للدولة ولنظام الحكم فيها، وبما أن المشرع لم ينص على رجعية تطبيق قانون فلا يجوز لغيره أن يفعل ذلك تحت أي مبدأ آخر ولو أثر على الحقوق المكتسبة إن كانت قائمة فعلاً، ولكن هذا لا يعني موت القانون القديم أو استبعاده من حيث المضمون إذ يبقى له أثر في حكم العلاقات التي نشأت ورتبت آثارها في ظل أحكامه، ويفترض أن كل قانون جديد أو أفضل بالنسبة للمشرع من قانون سابق عليه وإن المصلحة العامة تقضي بالتوسع في تطبيق القانون بأثر مباشر كلما كان ذلك ممكناً، وإن أعمال القانون الجديد بأثر مباشر يؤدي إلى تفادي الازدواجية في التشريع في حكم العلاقات التي تنشأ بين الأشخاص، وإن تطبيق القانون بأثر مباشر يؤثر على العلاقات التي تنشأ في المستقبل ويمس بالاستقرار .

فلو صدر قانون جديد يلغي حقوق الارتفاق القانونية القائمة على العقارات فسوف يمس ذلك حقوق أصحاب المرتفق لجهة القيمة الشرائية للمبيع، ومن الصعب المحافظة بشكل مطلق على الأوضاع القائمة، وهناك صراع أبدي بين القديم والحديث بين الواقع وتطويره ودائماً توجد اتجاهات في السياسة وفي القانون وفي علاقات المجتمع، حيث نجد دائماً اتجاهين تقليدي محافظ تحت أفكار مختلفة منها عدم التأثير على الأوضاع الراهنة، واتجاه ثوري متطور يؤمن بحركة التاريخ والمجتمع والقانون، ومن خلال هذا الصراع الأبدي نشأت فكرة قانونية جديدة تسمى المراكز القانونية.

٢ - فكرة المراكز القانونية:

تقوم فكرة المراكز القانونية على فلسفة الفقيه الفرنسي (دوجي) الذي ينكر فكرة الحقوق ويقول بوجود مراكز قانونية متفاوتة، وإن وجود تنازع قوانين يكون بالنسبة لواقعة أو تصرف أو عناصر في مشكلة تأتي تحت وصف قانوني واحد، وإن مهمة القوانين هي تنظيم المراكز القانونية، وإن التشريعات تدرس من حيث ماضي المراكز القانونية وحاضرها ومستقبلها، وإن فكرة المركز القانوني واسعة بحيث تشمل أكثر من مصطلح الحقوق المكتسبة، وبالتالي يستعمل فقهاء هذه النظرية مصطلح الرتبة القانونية، وإن الروابط والمراكز هي التي يستطيع صاحبها أن يحتج بها في مواجهة الناس كافة، وإن عدد المراكز لا يمكن جمعه في لائحة واحدة.

ففي بناء الأسرة مركز لكل من الزوج والزوجة والطفل، وفي مجال الحقوق العينية مركز المالك والمنتفع وصاحب حق الارتفاق، وإن المراكز القانونية لا تنشأ عادة في لحظة واحدة، بل تمتد في الزمان ثم إن القانون الجديد يطبق على أجزاء المراكز التي نشأت وترتبت في ظله عملاً بالأثر المباشر للقانون، وإن القول بعدم رجعية القوانين لا يعني أكثر من إيضاح أن القانون الجديد لا يسري على الماضي بل هو يطبق بشأن الوقائع والعلاقات التي تنشأ بعد نفاذه أي على الوقائع الحاضرة والمستقبلية. فالتنازع بين القوانين يقوم في الحقيقة على تحديد القانون الذي يطبق بشأن الوقائع والتصرفات الحاضرة أو المراكز القانونية للأشخاص عند عرض النزاع على القاضي، وحيث تثور مشكلة أي قانون يجب أن يحكم العلاقة هل هو القانون القديم أم القانون الجديد؟

فهل يمكن السماح بامتداد العمل بالقانون القديم في حل المشكلة التي نشأت بصدد علاقة ما نشأت في ظل قانون قديم وما تزال آثارها ممتدة إلى المستقبل في الزمان، وإن تطبيق الأثر المباشر للقانون الجديد يعني عدم السماح للقانون القديم

في النفاذ بعد صدور القانون الجديد ولو تعلق الأمر بوقائع أو تصرفات نشأت في ظل القانون السابق؟

بمعنى أن القانون المباشر يطبق بأثر فوري على جميع المراكز القانونية من لحظة نفاذه وانكفاء تطبيق القانون السابق كما أن القانون الجديد يطبق على آثار مركز قانوني نشأ ونفذ في ظل قانون سابق، فلو تم البيع في ظل قانون سابق ينص على أن البيع يكون نافذاً ومنتجاً لآثاره بمجرد العقد، ثم جاء قانون جديد ونص على أن البيع فيما يتعلق بالعقارات والسيارات لا يرتب آثاره إلا بتسجيل العقد لدى الدوائر المختصة، ونشأ نزاع بين البائع والمشتري حول الملكية فأصحاب نظرية المراكز القانونية يقولون بتطبيق القانون الجديد في أثر فوري لجهة الأخذ بالحسبان من هو المالك؟ هل هو المشتري بموجب عقد؟ أم البائع الذي لا يزال العقار أو السيارة مسجلة باسمه في الدوائر العقارية أو في دوائر النقل؟ .

٣ - المراكز القانونية وعدم رجعية القوانين (القاعدة):

تقضي القاعدة وفق النظرية الحديثة بأن القانون الجديد ليس له أثر رجعي على الوقائع التي تمت في ظل قانون سابق بمعنى أن كل الوقائع المتعلقة بإنشاء المراكز القانونية سواء انطوت تحت مفهوم الأعمال الإرادية أو الوقائع المادية التي نشأت في ظل قانون قديم واكتمل وجودها، أو رتبت آثارها ، وإن كل ما اكتمل منها في ظل القانون القديم فلا يطبق عليها القانون الجديد، وإن مصطلح الوقائع التامة أو التصرفات المنجزة يختلف عن فكرة الحقوق المكتسبة لأننا لا نتحدث عن حقوق، بل عن مراكز قانونية، وعلى هذا يوجد مراكز قانونية أصلية وأخرى تبعية، فالمراكز القانونية الأصلية هي المتعلقة بأصل الالتزام فالزواج مركز قانوني أصلي، والنفقة والوصاية والولاية والحضانة والإرث، وكل ما يترتب على الزواج من آثار هي مراكز قانونية تبعية، وتوجد قاعدة عامة مآلها أن الفرع يتبع الأصل

وهذا يعني أن القانون الجديد إذا كان لا يطبق على الأصل فلا يطبق على الفرع والعكس صحيح.

٤ - الاستثناء من الأثر المباشر للقانون الجديد:

خلص الفقيه الفرنسي روبيه بعد دفاعه عن فكرة الأثر المباشر للقانون الجديد وعد تطبيقه بأثر رجعي على الوقائع أو المراكز القانونية التي ترتبت قبل صدوره عمل على محاولة تحديد معنى الأثر المباشر بحيث يكون مفهوماً على أساس وحدة التشريع الذي يطبق على الحالات التي تكون من نوع واحد. فالعقد الذي ينشأ ويرتب آثاره بعد انعقاده مباشرة، وهو في الأصل يخضع لمبدأ قانون الإرادة وهو قانون خاص بالمتعاقدين يتعلق بالواقعة محل العقد، ولا محل للتمسك بشأنها بالأثر المباشر للقانون الجديد، وهذا يقتضي استمرار العمل بالقانون القديم الذي أنشأه المتعاقدان لحكم كل ما يتعلق بالعقد من آثار وحتى انقضائه وتصفيه المراكز القانونية الناشئة عنه، وقد فرق روبيه بين العقود التي يرتب أحكامها المتعاقدان وتلك التي يرتب معظم أحكامها المشرع كعقود الزواج حيث أقر بامتداد القانون القديم لحكم المسألة الأولى وتطبيق الأثر الفوري للقانون الجديد المتعلق بالمسألة الثانية كي لا يقع في تناقض لجهة إنهاء الزواج بالطلاق وفق القانون الذي أبرم عقد الزواج في ظل أحكامه، وعلى هذا فإن قاعدة عدم رجعية القوانين بتطبيق القانون الجديد بأثر مباشر تقرر بوجود استثناء باستمرار تطبيق القانون القديم في حكم العلاقات التي نشأت في ظله، وقصر هذا الامتداد للتشريع القديم على العقود.

٥ - دور النظام العام في تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر:

يرى أنصار النظرية الحديثة أن فكرة النظام العام تؤدي دوراً مهماً في تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر، وعدم امتداد تطبيق القانون السابق في ظل القانون

الجديد وذلك خروجاً على الاستثناء الذي وضعته هذه النظرية الذي يسمح باستمرار العمل بالقانون السابق مع وجود القانون الجديد وخاصة في مجال العقود، إلا أنه يوجد من يقول إن فكرة النظام العام عند تكوين العقد تختلف عنها في مسألة تنازع القوانين، ومع ذلك فإن مسألة الموافقة على استمرار تطبيق القانون القديم مع وجود قانون جديد مسألة قد ترتبط في بعض الأحيان بأساس القانون الجديد والفلسفة التي قام لتحقيقها .

فإذا كان يرتبط بالنظام الاجتماعي أو الاقتصادي فإنه يكون من المفيد تطبيقه بأثر فوري على جميع الوقائع سواء نشأت في ظل قانون سابق واستمرت في المستقبل أو كانت قد نشأت وثمرت في ظل القانون السابق، وفي جميع الأحوال في حال عدم وجود نص تشريعي يتعلق بسريان القانون الجديد فإن القضاء يبحث في إمكانية الاستمرار بتطبيق القانون القديم إذا كان عدم تطبيقه يهدد النظام العام واستقرار المجتمع وهذا ما نجده عند البحث في الحلول التشريعية لمسألة تطبيق القانون في الزمان في مسألة إصدار تشريع ينظم العلاقة الإجارية خلافاً لما كانت عليه في السابق.

إذ إن المشرع سمح باستمرار تطبيق قانون الإجراءات السابق على العلاقات الإجارية التي نشأت في ظله لأن تطبيقه بأثر فوري سوف يخلق حالة ذات نتائج خطيرة على النظام العام في المجتمع، وإن صدور قانون عمل جديد من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بالمراكز القانونية للعاملين التي نشأت في ظل القانون السابق مالم يكن القانون الجديد في مصلحتهم، وكذلك الأمر بالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية التي تهدف إلى حماية كيان الأسرة الخلية الأساسية في بناء المجتمع لذلك تعد من النظام العام وإذا صدر قانون جديد فهو يطبق بأثر فوري ولا يمكن السماح بالاستمرار بالقانون السابق، ولذلك يقال إن القانون القديم

يستمر في ظل القانون الجديد مالم يكن القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام والآداب العامة^{٣١١}.

فهذا ما عبّرت عنه الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري والتي جاء فيها أنه ((إذا نسخ قانون جديد قانوناً سابقاً عليه، فإن القانون المنسوخ يظل مع ذلك سارياً على الروابط القانونية التي نشأت تحت سلطانه، وكانت مترتبة على إرادة المتعاقدين مالم يوجد نص يقضي بغير هذا، أو كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام والآداب))^{٣١٢}.

٦- قواعد حل التنازع (النظرية الحديثة):

تخلص النظرية الحديثة في حل التنازع بين القوانين في الزمان إلى وضع مجموعة من القواعد نلخصها في الآتي^{٣١٣}:

أ- يطبق القانون الجديد بأثر فوري دون أن يكون له أثر رجعي، بل يمكن إعادة النظر بالوقائع التي تمت ورتبت آثارها قبل صدوره في ضوء كل واقعة على حدة مع الأخذ بالحسبان المراكز القانونية التي تكونت في الماضي أو في ظل القانون السابق.

ب- يطبق الأثر القانوني المباشر للقانون الجديد على المراكز القانونية التي لا تزال في دور التكوين أو الانقضاء، وكذلك بالنسبة لآثارها المستقبلية دون أن يمس المراكز القانونية التي تكونت قبل صدوره.

ج- يكون للقانون القديم أثر مستمر مع وجود القانون الجديد في شأن آثار العقود التي أبرمت في ظلّه مالم يكن القانون الجديد من النظام العام أو الآداب

٣١١ - انظر كل من د. حسن كيرة- المرجع السابق- ص ٣٧٦، ود. عبد الفتاح عبد الباقي- المرجع السابق- الفقرات (١٨٧)-

١٩٥-١٩٦)، ود. حسام الدين كامل الأهواني- المرجع السابق- ص ٣٧٩.

٣١٢ - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - ج ١- ص ٢١٤.

٣١٣ - د. حسن كيرة- المرجع السابق- ص ٣٧٨

العامة فعندئذ يطبق القانون الجديد بأثر مباشر دون مراعاة المراكز القانونية التي نشأت أو ترتبت قبل صدوره.

المطلب الثالث

الحلول الوضعية في تنازع القوانين

اهتمَّ المشرع السوري كغيره من المشرعين في مسألة التنازع بين القوانين وذلك بسبب التشريعات الحديثة الكثيرة التي تم إصدارها لمواكبة التطورات السياسية والاجتماعية والاقتصادية وحركة التاريخ التي لا يمكن أن تبقى في مكانها أو أن تعود إلى الوراء، وتختلف الحلول التي وضعها المشرع بحسب طبيعة ونوع كل منها.

كما يجب التفريق بين تنازع القوانين الذي ينشأ بسبب صدور تشريعات متفاوتة في الزمان تلغي تشريعاً سابقاً أو تعالج الموضوع ذاته وذلك بالنسبة لوقائع تمت في ظل قانون سابق واستمرت في ظل القانون الجديد، وتنازع الاختصاص القضائي الذي يحدد الجهة القضائية أو المحكمة المختصة بنظر النزاع بسبب وجود عدة جهات في الدولة تملك سلطة الفصل في المنازعات، وعلى ذلك فإن حل التنازع بين القوانين يختلف كلية عن حل التنازع على الاختصاص القضائي. لهذا سنعرض هنا الحلول التي أخذ بها المشرع السوري والاجتهاد بالنسبة للتنازع بين القوانين دون التنازع على الاختصاص القضائي وفق الآتي:

أولاً- حلول التنازع في القانون العام:

يقضي المبدأ القانوني بأن التشريعات الجديدة التي تتطوي تحت مفهوم القانون العام تسري أثر مباشر وفوري باستثناء التشريعات الجزائية التي وضع المشرع لها أحكاماً خاصة تتعلق بحلول التنازع فيها بين التشريعات القديمة

والتشريعات الحديثة ، لأنه ليس لأحد أن يدعي أنّ له حقاً مكتسباً في أن تمارس السلطة في الدولة وتنتقل على نحو معين ، أو أن تنشأ المرافق العامة أو يتم تسييرها أو تنظيمها وفق أحكام جديدة^{٣١٤} لذلك سنعرض لبعض التطبيقات وفق الآتي:

١- في القانون الدستوري:

فلقد تم وضع الدستور السوري في ١٣/٣/١٩٧٣، وأعاد تنظيم هيكله سلطات الدولة وحدد سلطاتها والحكم فيها وقد عدّ نافذاً من تاريخ إقراره بالاستفتاء الشعبي^{٣١٥} ، وذلك بأثر فوري ومباشر إلا أنه عالج مشكلة تعيين رئيس الجمهورية بالنص على أن تستمر ولايته حتى إتمام سبع سنوات من تاريخ انتخابه رئيساً. كما عالج وضع التشريعات المخالفة للدستور باستمرار العمل بها إلى أن يتم تعديلها بما يتفق وأحكامه خلال ثلاث سنوات من صدوره، لذلك نقول إنّ الدستور السوري أخذ بنظرية الأثر المباشر للتشريع الدستوري وفي الوقت ذاته حافظ على المراكز القانونية التي نشأت قبله والتي يمكن أن تمس الحقوق المكتسبة من جهة أخرى.

٢- في القانون الإداري:

قد يصدر قانون ينص على أن يعين الوزراء بقرار من رئيس مجلس الوزراء، بدلاً من رئيس الجمهورية وعملاً بالأثر الفوري والمباشر يتوجب أن يعاد تعيينهم أو تعيين غيرهم بقرار من رئيس مجلس الوزراء بدلاً من المراسيم السابقة التي صدرت بذلك. فقد كان أمين مجلس التعليم العالي، وأمين الجامعة يعينان بمرسوم من رئيس الجمهورية بموجب قانون تنظيم الجامعات رقم (١) لعام ١٩٧٥،

٣١٤ - قريباً من هذا المعنى - نقض مصري في ٢٢/١١/١٩٦٦ - مجموعة أحكام النقض - السنة ١٧ ق - ص ١٥١٨ - فقرة ٢١٢.

٣١٥ - المادة (١٥٦) من الدستور.

ثم صدر قانون تنظيم جامعات جديد برقم (٦) لعام ٢٠٠٦، ونصّ على أن يعين الأول بقرار من رئيس مجلس الوزراء ، ويعين الثاني بقرار من وزير التعليم العالي. فإن المبدأ القانوني في حلّ هذه المسألة هو أن يعاد تعيين كل من المذكورين أو تعيين غيرهم وفق نصوص القانون الجديد عملاً بالأثر المباشر بتطبيق الجديد بوصفه من التشريعات المتعلقة بالقانون العام، دون أن يكون لأي من هؤلاء أن يتمسك بفكرة الحقوق المكتسبة. كذلك الأمر بالنسبة للتنظيم القضائي.

فقد تلغى محاكم، وتحال اختصاصاتها إلى محاكم أخرى، كما هو الحال بالنسبة لإلغاء محكمة الأمن الاقتصادي وإحالة اختصاصها إلى المحاكم العادية. فقد طبق التشريع الجديد بأثر فوري ومباشر دون الأخذ بالأثر الرجعي أو الحق المكتسب.

٣- في القانون الجزائي:

تقضي المبادئ الدستورية بعدم تطبيق القوانين الجزائية بأثر رجعي كقاعدة عامة، فلا يجوز تطبيق تشريع جديد على تجريم فعل لم يكن مجرمًا في ظل قانون سابق، ولا تشديد عقوبة نص عليها قانون جديد، وإن الدستور منع على المشرع أن يصدر تشريعات تقضي بتطبيق القوانين الجزائية بأثر رجعي وذلك عندما نص في المادة (٣٠) منه على أن ((لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يكون لها أثر رجعي، ويجوز في غير الأمور الجزائية النص على خلاف ذلك)).

فهذا يعني أن التجريم والعقاب يكون محكوماً بالقانون الذي كان نافذاً عند وقوع الجريمة. إلا أنه على الرغم من هذا المبدأ الذي يقوم في الأصل على أساس عدم إلحاق الضرر أو الأذى بالمتهم. أما لو كان التشريع الجزائي الجديد أصلح له، فهل نطبق القانون الجديد بأثر فوري ومباشر؟. تؤكد القوانين الجزائية على

تطبيق مبدأ عدم الرجعية فيما يضر ولكن ليس فيما ينفع، إذ أقرت العدالة الجزائية بتطبيق القوانين الجزائية الجديدة بأثر فوري ومباشر على الأفعال التي تمت قبل نفاذها سواء منها الإجرائية المتعلقة بالملاحقة إذا كانت أكثر مراعاة للمدعي عليه^{٣١٦}، أو الناحية الموضوعية إذا كانت تعدل شروط التجريم لمصلحة المدعي عليه^{٣١٧}، أو تلغي الجريمة، أو العقوبة أو تخفف منها^{٣١٨}.

٤ - القانون الضريبي:

تقضي القوانين الضريبية بتطبيقها بأثر فوري ومباشر من تاريخ نشرها مالم تنص على تاريخ آخر للنفاذ، وذلك بالنسبة للوعاء الضريبي الذي تحقق من ذلك التاريخ، علماً أن أكثر التعديلات التي طرأت على مسألة تحديد وفرض الرسوم لم تمس الحقوق المكتسبة في ظل القوانين السابقة بل عملت على إعادة تنظيمها وتحديد وتطبيقها بأثر فوري بالنسبة للمستقبل.

٥ - قانون العاملين في الدولة:

صدر قانون العاملين الأساس رقم (١) لعام ١٩٨٥ تعديلاً لقانون الموظفين الأساسي رقم (٣٥١) ل.ر. لعام ١٩٤٥ إلا أنه أعطى مدة انتقالية للتنفيذ مدتها سنة^{٣١٩} بحيث لا يطبق إلا في بداية عام ١٩٨٦، كما نص على تسوية أوضاع العاملين الخاضعين لأحكامه من خلال الحفاظ على حقوقهم المكتسبة^{٣٢٠}.

٣١٦ - نصت المادة (١/٤) من قانون العقوبات السوري على أن ((كل قانون يعدل حق الملاحقة يطبق على الجرائم السابقة له إذا كان أكثر مراعاة للمدعي عليه)).

٣١٧ - نصت المادة (٣) من قانون العقوبات السوري على أن ((كل قانون يعدل شروط التجريم تعديلاً ينفع المدعي عليه يطبق على الأفعال المقتربة قبل نفاذه ما لم يكن قد صدر بشأنها حكم مبرم)).

٣١٨ - نصت المادة (٨) من قانون العقوبات على أن ((كل قانون جديد يلغي عقوبة أو يقضي بعقوبة أخف يطبق على الجرائم المقتربة قبل نفاذه، ما لم يكن قد صدر بشأنها حكم مبرم)).

٣١٩ - نصت المادة (١٧٧) منه على أن ((ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعتبر نافذاً بعد انقضاء سنة من تاريخ صدوره)).

٣٢٠ - نظر المواد ١٦٣ و ١٦٩ و ١٧١ من قانون العاملين الأساسي رقم (١) لعام ١٩٨٥.

فهو أخذ بالحسبان ضمناً نظرية الحقوق المكتسبة مع التطبيق من تاريخ النفاذ ثم أخذ بالنظريتين الحديثة والقديمة مع الحفاظ على المراكز القانونية التي كانت قائمة في ظل قوانين سابقة، وعندما صدر نظام العاملين في الدولة ومؤسساتها الجديد رقم (٥٠) لعام ٢٠٠٤ الذي ألغى القانون رقم (١) لعام ١٩٨٥ راعى كل المراكز القانونية التي كانت مترتبة في ظل القانون رقم (١) لعام ١٩٨٥ وقد ألغى نظام التعيين بالوكالة إلا أنه حافظ على مراكز من سبق تعيينهم بهذه الصفة وذلك بالنص على أن ((يبقى الوكلاء المعينون قبل تاريخ نفاذ هذا القانون خاضعين للأحكام النازمة للتعيين بالوكالة المعمول بها قبل نفاذه بما فيها جواز التثبيت))^{٣٢١}.

ثانياً - حلول التنازع في القانون الخاص:

تبنى المشرع السوري حلولاً متعددة في مجالات القانون الخاص سواء منها في القانون المدني، أو قانون أصول المحاكمات، أو القانون التجاري، أو قانون البيئات وسنعرض ذلك وفق الآتي:

١ - في القانون المدني:

عالج المشرع السوري مسألة تنازع القوانين في عدد من نصوص القانون المدني وخاصة في المسائل الآتية:

أ - الأهلية:

أكد المشرع تطبيق الأحكام المتعلقة بأهلية الشخص بأثر فوري ومباشر دون أن يكون لها أثر رجعي، فقد نص في المادة (٧) على أن ((النصوص المتعلقة بالأهلية تسري على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص))، ومع ذلك حافظ على تطبيق القانون القديم بالنسبة للوقائع السابقة

٣٢١ - المادة (١٥٣) من نظام العاملين رقم (٥٠) لعام ٢٠٠٤.

التي تمت في ظل قانون قديم فيما لو كان الشخص كامل الأهلية وأبرم تصرفاً فإن تصرفه يبقى صحيحاً، ولو جعلته النصوص الجديدة ناقص الأهلية وذلك من خلال النص على أنها ((إذا عاد شخص، توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة، ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة، فإن ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة))^{٣٢٢}، وهذا الحل الذي اعتمدته المشرع السوري يتفق وما قالت به النظرية التقليدية، أما وفقاً للنظرية الحديثة فإن الحل لا يكون متفقاً لأنه إذا أصبح الشخص راشداً كامل الأهلية في ظل قانون قديم فلا يمكن للمشرع أن يعده قاصراً في قانون جديد من جهة أن مركز الشخص القاصر ينقضي ببلوغه سن الرشد في ظل القانون القديم وإن إعادة النظر في سن الرشد باعتباره قاصراً يعني تطبيق القانون بأثر رجعي^{٣٢٣}.

ب- التقادم:

يقضي المبدأ في حل التنازع بين القوانين بالنسبة لاكتساب الحقوق أو سقوطها بالتقادم بأنه تطبق مباشرة وفوراً دون أن يكون لها أثر رجعي، فلو أن تقادماً قد أكمل مدته في ظل قانون سابق، وصدر قانون جديد يعدل مدة التقادم، فإن القانون الجديد لا يطبق على ما سبق إن تم في ظل قانون قديم، وهذا يتفق مع أفكار النظرية الحديثة في حل التنازع وهذا ما أخذ به المشرع السوري بالنص على ((أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببداية التقادم ووقفه وانقطاعه، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة))^{٣٢٤}.

أما بالنسبة للنصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم فإنها تطبق بأثر فوري ومباشر كما سبق البيان وتطبق أيضاً على كل تقادم لم يكتمل في ظل القانون

٣٢٢ - انظر المادة (٢/٧) من القانون المدني.

٣٢٣ - انظر: Roubier(P)- op. cite- page :297 .- وانظر أيضاً- د. حسن كيرة- المرجع السابق- ص ٢٨٠-٢٨١.

٣٢٤ - انظر المادة (٢/٨) من القانون المدني.

السابق وذلك من خلال النص على أن ((تسري النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل))^{٣٢٥}، وهذا التطبيق المباشر للقانون الجديد وعدم رجعيته بالنسبة لبداية التقادم ووقفه وانقطاعه وشروطه التي تبقى خاضعة للقانون القديم إلا المشكلة التي تطرح نفسها بالنسبة لمدة التقادم هي ما هو الحل لو صدر قانون جديد وأنقص مدة التقادم عن المدة المقررة في قانون سابق؟.

فلقد كان الحل الذي أخذ به المشرع السوري أنه إذا أقر القانون الجديد مدة أقصر مما كان مقرراً في القانون السابق طبق القانون الجديد بأثر فوري دون النظر إلى المدة السابقة التي بدأت في ظل القانون السابق مالم تكن المدة المتبقية وفق القانون القديم أقصر من المدة التي قررها القانون الجديد فعندئذ يتم إكمال المدة وفق القانون القديم، كما لو أن النص القديم يقول إن التقادم في الديون التجارية هو خمسة عشر عاماً، وصدر قانون جديد ينص على تقادم تجاري مدته عشر سنوات، وكان التقادم على دين تجاري قد بدأ قبل صدور القانون الجديد فإذا كان قد مرّ عليه خمس سنوات فدون فيطبق القانون الجديد بأثر مباشر دون النظر إلى القانون القديم، أما لو كان قد مضى من التقادم وفق القانون القديم أكثر من خمس سنوات فهنا يبقى القانون القديم هو النافذ وعليه أن يتم عته الباقية وهي أقل من عشر سنوات.

٢- في قانون البينات:

يقضي المبدأ في حل التنازع بشأن الأدلة التي يصار إلى إعدادها من أجل إثبات الحقوق في الخصومات التي قد تنشأ بصدد مركز قانوني معين هو أن العبرة لوقت نشوء الالتزام الذي يحتاج إلى إثبات من خلال الأدلة، وعليه فقد وضع

٣٢٥ - انظر المادة (١/٨) من القانون المدني.

المشرع السوري حلاً يقول إن القانون الواجب التطبيق بشأن الأدلة التي تعد مسبقاً هو القانون المعمول وقت إعداد الدليل، أو المعمول به في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداد الدليل^{٣٢٦}.

فعقد البيع يحتاج إلى إثبات. فلو كان القانون القديم وقت إبرام العقد ينص على جواز إثبات البيع بكل وسائل الإثبات بما فيها البيئة الشخصية، ثم صدر قانون جديد ينص على أن البيع الذي تزيد قيمته على خمسمئة ليرة سورية يحتاج إلى بيئة خطية فهذا يكون القانون الواجب التطبيق بشأن الدليل على ثبوت البيع هو القانون النافذ وقت البيع، وليس القانون وقت رفع الدعوى ويكون من الجائز لكل من البائع والمشتري إثبات البيع بكل وسائل الإثبات.

٣- في قانون أصول المحاكمات:

يقضي المبدأ العام في تشريعات قوانين الأصول أو الإجراءات أنها تطبق بأثر فوري على جميع الدعاوى القائمة التي لم يفصل فيها وعلى الإجراءات جميعها التي تتخذ في تلك الدعاوى من وقت نفاذ التشريع الأصولي أو الإجرائي الجديد^{٣٢٧}، لأن قواعد الأصول تنظم مراكز قانونية تخضع بطبيعتها للتعديل والتغيير من قبل المشرع دون أن يكون لتطبيقها أثر رجعي لأنها تتعلق بتنظيم مرفق العدالة. لذلك يجب أن تحترم قواعد الأصول الوقائع والأعمال التي تمت في ظل قانون سابق، حيث يمكن أن يحتفظ المشرع ببعض الحقوق أو المراكز القانونية التي ترتبت في ظل القانون السابق على القانون الجديد، ثم إن المبدأ لا يطبق على إطلاقه لأنه لا يمكن أن ننكر الأوضاع القانونية القائمة قبل صدورها، والتي يجب أن يحافظ فيها على الحقوق المكتسبة في ظلها، وإن كان هناك من

٣٢٦- انظر المادة (١٠) من القانون المدني.

٣٢٧ - جاء في المادة (١/١) من قانون أصول المحاكمات على أن: ((تنص قوانين الأصول على ما لم يكن قد فصل فيه من

الدعاوى أو تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها)).

يقول إن نظرية الحقوق المكتسبة ليس لها أهمية بالنسبة لقواعد قانون الإجراءات لأنها على الأغلب لا تضر بتلك الحقوق، لكونها لا تمس أصل الحق المدعى به، وهي غالباً تتعلق بالنظام العام وتهدف إلى حسن سير العدالة^{٣٢٨}. لهذا، تنص التشريعات المختلفة في أكثر الدول على امتداد سريان النص السابق وعدم تطبيق النص الجديد على بعض المسائل، وذلك درأً لأي دفاع يتعلق بالمس بالحقوق المكتسبة^{٣٢٩}، وعلى ذلك ميز قانون أصول المحاكمات في هذا الصدد بين قواعد معدلة للاختصاص، وأخرى معدلة للمواعيد، وثالثة معدلة لطرق الطعن^{٣٣٠}، وذلك وفق الآتي:

أ- القواعد المعدلة للاختصاص:

يقضي المبدأ القانوني أنه إذا كان الاختصاص بنظر دعوى معينة معقوداً لاختصاص محكمة أو جهة أخرى ذات اختصاص قضائي، وصدر قانون جديد

٣٢٨ - انظر د. إيوار عيد - موسوعة أصول المحاكمات والإجراءات والتنفيد - الجزء الأول - نظرية الدعوى - لبنان - بيروت . ١٩٧٧ . ص.ص ٣١ ، د. رزق الله إيطاكي . أصول المحاكمات المدنية والتجارية . الطبعة الرابعة . مطبعة الإنشاء . ١٩٦١ - ص ١٦

٣٢٩ - هذا ما أكدته محكمة النقض السورية في قرارها رقم ١٥١٣ أساس ١٤٤١ تاريخ ١٩٨٢ / ٧ / ٢٨ والذي جاء فيه ((إن صدور تشريع جديد يلغي طريق الطعن بالأحكام ليس من شأنه أن يعتد في شموله إلى ما صدر من أحكام قبل تاريخ العمل بالتشريع الجديد ذلك رعاية للحقوق المكتسبة)) - مجلة القانون لعام ١٩٨٢ - ص ١٢١ .

٣٣٠ - نصت المادة (١) من قانون أصول المحاكمات على أن ((١- تسري قوانين الأصول على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها .

((٢- يستثنى من ذلك:

أ . القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد ختام المرافعة في الدعوى.

ب . القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها.

ج . القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق))، وهي مطابقة للمادة (١) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، والمادة (١) من قانون المرافعات المصري الصادر بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ وتعديلاته، والمادة (٢) من قانون أصول المحاكمات الأردني.

جعلها من اختصاص محكمة أخرى سواء تعلق ذلك بالاختصاص القيمي أم النوعي أو المحلي، يتعين تطبيق القانون الجديد من تاريخ نفاذه. فلو أن الدعوى كانت منظورة أمام محكمة شرعية أو محكمة مدنية وطعن بالحكم أمام محكمة أعلى وأعيدت الدعوى إلى المحكمة المذكورة وصدر قانون جديد يجعلها غير مختصة في نظرها، فعليها في هذه الحالة إحالتها إلى المحكمة المختصة وفق القانون الجديد مالم ينص القانون الجديد على أن تبقى من اختصاص المحكمة التي كانت تنتظر فيها حتى تفصل فيها^{٣٣١}.

فلا يجوز أن تحكم برد الدعوى لعدم الاختصاص^{٣٣٢}، أما إذا كانت الدعوى تنتظر أمام إحدى المحاكم المشار إليها أعلاه، وكانت الدعوى قد أصبحت مهية للحكم بعد أن تم قفل باب المرافعة فيها، فقد وجد المشرع من الحكمة أن يبقى الاختصاص للمحكمة ذاتها كي تفصل فيها، ولا تعد الدعوى مهية للحكم فيها ما لم يدل الخصوم بأقوالهم النهائية فيها^{٣٣٣}، غير أنه إذا قررت المحكمة فتح باب المرافعة في الدعوى بعد قفله لسبب تقتضيه ضرورة الفصل فيها كإصدار حكم بإجراء تحقيق فني عن طريق الخبرة الفنية، لأنه يتعين عليها في هذه الحالة إحالة الدعوى إلى المحكمة التي أصبحت مختصة للنظر فيها بموجب القانون الجديد.

٣٣١ - وهذا ما أكدته العلاقات الزراعية الجديد رقم (٢٠٠٤/٦٥) حيث نصت المادة (١٦٥) منه على أن ((تبقى الدعاوى التي ما زالت قيد النظر أمام الجهات المختصة على وضعها الراهن وتستمر هذه الجهات في رؤيتها والفصل فيها وفقاً لأحكام القانون السابق أما الدعاوى التي تقام بعد نفاذ هذا القانون فتخضع لأحكامه)).

٣٣٢ - نقض سوري قرار رقم ١٣٥٨ أسس ١٩٧٨ تاريخ ١٩٨٣، ١/٢٠، وقد جاء فيه أنه ((إذا كانت المحكمة البدائية هي المختصة للنظر في الدعوى بتاريخ إقامتها، وتم تعديل الاختصاص أثناء رؤية الدعوى فإنه يقتضي إحالة الدعوى إلى المحكمة المقرر اختصاصها مجدداً لا ردها، وذلك بمقتضى المادة الأولى من قانون أصول المحاكمات)). - المحامون لعام ١٩٨٣ - ص ٢٨٤.

٣٣٣ - جاء في قرار لمحكمة النقض السورية أن ((فصل المحكمة البدائية لدعوى استنفذ الطرفان القول فيها قبل تطبيق الأصول الجديدة موافقاً لقواعد الاختصاص و لنص المادة الأولى من قانون الأصول)). قرار رقم ٣٥٣ أسس ٢٠٧ تاريخ ١٩٥٤/١٠/٦ - المحامون لعام ١٩٥٤ ص ٦٢٥.

أما إذا كان من شأن القانون الجديد إلغاء محكمة، فإنه يتوجب إحالة الدعوى بحالتها الراهنة سواء قفل فيها باب المرافعة أم لم يقفل إلى المحكمة التي أصبحت مختصة بموجب القانون الجديد، إلا أنه إذا صدر حكم عن محكمة الصلح مثلاً في قضية تدخل في اختصاصها قبل صدور القانون الجديد وكان الحكم يقبل الاستئناف وحكم الاستئناف يقبل الطعن بالنقض، ثم صدر القانون الجديد وألغي طريق الطعن بالنقض، فإن الطعن بالنقض يبقى قائماً^{٣٣٤}.

ب- القواعد المعدلة للمواعيد:

يقضي المبدأ القانوني بأنّ المواعيد أو المهل المتعلقة بالطعن أو الإجراءات أو غيرها من تلك المسائل التي يرتبط وجودها باتخاذ إجراء، أو تدبير، أو ممارسة حق خلال مدة زمنية معينة، فإن القانون الجديد لا يطبق عليها إذا كانت تلك المهل أو المواعيد قد بدأت قبل صدور القانون الجديد، لأن تلك المدد أو الآجال مقررة من قبل المشرع وهو الذي يتحكم في إبطائها أو تسريعها وفقاً لما يرى فيه تحقيقاً للعدالة أو في تقصيرها أو إبطالها سواء تعلقت بمواعيد الطعن أم التبليغ أو كانت متعلقة بإيداع مذكرة دفاع في الدعوى^{٣٣٥}، وقد أراد المشرع من هذا الاستثناء الوارد في الفقرة (ب) من المادة (١) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية الحفاظ على الحقوق المكتسبة التي كانت نافذة في ظل القانون السابق على القانون الجديد، بالنسبة لطرفي الخصومة في النزاع سواء كانت المدة أطول أم أقصر، بحيث إذا بدأ الميعاد في ظل قانون معين فإنه من العدل وحسن سير

٣٣٤. نقض سوري قرار رقم ١٥٦٦ أساس ٢٤١٣ تاريخ ١٠/٢٧/١٩٨٠ وقد جاء فيه أن ((القضايا التي فصلت فيها المحاكم الابتدائية قبل المرسوم ١٣ لسنة ١٩٧٩ الذي جعل هذه القضايا من اختصاص محاكم الصلح، يستمر اختصاص محاكم الاستئناف في نظرها عند الطعن بها، كما أن أحكام الاستئناف تستمر قابلة للطعن بطريق النقض))، ومثله القرار رقم ١٥٧٦ تاريخ ١٠/٨/١٩٨٠. المحامون لعام ١٩٨٠ - ص ١٩١.

٣٣٥. د. أحمد هندي. أصول قانون المرافعات. دار الجامعة الجديدة للنشر. الإسكندرية. الطبعة الأولى - ٢٠٠٢م - ص ١٥.

الإجراءات أن ينتهي الميعاد وفق القانون المذكور، فلو كان قد صدر الحكم وكان القانون القديم ينص على أن ميعاد الطعن يبدأ من يوم صدور الحكم، وصدر قانون جديد ينص على أن الميعاد يسري من اليوم التالي أو من التبليغ فإن القانون القديم هو الذي يبقى سارياً على سريان مدة الطعن، لكن إذا افترضنا خلاف ذلك، كما لو كان القانون القديم ينص على أن الميعاد يبدأ من تاريخ التبليغ، وصدر قانون جديد ينص على أن يبدأ الميعاد من تاريخ صدور الحكم، لأن تطبيق القانون الجديد يلحق ضرراً بالغاً بالخصوم لاحتمال تقويت الميعاد عليهم، ولا يمكن بعدئذ حساب الميعاد في هذه الحالة إلا من تاريخ صدور القانون الجديد وليس من تاريخ صدور الحكم^{٣٣٦}، وقد صدر قانون العلاقات الزراعية بالمرسوم التشريعي رقم (٢٠٠٤/٦٥)، وجعل الاختصاص بنظر الخلافات الزراعية كافة من اختصاص محكمة الصلح^{٣٣٧}، على أن تبقى الخلافات السابقة على صدور القانون المذكور خاضعة للأوضاع القانونية التي كانت مطبقة قبل صدوره^{٣٣٨}.

ج- القواعد المتعلقة بطرق الطعن:

يمكن أن ينص القانون الجديد على إحداث طريق من طرق الطعن أو إلغاء أحد الطرق التي كانت قائمة في ظل القانون السابق، فإن المبدأ القانوني يقضي بتطبيق القانون السابق على الأحكام التي صدرت قبل العمل بالقانون الجديد،

٣٣٦ - قريب من هذا المعنى . أحمد أبو الوفا . التعليق على قانون المرافعات المصري . ج ١ . منشأة المعارف بالإسكندرية . الطبعة الثالثة . ١٩٧٩ . ص ٧٨ .

٣٣٧ - انظر المادة (١٤٥) منه والتي تنص على أن ((تختص محكمة الصلح بالنظر في جميع الخلافات الزراعية الناشئة عن استثمار الأرض الزراعية والتي لا تتعلق بالملكية مهما كانت صفة أطراف الخلاف ونوع علاقاتهم التعاقدية بما في ذلك الدعاوى المتعلقة بعلاقات المغارسة والضمان وبيع الثمار والحاصلات الزراعية وتكون أحكامها خاضعة للطعن أمام محكمة النقض وإن الطعن يوقف التنفيذ)).

٣٣٨ - انظر المادة (١٦٥) من القانون المذكور .

وبعد الحكم صادراً في اللحظة التي نطق القاضي به قبل العمل بالقانون الجديد، ولو تم إيداع مسودته أو نسخته الأصلية في ملف الدعوى بعد ذلك^{٣٣٩}. لذلك، نرى أن هذا وإن كان يحافظ على الحقوق المكتسبة لكل من طرفي الخصومة، إلا أنه يضر بفكرة العدالة لأن العدالة تكون في حال أفضل لو طبق القانون الجديد إذا نص على إحداث طريق جديدة من طرق الطعن لم يكن موجوداً في ظل القانون السابق، ولا يطبق إذا كان يلغي طريقاً من طرق الطعن التي كانت موجودة في ظل القانون المذكور بوصفه يحتفظ للخصوم بحقوقهم المكتسبة دون أن يؤثر في فكرة العدالة في الدولة.

فلقد صدر قانون الإيجار الجديد رقم (٢٠٠١/٦) وألغى الطعن بأحكام محكمة الصلح في دعاوى الإيجار بطريق الاستئناف وجعلها خاضعة للطعن مباشرة بطريق النقض، وعلى ذلك نص أيضاً قانون العلاقات الزراعية حيث ألغى المجلس التحكيمي الأعلى للعمل الزراعي الذي كان مرجع الطعن في قرار لجنة حل الخلافات الزراعية وجعل الاختصاص لمحكمة الصلح والطعن مباشرة إلى محكمة النقض أما الدعاوى التي لم تنزل قيد النظر لدى محاكم الصلح أو الاستئناف والأحكام التي لم تكتسب درجة القطعية فبيت فيها لدرجة الاختصاص وفقاً لأحكام القانون المذكور ولأحكام قانون أصول المحاكمات المدنية^{٣٤٠}.

٣٣٩ - جاء في قرار لمحكمة النقض السورية: ((إن قوانين الأصول تسري على الإجراءات التي لم تتم قبل تاريخ العمل بها، باستثناء القوانين المنظمة لطرق الطعن فيها لا تطبق على الأحكام الصادرة قبل هذا التاريخ، متى كانت منشئة أو ملغية لطريق من تلك الطرق. وعليه فإذا كانت المواعيد غير منتهية وفقاً للقانون الأخير و لم يكتسب الحكم الدرجة القطعية، فإن ذلك يفتح باب الطعن فيه)) - قرار رقم ١٣٣٩ جنة تاريخ ١٩٦١/١٢/٧ مجلة القانون لعام ١٩٥٤. ص ٧٥٩.

٣٤٠ - انظر المادتين (٥ و ١٦) من القانون المذكور.

٤- في قانون الإيجار:

صدر تشريع خاص بإيجار العقارات لأول في سورية إضافة إلى الأحكام المتعلقة بعقد الإيجار الواردة في القانون المدني المواد (٥٢٦-٥٨٥) وتعديلاً بعض الأحكام بموجب القانون المؤقت رقم (٤٦٤) لعام ١٩٤٩ يتضمن عدم جواز إنهاء عقد الإيجار وفقاً لإرادة المتعاقدين بل لأسباب محددة في القانون المذكور، وتم تمديده لسنة واحدة، ثم صدر تشريع آخر خاص بإيجار العقارات لمواجهة أزمة السكن المستعصية بموجب المرسوم التشريعي رقم (١١١) لعام ١٩٥٢، ومن أهم الأحكام الواردة التشريع المذكور هو تبني ما ورد في القانون (٤٦٤) لعام ١٩٤٩ لجهة عدم جواز إنهاء عقد الإيجار إلا لأسباب محددة على سبيل النص والحصص خروجاً على مبدأ الحرية التعاقدية وانتهاء العقد بنهاية المدة المحددة له وهذا ما سمي لاحقاً بالتمديد القانوني لعقد الإيجار أي أن الإرادة اقتصر دورها على إبرام العقد واتفاق الطرفين على إنهائه ببذل أو دون بدل^{٣٤١}، وإجازة تخمين العقارات كل ثلاث سنوات مرة واحدة، ثم صدر المرسوم التشريعي رقم (١٧٨) لعام ١٩٧٠ الذي ينص على عدم جواز تخمين العقارات المؤجرة للسكن قبل عام ١٩٧٠، وتمت إثارة مسألة تطبيق التشريع المذكور بأثر رجعي، أو السماح باستمرار تطبيق المرسوم (١١١) لعام ١٩٥٢ الذي يسمح بالتخمين حفاظاً على المراكز القانونية السابقة بالنسبة للدعاوى التي رفعت قبل صدوره إلا أن محكم النقض حسمت المسألة بالقول: ((المرسوم (١٨٧) يسري على جميع الدعاوى التي ما زالت قائمة

٣٤١ - جاء في قرار لمحكمة النقض السورية أنه ((إذا كان الحكم الصادر في ظل القانون /٤٦٤/ والمكتسب الدرجة القطعية مستنداً إلى النص الوارد في هذا القانون والمتعلق المؤجر بطلب تخلية المأجور للسكن فيه بشرط أن لا يكون ساكناً في عقار جارٍ في ملكه، وكان النص الوارد في المرسوم التشريعي /١١١/ الباحث في هذا الموضوع مماثلاً للنص الوارد في القانون /٤٦٤/ وجب رد الادعاء بطلب التخلية لعدم وجود ما يبرر سبب الادعاء ولكون الأحكام التي حازت الدرجة القطعية حجه بما فصلت فيه من حقوق)) - نقض قرار رقم ١٤٦٢ /٣١/٨/١٩٥٤ - المحامون لعام ١٩٥٤ ص ٤٩٦.

ولو نشأت واقعاتها قبل صدوره لتعلقه بالنظام العام فلا يحق للمالك الادعاء بالغبن مهما كانت مده الإشغال^{٣٤٢}. فالاجتهاد القضائي في سورية أخذ بفكرة النظام العام لجهة تطبيق قانون جديد بأثر فوري ومباشرة على الوقائع ولو كانت قد تمت في ظل قانون سابق، وقد أكد ذلك بالقول: ((إن أحكام التشريعات الإلزامية هي أحكام أمره متعلقة بالنظام العام، وبالتالي فإن كلاً منها يسري من التاريخ المعين للعمل به على جميع المنازعات المطروحة أو التي ستطرح على المحاكم بعد هذا التاريخ ولو كانت ناشئة عن عقود أبرمت قبل صدوره وفي ظل تشريع سابق وعلى هذا فإن أحكام القانون ١٩٧٥/٢٩ المتضمن جواز بيع الصيدلية إنما يطبق على البيع الحاصل قبل صدوره^{٣٤٣}، وأخيراً صدر قانون الإيجار رقم (٦) لعام ٢٠٠١ والمعدل بالقانون رقم (١٠) لعام ٢٠٠٦، والمتضمن في جوهره إعادة العمل بمبدأ سلطان الإرادة في إبرام عقد الإيجار وتحديد مدته وانتهائه بانتهاء تلك المدة مع اعتماد عقد الإيجار الموثق من السلطات البلدية سنداً تنفيذياً يمكن تنفيذه عن طريق دائرة التنفيذ وذلك من تاريخ نفاذ القانون المذكور. إلا أنه تبنى الأحكام الواردة في تشريع الإيجار السابق لجهة الحفاظ على الحقوق المكتسبة التي نشأت ظل المرسوم التشريعي رقم (١١١) لعام ١٩٥٢ وتعديلاته^{٣٤٤}، مع إضافة حالة

٣٤٢ - نقض سوري - قرار رقم ١٣٨١/١٤٤٩/٢٠/١٠/١٩٧٠ - المحامون لعام ١٩٧٠ ص ٣٩٧ القاعدة: ٥٣٩، وجاء في قرار

آخر إن ((المرسوم ١٨٧ يسري على جميع الدعاوى التي ما زالت قائمة ولو نشأت واقعاتها قبل صدوره لتعلقه بالنظام العام فتمنح المحكمة للمستأجر المقصر بالنفع مهلة شهر لتسديد المبلغ الذي قصّر بدفعه لينجو من التخلية)) - قرار رقم ١٤١٩/١٤٤٣

١٨/١٠/١٩٧٠ - المحامون لعام ١٩٧٠ ص ٣٩٦ قاعدة: ٥٣٨.

٣٤٣ - نقض سوري - قرار رقم ١٩٤/٢٠٧٦ تاريخ ١١/٢٧/١٩٧٨ - المحامون لعام ١٩٧٩ ص ٨٠.

٣٤٤ - نصت الفقرة (ب) من المادة (١) من قانون الإيجار رقم (٦) لعام ٢٠٠١ والمعدلة بالقانون رقم (١٠) لعام ٢٠٠٦ على أن ((تبقى

العقارات المؤجرة في ظل نفاذ أحكام المرسوم التشريعي رقم ١١١ لعام ١٩٥٢ وتعديلاته خاضعة لأحكام التمديد الحكمي وتحديد

بدل الإيجار)).

جديدة لإنهاء عقود الإيجار المبرمة قبل نفاذ القانون المذكور^{٢٤٥}، وبذلك أخذ
المشرع السوري بفكرة التطبيق المباشر للقانون الجديد مع الحفاظ على المراكز
القانونية التي نشأت وترتبت في ظل القانون القديم.

٣٤٥ - نصت الفقرة (ب) من المادة (٢) من القانون رقم (٦) لعام ٢٠٠١ على أنه ((إضافة إلى أحكام المادتين (٨ و ١٠) من هذا القانون يحق للمالك في العقارات المؤجرة للسكن فيما عدا العقارات المملوكة للجهات العامة أو المؤجرة لها طلب إنهاء العلاقة الإيجارية واسترداد العقار المأجور للسكن المشمول بأحكام التمديد القانوني مقابل التعويض على المستأجر بمبلغ يعادل نسبة (٤٠٪) من قيمة البناء المأجور شاغرا و يوضعه الراهن بتاريخ الكشف و الخبرة على المأجور من قبل المحكمة و ذلك بعد ثلاث سنوات من تاريخ نفاذ هذا القانون)).





القسم الثاني

نظرية الحق

إن نظرية الحق تدرس بعد نظرية القانون، والنظرية العامة للحق تقتضي دراسة الحق وتعريفه وأقسامه وفروعه وأركانه كافة مع ما يقتضي الأمر من تحديد مضمون الحق ومدلوله وتصنيفه.

ونقسم الدراسة في هذا القسم إلى ثلاثة أبواب:

الباب الأول : تعريف الحق وأنواع الحقوق

الباب الثاني: أركان الحق

الباب الثالث: مضمون الحق







الباب الأول

الحق وأنواع الحقوق

نتناول في هذا الباب موضوع الحق ثم ننتقل لدراسة أقسام الحق ونخصص لكل من هذه المواضيع فصلاً مستقلة.

الفصل الأول

التعريف بالحق أو مدلول الحق

تعددت في الواقع تعريفات الحق رتباً بينت إلى حد كبير في الفقه القانوني ولسنا بمقام البحث فيها إلا أن النظرة الكلاسيكية للحق تفيد بأنه "السلطة pouvoir التي منحها القانون للشخص تحقيقاً لمصالح مشروعة لا تخالف النظام العام والآداب العامة بفرض الاعتراف بها ومنحها الحماية القانونية.

ويمكن تعريف الحق بأنه سلطة يقررها القانون لشخص على شيء، أو قيمة معينة يستطيع بمقتضاها التصرف في أي منها والاستئثار بميزاته.

فكل فرد من أفراد المجتمع الواحد يتمتع بمصالح مختلفة ومتعددة ، يسعى بشتى الوسائل إلى تحقيقها وتحقيق أهدافه منها. وعندما يمارس الفرد صلاحياته ومصالحه، يؤدي ذلك إلى تعارض بين مصالحه ومصالح الآخرين في المجتمع. الأمر الذي يؤدي إلى ولادة الفوضى والخلل في المجتمع والحياة الاجتماعية بشكل عام.

كل فرد له مصلحة يحميها القانون، ولا ضير في أن الفرد عندما يستعمل حقاً ما له قد يؤدي بذلك إلى الأضرار أو عدم الإضرار بالغير .

إن استعمال الفرد لحق له وفقاً للصلاحيّة الممنوحة له من القانون وبالحدود التي رسمها له القانون، لا يؤدي إلى مساعته عن الضرر، الذي قد ينجم نتيجة استعمال هذا الحق. أو الذي يحتمل أن يولده للآخرين على اعتبار أن القانون اعترف لصاحب الحق بحق استعماله وفقاً للطرق وبموجب الحدود القانونية المفروضة في القانون المدني والذي يشكل القواعد العامة في القانون.

وأمر بدهي أن ممارسة الفرد لحق من حقوقه وبصورة مشروعة قد يؤدي إلى تعارض بين حقه وحقوق الآخرين. إن ذلك أمر واقع ومألوف، ولا بد من وجوده وظهوره على الواقع العملي. فمالك الأرض الذي يمنحه، نظام ضابطة البناء في المنطقة، حق إشادة بناء متعدد الطوابق، وفقاً لأصول فنية محددة، قد يولد أضراراً تتجسد في التقليل من حق النور والهواء والإطلالة بالنسبة لأصحاب الأبنية الأخرى المجاورة لبنائه. فالمالك هنا صاحب حق ملكية مطلقة وهذا الحق يعود إليه بنص القانون^{٣٤٦}، كنظام ضابطة البناء فعلاً فهو من النظام العام وواجب التطبيق، وعلى المتضرر اللجوء إلى القضاء فإن استعمال الحق على نحو مذكر، يتعارض مع الحقوق الأخرى، فمن غير العدل والمنطق أن يُسأل صاحب الحق الذي يمارس حقه وفق حدود القانون عن الأضرار الناجمة عن هذا الاستعمال طالما أنه يمارس حقه ضمن مصالح مشروعة حيث أن "الجواز الشرعي ينافي الضمان"^{٣٤٧}، تدل هذه القاعدة على أن صاحب الحق إذ يمارس حقه شرعاً وقانوناً لا يجب أن يسأل عن الأضرار التي تتجم للآخرين من جراء ممارسته لحق وفق ما ذكر، وإذ لا يمكن لنا أن نتصور أن يمنح القانون الإنسان سلطة ممارسة حق ما من جهة ويقرر محاسبته على هذا الاستعمال من جهة أخرى. وبالمقابل علينا أن

346 Mazeaud. leçons de droit civil 1989 p.7

٣٤٧- للتوسع انظر :

محمد حاتم البيات وأمين أبو العبال، العقد والإرادة المنفردة منشورات جامعة دمشق كلية الشريعة ٢٠٠٤ ص ٤١ ومابعدها.

ندرك أن كل ما هو مألوف ومتعارف عليه لا يشكل أية عقبة، ولكن في حال أن صاحب الحق تجاوز هذه القيود فإن استعماله لحقه يخرج من دائرة المألوف ويعتبر عمله بالنتيجة عملاً غير مشروع يستوجب مسؤوليته عن كل ضرر يسببه للغير. ويجدر القول إن القانون المدني السوري أشار في زاوية أخرى على ذلك وخير دليل نص المادة ١٦٤ منه التي تقول: " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

وصفوة القول، أن الحق عبارة عن سلطة، هذه السلطة منحت له، بموجب القانون، يمارسها صاحب حق الملكية على الشيء الذي يملكه ويعترف له القانون به تحقيقاً لمصلحة مشروعة، إذا توافرت شروطها كما رسمها القانون. وعندما تتوافر هذه الشروط في المصلحة التي يبتغيها صاحب الحق من ممارسة حقه، يجب أن نحترم ونصان أكثر من مصالح الأفراد الآخرين والتي لا تحقق ذات الشرط.

وأخيراً نجد أن ثمة علاقة وثيقة بين الحق والقانون بمعنى أن كل حق لا بد وأن ينشأ من القانون وكل حق لا بد وأن يحكمه قاعدة قانونية تقره وتحميه وتجسده وتظهره لصاحبه. هذه القاعدة القانونية لا بد وأن تحدد مضمون هذا الحق، وفي الغالب يكون القانون هذا المصدر المولد والمنظم للحقوق عامةً .

ولا بد لنا في هذه العجالة من أن نبين أن فكرة الحق في الفقه الإسلامي تختلف عما هي عليه في الفقه والقانون المقارن.

فالحق من منظور الشريعة الإسلامية (اختصاص يقر به الشرع سلطة أو تكليفاً) ومنه قول الله سبحانه وتعالى: "لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون" بمعنى ثبت ووجب، وعلى هذا الأساس استعمل الفقهاء كلمة الحق، فأطلقوها على

كل ما هو ثابت بحكم الشرع وإقراره^{٣٤٨}. أما الشخص صاحب الحق لم يخلق مزوداً بالحقوق وإنما خلق ليزود بها لأنه إنسان المسؤولية والتكليف ولا مسؤولية ولا تكليف بدون ملكية الحق^{٣٤٩}.

ولا أدل على ذلك من الآية الكريمة "لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم"^{٣٥٠} وقال تعالى أيضاً في كتابه العزيز: "ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً"^{٣٥١}.

٣٤٨- أحمد أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، ط. ١٩٦٧، ص ٥٠. انظر أيضاً د. مصطفى سعيد الزرقاء

- المرجع السابق - ص ١٠.

٣٤٩- فتحي الدريني، أصول حقوق الإنسان في التشريع الإسلامي، مجلة التراث العربي - العدد ١٧ ١٨٨٤٣١ ص ١٢.

٣٥٠- سورة التين الآية رقم ٦.

٣٥١- سورة الإسراء الآية ٧٠.

الفصل الثاني

أقسام الحق

CLASIFICATION du DROIT

ندرس أولاً أنواع الحقوق في الفقه القانوني، ثم نتناول (باختصار) ثانياً أنواع الحقوق في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول

أقسام الحقوق في الفقه القانوني

الفقه يقسم الحقوق إلى نوعين اثنين: حقوق سياسية وحقوق غير سياسية مدنية، وتقسم هذه الحقوق الأخيرة إلى نوعين أيضاً حقوق عامة وحقوق خاصة، والحقوق الخاصة أيضاً تقسم إلى حقوق الأسرة والحقوق المالية، والحقوق المالية تقسم أيضاً إلى ثلاثة أنواع:

حقوق عينية وحقوق شخصية وحقوق معنوية.

الحقوق العينية تقسم إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية.

المطلب الأول

الحقوق السياسية

Droits politiques

وهي الحقوق التي يمنحها الدستور أو القانون للفرد باعتباره عضواً مواطناً في الدولة لتمكينه من ممارسة حقه في الانتخاب والترشيح بهذه المشاركة في الحكم.

فحق الانتخاب يثبت للفرد لاختيار الأشخاص الذين يمثلون الشعب في تولي السلطات العامة، أما حق الترشيح فهو حق الفرد في التقدم الى هيئة الناخبين في

مجلس الشعب أو مجلس الشورى. وهذه الحقوق لا تثبت إلا للأشخاص الذين يحملون جنسية الدولة وهم المواطنون دون الأجانب وحتى بالنسبة للمواطنين فإن الحقوق السياسية لا تقرر لهم جميعاً بل لا بد من توافر شروط معينة كبلوغ سن الرشد. وهذه الحقوق السياسية تختلف عن غيرها من الحقوق إذ يفترض فيها قيام الفرد بها تحت طائلة العقوبة الجنائية حقاً وواجباً بأن معاً.

ويمكن أن نعبر عنها أنها تكليف وليس حقاً بالمعنى الواسع فالوظيفة العامة تكليف وهي خدمة وطنية والموظف العام المعين في منصب ما يستهدف في أداء واجباته المصلحة العامة وحدها.

المطلب الثاني

الحقوق غير السياسية (الحقوق المدنية)

Droits civils

والحقوق المدنية هي تلك الحقوق التي تسند للفرد بقصد حمايته وتمكينه من ممارسة نشاطه في المجتمع كالحق في الحياة وسلامة الجسم وحقوق الزوجين كل منهما في مواجهة الآخر^{٣٥٢}. وهذه الحقوق تمنح لكل الأفراد دون تمييز بينهم وتقسم هذه الحقوق غير السياسية (الحقوق المدنية) إلى حقوق عامة وحقوق خاصة.

نتناول كل منهما في فرع مستقل.

الفرع الأول

الحقوق الشخصية

Droit de La Personnalité

وهي الحقوق التي تشكل مراكز قانونية تتصل بالشخصية الإنسانية وهي ضرورية لحماية الفرد في ذاته ومقومات وجوده وتمكينه من العيش بصورة حرة كريمة كحق الإنسان في الحرية وحقه في الحياة.

ومن الفقهاء من أطلق على الحقوق الشخصية حقوق ^{٣٥٣} droits de l'homme حيث إن هذه الحقوق تتعلق بحقوق الإنسان وكرامته وحرية ومنهم من قال بالحقوق الطبيعية ^{٣٥٤} Droits naturels.

وسوف تحظى الحقوق الشخصية بشيء من التفصيل باعتبارها من الحقوق المهمة في القانون المدني.

يعدّ في الواقع مصطلح حقوق الشخصية ^{٣٥٥} من المفاهيم القانونية الحديثة، الذي لم يكن معروفاً في الفقه الفرنسي حتى نهاية القرن التاسع عشر، ولم يكن موضوعاً لدراسات مهمة حتى عام ١٩٥٤ حيث أضيف إلى دراسة الأشخاص في كتب القانون المدني المؤلفة لطلاب السنة الأولى في كليات الحقوق، ولم يكن القضاة الفرنسيون يستخدمون هذا المصطلح في أحكامهم لأنه لم يكن معروفاً لديهم. أمّا اليوم فقد أصبح مصطلح (حقوق الشخصية) موضوعاً واسعاً لدراسات غزيرة ^{٣٥٦}، ويرجع السبب في تأخر فكرة حقوق الشخصية لدى رجال الفقه والقضاء،

٣٥٣ - BURDEAU, traité de science politique, cite par MAZEAUD précité, p. 35

٣٥٤ - PLANIOL Ripert et boulangier, traite élémentaire de droit civil, éd. PARIS p. 13

٣٥٥ - لمزيد من المعلومات راجع: د. محمد واصل - الحقوق الملازمة للشخصية - دار الجاحظ - دمشق ١٩٩٥

٣٥٦ - انظر : Kayser : les droits de la personnalité - Rev. trim. de droit civil, sirey - Paris : 1971

ومن ثم في التشريع إلى الاعتقاد الذي كان سائداً بأن حماية هذه الحقوق مؤمنة عن طريق قواعد المسؤولية التقصيرية المعروفة منذ زمن طويل في القانون المدني. إلا أن التطور والتقدم العلمي والتقني في شتى المجالات، وزيادة المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها الإنسان بسببه، جعل رجال الفقه ثم المشرعين يعيدون النظر في الحماية المقررة لحقوق الشخصية الإنسانية عن طريق تكريس مبدأ الحماية بنصوص خاصة في القانون المدني، وخاصة أن الاستناد إلى قواعد المسؤولية التقصيرية يستلزم إثبات توافر أركان ثلاثة هي: الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وأنه من العسير على المعتدى عليه في مجال حقوق الشخصية، إثبات الخطأ لاسيما إذا كان الاعتداء قد تم بواسطة الأجهزة التقنية الحديثة التي تستعمل في مجال التصوير والتنصت، أو بواسطة وسائل الإعلام بشكل عام، بالإضافة إلى أن تلك القواعد لا تستطيع تأمين حماية فعالة في المجال الوقائي المتعلق بمنع الاعتداء أو وقفه^{٢٥٧}. فلأجل هذا، اتجه الفقه المعاصر إلى ضرورة وضع نظام للحماية بمواجهة الاعتداءات التي يمكن أن تقع على الحقوق الملازمة للشخصية، دون الحاجة إلى إثبات الخطأ أو الضرر من الشخص المهدد بالخطر أو الاعتداء، وقد ظهرت هذه الفكرة لأول مرة لدى الفقهاء الألمان، ومنهم انتقلت إلى سويسرا حيث دخلت في تشريع هذه الدولة عام ١٨٨١، واستقرت في قانونها المدني عام ١٩٤٣ بموجب المادة ٢٨/ منه، ومن ثم تم إدخال إصلاح تشريعي عليها عام ١٩٨٤. فلقد انتقلت هذه الفكرة من سويسرا إلى بقية دول أوروبا، ومن ثم إلى البلاد العربية، حيث أدخلها المشرع المصري في المادة (٥٠) من القانون المدني، وعنه أخذها المشرع السوري في المادة (٥٢) من القانون المدني، وبعدها تم تكريس مبدأ حماية الحقوق الملازمة للشخصية في معظم تقنينات الدول العربية، ومع ذلك، فإن التشريعات التي نصت على مبدأ حماية الحقوق الملازمة

٢٥٧ - راجع الدكتور حسام الدين الأهواني - أصول القانون - المرجع السابق - ص : ٥٣١ .

للشخصية، لم تحدد المقصود من هذه الحقوق، ولم تبين طبيعتها أو مضمونها، بل تركت ذلك للفقهاء والقضاء سنعرض لمفهوم حقوق الشخصية، وطبيعتها، ومضمونها العام والخاص، وفق الآتي:

أولاً- مفهوم حقوق الشخصية وخصائصها: La notion et les caractéristiques:

يمكن فهم حقوق الشخصية من خلال عرض التعريفات المتداولة لها وبيان أهم خصائصها وفق الآتي:

١- تعريفات حقوق الشخصية:

انطلق الفقهاء والباحثون من أفكار متعددة متباينة في تعريف حقوق الشخصية، فتعددت التعاريف وتباينت تبعاً لتعدد تلك الأفكار وتباينها، كما اختلفت باختلاف وجهة النظر التي اتخذها أولئك من تلك الحقوق. إذ تُعرَّفُ الحقوق للصيقة بالشخصية بأنها تلك التي تنصب على مقومات الشخصية وعناصرها في مظاهرها المختلفة، بحيث تبين للشخص سلطاته المختلفة على هذه العناصر والمقومات، وذلك بهدف تنمية شخصية الإنسان وحمايتها في مواجهة اعتداء الآخرين^{٣٥٨}، أو أنها الحقوق المستمدة من الشخصية ذاتها بحيث تضمن للشخص الانتفاع بنفسه وكل ما هو مرتبط بها ارتباطاً لا ينفصل عنها في قواه الجسدية والفكرية^{٣٥٩}، أو هي حقوق الشخصية الإنسانية، أو أنها الحقوق العامة، وهي لا يمكن نزعها، ولا تسقط بالتقادم ولا يفرق في أمرها بين أجناس البشر، ولا يمكن للمشرع أن ينزعها أو يحرم الناس منها^{٣٦٠}، أو هي الحقوق التي تثبت للشخص بصفته إنساناً، ولذلك يطلق عليه الحقوق للصيقة بالشخصية، أو تسمى أحياناً

٣٥٨ - انظر : op . cit. P : 6

٣٥٩ - د. حسن كيده - المدخل إلى القانون - منشأة المعارف - الإسكندرية - ط ٥ - ١٩٧٥ - ص ٤٤٨.

٣٦٠ - د. رمضان أبو السعود - الوسيط في شرح القانون المدني وبخاصة المصري واللبناني (النظرية العامة للحق) - الدار

الجامعة - بيروت - ١٩٩٢ - ص ٥٠٠ .

بالحقوق الطبيعية أو حقوق الإنسان^{٣٦١}. كما تقوم تعريفات أخرى لا تخرج كثيراً عما سبقها فيقال عنها إنها تلك الحقوق التي تثبت للشخص بمجرد وجوده أي لكونه إنساناً، وهي لا غنى عنها لأنها تتصل أشد الاتصال بالشخص، وهي مقررّة للحفاظ على الذات الأدمية، وتتصب على عناصر الشخصية في مظاهرها المختلفة سواء كانت مادية أو معنوية، فردية أم اجتماعية، وقد سميت بالحقوق الطبيعية أو حقوق الإنسان^{٣٦٢}، أو هي الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره إنساناً، إنساناً، وتثبت بعدئذ لكل إنسان، وهي لصيقة لا تنفصل عنه^{٣٦٣}.

٢- خصائص حقوق الشخصية وميزاتها:

تعدّ حقوق الشخصية مفهوماً خاصاً يختلف عن غيره من الحقوق المعروفة في الفقه التقليدي الذي يحصر الحقوق بالحقوق المالية والحقوق غير المالية، وهي تمتاز أيضاً أن صاحب الحق هو محل الحق في الوقت ذاتها، وعلى هذا يمكن تحديد المميزات الجوهرية للحقوق الملازمة للشخصية الإنسانية بالآتي:

أ- **حقوق الشخصية هي حقوق أساسية:** تعدّ حقوق الشخصية سابقة في وجودها على جميع الحقوق التي يتمتع بها البشر، وفي جميع الدول وكل المجتمعات وعلى مرّ الأزمنة، وهي لازمة وضرورية لكل فرد من أجل الحفاظ على وجوده وتنمية شخصيته في المجتمع، وتختلف جوهرياً عن جميع الحقوق الأخرى التي ترد على الأموال أو حقوق الدائنة (الحقوق الشخصية)^{٣٦٤}.

٣٦١ - د. عبد النبي ميكو - نظرية الحق في القانون المغربي والمقارن (المدخل لدراسة القانون) - الجزء الثاني - الرباط -

١٩٧٤ - ص : ٣٢ .

٣٦٢ - د. محمد إبراهيم بسوقي - النظرية العامة للحق في القانون الليبي - دار الكتاب - بيروت - لبنان - ١٩٧٩ - ص : ٢٢٨ .

٣٦٣ - د. توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية - الدار الجامعة - بيروت - ١٩٨٨ - ص : ٤٧٧ .

٣٦٤ - انظر كل من : P : 2 . Brosset : op . cit . P : 392 et Grillet : op . cit .

ب- حقوق الشخصية مستمدة من الشخص ذاته: تنشأ الحقوق الملازمة للشخصية الإنسانية - من حيث المبدأ - من الإنسان ذاته، ومن اللحظة التي يصبح فيها متمتعاً بحقوقه المدنية، وتقتصر الوظيفة التشريعية على تكريس إعلانها، ويعتبر كل إنسان متمتعاً بهذه الحقوق من بدء الحياة وحتى انتهائها، وقد توضحت دلالة هذه الحقوق وتأكدت أهميتها في عالمنا المعاصر بعد أن ألغى النظام القانوني العالمي والتشريعات الداخلية في أكثر دول العالم نظام الرق والموت المدني الذي يسمح باعتبار الإنسان شيئاً يدخل في أملاك السيد الخاصة له عليه سلطة الموت والحياة^{٣٦٥}. كما تستمد هذه الحقوق من مقومات الشخصية الإنسانية وعناصرها ذاتها في مظاهر وجودها المختلفة المادية والفكرية والاجتماعية، حيث يتجلى الجانب المادي للشخصية في الجسم والروح (الحق في الحياة والسلامة الجسدية)، والجانب الفكري في التأليف والكلام والاعتقاد، والجانب الاجتماعي في التمايز والاحترام.

ج- حقوق الشخصية حقوق مطلقة: تعدُّ حقوق الشخصية حقوقاً مطلقة، يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الناس كافة، وعلى الجميع احترامها، ويتمتع بها الأفراد على قدم المساواة، وتختلف عن الحقوق النسبية التي لا يمكن التمسك بها إلا في مواجهة شخص أو أشخاص محددين، كما هو عليه الأمر في حقوق الدائنية، ويترتب على كونها حقوقاً مطلقة أن المعتدى عليه في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته يستطيع أن يباشر الإجراءات القانونية لحماية الحق في مواجهة المعتدي وكل من يشاركه في عدوانه، وبهذا تقترب من فكرة الحقوق العينية^{٣٦٦}، إلا أنها ليست ذات قيمة اقتصادية بذاتها لأنها حقوق غير مالية^{٣٦٧}.

د- حقوق الشخصية ملازمة لشخصية الإنسان: تعدّ حقوق الشخصية ملازمة لشخصية كل إنسان، لا تتفصل عنها في وجودها من بدء الحياة حتى انتهائها، وقد تمتد إلى الجثة بعد الوفاة، ولا يمكن تصور وجود حياة لإنسان بدونها، ويؤدي هذا المبدأ إلى النتائج الآتية:

(١) حقوق الشخصية حقوق غير مالية: يقضي المبدأ القانوني باعتبار حقوق الشخصية من الحقوق المعنوية، لا يمكن تقويمها بالنقد، وإن كانت محمية ككل الحقوق المالية، إلا أنها تختلف عنها بأنها حقوق مجردة.

(٢) حقوق الشخصية لا تقبل التنازل: يقضي المبدأ بعدم جواز التنازل عن حقوق الشخصية للغير بالبيع أو الهبة أو الوصية، كما أنها لا تقبل القسمة، فهي ليست من عناصر ذمة الشخص المالية، لأن الإنسان وكل عضو من أعضائه لا يصح أن يكون محلاً للمعاملات المالية، فهو يخرج عن دائرة التعامل، فلا يجوز بيع رطل من اللحم، أو التنازل عن الشرف أو الحرية.

(٣) حقوق الشخصية لا تنتقل بالميراث: يقضي المبدأ بعدم انتقال حقوق الشخصية الإنسانية بالميراث للمورثة، بل تقتضي ب وفاة صاحبها.

(٤) حقوق الشخصية لا يسري عليها التقادم: يقضي المبدأ بسريان التقادم على الحقوق غير المالية، لكنه لا يطبق على حقوق الشخصية باعتبارها ملازمة لشخص صاحبها لا تتفصل عنه، ثم لا يمكن تملكها بالحيازة والتقادم مهما طال الزمن. فهي تخرج عن دائرة التعامل.

٣٦٧- د. حسام الدين الأهواني - أصول القانون - المرجع السابق - ص: ٥٩٢ ود. رمضان أبو المسعود - المرجع السابق -

ص: ٥٣٠، ود. محمد حسنين - المرجع السابق - ص: ٢٠، ود. عبد النبي ميكو - المرجع السابق - ص: ٣٢

(٥) حقوق الشخصية مضمونة بالقانون: يصح القول إن المصدر المباشر

لحقوق الشخصية هو المشرع، كما صح القول بأنها موجودة قبل ذلك، فهي وإن كانت قيماً أساسية خلقت مع الإنسان، وشرعها الله له، وليس من حق البشر تعطيلها أو الاعتداء عليها، ولا تسقط حصانتها بإرادة صاحبها أو بإرادة المجتمع^{٣٦٨}، إلا أنه لا يمكن التمسك بحمايتها عن طريق الدعاوى الخاصة إلا من خلال النصوص القانونية التي كفلت هذه الحماية.

(٦) حقوق الشخصية حقوق غائية: تهدف الحقوق الملازمة للشخصية

إلى حماية الفرد باعتباره إنسان المسؤولية والتكليف تحقيقاً لمصلحة الفرد والمجتمع، فهي ليست مجرد حقوق، بقدر ما هي واجب وضرورات إنسانية، فلا يجوز للفرد أن يعتدي على ذاته بالانتحار أو التشويه، ولا يجوز لغيره أن يعتدي على أي من مقومات شخصيته وعناصرها.

ثانياً - طبيعة حقوق الشخصية: La nature des droits de la personnalité

تتباين الآراء من التكييف القانوني للحقوق الملازمة للشخصية، إذ ينطلق بعضهم في تحديد طبيعتها من فكرة تعريفه للحق إذ يقول عنه إنه ((تلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصاً من الأشخاص على سبيل الانفراد والاستثناء، التسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر))^{٣٦٩}. وعلى ذلك، فإن الحق يفترض وجود الأفراد في مراكز قانونية متفاوتة في مواجهة بعضهم البعض، حيث يكون صاحب الحق في مركز متميز ومتفوق على الآخرين بما يخوله من صلاحيتي التسلط والاقتضاء، كما يفترض أن يكون للحق صاحب ومحل يرد عليه، ولا بد من وجود انفصال بين الشخص والمحل، لعدم إمكانية

٣٦٨ - راجع بهذا المعنى: د. محمد إبراهيم نسوقي أبو الليل - المرجع السابق - ص: ٢٢٨

٣٦٩ - د. حسن كيوة - المرجع السابق - ص: ٤٤١

تصور أن يكون الشخص صاحب الحق ومحلّه في آن واحد، وانطلاقاً من هذا فهو يرى^{٣٧٠}:

١- أنّ وصف الحق بالنسبة للحقوق اللصيقة بالشخصية ليس صحيحاً بالمعنى المقصود من الحق، وهو لا يكون دقيقاً إلا حيث يوجد له مظهر خارجي عن الإنسان ذاته، وأن يكون متميزاً عنه

٢- الحقوق المتعلقة بحرية نشاط الشخصية (حرية الحركة)، عبارة عن حريات ورخص عامة، يتمتع بها الناس كافة، فلا اختصاص فيها، ولا يستأثر بها بعضهم دون البعض الآخر.

٣- لا ينطبق وصف الحق على الحقوق المتعلقة بمقومات الشخصية المادية والمعنوية، وذلك لعدم وجود انفصال بين صاحب الحق ومحل الحق.

ثالثاً- المضمون العام لحقوق الشخصية وتصنيفها:

وضع المشرع السوري مبدأ احترام الحقوق الملازمة للشخصية كما فعل كل من المشرعين المصري والسويسري، دون أن يحدد مضمونها، مكتفياً بعرض بعض الأمثلة التشريعية مثل الحق في الحرية الشخصية^{٣٧١}، والحق في الاسم^{٣٧٢}، كما أعطت الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري والتي تعدّ بمثابة أعمال تحضيرية للقانون المدني السوري بعض الأمثلة للحقوق اللصيقة بالشخصية مثل الحق في الحرية الشخصية، والحق في السلامة الجسدية، والحق في السمعة الأدبية، وحرمة الموطن^{٣٧٣}. إلا أن هذه لا تتناول كل تلك الحقوق، وهذا يستدعي

٣٧٠- د. حسن كيرة - المرجع السابق - ص: ٤٤٠ - ٤٥٥.

٣٧١ - المادة /٥٠/ منقح سوري وهي مطابقة للمادة /٤٩/ مصري وليبي ، والمادة /٤٧/ أردني ، و/٨٩/ إماراتي و /٤٦/ جزائري.

٣٧٢ - المادة /٥٣/ منقح سوري وهي مطابقة للمادة /٥١/ مصري وليبي ، والمادة /٤٩/ أردني ، و/٩١/ إماراتي و/٤٨/ جزائري.

٣٧٣- الأعمال التحضيرية - ج١ المرجع السابق - ص: ٣٦٣ وعنها أخذت الأعمال التحضيرية للقانون المدني الأردني رقم /٤٣/

لعام ١٩٧٦. حرقي - راجع نقابة المحامين في الأردن - المكتب الفني - ج١ ١٩٧٦ - ص: ٦٤ و ٦٥.

تدخل القضاء والفقه من أجل العمل على تحديد مضمونها. لذا، نميل إلى القول إنَّ المشرع لم يَقم بتحديد قائمة الحقوق اللصيقة بالشخصية لغاية مفيدة، وهي الرغبة في ترك أمر تحديدها لرجال القانون من جهة، والإيمان بالتغيير والتعدد تبعاً للظروف والتطورات في مجالات الحياة المتعددة، وتبعاً لتطور وسائل الاعتداء التي يمكن أن تتعرض لها الشخصية الإنسانية، وذلك بهدف تطوير الحماية تبعاً لتطور العلاقات بين الأفراد^{٣٧٤}، ويثور خلاف بين رجال الفقه حول وجود حق عام على الشخصية، أو مجموعة من الحقوق، وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت لفكرة حقوق الشخصية، فإن الأغلبية تعرضت لهذه الحقوق من زوايا مختلفة ومن فكرة التعدد وعدم الاقتصار على حق عام واحد، وتهدف محاولاتهم إلى تحديد مضمون هذه الحقوق سواء عن طريق اللوائح أو المجموعات المحددة أو المفتوحة، وعمل الفقه جاهدًا لتحديد مضمون حقوق الشخصية الإنسانية عن طريق وضعها في قوائم محددة أو عن طريق عرض النماذج، وذلك تحت تسميات مختلفة بالاستناد إلى أسس ومعايير متباينة، فمنها ما يقوم على أساس المحل الذي ترد عليه، ومنها ما يقوم بالاستناد إلى الطبيعة المتمثلة، ومنها ما ينطوي تحت مفهوم درجة الحماية وقوته، ونستعرض محاولات الفقهاء في تحديد مضمون حقوق الشخصية عن طريق التصنيف وفق الآتي:

- ١- التصنيف بالاستناد إلى معيار قانوني: نضع بموجب هذا التصنيف الحقوق اللصيقة بالشخصية التي نص عليها القانون صراحة كالحق في الاسم، والحق في الحرية الشخصية.

٢- التصنيف بالاستناد إلى معيار فقهي اتفاقي: حيث يتم وضع الحقوق للصيقة بالشخصية المتفق عليها فقهاً واجتهاداً، الحق في الصوت والصورة، والحق في الحياة الخاصة.

٣- التصنيف على أساس وجود حقوق قابلة للتنازل والانتقال: كالحق المعنوي للمؤلف، والحق في الاسم التجاري والاسم المستعار، والاستغلال التجاري للصورة والصوت، وحقوق غير قابلة للتنازل والانتقال كالحق في الحياة والحق في السلامة الجسدية، والحق في الشرف والاعتبار.

رابعاً- المضمون الخاص لحقوق الشخصية:

نعرض من خلال المضمون الخاص لحقوق الشخصية بيان مضمون كل من الحقوق الواردة على الكيان المادي للشخصية، وتلك المتعلقة بالكيان الاجتماعي، وتلك المرتبطة بالكيان الفكري وفق الآتي:

١- الحقوق المتعلقة بكيان الشخصية المادي:

Les droits attachés à l'entité physique

ترتبط هذه الحقوق بالشخص الطبيعي دون الشخص الاعتباري فالجسم والروح وجهان لعملة واحدة، أو لكيان واحد هو الإنسان، فهما يؤلفان معاً التكامل الجسدي للشخصية البشرية، ويتجلى هذا التكامل في الحقوق التي ترد على تلك المقومات المادية والتي تضمن حماية عناصر الحياة فتزدهر الشخصية وتنمو وتعطي، لتحقيق رسالتها في الوجود الإنساني المتكامل. فلضمان سلامة الكيان المادي للشخصية الإنسانية لابد من التسليم بالحقوق اللازمة لصيانتها في مواجهة أي اعتداء يمكن أن تتعرض له، ونعرض هذه الحقوق وفق الآتي:

أ- الحق في الحياة: Droit à la vie

يعد الحق في الحياة أول الحقوق الملازمة للشخصية الإنسانية، وهو نتيجة جوهرية لكل شخص، كما أنه أول حقوق الإنسان، ولا يمكن إطلاق تعبير الشخصية إلا مع وجود الحياة^{٣٧٥}. فالحياة هي أغلى ما يحرص عليه الإنسان، وهي المصدر المحرك لإرادة الإنسان في الوجود والتميز والإبداع^{٣٧٦}. لذا يصعب وضع تعريف محدد للحياة بذاتها، وإنما يمكن الاستدلال عليها من مجموعة مظاهر تتجلى في الحس، والحركة، والتنفس، ويبرز حق الإنسان في الحياة، وتحريم العبودية باعتبارها مقدمة أولى لحقوق الإنسان، ويبقى الحق في الحياة أغلى الحقوق، وهو الأول في قائمة كل الحقوق، والمقدمة الكبرى للحياة البشرية على الأرض، والأولى بالرعاية والاهتمام في كل القوانين الوضعية وخاصة القانون المدني^{٣٧٧}. فكل شخص تهدد حياته باعتهاء، يمكنه أن يطلب الحماية من أجهزة العدالة، وغالباً ما يشكل هذا التهديد جرمًا جزائياً يعاقب عليه القانون، ومع ذلك فإنه يستطيع أن يمارس حقه في الدفاع المشروع لحماية حياته ضمن الشروط المحددة لذلك^{٣٧٨}، والإجماع قائم على أن الحياة الكاملة المعتبرة في وجود شخصية الفرد القانونية تبدأ مع تمام ولادته حياً.

ب- الحق في السلامة الجسدية: Le droit à l'intégrité corporelle

يقضي المبدأ Le Principe بأن الجسم والروح وجهان لوجود واحد هو الإنسان، فالجسم هو المكان الذي تقيم فيه الروح، وهو ذلك الكيان المادي المؤلف من اللحم والعظم والدم والشعر ومن أجهزة مختلفة متنوعة، يوجد منذ انفصال

٣٧٥- انظر : Tercier : op . cit . P : 54 .

٣٧٦- د. منذر الفضل - التجربة الطبية على الجسم البشري - مجلة العلوم القانونية - جامعة بغداد - ١٩٨٩ ص: ٧٦ .

٣٧٧- د. منذر الفضل - التصرف القانوني في الأعضاء البشرية - وزارة الثقافة - بغداد ١٩٩٠ ص : ٩ .

٣٧٨- انظر : Tercier : op . cit . P : 54 .

الطفل كاملاً حياً عن والدته^{٢٧٩}. فلقد كرست معظم الشرائع الدينية والمواثيق الدولية حق الإنسان في سلامة جسده، كما أن التشريعات الوضعية كرست المبدأ القاضي بحرمة الجسم البشري وقديسيته، فهو يخرج عن دائرة التعامل بين الأفراد وهو محصن في مواجهة أي اعتداء يقع عليه مهما كان نوعه وأياً كان مصدره^{٢٨٠}، وهذا المبدأ يستلزم بالضرورة احترام الحقوق ويكرس المبادئ الآتية^{٢٨١}:

((١- الحق في أن تظل أعضاء الجسم وأجهزته تؤدي وظائفها على نحو عادي وطبيعي وكل إخلال بالسير الطبيعي لهذه الأعضاء أو الأجهزة يعد اعتداء على الحق في سلامة الجسم.

٢- الحق بالاحتفاظ بكل أعضاء الجسم كاملة غير منقوصة. فكل عمل يؤدي إلى الانتقاص بالبتر أو الاستئصال أو التغيير بالخلايا أو الأنسجة أو إضعافها يعدّ مساساً بسلامة الجسم وتكامله.

٣- الحق في أن يتحرر من الآلام البدنية ويتحقق هذا الألم بما يلحق الشخص من أذى في شعوره بالارتياح إلى السكينة. فأى فعل يؤدي إلى إحداث آلام بدنية لم تكن موجودة من قبل، أو الزيادة فيها يعدّ مساساً بالحق في سلامة الجسم)).

٢٧٩- د. حسام الدين الأهواني - المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية - جامعة عين شمس - ١٩٧٥ -

ص : ١٩

٢٨٠- انظر كل من : Tercier : op. cit. P : 55 . Riemer : op. cit. P : 3 . et Grillet : op. cit. P : 392.

ود. عبد الحمي حجازي - المنخل لدراسة القانون - ج٢/ - ١٩٧٠ - ص : ١٧٠، و د. رمضان أبو السعود - المرجع السابق

- ص : ٥٠٧ .

٢٨١- د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة - القانون الجنائي والطب الحديث - دراسة مقارنة لمشروع نقل وزرع الأعضاء - القاهرة -

١٩٨٦ - ص : ٢١ .

ج- الحق في الحرية: Le droit de la liberté

يعدّ حق الإنسان في حرية الحركة الجسمية من أهم الحقوق الملازمة لشخصيته، لأنه جوهر الحياة والغاية من وجودها لتحقيق رسالة السماء في السعي في مناكب الأرض ابتغاء الرزق والتأمل والتدبير وتنمية العقل والفكر كي يكون أهلاً لحمل الأمانة. فلكي تتمكن الشخصية من النمو والقيام بتأدية دورها في الحياة لابد لها من الحركة بحرية دون وجود عوائق تمنعها من أداء وظيفتها على مختلف الأصعدة، ويعد الحق في حرية الحركة امتداداً للحق بعدم المساس بالجسم البشري. فمن حق كل شخص الانتقال من مكان إلى آخر، أو عدم الإقامة في مكان محدد جبراً عنه، وله الحق في ممارسة الألعاب الرياضية والمشاركة في أنشطتها.

د- الحق في الحرية الجنسية La droit à la liberté sexuelle

تعدّ المسائل المتعلقة بممارسة الجنس ذات وجهين فهي من جهة تتعلق بقواعد الأخلاق والآداب العامة، وبالتالي فإن الموقف القانوني منها يختلف من بلد إلى آخر بحسب العادات والآداب، والقيم الأخلاقية، ومن جهة أخرى تتعلق بالجسم على اعتبار أن المواقعة الجنسية فعل يتم عليه. لذا، فإنه يمكن أن تدرس المسألة تحت عنوان الشرف والسمعة، ويمكن أن تدخل تحت مضمون الحق في السلامة الجسدية وقد أثّرنا أدراجها تحت مفهوم السلامة الجسدية، لأن الآثار الفعلية والحقيقية تظهر على الجسم قبل أي شيء آخر. فمهما كانت التسمية التي تعطى فإننا لا نقصد من الحق في الحرية الجنسية، الإباحة أو الخروج على الأخلاق والقيم، بل نقصد عدم الإكراه على ممارسة الجنس، سواء كان ذلك بالنسبة للمرأة أو الرجل، فالجنس ليس فقط مسألة مادية تدخل في إطار عملية الجماع، وإنما أيضاً مسألة نفسية تدخل في إطار الشعور بالمحبة، أو استجابة لحاجة فيزيولوجية. فالحرية الجنسية تعني أولاً الحق في التصرف بالجسم من الناحية الجنسية في الإطار الذي يسمح به القانون والأخلاق، وتعني أيضاً الحق في

الحفاظ على المشاعر الجنسية للشخصية الإنسانية بعدم الإيذاء أو الجرح بالقول أو بالفعل من جراء تصرفات فاحشة^{٣٨٢}. كما يدخل في إطار الحرية الجنسية الحق في الزواج وعدم الإكراه فيه، لأي سبب كان.

٢- الحقوق المتعلقة بالكيان الاجتماعي للشخصية:

Les droits de la personnalité sociale

الإنسان كائن حي مستقل مسؤول، وهو لا يعيش فقط بالجسد والروح، وليس مجرد لبنة في بناء الجماعة التي يعيش فيها، كما أنه ليس مجرد شكل ككل الأشكال الموجودة في الطبيعة، ولكنه يتميز ويتميز عن غيره من المخلوقات، وعن غيره من أبناء جنسه. فكل فرد فريد في تكوينه فقد يتشابه مع غيره ولكنه لا يتطابق معه أبداً^{٣٨٣}. لهذا، فإن الإنسان - كل إنسان - لا يمكن أن يدخل وحدات الحساب ويعامل معاملة الأشياء بالأرقام، بل يتوجب أن يحمل كل إنسان اسماً يدل عليه ويميزه عن غيره من أفراد عائلته من جهة، وفي مجتمعه وأبناء جنسه من جهة أخرى. كما أن كل إنسان يعيش مع ذاته أو مع أسرته في هدوء وسكينة يكره أن يعكر عليه من أي كان ولأي سبب، ويتوجب احترام هذا الهدوء وتلك السكينة، ولكل إنسان شكل وتقاسيم صنعها الخالق في غاية الكمال، وله وحده الحق في الحفاظ عليها وحمايتها من الاستغلال والتعسف، ولكل إنسان الحق في الانتصار لكرامته وسمعته التي يحافظ عليها كحفاظه على حياته ونعرض لذلك وفق الآتي:

أ- الحق في الاسم: Le droit au nom

لا توجد شخصية بكيانها المادي فحسب، بل أيضاً من خلال تمييزها في الحياة الاجتماعية عن غيرها من الشخصيات المماثلة لها، والاسم هو أول ما يميزها باعتبارها كياناً فردياً مستقلاً في الجماعة. فالفكرة الأساسية تكمن في أن كل

Riemer . op . cit . P : 4 .

٣٨٢- انظر :

٣٨٣- د. فتحي الدريني - الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده - المرجع السابق - ص : ٧٤ .

شخصية هي واحدة لا تتغير، ويعبر عنها بالكلمات أو الإشارات الدالة عليها لتمييزها عن الآخرين، وأن هذه الكلمات أو الإشارات موجودة في الأصل من أجل كرامة الشخصية. فالاسم ليس فقط مؤسسة حقوقية منظمة من المشرع باعتبارها عنصراً من العناصر المتعلقة بحالة الشخص المدنية، بل باعتبارها مسألة من مسائل الأمن المدني اللازمة لاستقرار المجتمع وتنظيم العلاقات بين الأفراد من جهة، وبين الفرد والدولة من جهة أخرى أيضاً. فلقد كان للأفراد منذ القدم اسم وكنية، وقد تنوعت الأسماء عند العرب فمنها ما دلّ على الظرف كطارق، وغالب، ومقاتل، ومنها ما دلّ على السعادة، كسعد، وسعيد، ومسعود، ومنها ما دلّ على الخشونة، كصخر، وحجر، وجندل، ومنها ما دلّ على حيوان كسبع، وكلب، وضب، كما تنوعت الكنى عندهم، والغالب أن الرجل كان يكنى بابنه وأحياناً بأبيه، وقد يكنى بابنته مثل أبو عبد الله، وابن عباس، وأبو عائشة^{٣٨٤}، ونعرض للحق بالاسم بشكل أكثر تفصيلاً عند البحث في عناصر شخصية صاحب الحق سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً.

ب- الحق في الحياة الخاصة: Droit à la vie privée

تهدف حقوق الشخصية من حيث النتيجة إلى كفالة كرامة الإنسان في جميع مظاهر وجوده، وإذا كان التمايز من المظاهر الاجتماعية التي كفلتها من خلال الحق في الاسم، فإن مسألة ترك الإنسان يعيش وفقاً لأفكاره وإرادته ومبادئه ومعتقداته، وبالطريقة التي يراها ملائمة في منطقة هادئة لا يعكرها فضول الآخرين، تعد أيضاً من المظاهر الاجتماعية الضرورية لكل إنسان، لأن حياة الإنسان الاجتماعية لا يمكن أن تكون مكشوفة لكل دون محرمات. فهذه الفكرة تحمل بذور ما يسمى بالحياة الخاصة، والتي عمل فيها الفكر القانوني تشريعاً

٣٨٤- راجع: المحامي - د. صبحي المحمصاني - المرجع السابق - ص : ٤١

وفقها واجتهاداً بكل قوة، وخاصة في الآونة الأخيرة، ولعل السبب في ذلك يعود إلى التطور والتقدم في مجالات التكنولوجيا والاختراعات الخطيرة من ميكروفونات، وآلات تصوير، وأجهزة كمبيوتر، والتي أصبح بإمكانها أن تجعل العالم عارياً، بحيث يمكن أن تتبع الفرد في كل تحركاته، وكل ممارساته، وفي أي وقت، من تصوير ومراقبة وتسجيل ومعلومات، هذا بالإضافة إلى انتشار وسائل الإعلام وتطورها، ومحاولتها الحصول على كل ما من شأنه الإثارة لأهداف مختلفة ومتنوعة، بالإضافة إلى أزمات السكن وانتشار الأبنية الطابقية في أمكنة متقاربة بحيث أصبحت إمكانية تصيد حياة الآخرين اليومية من الأمور السهلة سواء من خلال التنصت أو النظر^{٣٨٥}. كما يمكن أن نتلمس معالم الحياة الخاصة في الحقوق المتعلقة بالتلاصق في الأبنية بين الجوار، والقيود الموضوعة بالنسبة لفتح النوافذ والمطلات، والحائط المشترك حيث نجد أن الحكمة التشريعية تنطلق من مفهوم عدم النظر إلى ما يوجد في ممتلكات الجار من أشخاص، ومن أشياء، بافتراض أن لهذه حرمة لا يجوز انتهاكها^{٣٨٦}. لذا، فإن كان من حق الإنسان أن يستمتع بمباهج الحياة، فإن من حقه التخلص من ضغوط الآخرين، وذلك بأن تكون له منطقة أو مجال معين يعيش فيه دون أن يقع عليه اعتداء فيه^{٣٨٧}. فنطاق الحياة الخاصة يأبى التحديد والحصر والقصر، فهو أشبه بمنطقة عسكرية كتبت

٣٨٥- د. حسام الدين الأهواني - الحق في احترام الحياة الخاصة (الحق في الخصوصية - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٧٨)

ص: ٦، ود. منير لويس - أثر التطور التكنولوجي على الحريات العامة - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٨٣ -

ص: ١ - ٥. وانظر أيضاً كل من: Tercier : op . cit . P : 67 . , et

Kayser : Le secret de la vie privée - Melanges - Offerts à René Savatier . Dalloz

- Paris - 1985 . P : 406

Tallon : op . cit . P : 3 .

٣٨٦- النظر :

Nerson : Personne et droits la famille . Rev . Trim - droit - civil - sirey - Paris .

٣٨٧- انظر :

1979 . P : 109 .

حولها اللافتات التي نقول، ممنوع الاقتراب، ممنوع الدخول، ممنوع التصوير، ممنوع التنصت، ممنوع جمع المعلومات، ممنوع الإخبار، وأن من يخالف أحكام المنع والحظر والتقييد يتعرض للجزاء، بمعنى آخر ينبغي أن نترك أصحاب المنطقة المذكورة في هدوء وأمان، واستقرار بعيداً عن التطفل الذي يقض مضجعهم، فهي منطقة محمية لسببين الأول أن الفرد يعيش فيها بعيداً عن جلبة المجتمع بجسمه وأفكاره، والثاني لأنها مستودع أسرارها الذي يجب أن يبقى بعيداً عن إطلاع العامة. فهي محاطة بسياج من السرية، فيجب أن لا ينفذ منه شخص إلا بإرادة صاحبه ورضاه. فمبدأ احترام الحياة الخاصة يعتبر أساسياً في قيم المجتمع الحضارية وتقاليده، والاعتداء عليه اعتداء على حقوق الفرد المعنوية والمادية، واعتداء على حرمت المجتمع وحقوقه^{٢٨٨}.

ج- الحق في الصورة: Droit à l' image

سهل التقدم التكنولوجي إمكانية التطفل على حياة الآخرين، بحيث لم يعد بإمكان أحد أن يبقى بعيداً عن عدسات التصوير التي يمكنها اختراق المسافات البعيدة، والظلام بواسطة الأشعة تحت الحمراء، وحتى الجدران. لهذا فإن الصورة الإنسانية يجب حمايتها ضد النشر الذي يمكن أن يسيء إليها أو يشوهها حيث يمكن أن تؤخذ الصورة لإنسان في موقف معين مع جماعة من الناس في مكان لا يتردد عليه كثيراً، أو في ملابس لا يلبسها عادة، وقد يشكل مثل هذا الفعل خطراً على سلامة الإنسان النفسية من جراء اعتداء واقع عن طريق صورة، ويتفاقم هذا الخطر مع إمكانيات النشر المدهشة بفضل حجم وسائل الإعلام التي لم يعد لها حدود، سواء تم ذلك بواسطة الصحافة أو التلفزة التي يمكن أن تظهر صورة الإنسان بوضع مزاجي لا يمكن أن يظهر به في الأحوال العادية لو علم أن

٢٨٨- د. محمود نجيب حسني - جرائم الاعتداء على الأشخاص - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٨م - ص: ٧٦٨.

صورته يمكن أن يطلع عليها هذا العدد الهائل من القراء أو المشاهدين^{٣٨٩}. فكيان الشخصية الإنسانية ووجودها لا يتجلى في الجسم والروح فحسب، بل يظهر أيضاً بالشكل الآدمي الذي يعتبر من أجمل ما خلق في الطبيعة لقوله تعالى ﴿لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم﴾^{٣٩٠}. فالصورة الإنسانية امتداد طبيعي لشخصية الفرد، وهي لا تقتصر على الوجه بل تمتد إلى كامل الجسم بكل تقاسيمه، لأن هذه التقاسيم لا ترسم الصورة الخارجية له فقط لكنها تعكس أفكاره ورغباته. فنفس الإنسان وما بداخله ينعكس على شكله وصورته^{٣٩١}. ولأنه ((ما أضمر أحد شيئاً إلا ظهر، في فلتات لسانه وصفحات وجهه))^{٣٩٢}، وعلى هذا فإن الإنسان لا يتميز بين بني جنسه فقط من خلال الحق في الاسم، وإنما أيضاً من خلال الحق في الصورة. حيث يكون لكل شخص صورة خاصة بهيئته كإنسان تختلف عن غيرها من الصور كما تختلف بصمات الأصابع، وتعني الصورة في اللغة الشكل، وتستعمل بمعنى النوع والصفة^{٣٩٣}، وإن المعنى الاصطلاحي لا يختلف كثيراً عن المعنى اللغوي، لأن الصورة بالمعنى الواسع تعني الهيئة أو الشكل، ولكن ربط الحق في الصورة في الشخصية الإنسانية جعل من الصعوبة بمكان وضع تعريف جامع مانع لهذا الحق، أو تحديد مفهوم ثابت لفكرة الصورة ذاتها، وقد عرّف بعض الفقهاء الصورة بأنها كل امتداد ضوئي للجسم البشري يدل دلالة واضحة على شخصية صاحبها، ويستوي في أن يكون هذا ناقلاً للصورة على حقيقتها أو

٣٨٩ - Potvin (Louise): La personne et la protection de son image - Québec : 1991 . P : 2 - 4 .

٣٩٠ - سورة النين : الآية ٤/ .

٣٩١ - د. حسام الدين الأهواني - أصول القانون - المرجع السابق ص : ٨٦ ، ود. مدوح خليل بحر - حماية الحياة الخاصة -

المرجع السابق - ص : ٢٢٦ .

٣٩٢ - الإمام علي كرم الله وجهه - نهج البلاغة - منشورات مؤسسة الأعلمي لبنان - ج ٤/ - ص : ٧ .

٣٩٣ - القاموس المحيط - المرجع السابق - ص : ٥٤٨ .

يدخل عليها تحريفاً بحيث يعطيها مظهراً هزلياً^{٣٩٤}، ويرى آخر أن الحق في الصورة هو الحق الذي يستطيع بموجبه الشخص صاحب الصورة أن يعترض على تصويره بإحدى الطرق الفنية، أو نشر صورته دون موافقته^{٣٩٥}، ويقول ثالث إن حق الشخص في صورته يعني أن لصاحب هذا الحق أن يمنع الغير من أن يرسمه أو يصوره مادام غير راغب في ذلك، وله الحق في أن يمنع نشر صورته في الصفحات المكتوبة أو المرئية^{٣٩٦}، ويذهب غيرهم إلى القول إن من الصعب وضع تعريف للحق في الصورة، إلا أنه يبقى حقاً مطلقاً بحيث يكون بمقتضاه لصاحب الحق في الصورة أن يمنع كل تصوير لصورته^{٣٩٧}، ومع هذا يمكننا القول إن الحق في الصورة من الحقوق الاجتماعية الملازمة للإنسان، وبموجبها يتميز الشخص عن غيره من الأفراد وهذا التمايز يمنح صاحب الصورة سلطة الاستئثار والمنع، فبمقتضى الاستئثار يمكنه أن يختص بصورته لوحده، وأن يمنع الغير من أن يشاركه فيها، بأية وسيلة من الوسائل، وبمقتضى المنع له الحق أن يصد كل تصوير أو نشر لها بأية وسيلة أو شكل دون رضاه.

د الحق في السمعة: Droit à la réputation

تعد السمعة من أهم مقومات الشخصية التي يحرص الأفراد على صيانتها في مجتمعهم كحرصهم على حريتهم وسلامتهم، وهي من أغلى ما يملكونه في وجودهم، والشرف والاعتبار من مقومات فكرة السمعة، وهي فكرة قديمة قدم الإنسان نفسه باعتبارها من أهم الحقوق الملازمة لشخصيته، وقد جعل التقدم

٣٩٤- د. محمود نجيب حسني - جرائم الاعتداء على الأشخاص - دار النهضة العربية - ١٩٧٨ - ص : ٧٧٦ وعنه أ. أحمد

جمعة شحاته - جرائم التصفيت والنقاط الصور - المرجع السابق - ص ٦٩ - ٨٢.

٣٩٥- انظر : Kayser : op . cit . P : 467 - 468 .

٣٩٦- انظر : Carbonnier : op . cit . P : 130 .

٣٩٧- انظر : Tallon : op . cit . P : 10 .

العلمي والتقني وتطور وسائل الإعلام الخطر الذي يحيق بسمعة الإنسان خطراً بالغاً في صور وأشكال عديدة، الأمر الذي دعا رجال الفكر القانوني من مشرعين وفقهاء ومجتهدين إلى تأكيد الحق في حماية السمعة البشرية مما يندسها، ومن مخاطر يمكن أن تتعرض لها^{٣٩٨}، والسمعة في اللغة هي ما يذكر به الشخص عند الناس، أي ما يسمع عن الشخص أو يشاع حوله، أو يتكلم به الناس عنه من حسن أو قبيح^{٣٩٩}، أو هي الذكر المسموع^{٤٠٠}. أما في الفقه القانوني فله تعريفات متعددة، تنتج من تداخلها مع مفاهيم الحق في الاحترام والحق في الشرف، والحق في الاعتبار، والحق في الكرامة، حيث ينطلق البعض في تعريفها من تعريف الاعتبار بقوله إنه المكانة التي يحتلها كل شخص في المجتمع، وما يتفرع عنها من حق في أن يعامل على النحو الذي يتفق مع هذه المكانة، أي أن يعطى الثقة والاحترام التي تقتضيها مكانته الاجتماعية^{٤٠١}، ويعرف البعض الشرف بمعناه الشخصي بأنه مجموع القيم المعنوية التي يخلعها الشخص على نفسه، ويعرفه بمعناه الموضوعي بأنه تقدير الناس للشخص، أو أنه الذمة المعنوية المشتقة من تقدير الناس، وهو بمعناه الواسع (السمعة)^{٤٠٢}، ويرى آخر أن الحق في الشرف أو السمعة يعني السيرة الحسنة ، أو أنها تعني أن لكل شخص الحق في الاحترام، والسيرة الحسنة^{٤٠٣}، ويرى آخر أنها ((الحق في تكامل الذمة المعنوية المستمدة مما يتمتع به الشخص من تقدير في نظر الآخرين، وما يتفرع عن ذلك من حق في أن يعطى الاحترام الذي تقتضيه مكانته الاجتماعية، وألاً يعامل على نحو يحط بهذه

٣٩٨- د. محمد ناجي بالقوت - الحق في السمعة - منشأة المعارف بالإسكندرية - ١٩٨٥ - ص : ١ .

٣٩٩- لسان العرب - ج ٨/ - ص : ١٦٢ .

٤٠٠- القاموس المحيط - مؤسسة الرسالة - طبعة ١٩٩٣ - ص : ٩٤٣ .

٤٠١- د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص : ٤٩٧ .

٤٠٢- رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص : ٥١٩ .

٤٠٣- انظر : Riemer : op . cit . P : 5 .

الكرامة، أو يسبب هزئ الآخرين به، أو إغراضهم عن التعامل معه، أو إنقاص ثقتهم به^{٤٠٤}. فالحق في السمعة له مضامين مختلفة ومتنوعة ومتغيرة، لا يمكن أن يضمناها جميعها تعريف محدد، ومن الصعب تعريفه تعريفاً جامعاً مانعاً، لأن جزءاً من هذا الحق ينطلق من الذات البشرية نفسها كالإحساس بالكرامة، وجزءاً آخر ينطلق من معايير اجتماعية أو مهنية، أو سياسية. لذلك نعرف الحق في السمعة بأنه مجموعة القيم للصيقة بالذات البشرية التي تؤدي إلى الإحساس بالكرامة الإنسانية، ومجموعة المزايا الضرورية لكل شخص التي تكفل له الاحترام في الوسط الذي يعيش فيه، ومن هذا التعريف يمكن تحديد مضمون الحق في السمعة. فالحق في السمعة يؤلف مجموعة من القيم الخاصة بكل إنسان، بحيث تختلف من شخص إلى آخر وتختلف من زمان إلى زمان آخر، كما تختلف من مكان إلى مكان آخر، لهذا فإن المعيار الذي يمكن أن يعتمد عليه في تحديد مضمون الحق في السمعة معياراً مختلفاً متغيراً، ولكنه يبقى معياراً موضوعياً حيث يؤخذ دائماً على أساس الشخص الإنسان الوسط^{٤٠٥}، وذلك بعد وضعه في ذات الظروف الخارجية التي وضع الشخص الذي وجهت إليه الإهانة، ويميز البعض بالنسبة للحق في السمعة بين مجموعة من العناصر الذاتية الداخلية، ويطلقون كلمة (الشرف)، ومجموعة من العناصر الخارجية ويطلقون عليها مصطلح (الاعتبار)^{٤٠٦}، ويتكون الشرف من مجموعة القيم الداخلية (الذاتية) لكل فرد، وهي تكون ما يسمى بالكرامة، ثم إن الأصل يقضي بأن يتمتع به جميع بني البشر على حد سواء لمجرد كونهم كذلك ومعياره موضوعي عام لأن هذا الحق يجب أن يحترم لكل ذات بشرية بغض النظر عن أية اعتبارات شخصية، وشرف الإنسان لا يمكن

٤٠٤- د. محمد ناجي ياقوت - المرجع السابق - ص : ٢٥ - ٢٦ .

٤٠٥- انظر : . : 139 - 138 . P . cit . Bucher

٤٠٦- د. محمد ناجي ياقوت - المرجع السابق - ص : ٢٦-٢٧ . وانظر أيضاً : 70 . P . cit . Tercier

اعتباره من القيم المالية، وقد أدت قدسيته إلى ضرورة الدفاع عنه، والمساس به هو الذي أدى إلى ميلاد المسؤولية الجزائية وامتدنية^{٤٠٧}، وإذا كان الشرف الذي يحمل معنى الكرامة ثابتاً لكل إنسان فإن مفهوم الشرف ذاته يختلف من زمن إلى زمن ومن مكان إلى مكان. فالشرف في مفاهيمنا يرتبط بمعاني ((الأمانة، والنزاهة، والشجاعة، والإخلاص، والصدق، والاستقامة، والمحافظة على العرض والحياء، والتمسك بمبادئ الدين والأخلاق))^{٤٠٨}. فهو ليس بالضرورة كذلك في بلاد أخرى، ففكرة الكرامة تختلف حسب العصور والعادات^{٤٠٩}. كما يمكن القول إن فكرة الشرف ترتبط بمفهوم الاعتبار الأخلاقي للفرد، أو الشعور في الحفاظ على كرامته الصرفة.

٣- الحقوق المتعلقة بالكيان الفكري للشخصية: Les droits intellectuels

تتكامل الشخصية بوجودها القانوني المحمي بتكامل أركانها الأساسية وهي السلامة الجسدية، والسلامة الاجتماعية، والسلامة الفكرية. فالإنسان ليس مجرد لحم ودم، وتمايز اجتماعي، بل إن الشخصية الإنسانية تتحدد ملامحها أيضاً من خلال إبداعها العلمي والفني، وعلى هذا تتوقف سمعة الشخص في مجال الفن والعلم والأدب^{٤١٠}. ويكاد يجمع فقهاء القانون على وضع الحقوق الفكرية للإنسان تحت عنوان واحد هو الحق المعنوي، أو الحق الأدبي للمؤلف، ولهذا الإجماع ما يبرره لأن إنتاج الإنسان الذهني يكاد يجتمع تحت هذا العنوان، إلا أن الحقوق الفكرية متعددة، ويطلق عليها الفكر القانوني المعاصر تسميات متعددة، وتختلف

٤٠٧- د. عبد النبي ميكر - المرجع السابق - ص : ٢٤ .

٤٠٨- د. محمد ناجي ياقوت - المرجع السابق - ص : ٢٧ .

٤٠٩- د. حسام الدين الأهواني - أصول القانون - المرجع السابق - ص : ٩٠ . ورمضان أبو السعود المرجع السابق - ص :

٤١٠- د. علي حسن نجيدة - المنخل لدراسة القانون - ج٢/ - نظرية الحق - دار الفكر - القاهرة - ١٩٨٥ - ص : ٨٨ .

التسميات باختلاف الزاوية التي ينظر بها إلى تلك الحقوق، وتعرّف الحقوق الفكرية بأنها تلك التي تنشأ مما ينتجه الإنسان بجهد العقل ونشاطه الفكري^{٤١١}، أو أنها تلك التي ترد على أشياء معنوية من نتاج الذهن، وقرينة الفكر كحق المؤلف على أفكاره، والمخترع على مبتكراته، والملحن على أنغامه^{٤١٢}، أو هي مجموعة امتيازات أو سلطات مقررّة لحماية مصالح غير مالية تتعلق بإنتاج الشخصية الفكرية كحق المؤلف والمخترع^{٤١٣}. ونعرض لأهم الحقوق الفكرية وفق الآتي:

أ- الحق في الرأي والتعبير (الحق في الكلام): (Droit au parole)

التفكير عملية ذهنية نرسم بها خريطة عمل ما لتحقيق أهداف محددة، فكل إنسان، مهما كانت صفته، أو وظيفته، أو ثقافته، له حق في أن يعبر عن تصورات، أو أفكاره بأية صيغة سواء بالقول أو الكتابة أو الرسوم، أو الحركات، أو الصوت، ويتمتع الفكر بالحماية القانونية مهما كانت وسيلة التعبير عنه، وتعد الكلمة جوهر الفكر البشري وأساسه، فهي الذات البشرية الناطقة، ولا يمكن أن تصور وجود الفكر الإبداعي المتمثل في حق المؤلف، ولا يمكن أن يوجد حق الاعتقاد، أو الحريات الفكرية الأخرى كالصحافة والتعليم، قبل وجود الحق في الكلمة، فهذه هي العمود الفقري الذي ترد إليه كافة الحقوق الفكرية، وعلى هذا قيل أن ((المرء مخبوء تحت لسانه))^{٤١٤}، بمعنى أن العقل يظهر بما يصدر عن اللسان، وكأنه يختبئ تحته، فإذا تحرك اللسان ظهر العقل، وأن الحق في الكلمة

٤١١ - د. عبد السلام الترماني - وعبد الجواد السرميني - القانون المدني - الحقوق المعنوية - ج١/ - المطبوعات الجامعية -

حلب ١٩٩٠ - ص ٣٢.

٤١٢ - د. شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص : ٢٣٧ .

٤١٣ - انظر : Kayser : op . cit . P : 472 .

٤١٤ - الإمام علي كرم الله وجهه - نهج البلاغة - ج٤/ - ص : ٣٨ .

لا يعني فقط الحق في أن تتكلم أي (تتحدث أو تقول لذاتك)^{٤١٥}، وإنما يعني أن تعبر عن هذه الذات بإسماع الآخرين ما تقول، وأن إسماع الآخرين يمكن أن يكون رأياً ويمكن أن يكون موقفاً، وإن الحق في الكلمة لا يعني فقط أن تتكلم وأن تسمع صوتك للآخرين بالتعبير عن مكنونات نفسك بما ترى أنه فكر مصيب.

ب- الحق في الصمت: *Le droit à se taire*

فَالصَّمْتُ وَالصُّمُوتُ وَالصُّمَاتُ فِي اللُّغَةِ الْعَرَبِيَّةِ يَعْنِي السُّكُوتُ، وَهُوَ كَالِإِصْمَاتِ وَالْتَّصْمِيَّتِ، وَأَصْمَتُهُ وَصَمَّتَهُ: أَسْكَتَهُ^{٤١٦}، وَلَا يَخْتَلِفُ الْمَعْنَى الْإِصْطِلَاحِي عَنِ الْمَعْنَى اللَّغَوِيَّةِ، وَالصَّمْتُ قَدْ يَكُونُ إِرَادِيًّا بِاعْتِبَارِهِ تَعْبِيرًا عَنْ حَالَةٍ أَوْ مَوْقِفٍ مُعَيَّنٍ لِمَا حَبَهُ، وَقَدْ يَكُونُ طَبِيعِيًّا كَمَا لَوْ كَانَ الشَّخْصُ أَصَمَّ أَبْكُمْ^{٤١٧}. لِهَذَا، فَالصَّمْتُ فِي مَعْنَاهِمْ حَقُّو الْإِنْسَانِ يَعْنِي أَنَّ لِكُلِّ إِنْسَانٍ أَنْ يَسْكُتَ عَنِ الْكَلَامِ، وَأَلَّا يَبُوحَ بِمَا يَخْتَلِجُ فِي نَفْسِهِ مِنْ مَشَاعِرَ إِلَى الْآخَرِينَ سِوَاءَ فِي مُوَاجَهَةِ السُّلْطَةِ الْعَامَّةِ، أَوْ فِي مُوَاجَهَةِ الْأَفْرَادِ، وَالصَّمْتُ الْمَقْصُودُ هُنَا هُوَ الْإِنْصِرَافُ الْإِرَادِي عَنِ الْكَلَامِ الشَّفَوِيِّ أَوْ الْكِتَابِيِّ أَوْ الْإِشَارَةِ الْمَعْهُودَةِ لِشَخْصٍ مُتَكَلِّمٍ فِي كُلِّ زَمَانٍ وَمَكَانٍ عَلَى الرَّغْمِ مِنْ حَالَتِهِ قَدْ تَتَطَلَّبُ مِنْهُ كَلَامًا. فَلِذَلِكَ يُذَكَّرُ كُلُّ شَخْصٍ بِأَنَّهُ يَتِمُّ الْقَبْضُ عَلَيْهِ فِي مَعْرُضٍ تَحْقِيقِ جُنَايَةٍ أَنْ مِنْ حَقِّهِ أَنْ يَصْمِتَ عَنِ الْكَلَامِ، وَإِنْ كُلُّ كَلَامٍ يَصْدُرُ عَنْهُ قَدْ يُوْخِذُ عَلَيْهِ، وَلِخَطُورَةِ الْكَلَامِ وَاحْتِرَامًا لِحَقِّ الْإِنْسَانِ فِي الصَّمْتُ وَهُوَ عَكْسُ الْكَلَامِ.

ج- حق التأليف والنشر: *Droit d' auteur*

ينطوي الحق المعنوي للمؤلف والمخترع والفنان في الأصل تحت قائمة الحقوق غير المالية، إلا أن الفقه يجمع على اعتباره من الحقوق ذات الطبيعة

٤١٥ - القاموس المحيط - المرجع السابق - ص: ١٤٩١ .

٤١٦ - راجع القاموس المحيط - مرجع سابق - باب الناء فصل الصد.

٤١٧ - د. سامي صادق الملا - عتارف المتهم - القاهرة - الطبعة الثانية - ١٩٧٥ ص: ١٦٨ - ١٩٩ .

الخاصة، هذه الطبيعة تجعله يجمع في نفس الوقت بين قيمتين، معنوية ومالية^{٤١٨}، وتتجلى القيمة المعنوية في اعتباره حقاً من الحقوق اللصيقة بشخص صاحبها فلا تقوم بالمال ولا تدخل في دائرة التعامل، ولا يسري عليها التقادم، ولا يجوز التنازل عنها، ولا تقبل الحجز ولا تنتقل بالإرث، وتهدف أساساً إلى حماية الشخصية^{٤١٩}، أما القيمة المالية فتتجلى في أن للمؤلف والمخترع والفنان حقاً في استثمار ناتج فكره واستغلاله استغلالاً مالياً، وفي أن يكون له وحدة احتكار هذا الاستغلال، وهو يهدف في هذه الحالة إلى حماية مصلحة مالية ويخضع للقواعد المتعلقة بالملكية الأدبية والفنية^{٤٢٠}.

د- حرية الاعتقاد أو الحق الديني: *La droit à la croyance*

مقاومة المعتقدات، والصراعات الدينية والطائفية، والخلافات المذهبية تشكل أهم سمات التاريخ عبر الأزمنة والعصور جميعها، وفي مختلف بقاع الأرض. فلقد ضحت البشرية بالكثير من أبنائها من أجل معتقداتهم الدينية أو آرائهم الفلسفية، واشتعلت حروب عديدة ومازالت تشتعل في كل مكان على كوكب الأرض، وما يزال الإنسان يدفع حياته ثمناً لها دون أي ذنب ارتكبه سوى أنه فرض عليه الانتماء لذلك الدين أو تلك الطائفة أو المذهب، أو تركه، وينطوي حق الاعتقاد أو الحق الديني تحت مفهوم حقوق الإنسان الفكرية، ويكاد أن يكون أحد الجوانب الأكثر التصاقاً بشخصيته، وهو يندرج تحت مفهوم الإيمان بالله والأنبياء والرسول

٤١٨- د. عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص : ٣٦٠ ، ود. علي حسين نجيدة - المرجع السابق - ص : ٩٢ و ٩٧ ، ود.

شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص : ٢٣٩ ، ود. توفيق حسن فرج المرجع السابق - ص : ٥٥٧ ، ود. يوسف محمد قاسم

- ضوابط الإعلام في الشريعة الإسلامية وأنظمة المملكة العربية السعودية - جامعة الرياض - ١٩٧٩ - ص : ٦١ .

٤١٩- انظر كل من : Goubeaux : op . cit . P : 310-311 . Brosset : op . cit . P : 10 ،

et Kayser : op . cit . P : 473 .

٤٢٠- انظر كل من : Goubeaux : op . cit . P : 311 . et Kayser : op . cit . P : 473 .

والفلاسفة أو المصلحين وغيرهم، وقد احتل هذا الإيمان، ولا يزال يحتل جانباً مهماً في حياة الإنسان النفسية والاجتماعية، ومن أجل ذلك فهو يدافع عنه بكل ما يملك من قوة، وكثيراً ما يساوم به على حياته. فحق الاعتقاد يشير بصورة جوهرية إلى تلك الرابطة الروحية التي تقوم بين الإنسان وما يؤمن به من إله أو رب أو نبي أو زعيم أو فكرة مجردة أو سوى ذلك، بحيث يعتقد جازماً أن هذه الرابطة هي التي ستؤمن له الهدوء والسكينة والسلامة في الحياة الدنيا وفي عالم الآخرة، ويقضي المبدأ بأن تقوم هذه الرابطة على مجموعة عناصر فكرية ونفسية في الذات الإنسانية بصورة سرية يباشرها الفرد بالدعاء أو الصلاة، ويتمثل الشكل العلني فيها في ممارسة بعض الطقوس الفردية أو الجماعية، ويُعرّف الحق في الاعتقاد بأنه حق الفرد في أن يؤمن بما يشاء من الأفكار الدينية أو الفلسفية دون ممانعة أو عرقلة، ودون أن يكون لأحد السلطة في البحث أو الكشف عن هذه العقيدة سواء في قلبه أو عقله^{٤٢١}، أو هو حق الشخص في اختيار الدين الذي يرغب في الانتماء إليه بكامل حريته، أو عدم اختياره لدين محدد. كما يعني بالإضافة إلى ذلك الحق في ممارسة طقوس الدين الذي اختاره وشعائره باعتباره امتداداً طبيعياً ولازماً لحق التدين^{٤٢٢}. لذلك فالحق الديني أو الحق في الاعتقاد هو حق مركب يقوم على عنصرين: عنصر داخلي يتجلى في الحق في اختيار دين محدد أو البقاء بدون دين، وعنصر خارجي يظهر في ممارسة شعائر الدين سواء كانت هذه الممارسة فردية أو جماعية^{٤٢٣}، وهو مسألة فكرية نفسية روحية تنشب في الذات الإنسانية وتلازمها في وجودها بحيث تصبح عنصراً لا يتجزأ منها، ويستطيع كل

٤٢١ - د. عبد المنعم محفوظ - المرجع السابق - ص : ١١٥ .

٤٢٢ - انظر : Burdeau (Georges) : Les libertés publiques , 4e éd . Paris 1972 . P : 341 - 342 .

٤٢٣ - انظر كل من : Rivéro : op . cit . P : 158 . et Robert (Jacques) : Les libertés publiques

Collection université nouvelles . éd . Mont - Chrestien . Paris: 1971 . P: 325 .

فرد أن يحقق من خلالها التوازن الاجتماعي والأخلاقي، فهو مزيج من الرأي والموقف والخيال والممارسة. حيث يقوم التفاعل بين الفكر والعاطفة والمستقبل الذي قد يتجاوز العالم الذي نعيش، وما بين السلوك الذي نتعامل به مع الآخرين من خلال ذلك. فالحق الديني ليس مجرد حرية شخصية، بل هو مكنة أو إرادة أو سلطة يستطيع الإنسان من خلاله ليس الاختيار أو عدم الاختيار أو التزك أو ممارسة الشعائر والطقوس للدين أو الفكرة أو العقيدة فحسب، بل يستطيع أيضاً أن يحمي ذلك في مواجهة كل من يحمل الاعتداء على هذا الحق، ويحتوي الحق الديني أو حق الاعتقاد على أربعة عناصر أساسية هي الحق في اعتناق دين، والحق في عدم اختيار دين، والحق في تغيير الدين والحق في ممارسة شعائر الدين المختار أو طقوسه.

الفرع الثاني

الحقوق الخاصة وأنواعها

Droits prives

وهي الحقوق التي تمنح للفرد بموجب قواعد القانون الخاص باستثناء تلك التي تتعلق بكيانه ووجوده.

هذه الحقوق تقوم على تنظيم نشاط الفرد وسلوكه وعلاقاته بصفته عضواً في المجتمع. ويتفرع عن هذه الحقوق الخاصة حقوق مالية من جهة وحقوق العائلة من جهة أخرى.

وأهم أنواع الحقوق الخاصة:

١- حقوق العائلة: droits de famille

ويطلق عليها اسم حقوق الأسرة ويقصد بحقوق الأسرة تلك المراكز القانونية الممتازة أو السلطات التي تقرها قواعد قانون الأحوال الشخصية، كفرع من قواعد القانون الخاص، بسبب القرابة المباشرة أو غير المباشرة، الزواج - المصاهرة.... الخ. كسلطة الأب على ابنه والإشراف عليه وكسلطة الزوج على زوجته ولو كانت تتمتع بذمة مالية خاصة بها ولكن المقصود هنا سلطة الزوج تجاه زوجته والزوجة تجاه زوجها من خلال حقوقهما العائلية فحسب. وتتميز حقوق الأسرة بطابع خاص من حيث اقترانها دائماً بواجبات يتحملها صاحب الحق نفسه، فهي لا تمنح لتحقيق مصلحة شخصية لأصحابها بل لتحقيق مصلحة الأسرة بأكملها فإذا كان للزوج على زوجته في أن تطيعه وتسكنه وتخدمه فإن هذا يوجب عليه بالمقابل أن يؤمن لها المسكن الشرعي المناسب وأن ينفق عليها في حدود إمكانياته. وحقوق الأسرة أو العائلة لا تقوم بمال ولا يجوز التصرف فيها ولا الحجز

عليها وكما إنها لا تنتقل إلى الورثة إلا أنه قد يتوَلَد كما سنرى عن روابط الأسرة حقوق مالية كحق الإرث والنفقة وهي حقوق تدخل ضمن الذمة المالية.

٢- الحقوق المالية: *droits patrimoniaux*

وهذه الحقوق عبارة عن سلطات تمنحها قواعد القانون الخاص وتدخل في الذمة المالية للفرد ويكون أساس هذه الحقوق التبادل في العلاقة المالية لحماية مصالح مالية. هذه الحقوق المالية يجوز التعامل بها والحجز عليها كحق البائع في استيفاء الثمن وحق الدائن في الحصول على دينه وحق المشتري في استلام المبيع.

وهذه الحقوق قد ترد على عمل أو امتناع عن عمل يقوم به شخص معين. ففي الحالة الأولى يطلق عليها الحقوق العينية وفي الحالة الثانية توسم بأنها حقوق شخصية وفي هذه الأخيرة توجد بها رابطة بين شخصين بمقتضاها يجبر احدهما الآخر على أداء ما التزم به. وعيه فالحقوق المالية تنقسم إلى نوعين من الحقوق حقوق عينية وحقوق شخصية ويوجد نوع ثالث من الحقوق هو الحقوق المعنوية لأنه يجمع بين حقين متقابلين: حق معنوي يعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية، وحق مالي كبقية الحقوق المالية. فما هي هذه الحقوق؟

أ- الحقوق العينية:

الحق العيني هو سلطة مباشرة يقررها القانون على شيء مادي معين بالذات يستطيع بمقتضاها القيام بأعمال معينة بالنسبة لهذا الشيء كحق الملكية وحق الارتفاق وحق الرهن وحق الاختصاص^{٤٢٤}.

وتتميز الحقوق العينية بأن الشيء محل الحق شيء مادي كمنزل أو سيارة يقع مباشرة تحت سلطة صاحبه بحيث يباشر حقه على هذا الشيء دون تدخل الغير. فمالك السيارة يستطيع أن يستعملها بنفسه أو أن يؤجرها للغير دون وساطة أحد.

وتنقسم الحقوق العينية إلى قسمين اثنين: حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية.

١- الحقوق العينية الأصلية:

وهي الحقوق التي تقوم بذاتها دون حاجة لغيرها^١، أو هي التي يكون لها وجود مستقل بحيث لا ترتبط أو تتعلق بأي حق آخر^٢، في الواقع، حق الملكية يحتل الصدارة من بين الحقوق الأصلية وهو أقواها وأشملها. إذ إنه يمنح المالك حقوق امتياز كحق الاستعمال droit d'usage وحق الاستغلال. droit d'usufruit وحق التصرف droit de disposition فالمالك يتمتع بسلطة استعمال الشيء واستغلاله وفق الحدود المرسومة له في القانون، وسلطة حق التصرف بشتى أنواع التصرف. هذه السلطات الثلاثة أو الامتيازات، كما ذكر، لا تجتمع بأن معاً إلا في حق الملكية فحسب.

ومن الحقوق العينية الأصلية أيضاً حق الانتفاع وحق الارتفاق فحق الانتفاع يمكن صاحبه من سلطة الاستعمال والاستغلال فحسب دون حق التصرف أما حق الارتفاق ليس لصاحبه سوى سلطة استعمال الشيء فقط وحق النشر على السطح الأخير ذي الملكية الخاصة.

والجدير بالذكر أن حق الملكية الذي يعطي صاحبه حقوق الاستعمال والاستغلال والتصرف قد يقيد بإرادة صاحبه. فالمالك قد ينتازل لشخص آخر عن حق استعماله للشيء واستغلاله ويحتفظ لنفسه بحق التصرف فيصبح والحالة هذه

مالكاً مجرداً. وقد يمنح المالك حق الاستعمال لآخر فقط ويتجلى ذلك مثلاً بحق السكن droit d'habitation ويكون الغرض من الاستعمال في هذه الحالة، السكن ليس إلا كحالة مستأجر المنزل لغاية السكن.

-حق الملكية: droit de propriété حق الملكية هو الحق الذي يخول صاحبه سلطة مباشرة على شيء مادي معين بالذات يستطيع بمقتضاها استعمال هذا الشيء واستغلاله والتصرف فيه.

وعليه فحق الملكية يمنح صاحبة سلطات ثلاث على الشيء محل الحق وهي:

الاستعمال والاستغلال والتصرف، وهذه السلطات الثلاث في الواقع هي التي تشكل عناصر حق الملكية^{٤٥}.

ويقصد بالاستعمال الإفادة من الشيء مباشرة وذلك عن طريق القيام بالأعمال المادية التي تتفق وطبيعة الشيء وتمكن الشخص من الحصول على الخدمة التي يمكن أن يؤديها هذا الشيء فلو كان الشيء منزلاً كان استعماله بسكنائه droit d'habitation^{٤٦}.

أما الاستغلال فيكون بالإفادة من الشيء بطريق غير مباشر بالحصول على ثمار الشيء كمالك يؤجر منزله للغير. في حين أن حق التصرف يعني تسلط المالك على كيان الشيء ووجوده. وهذا العنصر هو الذي يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الأصلية فلا وجود للملكية دون حق التصرف فيها.

٤٥- cite. P.64 ET S. Mazeaud Henri et lion leçon de droit civil droit de propriété t.2 deuxième v. op

٤٦- للتوسع انظر محمد حاتم النيات، المركز القانوني للمالك المشارك في ملكية الطبقات والشقق، Le statut du

copropriétaire au sein d'une copropriété immobilière

رسالة دكتوراه من جامعة مونتسكيو - بورنو - فرنسا ١٩٩٥ ص ٢١١ وما بعدها.

- حق الانتفاع: Usufruit

عرفت الفقرة الأولى من المادة /٩٣٩/ من القانون المدني السوري بقولها "الانتفاع هو حق عيني باستعمال شيء يخص الغير واستغلاله، ويسقط بموت المنتفع"^{٤٢٧}.

ولو أردنا ترجمة هذا النص الفرنسي فيعني أنه "الحق في الانتفاع بشيء مملوك للغير، كما ينتفع به المالك نفسه، ولكن مع وجوب المحافظة على ذات الشيء".

ويؤخذ على هذا التعريف انه لا يبين كون الانتفاع حقاً عينياً ولا يبرز صفته المؤقتة.

والفقه الفرنسي يعرف حق الانتفاع تعريفاً أقرب إلى الدقة على النحو الآتي: "حق الانتفاع هو الحق العيني في الانتفاع بشيء مملوك للغير، بشرط الاحتفاظ بذات الشيء لرده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع، الذي يجب أن ينتهي حتماً بموت المنتفع"^{٤٢٨}. ويعرف التشريع المغربي المطبق على العقارات المحفظة بان "الانتفاع حق عيني في التمتع بعقار على ملك الغير ينقضي لزوماً بموت المنتفع"^{٤٢٩}.

^{٤٢٧} - أما القانون المدني الفرنسي فقد عرف حق الانتفاع في المادة ٥٧٨ كما يلي: *

L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance »

Henri , Léon et Jean Mazeaud, Droit civil t.2 3em. Ed. Paris 1965 n.1646 p.1274

^{٤٢٨} - بلانويل وريبر ويكار فقرة ٧٥٧، وأوبري ورو، فقرة ٢٢٦، مشار إليه في الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، عبد الرزاق السنهوري، الجزء التاسع، طبعة دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان ص ١٢٠١.

^{٤٢٩} - لم يورد القانون المدني المصري ولا القانون لمدني القطري تعريفاً لحق الانتفاع. ويبدو أن المشرع في هذه القوانين ترك ذلك للفقهاء.

ويعرف قانون الملكية العقارية حق الانتفاع في المادة /٣٢/ منه بقوله "حق عيني باستعمال شيء يخص الغير وبالتمتع به، ويسقط هذا الحق حتماً بموت المنتفع".

وقد عرف الفقه الإسلامي حق الانتفاع وأطلق عليه تسمية "ملك المنفعة" (حيث تنقسم الملكية في الفقه الإسلامي إلى ملكية تامة وملكية ناقصة، ولسنا بمقام البحث في هذا الموضوع).

أما القانون المدني الأردني فقد عرف حق الانتفاع في المادة ١٢٠٥ بأنه "حق عيني للمنتفع باستعمال عين تخص الغير واستغلالها، مادامت قائمة على حالها، وإن لم تكن رقبته مملوكة للمنتفع".

كذلك الأمر اهتم المشرع المدني اليمني بعنصر التوقيت والذي حدا به إلى تصدير تعريف الانتفاع فقضت المادة ١٣٢٧ بأن "الانتفاع حق مؤقت لشخص على عين مملوكة للغير يخوله استعمالها واستغلالها، والتصرف في منفعتها، مدة الانتفاع، طبقاً لما يقضي به سبب إنشائه". وهذا ما يتفق وتعريف المشرع السوري في القانون المدني بخصوص عنصر التوقيت في حق الانتفاع.

ويلاحظ أيضاً أن المشرع السوري قد استبعد عبارة "مادامت قائمة على حالها" الواردة في نص القانون المدني الأردني أعلاه واستبدل بها عبارة "ويسقط بموت المنتفع" (وكذا الأمر نفسه في المادة ١٣٣٣ من القانون المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة).

كما عرفت المادة ١١١٠ من مشروع قانون المعاملات المالية الموحد حق الانتفاع بأن "حق عيني أصلي يخول للمنتفع استعمال واستغلال عين مملوكة للغير". ويلاحظ من هذا التعريف أنه استبعد أيضاً العبارة الواردة في نص القانون

المدني الأردني وهي "مادامت قائمة على حالها" إلا أنه نعت الحق العيني بأنه "أصلي".

وقد عرف الفقه حق الانتفاع بأنه: "حق عيني يخول المنتفع سلطة استعمال شيء مملوك للغير واستغلاله، مع وجوب المحافظة على ذات الشيء لرده إلى صاحبه عند نهاية الانتفاع، الذي ينتهي حتماً بموت المنتفع"^{٤٢٠}.

وقد ورد تعريف آخر لحق الانتفاع مماثل بل مطابق للتعريف الأخير على أن الانتفاع "الحق العيني الذي يخول صاحبة سلطة استعمال شيء مملوك للغير واستغلاله في مقابل المحافظة عليه ورده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع، والذي ينتهي حتماً بموت المنتفع"^{٤٢١}.

ونحن من جهتنا نفضل تعريف الفقه الفرنسي القديم لحق الانتفاع ، المذكور أعلاه، باعتباره تعريفاً أقرب إلى الدقة. إذ إن ما يميز حق المنتفع عن غيره من الحقوق الأخرى ويرجع إلى ظروف المعاملة ونية الأطراف المتعاقدة لمعرفة ما إذا كنا بصدد حق انتفاع من عدمه.

ونظراً لأهمية حق الانتفاع في الحياة العملية سنولي شرحه بشيء من التفصيل من خلال الخوض في خصائصه.

يتبين من التعريفات سالفه الذكر أن حق الانتفاع حق عيني منقطع عن حق الملكية، وأنه يرد على أشياء غير قابلة للاستهلاك وأنه يسقط حتماً بموت المنتفع.

أولاً-الانتفاع حق عيني:

الانتفاع حق من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية فإذا كانت عناصر حق الملكية هي الاستعمال والاستغلال والتصرف فإن حق الانتفاع ينحصر في حقي

٤٢٠ - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية بيروت لبنان ١٩٨٢ - ص ٨٦١.

٤٢١ - نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت لبنان ١٩٩٥، ص ٢٥٤.

الاستعمال والاستغلال ولا يترك للمالك سوى حق التصرف وهو ما يدعى بمالك الرقبة Le nu -propriétaire، فحق المالك محصور في الرقبة في حين أن حق المنتفع محصور في المنفعة وعلى اعتبار أن حق الانتفاع حق عيني فإنه يمكن الاحتجاج به تجاه الكافة (وبذلك يختلف عن حق المستأجر والمزارع والمحتكر).

واعتماداً على الانتفاع حقاً عينياً يقتضي الأمر تمييزه عن الإيجار والملكية الشائعة.

تمييز حق المنتفع عن حق المستأجر:

يتفق حق المنتفع مع حق المستأجر في أن لكل منهما الانتفاع لكن هناك فروق عديدة بينهما أهمها:

أ- أن المستأجر لا يستطيع دون وساطة المالك المؤجر ممارسة حقه على اعتبار أنه حق شخصي، في حين أن المنتفع لا يحتاج لوساطة المؤجر، مالك الرقبة، لأن حقه حق عيني فهو يمارس حق الانتفاع دون وساطة احد.

ب- أن صاحب حق الانتفاع يستطيع أن يرهن حقه رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً مع ملاحظة أن ذلك يقتضي عملياً الرجوع إلى مالك الرقبة لأخذ موافقته، في حين أن المستأجر يخوله حقه الشخصي مواجهة هذه الرهون.

ج- يستطيع صاحب حق الانتفاع أن يتنازل عن حقه للغير دون الرجوع إلى مالك الرقبة لإعلان هذا التنازل، أما المستأجر المتنازل فهو يحيل حقاً شخصياً وبذلك يجب إعلان المالك المؤجر لتنفيذ الحوالة في مواجهته.

نشير أخيراً إلى أن تنازل المنتفع يجب تسجيله على الصحيفة العقارية في السجل العقاري لأنه ينصب على حق عيني، أما تنازل المستأجر فلا يحتاج إلى تسجيل لأنه يتعلق بحق شخصي^{٤٣٢}.

٤٣٢- السطوري، المرجع السابق، ص ١٢٠٢ وما بعدها.

ثانياً- تمييز الانتفاع عن الملكية الشائعة:

الملكية الشائعة حق ملكية كاملة تشمل العناصر الثلاثة الاستعمال والاستغلال والتصرف، أما الانتفاع فيشمل العنصرين الأولين فقط^{٤٣٣}.

من ذلك نستخلص أنه يثبت لصاحب حق الانتفاع باعتبار حقه حقاً عينياً جميع خصائص الحق العيني، لأنه يخوله سلطة مباشرة على الشيء تمكنه من الاستفادة من منافع الشيء دون وساطة أحد. فضلاً عن أنه يتمتع بحق الأفضلية والتتبع، وهو بهذه الخاصية يختلف عن حق المستأجر الذي يعتبر حقه شخصياً. فالمستأجر يحتاج إلى وساطة المؤجر للانتفاع بحقه في العين المؤجرة، إذ إنه يقع على عائق المؤجر التزام بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة.

وأخيراً حق الانتفاع، كما أسلفنا، يختلف عن حق الشريك في المال الشائع . وبناء على ما تقدم نجد أن صاحب حق الانتفاع يتمتع بسلطة الاستعمال والاستغلال دون سلطة التصرف التي يحتفظ بها مالك الرقبة أو الشريك في الشيوع، فتكون له جميع سلطات الملكية على المال الشائع ولكن في حدود حصته.

ثالثاً- حق الانتفاع يولي صاحبه استعمال شيء مملوك للغير واستغلاله:

في الواقع أن حق الانتفاع يرد على شيء يخص الغير ويستوي أن يكون هذا الشيء منقولاً أو عقاراً، ونص القانون المدني السوري واضح الدلالة في هذا الصدد حيث قضت أحكام المادة ٩٣٦ بأن "الانتفاع هو حق عيني باستعمال شيء يخص الغير واستغلاله" وهذا ما جرى عليه حكم التشريع الفرنسي الذي يجيز أن يكون محل حق الانتفاع منقولاً أو عقاراً^{٤٣٤}.

٤٣٣- لمزيد من التفاصيل حول موضوع الملكية الشائعة، راجع رسالتنا بالفرنسية المرجع السابق،

وبناء على ذلك لصاحب حق الانتفاع استعمال الشيء واستغلاله، فإذا كان الشيء عقاراً سكنياً فله أن يسكنه وله كذلك الحق في جميع ما ينتج عن هذا الشيء من ثمار. علاوة على أن حق المنتفع مستقل عن حق مالك الرقبة وتبعاً لذلك لا تكون العلاقة بينهما قائمة على أساس الشبوع. فلا يجوز لأحدهما المطالبة بقسمة الشيء المنتفع به، ولا ببيعه، فيما إذا كان غير قابل للقسمة^{٤٣٥}. لأنهما حقان مختلفان لسبب أن حق الانتفاع لا يعطي صاحبه سلطة التصرف بالشيء لأن مثل هذه المزية تبقى محصورة بمالك الرقبة. وبذلك يتجزأ حق الملكية عند نشوء حق الانتفاع إلى جزئين: الأول يختص به المنتفع في الاستعمال والاستغلال، وجزء آخر يظل لمالك الشيء المنتفع به ويقتصر على حق التصرف^{٤٣٦}.

وهذا يعني أن حق المالك محصور في الرقبة في حين أن حق المنتفع محصور في المنفعة^{٤٣٧}.

والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن الآن هل يجوز إنشاء حق الانتفاع على أشياء قابلة للاستهلاك؟

في الواقع أن المنتفع يلتزم برد الشيء الذي ينتفع به وذلك يقتضي أن يكون الشيء غير قابل للاستهلاك حتى يمكن أن يرده المنتفع. وعلى ذلك ينشأ أحياناً على أشياء قابلة للاستهلاك، وهذا على وجه الخصوص في الوصية حين يوصي شخص لآخر بحق انتفاع بجزء من تركته. فلو كان في التركة أشياء قابلة للاستهلاك نشأ حق الموصى له في الانتفاع بها فيستطيع والحالة هذه أن يستهلكها وعند انتهاء مدة الانتفاع يلتزم برد مثلها أو قيمتها. ومادام المنتفع

٤٣٥- نقض مدني سوري، القرار ١٠٣ تاريخ ١٩٥٨/٣/٣٠، مجلة القانون، ١٩٥٨، ص ٢٢٣.

٤٣٦- أستاذنا الجليل وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة الدلوودي بدمشق، طبعة ١٩٨٥ ص ٧٧٤ وما بعدها.

٤٣٧- عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترماني، الحقوق العينية الأصلية، منشورات جامعة حلب ١٩٨٦ ص ٨٦٥.

يستهلك هذه الأشياء فهو لا يمارس حق انتفاع فحسب بل ويتصرف بها تصرفاً مادياً، وهذا ما يدعى بحالة شبه حق انتفاع Quasi-usufruit وفيها يملك المنتفع الشيء القابل للاستهلاك ويصبح المالك السابق دائماً للمنتفع بمثل قيمة الشيء^{٤٢٨}.

ومن جهة أخرى هل يجوز أن يتقرر حق الانتفاع على أشياء غير مادية؟

للإجابة على هذا التساؤل نقول إنه يجوز أن تكون الأشياء غير المادية محلاً لحق الانتفاع كالقيم المنقولة (أسهم وسندات) وحق المؤلف المخترع وكذلك الحقوق الشخصية، وهذا بطبيعته يتفق اليوم مع التطور الحديث، حيث إن هذه القيم المنقولة وغيرها من الحقوق قد اكتسبت أهمية بالغة لسبب ارتفاع أسعارها، وعلى اعتبار أن ذلك يحقق منفعة اقتصادية للمنتفع فلا يوجد ما يحول دون تقرير حق انتفاع عليها.

رابعاً- حق الانتفاع حق مؤقت ينتهي بوفاء المنتفع:

في الواقع أن حق الانتفاع باعتباره حقاً منفرداً عن حق الملكية تعود خصيصه التوقيت فيه إلى طبيعة حق الانتفاع نفسه، بمعنى أنه ينتهي إما بحلول الأجل المحدد (أجل فاسخ) أو بوفاء المنتفع أيهما أقرب، لذلك فإن حق الانتفاع لا يورث، وبالتالي لا ينتقل إلى الورثة. فحق الانتفاع مؤقت بخلاف حق الملكية فهو دائم، وبهذا يفترق حق الانتفاع عن حق التصرف في الأراضي الأميرية، والذي يعدّ في الأصل حقاً دائماً، إذ ينتقل بعد وفاة المتصرف إلى ورثته. ويرجع السبب في إنهاء حق الانتفاع بوفاء المنتفع دائماً هو أن مثل هذا الحق ينشأ، من وجهة نظرنا، وصفاً استثنائياً معقداً. فالمالك يحتفظ بحق التصرف ولكن مع ذلك لا يستطيع التصرف بملكه لأنه لا أحد يرغب في العادة امتلاك شيء (ملكية الرقبة) لا يستطيع أن ينتفع به لثبوت منفعة غيره (حق الانتفاع).

وأخيراً يتعين الإشارة إلى أن حق الانتفاع يسقط بعدم الاستعمال متى سرت المدة التي يستلزمها القانون لذلك، وهذا تماشياً مع الوضع الطبيعي والذي يقتضي أن تجتمع للمالك عناصر ملكيته الاستعمال والاستغلال والتصرف^{٤٣٩}.

- حق الاستعمال وحق السكنى: droit d'habitation - droit d'usage

هذان الحقان يتفرعان عن حق الانتفاع فهما ليسا إلا صورة مقيدة من حق الانتفاع بشيء مملوك للغير. فحق الاستعمال هو حق عيني أصلي يخول صاحبه استعمال الشيء الذي يقع عليه لمدة معينة وهو أضيق نطاقاً من حق الانتفاع لأنه ينصب على استعمال الشيء فقط دون استغلاله.

أما حق السكنى هو حق عيني أصلي يخول صاحبه استعمال منزل مملوك للغير في السكن فليس لصاحب الحق أن يستعمل المنزل غير التخصيص الذي أعد له، كأن يفتح فيه متجرًا مثلاً.

- حق الارتفاق:

حق الارتفاق هو حق عيني يحد من منفعة عقار لمصلحة عقار آخر مملوك لشخص غير مالك العقار الأول. فالارتفاق لا يتقرر على منقول وإنما على عقار فقط. ويتعين لقيام حق الارتفاق أن يوجد تكليف يحد من منفعة العقار المرتفق به (الخادم) لمصلحة العقار المخدوم. وهذا التكليف يتمثل في تقييد سلطة صاحب العقار الخادم على نحو معين فالارتفاق بالمرور مثلاً تكليف بمقتضاه يكون لصاحب العقار المخدوم حق المرور عبر العقار الخادم.

ولا يقوم الارتفاق إلا إذا كان العقاران مملوكين لشخص واحد حتى ولو خصص الملاك أحد العقارين لخدمة الآخر. ولما كان الارتفاق مقرر لصالح عقار لا لصالح شخص معين فإن بقاء المنفعة يظل مرتبطاً بالعقار رغم تغير ملاكه^{٤٤٠}.

٤٣٩- لمزيد من التفاصيل راجع محمد حاتم البيات، حق الانتفاع، بحث منشور في هيئة الموسوعة القانونية ٢٠١٠.

ملاكه^{٤٤٠}. ولا ينقضي الارتفاق بموت صاحب العقار المخدوم ولكنه ينتقل مع هذا العقار إلى الورثة. وهذا على خلاف حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى يعود السبب إلى أن الارتفاق مرتبط بالعقار نفسه وليس بصاحبه.

٢- الحقوق العينية التبعية: *Droits reels accessoires*

وهي حقوق مقررة على أشياء معينة (Garantie) لضمان الوفاء بالتزام ما. والحقوق العينية التبعية اتخذ المشرع منها وسائل قانونية تكون ضماناً خاصاً لمصلحة الدائن يرتبه على أشياء تابعة لمدينه لاستيفاء دينه من ثمنها عندما تباع بالمزاد العلني. هذه الحقوق لا توجد بشكل مستقل وإنما تتبع حقاً آخر لتكون ضماناً لحق شخصي ما. إذ إن الحق العيني يضمن الحق الشخصي.

ومن أهم الحقوق العينية التبعية، حق الرهن *droit de gage* ويوصف حق الرهن بالحق العيني لكونه يمكن صاحبه من ممارسة سلطة مباشرة على الشيء المرهون تحت يده. ولا يمكن أن يوجد بشكل مستقل بل ينشأ لوجود دين، الهدف منه يكون ضماناً للوفاء بالدين. فالحق العيني (الرهن) يتبع الحق الشخصي (الدين) ويرتبط به ارتباطاً وثيقاً لذلك فهو يدخل في عداد الحقوق العينية التبعية التي تتبع الحقوق الشخصية ضماناً للوفاء بها^{٤٤١}.

وإذا أردنا البحث في السلطات التي يمنحها الرهن كحق عيني تبعي نرى أنه يمنح الدائن، صاحب الرهن، حق التقدم والرجحان *droit de preference* وحق التتبع *droit de suite* فحق التقدم والرجحان يمنح الدائن سلطة الامتياز في حصوله على دينه من الشيء أو العقار المرهون. وهذه السلطة تمنح صاحب حق التقدم والرجحان (الدائن) فائدة ذات شقين: يستوفي دينه بمعزل عن بقية الدائنين

٤٤٠ - cite. P.67 ET S. Mazeaud Henri et lion leçon de droit civil droit de propriété t.2 deuxième v. op

٤٤١ - هشام القاسم - المرجع السابق ٠ ص ٢٧٧ - ويراجع بهذا المعنى أيضاً عنان قوتلي - الوجيز في الحقوق المدنية - ط.

١٩٦٣ - ص ٢٣ وما بعد.

دون مزاحمة، ويدخل بمزاحمة الدائنين الآخرين إذا لم يستطع استيفاء دينه من المال المرهون.

أما حق التتبع يمنح الدائن سلطة تتبع الشيء المرهون ولو خرج من ذمة المدين. فلو أن الشيء المرهون مثلاً خرج من يد المدين إلى شخص آخر، فحق التتبع يمنح الدائن سلطة تتبع المال المرهون في يد الغير.

ب- الحقوق الشخصية: *droits personnels*

يُعرف الحق الشخصي بأنه سلطة مقررة لشخص بمواجهة شخص آخر، بمقتضاها تنشأ علاقة قانونية بين شخصين اثنين تخول الأول أن يلزم الثاني القيام بعمل *obligation de faire* أو الامتناع عن القيام بعمل *obligation de ne pas faire*. إن الحق الشخصي لأحد الأطراف يُولد في الواقع التزاماً على عاتق الطرف الآخر. فالبايع مثلاً يتمتع بحق شخصي تجاه المشتري بشأن ثمن الشيء المبيع، والمشتري أيضاً له بالمقابل حق شخصي على البائع بشأن تسليم الشيء المبيع. والمضروب يتمتع بحق شخصي بالتعويض عن الضرر تجاه المسؤول عن الضرر... الخ.

فالحق الشخصي يقابله دائماً التزام شخصي، من طرف تجاه طرف آخر، هذا الالتزام الشخصي قد يكون القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل.

ويوصف الحق الشخصي بأنه مؤقت غير دائم بسبب أن الحق الشخصي بحد ذاته يمنح صاحبه وهو الدائن حق التزام المدين بأن يؤدي للدائن عملاً معيناً أو يمتنع عن القيام بعمل وذلك خلال مدة محددة، لأنه إذا بقيت هذه المدة مفتوحة دون قيد، فسيؤدي ذلك إلى الحد من حريته الشخصية^{٤٤٢}.

٤٤٢ - راجع في هذا المعنى شمس الدين الوكيل - مبادئ القانون الخاص - طبعة الإسكندرية ١٩٦٥ ص ٢٠٠ وما بعد - رمضان

أبو السعود - الوسيط في شرح القانون المدني وبخاصة المصري والليثاني

- أنواع الحقوق الشخصية:

يرد في الواقع الحق الشخصي على أداء معين يلتزم به المدين، وتتنوع الحقوق الشخصية بتنوع هذا الأداء فإما أن يكون هذا الأداء عملاً أو امتناعاً عن عمل أو إعطاء شيء.

والالتزام بعمل يتمثل بنشاط إيجابي يقوم به المدين كالتزام العامل بالقيام بعمله المسند إليه والتزام المقاول ببناء منزل معين. أما الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل معين هو في الواقع التزام سلبي يتمتع المدين بمقتضاه عن عمل معين كان له أن يقوم به أصلاً. كالتزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل أثناء قيام العلاقة العقدية بينهما أو حتى بعد انقضائها. والتزام المستأجر الأصلي بعدم التأجير من الباطن وإدخال مستأجر ثانوي. وفي حال قام المدين بمثل هذه العمل فإنه يسأل مدنياً لمجرد إتيانه هذا العمل الممنوع عليه.

أما الالتزام بإعطاء شيء هو صورة من صور الالتزام بعمل وهو عبارة عن نقل حق عيني أو إنشائه وسواء أتم ذلك بمقابل أم دون مقابل كالتزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري^{٤٤٣}.

وبناء على ما تقدم نجد أنّ هناك فروقاً بين صفات الحق العيني وصفات الحق الشخصي فما هي؟

٤٤٣- للتوسع انظر: محمد حاتم البيات، النظرية العامة للالتزام، المصادر غير الإرادية للالتزام منشورات جامعة دمشق ٢٠٠٩

المبحث الثاني

المقارنة بين صفات الحق العيني وصفات الحق الشخصي

بعد دراستنا للحق العيني والحق الشخصي لا بدّ من إظهار خصائص كل منهما ومدى تباعد الأول عن الثاني.

في الواقع، أنّ الفقه التقليدي لا ينكر التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي بل على العكس تماماً يقره من خلال أن كلا الحقين ناشئ عن رابطة التزام^{٤٤} rapport d' obligation.

ونرى من ذلك أن العنصر الأوحد المولّد للحق الشخصي كما للحق العيني هو الالتزام obligation، والذي يعد رابطة قانونية بين شخصين فأكثر، وهذا الالتزام ينحصر في مدين معين أو أكثر بالنسبة للحق الشخصي.

أما بالنسبة للحق العيني فهو على العكس غير محدد بقيمة معينة بل بأشخاص بشكل عام.

في حين أن البعض الآخر من الفقه التقليدي^{٤٥} لا يرى أي تفريق بين الحقين، الحق الشخصي والحق العيني، وإنما يجد على العكس، اتفاقاً في طبيعتهما وخصائصهما. وبمطلق الأحوال، نترك الجدل الفقهي في هذا الموضوع إلى السنوات القادمة الأخرى ونكتفي، في هذا الموضع، الإشارة إلى نقاط الافتراق والاختلاف بين الحق الشخصي والحق العيني.

١- إن صاحب الحق العيني يتمتع بسلطة مباشرة على الشيء المملوك الذي يقع عليه حقه العيني هو وحده دون غيره، في حين أن صاحب الحق الشخصي

يتمتع بسلطة مقررّة له تجاه شخص آخر يلتزم تجاهه، كالمسؤول عن الضرر تجاه المضرور. لذلك نجد في نطاق الحق الشخصي وجود علاقة ثنائية بين شخصين أحدهما صاحب الحق الشخصي (الدائن) أو الملتزم له والآخر (المدين) أو الملتزم.

٢- في العلاقة الثنائية الناتجة عن الحق الشخصي نجد أن الالتزام المقابل للحق الشخصي هو في حقيقته التزام بالقيام بعمل أو الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل. وعليه يمكن لنا التعبير بوجود ما يسمى باحتجاج عام يمارسه صاحب الحق العيني على من يشاء، في حين أن هذا الاحتجاج لا يكون إلاّ خاصاً بمدين محدد بالنسبة لصاحب الحق الشخصي .

٣- إن الحق العيني يمكن صاحبه من السلطة على شيء محدد بعينه ليس غير، في حين أن الحق لشخصي يمكن أن يرد على شيء معين بنوعه.

٤- إن الحق العيني حق دائم في حين أن الحق الشخصي حق مؤقت حيث أن المدين يلتزم بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل ضمن مدة محددة لا تتصف بالديمومة.

٥- إن الحق العيني يقع على شيء مادي فهو قابل للحيازة ويمكن اكتسابه بالتقادم كما يمكن التنازل عنه، في حين أن الحق الشخصي على العكس لا يقبل الحيازة لأنه يقع على شيء معنوي وبالتالي لا يمكن اكتسابه بالتقادم ولا حتى التنازل عنه .

٦- إن الحق الشخصي قد يزول ويحل محله حق عيني بماله ما إذا كان الالتزام المقابل للحق الشخصي يتعلق بإعطاء شيء ويتم ذلك من قبل المدين، وبذلك تنتهي العلاقة القانونية بين الدائن والمدين ويحل محلها علاقة جديدة بين الدائن وهذا الشيء. كالبائع الذي كان دائناً للمشتري بثمان المبيع ثم يصبح

فإذا بعد مالاً لهذا الثمن. وعلى العكس تماماً قد نتصور أن يزول الحق العيني ويحل محله حق شخصي كالمالك الذي أُلّف له شخص، الشيء المملوك منه، فتزول ملكية المالك بعد تلفه وينشأ عنه حق شخصي تجاه الفاعل بالتعويض له عنه^{٤٤٦}.

٧- إن صاحب الحق العيني يتمتع بمزيتي التقدم والتتبع، كما ذكر سابقاً، فصاحب الحق العيني يتتبع الشيء في يد أي شخص انتقلت إليه حيازة هذا الشيء. وصاحب الحق العيني يتمتع أيضاً بمزية التقدم كالرهن مثلاً حيث يتقدم الدائن المرتهن على الدائن العادي. فالدائنون العاديون يستوفون حقوقهم بعد أن يكون الدائن المرتهن استوفى كامل حقه. أما صاحب الحق الشخصي لا يتمتع بمزيتي التقدم والتتبع والسبب أن الحق الشخصي لا يرد على شيء معين كما هو الحال في الحق العيني.

وبعد هذه المقارنة البسيطة بين الحق العيني والحق الشخصي نرى أن الحقوق العينية، لكونها تتصل بالأشياء، فقد وردت في القانون على سبيل الحصر على عكس ما هو الحال في الحقوق الشخصية حيث أن موضوعها القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل فهي وردت إداً على سبيل المثال لا الحصر.







الباب الثاني

أركان الحق

Elements du droit

يقصد، برأينا، من تعبير أركان الحق أطراف العلاقة القانونية Lien juridique وهم الدائن le créancier والمدين le débiteur وسواء أكانت هذه العلاقة تعاقدية أو غير تعاقدية. والفقه التقليدي يرى أن أركان الحق هم أطراف الحق sujet du droit من جهة ومحل الحق objet du droit من جهة أخرى. في حين أن الاتجاه الآخر من الفقه الكلاسيكي يرى أن أركان الحق تمتد لتشمل مضمون الحق وسبب الحق وأخيراً جزاء الحق.

وعلى ذلك نستطيع أن نحدد باختصار أن أركان الحق تشمل صاحب الحق وهو الذي يتمتع بهذا الحق، وموضوع هذا الحق، أو محله. وسوف نستعرض ضمن فصلين اثنين أشخاص الحق (الفصل الأول)، ومحل الحق (الفصل الثاني).



الفصل الأول

الشخص الطبيعي

La personne Physique

إن الشخص، أكان شخصاً طبيعياً أم شخصاً اعتبارياً، يتمتع بحقوق في المجتمع الذي ينتمي إليه ويترتب عليه بالمقابل التزامات. ويجب القول في هذا المضمار إن القانون هو دراسة حتمية قيمية للحق والالتزام.

إن النظام الاجتماعي هو الذي يحدد مضمون الحق ومضمون الالتزام بأن معاً وفقاً لمقتضيات المصلحة الاجتماعية، فالفرد في المجتمع قد يقوم بتأدية عمل أو يمتنع عن تأدية عمل ما وفقاً للحق الذي يمارسه والالتزام المترتب عليه. وعليه فإن المركز القانوني للشخص بما له من حقوق وما عليه من التزامات يقوم على اعتبارات الجماعة باعتباره عضواً في هذه الجماعة وعليه احترام نظامها وأعرافها وتقاليدها لأنها تحمل مبادئ عامة تسعى إلى تحقيق المساواة والعدالة بين أفراد المجتمع.

والشخص قد يكون شخصاً اعتبارياً وقد يكون شخصاً طبيعياً. عندما يكون الشخص طبيعياً فإن ذلك يقتضي دراسة وجوده والاسم الذي يميزه عن غيره وحالته وأهليته وموطنه والذمة المالية الخاصة به وهو ما يمكن تسميته بالمركز القانوني للشخص الطبيعي بماله من حقوق وما عليه من التزامات.

أما الشخص الاعتباري القانوني الذي له واقع حسي وليس له كيان مادي فهو بهذا المعنى يمكن أن يكون طرفاً سلبياً أو إيجابياً في علاقة قانونية ما . فعندما يكون طرفاً إيجابياً فهو صاحب حق وعندما يكون طرفاً سلبياً فهو شخص ملتزم يقع عليه بحث الالتزام المقابل لهذا الحق. وبذلك يمكن أن يمارس حقه في البيع

والشراء أو الإيجار ويتلقى الهبة أو الوصية وفي المقابل يمكن أن يكون مدعى عليه في المسؤولية وفرض التعويض عليه كعقوبة مدینه بحقه.

ولا شك أن لكل من الشخصين نطاقاً خاصاً به، وعلى ذلك سوف نتناول دراستنا للأشخاص من خلال مبحثين اثنين: نعالج في الأول منهما الشخص الطبيعي ثم نتكلم في الثاني على الشخص الاعتباري.

المبحث الأول

بداية ونهاية الشخص الطبيعي

الشخص الطبيعي هو الإنسان أو الكائن البشري، ودراسة الشخص الطبيعي هي دراسة لهذا الكائن البشري من حيث اكتساب الحقوق وتحمله للالتزامات، وسواء كان كامل الأهلية أو ناقص الأهلية، أو حتى عديم الأهلية^{٤٤٧}.

وإذا كانت الشخصية القانونية تثبت لكل إنسان دون تمييز فإن نطاق هذه الشخصية ليس واحداً بالنسبة للأفراد، فهذا النطاق عملياً يختلف من فرد لآخر وفقاً لما للفرد من مركز قانوني خاص أو تجريده مدنياً من بعض الحقوق التي يتمتع بها. وعليه بجدد بنا دراسة مميزات الشخصية الطبيعية التي تؤدي إلى التعرف على المركز القانوني للفرد وتحدد نطاق شخصيته.

إن دراسة الشخصية القانونية تستلزم التعرض للأهلية ولفكرة الذمة المالية وأن نتعرف متى يعترف القانون بالشخصية ومتى تزول هذه الشخصية عن الإنسان؟ هذا كله يستلزم دراسة خصائص الشخصية التي تشمل الاسم الذي يتميز الإنسان به عن غيره ومركزه الاجتماعي والمالي والقانوني وبيان أهليته من حيث اكتساب

٤٤٧- رمضان أبو السعود ومحمد حسن منصور، المدخل إلى علم القانون، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠٣ ص ٢١٣ وما بعدها.

الحقوق وتحمل الالتزامات، ومدى قدرته على إبرام التصرفات القانونية بنفسه أم بواسطة ممثله القانوني أو الشرعي وأخيراً موطنه الذي يرتبط به. وسنخصص مبحثاً مستقلاً لكل مسألة من هذه المسائل:

المبحث الثاني

بداية الشخصية ونهايتها

إن الإنسان لا يتمتع بالشخصية القانونية إلاّ خلال فترة بقاءه على قيد الحياة ووجود الإنسان يتحدد بواقعتين اثنتين: واقعة الولادة من جهة وواقعة الوفاة من جهة ثانية.

أولاً- بداية الشخصية القانونية أو شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حياً في اللحظة التي ينفصل فيها عن أمه ويصبح ذا وجود مستقل^{٤٤٨}. في الواقع لا تكفي الولادة بل لا بدّ من أن تثبت له الحياة بعدها ولو للحظة قصيرة. فلا تثبت الشخصية القانونية لمن يلد ميتاً وغالباً ما يستدل على ولادة الجنين حياً بكافة الشواهد العلمية والطبية كالحركة والبكاء والشهيق. ومتى تحققت ولادة الجنين حياً تثبت له الشخصية القانونية الكاملة فيتمتع منذ هذه اللحظة بالحقوق ويترتب عليه التزامات حتى ولو توفي بعد مدة وجيزة .

واستناداً إلى قانون الأحوال المدنية السوري فإنه يجب على الأب أن يسجل ولده في قيود الأحوال المدنية وتحرير شهادة ميلاد له بعد قيده فيها. وعليه فإن إثبات وجود الشخصية يكون بإثبات واقعة الميلاد، وهذه الأخيرة من الوقائع المادية

٤٤٨ - هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٤ ص. ٢٠٣ وما بعده.

والتي أجاز القانون الإثبات فيها بكافة الطرق بما فيها شهادة الشهود^{٤٤٩}. وقد أجاز المشرع في المادة ٣٢ من القانون المدني السوري هذه الطريقة إذا تعذر الحصول على دليل من سجلات الأحوال المدنية أو تبين عدم صحة ما كان قد أدرج فيها بسبب أخطاء ارتكبها مختار المحلة. ويثار تساؤل حول المركز القانوني للجنين (الحمل المستكن)؟

في الواقع أن الجنين الذي لم يولد بعد لا تثبت له الشخصية وحالة الجنين في هذه اللحظة تدعى بالحمل المستكن فهو موجود في بطن أمه ويعد جزءاً منها يتحرك بحركتها لذلك يعترف القانون له بأربعة حقوق: حق النسب وحقوق مالية ثلاثة أخرى وهي الإرث والوصية والوقف^{٤٥٠}.

وفيما يتعلق بحقه في الإرث يفترض الجنين ذكراً ويكون نصيبه الشرعي للذكر مثل حظ الأنثيين فيحفظ له بنصيب الذكر، وإذا ظهر أنثى فيعاد توزيع الإرث من جديد على هذا الأساس ويوزع الفرق على مستحقه، وهو ما قضى به المشرع السوري في قانون الأحوال الشخصية^{٤٥١}. وإذا ولد الجنين ميتاً لم يثبت له أي منها.

وإذا كان هذا هو شأن الحقوق التي تجب للجنين فإن الحكم يكون في هذه الحالة بالنسبة للحقوق الواجبة عليه بمواجهة غيره، فلا يلتزم بأي منها، باستثناء الالتزامات التي تقتضيها إدارة أمواله.

٤٤٩ - راجع في تفصيل ذلك، محمد حاتم البيات، الإثبات في المواد المدنية والتجارية على ضوء التشريع السوري والقطري، النشاط

الطلابي - جامعة قطر - كلية القانون - ص ٣٠ وما بعدها.

٤٥٠ - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٦٦١.

٤٥١ - يلاحظ أن المواد ٣٠٨-٣٠٩ من قانون الأسرة القطري توقف للجنين أوثر النصيبين على تقدير أنه ذكر أم أنثى وإذا نقص

الموقوف للحمل من الذكر مما يستحقه فيجمع بالباقي على من دخلت الزيادة في نصيبه من الورثة أما إذا زاد الموقوف للحمل من

التركة على نصيبه فيرد الزائد إلى من يستحقه من الورثة.

ثانياً- نهاية الشخصية القانونية:

تنتهي شخصية الإنسان حكماً بوفاته. والوفاة هي التوقف الدائم لجميع وظائف الجسم ويجب أن يوفى الشخص أولاً في قيود مختار المحلة ثم يثبت ذلك في سجلات الأحوال المدنية ويتم تحرير شهادة وفاة بعد ذلك. وشخصية المتوفى تمتد بصورة اعتبارية إلى ما بعد الموت ريثما تصفى ديونه وتصفى تركته. الفقه الإسلامي يتجه إلى أن شخصية الإنسان لا تمتد بعد وفاته، إذ إن الشخصية لا تلحق إلا بكيان موجود وهذا الكيان قد انتهى بالموت^{٤٥٢}. فالروح قد صعدت إلى المولى عز وجل، والجسد أصبح جثة هامة توارت في التراب. ثم تؤول أموال تركته إلى الورثة الشرعيين لحظة الوفاة إلا أن ملكيتهم للكتلة الإرثية تكون معلقة على سداد ديون مورثهم فلا تركة قبل سداد الديون.

وبعد إثبات الوفاة أمراً في غاية الأهمية نظراً لما يترتب عليه من انقضاء الشخصية القانونية للإنسان، والموت واقعة مادية يستدل عليها بالشواهد المادية الدالة عليها كتوقف قلب الإنسان عن الحركة وانقطاع التنفس وهي تقبل الإثبات بكل الطرق^{٤٥٣}.

وإذا كانت الشخصية القانونية للإنسان تنتهي اعتياداً بالحدث فإنها تنتهي استثناءً بالفقد أو بالغياب فما هو المركز القانوني للمفقود؟

المفقود هو الغائب الذي انقطعت أخباره في موطن إقامته المعتاد فلا تعرف حياته ولا مماته. والمفقود يختلف عن الغائب في أن الغائب هو شخص غائب عن موطنه لكن حياته تبقى محققة وأخباره منفصلة ولا يقوم الشك حولها^{٤٥٤}. فكل

٤٥٢ - الإمام الشافعي في الرسالة ص ٤٣٤، والامدي في الأحكام ج ٣ ص ٢١٢.

٤٥٣ - محمد حاتم البيات، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق ص ٣٧.

٤٥٤ - علي حسن نجيد، أصول القانون، منشورات دار النهضة العربية ٢٠٠٠ ص ١١٨ وما بعدها، هشام القاسم المدخل إلى علم

القانون، المرجع السابق، ص ٣١٤ وما بعدها.

مفقود يعد غائباً والعكس غير صحيح إلا إذا كان المفقود قد انقطعت أخباره وثار شك أو جدل حول بقاءه على قيد الحياة.

ويعدّ الإنسان في نظر القانون مفقوداً في حالتين:

١- إذا لم يعرف فيما إذا كان حياً أو ميتاً.

٢- إذا كانت حياته محققة ولكن لا يعرف له مكان^{٤٥٥}. وقبل أن يصدر القاضي حكماً بوفاته يفترض أنه حي فتبقى زوجته على عصمته لحين طلبها التفريق وصدور حكم القاضي الشرعي بذلك والذي يفسخ عقد الزواج ولا تعود إليه حتى ولو ظهر على قيد الحياة من جديد وتبقى أمواله على اسمه لا توزع على ورثته. بعد صدور الحكم القضائي بوفاته فإن شخصيته القانونية تنتهي ويعامل عندئذ معاملة الميت فتعندّ زوجته عدة الوفاة ويحل لها بعد انقضاء عدتها أن تتزوج بآخر. أما بالنسبة لأمواله فيعتبر المفقود ميتاً من تاريخ فقدته في حق مال الغير ومن تاريخ صدور الحكم بموته في حق ماله الخاص، فلو كان له إرث في تركة غيره فيوزع على باقي الورثة أما أمواله الخاصة التي تركها قبل فقدانه فإنها توزع على ورثته الموجودين وقت صدور الحكم بموته.

وعلى فرض ظهر المفقود حياً من جديد بعد صدور الحكم بوفاته فإن حقوقه وأمواله تكون قد صفيت ووزعت على مستحقيها وأكثر من ذلك ربما تصرف الذين آلت إليهم أموال المفقود.

فهذه الأموال كلاً أو جزءاً ربما هلكت أو استهلكت فلا يستطيع المفقود والحالة هذه استعادتها كاملة بل كل ما يستطيع فعله هو أن يسترد ما بقي منها في يد من آلت إليهم.

٤٥٥ - المادة ٢/٢ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

المبحث الثالث

مميزات الشخصية^{٤٥٦}

تتصف شخصية الإنسان بعدة مميزات أساسية، كالاسم والحالة والموطن والأهلية والذمة المالية.

أولاً- الاسم:

وهو سمة من سمات الشخصية الطبيعية والاسم هو العلاقة المميزة للشخص عن غيره من الأشخاص والاسم كائن قانوني ينشأ من تعبير نظامي يطلق على الشخص للتعريف به وتمييزه عن غيره وعلى ذلك فإن وظيفة الاسم تظهر من خلال اعتباره توسعاً للأمن المدني للشخص يهدف إلى تحقيق هويته كموضع مجتمعه وخاصة في نطاق العمل والمعاملات^{٤٥٧}. والمادة ٤٠ من القانون المدني السوري تنص على أنه "لكل شخص اسم ولقب الشخص يلحق أولاده".

فالاسم وفقاً لهذا النص القانوني يتكون من الاسم الشخصي أو الاسم الطبيعي للشخص ومن لقب الشخص أو اسمه العائلي. وهذا هو اسم الأسرة الذي يمنع اللبس بين الأشخاص من حيث أن الاسم الأول وحده لا يكفي للتمييز بين الأشخاص بل لا بدّ من إلحاقه باسم الجد أو الأب أو اسم العائلة.

وكل من يرزق مولوداً عليه أن يختار اسماً لمولوده وأن يكون هذا الاسم من ضمن البيانات التي يتقدم بها للإعلان عن واقعة الولادة بدءاً من مختار المحلة

٤٥٦- الجدير بالذكر أنه بالنسبة إلى الحالة الدينية والتي هي صفة تلحق بالإنسان نتيجة لاعتناقه ديناً معيناً فإنها لا تعتبر من مميزات

الشخصية القانونية لأن القانون يطبق على جميع الأفراد دون تفرقة على أساس الدين أو المذهب.

٤٥٧- حسام الدين الأهواني، أصول دار النهضة العربية، ٢٠٠٠ ص ٤٥٨، عبد الملمع الصدة، أصول القانون بدار النهضة العربية

١٩٨٨ ص ٤٢٤ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٨٢، هشام القاسم، المرجع السابق ص ٣١٨.

وانتهاءً بقيود الأحوال المدنية^{٤٥٨}. وبكَل الأحوال يمكن أن يكون لشخص أسماء أخرى يستخدمها للإعلان عن تجارته أو يشتهر بها في وسط معين كالوسط الفني. وندرس فيما يلي الاسم المستعار والاسم التجاري.

١- الاسم المستعار: يطلق بعض الأفراد على أنفسهم أسماء مستعارة في أوساط معينة فنية أو أدبية فيشتهرون بين الناس بهذه الأسماء والتي تخالف أسماءهم الحقيقية الأصلية، كالأخطل الصغير وسلطان الطرب. والاسم المستعار لا يحل مكان الاسم الحقيقي فيما يتعلق مع علاقاته مع الدولة والدوائر الحكومية ولكن يمكن لصاحب الاسم المستعار أن يستخدم اسمه في علاقاته مع الأفراد الآخرين كالفنان الذي يوقع عقوده بهذا الاسم المستعار ثم تعتبر مثل هذه العقود صحيحة ومنتجة لجميع آثارها القانونية كما لو كان قد أبرمها باسمه الأصلي.

٢- الاسم التجاري: وهو الاسم الذي يطلقه الشخص على تجارته ويرتبط بالعمل التجاري له وهذا الاسم يعد عنصراً مميزاً للمتجر أو الشركة أو المؤسسة، وهذا الاسم يتمتع بأهمية خاصة في الوسط التجاري لأن صاحبه يبني الثقة مع التجار الآخرين على أساسه.

ويختلف الاسم التجاري عن الاسم العادي من حيث أن الأول يعد حقاً مالياً يجوز التنازل عنه وقابلاً للتصرف والتقادم وذلك خلاف الاسم العادي الشخصي فالاسم التجاري وحدة متماسكة مع المحل التجاري، والتصرف بالاسم التجاري يعني ضمناً التصرف في المحل التجاري وفي التطبيق العملي جرى التعامل على حماية الاسم التجاري في نطاق عقود الاستثمار وغيرها. ويتمتع الاسم التجاري

٤٥٨- والجدير بالذكر أنه في فرنسا يجب على المرأة الحامل أن تختار اسماً لجنينها منذ أن يبلغ الحمل شهره الرابع وتعلنه لطبيبها الذي يعطيها شهادة تفيد أن الجنين ذكر أو أنثى. وهذه الشهادة تبرز إلى C.B.F. صندوق المساعدة العائلية وهذا الأخير يدفع المساعدة الشهرية منذ الشهر الرابع للحمل.

بحماية خاصة قررهما القانون في نصوص معينة كالقانون التجاري وقانون الشركات
رقم ٣ لعام ٢٠٠٨.

ثانياً- حالة الشخص:

الحالة هي صفة تثبت للشخص فتتأثر بها مجموعة الحقوق والالتزامات
المقررة له أو عليه.

وتشمل حالة الشخص الحالة العائلية وتابعيته الأسرية والحالة السياسية أو
تابعيته لدولة معينة يكتسب جنسيتها.

١- الحالة العائلية أو المدنية:

ويقصد بها مركز الشخص في أسرته بصفته عضواً فيها تربطه بباقي
أعضائها رابطة وثيقة كقرابة النسب أو المصاهرة مما يجعله يكتسب الحقوق
ويتحمل الالتزامات. وقد قضت الفقرة الأولى من المادة ٣٦ من القانون المدني
السوري على أن "أسرة الشخص تتكون من ذوي قرياه".

أ- قرابة النسب:

الفقرة الثانية من المادة ٣٦ من القانون المدني السوري قضت بأن "يعتبر من
ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك وعليه قرابة النسب هي الصلة التي
تقوم بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك وهي على قسمين: قرابة مباشرة وقرابة
غير مباشرة فالأولى هي قرابة النسب أما الثانية في قرابة الحواشي. والقرابة
المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع كالصلة بين الجد والأب والابن.

ب- قرابة الحواشي:

وهي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر^{٤٥٩}، كقرابة الأخ لأخيه أو الأخ لأخته. إذ إنَّ أحداً منهم لا ينحدر من الآخر ولكن يجمعهما أصل مشترك ألا وهو الأب.

ويراعى في حساب درجات القرابة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل، وعند حساب درجة الحواشي تعدّ الدرجات صعوداً من الفرع إلى الأصل المشترك، ثم نزولاً من الفرع للآخر وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعد درجة ٤٦٠.

وفقاً لهذه الآلية القانونية في حساب درجة القرابة فإنه بالنسبة للقرابة المباشرة يعتبر كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل فالابن يعتبر في الدرجة الأولى من أبيه وابن الابن في الدرجة الثانية من جده وذلك دون حساب الأصل درجة أو بخروج هذا الأصل.

أما بالنسبة لقرابة الحواشي فتكون بالصعود من أحد الشخصين إلى الأصل المشترك ثم النزول من هذا الأصل المشترك للشخص الآخر مع إعطاء كل فرع درجة صعوداً أو نزولاً ولكن دون إعطاء الأصل المشترك ثمّة درجة كقرابة الأخ لأخته من الدرجة الثانية.

ج- قرابة المصاهرة:

وهي القرابة التي تقوم بين أحد الأزواج وأقارب الزوج الآخر. وأما أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر^{٤٦١}. وبناء على ذلك

٤٥٩- المادة ٣٧ من القانون المدني السوري.

٤٦٠- المادة ٣٨ مدني سوري.

٤٦١- المادة ٣٩ مدني سوري.

فإن أبا الزوج يعدّ قريباً من الدرجة الأولى للزوجة وشقيق الزوجة قريب لزوجها من الدرجة الثانية.

د- آثار القرابة:

أهم تلك الآثار حق الزوج في طاعة زوجته له، وحق الزوجة في الإنفاق عليها من قبل زوجها وحق كل منهما أن يرث الآخر، وعدم جواز شهادة أحد الزوجين للآخر وحق الأب في تأديب أولاده وهذا كله يطلق عليه حقوق الأسرة.

٢- الحالة السياسية (الجنسية):

والحالة السياسية هي انتماء الشخص إلى دولة معينة وتمتعه بجنسيتها ولهذه الحالة أهمية كبرى لأنه يتوقف عليها تحديد الحقوق والالتزامات، فالحقوق السياسية لا يتمتع بها سوى المواطنين دون الأجانب كحق الترشيح للمناصب، والقانون في كل دولة هو الذي يحدد الشروط التي تثبت بمقتضاها الجنسية للأفراد الذين ينتمون إليها.

فضلاً عن ذلك فإن من حق الدولة أن تضع قيوداً على الأجانب بالنسبة للحقوق الخاصة كتقييد حق التجنس وتقييد حق تملك العقارات نظراً لأهمية الملكية العقارية للاقتصاد القومي^{٤٦٢}.

وقد اهتم المشرع السوري في قانون الجنسية في منح الجنسية العربية السورية على معيارين اثنين: الأول معيار النسب (حق الدم) حيث تثبت الجنسية للشخص بموجب هذا الحق على أساس النسب، كالولد يكتسب جنسية أبيه أو جنسية أمه^{٤٦٣}.

٤٦٢- انظر المرسوم التشريعي رقم ١١ لعام ٢٠١١ الناظم لتملك الأجانب للحقوق العينية العقارية في سوريا.

٤٦٣- الفقرة الأولى من المادة ٣ من المرسوم التشريعي رقم ٢٧٦ للناظم لأحكام الجنسية العربية السورية المعدل وتقضي بأن يُعتبر

عربياً سورياً حكماً من ولد في القطر أو خارجه من ولد عربي سوري*.

أما المعيار الثاني فهو المعيار الإقليمي وبموجبه يفتح القانون السوري المجال لتطبيقه من أجل اكتساب الجنسية السورية في حالات استثنائية كان يولد شخص على الأرض السورية لأبوين مجهولين أو مجهولي الجنسية أو لا جنسية لهما. فضلاً عن ذلك يمكن اكتساب الجنسية السورية بطريق الزواج كالزوجة تكتسب جنسية زوجها، كما أنه من الممكن وفقاً لشروط التجنس في قانون كل دولة أن يكتسب الشخص جنسية الدولة بطريق التجنس.

ثالثاً- Le domicile : الموطن

عرف القانون المدني السوري الموطن بأنه "المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة"^{٤٦٤}.

وبناء على النص القانوني أعلاه فإن موطن الشخص يتحدد في المكان الذي يقيم فيه عادة إقامة فعلية مستقرة وبصورة دائمة تسمح بالتعامل معه في شؤونه القانوني والقضائية والمدنية.

ويمكننا أن نعبر عن الموطن بأنه المقر القانوني للفرد في كل ما يتعلق بنشاطه القانوني بحيث يعتبر مقيماً معه حتى لو تغيب عنه مؤقتاً.

والأصل أن الشخص حر في اختيار موطنه لمباشرة نشاطه القانوني ومع ذلك يفترض القانون أحياناً أن الشخص يباشر أعماله في موطنه وهذا الافتراض لمصلحة الغير الذي يتعامل مع هذا الشخص، وعليه يجوز لكل من تعامل مع هذا الشخص أن يخاطبه في موطنه ويترتب على ذلك أن الشخص يعد عالماً بهذا الخطاب ولو لم يكن قد علم به بالفعل، إذ إن الاتصال بهذا الموطن يعد في نظر القانون قرينة على الاتصال به.

ويمكن للشخص أن يكون له أكثر من موطن وعلى ذلك جرت أحكام المادة ٤٢/ بفقرتها الثانية عندما قررت جواز تعدد المواطن للشخص الواحد في الوقت الواحد. وبذلك نجد أن القانون يجيز تعدد المواطن وهو بذلك لم يكن يريد التخلي عن فكرة المواطن من أساسها وأنه أراد بهذا الحوار أن يتخذ موقفاً عملياً في السياسة الإدارية، وانطلاقاً من أن مبدأ وحدة النظام القانوني في البلد يشمل البدو الرحل في هذا النظام ينما رحلوا وحيثما حلّوا^{٤٦٥}.

وقد اختلفت المدارس القانونية في تحديد أساس المواطن، فالمدرسة اللاتينية وعلى رأسها التشريع الفرنسي تعتبر أن موطن الشخص هو المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله الرئيسي وهذه التشريعات تفرق بين موطن الشخص أو مركز عمله وبين محل إقامته فهي والحالة هذه لا تسمح بتعدد المواطن للشخص الواحد إلا إذا اقتضت الضرورة^{٤٦٦}. على حين أننا نرى أن المدرسة الانكلوسكسونية تعتبر أن لكل شخص موطناً أصلياً وهو الموطن الذي ينتسب إليه بحكم القانون منذ ولادتهما يمكن له تغييره إلا أنه لا يمكن أن يكون له أكثر من موطن واحد^{٤٦٧}.

أما المدرسة الألمانية فتعتبر أن موطن الشخص هو المكان الذي يقيم به عادة أي هو محل الإقامة نفسه مع إمكانية وجود أكثر من موطن للشخص الواحد، وهو ما اتجه إليه المشرع السوري في القانون المدني المادة ٤٢/ منه والتي تقول "الموطن هو المكان الذي يقيم به الشخص عادة ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن، كما يجوز أن لا يكون له موطن ما".

وبناء على ما تقدم نستنتج أن الموطن ينقسم إلى قسمين اثنين:

٤٦٥- محمد عبد الله ومحمد حاتم البيات وعماد قطان، المدخل إلى علم القانون، منشورات جامعة دمشق للتعليم المفتوح ٢٠٠٤

ص ٢٣١ .

٤٦٦- Alex Weill et François terre op.cit. P.213.

٤٦٧- حسام الدين الاهواني، المرجع السابق، ص ٤١٨.

مواطن عام ومواطن خاص، الأول يشمل كل نشاطات الشخص ومعاملاته القانونية مع اختلاف أنواعها، أما الثاني فيقتصر على بعض هذه النشاطات والتعاملات القانونية.

١- فالمواطن العام هو المكان الذي يقيم به الشخص عادة وهو التصوير الواقعي للموطن، ويستنتج من ذلك أن الشخص يمكن أن لا يكون له موطن ما كالبندو الرحل الذي لا يقر له على ارض قرار هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجوز للشخص أن يكون له أكثر من موطن، كما لو كان متزوج بامراتان حيث يقيم مع كل منهما في مكان وعلى وجه الاستقلال.

٢- أما المواطن الخاص، وهو كل موطن يتحدد بناء على أساس يختلف عن الأساس الذي بني عليه المواطن العام، أي يجوز للشخص أن يكون له موطن خاص على أساس آخر غير الإقامة المعتادة أو الفعلية كمواطن القاصرين وموطن الموظف العام والمواطن التجاري.

أ- مواطن القاصر الذي بلغ خمس عشرة سنة ومن في حكمه:

قضت الفقرة الثانية من المادة /٤٤/ من القانون المدني السوري بأن "يكون القاصر الذي بلغ خمس عشرة سنة ومن في حكمه، موطن خاص بالنسبة للأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها"، ومن هذا النص يتبين أن للقاصر المأذون له في تسلم أمواله^{٤٦٨}، موطناً خاصاً مستقلاً عن موطن نائبه الشرعي فيما يتعلق بالأعمال والتصرفات التي يعتبر أهلاً لمباشرتها.

ويدخل في حكم القاصر هنا السفهية والمغفل والقاصر الذي بلغ الثالثة عشر من عمره.

٤٦٨- انظر المواد ١١٣-١٦٤ أحوال شخصية.

ب- موطن الأعمال:

يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطن له بالنسبة إلى ما يتعلق بهذه التجارة أو الحرفة^{٤٦٩}.

إن هذا الموطن خاص بمن يعملون في حقل التجارة ويدعى بالموطن التجاري وهذا الموطن يعتبر موطناً خاصاً للتجار إضافة إلى موطنهم العادي العام الذي يتحدد على أساس محل الإقامة.

ج- الموطن المختار:

لكل شخص أن يتخذ موطناً مختاراً لتنفيذ عمل قانوني معين^{٤٧٠}، وهذا في الواقع ما يسهل على الشخص القيام بالإجراءات والمعاملات القانونية، كما لو اتخذ الشخص مكتب أحد المحامين موطناً مختاراً في كل ما يتعلق بالمنازعات التي يمكن أن تثار بشأن الاتفاق أو المشاركة في عمل تجاري أبرمه مع شخص آخر.

ووفقاً لنص المادة /٤٥/ مدني سوري يعتد بالموطن المختار بالنسبة إلى كل ما يتعلق بالعمل القانوني الذي اختير له بما في ذلك متابعة إجراءات التنفيذ الجبري لسند تنفيذي معين إلا إذا اتفق صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى، كما لو قصر مكتب المحامي في مثالنا السابق على تلقي الإشعارات والإخطارات والمذكرات الدفاعية فقط دون أعمال التنفيذ.

ومن أهم آثار الموطن المختار تحديد المحكمة المختصة للنظر في نزاع ينشأ حول العمل الذي تم اختيار هذا الموطن المختار من أجله. وهي قاعدة خاصة في قانون أصول المحاكمات المدنية، ولكن ذلك لا يمنع من الرجوع إلى القواعد العامة

٤٦٩- المادة ٤٧ مدني سوري.

٤٧٠- المادة ٤٥ مدني سوري.

التي تحيل بالرجوع إلى محاكم الموطن العادي في حال عدم وجود اتفاق على موطن مختار.

وأيّاً كانت قيمة العمل القانوني الذي تمّ في الموطن المختار فإن إثبات هذا الموطن لا يكون إلاً بالكتابة دون غيرها من طرق الإثبات^{٤٧١}.

رابعاً- الأهلية: La capacité

تعد الأهلية من أهم خصائص الشخصية من حيث قدرة الشخص على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

الأهلية في اللغة تعني الصلاحية والقدرة، يقال إنّ فلاناً أهل لشغل هذا العمل أي صالح له. أما في الفقه القانوني فإن الأهلية هي صلاحية الشخص لأن تثبت له الحقوق ويترتب عليه التزامات^{٤٧٢}.

والأهلية على نوعين: أهلية وجوب وأهلية أداء.

١- أهلية الوجوب: La capacité de jouissance

وهي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له كصلاحيته لان يرث وان يكون مالكا. وأهلية الوجوب ترتبط بالشخصية القانونية فكل شخص لا بدّ وأن يتمتع بأهلية وجوب أي يصلح لان يتمتع بحقوق ويترتب عليه التزامات وتثبت هذه الأهلية للشخص بحكم كونه إنساناً، حتى إنّ الجنين يتمتع بأهلية وجوب إلا أنها ناقصة ومحدودة ثم تتم لدى الشخص بعنصرها منذ الولادة وتلازمه طيلة حياته.

٤٧١- المادة ٤٥ مدني سوري.

للتوسع انظر: ٤٧٢ محمد حاتم البيات ولين أبو العيال، العقد والإرادة المنفردة مقارنا بالشرعية الإسلامية، منشورات جامعة

دمشق كلية الشريعة ٢٠٠٤ ص ٢١٣ وما بعدها.

٢- أهلية الأداء: La capacité d'exercice

وتعرف على أنها صلاحية الشخص للممارسة الأعمال والتصرفات القانونية وعلى اختلاف أنواعها بشكل قانوني. ويجب لوجود هذه الأهلية بلوغ الشخص سن الرشد وأن يكون على قدر كاف من الإدراك والتمييز ليتمكن من الوقوف على نتيجة تصرفاته وأعماله القانونية. وهذه الأهلية تختلف من حيث الوعي والإدراك لدى الشخص بسبب اكتمال الملكات العقلية لديه.

وتتجسد مراحل تطور الأهلية بالآتي:^{٤٧٢}

أ- مرحلة الحمل: ويكون الإنسان في هذه المرحلة جنيناً في بطن أمه لم يلد بعد فلا يتمتع لا بأهلية الأداء ولا حتى بأهلية الوجوب طالما أنه لم يخرج بعد إلى عالم الوجود، ومع ذلك يؤخذ بالحسبان أنه سيولد في يوم من الأيام ويتمتع بشخصية قانونية حيث يعترف له ببعض الحقوق الضرورية، كحقه في النسب والإرث والوصية.

ب- مرحلة عديم التمييز: ومدتها سبع سنوات تبدأ من الولادة وأهلية الأداء تكون معدومة لأنه تبنى على العقل والإدراك والتمييز، والصغير غير المميز يندم لديه الإدراك في معاملاته القانونية بالتالي تصرفاته القانونية تكون باطلة كالبيع والإيجار، إلا أن هذا الصغير غير المميز يتمتع بالحقوق ويتحمل الالتزامات في ماله انطلاقاً من أهلية الوجوب لديه لأنه ليس أهلاً لمباشرة التصرفات القانونية المتعلقة بحقوقه والتزاماته بل لابد من وجود نائب قانوني عنه كالولي والوصي، وحكم جميع تصرفاته التي يقوم بها من هذا القبيل باطلة بطلاناً

٤٧٢- للتوسع انظر احمد سلامة، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق في القانون المدني، القاهرة، طبعة دار للتأليف ١٩٥٩،

ص ١٩٦ وما بعدها.

مطلقاً وسواء أكانت نافعة نفعاً محضاً أم ضارة ضرراً محضاً أو دائرة ليين
النفع والضرر^{٤٧٤}.

ج- **مرحلة التمييز:** وتمتد هذه المرحلة من سن السابعة من العمر وحتى الثامنة
عشرة أي بلوغ الشخص سن الرشد وفي هذه المرحلة يعتبر الإنسان في مرحلة
وسط بين الإدراك التام وعدم الإدراك، ويراعى بالنسبة لأهلية الصبي المميز
هذان الاعتباران بأن معاً وهو في هذه المرحلة ذو أهلية أداء ناقصة ويكون
حكم تصرفاته القانونية وفق الآتي:

إذا كان تصرفه من التصرفات الضارة ضرراً محضاً فلا يستطيع الصبي
وغير المميز إجراءها مطلقاً وحكمها البطلان المطلق. أما إذا كان تصرفه من
عداد التصرفات النافعة نفعاً محضاً فله دون قيد أو شرط القيام بها مطلقاً وحكمها
الصحة والنفاذ، كقبوله الهبة. أما إذا كانت تصرفاته من التصرفات الدائرة بين
النفع والضرر فيجب هنا أن نفرق بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف، فأعمال
الإدارة هي التي ترمي إلى المحافظة على المال واستثماره والانتفاع به دون
استهلاك له، أما أعمال التصرف فتلك التي تؤدي إلى التصرف بالمال على وجه
يجاوز حدود استثماره واستعماله العادي ويعرض الشخص إلى ضرر يتجاوز
الضرر الذي تعرض إليه أعمال الإدارة. وهذه التصرفات يستطيع إجراؤها مبدئياً
لأن يتمتع بشيء من العقل والإدراك إلا أن عدم خبرته بالمعاملات المدنية
والتجارية توجب حمايته مما قد تلحق به هذه التصرفات من ضرر لذلك يحفظ له
حق إبطال هذه التصرفات الضارة حينما يبلغ سن الرشد وتكتمل أهليته شرعاً
وقانوناً.

د- مرحلة اكتمال الأهلية: وتبدأ هذه المرحلة من سن الثامنة عشرة من العمر وحتى مماته وخلال هذه المرحلة يستطيع الشخص بالطبع أن يجري التصرفات القانونية وعلى اختلاف أنواعها وسواء أكانت نافعة أم ضارة أم دائرة بلين النفع والضرر. وتكون جميع هذه التصرفات صحيحة. لأنه قام بها بالاستناد إلى أهليته ولا تقبل الإبطال. وإذا بلغ القاصر سن الرشد واكتملت أهليته فإنه يستمر على هذا المنوال طيلة حياته ما لم يطرأ عليه عارض من عوارض الأهلية التي حددها القانون والشرع فتتعدم أهليته وهو ما سنبحثه في الحال.

٢- عوارض الأهلية:

عوارض الأهلية هي حالات طارئة تصيب أهلية الأداء لا أهلية الوجوب فهذه الأخيرة لا تتأثر بأي عارض إلا أنها يمكن أن تخضع لقيود قانونية نابعة عن السياسة العامة للدولة كالمنع الذي يفرض على الأجنبي أن يملك أراض زراعية في الجمهورية العربية السورية^{٤٧٥}.

وعوارض الأهلية هي: الجنون والعتة والغفلة والسفه.

أ- الجنون والعتة:

المجنون أو المعتوه هو شخص أصابه خلل في توازنه العقلي واعدم الإرادة والتميز لديه، ويختلف أحدهما عن الآخر من حيث أن السفه لا يصل إلى صفات المجنون بل أنه أشبه بمجنون هادئ والذي يجعل فهم الشخص قليلاً وكلامه مختلطاً، وحكم تصرفات المجنون والمعتوه كتصرفات الصغير غير المميز، كما

٤٧٥- انظر المرسوم التشريعي رقم ١١ لعام ٢٠١١ الخاص بشروط تملك الأجانب للحقوق العينية العقارية في الجمهورية العربية السورية.

وتتعدم لدى المجنون والمعتوه أهلية الأداء تبعاً لانعدام التمييز والإدراك لديهما، فلا يستطيع أيّاً منهما إجراء التصرفات القانونية مهما كانت وهي باطلة إن تمت^{٤٧٦}.

ومع ذلك يشترط القانون لاعتبار تصرفات المجنون والمعتوه باطلة أن تكون هذه التصرفات قد تمت بعد صدور قرار بالحجر عليهما وشهره، أما إذا صدر التصرف قبل شهر الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة العته أو الجنون شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها^{٤٧٧}.

في الواقع أن حكم القانون المدني يخالف حكم المادة ٢٠٠ من قانون الأحوال الشخصية السوري والذي يقضي بأن "المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما ويعين على كل منهما قيم بوثيقة".

وهذا يعني أن تصرفات حكم المجنون والمعتوه باطلة لمجرد حدوث الجنون أو العته دون اشتراط صدور حكم قضائي بالحجر عليهما.

ونحن نعتقد - من جانبنا - أنه إذا أثير تطبيق كل من النصين فالراجح منهما هو بالطبع نص المادة ٢٠٠ أحوال شخصية لسببين اثنين: الأول أن النص الخاص يفضل في التطبيق على النص العام، وثانيهما أن نص المادة ٢٠٠ قد صدر بعد صدور نص المادة ١١٥ مدني سوري وبالتالي يعتبر ناسخاً له وفقاً للأصول والقانون.

ب- السفية والمغفل:

"السفيه هو الذي يبذر أمواله في غير موضعها بإنفاقه ما يعدّ من فعله تبذيراً"^{٤٧٨}. أو هو الذي يبذر أمواله على خلاف مقتضى الشرع والعقل وسواء أكان

٤٧٦- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ٣٥٨.

٤٧٧- المادة ١١٥ مدني سوري.

٤٧٨- المادة ٢٠٠ أحوال شخصية سوري.

ذلك خيراً أم شراً. أما المغفل "فهو الشخص الذي تغلب عليه الغفلة في أخذه وعطائه ولا يعرف أن يحتاط في تعامله لبلايته"^{٤٧٩}. ويمكننا تعريف المغفل بأنه الشخص الذي لا يعرف خيره من شره فتغلب عليه الغفلة في أخذه وعطائه.

السفيه والمغفل كلاهما لا يعتبران فاقدَي التمييز والوعي كالمجنون والمعتوه، وإنما يدركان الأمور والمعاملات القانونية ويميزان بينهما إلاّ أنهما لا يحسنان التصرف في أمورهما. وحكم السفيه والمغفل هو حكم الصغير المميز. ومع ذلك يشترط القانون لاعتبارهما ناقصي الأهلية صدور قرار بالحجر عليهما لاعتبار تصرفاتهما باطلة، وقبل ذلك لا تكون قابلة للإبطال إلاّ إذا تمت هذه التصرفات نتيجة لغش أو تواطؤ^{٤٨٠}.

ويمكن للسفيه أو المغفل ممارسة حق الإيصاء أو الوقف متى أذنت لهم المحكمة، وتعدّ أعمال الإدارة الصادرة عن المحجور عليه لسفه أو غفلة صحيحة في الحدود التي رسمها القانون^{٤٨١}.

ج- المحكوم عليه بعقوبة جنائية:

كل من يحكم بعقوبة جنائية كالأشغال الشاقة أو الاعتقال هو محجور عليه طيلة فترة تنفيذ عقوبته. وكل عمل إدارة وتصرف يقوم به المحكوم عليه ما عدا الأعمال المتعلقة بمدراسة حقوقه الملازمة لشخصيته يعدّ باطلاً^{٤٨٢}.

د- العاهة المزدوجة:

قضت المادة ١١٨ من القانون المدني السوري على أنه: "١- إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن

٤٧٩- المادة ٢٠٠ أحوال شخصية سوري.

٤٨٠- المادة ١١٦ مدني سوري.

٤٨١- المادة ١١٧ مدني سوري.

٤٨٢- للتوسع في هذا الموضوع انظر محمد واصل، رسالة دكتوراه "الحقوق الملازمة للشخصية" جامعة دمشق ١٩٩٥.

إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقضي مصلحته فيها ذلك. ٢- ويكون قابلاً لإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها متى صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد، إذا صدر التصرف بعد شهر قرار المساعدة".

يتبين من هذا النص أن العاهة المزدوجة الأصم والأبكم والأعمى تحتاج إلى مساعد قضائي بشأنها وهذه المساعدة جوازیه يعود تقديرها للقاضي طبقاً لكل حالة على حدة.

في الواقع هذه الحالة ليست من عوارض الأهلية بمفهومها السابق ذكره لأن الإنسان في هذه الحالة يعدّ ذا أهلية أداء كاملة، حيث يستطيع أن يجري التصرفات القانونية بملء إرادته بما فيها التصرفات الضارة ضرراً محضاً على أن يساعده في التعبير عن إرادته ٤٨٣ مساعد قضائي تعينه المحكمة لهذه الغاية.

٣- النيابة الشرعية:

النيابة الشرعية هي نظام شرعي يصح بمقتضاه لشخص أن يتولى بنفسه إدارة شؤون شخص آخر المتعلقة بماله وشخصيته أحياناً وأحياناً أخرى بإدارة شؤونه المالية.

وللنيابة أنواع فقد تكون ولاية أو وصاية أو قوامة أو وكالة قضائية^{٤٨٤}.

٤٨٣- للتوسع انظر وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة، رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة ١٩٧١، موجودة في مكتبة كلية الحقوق بدمشق.

٤٨٤- المادة ١٦٣ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

أ- الولاية:

وهذه الولاية تكون على القاصر الذي لم يبلغ بعد سن الرشد سواء أكان مميزاً أم غير مميز، والولاية تعود للأب ثم للجد في حال عدم وجود الأب.

وتنقسم الولاية إلى قسمين: ولاية على النفس وولاية على المال فالأولى تهدف إلى الإشراف على الشؤون الشخصية للقاصر كتعليمه وتربيته، أما الثانية فتهدف إلى الإشراف على شؤونه المالية وذلك بإدارة أمواله واستثمارها له وفي حال عدم وجود الأب أو الجد العصبي تنفصل الولاية عن النفس على الولاية عن المال وتنقلب هذه الأخيرة إلى وصاية، أما الأولى فتبقى للأقارب من جهة الأب ويتولاها أحدهم بحسب ترتيبه بالنسبة للإرث من الصغير، فمن كان مقدماً على غيره في الإرث كان مقدماً عليه في الولاية على النفس.

ب- الوصاية:

وهي نيابة شرعية قانونية تهدف إلى إدارة الأمور المالية للقاصر فقط دون أموره الشخصية. وتقوم الوصايا على مال القاصر إلى الشخص الذي يعينه الأب أو الجد قبل وفاتهما على أن تثبت المحكمة هذه الوصاية بعد الوفاة. ويسمى الوصي في هذه الحالة بالوصي المختار تحت طائلة تعيين وصي من قبل المحكمة مباشرة.

ج- القوامة:

وهذه القوامة تكون على المجنون والمعتوه والسفيه والمغفل ويسري عليها مايسري على الوصاية سالفة الذكر، إلا ما يستثنى من ذلك بنص خاص إعمالاً للمادة ٢٠٦ من قانون الأحوال الشخصية السوري.

د-الوكالة القضائية:

وهذه الوكالة تكون على المفقود والغائب ويسري عليها ما يسري على الوصاية من أحكام إلا ما يستثنى بنص خاص^{٤٨٥}.

ويمطلق الأحوال فإن صلاحيات النائب الشرعي تختلف بحسب أنواع التصرفات القانونية التي يريد إجرائها أو القيام بها لحساب من ينوب عنه، كما تختلف باختلاف النائب الشرعي ولياً موصياً قيماً كان أم وكيلاً قضائياً. وعليه فالتصرفات النافعة نفعاً محضاً يستطيع النائب الشرعي إجرائها بحرية تامة دون قيد بعكس التصرفات الضارة ضرراً محضاً فلا يستطيع النائب إجرائها ولا بأي حال من الأحوال. أما بالنسبة لتلك الدائرة بين النفع والضرر فإن النائب الشرعي أيا كان يستطيع إجرائها ما لم تكن من التصرفات التي تحتاج إلى إذن المحكمة. والتصرفات التي لا يستطيع النائب الشرعي إجرائها دون إذن من المحكمة هي أكثر بالنسبة للوصي والقيم والوكيل القضائي منها بالنسبة إلى الولي على المال كالأب والجد العصبي، فهؤلاء يستطيعان إجراء مثل هذه التصرفات دون إذن في كل ما يتعلق بأموال القاصر، بينما لا يستطيع الوصي أو القيم أو الوكيل القضائي القيام بإعمال التصرف إلا بإذن من القاضي.

ونشير أخيراً إلى أن الولي الذي يمارس هذه التصرفات القانونية بالنيابة يستطيع إجازتها فيما إذا صدرت من القاصر المميز وذلك بإجازة سابقة على إجراء التصرف أو لا حقة عليه^{٤٨٦}. أما التصرفات الصادرة عن الصغير غير المميز لا تلحقها الإجازة لأنها باطلة بطلاناً مطلقاً، والبطلان هو العدم وهذا الأخير لا يمكن أن يكون له وجود.

٤٨٥- المادة ٢٠٦ من أحوال شخصية.

٤٨٦- هشام القاسم: المرجع السابق، ص ٣٥٥.

خامساً- الذمة المالية: Le patrimoine

إن تطور الفكر القانوني توصل إلى ابتداء مفهوم الذمة المالية كوصف يلحق بالشخص ويرمز إلى نشاطه المالي ويتصل بسمعته المالية وليكون من أهم العناصر التي تلازم الشخصية القانونية وليكون أيضاً وعاء افتراضيا لاستيعاب النشاطات المالية للشخص^{٤٨٧}.

وبناء على ما تقدم تعرف الذمة المالية بأنها مجموعة الحقوق والالتزامات المالية الحاضرة والمستقبلية التي تعود للشخص. وهي تتألف من عنصرين اثنين: العنصر الايجابي ويتضمن الحقوق المالية التي تكون للشخص سواء أكانت حقوقاً عينية (عقارات) أو شخصية (ديون).

أما العنصر السلبي فيتضمن الالتزامات المالية التي تترتب على الشخص كالتزامه بدفع مبلغ من المال، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن القيام بعمل.

١- صلة الذمة المالية بالشخصية القانونية:

أ- ترتبط الذمة المالية ارتباطاً وثيقاً بالشخصية القانونية وتعد خصيصة من خصائصها، فالذمة المالية لا يمكن أن توجد إلا تبعاً لوجود الشخصية القانونية والعكس صحيح.

ب- لا يمكن وجود شخصية قانونية دون وجود ذمة مالية تضم حقوقها والتزاماتها. والشخص يتمتع بذمة مالية مهما قلت موارده وتناقصت حقوقه والتزاماته.

ج- أن الارتباط المتبادل بين الشخصية القانونية والذمة المالية يؤدي إلى عدم جواز التنازل عنها بكاملها أو عن جزء شائع منها.

ومما تقدم نستنتج أنه لا يمكن أن تكون للشخص خلال حياته إلا خلف خاص، أما بعد وفاته فيمكن أن يكون له خلف عام (الورثة) تخلفه في جزء من الذمة المالية التي تتحول بعد الوفاة إلى تركة^{٤٨٨}.

د- أهمية فكرة الذمة المالية:

على اعتبار أن الذمة المالية تتكون من جانبين اثنتين: الجانب الإيجابي ويضم جميع حقوق الشخص، أما الجانب السلبي فيشمل جميع التزاماته المالية. ويترتب على ذلك نتيجتان:

- الجانب الإيجابي يعدّ مسؤولاً عن الجانب السلبي وضامناً له بحيث تكون كل ديون الشخص مضمونة بكل حقوقه، وهو ما يعبر عنه في القانون الضمان العام للدائنين على جميع أموال المدين. وجميع الدائنين متساوون في الضمان العام وليس لأحدهم أولوية على الآخر في استيفاء ديونه إلا لمن كان منهم حق عيني تبغي^{٤٨٩}.

وبناء عليه يستطيع المدين أن يتصرف بحرية في أي مال من أمواله طالما لم يقرر عليه حق عيني تبغي لأحد الدائنين المرتهنين.

- إن الذمة المالية بجانبها السلبي تنتقل بعد الوفاة إلى الورثة فهي تنتقل كوحدة إجمالية (كتلة ارثية) تحمل حقوق المورث والتزاماته فيكون الجانب الإيجابي مسؤولاً عن الجانب السلبي، ومقتضى ذلك ألا يكون الوارث مسؤولاً في ذمته وأمواله الخاصة خارج التركة عن وفاء ديون التركة وأن تنحصر مسؤوليته عن هذه الديون بحدود ما آل إليه من التركة من أموال منقولة أم غير منقولة. من هنا وجدت القاعدة الأصولية بأنه "لا تركة إلا بعد سداد الديون"^{٤٩٠}.

٤٨٨- الخلف الخاص هو الذي يتلقى من سلفه حق على شيء معين مادي أو يتلقى عنه حقاً معنوياً، أما الخلف العام هو الذي

يخلف السلف في ذمته المالية كالوارث أو يخلفه في جزء شائع من التركة كالوارث الذي نصيبه الثلث أو الربع وهكذا...

٤٨٩- للتوسع راجع محمد حاتم البيات، الحقوق العينية، النشاط الطلابي في جامعة قطر ٢٩٩٦، ص ٢٢٣ وما بعدها.

٤٩٠- الذمة المالية في الشرع الإسلامي تختلف عن الذمة المالية في الفقه القانوني حيث أن الأولى لا تقتصر على الحقوق

والواجبات المالية فحسب بل تمتد لتشمل الحقوق والواجبات عموماً وإن لم تكن مالية كالصيام والصيام والزكاة ولداء فريضة

الحج... وتبدأ الذمة المالية في الفقه الإسلامي ببدء حياة الإنسان وهو جنين معترف له بذمة مالية فاصرة، وبعد أن يولد جيا

تتكمّل ذمته حتى تصبح ذمة مالية متكاملة، وتبقى ذمة الإنسان ما بقي على قيد الحياة وتنتهي حينما يوفاته، وإنهاء الذمة المالية

بالموت تختلف فيه المذاهب مما لا مجال للبحث فيه في هذا المقام.

الفصل الثاني

الشخص الاعتباري

La personne morale

نظراً للأهمية الكبيرة التي يتمتع بها الشخص الاعتباري فإننا سنولي اهتماماً واسعاً في شرح أحكام الشخص الاعتباري.

تقضي المبادئ الأساسية لنظرية الحق والقانون أنه لكل حق صاحب يستأثر به ويحميه عند الاقتضاء، وأن الحقوق نشأت أصلاً لفائدة الإنسان بوصفه صاحب الحقوق جميعها وخليفة الله في الأرض لقوله تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾^{٤٩١}، ومع ذلك فقد ظهرت نظريات تقول بوجود شخص آخر غير الإنسان يمكن أن يكون من أصحاب الحقوق المحمية. لذلك قيل إن صاحب الحق هو إما شخص طبيعي (الإنسان) أو شخص آخر يسمى الشخص الاعتباري (المعنوي أو الافتراضي أو الحكمي).

وسوف نتناول بحث الشخص الاعتباري من خلال تحديد الحقوق الملازمة للشخص الاعتباري في القانون المدني ثم الحقوق الملازمة للشخص الاعتباري خارج القانون المدني، وبعد أن نلقي الضوء باختصار شديد على مفهوم الشخص الاعتباري.

٤٩١ - سورة البقرة - الآية رقم (٣٠) .

المبحث الأول

مفهوم الشخص الاعتباري

في الواقع تحتل الأشخاص الاعتبارية في الزمن الراهن حيزاً كبيراً من اهتمام الباحثين من رجال القانون بسبب نموها المطرد، وانتشارها الواسع، ودورها الفاعل في شتى مناحي الحياة، وأعمارها الطويلة التي قد تمتد أجيالاً من عمر الإنسان، وقوتها الفاعلة والمؤثرة في حياة البشر على الأرض، وغدا الإنسان بمواجهتها هشاً ضعيفاً، ويطلق عليها تسميات متعددة. إذ تسمى بالشخص الاعتباري، أو بالشخص المعنوي، أو بالشخص الحكمي أو الافتراضي، وذلك بهدف تمييزها عن الشخص الحقيقي أو الطبيعي الذي هو الإنسان، ولا يزال الجدل قائماً حول مفهوم الشخص الاعتباري، وأن الدراسات القانونية المتعلقة به قليلة على الرغم من أهميته الكبيرة في العالم الراهن، والتي أصبحت تفوق كثيراً عالم الإنسان. فموت إنسان يؤدي إلى فقد أحد أعضاء الأسرة أو العائلة أو المجتمع. بينما قد يترتب على فقد شخص اعتباري هزّ العالم بأسره، وهذا منظور من خلال تداعيات الأزمة الاقتصادية الناجمة عن انهيار بنك التأمين العقاري في الولايات المتحدة الأمريكية. وهذا الأمر يستدعي مزيداً من البحث والتحليل والبيان حول مفهوم الشخص الاعتباري إذ لم يعد يقتصر البحث عليه كأنه مسألة عارضة أو آنية تؤدي وظيفة محددة ثم ينتهي دوره^{٤٩٢}، ونبين التعاريف المتداولة للشخص الاعتباري وتحديد طبيعته القانونية.

٤٩٢ - لمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع انظر:

- Jean- François Quevy -anthropologie Juridique de la personne morale-

Bibliothèque de droit privé - Tome- 510- page ;2-13

أولاً- تعريف الشخص الاعتباري:

أنشأ علم القانون حلاً لمواجهات التكتلات البشرية والاقتصادية المتمثلة بمجموعات من الأشخاص، أو بمجموعات من الأموال تسعى لتحقيق أغراض محددة من خلال اللجوء إلى فلسفة الكيان الافتراضي أو التصوري لخلق كائن ذاتي مستقل كالكيانات الإقليمية: مثل الدول والمحافظات والبلديات، أو الكيانات الاقتصادية: مثل الشركات، أو الكيانات الاجتماعية والثقافية: كالجمعيات والنوادي وغيرها، وأعطيت هذه الكيانات اسم الشخص الاعتباري أو الشخص المعنوي، ويُعدُّ الشخص الاعتباري تصوراً فنياً محضاً لحماية بعض المصالح، أو هو حلٌ منطقيٌّ لإتاحة الفرصة للحصول على الأموال وتوظيفها والاستفادة منها^{٩٣}، أو هو مجموعة من الأشخاص أو الأموال تتمتع بالشخصية القانونية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات^{٩٤}، أو هو كل تجمع من الأفراد أو الأموال يسعى لتحقيق غرض معين^{٩٥}، أو هو مجموعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال ترمي إلى تحقيق غرض معين، وتُمنح الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق غرضها^{٩٦}، أو أنها الشخصية التي تمثل جماعات من الناس ومجموعات من الأموال بإعطائها كياناً قانونياً ذاتياً مستقلاً عن الكيان القانوني والذاتي للأفراد المكونين لها^{٩٧}، أو هو كائن يتألف من مجموعة من الأشخاص أو مجموعة من

٩٣- د. علي حسين نجده - نظرية الحق - الكتاب الثاني - كلية شرطة دبي - الطبعة الأولى - ١٩٩٣-١٩٩٤- ص ٢٧٤ .

٩٤- د. إدريس العلوي العبدلاوي- أصول القانون - الجزء الثاني - نظرية الحق - الطبعة الأولى ١٩٧٢- ص ٢٧٢.

٩٥- د. محمد إبراهيم الدسوقي أبو الليل - النظرية العامة للقانون والحق - في القانون الليبي- مطبعة دار الكتب - بيروت-

الطبعة الأولى ١٩٨٠- ص ٣٠٩.

٩٦- د. جلال علي العدوي- ود. رمضان أبو السعود - المتخل لدراسة القانون - منشأة المعارف بالإسكندرية - ١٩٩٧- ١١٥.

٩٧- د. عبد السلام علي المزوعي - المتخل لعلم القانون - الجزء الثاني - نظرية الحق - منشورات الجامعة المقوَّحة- ليبيا -

الطبعة الثانية - ١٩٩٢- ص- ٢٣١.

الأموال يتمتع بالشخصية القانونية كالشخص الطبيعي بعد استكمال مجموعة من الصيغ^{٤٩٨}، ويمكن أن نعرفه بأنه كيان قانوني افتراضي يمثل مصالح مجموعة من الأموال أو الأشخاص في تحقيق غرض معين، ويتمتع باستقلال مالي وإداري^{٤٩٩}.

٤٩٨ - انظر فلوريان:

Florian Luditch est professeur de droit public à l'Université de

Valenciennes-les personnes- ISBN- Editeur : Lgdj-1997-qui a dit:

((La personnalité morale se définit comme étant le groupement de personnes ou de biens ayant, comme une personne physique, la personnalité juridique. Or n'étant pas une personne physique, la personne morale s'acquiert après un certain nombre de formalités))

٤٩٩ - انظر تعريف الشخص الاعتباري في القانون الفرنسي:

En droit français, une personne morale est un groupement doté de la personnalité juridique. Généralement une personne morale se compose d'un groupe de personnes physiques réunies pour accomplir quelque chose en commun. Ce groupe peut aussi réunir des personnes physiques et des personnes morales. Il peut également n'être constitué que d'un seul élément.

La personnalité juridique donne à la personne morale des droits et des devoirs.

وعلى ذلك نقسم الأشخاص الاعتبارية في فرنسا إلى اشخص قانون خاص وأشخاص قانون عام وفق الآتي:

- les personnes morales de droit public :

l'État, les établissements publics, collectivités territoriales

- les personnes morales de droit privé : les plus courantes étant les entreprises, les sociétés civiles, les groupements d'intérêt économique, les associations. Certaines personnes morales de droit privé .

انظر الموقع : <http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp>

وانظر أيضاً: التعريف وفق القاموس القانوني على الموقع:

<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/personne-morale.ph>

<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/personne-morale.ph> <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/personne-morale.ph>

<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/personne-morale.ph>

<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/personne-morale.ph> ---

ثانياً- الطبيعة القانونية للشخص الاعتباري:

إن الطريقة الأمثل لتحقيق المصالح الجماعية المستمرة هي إنشاء كائنات تمنح على أساسها الشخصية القانونية لمجموعات بشرية تجتمع لتحقيق هدف محدد، أو لمجموعات من الأموال ترصد لغاية معينة، وعلى هذا فإن فكرة الشخص الاعتباري تقوم على أساس أن مجموعة من الأشخاص يتفقون على توحيد نشاطاتهم لتحقيق أهداف محددة، والمثال الأقدم مستوحى من حالة الشيوخ والإرث حيث ينتمي الحق الواحد إلى عدة أشخاص مع عدم الاستقلالية بين المالك والحق، وبناءً على هذه الفكرة أنشئت فكرة الشركة كشخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية الشركاء، أو على أساس مجموعات الأموال عندما يخصص شخص جزءاً من ماله لغرض معين مع فصل ذلك الجزء عن ذمته المالية بحيث لا يكون له عليه أي حق من الحقوق المباشرة. فيكون هذا المال لكائن جديد مستقل قائم بذاته كالمؤسسات والشركات والجمعيات والجامعات وغيرها^{٥٠٠}. لهذا، يقوم خلافً وجدلاً حول طبيعة الشخصية الاعتبارية، ويمكن ردّها من خلال أعمال الفقهاء إلى معالِم مدرستين. مدرسة تنكر وجود الشخص الاعتباري كحقيقة واقعة، وإنما هو مجرد افتراض ووهم وإبداع فني أو صناعي من المشرع لأن الشخصية القانونية لا تثبت إلا للإنسان. فهو وحده يملك صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وله الإرادة التي يعبر من خلالها في علاقته مع الغير، وإن اعتراف المشرع لبعض مجموعات

—juridique.com/definition/personne-morale.ph <http://www.dictionnaire->

juridique.com/definition/personne-morale.ph <http://www.dictionnaire->

juridique.com/definition/personne-morale.ph <http://www.dictionnaire->

juridique.com/definition/personne-morale.ph

٥٠٠ - د. عبد الحي حجازي- المدخل لدراسة العلوم القانونية - الجزء الثاني - الحق وفقاً للقانون الكويتي - مطبوعات جامعة الكويت -

١٩٧٠ - ٥١٠ - ٥١٢.

الأشخاص أو الأموال بهذه الصفة هو افتراض، أو حيلة، أو ابتكار منه^{٥٠١}. لذلك فالمشرع هو الذي يتحكم بمثل هذه الشخصية وجوداً وعدم^{٥٠٢}، ويقول أنصار هذه المدرسة إن أساس الشخصية الاعتبارية هو تخصيص في الذمة المالية، أو هي نوع من الملكية الجماعية أو الملكية المشتركة^{٥٠٣}، إلا أن معالم هذه المدرسة لم تصمد في وجه الانتقادات الموجهة إليها ولا سيما لجهة حصرها الشخصية القانونية بالإنسان مع وجود العدد الكبير جداً من أمثال الشخص الاعتباري الذي أصبح يتمتع بالشخصية القانونية في حدود صك إنشائه، والغايات والأهداف المرتبطة بكل منها^{٥٠٤}. أما المدرسة الثانية فتقول بالشخصية الحقيقية للشخص الاعتباري، أي أنه يمثل حقيقة اجتماعية واقتصادية وثقافية، ومجتمعاً مدنياً يظهر بأشكال وأنواع وأسماء تملأ الأروقة والأزقة، وتنتشر في كل مكان، وأصبحت كائنات حية تعيش على مساحة الكرة الأرضية بعضها وطني، ومنها يمتد إلى أبعد من ذلك، ويسعى كل منها لتحقيق غرض أو هدف محدد مع وجود التنظيم الصارم لعملها، ويرى بعض هذا الاتجاه أن الشخصية الاعتبارية ليست شخصية حقيقية تماماً بل هي تشبه الشخصية الطبيعية حيث يكون لها إرادة هي إرادة أعضائها أو مؤسسيها، وهناك من يقول إنها شخصية حقيقية تتمثل في فكرة المصلحة

٥٠١- د. عبد الله مبروك النجار - افتراض الشخصية وأثاره في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - ١٩٩٦ - ص ١٨ وما بعدها.

٥٠٢- د. حسن كيرو - المداخل إلى القانون - منشأة المعارف بالإسكندرية - إيداع ١٩٧٤ - ص ٦٢٢-٦٢٥. د. محمد إبراهيم دسوقي - النظرية العامة للقانون والحق مع دراسة للقانون الليبي - المكتبة الوطنية ببنغازي - ١٩٧٦ - ص ٢٧٦-٢٧٥.

٥٠٣- د. محمد حسنين - الوجيز في نظرية الحق - (الأشخاص والأموال في القانون الجزائري) - مطبعة المؤسسة الوطنية للقانون المطبعية وحدة الرعاية - ١٩٨٥ - ص ١٥٢-١٥٤

٥٠٤- د. عبد السلام المزوغي - المرجع السابق - ص ٢٣٣-٢٣٥، ويقول الفقيه الفرنسي دوجي إنني لم أتناول العشاء أبداً مع شخص اعتباري: *Léon Duguit*. « Je n'ai jamais: dîné avec une personne morale ».

فيرد عليه الفقيه جان كلود سوبي: أما أنا لست كذلك لأنني أشاهده يدفع الحساب غالباً.

« Moi non plus, mais je l'ai souvent vue payer l'addition ».

الجماعية ذات الطبيعة الخاصة والمستقلة عن المصلحة الفردية الأمر الذي يوجب قيامها لحماية تلك المصلحة الجديدة المتكونة من هذا الخليط من المصالح المتداخلة التي لم تعد تنتمي إلى أي من المؤسسين على وجه الخصوص وهي تحتاج إلى حماية^{٥٥}، وقدّم أنصار هذه المدرسة تبريرات أساسها الإرادة المشتركة لمجموع الكتلة التي تمثلها، أو أنها تمثل مصلحة مشتركة مشروعة يحميها القانون، أو أنها قريبة من مفهوم الملكية المشتركة^{٥٦} وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى هذا الاتجاه بالقول: إن الشخصية المدنية التي تتعلق بحسب الأصل بكل جماعة لا يخلقها القانون، بل هي وسيلة تملكها الجماعة للدفاع عن مصالحها المشروعة وتكون جذيرة بالحماية، وإذا كان المشرع يملك منح الشخصية الاعتبارية لبعض الجماعات فهو قد اعترف بوجودها ضمناً وبصفة حتمية لتلك المنظمات التي يحدثها المشرع ذاته لتقوم بمهمة إدارة مصالح تلك الجماعات المتمثلة بحق الحماية القضائية^{٥٧}، ومهما يكن الأمر فإن الشخصية الاعتبارية حقيقة قانونية تعبّر عن وقائع اقتصادية واجتماعية وثقافية وسياسية، وهي ليست شبيهة بالشخصية الطبيعية للإنسان، بل هي ذات طبيعة خاصة مستقلة أنشأتها الحاجة والضرورة من خلال تبريرات واقعية، وهي تنشأ بقوة القانون بمجرد توافر عناصرها بغض النظر عن إرادة المشرع، وإن تشريعها مجرد غطاء لها من أجل حماية الغير الذين يتعاملون معها، وتستند في وجودها إلى كيان بشري ومالي، وقيم

٥٥ - د. عبد السلام المزوغي - المرجع السابق - ص ٢٣٧-٢٣٩ ، ود . حسن كهره - المرجع السابق - ص ٦٢٥ . إدريس

العلوي العبدلاوي - المرجع السابق - ص ٢٦٨-٢٧٧ .

٥٦ - د. هشام القاسم - المدخل إلى علم القانون - مطبعة الإنشاء دمشق - ١٩٢ - ص ٤٠٧-٤١٢ .

٥٧ - نقض فرنسي في ١٩٥٤/١/٢٨ وقد جاء فيه:

(La personnalité civil n' est pas une création de loi , elle appartient, en Principe, à tout)

groupement pourvu d' une possibilité d' expression collective pour la défense d' intérêts Licites

(dignes par suite d' être juridiquement reconnus et protégés)).Dalloz-1954- page :217 .

سياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية، وإن عدم الأخذ بها يؤدي إلى هدم أبنية قانونية تحكم العالم بأسره، وأهم بناء فيها هو بناء الدولة فلولا التسليم بفكرة الشخصية الاعتبارية لما كان بالإمكان التحدث عن فكرة قيام الدولة ذاتها التي تحمي الحقوق وتصون الحريات^{٥٠٨}.

ثالثاً-أنواع الشخص الاعتباري:

تتعدد أنواع الأشخاص الاعتبارية وأشكالها، وهذا التعدد والتنوع لا ينفي عنها صفة المفرد، وتوضع أنواع الشخص الاعتباري في تصنيفات متعددة. فمنها ما يقوم على أساس النشاط التي يهدف الشخص الاعتباري إلى تحقيقه، وعليه تكون الأشخاص الاعتبارية سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، أو ثقافية، ومنها ما يقوم على أساس القانون الذي يحكم الشخص الاعتباري، وبالتالي فإنها تتوزع بين أشخاص تخضع للقانون العام وأخرى للقانون الخاص^{٥٠٩}، وبعض التصنيفات يقوم على أساس مصدر إنشائها. إذ إن بعضها ينشأ بالإرادة، وبعض الآخر ينشأ بالتشريع، ومنها ما يقوم على أساس تعداد الأشخاص الاعتبارية دون الوقوف عند معيار محدد، وهذا ما أخذت به أكثر التشريعات الوضعية، ومنها القانون المدني السوري الذي عدد هذه الأشخاص دون اعتماد معيار أو ضابط محدد وذلك بالنص على أن: ((الأشخاص الاعتبارية هي: ١-الدولة والمحافظات والبلديات، بالشروط التي يحددها القانون، والمؤسسات العامة، وغيرها من المنشآت، التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية. ٢-الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية. ٣-الأوقاف. ٤- الشركات التجارية

-Charbonnier- Droit civil volume(1)- op-cité-page :695-

٥٠٨ - انظر كل من:

- د . حسن كيرة - المرجع السابق- ص٦٢٥-٦٣٠، ود .إبريس العلوي العبدلوي- المرجع السابق- ص ٢٦٨-٢٧٧، ود.

لكوني علي أعبرده- المداخل إلى علم القانون - الحق - جامعة الفاتح- الطبعة الرابعة- ٢٠٠٣- ص ١٩٠.

- frères Mazeaud op site -page 335

٥٠٩ -انظر:

والمدينة. ٥- الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقاً للأحكام التي سنأتي فيما بعد. ٦- كل مجموعة من الأشخاص، أو الأموال، تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص في القانون^(٥١٠)، ومع ذلك، فإن الواقع الراهن يشير إلى أشخاص اعتبارية من القانون العام وأخرى من القانون الخاص، وثلاثة أصبحت خليطه أو مجاورة للأمريين، مثل الشركات المشتركة عندما تقوم الدولة بالمشاركة في بعض أنشطة القطاع الخاص أو العكس، كما أصبح يعمل في حقل المصلحة العامة مجموعة من التنظيمات المهنية كقنابات المحامين، والمهندسين، والأطباء، والاتحادات النقابية والطلابية، والطوائف الدينية، والوقف الأمر الذي خلق تصنيفات مختلفة تقوم على معايير متعددة^(٥١١). لذلك سنعمل على تصنيف الأشخاص الاعتبارية في ثلاث مجموعات بغض النظر عما إذا كانت تنتمي إلى مجموعات الأشخاص أو

٥١٠ - المادة (٥٤) من القانون المدني السوري، والمادة (٥٢) مدني مصري، والمادة (٩٢) من قانون المعاملات الإماراتي، والمادة (٥٢) من القانون المدني الليبي، والمادة (٤٩) من القانون المدني الجزائري، والمادة (٥٠) من القانون المدني الأردني. أما في القانون السويسري فقد تم التفريق بين الأشخاص الاعتبارية التي تخضع للقانون العام، وتلك التي تخضع للقانون المدني أو القانون الخاص وتم تحديد الأشخاص الاعتبارية في القانون المدني الفدرالي بأنها هي: الشركات والجمعيات والمؤسسات وذلك تحت عنوان الأشخاص الاعتبارية في المواد (٥٢-٨٩)، ولمزيد من المعلومات حول الأشخاص الاعتبارية في القانون السويسري - راجع:

- Denis Piotet - Traité de droit privé Suisse-1-tome- 11- éditions universitaires Fribourg Suisse- 1998-p.73-110.

٥١١ - د. حسن بكير - المرجع السابق - ص ٦٦٩-٦٧٠، د. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - ص ٥١٩-٥٢١، د. علي حسن تيجده - المرجع السابق - ص ٣٠٠-٣٠٢، د. إدريس العلوي العبدلاوي - المرجع السابق - ص ٢٨٢، د. محمد حصنين - المرجع السابق - ص ١٦٤، د. عبد السلام علي المزوغي - المرجع السابق - ص ٢٦٧-٢٦٨، د. الكوني علي أعبرده - المرجع السابق - ص ١٩٣، د. عثمان الكركوري د. عوني بدر - المرجع السابق - ص ٢٣٦-٢٣٨، د. سلمان يو ثياب - المبادئ القانونية العامة - دراسة نظرية وتطبيقات عملية في القانون والحق - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - ١٩٩٥ - ص ٧٢ وانظر أيضاً:

-Philippe MALAURIE-DROIT CIVIL- LES PERSONNES-op cit-page :154-156

- frères Mazeaud- op sit. Page :332-348.

مجموعات الأموال وإن كان أغلب الفقهاء يصنفون الأشخاص الاعتبارية في مجموعتين: مجموعة تتطوي تحت مفهوم القانون العام، وأخرى تحت مفهوم القانون الخاص وفق المخطط المرافق(الملحق). إلا أن هذا لا يمنع من اعتماد تصنيف مستمد من واقع وطبيعة الأشخاص الاعتبارية ووفقاً للنظام القانوني في سورية، والقوانين المقارنة كالقانون الفرنسي والسويسري بتقسيمها وفق المطالب الآتية:

١- مجموعة الأشخاص الاعتبارية العامة:

يقصد بالأشخاص الاعتبارية العامة تلك التي تتطوي تحت مفهوم القانون العام. أي أنها تلك الكائنات الحكومية التي تتمتع باختصاصات وسلطات ذاتية خاصة بها، أو هي تلك التي يتم إحداثها وفق القواعد المعمول بها في كل دولة^{٥١٢}، أو هي هيئات تهتم بتحقيق أغراض تهم المجتمع كله، أو جزء منه، وتتمتع عادة بامتيازات السلطة العامة، وتقوم على إدارة وتسيير المرافق العامة تأميناً للمصلحة العامة^{٥١٣}، أو هي الأشخاص المختصة بتحقيق أغراض عامة تهم المجتمع^{٥١٤}، وتتوزع الأشخاص الاعتبارية العامة وفق الآتي:

٥١٢ - المادة (٢) من نظام العاملين الأساسي في سورية رقم (٥٠) لعام ٢٠٠٤.

٥١٣ - د. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - ص ٥٢٢.

٥١٤ - د. سليمان الطماوي - مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة - الكتاب الأول - دار الفكر العربي - القاهرة ١٩٧٧ - ص ٦٢.

مجموعة أشخاص اعتبارية إقليمية^{٥١٥}:

هي تلك الكيانات التي تقوم على الأساس الجغرافي أو الوطني وتباشر مهامها وسلطاتها ووظيفتها في حدود الدولة البرية والبحرية والجوية أو في حيز جغرافي من إقليم الدولة، ونجد من هذه الكيانات الوزارات التي تملك السلطات والصلاحيات على الصعيد الوطني كاملاً، وتلك المؤسسات أو الإدارات التي تمارس نشاطها في منطقة محددة، وبالتالي فإن الأشخاص الاعتبارية الإقليمية هي:

١- الدولة:

تُعَدُّ الدولة بكيانها السياسي والاقتصادي والاجتماعي رأس كيانات الأشخاص الاعتبارية، وأساسها، وتتميز شخصيتها بمجموعة المفاهيم المعتمدة في القانوني الدستوري، وفي القانون الدولي العام، والكيان الاعتباري للدولة هو الذي يسمح لها الاستمرار عبر العصور والأجيال مهما تعددت النظم السياسية فيها وأياً كانت الحكومات التي تعاقبت على ممارسة الحكم فيها.

٢- المحافظات:

نصت المادة (١/أ) قانون الإدارة المحلية السوري على أن ((تقسم الجمهورية السورية إلى محافظات والمحافظات إلى مناطق والمناطق إلى نواح))، ولذلك. تُعَدُّ المحافظات من الكيانات الإقليمية المؤسسة على صعيد الدولة التي أعطاها المشرع الشخصية الاعتبارية المستقلة عن شخصية الدولة^{٥١٦}، إلا أنه لم يعط الشخصية الاعتبارية للمناطق والنواحي والقرى.

٥١٥ - د. محمد حنين - المرجع السابق - ص ١٦٤، ود. عبد السلام علي المزوي - المرجع السابق ص ٢٦٧-٢٦٨، و:

- Denis Piotet - op.cit - p.73-110.et- Les frères Mazeaud - op sit p. 335.

٥١٦ - المادة (٦) من قانون الإدارة المحلية رقم ١٩ لعام ١٩٧٥.

٣- البلديات:

تُعدُّ البلديات من الأشخاص الإقليمية التي اعترف لها المشرع بالشخصية الاعتبارية المستقلة دون أن تكون فرعاً مرتبطاً بالمحافظة وهي تقدم خدماتها التي تحتاجها المنطقة الإقليمية المحدثة فيها وفق أحكام قانونها الخاص بها ويمثلها رئيسها أمام الغير في اقتضاء الحقوق وطلب حمايتها^{٥١٧}.

٤- الإدارات والمؤسسات والهيئات العامة:

يمكن أن تكون الأشخاص الاعتبارية إدارات ومؤسسات وهيئات عامة، وتتعدد هذه الإدارات والهياكل والهيئات التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية، وتهدف كل منها لتحقيق غرض معين مستمد عادة من الاسم المعطى لها في صك إحداثها وهي دائماً ذات طبيعة نوعية محددة، وهي بشكل عام الوزارات التي تهيم على قطاعات واسعة من أنشطة ووظائف الدولة القطاعية كالـتعليم والدفاع والداخلية والصحة والإعلام والزراعة والصناعة والاقتصاد... إلخ وكذلك الهيئات العامة ذات الطابع الخدمي، أو العلمي. كالجوامع، والمعاهد العليا، والهيئات العلمية والمراكز البحثية العلمية، والمستشفيات، كما توجد هيئات ومؤسسات عامة ذات طابع إداري واقتصادي، ويتعذر في هذا البحث ذكرها جميعاً أو وضع لائحة محددة لها، وأن التقسيمات الإدارية الداخلية في الإدارات العام والمؤسسات العامة إلى مديريات تتولى وظائف محددة فيها لا يجعل من هذه المديريات شخصيات اعتبارية^{٥١٨}.

٥١٧ - انظر قانون التنظيمات الإدارية السوري رقم (٤٩٦) تاريخ ١٩٧٥/١٢/٢١ وتعديلاته.

٥١٨ - جاء في قرار للهيئة العامة لمحكمة النقض السورية أن ((إن مديرية الخدمات الفنية ليست بذات شخصية اعتبارية ولا تتمتع باستقلال مالي وإداري ولا تصلح للخصومة أمام القضاء وهي تقوم بتنفيذ الأعمال الموكولة إليها من جهة الإدارة ولصالح جهة الإدارة التي تكلفها بها بحيث تبقى الجهة المذكورة هي المسؤولة عن تعويض الضرر الناجم عن تنفيذ الخدمات الفنية للأعمال المستندة إليها)) - هيئة عامة قرار ٢٤٣ أساس ٤٢٤ تاريخ ٢٠٠٠/٦/٥. كتاب مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها الهيئة العامة لمحكمة النقض من عام ١٩٨٨ حتى ٢٠٠١. منشورات المكتبة القانونية. الجزء الأول. الصفحة (٥٦٤)

أ - مجموعة الأشخاص الاعتبارية المختلطة:

تقوم أشخاص اعتبارية في العصر الراهن تخضع أحياناً للقانون العام وأحياناً أخرى للقانون الخاص^{٥١٩}، إذ يتم إحداثها وتكون إدارتها إحداثها وفق أحكام القانون العام. أما نشاطها وعلاقتها مع الغير فيتم وفق أحكام القانون الخاص كما هو الحال في المؤسسات العامة والشركات العامة ذات الطابع الاقتصادي التي تباشر نشاطاً تجارياً أو صناعياً وتساهم في تنمية الاقتصاد الوطني التي تم حصر اسمها بالمؤسسات العامة. وتم حصر اسم الهيئات العامة بالجهات العامة التي تباشر نشاطاً إدارياً غير اقتصادي، وقد سكت المشرع السوري في بعض المراسيم التشريعية المتضمنة بعض الإحداثيات عن تحديد هوية المؤسسة المحدثة^{٥٢٠}، وهناك أشخاص اعتبارية تعد من القطاع الخاص وتخضع لأحكام القانون الخاص إلا أنها تمتد إلى القانون العام وذلك وفق الآتي:

١ - أشخاص اعتبارية من القانون العام تخضع للقانون الخاص:

تقوم الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية العامة بممارسة نشاط تجاري أو صناعي، أو تسلك مسلك الأفراد وتتنازل عن سلطتها العامة فهي تخضع في الواقع إلى نظام قانوني مختلط فهي شخصية اعتبارية عامة تخضع للقانون العام، وتباشر من جهة أخرى نشاطاً مما يقوم به الأفراد وتتنازل عن امتيازها بوصفها سلطة عامة وتخضع لما يخضع له الأفراد من أحكام وكذلك الأمر بالنسبة

٥١٩ - لمزيد من المعلومات حول هذه الأشخاص - انظر:

Philippe MALAURIE-DROIT CIVIL - LES PERSONNES-op cit-page :155-156 .

٥٢٠ - نصت المادة (٤٨) من قانون المؤسسات والشركات والمنشآت العامة السوري رقم (٢) لعام ٢٠٠٥ التي تنص على أن ((أ-

يقصر تطبيق قانون المؤسسات العامة رقم ٣٢ لعام ١٩٥٧ وتحديثه على المؤسسات العامة ذات الطابع الإداري ب-

يستعاض عن عبارة (المؤسسة العامة) أينما وردت في القانون المشار إليه في الفقرة (أ) السابقة من هذه المادة بعبارة (الهيئة

العامة) وكذلك في جميع القوانين والأنظمة الخاصة بها)).

للمؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت العامة التي تحدّثها الدولة للمساهمة في التنمية الاقتصادية فتعطيها الدولة مرونة كافية في عملها فتخرجها في علاقتها مع الغير من أحكام القانون العام وتخضعها للقانون الخاص ولاسيما القانون التجاري.

٢- أشخاص من القانون الخاص تخضع للقانون العام:

تقوم أشخاص اعتبارية خاصة تستفيد من السلطة العامة للدولة وتخضع في بعض جوانب أعمالها للقانون العام، ولعل أبرز هذه الأشخاص النقابات المهنية^{٥٢١} والاتحادات النوعية كالعمال والفلاحين والنساء والحرفيين والاتحادات المهنية النوعية المتعددة ودورها المتنامي بصفقتها قوة فاعلة على الصعيد الوطني ومدى ارتباطها بالدولة، والضغط المستمر من الحكومة للسيطرة عليها، والتنازع في صدد ذلك بين الخضوع لأحكام القانون العام والقانون الخاص، وكذلك الأمر بالنسبة للتنظيمات الطائفية أو الطوائف الدينية المعترف بها في الدولة وجميع هذه الجهات تباشر نشاطاً يتعلق بالنفع العام ومن الضروري أن تتلاقى دائماً مع أنشطة الدولة. لذلك يجب أن تخضع للاعتراف الخاص من جهة ولأحكام القانون العام من جهة أخرى بهدف الحفاظ على وحدة الدولة ومنع إنشاء كيانات أو كانتونات تؤدي إلى تفتيت الكيان الكلي للوطن الواحد ضمن كيانات متعددة^{٥٢٢}.

٣- الشركات المشتركة:

أبرز التطور الاقتصادي مفاهيم جديدة للمشاركة بين الدولة والقطاع الخاص في إنشاء بعض صور التعاون في بعض المجالات التي تحتاج فيها الدولة إلى خبرة ومرونة القطاع الخاص في بعض الاستثمارات، وهذا الأمر أنشأ وضعاً

٥٢١ - مثل نقابات المحامين والصيادلة والأطباء والمهندسين ، والاتحادات والنقابات العمالية والطلابية إلخ

٥٢٢ - د. حسن كيرة - المرجع السابق ص- ٦٧٤-٦٧٥ د.د. محمد حسنين - المرجع السابق- ص ١٦٩.

قانونياً جديداً يطرح مجموعة من الأسئلة حول مدى تخلي الدولة في مثل هذه المشاريع عن سلطتها العامة في الإشراف والرقابة والتوجيه، ولا يزال الوقت مبكراً لتقييم هذه التجربة على صعيد النتائج الفعلية. إلا أن التطبيق الواقعي يشير إلى أن مثل هذه الشركات المشتركة تخضع لأحكام القانون الخاص في جميع شؤونها مع التأكيد على وجود ضبابية في كيفية قيام الدولة في الحفاظ على المال العام الذي قدمته للمشاركة في مثل هذه الشركات.

٤- الوقف:

تدخل الأوقاف وفق رأي بعض الفقهاء في تصنيف الأشخاص الاعتبارية الخاصة، وفي فئة مجموعات الأموال التي ترصد لغرض محدد، إلا أن طبيعة الوقف العامة، وسلطة الدولة على الأملاك الوقفية تدخلها ضمن الطبيعة المختلطة أو المشتركة بين العام والخاص، وإن كانت المادة ٥٤/ من القانون المدني السوري قد أعطت الأوقاف المحصورة بالوقف الخيري بمجرد تكوينها الشخصية الاعتبارية سواء كانت إسلامية أم غير إسلامية^{٥٢٣}.

ج- الأشخاص الاعتبارية الخاصة:

تنشأ الأشخاص الاعتبارية الخاصة على أساس أن موضوعها هو مصالح خاصة، ويتم البحث فيها ضمن مجموعتي الأشخاص والأموال التي تقع تحت مفهومي الاعتراف العام والاعتراف الخاص بشروط كل منهما، وتخضع في جميع

٥٢٣ - جاء في قرار للهيئة العامة لمحكمة النقض المصرية: ((إن شرط اعتبار الأماكن المخصصة للعبادة والدير والإحسان من الأملاك العامة، طبقاً لنص الفقرة السابعة من المادة التاسعة من القانون المدني القديم، هو أن تكون في رعاية الحكومة تدبير شؤونها وتقوم بالصرف عليها من أموال الدولة. فإذا كان الثابت أن وزارة الأوقاف لم تتول إدارة تلك الأعيان المتنازع عليها بصفتها ناظرة عليها شأنها في ذلك شأن أي فرد من الأفراد يعهد إليه بإدارة شؤون الوقف، فإنه ليس من شأن هذا النظر أن يخلع على هذا المال صفة المال العام (نقض مدني مصري ١٩٥٨/٥/١٥). مجموعة الأحكام الصادرة عن الجمعية العمومية للنقض سنة ٢٤ نبذة ٩ ص ٤٥٣، وراجع أيضاً حكمها الصادر في ١٦/١١/١٩٥٠ مجموعة أحكام الهيئة العامة للنقض بند ٤ ص ٩٠.

أنشطتها لأحكام القانون الخاص، وتقوم مجموعة الأشخاص على اجتماع عدد من الأشخاص الطبيعيين، أو الاعتباريين لتحقيق غرض محدد، وتقسم هذه الأشخاص الاعتبارية الخاصة إلى أشخاص اعتبارية مدنية، وأشخاص اعتبارية تجارية، والأشخاص الاعتبارية المدنية هي التي تحقق أغراضها في المجالات الخدمية، والاجتماعية، والثقافية دون أن يكون الربح هدفها الرئيس، ويمكن أن تأخذ صفة شركات مدنية، أو جمعيات تعاونية. أما الأشخاص الاعتبارية التجارية فيكون هدفها الرئيس الربح، وقد بيّن المشرع السوري من هذه الأشخاص ((الشركات التجارية والمدنية، والجمعيات، والمؤسسات، وكل مجموعة من الأشخاص، أو الأموال، تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص في القانون))^{٥٢٤}، وقد تم تصنيف مجموعة الأشخاص الاعتبارية الخاصة في فرنسا إلى خمسة أشكال هي: الجمعيات، والنقابات المهنية، والمحافل الدينية (الطوائف)، والشركات، والمؤسسات^{٥٢٥}. لذا، نجد أنه ليس من دأج للبحث في مجموعة الأشخاص الاعتبارية التي تقوم على أساس الأموال لأن هذه تقتصر على الوقف والمؤسسات الخاصة التي تقوم عادة برصد مبلغ من المال أو أشياء أخرى عينية لغرض معين يخدم مصلحة مشروعة في الدولة، وقد تم إدخال الوقف في المجموعة المختلطة، ولا يوجد نظام قانوني مستقل متكامل للمؤسسات الخاصة في سورية، كما هو قائم في بعض الدول مثل: سويسرا وفرنسا ومصر، وتقسم الأشخاص الاعتبارية الخاصة إلى الشركات والجمعيات والمؤسسات، وتم التفصيل في كل من هذه الأنواع من الشخصيات الاعتبارية من خلال وضع أحكام خاصة لكل منها^{٥٢٦}.

٥٢٤ - انظر المادة (٥٤) من القانون المدني، وهي متطابقة مع أكثر القوانين المدنية في الدول العربية.

٥٢٥ - freres Mazeaud - op sit. Page 333.

انظر: ٥٢٥

Charbonnier- Droit civil volume(1)- op-cit-page :697-703.

انظر: ٥٢٦

لذلك لن نبحث في جميع الأشخاص الاعتبارية الخاصة والتي يمكن الرجوع بشأنها إلى صكوك إحداثها، ونعرض للأشخاص المذكورة آنفاً وفق الآتي:

١- الشركات:

تمّ التعبير عن الشركات بمعنيين. يشير المعنى الأول إلى الأساس المنشئ للشركة، وهو عقد الشركة المعرّف بأنه العقد الذي يلتزم بمقتضاه شخصان فأكثر سواءً من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين بالإسهام في مشروع معين لتحقيق غرض ما يتفق مع أهداف الشركة، وبهذه الصيغة عرّف القانون المدني الشركة على أنّه ((عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصته من مال أو من عمل لاستثمار ذلك المشروع واقتسام ما قد ينشأ عنه من ربح أو خسارة))^{٥٢٧}، ويشير المعنى الثاني للشركة على أنها الشخص الاعتباري الذي يمارس نشاطاً مدنياً أو تجارياً، والمنشأ وفق أحكام القانون لأنه بمجرد توافر عناصر التكوين فإن الشركة تتمتع بالشخصية الاعتبارية^{٥٢٨}، لذلك سنميز بين الشركات المدنية والشركات التجارية بوصفها تعبير عن إرادة مجموعة من الأشخاص تسعى لتحقيق غرض محدد^{٥٢٩}:

٥٢٧ - المادة (٤٧٣) مدني سوري ، والمادة (٤٧٥) أردني ، و(٤١٦) مدني جزائري، والمادة (٥٠٥) مدني مصري، والمادة (٦٥٤) من قانون المعاملات الإماراتي، والمادة (١٣٨٢) مدني فرنسي .

٥٢٨ - المادة (٤٧٤) مدني سوري والتي تنص على أن ((١- تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً. ولكن لا يحتاج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التي يقرها القانون-٢. ومع ذلك للغير إذا لم يتم الشركة بإجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها))، ومثلها المادة (٥٨٢) أردني، والمادة (٤١٧) جزائري، والمادة (٥٠٦) مصري، والمادة (٦٥٦) إماراتي.

٥٢٩ - د. حسن كيرة - المرجع السابق - ص ٦٧٦ وما بعدها. د. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - ص ٥٢٥ وما بعدها، د. رمضان أبو السعود - الوسيط في شرح مقممة القانون المدني - المنخل إلى القانون - وبخاصة المصري واللبناني - النظرية العامة للحق - الدار الجامعة - بيروت - لبنان - ١٩٩٢ - ص ٣٧٥ وما بعدها، ود. محمد حسنين - المرجع السابق - ص ١٧١ وما بعدها، ود. علي حسن نجيدة - المرجع السابق - ص ٣٠٢ وما بعدها، وانظر أيضاً:

- الشركات المدنية:

تُعدُّ شركة مدنية جماعة من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين تتجمع في إطار قانوني هو الشخصية الاعتبارية بهدف تحقيق مشروع ليست غايته الأساسية الربح، بل قد تكون اجتماعية أو ثقافية أو تعليمية كالمشافي والجامعات والنوادي الفكرية، ولا يوجد حتى اليوم تصنيف محدد للشركات المدنية إلا أن عماد هذه الشركات هو الاعتبار الشخص المتمثل في الثقة القائمة بين الشركاء، وقد أثير جدل حول الوجود الحقيقي للشركات المدنية.

- الشركات التجارية:

عرّف القانون المدني الشركات في القسم الخاص بالعقود المسماة في العقود التي ترد حق الملكية تحت عنوان الشركات في المادة (٤٧٣) وما بعدها، والشركات التجارية هي جماعة من الأشخاص تتجمع في شخصية معنوية في إدارة واستثمار عمل تجاري بهدف تحقيق ربح مادي يتم اقتسامه فيما بينهم، كل بنسبة إسهامه في رأسمال الشركة، ولا يشترط بالضرورة تحقيق الربح، بل قد تتحقق خسارة وبالتالي يتقسمونها أيضاً كل بنسبة إسهامه في رأس مالها، ويقضي المبدأ العام في قانون الشركات بأن جميع الشركات التجارية المؤسسة وفق أحكام القانون المذكور تتمتع بالشخصية الاعتبارية ماعدا شركات المحاصة، وربط اكتساب هذه الصفة بمواجهة الغير بشهرها وفق الأحكام التي تم وضعها لذلك^{٥٣٠}.

- Gérard Cornu Droit - Introduction- Les personnes- op .cité .page:343.

-MALAURIE -op cité-page :156.

- Charbonnier-- op .cité. .page:721.

٥٣٠ - المادة (٣) من قانون الشركات السوري رقم (٣) لعام ٢٠٠٨

- الجمعيات:

تُعَدُّ الجمعيات من التنظيمات الجماعية للأشخاص الطبيعيين، أو الاعتباريين المستمرة لمدة محددة لغرض معين، دون أن يكون هدفها الحصول على الربح وتقاسم الثروة الناجمة عنه، وتتمتع الجمعيات التعاونية المؤسسة وفقاً لأحكام القانون بالشخصية الاعتبارية في حدود الغرض التي أنشئت لتحقيقه، كما تخضع للاعتراف الخاص، ويحكم عمل الجمعيات التعاونية في سورية نظامان أحدهما عام يتعلق بكل أنواع الجمعيات، وآخر خاص يتعلق بالجمعيات التعاونية السكنية، وتتعدد أنواع وأشكال الجمعيات وتزداد مساحة انتشارها ، وتتنوع أهدافها وأغراضها حتى أصبح من الممكن القول إنه في كل في بيت أكثر من جمعية سواء كانت خيرية أو علمية أو ثقافية أو اجتماعية أو فنية أو رعية أو جهوية أو مهنية، أو بيئية ، وكم كان مفيداً لو أن النتائج كانت متلائمة مع أعداد الجمعيات وأغراضها، ولا يوجد تقويم يمكن الرجوع إليه عن واقع هذه الجمعيات.

- المؤسسات الخاصة:

عَدَّ المشرع السوري المؤسسات في المادة (٥٤) من القانون المدني من الأشخاص الاعتبارية، كما فعل أكثر المشرعين إلا أنه لم يعرف هذه المؤسسات، ولم يضع لها إطاراً تنظيمياً خاصاً بها الأمر الذي جعل هذه المؤسسات بعيدة عن الواقع العملي، ويمكن أن تظهر تحت اسم شركات مدنية أو جمعيات تعاونية، وهذا الأمر دعا المشرع المصري إلى إصدار القانون رقم (٣٢) لعام ١٩٦٤ الذي نظم هذه المؤسسات، وسمّاها المؤسسات الخاصة تمييزاً لها عن المؤسسات العامة، وتعدُّ المؤسسات الخاصة من مجموعات الأموال، وتعني تخصيص مال لعمل ذي صفة إنسانية، أو دينية، أو علمية، أو فنية، أو رياضية، أو لأي عمل من أعمال البر والإحسان والإعانة الاجتماعية، أو للنفع العام، وبحسبان أن هذه المؤسسات غير

معروفة في النظام القانوني السوري كنظام متكامل، بحسبان أن قانون الجمعيات رقم (٩٣) لعام ١٩٥٨ يفي بالغرض، وكان القانون المدني قد وضع عنواناً للجمعيات والمؤسسات الخاصة إلا أنه لم يتعرض للمؤسسات الخاصة، ومع أنه أخذ العنوان من القانون الفرنسي الذي فصل في كل من الجمعيات والمؤسسات الخاصة سواء لجهة إنشائها وتنظيمها وإدارتها، وكذلك بالنسبة للحقوق والالتزامات، ويمكن الإحالة في هذا الأمر إلى المؤسسات القانونية ذات الصلة^{٥٣١}، وعلى الرغم من النقص التشريعي في مجال إحداث المؤسسات الخاصة على الصعيد الوطني، والتي تتخذ الصفة العائلية في أكثر الأحيان، وتهدف إلى تحقيق أغراض اجتماعية كذلك المتعلقة برصد مبالغ من أجل الزواج، أو التعليم، أو إشادة المساكن لأفراد الأسرة^{٥٣٢}، وتنشأ عادة بإرادة من رصد المال لتحقيق غرض محدد، وتتخذ شكل الجمعية دون أن تتمتع بالضرورة بخصائص الجمعية، لأن الشخصيات الاعتبارية المؤسسة والمشهرة وفقاً للقانون تتمتع بالحماية القانونية من كل اعتداء يقع عليها، وذلك من خلال الحقوق الملازمة لها أما الكيانات التي تنشأ بين الأفراد دون نظام قانوني فإنها لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية أو الحماية القانونية^{٥٣٣}.

رابعاً- حماية الشخص الاعتباري وحماية الشخص الطبيعي:

يترتب على قيام الشخص الاعتباري بوصفه كائناً وجودياً غير حي تمتعه بالشخصية القانونية، وصلاحيته لاكتساب الحقوق، وتحمل الالتزامات، إلا أن

٥٣١ - د. حسن كيرو - المرجع السابق ص- ٦٩٥-٧٠١، ود. عبد الحي حجازي- المرجع السابق ص- ٥٢٥-٥٢٨، ود. عبد السلام

علي المزوعي - المرجع السابق ص- ٢٨٢-٢٨٥، ود. علي حسين نجيدة - المرجع السابق ص- ٢١٥-٢١٨، وانظر أيضاً:

- Charbonnier— op. cité. .page 703-706.

٥٣٢ - المادة (٨٠) من القانون المدني السوري والتي عرفت بأنها رصد مجموعة من المال لتحقيق غرض اجتماعي.

-(La fondation a pour objet l'affectation de biens en faveur d'un but spécial).

٥٣٣ - د. حسن كيرو - المرجع السابق ص ٦٩٥-٧٠١، و: 179-180 -p cité -Philippe MALAURIE

شخصيته القانونية تختلف مع الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في جوانب وتتفق معها في جوانب، ونشير هنا إلى بعض جوانب الاختلاف دون تلك التي تتعلق بالاتفاق لأن الأصل أن الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق ويحمل جميع الالتزامات إلا ما كان منها ملازماً للصفة الإنسانية. فلقد حددت بعض التشريعات مثل القانون المدني السويسري أوجه الاختلاف بين الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري على سبيل المثال في مسألتَي الجنس، والعمر أو علاقات القرابة، (telles que le sexe, l'âge ou la parenté)^{٥٣٤}، ومهما كان البيان، يمكن أن نحدد بعض أهم الحقوق الملازمة للصفة الإنسانية التي لا يتمتع بها الشخص الاعتباري باتفاق الفقهاء، والحقوق الملازمة لصفة الإنسان التي يقع خلاف فقهي بإمكانية تمتع الشخص الاعتباري بها. مع الأخذ بالحسبان فكرة تخصيص الشخص الاعتباري بعكس الشخص الطبيعي الذي لا يمكن تخصيصه لغرض معين أو هدف محدد فهو صاحب اختصاص وصلاحيّة مطلقة في اكتساب الحقوق مالم يقضِ النص التشريعي بخلافه.

حقوق ملازمة للشخص الاعتباري محل خلاف:

يوجد خلاف فقهي حول مدى تمتع الشخص الاعتباري ببعض الحقوق الملازمة للشخص الطبيعي بسبب طبيعة تلك الحقوق الأقرب إلى الصفة الإنسانية، ونذكر منها على سبيل المثال الآتي:

٥٣٤ - انظر كل من:

- Tercier : op . cité . page:75-. -Philippe MALAURIE -op cit-page :153

-Les frères Mazeaud- op sit. Page :312

وانظر أيضاً: دحسن كره- المرجع السابق - ص٦٤٢-٦٤٦، ود. رمضان أبو السعود - الوسيط- ص٣٦٠-٣٦٣، ود.علي حسن نجيدة- المرجع السابق- ص ٢٨٢-٢٨٥، ود. هشام القاسم -المرجع السابق- ص٤٢١، ود.عبد السلام علي المزوغي- المرجع السابق- ص٢٥٩

أ- الحقوق الفكرية:

يثار جدل حول مدى تمتع الشخص الاعتباري بالحقوق الفكرية، ولاسيما منها الحق المعنوي للمؤلف، حيث يعدّ بعضهم أن هذا الحق من ثمار العقل الإنساني وإبداعاته، ويظهر في حالة نفرد وتجلي ووعي وحالة نفسية لا يمكن تصور قيامها إلاّ عند الإنسان وبالتالي يستحيل إعطاء الحق المعنوي للمؤلف إلى الشخص الاعتباري الذي يفقّد إلى الخلق والإبداع المحصور في ذهن البشري^{٥٣٥}، ويعد مؤلفاً الشخص الذي يبتكر أثراً أدبياً أو فنياً، أو الذي يبتكر مصنفاً في الآداب والفنون والعلوم^{٥٣٦}، وعلى هذا يمكننا القول إنّ المؤلف هو الشخص الذي يخرج الفكرة من إطارها الذاتي الداخلي إلى العالم الخارجي في مصنفات متنوعة ومختلفة، بحيث يكون لها أثر خاصّ متميّز عما سبقها^{٥٣٧}. فالمؤلف هو من ينشر المصنف منسوباً إليه سواءً بذكر اسمه على المصنف أو بأية طريقة أخرى بما في ذلك استعماله اسماً مستعاراً إلاّ إذا قام الدليل على غير ذلك^{٥٣٨}. ولا يكون بالمبدأ إلاّ شخصاً طبيعياً باعتباره يتمتع بخاصية التفكير، وأن الأشخاص المعنوية لا تملك القدرة على التفكير، إلاّ أن الواقع الراهن يشير إلى إمكانية إعطاء الشخص المعنوي لحق المؤلف وهذا ما يتم من قبل الجامعات الحكومية حيث يقوم أعضاء الهيئة التدريسية فيها بالتأليف إلا أنها هي التي تملك على المؤلف كل السلطات بما فيها حمل الاسم والتعديل وإعادة النشر وغيره، حيث تستخدم

٥٣٥ - د. حسن كيرة - المرجع السابق - ص ٦٤٣-٦٤٤، وانظر أيضاً:

- Gabriel Marty et Pierre Raynaud-Droit Civil-op.cit- page :933

٥٣٦ - د. عبد الله مبروك النجار - اقتراض الشخصية وأثاره في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون - الطبعة الأولى - دار النهضة

العربية - ١٩٩٦ ص ٢١٧-٢١٨ و:

Marty et Raynaud- Droit civil - 3éd. - les personnes- 1976,p :1280 .

٥٣٧ - د. محمد واصل - المرجع السابق - ص ٣٩٨

٥٣٨ - المادة (١) من قانون حق المؤلف السوري رقم (١٢) لعام ٢٠٠١.

الأشخاص المعنوية أشخاصاً طبيعيين ليقوموا بعملية التفكير عنها لحسابها ومصالحاتها، ويمكن اعتبارها على سبيل المجاز مؤلفاً^{٥٣٩}، وقد نصت المادة (١٣) من قانون حق المؤلف السوري على أن ((تتمتع هيئات البث الإذاعي أو التلفزيوني بحق يخولها منع أي استغلال لبرامجها بغير ترخيص كتابي مسبق منها وبعد استغلالاً محظوراً بهذا المعنى أي نسخ من هذه البرامج أو إعادة البث الإذاعي أو التلفزيوني لها إلى الجمهور أو بيعها أو تأجيرها))، وجاء في المادة (٣١) منه أن ((المصنف الذي يشترك في وضعه شخص أو أكثر بتوجيه من شخص طبيعي أو اعتباري ويندمج عمل المشتركين فيه في الفكرة العامة الموجهة من هذا الشخص الطبيعي أو الاعتباري حيث يكون من غير الممكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة يعدّ الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي وجه ابتكار هذا المصنف ونظمه مؤلفاً ويكون له وحده الحق في التمتع بحقوق المؤلف وحمايتها)) كما أن الاتفاقية العربية لحقوق المؤلف قد نصت على أنه ((إذا ابتكر المصنف لحساب شخص طبيعي أو معنوي خاص أو عام، فإن حقوق التأليف تثبت للمؤلف، ويجوز للتشريع الوطني أن ينص على أن الشخص المعنوي هو صاحب الحق الأصلي إلا إذا نص الاتفاق على ما يخالف ذلك كتابة))^{٥٤٠}، وقد حسم الأمر في النصوص المذكورة على جواز تمتع الشخص الاعتباري بالحقوق الفكرية على قدم المساواة مع الشخص الطبيعي.

ب- الحق في حرية الحركة:

يقوم خلاف حول مدى تمتع الشخص الاعتباري بالحرية التي يتمتع بها الشخص الطبيعي. إلا أن الرأي السائد أن الشخص الاعتباري يتمتع بحرية الحركة

٥٣٩ - د. عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني - ج ٨- دار النهضة - ١٩٦٧ - ص ٣٢٦.

٥٤٠ - المادة (٤/ب) من الاتفاقية العربية لحق المؤلف الموقعة في بغداد في ١٩٨١/١١/٥ والمصدقة من الحكومة القطرية بالمرسوم

رقم (٥٠) لسنة ١٩٨٦ - مجموعة تشريعات قطر ١٩٦١ - ١٩٩٠ - المجلد الأول - وزارة العدل - ص ٤١٩ - ٤٢٧.

التي يتمتع بها الشخص الطبيعي، ويعبر عنها في أكثر الأحيان بالحرية الاقتصادية والمنافسة أو المزاومة المشروعة، وكذلك الأمر بالنسبة لمسألة الحق في حماية الحياة الخاصة والحق في الشرف، والحق في الاسم إلا أن هذه المسائل قد حسمت لمصلحة الشخص الاعتباري^{٥٤١}.

خامساً- تخصيص الشخص الاعتباري:

يعدُّ مبدأ تخصيص الشخص الاعتباري من الأسباب الجوهرية للتمييز بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي. فالشخص الاعتباري تنحصر صلاحياته أو سلطاته في حدود الحقوق والالتزامات المرتبطة بالغرض الذي أحدث أو أنشئ لأجله، فشخصيته مرتبطة بهدفه يعيش معه وتنتهي حياته به ويقال إنَّ شخصيته هي شخصية وظيفية (fonctionnelle Personnalité) وبذلك يخضع الشخص الاعتباري لمبدأ التخصيص الذي يقوم على أساس محدودية حقوقه في حدود غرضه وأهدافه فهي لا تكون ولا تقوم ولا تحدث إلا لغرض محدد فلا تقوم شخصية اعتبارية دون هذا التحديد أو التخصيص الذي يكون مصدره القانون أو إرادة المؤسسين للشخص الاعتباري أو النظام الذي تم وضعه وإقراره لهذه الغاية، وبالتالي نميز بين نوعي التخصيص وفق الآتي:

١ - تخصيص تشريعي:

يحدد المشرع في صك إحداث الشخص الاعتباري وظيفته وهدفه في مجال معين أو في قطاع محدد. فالشركات التجارية تهدف إلى تحقيق الربح وتقاسمه بحسب الحصص أو الأسهم، والجمعيات بكل أشكالها وأنواعها تخصص كل منها لغرض معين في مجال الثقافة أو الاجتماع أو أعمال البر، أو في الحقل الاجتماعي أو الرياضي أو السكني، أو دعم المتفوقين في مجال من مجالات

العلوم أو الفنون، ويرتب المشرع عادة الجزاء على مخالفة التخصيص أو الغرض وقد يكون الجزاء عقابياً بفرض عقوبة شخصية على من خالف الغرض والتنظيم المؤسسي للجهة المعنية^{٥٢}، أو مدنياً^{٥٣}، أو إدارياً^{٥٤}، ويظهر مبدأ التخصيص ويؤثر على فكرة الأهلية بحسبانها من الحقوق الملازمة للشخصية الاعتبارية وفقاً لما نراه لاحقاً. أما الشخص الطبيعي فيوجد لذاته ولا يحتاج إلى اعتراف من قبل أحد فلا يخصص لذاته لغرض أو هدف معين، لأنه قيمة أسمى من كل القيم وكل حق مهما كان اسمه أو نوعه يرتبط به أصلاً، ثم إنه يتمتع بكل الحقوق وصلاح لتحمل كل الالتزامات طالما أن ذلك لا يخالف القانون أو النظام العام أو الآداب العامة.

٢- تخصيص نظامي^{٥٥} :

يقصد بالتخصيص النظامي تحديد نشاط الشخص الاعتباري في عقد التأسيس أو في النظام الداخلي، والذي يحدد فيه غرضه الاجتماعي أو الثقافي أو غيرهما الذي يسعى لتحقيقه، وبالتالي فإن نشاط الشخص وأهليته تنحصر في حدود التخصيص دون تجاوز، وإذا ما تم ذلك فإنه يكون باطلاً، كما أنه للجهة الحكومية المشرفة عليه اتخاذ إجراءات إدارية تصل إلى الحل، ولكل عضو فيه أن يطالب بإبطال التصرفات التي يخرج فيها الشخص الاعتباري عن مبدأ التخصيص الذي ورد عليه النص في عقد التأسيس أو في النظام المعتمد من قبل السلطات

٥٤٢ - المادة (٨٥) من قانون الشركات السوري.

٥٤٣ - الفقرة (٢) من المادة (٤) من قانون الشركات السوري.

٥٤٤ - الفقرة الأولى من المادة (٤) من قانون التجارة المواد (٧٢ و ١١٩ و ١٧٢ و ١٩٦ من قانون الشركات السوري).

- Gabriel Marty et Pierre Raynaud-Droit Civil -op.cit- page :935

٥٤٥ - انظر :

المختصة^{٥٤٦}، وعلى هذا، نستبعد من الحقوق الملازمة للشخص الاعتباري تلك الملازمة لصفة الشخص الطبيعي سواء كانت محل اتفاق أم كانت محل خلاف.

المبحث الثاني

الحقوق الملازمة للشخص الاعتباري

إذا كان الجدل والخلاف قائماً حول الشخص الاعتباري ذاته فإنه يكون أعمق عندما نبحث في حقوق هذا الشخص ومدى مقاربتها من حقوق الإنسان. لذلك، سنحدد بعض المفاهيم التي تقوم عليها نظرية حقوق الشخصية الاعتبارية بعد أن تمّ تحديد هذه الشخصية وبيان مقوماتها وأنواعها، سواء كانت تتضوي تحت أحكام القانون العام، أم كانت في قائمة الأشخاص التي تخضع لقواعد مختلطة، أو كانت تخضع من جميع الوجوه إلى أحكام القانون الخاص. كما أن البحث في حقوق الشخصية الاعتبارية يجعلنا نفق عند حدود الحقوق التي ترتبط به ارتباطاً وجودياً فتجعله يؤدي وظيفته التي خلق من أجلها.

أولاً- الذمة المالية للشخصية الاعتبارية^{٥٤٧}:

يقضي المبدأ القانوني أن للشخصية الاعتبارية ذمة مالية مستقلة عن الأشخاص أو الأعضاء المؤسسين لها، إلا أن هذا المبدأ لا يسري على إطلاقه، إذ تدمج هذه الذمة مع ذمة المؤسسين أو الشركاء كما هو الحال في شركات

٥٤٦ - د. عبد المحي حجازي- المرجع السابق - ص ٥٤٣-٥٤٤، ود. حسن كبره- المرجع السابق- ص ٦٤٦،

٥٤٧ - د. محسن النيسة- شرح القانون المدني الكويتي- نظرية الحق- مكتبة الصفا - الكويت- الطبعة الأولى ١٩٩٤- ص-

التضامن وشركات التوصية البسيطة^{٥٤٨}. مع ذلك فإن الأمر يتطلب تعريف الذمة المالية وبيان طبيعتها، وتحديد خصائصها، وفائدتها.

- تعريف الذمة المالية وطبيعتها القانونية:

تتعدد تعريفات الذمة المالية للشخصية القانونية سواء كانت شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً، كما تتمتع الذمة المالية بطبيعة قانونية خاصة، ومنها: أنها مجموع ما يثبت للشخص من حقوق وما عليه من التزامات في الحاضر والمستقبل^{٥٤٩}، أو هي وعاء افتراضي للحقوق ذات القيمة المالية، أو هي جزء من المجال القانوني الذي يعمل فيه الشخص الاعتباري والمحرك الأساسي لنشاطه^{٥٥٠}.

و تُعدّ الذمة المالية وفقاً للتعاريف المتداولة لها أشبه بالصندوق المالي للشخصية الذي يحتوي مجموع ما لديها من مال ومجموع ما عليها من ديون دون أن تمثل رصيذاً حسابياً بينهما، وبغض النظر عما إذا كان الرصيد دائماً أو مديناً، وهي ملازمة له من وقت إجراءات التأسيس أو الترخيص أو الاعتراف وحتى انتهاء حياته وتستمر حتى مرحلة التصفية، وتشكل الضمان العام للوفاء بالالتزامات بما فيها من حقوق شخصية أو حقوق عينية، وللدائنين أن يقسموها عند عدم الوفاء بديونهم قسمة غرماء مالم يخصص جزء للوفاء ببعض الديون عن طريق الرهن أو التأمين^{٥٥١}. وفي جميع الأحوال تتمثل الذمة المالية بالكيان

٥٤٨ - د. محمد إبراهيم نسوقي - المرجع السابق - ص ٣١٢.

٥٤٩ - د. محمد وحيد الدين سوار - دليل التمارين العملية في المدخل للعلوم القانونية - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان -

الأردن - ١٩٩٣ - ص ١٨١، و د. حسن كيزه - المرجع السابق - ص ٤٩٩، د. إدريس العلوي العبدلاوي - المرجع السابق -

ص ١٩١

٥٥٠ - د. محمد حسنين - المرجع السابق - ص ١٣٩.

٥٥١ - د. جميل الشركاوي - دروس في أصول القانون - دار النهضة العربية - ١٩٧١ - ص ٣٣٧، و د. محمد حسنين المرجع

السابق - ص ١٤٠ - ١٤١

الاقتصادي للشخصية، وتتفق الطبيعة القانونية للذمة المالية مع مفهوم الذمة المالية للشخص الطبيعي.

ثانياً- خصائص الذمة المالية للشخصية الاعتبارية^{٥٥٢}:

تُعَدُّ الذمة المالية من الحقوق الملازمة للشخصية الاعتبارية وعنصر عناصرها وهي بصفاتها تلك تتمتع بمجموعة من الخصائص لا تبتعد عن خصائص الحقوق الملازمة للشخص الطبيعي ويترتب على الطبيعة الخاصة للذمة المالية الخصائص الآتية^{٥٥٣}:

١- الذمة المالية من الحقوق الملازمة للشخصية الاعتبارية: لا توجد ذمة مالية إلا مع وجود الشخصية القانونية لأنها تترادف معنى اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ولا توجد شخصية قانونية دون ذمة مالية، وإنَّ الشخصية الاعتبارية هي شخصية مالية، فكل شخصية ذمة مالية حتماً ولا تقوم شخصية اعتبارية بلا ذمة مالية، ولا توجد سوى ذمة مالية واحدة لا تتعدد ولا تنجزاً، ولا تقبل التنازل، أو التصرف كلاً واحداً بل ينصب التصرف على بعض عناصرها المكونة لها. فالحقوق يحل بعضها محل بعض وكذلك الالتزامات.

٢- الذمة المالية مال مخصص لغرض محدد: يقال إنَّ الذمة المالية هي مجموعة الأموال المخصصة لتحقيق غرض معين، وهي كتلة واحدة لا تقبل التجزئة، وتخضع لنظام قانوني واحد، وبالتالي هي ليست عامة وشاملة بل محصورة بغرضها، وبالتالي لا حاجة إلى وجود الشخص الاعتباري كي تسند إليه

٥٥٢ - د. علي حسن نجيد - المرجع السابق - ص ٢٤٤-٢٤٥، ود. رمضان أبو السعود - الوسيط - مرجع سابق - ص ٣٠٤ -

٣٠٥، ود. هشام القاسم - المرجع السابق - ص ٣٦٦-٣٦٨.

٥٥٣ - د. جلال علي العدوي ود. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص ٨٣-٩٠، ود. هشام القاسم - المرجع السابق -

ص ٣٦٥-٣٦٨، ود. محمد حسنين المرجع السابق - ص ١٤١-١٤٧

الذمة المالية لأن المسألة افتراضية وليست حقيقية، فهي جانب من الثروة مخصص لغرض معين، وبالتالي يمكن أن تتعدد الذمم المالية للشخص الطبيعي تبعاً للتخصيصات التي يحددها، والذمة المالية لا تحتوي إلا على الحقوق المالية وبالتالي فهي لا تشمل على الحقوق السياسية وحقوق الأسرة، وحقوق الشخصية.

٣- الذمة المالية وحدة قانونية مستقلة عن عناصرها: لا تقوم أية رابطة قانونية بين الذمة المالية والشخصية القانونية، ولا يَحْتَم أن يكون لكل شخص ذمة مالية. فقد لا تكون له حقوق والتزامات متقابلة، وإن القول بأنها مجموع ماله للشخص من حقوق والتزامات فيه خلط بين الشخصية القانونية ذاتها وبين مفهوم الذمة المالية لها.

ثالثاً- أهلية الشخص الاعتباري:

تُعَدُّ الأهلية من الحقوق الملازمة للشخص الاعتباري يتمتع بها كالشخص الطبيعي مع بعض الشروط الخاصة بطبيعة الشخص المذكور، ويقوم معيار الشخصية القانونية على أساس الصلاحية أو القدرة على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات. لذلك فإن صفة الشخصية القانونية مرتبطة إلى حد بعيد بالأهلية التي نص المشرع على أنها من مكونات الشخص الاعتباري، وهنا يجب تعريف الأهلية وبيان أنواعها، وإقامة التفريق بينها وبين أهلية الشخص الطبيعي.

١- أهلية الوجوب للشخص الاعتباري^{٥٥٤}:

تُعَدُّ أهلية الوجوب من أهم عناصر الشخصية القانونية سواء كانت شخصاً طبيعياً، أو شخصاً اعتبارياً بحسبان أن الغاية من الاعتراف القانوني بوجود هذه

٥٥٤- د. رمضان أبو السعود - الوسيط - مرجع سابق - ص ٣٥٩ - ٣٦٣ ود. عبد الحمي حجازي - المرجع السابق - ص ٥٤١ -

٥٤٤، ود. علي المزوعي - المرجع السابق - ص ٢٥٧ - ٢٦٠.

الشخصية هو الاعتراف بإسناد الحقوق إليها وحمايتها. لذلك نعرض تعريف أهلية الوجوب ومعياريها وفق الآتي:

وتعرّف أهلية الوجوب للشخص الاعتباري بأنها الصلاحية أو السلطة المعبأة له في اكتساب الحقوق سواء كانت حقوقاً عينية تتعلق بحق ملكية العقار أو المنقول أو بحق الانتفاع أو بحقوق الاتفاق الطبيعية والقانونية والاتفاقية، أو في أجارة الوقف واستبداله، أم تعلقت باكتساب الأموال النقدية أو في أن يكون دائناً للغير سواء كان محل الدين القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، كما تعني أهلية الوجوب أيضاً صلاحية الشخص الاعتباري لتحمل الالتزامات أو أن يكون مديناً للغير سواء كان هذا الغير شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً آخر.

يقضي المبدأ القانوني أن صلاحية أو إمكانية اكتساب الشخص الاعتباري للحقوق ليست مطلقة كما هو عليه الحال بالنسبة للشخص الطبيعي لأنها محدودة أو مقيدة بحسب الغرض الذي أقيم الشخص الاعتباري لأجله بحسبان أن الشخصية الاعتبارية هي شخصية وظيفية تؤدي دوراً محدوداً في أحد المجالات الاجتماعية أو الثقافية أو الرياضية .

٢- أهلية الأداء للشخص الاعتباري:

تُعدّ أهلية الأداء الوجه الحركي للأهلية العامة للشخصية لأن أهلية الوجوب تتمثل في اكتساب الحقوق والتمتع بها أما أهلية الأداء فتتمثل في القدرة على إبرام التصرفات وتحمل نتائجها بما في ذلك من مسؤولية مدنية أو جزائية. لذلك سنبين

تعريف أهلية الأداء وكيفية ممارستها من خلال النائب الذي افترضه المشرع لكل شخص اعتباري^{٥٥٥}.

و تُعرّف أهلية الأداء أنها صلاحية الشخص الاعتباري لإجراء التصرفات القانونية وتحمل الالتزامات الناشئة عنها وأساسها التمييز بين ما هو نافع وما هو ضار، كما ترتبط هذه الفكرة إلى حد بعيد بمبدأ سلطان الإرادة والتعبير عنها بالكلمة أو بالكتابة أو بالإشارة، وهذه من المسائل المرتبطة أصلاً بالشخص الطبيعي لأنه وحده يملك هذه الصفات، ويتطبيق شروط أهلية الأداء على الشخص الاعتباري نجد أنه لا يتمتع بأهلية الأداء لأنه لا إدراك له ولا عقل يفكر من خلاله للتعبير عن إرادته^{٥٥٦}. إلا أن هذه الإشكالية في أهلية الأداء تتم حلها بالنسبة للشخص الطبيعي عندما يكون قاصراً، أو يتعرض لعارض من عوارض الأهلية كالجنون والعته حيث ينوب عنه شخص آخر يمثله، ويعبر عن إرادته في إجراء التصرفات وفق الضوابط الموضوعية لهذه الغاية، إلا أن المشرع قد نص على أن يكون للشخص الاعتباري (نائب يعبر عن إرادته)^{٥٥٧}، وبذلك يكون قد تجاوز مسألة الإدراك والتمييز وأقر بأن الشخص الاعتباري يملك أهلية أداء بواسطة نائبه الشخص الطبيعي الذي يملك وحده هذه الصفة، وأن هذا الشخص الطبيعي يعبر عن إرادة الشخص الاعتباري ومصلحه وليس عن إرادته الشخصية المحضة^{٥٥٨}.

٥٥٥ - د. حسن كيرو - المرجع السابق - ص ٦٥٥-٦٦٠، ود. رمضان أبو السعود - الوسيط - مرجع سابق - ص ٢٦٢-٢٧٠،

ود. علي حسن نجيدة - المرجع السابق - ص ٢٩٤-٢٩٧، ود. عبد السلام علي المزوغي - المرجع السابق - ص ٢٦٦-٢٦٢،

ود. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - ص ٥٤٤.

٥٥٦ - د. محسن البيسة - المرجع السابق - ص ٤١٩.

٥٥٧ - المادة (٣/٥٥) مدني سوري، والمادة (٢/٥٣) مدني مصري، والمادة (١/٤٨) مدني عراقي، والمادة (٣/٥٣) مدني لبناني،

والمادة (٣/٩٣) معاملات إماراتي، والمادة (٥٠) مدني أردني،

٥٥٨ - د. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - ص ٥٤٤-٥٤٥..

و يتمتع الشخص الاعتباري بحق إبرام التصرفات القانونية التي تجعل منه دائماً أو مديناً بواسطة نائب عنه يمثله في إجراء هذه التصرفات، وأن هذا النائب هو شخص طبيعي دائماً لأنه الوحيد الذي يستطيع أن يعمل مبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود والمعاهدات والاتفاقيات التي تعدّ أبرز وسيلة قانونية للتصرفات التي تتم من قبل أشخاص القانون، وعلى هذا يمثل الدولة رئيسها، ويمثل الوزارة الوزير القائم عليها، ويمثل الإدارات والهيئات والمؤسسات والشركات العامة القائمون عليها من محافظين ورؤساء جامعات ومدراء عامين...إلخ. ويمثل الأشخاص الاعتبارية الخاص من يتولى الوظائف أو المهام الرئيسية فيها فقد يكون رئيس مجلس الإدارة أو المدير العام أو المدير التنفيذي أو أي شخص تمت تسميته لهذه المهمة في صك الإحداث، أو في النظام الأساسي، أو في النظام الداخلي، وتقوم فكرة النيابة في أهلية الأداء أن إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل (الشخص الاعتباري) في إجراء التصرفات التي يحتاجها لتحقيق الغرض الذي قام لأجله، ولقد ثار جدلٌ حول طبيعة النيابة التي يقوم بها النائب عن الشخص الاعتباري، وهل تنطبق عليها أحكام النيابة الواردة في القانون المدني. فقد ذهب بعض الآراء إلى القول إنها بمثابة الوكالة وتسري بشأنها أحكام الوكالة إلا أن هذا القول لا يستقيم لأن الوكالة تفترض تلاقي إرادتين هما إرادة الموكل وإرادة الوكيل وهذا غير متوفر في النيابة عن الشخص الاعتباري، وذهبت آراء أخرى إلى القول إنه نيابة قانونية عن الغير لأن القانون هو الذي نص عليها كنيابة الأب والجد العصبي عن القاصر الذي تحت ولايته، إلا أن هذه الآراء تؤدي إلى اعتبار الشخص الاعتباري عديم الأهلية وهذا غير سليم، بينما يرى غيرهم أنها نيابة جهازية أو تنظيمية، وأن هذا الكيان الذي هو الشخص الاعتباري لا يستطيع أن يعمل إلا من خلال هذا التنظيم الذي يقتضي بالضرورة وجود شخص يباشر النشاط الاجتماعي أو الجماعي

باسمه وهو يجمع صفة الوكالة وصفة النيابة^{٥٥٩}. فمهما كانت الآراء التي قيلت بشأن طبيعة النيابة عن الشخص الاعتباري فحقيقة الأمر أنها نيابة مجازية وأن هذا النائب لا يعدو كونه رسولاً ينقل إرادة الشخص الاعتباري الذي يقوم عليه المتمثلة في تطبيق القوانين والأنظمة النافذة في الدولة إذا كان يمثل أحد الأشخاص الاعتبارية العامة لأنه لا إرادة شخصية للممثل الشخص الاعتباري العام، بل تتمثل إرادته في السهر على إدارة الجهة التي يقوم عليها لتحقيق غرضها وفق القوانين والأنظمة النافذة في الدولة. أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية الخاصة فإنه يجب التمييز بين ما إذا كان النائب شريكاً متضامناً في المؤسسة أو الشركة التي ينوب عنها في شركات التضامن والتوصية البسيطة فعندئذ تكون إرادته مستمدة مباشرة من مصلحته وهو يعبر عن إرادة حقيقية للشخص الاعتباري في تحقيق أفضل الشروط لمصلحة تلك المؤسسة. أما في النيابة عن بقية الأشخاص الاعتبارية المختلطة والخاصة الأخرى فإن مهمة النائب نقل إرادة الجماعة من خلال مجالس الإدارة والهيئات العام والقوانين التي تخضع لها وتكون مهمته هو تنفيذ الإرادة المشتركة وعندئذ لا يعدو كونه رسولاً مبلغاً لا منشئاً مريداً وهي عندئذ نيابة مصدرها القانون ومضمونها يحدده النص التشريعي أو النظام الأساسي أو إرادة المجموعة التي يتألف منها الكيان^{٥٦٠}.

في الواقع إن الاعتراف للشخص الاعتباري بأهلية الأداء أدى إلى الاعتراف أيضاً بمسؤوليته المدنية والجزائية عن نشاطه الذي يباشره بواسطة القائمين عليه وتكون هذه المسؤولية كذلك التي يتحملها الشخص الطبيعي إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان وعلى ذلك سنعرض لمسؤولية الشخص الاعتباري المترتبة على الاعتراف له بأهلية الأداء وفق الآتي:

٥٥٩ - د. رمضان أبو السعود - الوسيط - مرجع سابق - ص ٣٦٥-٣٦٨.

٥٦٠ - د. محمد وحيد الدين سوار - النظرية العامة للالتزام - ج ١ - المطبعة الجديدة - دمشق - ١٩٧٧ - ص ٢٥٢.

أ- مسؤولية الشخص الاعتباري المدنية^{٥٦١}: يقوم الاتفاق بين التشريع والفقه على تحميل الشخص الاعتباري المسؤولية المدنية سواء كانت مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية، أو عن الأفعال أو الوقائع التي يقوم بها تابعوه وتلحق ضرراً أو أذى مادي أو معنوي بالآخرين، وتكون مسؤوليته بالتعويض عن تلك الأضرار وفق القواعد التي تجبر الضرر وبغض النظر عن الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية طالما أن السبب في إحداث الضرر هو النشاط أو التصرف الذي قام به الشخص الاعتباري بواسطة القائمين عليه، فيعد التصرف أو الفعل قد تم منه شخصياً.

ب- مسؤولية الشخص الاعتباري الجزائية: يقضي المبدأ العام في المسؤولية الجزائية بأنها شخصية يتحملها من ارتكب الفعل المجرّم دون سواه، وعليه فإن الشخص الاعتباري لا يتحمل المسؤولية الجزائية المترتبة على ارتكاب ممثليه أو تابعيه أفعالاً جرمية، ومع ذلك أقرت التشريعات المختلفة في الدول بالمسؤولية الجزائية للشخص الاعتباري كأثر من آثار الاعتراف له بالشخصية القانونية وبالأهلية بالقدر اللازم لتحقيق غرضه، وعلى ذلك جاء في قانون العقوبات السوري، أن الهيئات الاعتبارية مسؤولة جزائياً عن أعمال مديريها وأعضاء إدارتها وممثليها وعمالها عندما يأتون أفعالاً جرمية باسمها أو باستعمال الوسائل والأدوات العائدة إليها إلا أنه لا يحكم على الشخص الاعتباري إلا بالغرامة والمصادرة ونشر الحكم^{٥٦٢}، كما الحكم بوقف نشاط أو عمل كل نقابة، وكل شركة، أو جمعية، وكل هيئة اعتبارية ما خلا الإدارات العامة إذا اقترفت مديروها أو أعضاء إدارتها

٥٦١ - د. حسن كيرة - المرجع السابق - ص ٦٦١، ود. رمضان أبو السعود - الوسيط - مرجع سابق - ص ٢٧٠، ود. علي حسن

نجيده - المرجع السابق - ص ٢٩٨، ود. عبد السلام علي المزوغي - المرجع السابق - ص ٢٦١، ود. عبد الحي حجازي -

المرجع السابق - ص ٥٤٧.

٥٦٢ - المادة (٢٠٩) عقوبات سوري

أو ممثلوها أو عمالها باسمها أو بإحدى وسائلها جنائية أو جنحة مقصودة يعاقب عليها بسنتي حبس على الأقل^{٥٦٣}، كما يمكن الحكم جزائياً على الشخص الاعتباري بالحل إذا لم يتقيد بموجبات تأسيسه القانونية، أو إذا كانت الغاية من تأسيسه مخالفة القوانين، أو كان يستهدف في الواقع مثل هذه الغاية، وإذا خالف الأحكام القانونية التي رتب المشرع على مخالفتها جزاء الحل^{٥٦٤}.

رابعاً: موطن الشخص الاعتباري:

يُعدُّ الموطن حقاً من الحقوق الملازمة واللازمة للشخص الاعتباري، وعنصراً من عناصره وفقاً لما جاء في القانون. إذ نص البند(د) من الفقر(٢) من المادة(٥٥) من القانون المدني على أنه لكل شخص اعتباري ((موطن مستقل، ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته. والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في سوريا، يعتبر مركز إدارتها بالنسبة إلى القانون الداخلي، المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية))، وقد أفادت المادة (١٢) من قانون الشركات السوري أنه يجب أن تتخذ الشركات السورية مركزاً لها في سورية، ويحق لهذه الشركات فتح فروع لها داخل سورية وخارجها، وأن المركز المذكور هو موطن لها، ومركز الفرع هو الموطن المعتمد في كل ما يتعلق بنشاط الفرع المذكور. لذلك سنعرض موطن الشخص الاعتباري، وسنحاول تحديد طبيعته وأنواعه في ضوء النص والاجتهاد في المطالب الآتية:

١- تعريف موطن الشخص الاعتباري:

يعرّف الموطن بأنه المركز القانوني لنشاط الشخص الاعتباري في دولة أو في مكان ما يفترض وجوده فيه، وهو المكان الذي يتعين على كل ذي مصلحة أن

٥٦٣ - المادة(١٠٨) عقوبات سوري.

٥٦٤ - المادة (١٠٩) عقوبات سوري.

يراجعه أو أن يخاطبه فيه، وهو في الأصل من الحقوق الخاصة بالإنسان لأنه مصطلح مشتق من كلمة وطن، والوطن في اللغة هو منزل الإنسان ومحل الذي يقيم فيه، وكل مكان أقام فيه هو موطن له^{٥٦٥}، وللموطن أهمية كبيرة في حياة الشخص سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً.

وقد عرفت محكمة النقض السورية الموطن بشكل عام أنه ((المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، مما ينبني عليه أن وجود الشخص في مكان معين في فترات متقطعة لا يوجب اعتبار هذا المكان موطناً له بالإضافة إلى موطنه الأصلي))^{٥٦٦}، وقالت أيضاً إن ((الموطن في القانون العام هو المكان الذي يقيم فيه الشخص المطلوب تبليغه عادة، ويجوز أن يكون للشخص الواحد أكثر من موطن، وقد عرّفه الاجتهاد القضائي بأنه المنزل حيث الإقامة الدائمة))^{٥٦٧}، وقالت أيضاً ((إن كلمة الموطن تشمل في صدد التبليغ كل موطن سواء أكان دائماً أو مؤقتاً أو قانونياً أو مختاراً أو موطن أعمال))^{٥٦٨}. أما بالنسبة للشخص الاعتباري فإن موطنه هو المكان الذي توجد فيه المؤسسات الرئيسة للمشروع^{٥٦٩}، وقالت عنه محكمة النقض الفرنسية أنه مركز الشخص الاعتباري (La siége social)، وهو المكان الذي توجد فيه الإدارة للرئيسة للمشروع القانونية والمالية

٥٦٥ - انظر لسان العرب - ابن منظور - حرف - (الوار).

٥٦٦ - نقض - قرار رقم ٢١٤٢ أسس ٧٣٩٣ تاريخ ١٩٩١/٧/٣٠ - محامون ص ٨٢٣ لعام ١٩٩١.

٥٦٧ - نقض أسس ٤٦٥ - قرار رقم ٣١٨ تاريخ ١٩٩٦/٦/٨. كتاب قانون الإجراءات بين الفقه والاجتهاد. القاضي كامل الشيخ قاسم - الجزء الأول - صفحة ٨٠.

٥٦٨ - قض قرار رقم ٢٠٣ تاريخ ١٩٦٤ / ٦ / ٨ - مجلة القانون لعام ١٩٦٤ - ص ٤٨٣ .

٥٦٩ - انظر القاموس القانوني (Larousse) والذي بين موطن الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري:

((Le Code civil définit le domicile comme étant le lieu où une personne possède son principal))

établissement. De son côté, la résidence est conçue comme une situation de fait).

- Le "siège" est le lieu où une entreprise a son principal établissement , c'est son domicile légal

والتقنية وليس بالضرورة مكان الاستثمار أو الاستغلال حيث توجد إدارة ثانوية^{٥٧٠}، أو هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته الرئيس أو مركز إدارة الفرع فيما يتعلق بنشاط الفرع المذكور، أو مركز الإدارة المحلي إذا الشخص الاعتباري أجنبياً^{٥٧١}.

٢- أهمية الموطن:

تتجلى أهمية الموطن بالنسبة للشخص الاعتباري في أنه المكان الوحيد الصالح أصلاً لتلقي كل ما يتعلق به من تبليغات أو إنذارات، أو إعلانات، أو إخطارات أو شكاوى، ولا يجوز توجيه هذه الوثائق إلا إلى الموطن المذكور، وإن توجيهها إلى القائمين على الشخص الاعتباري أو إلى النائب عنه في موطنهم يكون باطلاً، ولا ينتج أي أثر قانوني في مواجهة الشخص الاعتباري لأن موطن الشخص الاعتباري مستقل عن الموطن الشخصي لأعضائه، أو الشركاء فيه، أو القائمين عليه، وهو خاص به ويجب أن يؤخذ بالحسبان هذا الموطن عند إقامة الدعاوى عليه أو عند تبليغه السندات أو الأوراق القضائية. إلا أنه على الرغم من اعتبار الموطن من الحقوق الملزمة للشخص الاعتباري، فإن المشرع تجاهل هذه الصفة في معرض تبليغ الأوراق القضائية إذ وضعت المادة (٢٥) من قانون أصول المحاكمات السوري المبدأ الذي يقضي بتسلم تلك الأوراق في مركز الشركة، أو في مقر الجمعية، أو في فرع الشركة الأجنبية إلى أشخاص محددين هم: رئيس مجلس إدارة الشركة، أو مديرها، أو أحد الشركاء المتضامنين، أو

٥٧٠ - انظر نقض فرنسي في ١٧/٧/١٩٣٥ والذي جاء فيه: —

— ((Le lieu de siège est principe ce lui o ù l'entreprise a principalement directions juridique, financière, administrative technique, et non celui où elle a seulement une exploitation une direction de caractère secondaire) - gaz-pal. 1936-1-41.

وانظر أيضاً: د. رمضان أبو السعود - الوسيط - مرجع سابق - ص ٢٧٣.

٥٧١ - وفق أحكام المادة (٥٥) من مئني سوري.

النائب عن الشخص الاعتباري ، أو وكيل الشركة الأجنبية، إلا أنها عادت وأجازت تبليغها في حال عدم وجود أي من هؤلاء في مركز إدارة للشركة، أو عدم وجود مركز لها جاز تسليمه لشخص أي من المذكورين أينما وجد، أو في موطنه^{٥٧٢}، ويعدّ هذا تجاهلاً لدور وأهمية موطن الشخص الاعتباري وهذا بخلاف ما هو عليه الحال في القانون السويسري الذي أكد على عدم جواز التبليغ إلا في مركز الإدارة (الموطن) لأنه لا يجوز إقلاق راحة الأشخاص في منازلهم في مسائل تتعلق بالشخص الاعتباري^{٥٧٣}.

٣- تعدد موطن الشخص الاعتباري:

يكون لكل شخص اعتباري موطن مستقل عن موطن أعضائه، أو الشركاء فيه، أو القائمين على إدارته، وأن هذا الموطن يختلف باختلاف الأشخاص الاعتبارية، وقد وضع المشرع المبدأ والاستثناءات وبالتالي لا يكون الموطن إلا حيث حدده المشرع، ويمكن أن يكون له موطن رئيس وموطن فرعي، وموطن خاص بالشركات الأجنبية التي يكون مركز إدارتها في خارج الدولة المعنية وفق الآتي:

أ- **الموطن الرئيس للشخص الاعتباري:** يكون لكل شخص اعتباري موطن أساسي أو رئيسي يرتبط به، ويتلازم معه، وهو المكان الذي يوجد فيه مركز الإدارة الرئيس للشخص الاعتباري والمركز الرئيس هو المكان الذي يوجد فيه الإدارة القانونية والمالية والإدارة التقنية لذلك الشخص، ويشترط في هذا المركز أن يكون حقيقياً وفعالاً وليس صورياً، ويكون كذلك عندما يكون النشاط الذي يمارسه

٥٧٢ - انظر نص المادة(٢٥) أصول سوري .

الشخص الاعتباري في المكان المذكور هو النشاط الرئيس، وذلك وفق الغاية التي أحدث لأجلها. فهو على سبيل المثال المكان الذي يجتمع فيه مجلس إدارة الشركة وهيئتها العامة عادة، أو الذي يداوم فيه العاملون الموجهون لنشاط الإدارة وإذا وجد أكثر من مكان وجبت المفاضلة على أساس المركز الفعلي أو الحقيقي منعاً من التحايل على القانون^{٥٧٤}. ويقضي المبدأ أن مركز إدارة الشخص الاعتباري الرئيس ثابت لا يتغير وهو الموطن الذي حدده صك الإحداث أو الترخيص أو النظام، إلا أنه إذا ثبت للقاضي أنه مركز صوري وغير حقيقي فيمكن أن ينصرف عنه إلى الموطن الحقيقي^{٥٧٥ ٥٧٦ ٥٧٧}، ومع ذلك، ليس ثمة ما يمنع لأسباب سياسية أو اقتصادية من نقله من مكان إلى آخر إلا أنه يتعين في هذه الحالة على الشخص الاعتباري أن يعدل نظامه الأساسي لتلافي تغيير الموطن الذي تترتب عليه آثار قانونية مهمة بالنسبة له، وأن يتخذ مجموعة من الإجراءات لشهر الموطن الجديد^{٥٧٨}. فأهمية بيان مركز الإدارة الرئيس تبرز في أنه يساعد على تعيين المحكمة المختصة بنظر المنازعات التي يكون الشخص الاعتباري طرفاً فيها،

٥٧٤ - د. عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص - الجزء الأول - الطبعة الحادية عشر - الهيئة المصرية العام للكتاب - ١٩٨٦ -

ص ٧٤٥.

٥٧٥ - Cass. Civ. 29-11.1950. Dalloz 1951-somm. 13 -

٥٧٦ - Cass. Civ. 29-11.1950. Dalloz 1951-somm. 18 -

٥٧٧ - نصت المادة (٢/١٢) من مدي موري على أن ((النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيمري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي. ومع ذلك، فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في سوريا، فإن القانون الموري هو الذي يسري)).

٥٧٨ - د. شمس الدين الوكيل - الموجز في الجنسية ومركز الأجانب - منشأة المعارف - الإسكندرية - الطبعة الثالثة ١٩٦٨ -

ص ٤٣٥-٤٣٨، والمادة (٥٤) من مدي موري

ويساعد المحكمة على بيان المحل الذي يجب فيه تبليغ الدعاوى المقامة عليه وكافة الأوراق القضائية^{٥٧٩}.

ب- المواطن الفرعي للشخص الاعتباري^{٥٨٠}: يجوز أن يمارس الشخص الاعتباري نشاطه على الصعيد الوطني، فلا يحصر أعماله في منطقة معينة، وذلك وفقاً لصك إحدائه أو نظامه الأساسي والذي يقضي في مثل هذه الحالة بجواز إحداث فروع له في أماكن متعددة من أراضي الدولة، وهذا الأمر يدعو إلى عدم قصر نشاطه وفق أغراضه على عمل مركز الإدارة الرئيس فينقل مباشرة نشاطه إلى مكان آخر الأمر الذي يحتاج فيه إلى إدارة فرعية تتولى قيادة النشاط الإداري والمالي والتقني أو الفني في هذا المكان، وهذا الأمر دعا المشرع إلى النص في قانون الشركات على أن يكون ((مركز الفرع هو المواطن المعتمد في كل ما يتعلق بنشاط الفرع المذكور)). لذا، فإنّ القول بوجود فرع لشخص اعتباري في مكان محدد يتطلب ثبوت قيام الشخص الاعتباري بنشاط ثابت وواضح وبشكل مستمر، وفي الحد الأدنى أن يكون قد اتخذ مكتباً لإدارة الشؤون الإدارية والمالية والفنية في مكان ما، وأن العبرة في ذلك هي للواقع وليس للقانون. بمعنى أنه يكفي لافتراض وجوع فرع لشخص اعتباري إثبات نشاط فعلي له في المكان المذكور ولا يتوقف الأمر على الاعتراف أو الترخيص وبالتالي فإن المكان المذكور يعدّ موطناً معتمداً بالنسبة لجميع النشاطات والأعمال التي يقوم بها الفرع أو المكتب وتترتب بمواجهته جميع الآثار القانونية المترتبة على المواطن ولاسيما لجهة تحديد الاختصاص المحلي في رفع الدعاوى على الشخص الاعتباري في المكان المذكور

٥٧٩ - د. علي سليمان العبيدي - دراسات في القانون التجاري المغربي - مطبعة الأمنية - الرباط ١٩٦٦ - ٢٦١، ود. علي حسن

يونس - الوسيط في الشركات التجارية - دار الفكر العربي - القاهرة ١٩٦٠ - ص ٢٣.

٥٨٠ - د. توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون - النظرية العامة للحق) - الدار الجامعة - بيروت -

١٩٨٨ - ص ٧٦٢.

ولو لم يتمتع بالاستقلال المالي والإداري على أساس الفرع الفعلي من أجل حماية الغير المتعاملين معه، ولا يعني هذا أن الحالات الواقعية التي تتم دون رخصة أو اعتراف أو نص تصبح مشروعة وقانونية، بل يعدّ ذلك خرقاً لتأسيس ونظام الشخص الاعتباري ويترتب عليه مسؤولية إدارية تجاه الجهة الحكومية المشرفة والتي تستطيع أن تتخذ التدابير اللازمة بالإغلاق أو الحل أو بتسوية وضعه وفق القوانين والأنظمة النافذة، والأمثلة كثيرة على قيام الفروع للأشخاص الاعتبارية العامة أو الخاصة في أماكن متعددة من أراضي الجمهورية العربية السورية ومنها على سبيل المثال: فروع المصارف الحكومية التجاري والعقاري، والزراعي والتوفير، وفروع المؤسسة العامة السورية للتأمين، وفروع لمصارف خاصة متعددة، وفروع الجامعات الحكومية، والجامعات الخاصة وبذلك يمكن أن يتعدد موطن الشخص الاعتباري بتعدد فروعه^{٥٨١}.

ج - موطن الشخص الاعتباري الأجنبي: تضيق مساحة العالم أما الشركات الأجنبية العابرة للحدود وللقارات وأصبحت تباشر نشاطها على مستوى كثر من الدول إما بشكل غير مباشر عن طريق الوكلاء أو الممثلين أو السماسرة، إما بشكل مباشر عن طريق مكاتب أو فروع لها في تلك الدول، وقد اعترف ضمناً المشرع السوري وأكثر التشريعات المقارنة بإمكانية قيام الشخص الاعتباري الأجنبي والذي يقره الرئيس خارج أراضي الدولة أن يباشر نشاطاً ما فيها وذلك من خلال النص في القانون المدني على أن ((الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في سوريا، يعتبر مركز إدارتها بالنسبة إلى القانون الداخلي، المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية))^{٥٨٢}. لذا، فإن الموطن المعتمد للشركات الأجنبية هو موطن مركز إدارتها الرئيس الفعلي والحقيقي، إلا أنها بالنسبة للدولة

٥٨١ - د. رمضان أبو السعود - الوسيط - مرجع مناق - ص ٢٧٢-٢٧٤.

٥٨٢ - المادة (٥٥) من القانون المدني السوري.

المعنية فإنه يمكن أن تعتمد مركز الشراكة الأجنبية الفرعي الذي يدير نشاطها فيها موطناً لها فيما يتعلق بالشركة المذكورة، وهو المطبق بالنسبة لمكاتب شركات الطيران التي تتخذ مقرات لها في كل دول العالم من أجل تأمين خدماته وزيائنها فيها، وقد أكدت محكمة النقض السورية هذا المبدأ في قرار لها جاء فيه ((إن التبليغ بالنسبة للشركات التجارية الأجنبية التي لها فرع أو وكيل في سوريا، يجري إلى هذا الفرع أو الوكيل. أما إذا لم يكن لها فرع في سوريا، فيجب تبليغها إلى مركزها الرئيسي))^{٥٨٣}، ويخضع وجود فرع لشركة أجنبية في سورية لشروط خاصة من أجل الاعتراف القانوني ومنحه صفة الشخصية الاعتبارية وإلا عومل على أساس الفرع الفعلي حماية لحقوق الغير المتعاملين معه على أنه فرع لشركة أجنبية، وجاز مقاضاته أمام المحاكم الوطنية^{٥٨٤}.

د- الموطن المختار للشخص الاعتباري: يعد الشخص الاعتباري كالشخص الطبيعي لجهة إمكانية اتخاذ موطن مختار في عقد ما لتنفيذ صفة أو عمل محدد، ولا يصح أن يكون الموطن المختار موطناً عاماً له، ويكون الموطن المذكور هو المعتمد بكل ما يتعلق بتنفيذ العقد أو تفسيره أو إنهائه، وهذا ما أكدته المادة (٤٥) من القانون المدني بالنص على أنه ((يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين. ولا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة، والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني، يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل، بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى))، وإن شروط الموطن المختار تقتضي أن يقتصر على عمل قانون محدد ومعين، وأن يكون مكتوباً، وأن يقتصر أثره على العمل

٥٨٣ - نقض مواري قرار رقم ٣٤ تاريخ ٣ / ١١ / ١٩٦٠ مجلة القانون - ص ١٩٧ لعام ١٩٦١ وآخر برقم ١٩٣ تاريخ

١٩٧١/٣/١٠ المحامون لعام ١٩٧١ - ص ١٩٢ .

٥٨٤ - انظر قانون الشركات والمحللات التجارية المؤسسة بالخارج السوري رقم (٣٤) لعام ٢٠٠٨.

المذكور، وبالتالي فإنه من حق الشخص الاعتباري الذي اتخذ موطناً لعمل محدد كتابة أن يعمل على تغييره بذات الوسيلة وإبلاغها للشخص الآخر المتعاقد معه لتنفيذ العمل، وقد ذهبت محكمة النقض السورية إلى القول ((إن الموطن المختار لا يقوم مقام الموطن الأصلي في جواز التبليغ فيه، إلا في الحالات التي يذكرها القانون نفسه بالنسبة للأمور التي اتخذ الموطن المختار من أجلها فقط، ولا يصح أن يستفيد منه شخص آخر أو طرف آخر في خصومة أخرى، كما أن اتخاذ موطن مختار في عمل معين أو دعوى معينة لا يعني لزوماً أن هذا الموطن هو الموطن المختار في عمل قانوني آخر))^{٥٨٥}.

٤- حق الشخص الاعتباري في التقاضي:

يعد حق التقاضي من أهم الحقوق المدنية الملازمة للشخص الاعتباري بحسبان أنه يمكنه من مراجعة عدالة الدولة بطلب الحماية القضائية عند وقوع إنكار لحقوقه، أو عندما تتعرض هذه الحقوق لاعتداء. إذ يطلب منع الاعتداء أو وقفه أو التعويض عن الضرر الناجم عنه، وحق التقاضي مرتبط بأهلية الوجوب التي تمنح الشخص الاعتباري صلاحية اكتساب الحقوق، ولا معنى لذلك إذا لم يكن بمقدور صاحبها سلطة الدفاع عنها وحمايتها.

و يعرف حق التقاضي بأنه سلطة أو مكنة معطاة للشخص الاعتباري بمرجعة عدالة الدولة من خلال محاكمها على اختلاف درجاتها وأنواعها بطلب أو دفع عن طريق الدعوى القضائية من أجل المطالبة بحقوقه أيأ كان نوعها أو تصنيفها التي وقع عليها إنكار أو اعتداء لتأمين حمايتها بما يضمن استمراره في تحقيق غرضه

٥٨٥ - نقض عمالي سوري- قرار رقم ٣٤٨ تاريخ ١٩٧١/٣/٢٨ مجلة القانون لعام ١٩٧١- ص١٣٧، وجاء في قرار آخر أنه

((لا يصح التبليغ في الموطن المختار إلا بالنسبة للعمل القانوني الذي تم اختيار الموطن من أجله)) - نقض قرار رقم ٣٤ تاريخ

١٩٦٠ / ١١ / ٣ مجلة القانون ص ١٩٧ لعام ١٩٦١ .

الذي أنشئ لأجله، أو هو بشكل عام الحق المعطى للشخص الاعتباري في أن يكون مدعياً أو مدعى عليه أمام المحاكم الوطنية، وفي أن يتلقى كل التبليغات أو الإعلانات أو الإنذارات، أو الإغذارات إلى موطنه الملازم له والذي سبق بيانه، ويمثل الشخص الاعتباري في تلك الدعاوى أو في ممارسة حق التقاضي النائب القانوني عنه شخصياً أو من يوكله من المحامين للقيام في هذه المهمة. أما إذا كان الشخص الاعتباري شخصاً أجنبياً، فإنه يملك حق التقاضي إلا أن ذلك يستلزم وفق أحكام المادة (١١) من قانون أصول المحاكمات السوري أن يدفع تأميناً لضمان الوفاء بالرسوم والمصاريف التي يمكن أن يحكم عليه بها، إلا إذا كان وضعه في الدعوى يضمن مثل هذه الاقتطاعات فعندئذ يكون عدم دفعه التأمين اللازم مبرراً^{٥٨٦}.

ويتميز حق التقاضي الممنوح للشخص الاعتباري عن ذات الحق الممنوح للشخص الطبيعي في أنه يحمي مجموع مصالح وليست مصلحة فردية واحدة، ثم إن هذه الكائنات الجديدة تملك سلطة جديدة لا يملكها الشخص الطبيعي الذي لا يستطيع أن يرفع الدعوى إلا لحماية مصلحة خاصة به وعليه فإن حق التقاضي الممنوح للشخص الاعتباري يتميز بمجموعة من الخصائص نلخصها في الآتي^{٥٨٧}:

أ- يستطيع الشخص الاعتباري أن يرفع الدعوى باسمه ممثلاً بنائبه للدفاع عن مجموع مصلحة سواء كانت مبنية أساساً على مجموعات الأشخاص أو مجموعات الأموال.

٥٨٦ - نقض سوري - قرار رقم ٥٣٦ أسس ٧١٥ تاريخ ١٩٧٨/٤/١٨ مجلة القانون . ص ١٠٩ لعام ١٩٧٨ .

٥٨٧ - د . هشام القاسم - المرجع السابق - ص ٤٣٣-٤٣٧ ، ود . غالب علي الداودي - المدخل إلى علم القانون - دار وائل للطباعة

والنشر - الأردن - عمان ١٩٩٩ - ص ٢٦٦-٢٦٧ .

ب- إن حق الشخص الاعتباري بالتقاضي يخول النقابات المهنية أو بعض الجمعيات النوعية الخاصة سلطة رفع الدعاوى باسمها للدفاع عن مصلحة المهنة التي تمثلها، والفكرة والغرض الذي تسعى لتحقيقه^{٥٨٨}.

ج- يعد الحق بالتقاضي من مستلزمات أهلية الوجوب التي يتمتع بها الشخص الاعتباري، ثم إن من مقتضى صلاحية اكتساب الحقوق حمايتها واقتضاؤها عند اللزوم.

٥٨٨- انظر المادة (٢/٤٢) من قانون تنظيم مهنة المحاماة السوري رقم ٣٩ تاريخ ١٩٨١/٨/٢١ م على أن ((شمل اختصاص مجلس النقابة ما يتعلق بشؤون المهنة، وعلى وجه الخصوص: الحفاظ على مبادئ المهنة وتقاليدها والعمل على تحقيق أهدافها ورفع مستواها والدفاع عن حقوق النقابة والحقوق المهنية لأعضائها)).







الباب الثالث

مضمون الحق

Contenu du droit

ونعني بمضمون الحق تلك السلطة المخولة لصاحب الحق بممارسة سلطته وفقاً لطبيعة الحق ومضمونه الذي يشكل مصدر هذه السلطة.

فهذه السلطة مثلاً في نطاق الحقوق العينية الأصلية هي استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه في حين أن هذه السلطة نجدّها في نطاق الحقوق العينية التبعية هي الضمان، وهو ضمان الوفاء بالحق الشخصي. هذا الضمان الذي يمنح صاحبه مزيّتي التتبع والأولوية أو الرجحان. وهو ما يطلق عليه في نطاق الحقوق الشخصية سلطة إجبار المدين بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل.

ونحن في هذا الباب سوف نسلط الضوء على مضمون الحق من ناحيته الشكلية دون الخوض في موضوعه.

ويجدر القول، إنّ المحل الذي قد يقع عليه الحق يمكن أن يكون شيئاً أو عملاً، فإعطاء شيء هو مضمون الحق الشخصي أو ما يترتب عليه من التزامات مدنيه. وإن القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل قد يشكل أيضاً مضمون الحق أو محله.

يقصد بالشيء *La chose* ما يكون له وجود مادي محسوس باستثناء الإنسان. فالإنسان يعتبر شخصاً لا شيئاً. ويشتمل الشيء أيضاً على بعض الأمور المعنوية التي لا تنطوي تحت الحس المادي ولكن لها وجود واقعي قائماً بحد ذاته يجعله محلاً للأشياء المعنوية كالابتكار والإبداع أو الحيوانات أو النباتات أو الجمادات حيث تعتبر أشياء مادية. وكان يعرف المال *Le bien* منذ قديم الزمان بأنه كل

شيء نافع للإنسان يمكن له أن يستأثر به دون غيره. ويكون محلاً للحقوق فهو إذاً وفق مفهومه الأول عبارة عن أشياء قابلة للتملك أما الأشياء غير القابلة للتملك فلا تحمل مفهوم المال.

ونستطيع القول إن مفهوم المال مفهوم متبدل instable ويتغير مستمر إلى أن وصل مفهومه الحديث المتجسد بالحقوق ذات القيمة المالية patrimoiaux Valeurs وبغض النظر في حين إذا كانت هذه الحقوق المالية عينية أو شخصية أو معنوية وسواء أكانت ترد على الأشياء أو الأعمال. وتشمل الأشياء كل ما له وجود مادي محسوس من جهة، عدا الإنسان الذي يعتبر شخصاً لا شيئاً، كما تشمل أيضاً بعض الأمور المعنوية التي لا تدخل تحت الحس المادي ولكن لها وجوداً قائماً بذاته يجعلها محلاً للحقوق الأدبية أو المعنوية التي تقع عليها^{٥٨٩}. أما الأموال فهي بحسب المفهوم الحديث الحقوق ذات القيمة المالية، سواء أكانت حقوقاً شخصية أو عينية أو معنوية وسواء أكانت واقعة على الأشياء أو الأعمال.

ويرجع هذا الخلط بين الأموال والأشياء إلى عهد القانون الروماني ثم إلى القانون المدني الفرنسي فالمال كان يعرف في بادئ الأمر بأنه كل شيء نافع للإنسان يصح أن يستأثر به دون غيره ويكون محلاً للحقوق.

وعلى هذا يجوز القول إن الأموال كانت تعتبر كلها أشياء، وثم لاحظ رجال القانون أن الأشياء ليست وحدها ذات القيمة المالية وإنما يمكن أن تقع على هذه الأشياء أنواع أخرى من الحقوق كحق الانتفاع.

وعلى هذا ظهر أن تعريف الأموال بأنها الأشياء القابلة للتملك لم يعد كافياً للإحاطة بجميع هذه الأموال فعدل هذا المفهوم بحيث لم تعد الأموال قاصرة على

٥٨٩ - المنخل إلى العلوم القانونية أو النظرية العامة للقانون / محمد محمود عبد الله / جامعة دمشق - ١٩٨٢-١٩٨٣ ص ٣٦٠.

الأشياء القابلة للتملك فقط وإنما أضيفت إليها أيضاً الحقوق الشخصية والعينية ذات القيمة المالية.

وهذا المفهوم الأخير للمال هو الذي أخذ به القانون المدني الفرنسي إذ يستعمل لفظ المال للتعبير عن الأشياء نفسها وعن الحقوق المالية في نفس الوقت.





الفصل الأول

تقسيم الأشياء

تتقسم الأشياء إلى تقسيمات كثيرة أهمها تقسيمها إلى:

الأشياء القابلة للتعامل والأشياء الخارجة عن التعامل.

الأشياء المنقولة والأشياء الثابتة.

الأشياء الاستهلاكية والأشياء الاستعمالية.

الأشياء المثلثة والأشياء القيمة.

الأشياء المادية والأشياء المعنوية

المبحث الأول

تقسيم الأشياء إلى منقولة وثابتة

قضت المادة /٨٤/ من القانون المدني بأن "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

يفهم من هذا النص المذكور، بوصفه قاعدة عامة، أن كل ما ليس عقاراً يعدّ منقولاً. ويستخلص من النص أيضاً أن العقار هو كل شيء مستقر ثابت لا يمكن نقله من مكان لآخر ونستنتج أنّ هناك تقسيمين رئيسيين للأشياء: العقارات والمنقولات.

المطلب الأول

Les immeubles العقارات

فقد قضى القانون المدني بالنص على نوعين من العقارات، العقارات بطبيعتها، والعقارات بالتخصيص.

أولاً - العقارات بطبيعتها: Les immeubles par nature

عرّف القانون المدني^{٥٩٠} العقار بطبيعته بأنه: "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف". والعقارات بطبيعتها تشمل الأراضي وكل ما يتصل بها من نبات وبناء ومناجم ومقالع. فالأرض Terre هي الشيء الأساسي الذي يتوفر فيه صفة الاستقرار والثبات وفق ما جاء بمنطوق المادة ٨٤ من القانون المدني آنفة الذكر.

أما النبات Vegetaux هو عقار بطبيعته طالما أنه يتصل بالأرض وجذوره بالأرض ولكن، لو وجد في أوعية مثلاً موضوعة على الأرض فلم يعد عقاراً بطبيعته بل يعد بمثابة أشياء منقولة، كالأراضي المخصصة للمشاتل الزراعية اليوم فكل ما يغرس فيها يعدّ عقارات بطبيعته لذلك لا عبء لارتباط النباتات ارتباط دوام لتعتبر عقارات بطبيعتها. وتجدر الإشارة بأن عملية بيع مثل هذه النباتات لا تتم إلا بقلعها من الأرض فهي والحالة هذه لم تعد عقارات وفق هذا الوصف وإنما منقولات من حيث المآل لمجرد إتمام البيع.

أما البناء Le difice فهو عبارة عن عقار بطبيعته مادام متصلاً بالأرض اتصال قرار وسواء كان على سطح الأرض كالأبنية متعددة الطوابق أو المستودعات، أم في باطن الأرض كالأبار والأنفاق، والأمر سيان سواء كانت على

٥٩٠ - المادة ١/٨٤ من القانون المدني.

سبيل التوقيت أم الديمومة وبعدّ من قبل البناء الجسور والسدود فهي عقارات بطبيعتها في حين أن الإنشاءات التي لا تتصل بالأرض اتصال قرار وتقوم على دعائم متحركة كالخيام أو الأكواخ أو المنصات التي تنصب في الساحات العامة للاحتفال بمناسبة ما، فهي تخرج من وصف العقارات.

والبناء الذي ترخصه السلطة الإدارية (المحافظة) بقصد هدمه والاستفادة من أنقاضه يعدّ من الأشياء المنقولة من حيث المآل، كما سنرى ذلك في الأبحاث القادمة.

أما المقلع والمنجم Le maine et le carriere فهما عقارات بطبيعتهما. المقلع مكان في الأرض يوجد فيه مواد البناء أما المنجم فهو المكان الذي يحوي المواد المنجمية كالفلزات المعدنية وغير المعدنية والمواد الهيدروكربونية الصلبة والسائلة والغازية .

وملكية المقالع غالباً ما تكون خاصة لصاحب الأرض التي توجد فيها أما المناجم فهي حتماً من أملاك الدولة العامة.

وتجدر الإشارة إلى أنّ القانون المدني السوري صنّف العقارات في الجمهورية العربية السورية في المادة ٨٦ منه إلى خمسة أصناف مستنداً في ذلك على القرار ٣٣٣٨ لامبرية لعام ١٩٣٠.

١- العقارات الملك:

وهي العقارات القابلة للملكية المطلقة والكائنة داخل مناطق الأماكن المبنية والمحددة إدارياً^{٥٩١}.

٥٩١ - المادة ٨٦ من القانون المدني السوري .

ولا يشترط أن تكون من المباني التي أُشيدت فعلاً حتى تكون ملكاً بل يكفي أن تكون داخلية في مناطق التقسيم الإداري المخصصة للبناء وفقاً لقانون التنظيم العمراني رقم ٩ لعام ١٩٧١ المتعلق بتقسيم وتنظيم المدن. هذه المناطق المخصصة للبناء لا بد من تحديدها بقرار إداري يصدر عن السلطة المختصة كالوحدة الإدارية أو البلدية أو مجالس المحافظات أو مجالس المدن^{٥٩٢}.

في حال استيفاء ذلك الشرط الجوهري المذكور وهو واقعة دخول العقار ضمن هذه الأماكن المحددة إدارياً، يكسب العقار صفة العقار الملك حتى ولو كان هذا العقار عقاراً أميرياً وفق ما سنرى ذلك لاحقاً.

وفي الغالب، ينقلب العقار الملك إلى أميرى وبالعكس من أميرى إلى ملك بحسب دخوله مناطق التحديد والتقسيم الإداري أو خروجه منها .

٢- العقارات الأميرية^{٥٩٣}:

وهي العقارات التي تكون رقبته للدولة، ويمكن أن يقع عليها حق التصرف^{٥٩٤} وبمطلق الأحوال فهي تشمل جميع العقارات الخارجة من الأماكن المبنية والمحددة إدارياً^{٥٩٥}.

ينشأ هذا النوع من العقارات في عهد الدولة العثمانية إذا اعتبرت أن الأراضي المفتوحة ملك خاص للسلطات والذي يتمتع على الأفراد حق التصرف فيها.

وعبر الزمان تطور مفهوم العقارات الأميرية فأصبحت عقارات تعود ملكيتها للدولة ولكن تلك التي لا تدخل ضمن المناطق المبنية والمحددة إدارياً. إن حق

٥٩٢ - راجع نقض سوري قرار ٣٨٠ تاريخ ١٩٦٧/١٢/١٦، مجلة المحامون - العدد ١ عام ١٩٦٧ ص ٩٦.

٥٩٣ - هناك مشروع حالياً يُدرس في وزارة العدل تحت مسمى "تشرع عقاري موحد" يتضمن إلغاء وصف العقارات الأميرية أينما وجدت واستبدالها بالعقار إلى الملك.

٥٩٤ - المادة ٣/٨٦٠ من القانون المدني السوري.

٥٩٥ - وهو المفهوم المعاكس للمادة ٢/٨٦ من القانون المدني السوري.

التصرف بهذه العقارات أصبح بمثابة حق الملكية. فالقانون المدني السوري اعتبر النصوص المتعلقة بحق الملكية تسري على حق التصرف في الأراضي الأميرية مالم ينص القانون خلاف ذلك^{٥٩٦}.

ومع ذلك يجب الإشارة إلى أن حق التصرف بالأراضي الأميرية يسقط بواقعة عدم حراثة الأرض أو عدم استعمالها خلال مدة خمس سنوات وأن توريث هذه العقارات الأميرية لا يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية القائلة " للذكر مثل حظ الأنثيين " ، إنما تخضع لقواعد خاصة ساوت بين الذكر والأنثى في الحصة الإرثية.

ونشير أخيراً إلى أن العقارات الأميرية لا يجوز وقفها وإلاّ عدّ ذلك باطلاً^{٥٩٧}. ونستنتج أن العقار الأميرى لا يجوز وقفه وكل وقف ينشأ عليه يعتبر باطلاً وإن حق التصرف في العقارات الأميرية يسقط بعدم حراثة الأرض أو بعدم استعمالها مدة خمس سنوات وأن قواعد الإرث بالنسبة للعقارات الأميرية لا تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية كما هو الحال بالنسبة للعقارات الملك وإنما تخضع لقانون خاص تختلف أحكامه عن أحكام الشريعة الإسلامية وبصورة خاصة من حيث مساواته بين الأنثى والذكر في الحصة الإرثية.

٣-العقارات المتروكة المرفقة:

وهي العقارات التي تعد من أملاك الدولة الخاصة ويكون لفئة ما (جماعة) حق انتفاع عليها وذلك باستعمالها ضمن الأنظمة الإدارية أو العادات المحلية^{٥٩٨}.

٥٩٦ - المادة ٧٧٢ من القانون المدني السوري.

٥٩٧ - المادة ٧٧٤ من القانون المدني السوري.

٥٩٨ - المادة ٤/٨٦ من القانون المدني السوري.

ولكن حق الجماعة يبقى مقيداً بهذه العادات المحلية والأنظمة الإدارية فلا يحق لهم تجاوزها أو تعديلها أو تغييرها إلا بموافقة إدارة أملاك الدولة وإذا ما خرجت هذه الجماعة في استعمالها لهذه الأراضي على الوجه المذكور آنفاً جاز لإدارة أملاك الدولة إقامة الدعوى عليها لإسقاط حق الانتفاع على هذه الأراضي.

ومحكمة النقض السورية اعتبرت في قرار لها^{٥٩٩} أن إساءة أصحاب حق الانتفاع في استعمال واستغلال العقار يجيز إسقاط حقهم بحكم قضائي بناء على ادعاء إدارة أملاك الدولة.

٤- العقارات المتروكة المحمية:

وهي العقارات التي تخص الدولة أو المحافظات أو البلديات وتكون جزءاً من الأملاك العامة كالطرق والجسور والأنفاق والمرافق العامة وهذه العقارات لا يسري عليها التقادم ولا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها. وعلى المحافظة أو البلدية التي تتبع لها واجب صيانتها وترميمها والحفاظ عليها.

٥- العقارات الخالية المباحة (أو الأراضي الموات):

وهي الأراضي الأميرية التي تخص الدولة ولكنها غير معينة ولا محددة ، ومن يود أن يشغلها يجب أن يحصل على حق أفضلية ضمن الشروط التي تحددها أنظمة أملاك الدولة وبناء على ترخيص من الدولة^{٦٠٠}. إن حق الأفضلية الممنوح من الدولة للشخص الحائز على مثل هذه العقارات، واضع اليد ، يكسبه حق التصرف عليها وضمن الحدود المقتصرة من قبل القانون. وتجدر الإشارة إلى أن الأراضي الموات تتبع إدارة أملاك الدولة وتخضع لأحكامها ولا يسري عليها

٥٩٩ - نقض سوري ٢٢٣ تاريخ ١٢/٧/١٩٥٤ مجلة القانون لعام ١٩٥٥.

٦٠٠ - المادة ٦/٨٦ من القانون المدني السوري.

التقادم ولو لم تكن مسجلة في السجلات العقارية أو في ملفات التملك باسم الدولة^{٦٠١}.

ومجال التوسع في البحث بالقواعد العامة النازمة بالتصرف في هذه الأراضي يخرج عن نطاق السنة الأولى من كلية الحقوق ، لذلك نترك أمر التوسع في شرح هذه القواعد إلى المقررات الدراسية التي تبحث في الأملاك العامة في السنوات المقبلة لا سيما أسباب كسب الملكية في نطاق الحقوق العينية الأصلية والتي تُدرّس غالباً في السنة الرابعة.

ثانياً - العقارات بالتخصيص:

إن القرار ذا الرقم ٣٣٣٩ لعام ١٩٣٠ والناظم لأحكام الملكية، والذي أخذ بأحكام القانون المدني الحالي، تبنى هذا النوع من العقارات ونظّم أحكامه. عرفت العقارات بالتخصيص مع صدور القرار المذكور آنفاً لأنه لم يكن يوجد، من قبل، إلا العقارات بطبيعتها، السالف ذكرها.

يعرّف العقار بالتخصيص، وفق منطوق القانون المدني، بأنه المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله^{٦٠٢}.... فالعقار بالتخصيص هو بحقيقته منقول بطبيعته افترض فيه القانون المدني الصفة العقارية حيث أنه يرصد لخدمة عقار ما.

في الواقع، هناك شروط جوهرية يجب توافرها لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص وهي:

٦٠١ - المادة ١ من المرسوم التشريعي رقم ١٣٥ لعام ١٩٥٢.

٦٠٢ - المادة ٢/٨٤ من القانون المدني السوري.

أولاً - الحفاظ على الطبيعة القانونية للمنقول كمنقول لا عقار:

وبهذا يكون افتراض المشرع الصفة القانونية في المنقول مجرد افتراض فحسب والمنقول رصد لخدمة عقار فهو والحالة هذه يجب أن يحافظ على ذاتيته وطبيعته بوصفه منقولاً لا اندماجه في العقار الذي خصص المنقول لمنفعة هذا العقار .

ثانياً - أن تكون ملكية المنقول والعقار لمالك واحد:

بمعنى أن مالك العقار هو نفسه مالك المنقول الذي رصد لخدمة هذا العقار .

وعلى ذلك فإن المنقول الذي يخصصه مالكه لخدم عقار لا يملكه كالأبواب التي يخصصها مالك الأرض الزراعية مثلاً لاستثمار العين المؤجرة (الأرض) لا يعتبر ذلك عقاراً بالتخصيص بل تبقى صفته منقول لأن الأرض هنا لا تعود لمالك المنقول وبالتالي ملكية العقار والمنقول لا تعود لمالك واحد في المثال المذكور أعلاه.

ثالثاً - أن يخصص المنقول لخدمة العقار أو استغلاله:

وهذا ما نص عليه القانون المدني صراحة في المادة ٢/٨٤ وعلى ذلك فإن المنقول الذي يخصص لمنفعة مالك العقار نفسه لا يعد عقاراً بالتخصيص. كالسيارة التي يخصصها صاحب المعمل لغايات خاصة.

وتخصيص المنقول لخدمة عقار لا يشترط فيه الديمومة بل يكفي رصده لمدة مؤقتة ثم يعتبر المنقول عقاراً بالتخصيص خلال هذه المدة التي رصد فيها المنقول لخدمة العقار .

ورصد المنقول لاستغلال العقار لا يجب أن يكون محدداً بمجال واحد من الاستغلال أو المنفعة بل يشمل جميع أنواع الاستغلال كالأستغلال الزراعي. فالأدوات الزراعية والمواشي وخلايا النحل كلها عقارات بالتخصيص أما الاستغلال الصناعي كالآلات والسيارات والأجهزة الصناعية أيضاً يعتبر عقارات بالتخصيص.

أما الاستغلال التجاري والمدني كموجودات المتجر والشركة والمطعم والمقهى كالواجهات والخزائن والطاولات والمقاعد كلها تعتبر عقارات بالتخصيص.

أما رصد المنقول لخدمة العقار، فيشمل، بمطلق الأحوال، المنقولات التي توضع في الأبنية دون أن تكون متصلة فيها اتصال قرار والتي تستعمل لمنفعتها كالمفاتيح ومضخات الحريق في الشقق والأدوية الطبية في المشافي ومقاعد التدريس في المعاهد والجامعات.

أما المنقولات والتي تتصل بالعقار اتصال قرار كالمصعد والأبواب والنوافذ كلها تعد جزءاً من البناء التي تتصل فيه وهي عقارات بطبيعتها لا بالتخصيص.

المطلب الثاني

المنقولات

لم يرد في القانون المدني السوري تعريف للمنقول وإنه! يستشف هذا التعريف من المفهوم المعاكس لنص المادة /٨٤/ التي عرفت العقار والتي قضت بأنه ... كل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول. بمعنى أنه كل ما لا يدخل ضمن مفهوم العقار المحدد، في هذا النص، فهو يعد منقولاً. والأشياء المنقولة تشمل:

- المنقولات بطبيعتها
- المنقولات من حيث المآل
- المنقولات المعنوية

أولاً-المنقولات بطبيعتها: Meubles par nature

وهي الأشياء المفسوح مجال نقلها من مكان لآخر دون تلف أو فساد وتشمل هذه المنقولات بطبيعتها جميع الأشياء المادية التي لا تعد عقارات بطبيعتها أو بالتخصيص. نذكر على سبيل المثال لبعض المنقولات بطبيعتها كالسفن والطائرات والسيارات أما الغاز والكهرباء تعتبر أشياء منقولة بطبيعتها وقد اعتبر المشرع السوري في قانون العقوبات اختلاسها من قبيل سرقة الأشياء المنقولة.

ثانياً-المنقولات من حيث المآل: Meubles par anticipation

وهي من الأشياء الثابتة كالعقارات بطبيعتها وتوصف بالأشياء المنقولة بالنظر لما ستؤول إليه. كالثمار والمحصولات الزراعية التي تباع بقصد حصدها أو جنيها، أو بيع بناء قديم بقصد هدمه والاستفادة من أنقاضه، بعد ترخيصه من السلطة المختصة، أو بيع أشجار الحور وهي قائمة بقصد قلعها.

فكل هذه الأشياء المذكورة تتصل بالأرض اتصال قرار وعلى الرغم من ذلك يجري التعاقد بشأنها لأنها في وقت ما ستنفصل عن الأرض وبالتالي تعتبر منقولات من حيث المآل وفقاً للعقد فهو شريعة المتعاقدين.

وعندما تنفصل هذه الأشياء عن الأرض تصبح عندئذٍ منقولات بطبيعتها وفق ما ذكر ولكن قبل فصلها تبقى منقولات بحسب المآل.

ثالثاً-المنقولات المعنوية: Meubles incorporels

وهي عبارة عن أشياء غير مادية نحس بوجودها دون أن يكون لها كيان مادي ملموس أو اكتسبت صفة المنقول بحكم القانون كالاكتراعات والاختراعات والأموال وهو ما يطلق عليها الملكية الفكرية المعنوية واعتبرها المشرع من قبيل

المنقولات^{٦٠٣}. وعلى ذلك، كل ما لا يدخل في التعريف الذي أطلقه القانون على العقار فهو منقول والتعريف القانوني للعقار بأنه شيء مستقر بحيزه الثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف لا ينطبق على مفهوم هذه الأشياء المعنوية (منقولات معنوية) فهي ليست منقولات بطبيعتها كالأشياء المادية التي يمكن نقلها من مكان لآخر دون تلف.

المبحث الثاني

تقسيمات الأشياء في القانون المدني

الأشياء إما أن تكون قابلة للتعامل أو خارجة عنه والنوع الأول هو وحده الذي يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية^{٦٠٤}، الأشياء الخارجة عن التعامل إما أن تكون خارجة عنه بطبيعتها أو بحكم القانون، والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها مثل الهواء. ما الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية وهذه الأشياء يمكن الاستئثار بحيازتها وذلك كالمخدرات والمواد المتفجرة. أما الأشياء القابلة للتعامل فهي الأشياء التي يستطيع الشخص الاستئثار بحيازتها ولم يمنع القانون التعامل بها.

٦٠٣ - المادة ٨٤ من القانون المدني السوري.

٦٠٤ - المدخل لدراسة القانون: القاعدة القانونية- نظرية الحق/محمد حسن قاسم/بيروت-لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية (٢٠٠٦).

المطلب الأول

الأشياء الاستهلاكية والأشياء الاستعمالية

الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها أو إنفاقها، أما الأشياء الاستعمالية فهي عكس ذلك^{٦٠٥}.

فالأشياء الاستهلاكية تختلف عن الأشياء الاستعمالية في أنها تستهلك منذ الاستعمال الأول كالوقود والنقود، بينما يمكن أن يتكرر استعمال الأشياء الاستعمالية أكثر من مرة.

والاستهلاك قد يكون فعلياً يؤدي إلى زوال الشيء وفنائه وقد يكون قانونياً اعتبارياً يؤدي إلى إنفاق الشيء والتخلي عنه. أما بالنسبة لحق الانتفاع فهو يقع على الأشياء الاستعمالية دون الاستهلاكية. وأما بالنسبة للعقود كعقد العارية فهو يقع على الأشياء الاستعمالية لالتزام المستعير بإعادة الشيء المعار.

المطلب الثاني

الأشياء المثلية والأشياء القيمة

الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن أما الأشياء القيمة فهي ما عدا ذلك.

٦٠٥ - المنخل إلى العقود القانونية أو النظرية العامة للعقود. محمد محمود عبد الله. جامعة دمشق - ١٩٩٣-١٩٨٣. ص ٣٨٢

فالتفريق بين الأشياء المثلّية والأشياء القيمية يقوم على أساس التماثل بين أفراد النوع الواحد أو عدم التماثل فإذا كان هناك تشابه أو تماثل اعتبرت هذه الأشياء مثلّية أما إذا لم يتوافر هذا الشرط اعتبرت الأشياء قيمية^{٦٠٦}.
والأشياء المثلّية تقدر عادة بالعدد كالبيض والنقود أو بالمقاس أو بالكيل أو بالوزن.

وهي يمكن أن تعتبر قيمية عند التعاقد عليها، كما أن الأشياء القيمية يمكن أن تعتبر مثلّية وبذلك تنقلب الأشياء من نوع إلى آخر وفقاً لقصد المتعاقدين.

المطلب الثالث

لتقسيم الأشياء إلى مثلّية وقيمية آثار عديدة

فالالتزام الذي يكون محله شيئاً مثلّياً يستطيع المدين أن يبرئ ذمته منه بإيفاء الدائن أي شيء آخر مماثل له في النوع والمقدار، أما إذا كان محل الالتزام شيئاً قيمياً فلا تبرأ ذمة المدين منه إلا بإيفاء الدائن هذا الشيء بذاته.
الحقوق العينية لا ترد إلا على الأشياء القيمية أو المعينة بالذات بينما يمكن أن يكون المحل غير المباشر للحقوق الشخصية شيئاً قيمياً أو مثلّياً.
انتقال الملكية يتم بمجرد العقد إذا كان الشيء قيمياً أو معيناً بالذات أما إذا كان الشيء مثلّياً فلا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه.

٦٠٦ - المدخل لدراسة القانون: القاعدة القانونية- نظرية الحق/محمد حسن قاسم / بيروت- لبنان - منشورات الحلبي الحقوقية (٢٠٠٦).

المبحث الثالث

تقسيمات للأشياء لم يتعرض لها القانون المدني

هناك تقسيمات للأشياء لم يذكرها القانون المدني^{٦٠٧}.

الأشياء المعتبرة أصلاً والأشياء المعتبرة ثمرة، والأشياء المعتبرة أصلاً هي التي لا تكون ثمرة لغيرها. أما الأشياء المعتبرة ثمرة فهي التي تنتج عن الأشياء المعتبرة أصلاً.

ولا يتحتم أن ينتج الأصل ثماراً ليعتبر أصلاً وإنما يجب ألا يكون ثمرة لغيره ولا يعتبر الشيء ثمرة إلا إذا كان انفصاله عن الأصل لا يؤدي إلى نقصانه، فالأرض والمنزل هي من الأشياء التي تعتبر أصلاً، أما نتاج الأرض وأجرة المنزل فهي من الأشياء المعتبرة ثمرة.

وهناك أيضاً الأشياء الأصلية والأشياء التبعية. والشيء الأصلي هو الذي يكون له وجود مستقل عن غيره كالدار والأشجار، أما الشيء التبعية فهو الذي يرتبط بشيء أصلي ويتبعه كالنوافذ والأبواب وتمديدات الكهرباء. وأخيراً الأشياء القابلة للقسمه والأشياء غير القابلة لها.

فالشيء القابل للقسمه هو الشيء الذي لا يكون في تجزئته ضرر بحيث يكون نوع المنفعة التي للأصل قبل القسمة ثابتاً لكل قسم منه بعدها أما الشيء غير القابل للقسمه فهو الذي تفوت بتجزئته المنفعة المقصودة منه، فالحیوان والجوهره والسيارة هي من الأشياء غير القابلة للقسمه، أما الأرض والقمح والزيت ونحوها هي من الأشياء القابلة للقسمه.

٦٠٧- للتوسع راجع هشام القاسم، المرجع السابق، ص ٤٩٧ وما بعدها.

المبحث الرابع

آثار التمييز بين العقار والمنقول

بعد هذه الدراسة الموجزة حول الأشياء المنقولة والأشياء الثابتة (العقارات) لا بدّ لنا من إجراء عملية توازن بين العقار والمنقول نظراً لما تحمله ظاهرة تقسيم الأشياء إلى أشياء منقولة وأشياء عقارية من أهمية قانونية كبرى بسبب اختلاف الآثار المترتبة على هذا التقسيم في نطاق القانون المدني كما في أصول المحاكمات والقانون الدولي الخاص.

آ - لجهة القانون المدني:

فيما يتعلق باكتساب الحقوق العينية العقارية من شخص لآخر يخضع لإجراء شكلي ألا وهو التسجيل في السجل العقاري الذي سُمّي في عهد الدولة العثمانية (الطابو). أما الحقوق المنقولة فلا تخضع لهذا الإجراء الشكلي وبالتالي لشرط التسجيل في السجل العقاري، باستثناء حالات خاصة تتعلق بمنقولات خاصة كالسفن والطائرات والسيارات حين أن نقل ملكيتها يتوقف على تسجيلها بسجل خاص بها ثم لا يتم نقل ملكيتها تجاه الغير، إلا بعد استكمال إجراءات التسجيل.

وعلى ذلك نرى أن من يشتري منقولات يصبح مالكا لها بمجرد إتمام عقد البيع ولكن من يشتري عقاراً ما فلا يعتبر مالكا أصولاً إلا بعد تسجيل هذه الملكية لدى السجل العقاري .

- إن الحياة في المنقول هي سند للحائز^{٦٠٨} وإن مجرد حيازة المنقول بسند صحيح وبحسن نية تكسب الحائز ملكية المنقول باستثناء حالتَي الضياع والسرقة.

٦٠٨ - راجع المواد ٢٠٥ و ٨٩٤ من القانون المدني السوري.

في حين أن حيازة العقار لا تكسب ملكية بالتقادم إلا بمرور خمس سنوات في العقارات الملك وعشر سنوات بالنسبة لاكتساب حق التصرف في الأراضي الأميرية وذلك حتى ولو اقترنت حيازة العقار بحسن النية ومستنده إلى سبب صحيح.

- يمكن أن يجري الوقف على العقارات الملك في حين أن الأشياء المنقولة لا يصح وقفها إلا ضمن استثناءات ضيقة .

في حالة بيع عقار جار بملكية شخص لا تتوفر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد عن الخمس جاز للبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل . في حين أن مثل هذه الحالة لا تسري على حالة بيع المنقول.

ب - لجهة قانون أصول المحاكمات المدنية:

إن العبرة في آثار التمييز بين العقار والمنقول في نطاق قانون أصول المحاكمات المدنية هي لتحديد الجهة القضائية المختصة للنظر بالدعوى المتعلقة بمنقول أو عقار .

إن الاختصاص المحلي يختلف باختلاف الدعوى العقارية أو الدعوى المنقولة.

فالدعوى العقارية ترفع أمام المحكمة التي يوجد العقار في دائرتها في حين أن الدعوى المنقولة ترفع أمام محكمة موطن المدعى عليه.

وتجدر الإشارة إلى أن الاختصاص المحلي أو المكاني للمحاكم وفق قانون أصول المحاكمات المدنية لم يذكرها القانون بنص آمر، ثم لا يعتبر من متعلقات النظام العام فيجوز للأطراف الاتفاق على خلافه. فمثلاً لو أقيمت دعوى أمام محاكم البداية بدمشق تتعلق بعقار يقع في الحيز الجغرافي لريف دمشق (الزبداني)

وتبلغ المدعى عليه استدعاء الدعوى وحضر وثبت حضوره ولم يبد أي اعتراض من الناحية الشكلية للدعوى فيعتبر ذلك موافقة منه على أن تنظر محكمة دمشق بالدعوى المتعلقة بعقار ضمن أراضي ريف دمشق. ولو حضر في الجلسة التالية وأثار اعتراضه فلا تقبل المحكمة منه ذلك لأن قاعدة الدفع بعدم الاختصاص المحلي أو المكاني، المعروفة في قانون الأصول، يجب أن تثار في أول جلسة وإلا سقط الحق بإثارتها.

إن دعاوى الحيازة التي نص عليها قانون أصول المحاكمات المدنية^{٦٠٩}. وهي دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة ودعوى استرداد الحيازة لا تسمع إلا إذا تعلقت بحيازة العقار فحسب وهذه الدعاوى لا تسمع بصدد المنقول.

بالنسبة لإجراء الحجز الاحتياطي على عقار ما لا يكون إلا وفق إجراء شكلي وذلك بوضع إشارة الحجز الاحتياطي أو إشارة الدعوى على الصحيفة العقارية في السجل العقاري بالنسبة للعقار المنازع عليه. في حين أن حجز المنقول يكون أيسر وأسرع ويكتفى بوضع اليد عليه وتسليمه إلى شخص ثالث كحارس قضائي يكلف بحفظه لقاء أجر.

ج - لجهة القانون الدولي الخاص:

- إن العقود التي تبرم بشأن عقار يسري عليها قانون موقع العقار^{٦١٠} في حين أن العقود الأخرى التي لا تحدد عقار ما عندئذ يسري عليها قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين فيما إذا اتخذ موطناً وإذا اختلفا سري قانون الدولة التي تم فيها التعاقد مالم يتفق خلاف ذلك أو يقتضي الأمر تطبيق قانون خاص آخر.

٦٠٩ - راجع المواد ٦٥ - ٧٠ - ٧١ من قانون أصول المحاكمات المدنية.

٦١٠ - المادة ١/٢٠ من القانون المدني السوري.

تُقرض بحق الأجانب غير السوريين قيود فيما يتعلق بتملك الأجانب للعقارات في حين أننا نجد غياب لهذه القيود بالنسبة للمنقولات.

وأخيراً نرى أن هذه الأشياء الناتجة عن التمييز بين العقار والمنقول تنحصر في مجال القانون الخاص droit privé أما في مجال القانون العام droit publique فهناك أيضاً فروق أخرى لا مجال للتوسع في شرحها في هذا البحث حيث مكان دراستها يكون ضمن المقررات الدراسية الأخرى في كلية الحقوق.

من ذلك مثلاً القانون الإداري حيث أن استملاك العقارات يكون للمنفعة العامة ولا يمكن أن يقع إلا على عقارات.

في حين أن المنقولات لا يقع عليها الاستملاك إنما يقع عليها ما يسمى بالمصادرة وبأحوال استثنائية.

ونرى في قانون العقوبات أن هناك عدداً من الجرائم لا تقع إلا على المنقولات كجرائم السرقة والاختلاس وإساءة الائتمان، ونرى بالمقابل جرائم أخرى لا تقع إلا على العقارات دون المنقولات كجرائم نزع الترخوم وغصب العقار وإتلاف المزروعات والأشجار.

الفصل الثاني

التعسف في استعمال الحق

Abus de droit

لم يتخذ التعسف في استعمال الحق شكله بوصفه نظرية عامة واضحة إلا منذ أواخر القرن التاسع عشر على الرغم من وجود عدة آراء متفرقة وتطبيقات قضائية متناثرة اعتمدت على مفهوم التعسف في استعمال الحق في قوانين القرون الوسطى في أوروبا.

في الواقع يجب وفق، نظرية التعسف في استعمال الحق، أن يكون صاحب الحق قد استعمل حقه بشكل مشروع دون تعسف، لأن صاحب الحق، عندما يتعسف في استعمال حقه فهو والحالة هذه يرتكب أفعالاً خاطئة ترتب مسؤوليته المدنية تبعاً لذلك.

المبحث الأول

استعمال الحق بوجه مشروع Usage Légitime

تبيّن لنا من تعريف الحق بأنه عبارة عن سلطة يمنحها القانون ويحميها وصاحب الحق له حق استعمال سلطته وفق الطريقة التي يريد وممارستها كيفما يشاء بشرط عدم الإضرار بالآخرين ولا يُسأل عن الضرر الناجم للغير طالما أنه لا يتعدى حدود سلطته ولا يتجاوز نطاقها المشروع. وسوف نأتي على ذكر بعض أحكام المسؤولية المدنية التي ترتبط بنظرية التعسف في استعمال الحق مشيرين إلى أن استعمال الحق دون وجه مشروع يولد أضراراً بحق الآخرين وبشكل أفعالاً أو تصرفات غير مشروعة تكون محلاً للمسؤولية المدنية وقابلة للتعويض عنها.

القانون المدني السوري نص في المادة الخامسة منه " من يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر " .

ولا شك أن استعمال الحق على النحو المرسوم وفق الأنظمة والقوانين والأعراف والسنن لا يضع صاحبه في موقع المسؤولية المدنية وذلك فيما إذا كانت المصلحة التي يجنيها من وراء استعماله لحقه تتعارض مع مصالح الأشخاص الآخرين بضرر بهم طالما أن المصلحة التي يبتغيها مشروعاً، وإن الحق قد منح في الأصل لتحقيق هذه المصلحة. من غير المنطقي أن يعتبر صاحب الحق مسؤولاً عن الضرر الناجم عن استعمال حقه طالما أنه يمارس حقه وفق المألوف والمتعارف عليه وضمن النطاق المرسوم لها وإلا فقد الحقوق الممنوحة من القانون قيمتها وغاياتها وبالتالي يحرم صاحب الحق من ممارسة حقه المشروع. فمالك الأرض عندما يستعمل حقه بوجه مشروع، في إشادة بناء بترخيص أصولي، من السلطة المختصة، ووفق دراسة فنية فهو بذلك قد يضر بأصحاب الأبنية المجاورة فيجب عنهم الإطالة أو رؤية الشمس، ولكن لا يمكن إعمال مسؤوليته المدنية عن هذه الأضرار التي يسببها للآخرين لأنه يمارس حقه المشروع الذي منحه إياه القانون فكيف لنا أن نعتبره مسؤولاً. والتاجر الذي يستعمل حقه بممارسة تجارته في محله بمقربة من محل تاجر آخر قد يؤدي ذلك إلى الإضرار بجاره التاجر عن طريق منافسته بممارسة ذات العمل التجاري، فهو يكون قد استعمل حقه الممنوح له قانوناً وبوجه مشروع. ولم يرتكب بالنتيجة ثمة عملاً غير مشروع يستوجب مسؤوليته المدنية.

إن أحكام الفقه الإسلامي أقرت قاعدة قانونية مفادها "الجواز الشرعي ينافي الضمان" ومؤدى ذلك أن الشخص عندما يمارس ما هو جائز شرعاً وقانوناً لا يكلف بضمان أية أضرار قد تنشأ للآخرين نتيجة لممارسته حقه. فالمنطق

لا يقتضي منح الشخص حقاً قانونياً والرخصة في استعماله من جهة ثم تأتي من جهة أخرى بمحاسبته على هذا الاستعمال.

وبمطلق الأحوال، إن استعمال الشخص لحقه يجب أن يكون ضمن الحدود المرسومة من القانون أو العرف، فالمشرع يمنح الحقوق وبالوقت ذاته يفرض القيود القانونية اللازمة على استعمال هذه الحقوق. وعندما يتجاوز الشخص - صاحب العقار هذه القيود المفروضة فهو بذلك يخرج من دائرة المشروعية ويدخل في دائرة اللامشروعية مما يستوجب إعمال مسؤوليته المدنية عن الأضرار الناجمة التي سببها للغير.

فمستأجر الأرض الزراعية له حق استعمال هذه الأرض والانتفاع بها دون حق قطع أشجارها مثلاً وإلا اعتبر مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها للمالك.

فالقاعدة العامة تفرض على صاحب الحق أن يمارس حقه ممارسة واستعمالاً مشروعاً يخلو من الإساءة والتعسف، وهو الأمر الذي يقتضي أن يكون هذا الاستعمال مشروع وفق القانون. وإذا ما تعسف صاحب الحق في استعمال حقه، ولو أنه لم يتجاوز حدوده، فإن تعسفه سيؤدّ أضراراً متنوعة تكون سبباً في إعمال مسؤوليته المدنية لأنها تعتبر أفعالاً ضارة تستوجب المسؤولية المدنية. إن مجرد التعسف في استعمال الحق يعد نوعاً من الخطأ وهو ركن أساسي في أحكام المسؤولية المدنية وبدونه لا تتحقق المسؤولية، وارتكاب هذا الخطأ، الذي يفيد التعسف، يؤدي إلى خروج مرتكب الخطأ، وهو صاحب الحق، عن القيود العامة المفروضة على حقوق الاستعمال والاستقلال الممنوحة أصلاً من القانون. وهذا ما يطلق عليه بنسبية الحق. فالحق وفق ذلك يعني أنه مهما تضمن من سلطة لا يمكن أن يصل إلى الحد المفتوح والمطلق وإنما لا بدّ وأن يكون نسبياً ومقيداً بعدم التعسف في استعماله. فحق الملكية يمنح صاحبه كافة أنواع التصرف فيه مع

حرية الاستعمال والاستغلال، طالما أنه يمارس حقه، ضمن الدائرة المشروعة. كما لو بنى في أرضه ما شاء من أبنية. ولكن يختلف الحال ويكون متعسفاً فيما لو بنى حائطاً ليست الغاية منه سوء حجب النور والهواء عن جاره فيكون عندئذ متعسفاً في استعمال حقه. حق الملكية - الممنوح له من القانون. وبالتالي إزاء ذلك يدخل فعلة هذا ضمن الدائرة غير المشروعة ويتعين إقامة مسؤوليته المدنية والزامه بالتعويض عن الأضرار الناجمة نتيجة فعله الضار بالجار.

المبحث الثاني

استعمال الحق بوجه غير مشروع Usage Illégitime

يتعين القول بادئ ذي بدء أن التعسف في استعمال حق ما، منح من القانون، مباشرة أو بصورة غير مباشرة، ما هو إلا نوع من العمل غير المشروع والذي يرتكب صاحب الحق في معرض استعماله واستغلاله لحقه. فالتعسف بحد ذاته يخرج العمل المرتكب الضار من دائرة العمل المشروع إلى دائرة العمل غير المشروع. فصاحب الحق عندما يستعمل حقه بوجه غير مشروع يمارس حقه، في هذه الحالة، خارج دائرة العمل المشروع فهو والحالة هذه لا يمارس حقه وفق الحدود المرسومة له من القانون أو العرف مثلاً بل يتجاوز هذه القيود، وعندما يتجاوز القيود المفروضة على استعمال الحق فهو بذلك التصرف يحدث أعمالاً غير مشروعة، أفعالاً ضارة، ويصبح فعلة بعدئذٍ خارج دائرة العمل المشروع. لذلك يقال إن نظرية العمل غير المشروع تجب نظرية التعسف في استعمال الحق، وأن هذه الأخيرة ليست سوى بنوداً من بنود تطبيقات نظرية العمل غير المشروع، إذ أن ارتكاب عملاً غير مشروعاً وضاراً يولد المسؤولية المدنية بحق مرتكب هذا العمل غير المشروع وهو محدث أو مسبب الضرر، وهو في غالب الأحيان يكون المسؤول عن الضرر. ومع ذلك، نجد لنظرية التعسف في استعمال الحق شأن في

تعطيل تسويق الضرر بالغير. فلولا نظرية التعسف في استعمال الحق لساغ لصاحب الحق استعمال حقه بشكل مطلق دون قيد أو شرط وغير آبه بما يلحقه بالآخرين من ضرر.

إن المشرع الفرنسي في القانون المدني لم يتضمن نصاً قانونياً خاصاً بنظرية التعسف في استعمال الحق وإنما كانت نظرية العمل غير المشروع هي السائدة في الفقه والقانون والاجتهاد. وقد استطاع الاجتهاد القضائي الفرنسي *Jurisprudence* أن يطبق نظرية التعسف في استعمال الحق مستنداً في ذلك على نظرية العمل غير المشروع ، مما يدل على أن نظرية التعسف في استعمال الحق تشكل فرع من نظرية العمل غير المشروع ونحن سنعالج حالات التعسف في استعمال الحق بمعنى آخر المعايير التي نص عليها القانون المدني السوري لنظرية التعسف في استعمال الحق دون الدخول في الاختلافات الفقهية والقضائية حول هذه المعايير والتي سيكون مجال معالجتها غالباً في مرحلة الدراسات العليا.

لقد عالج المشرع السوري في القانون المدني نظرية التعسف في استعمال الحق في الباب التمهيدي وجعل منها مبدأ عاماً يشمل جميع الحقوق وعلى اختلاف أنواعها والتي تقرر القواعد العامة في القانون المدني وليس القانون المدني فحسب بل جميع فروع القانون الخاص وأحياناً القانون العام.

لقد نص المشرع السوري في القانون المدني^{٦١١} على الحالات التالية التي يكون استعمال الحق فيها غير مشروع، بمعنى أن الاستعمال وفق هذه الحالات يكون مشوباً بالتعسف. وعلى ذلك فإن الاستعمال غير المشروع للحق أو التعسف في استعمال الحق إنما يولد المسؤولية المدنية والتعويض.

٦١١ - المادة ٦ من القانون المدني السوري.

جاء نص المادة ٦/ من القانون المدني:

يكون استعمال الحق غير مشروع في الحالات التالية:

- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.
 - إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
 - إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.
- وعلى ذلك سوف، نبحث بشيء من التفصيل، في هذه الحالات والتي يمكن لنا أن نطلق عليها معايير التعسف في استعمال الحق.

أولاً - نية الإضرار بالغير:

يعدّ هذا المعيار من أبرز معايير التعسف في استعمال الحق وأكثرها شيوعاً، فكثيراً ما يخصص صاحب الحق حقه لمجرد الضرر بالغير، لا سيما الجوار، حيث ساءت اليوم علاقات الجوار فيما بينهم. وقد يهدف صاحب الحق من وراء استعمال حقه تحقيق مآرب شخصية بالنكاية بغيره وإلحاق الضرر به. وعندما يستعمل صاحب الحق حقه لمجرد الإضرار بالغير دون أن يكون له أية منفعة من وراء هذا الاستعمال، فهو يقوم بعمل غير مشروع ويكون متعسفاً في استعمال حقه. كما لو بنى شخص جداراً عالياً في أرضه لا يعود عليه بأية منفعة ولكنه فقط لمجرد الإضرار بجاره وذلك بحجب النور والهواء عنه فهو لا يسأل عن كافة الأضرار التي تصيب جاره من جراء هذا العمل وذلك بسبب تعسفه في استعمال حقه لوجود نية الإضرار هنا.

إن معيار قصد الإضرار بالغير معيار ذاتي بحث يقوم على توافر نية الإضرار بالغير لدى صاحب الحق. لكن لو استعمل صاحب الحق حقه دون أن

يقترن ذلك الاستعمال بأية مصلحة جدية لصاحب الحق، فيجب، في هذه الحالة، إعمال مبدأ السلوك المألوف للرجل المعتاد^{٦١٢} وهنا ينقلب المعيار من ذاتي إلى معيار موضوعي ولا يغفل مطلقاً تعسفه في استعمال حقه. وطالما انعدمت المصلحة الجدية في استعمال الحق فإن نية الإضرار بالغير تكون قد تحققت وانكشفت بوضوح باعتباره الهدف الأساسي الذي يرمي إليه صاحب الحق من وراء استعماله لحقه والتصرف فيه.

ثانياً - رجحان الضرر الذي يلحق بالغير على مصلحة صاحب الحق رجحاناً كبيراً:

وهذا المعيار معيار موضوعي، يبحث في حالة استعمال الحق الذي يسبب ضرراً كبيراً لا يتناسب مطلقاً مع المصلحة التي هدف إليها صاحب الحق، وذلك عندما ينتج عن استعمال الحق ضرراً بالغير لا يتناسب وأهمية المصلحة المبتغاة فإن صاحب الحق يعد متعسفاً في استعمال حقه. بمعنى أن المصلحة التي ينشدها صاحب الحق تافهة وغير ذات أهمية لا تقارن مع الضرر الناجم للغير بنتيجة هذا الاستعمال. الأمر الذي يقتضي إثارة المسؤولية المدنية لدى صاحب الحق، محدث الضرر، حتى ولو لم يثبت لديه نية الإضرار بالغير.

إن التعسف، في مثل هذه الحالة، يستخلص منه التفاوت الكبير بين المصلحة والضرر بحيث يغلب الضرر على المصلحة بغض النظر عن نية صاحب الحق بالضرر. ومن يستعمل حقه بقصد تحقيق مصلحة تافهة لا تقارن مع الضرر الحاصل يعتبر متعمداً في إحداث الضرر بالغير في معرض استعمال لحقه.

٦١٢ - وهذا المبدأ من المبادئ المعترف بها في القانون المدني فهو يحدد سلوك الرجل المعتاد والذي هو من أواسط الناس فلا هو بالشخص الشديد الانتباه واليقظة ولا هو بالشخص معتاد الإهمال وإنما هو شخص عادي سوي يقترن سلوكه بسلوك من وقع منه الضرر لتقدير مدى وجود فعل خاطئ أم لا وبالتالي تقدير مسؤوليته من عدمها. راجع للتوسع: محمد حاتم البيات، النظرية العامة للالتزام، المصالح غير الإرادية، المرجع السابق، ص ٨٠ وما بعدها.

ولما كان المشرع في المادة السادسة، المذكورة أعلاه ، من القانون المدني قد نص على أن استعمال الحق يكون غير مشروع فيما إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، ذلك يعني أن المعيار المحدد في هذا النص لتقدير وجود تعسف في استعمال الحق من عدمه، هو عدم التناسب بين المصلحة المنشودة والضرر الواقع. والقاضي إذ له السلطة التقديرية في إجراء التوازن بين المصلحة والضرر، وفي كل حالة على حدة. وإذا بدا للقاضي عدم وجود تناسب بين المصلحة والضرر، بمعنى أن الضرر هنا يرجح رجحاناً كبيراً على مصلحة صاحب الحق، عندئذٍ معالم التعسف تكون واضحة دون لبس أو غموض وبالتالي على القاضي الحكم بوجود التعسف في استعمال الحق.

والمثال التقليدي على هذه الحالة يتجلى في طلب المالك هدم حائط يتبع لجاره والذي تجاوز فيه ويحسن نية حدود ملكه بسننيمرات قليلة. فمصلحة المالك في هذه الحالة ضئيلة جداً فيما إذا قورنت بالضرر الناجم عن الهدم والمتولد للباني حسن النية. وهنا في المثال المذكور تظهر حالة التعسف بشكل واضح. على القاضي في هذه الحالة أن يكتفي بالحكم بالتعويض على المالك ليس غير ودون الحكم بإزالة الضرر أو الهدم.

ثالثاً - تحقيق مصالح غير مشروعة تتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة:

يتحقق التعسف في استعمال الحق، في هذه الحال، عندما ينحرف صاحب الحق عن الصراط المشروع ويسخر استعمال حقه لتحقيق مصالح غير مشروعة ومتعارضة مع النظام العام أو الآداب العامة. وتجدر الإشارة إلى أن الانحراف غير المشروع يجعل الوسائل التي تقضي إليه غير مشروعة أيضاً ولو كانت بحقيقتها استعمالاً لحق من الحقوق.

إن المعيار هنا، في هذه الحالة، موضوعي، إذ إن الإنسان لا يمكن أن يستعمل حقه بغاية تحقق أغراض غير مشروعة لأنه سيعتبر حتماً متعسفاً في استعمال حقه. والمصلحة الغير مشروعة التي عناها المشرع في القانون المدني تبقى أمراً يقبل التأويل والتفسير ولكن، بمطلق الأحوال، المصلحة تعتبر غير مشروعة عندما تتعارض مع أحكام القانون أو نصوصه الآمرة أو مع النظام العام أو الآداب العامة في المجتمع فصاحب الحق عندما يسرّح أحد عماله لمجرد انتمائه السياسي أو دخوله في حزب ما يعد متعسفاً في استعمال حقه. وإذا ثبت وجود تعسف من جانب صاحب الحق في استعماله فإنه يتعرض للجزاء الذي يتمثل في تعويض ما يترتب على هذا الاستعمال غير المشروع من أضرار بالغير. والأصل في التعويض أن يكون نقدياً، أي مبلغ من النقود يدفعه صاحب الحق الذي تعسف في استعمال حقه إلى المتضرر من هذا الاستعمال غير المشروع. وقد يكون التعويض عينياً بإزالة ما وقع مخالفاً للالتزام بعدم التعسف كهدم الحائط الذي بني إضراراً بالغير، أو إعادة العامل المفصول تعسفياً إلى عمله بالتراضي أم بالنقاضي، وأخيراً يخضع هذا التعويض إلى سلطة المحكمة بحسب ظروف كل حالة على حدة.

﴿ تَرَحَّمُ اللَّهُ ﴾



لائحة بأهم المراجع

أولاً- المراجع باللغة العربية:

١-مراجع عامة:

- إبراهيم سلقيني، أصول الفقه الإسلامي، مطبوعات جامعة دمشق ١٩٩٧.
- إبراهيم عبد العزيز شبحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، الدار الجامعية ١٩٩٧.
- أحمد أبو الوفا، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة (٨)، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٦٥.
- أحمد أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، ط- ١٩٦٧.
- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث - دراسة مقارنة لمشروع نقل وزرع الأعضاء - القاهرة - ١٩٨٦.
- حسام الدين الأهواني، الحق في الخصوصية، دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٧٨.
- حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية - جامعة عين شمس - ١٩٧٥.
- رضا المزعني، التفسير القضائي، في القانون المدني، معهد الإدارة العامة في المملكة العربية السعودية، ١٩٨٣.
- رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح القانون المدني وبخاصة المصري واللبناني (النظرية العامة للحق) - الدار الجامعة - بيروت - ١٩٩٢.

- سامي صادق الملا ، اعتراف المتهم - القاهرة - الطبعة الثانية - ١٩٧٥ .
- سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة - الكتاب الأول - دار الفكر العربي - القاهرة ١٩٧٧ .
- شمس الدين الوكيل، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب - منشأة المعارف - الإسكندرية - الطبعة الثالثة ١٩٦٨ .
- صبري محمد السنوسي محمد، الوسيط في القانون الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة ٢٠٠٨ .
- عادل الطبطبائي، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، الكويت ٢٠٠٠ .
- عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترماني، الحقوق العينية الأصلية، منشورات جامعة حلب ١٩٨٦ .
- عبد السلام الترماني، وعبد الجواد السرميني - القانون المدني - الحقوق العينية - ج/١ - المطبوعات الجامعية - حلب ١٩٩٠ .
- عبد القادر الشخلي، فن الصياغة القانونية تشريعاً وفقهاً وقضاءً، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان/١٩٩٥ .
- عبد الله مبروك النجار، افتراض الشخصية وآثاره في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - ١٩٩٦ .
- عدنان القوتلي، الوجيز في الحقوق المدنية - الجزء الأول - الطبعة الثالثة - مطبعة جامعة دمشق - ١٩٥٧ .
- علي حسن يونس، الوسيط في الشركات التجارية - دار الفكر العربي - القاهرة ١٩٦٠ - ص ٣٣ .

- علي سليمان العبيدي - دراسات في القانون التجاري المغربي - مطبعة الأمانة - الرباط ١٩٦٦.
- فتحي الدرزيني، أصول حقوق الإنسان في التشريع الإسلامي، مجلة التراث العربي - العدد ١٧١ ذ - ١٨٨٤.
- فؤاد ديب - القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - المطبعة الجديدة - دمشق - ١٩٨٥ - ١٩٨٦.
- كريستوف سرور، مصادر القانون الدولي "المنظور والتطبيق" مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية - ٢٠٠١.
- ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته - دار النهضة العربية - ١٩٨٧.
- مبدر لويس - أثر التطور التكنولوجي على الحريات العامة - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٨٣.
- محمد حاتم البيات وأيمن أبو العيال، العقد والإرادة المنفردة، منشورات جامعة دمشق، كلية الشريعة ٢٠٠٤.
- محمد حاتم البيات، أساسيات النظام القضائي ماضيه وحاضره في سورية ودول مجلس التعاون الخليجي، منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد ٢٥ / العدد الأول ٢٠٠٩، ص ٥٧.
- محمد حاتم البيات، المركز القانوني للمالك المشارك في ملكية الطبقات والشقق، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والاقتصادية ٢٠٠٢م.
- محمد حاتم البيات، حق الانتفاع، بحث منشور في هيئة الموسوعة القانونية ٢٠١٠ - المجلد الرابع - ص ٢٢٣٤.

- محمد حاتم البيات، دور القاضي وسلطة المتقاضي في بيئة القضاء المدني، منشور في المجلة القانونية والقضائية الصادرة عن مركز الدراسات القانونية في وزارة العدل - قطر الدوحة العدد الثاني المجلد الأول ٢٠٠٧ - ص ٢١٣ .
- محمد حاتم البيات، رسالة دكتوراه من جامعة مونتسكيو - بورديو - فرنسا ١٩٩٥ .
- محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشرعية الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٩ .
- محمد عزيز شكري، مدخل إلى القانون الدولي العام - مطبعة الداودي ١٩٨١-١٩٨٢ .
- محمد معروف الدواليبي، المدخل إلى علم أصول الفقه الطبعة الرابعة، جامعة دمشق ١٩٦٣ .
- محمد ناجي ياقوت، الحق في السمعة - منشأة المعارف بالإسكندرية - ١٩٨٥ .
- محمد واصل، الحقوق الملازمة للشخصية، رسالة دكتوراه من جامعة دمشق، دار الجاحظ - دمشق ١٩٩٥ .
- محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة، رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة ١٩٧١، موجودة في مكتبة كلية الحقوق بدمشق .
- محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة الداودي بدمشق ١٩٨٧ .
- محمود أبو السعود حبيب، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة - في الظروف الاستثنائية - دار الثقافة الجامعية - القاهرة ١٩٩٠ .

- محمود نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الأشخاص - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٧٨.
- معروف الدواليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها - الطبعة الخامسة - مكتبة الشرق - حلب - سوريا - ١٩٦١.
- منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية - وزارة الثقافة - بغداد - ١٩٩٠.
- النظرية العامة للالتزام - ج ١ - المطبعة الجديدة - دمشق.
- النظرية العامة للالتزام، المصادر غير الإرادية للالتزام، منشورات جامعة دمشق ٢٠٠٩.
- هشام محمد فوزي عبد الفتاح - رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - ١٩٩٨.
- وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقاً للمادة (٤٧) من الدستور المصري - منشأة المعارف بالإسكندرية - ١٩٨٨.
- يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة - دار النهضة العربية - لا يوجد دار نشر.
- يوسف محمد قاسم، ضوابط الإعلام في الشريعة الإسلامية وأنظمة المملكة العربية السعودية - جامعة الرياض - ١٩٧٩.

ثانياً- مراجع متخصصة:

- أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الدار الجامعية دون سنة الطبع.
- إدريس العلوي العبدلاوي، أصول القانون - الجزء الثاني - نظرية الحق- الطبعة الأولى ١٩٧٢.
- أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، ١٩٨٣.
- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق- الدار الجامعة - بيروت لبنان ٢٠٠١.
- توفيق فرج، المدخل إلى العلوم القانونية الطبعة الأولى، الدار الجامعية- ١٩٨٨.
- ثروت أنيس الأسيوطي، مبادئ القانون، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ١٩٧٤.
- حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون- مطبعة أبناء وهبة حسان- القاهرة ١٩٨٨.
- حسن كيرة، المدخل إلى علم القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٣.
- حمود غزال، وعبد الكريم غوال، المدخل إلى علم القانون، منشورات جامعة حلب ٢٠٠٥.
- سلامة عبد الله، مقدمة القوانين، الجزء الأول، مصر ١٠١٣.

- سلمان بو ذياب، المبادئ القانونية العامة - دراسة نظرية وتطبيقات عملية في القانون والحق - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - ١٩٩٥.
- سمير عالية، المدخل لدراسة القانون والشرعة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ٢٠٠٢.
- سمير عبد السيد تتاغو، النظرية العام للقانون - منشأة المعارف بالإسكندرية - ١٩٨٦.
- سميرة كامل، دروس في مقدمة القانون، مركز جامعة القاهرة كلية الحقوق، للتعليم المفتوح ٢٠٠٣.
- عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية - الجزء الأول - القانون - وفقاً للقانون الكويتي - مطبوعات جامعة الكويت - ٢٠٠٠.
- عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية - الجزء الثاني - الحق وفقاً للقانون الكويتي - مطبوعات جامعة الكويت - ١٩٧٠.
- عبد الرحمن محمد، أصول القانون، دراسة مقارنة في القانون القطري والشرعية الإسلامية منشورات دار النهضة العربية ٢٠٠٧م.
- عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للقانون دار النهضة العربية بيروت ١٩٦٦.
- عبد المنعم فرج الصادرة، أصول القانون - دار النهضة العربية - بيروت لبنان ١٩٧٢.
- عبد النبي ميكو، نظرية الحق في القانون المغربي والمقارن (المدخل لدراسة القانون) - الجزء الثاني - الرباط - ١٩٧٤.

- علي نجيدة، أصول القانون، دار النهضة العربية ٢٠٠٥م.
- عوض الزعبي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر، ٢٠٠٧.
- فؤاد عبد النبي حسن، رئيس الجمهورية في النظام الدستوري - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - ١٩٩٥.
- محسن البيسة، شرح القانون المدني الكويتي - نظرية الحق - مكتبة الصفار - الكويت - الطبعة الأولى ١٩٩٤.
- محسن خليل، علاقة القانون باللائحة - دراسة مقارنة - مجلة الحقوق المصرية - السنة ١٤.
- محمد إبراهيم الدسوقي أبو الليل، النظرية العامة للقانون والحق - في القانون الليبي - مطبعة دار الكتب - بيروت - الطبعة الأولى ١٩٨٠.
- محمد إبراهيم دسوقي ، النظرية العامة للحق في القانون الليبي - دار الكتاب - بيروت - لبنان - ١٩٧٩ .
- محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون - القاعدة القانونية - نظرية الحق - بيروت - لبنان - منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠٦.
- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق - (الأشخاص والأموال في القانون الجزائري) - مطبعة المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرعاية - ١٩٨٥.
- محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون دار النهضة العربية، بيروت لبنان، ٢٠٠٧.
- محمد عبد الجواد، أصول القانون - دراسة مقارنة بأصول الفقه، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٨.

- محمد عبد الله ومحمد حاتم البيات وعماد قطان، المدخل إلى علم القانون، منشورات جامعة دمشق للتعليم المفتوح ٢٠٠٤.
- محمد وحيد الدين سوار، دليل التمارين العملية في المدخل للعلوم القانونية- مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان - الأردن - ١٩٩٣.
- نظرية الحق - الكتاب الثاني - كلية شرطة دبي - الطبعة الأولى - ١٩٩٣.
- هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون - مطبعة جامعة دمشق - ٢٠٠٣.



ثانياً -المراجع باللغة الفرنسية:

١-المراجع العامة:

- Burdeau (Georges) : Les libertés publiques . 4e éd . Paris 1972.
- BURDEAU, traité de science politique, cite par MAZEAUD.
- Capitant(H) . Introduction à l'étude du droit civil . 4 éd. Paris.
- Denis Piotet- Traité de droit privé Suisse-1-tome- 11- éditions universitaires Fribourg Suisse- 1998 .
- Garraud(R) – Traité de droit pénal , 2em éd Paris.
- Les frères Mazeaud- leçons de droit civil,Ed. L.T.I.G.Paris.
- Mazeaud Henri et lion leçon de droit civil droit de propriété t.2 deuxième v.ed.MONTCHRESTIEN.
- Mohmmmed el baiyate Le statut du copropriétaire au sein d'une copropriété .thèse de doctorat université – BORDEAUX –Montesquieu .
- PLANIOL Ripert et boulangier , traite élémentaire de droit civil, éd . PARIS.
- PLANIOL, traite élémentaire de droit civil P.er , Ed - DEMOGVE les notions fondamentales de droit prive .
- Potvin (Louise): La personne et la protection de son image - Québec : 1991.
- Robert (Jacques): Les libertés publiques Collection université nouvelles . éd . Mont - Chrétien . Paris.
- Roubier . le droit transitoire. 2 éd. Paris, 1995.

٢- المراجع المتخصصة:

- Alex Weill et François Terré DROIT civil .1.introduction générale 5 eme.ed. Dalloz 1989 .
- Dabin (Jorge)- Théorie général du droit -1944.
- Jean- François Quevy -anthropologie Juridique de la personne morale-Bibliothèque de droit privé – Tome-2 .
- Kayser : Le secret de la vie privée - Mélanges - Offerts à René Savatier . Dalloz - Paris - 1985 .
- Kayser : les droits de la personnalité - Rev . trim . de droit civil , sirey - Paris : 1971 .
- Nerson : Personne et droits la famille . Rev . Trim.- droit - civil - sirey - Paris . 1979 . P : 109 .
- Niboyet (Jean –Pierre) La force des règles de droit . Etudes Sugiyama.1941.
- Roubier (Pierre)- Théorie générale du droit :e2 éd .1951.

اللجنة العلمية: أ.د. محمد فاروق أبو الشامات

أ.د. زهير حرح

أ.د. محمد خير العكام

المدقق اللغوي:

أ.د. محمد هيثم غرة

حقوق الطبع والترجمة والنشر محفوظة لمديرية الكتب والمطبوعات

