



المدخل إلى علم القانون





الجمهورية العربية السورية

منشورات جامعة دمشق

مركز التعليم المفتوح

قسم الدراسات القانونية

المدخل إلى علم القانون

الدكتور

محمد حاتم البيات

أستاذ في كلية الحقوق

الدكتور

محمد واصل

أستاذ في كلية الحقوق

جامعة دمشق



الفهرس

13	القسم الأول نظرية القانون
17	الباب الأول وتقسيماته
24	- الفصل الأول القانون والقاعدة القانونية
22	- البحث الأول التعاريف المتداولة للقانون
22	- المطلب الأول التعريف اللغوي للقانون
23	- المطلب الثاني التعريف الاصطلاحي للقانون
26	- البحث الثاني تصنيف القاعدة القانونية
27	- المطلب الأول خصائص القاعدة القانوني
35	- المطلب الثاني أنواع القاعدة القانونية
47	- الفصل الثاني صلة القانون بالعلوم الأخرى
48	- البحث الأول علاقة القانون بالتاريخ والفلسفة
48	- المطلب الأول علاقة القانون بالتاريخ
49	- المطلب الثاني علاقة القانون بالفلسفة
50	- البحث الثاني علاقة القانون بعلم الاجتماع والاقتصاد
50	- المطلب الأول علاقة القانون بعلم الاجتماع والعلاقات الاجتماعية
52	- المطلب الثاني علاقة القانون بالاقتصاد
53	- البحث الثالث علاقة القانون بالأخلاق والدين
54	- المطلب الأول علاقة القانون بالأخلاق
56	- المطلب الثاني علاقة القانون بالدين
59	- الفصل الثالث تصنيفات القانون الموضوعية
60	- البحث الأول القانون العام وفروعه
61	- المطلب الأول القانون العام الدولي
63	- المطلب الثاني القانون الدستوري

66	- المطلب الثالث القانون الإداري
68	- المطلب الرابع القانون المالي
69	- المطلب الخامس قانون التنظيم القضائي
71	- المطلب السادس القانون الجزائي
73	- البحث الثاني القانون الخاص وفروعه
74	- المطلب الأول القانون المدني
76	- المطلب الثاني قانون الأحوال الشخصية
78	- المطلب الثالث قانون الأحوال المدنية
79	- المطلب الرابع القانون التجاري
81	- المطلب الخامس قانون العمل
82	- المطلب السادس قانون الزراعة
83	- المطلب السابع قانون أصول المحاكمات المدنية
85	- المطلب الثامن القانون الدولي الخاص
86	- البحث الثالث الموازنة بين القانون العام والقانون الخاص
87	- المطلب الأول التمييز بين القانون العام والقانون الخاص
89	- المطلب الثاني أهمية التفريق بين القانون العام والقانون الخاص
83	الباب الثاني مصادر القانون
97	- الفصل الأول مصادر القانون التشريعية
98	- البحث الأول تعريف التشريع وخصائصه
98	- المطلب الأول تعريف التشريع
99	- المطلب الثاني خصائص التشريع ومزاياه
103	- البحث الثاني أنواع التشريع وسنه
104	- المطلب الأول التشريع الدستوري
109	- المطلب الثاني التشريع العادي والبرلماني
115	- المطلب الثالث التشريع الحكومي

126	- البحث الثالث نفاذ التشريع وإلغائه
126	- المطلب الأول نفاذ التشريع
132	- المطلب الثاني إلغاء التشريع
137	- البحث الرابع صياغة التشريع
138	- المطلب الأول مفهوم الصياغة التشريعية
139	- المطلب الثاني أنواع الصياغة التشريعية
140	- المطلب الثالث طرق الصياغة التشريعية
143	- الفصل الثاني مصادر القانون غير التشريعية
144	- البحث الأول مبادئ الشريعة الإسلامية
145	- المطلب الأول مضمون المبادئ العامة للشريعة الإسلامية
147	- المطلب الثاني مجال تطبيق المبادئ العامة للشريعة الإسلامية
148	- البحث الثاني العرف
149	- المطلب الأول العرف وأركانه وأنواعه
157	- المطلب الثاني إثبات العرف ودوره
159	- المطلب الثالث مزايا العرف وعيوبه
163	- البحث الثالث مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة
169	- المطلب الأول القانون الطبيعي
169	- المطلب الثاني قواعد العدالة
171	- البحث الرابع القضاء والفقه
171	- المطلب الأول القضاء مصدر من مصادر القانون
174	- المطلب الثاني الفقه مصدر من مصادر القانون
177	الباب الثالث تفسير القانون و تطبيقه
181	- الفصل الأول تفسير القانون
182	- البحث الأول معنى التفسير وأنواعه

182	- المطلب الأول ماهية تفسير القانون
188	- المطلب الثاني أنواع التفسير
196	- البحث الثاني مدارس تفسير القانون
197	- المطلب الأول مدرسة الشرح
200	- المطلب الثاني المدرسة التاريخية في تفسير القانون
204	- المطلب الثالث المدرسة العلمية في التفسير
209	- البحث الثالث طرق تفسير القانون
210	- المطلب الأول التفسير اللفظي للنصوص
219	- المطلب الثاني التفسير المنطقي للنصوص
233	- الفصل الثاني تطبيق القانون
234	- البحث الأول نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص
235	- المطلب الأول الأشخاص المطالبون بالقانون
235	- المطلب الثاني السلطة التي تقوم على تطبيق القانون
245	- البحث الثاني نطاق تطبيق القانون
245	- المطلب الأول مبدأ إقليمية القوانين
247	- المطلب الثاني مبدأ الشخصية القوانين
248	- المطلب الثالث استثناءات مبدأ إقليمية القوانين
250	- البحث الثالث نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان
252	- المطلب الأول مبدأ عدم مرجعية القوانين
256	- المطلب الثاني نظريات حل مشكلة تنازع القوانين
268	- المطلب الثالث الحلول الوضعية في تنازع القوانين
283	القسم الثاني نظرية الحق
287	الباب الأول الحق وأنواع الحقوق
289	- الفصل الأول التعريف بالحق أو مدلول الحق

293	- الفصل الثاني أقسام الحق
293	- البحث الأول أقسام الحقوق في الفقه
294	- المطلب الأول الحقوق السياسية
295	- المطلب الثاني الحقوق غير السياسية
295	- الفرع الأول الحقوق الشخصية
321	- الفرع الثاني الحقوق الخاصة وأنواعها
335	- المبحث الثاني المقارنة بين صفات الحق العيني وصفات الحق الشخصي
339	الباب الثاني أركان الحق
341	- الفصل الأول أشخاص الحق
342	- المبحث الأول الشخص الطبيعي
343	- المطلب الأول بداية الشخصية ونهايتها
365	- المبحث الثاني الشخص الاعتباري
366	- المطلب الأول مفهوم الشخص الاعتباري
388	- المطلب الثاني الحقوق الملازمة للشخص الاعتباري
407	الباب الرابع مضمون الحق
413	- الفصل الأول تقسيم الأشياء
413	- المبحث الأول تقسيم الأشياء إلى منقولة وثابتة
414	- المطلب الأول العقارات
421	- المطلب الثاني المنقولات
422	- المبحث الثاني تقسيمات الأشياء القانون المدني
423	- المطلب الأول الأشياء الاستهلاكية والأشياء الاستعمالية
424	- المطلب الثاني الأشياء المثلية والأشياء القيمة
424	- المطلب الثالث تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمة آثار عديدة
425	- المبحث الثالث تقسيمات للأشياء لم يتعرض لها القانون المدني

426	- المبحث الرابع أثار التمييز بين العقار والمنقول
430	- المبحث الخامس التعسف في استعمال الحق
430	- المطلب الأول استعمال الحق بوجه مشروع
433	- المطلب الثاني استعمال الحق بوجه غير مشروع
439	- المراجع



مقدمة

فكرة القانون مرتبطة بفكرة حق، إذ لا يقوم الحق 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. فلكل موجود قانونه، ولكل نوع من أنواع الوجود له قانونه، ويتم الدخول إلى كل علم عبر باب رئيس يسمى مدخلاً يتم من خلاله معرفة الأسس التي يقوم عليها العلم، و بيان الخصائص التي يتميز بها من غيره من العلوم الأخرى، فهو يشرح الأفكار الرئيسية، ويعرض القواعد العامة التي يقوم عليها، فالمدخل إلى علم القانون هو هيكله الخطوط العريضة لذلك العلم لتكون بمثابة الأساس المتين المترابط الذي يسهل للطالب والباحث والدارس تفاصيل ذلك العلم عند الدخول إلى فروعهِ وتقسيماته المتعددة، وفهم النظريات المختلفة التي تحكم تلك التفاصيل.

لذا، يؤلف المدخل دراسة تمهيدية وشرحاً للمبادئ العامة المشتركة في العلوم القانونية، لذلك فإن المدخل 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 العامة في الأحكام العامة للقانون المذكور مع الأخذ بالحسبان أن القانون المدني يعرف بأنه القانون الوطني العام الذي يختص بأغلب أو معظم المبادئ والقواعد العامة التي تدخل الدراسة التمهيدية للقانون عامة، 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 نظرتين، تسمى الأولى نظرية القانون، وتسمى الثانية نظرية الحق وفق الآتي:



القسم الأول
نظرية القانون



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 للوجود، 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 إلى 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، نجد أن 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



القانون وتقسيماته la Loi et sa division

تمهيد:

يعد القانون ضرورة اجتماعية إنسانية وحيوية 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 والإمكانات، 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 وتنتهي 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 إلى فكرة القانون، سواء من حيث المعنى الواسع أم المعنى الضيق، وتحديد وظيفته الأساسية التي أدت إلى ضرورته في الدولة والمجتمع سواء على الصعيد الوطني أم 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، ولأسيما في الدول التي تعتقد أنها تطبق شريعة إسلامية، بحسبان أن مصدر الحقوق هو الله وحده. ونعرض هذا الفصل في الأبحاث وفق الآتي:

البحث الأول: التعاريف المتداولة للقانون

البحث الثاني: تصنيف القواعد القانونية.

البحث الأول التعريف المتداول 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 عربية¹، وجاء في القاموس المحيط أيضاً أن كلمة قانون تعني مقياس كل شيء، وجمعه قوانين، وأن القنن تعني السنن²، وهي جمع سنه، والسننة هي الطريق أو المبدأ أو العقيدة، وقال الرسول (ص): (وسننك لكم سنّة فاتبعوها)، ويقال لك سنن الطريق وسننه وسننه أي جهته³، وتعد كلمة قانون مشتقة من اليونانية من كلمة (kanon) وتعني في اللغة المذكورة (العصا المستقيمة) وهم يعبرون عنها مجازاً بالقاعدة أي (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

¹ - ابن منظور - لسان العرب - حرف (القاف).

² - الفيروز أبادي - القاموس المحيط فصل (قنن).

³ - ابن منظور - لسان العرب - حرف (السين)

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 معانٍ أخرى عديدة في الاصطلاح أو في المدلول.

المطلب الثاني

التعريف الاصطلاحي للقانون

يجد المعنى الاصطلاحي للقانون نفسه في المعنى اللغوي إذ أنه هو طريق ومقياس لكل شيء، فهناك قانون للطبيعة، وآخر لكل نوع من أنواع العلوم، سواء منها الرياضية أم الاقتصادية أو الاجتماعية. فنقول قانون الجاذبية، وقانون العطالة، وقانون العرض والطلب، وقانون الغاب. إلا أن القانون بالمعنى الاصطلاحي العام هو مجموعة القواعد التي تحكم السلوك الفردي والسلوك العام وتجعل الجميع يخضعون لها⁴، ومع هذا فإن للقانون معنى عام وآخر خاص 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 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

⁴ - د. توفيق حسن فرج- المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق - الدار الجامعة - بيروت لبنان 1988 - ص 17.

القوانين المتعلقة بفرع من فروع القانون، والتي تنظم مجاًلاً 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 قانوني أخرى، كما تستعمل كلمة (قانون) للإشارة إلى نصوص، مثل: قانون Loi أو مرسوم تشريعي Décret ، أو مرسوم تنظيمي Décret règlement، أو مجرد أمر Ordinance صادر عن سلطة مختصة بإصداره. كما يمكن أن يقال عن القانون بأنه مجموعة القواعد التي يضعها المشرع لتنظيم علاقات محددة، ويسمى عندئذ بالقانون الوضعي ((Droit Positive)، ويمكن أن نسميه أيضاً بالنظام القانوني أي ((مجموعة التشريعات وملحقاتها من تعليمات وأنظمة التي تصدر في دولة معينة في زمن محدد))، وهذا يعني في هذه الحالة 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 والفطرة 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 الأخرى⁵.

⁵ انظر: الفاضل (3) من المرسوم السلطاني رقم (3) لسنة 1973 - ملحق الجريدة الرسمية رقم (25)

تاريخ 1973/1/1.

ثانياً - المعنى العام للقانون:

تم عرض أفكار 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 تنصرف إلى كل القواعد التي يستعين بها القاضي من أجل الفصل في نزاع معروض عليه، وبالتالي تنصرف إلى النصوص التشريعية سواء صدر عن مجلس الشعب، أم أو عن رئيس الجمهورية، أو أعمالاً 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 إن الحقوق هي ((مجموعة الضوابط الإلزامية المفروضة على الناس في حياتهم الاجتماعية بغية تحقيق الطمأنينة الفردية والانسجام العام وتتجلى بقواعد ومؤسسات حقوقية))⁶، أو هو (مجموع القواعد التي تقيم نظام المجتمع فتحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم فيه والتي تناط كفالة احترامه، بما تملكه السلطة العامة في المجتمع من قوة الجبر والإلزام)⁷، وعرف بعضهم القاعدة القانونية بأنها (التي تنظم سلوك الناس في المجتمع بطريقة عامة ومجردة ويلتزم الأفراد

⁶ - د. عدنان القوتلي - الوجيز في الحقوق المدنية - الجزء الأول - الطبعة الثالثة - مطبعة جامعة دمشق - 1957 - ص 97.

⁷ - د. حسن كيرة - المدخل إلى القانون - منشأة المعارف بالإسكندرية - الطبعة الخامسة - 1984 - ص 19.

باتباعها عن طريق توقيع جزاء مادي جماعي⁸، أو هو 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.

البحث الثاني

القاعدة القانونية

Les règles de loi

عرّف القانون أنه 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 ذلك معرفة القانون والقاعدة القانونية من خلال خصائص القاعدة القانونية وصفاتها في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: خصائص القاعدة القانونية.

المطلب الثاني: أنواع القاعدة القانونية.

⁸ - د. حسام الدين كامل الأهواني - أصول القانون - مطبعة أبناء وهبة حسان - القاهرة 1988 - ص -

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 وتنبيههم 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 المساواة⁹.

لذلك، إن 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 ألزمانه به فلا يستطيع أن يتحلل منه هذا الالتزام بإرادته المنفردة، وبعض هذه القواعد عبارة عن أوامر تصدر عن السلطة وليس توجيهات أو تعليمات يلزم الأشخاص باحترامه كتلك القواعد المتعلقة بالتجريم والعقاب حيث يرد النص فيها أن

⁹ - د. سمير عبد السيد تناغو - النظرية العام للقانون - منشأة المعارف بالإسكندرية - 1986 - ص 32.

كل من يقتل أو يسرق أو يضرب يعاقب بحسب الفعل المحرم¹⁰. فالقاعدة القانونية هي قاعدة اجتماعية لا تقوم إلا في ظل مجتمع ما سواء كان هذا المجتمع مؤلف من أشخاص طبيعيين أو أشخاص اعتباريين لأن هؤلاء يحتاجون إلى التنظيم والحماية كضرورة وجودية بدءاً من كيان الدولة ذاتها وانتهاء بكل فرد فيها¹¹.

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 غير هؤلاء. إلا أنها لا تخص طبيياً 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 بفترة زمنية محددة، 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 - وبالتالي فإن 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 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.

¹⁰ - د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 12.

¹¹ - د. إدريس العلوي العبدلاوي - المرجع السابق - ص 46-54، ود. توفيق حسن فرج - المرجع السابق -

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 إلا أن هذا لا يعني 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 يتولى (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 وشرافاً 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 أن القاعدة القانونية وإن كانت عامة ومجردة إلا أنها ليست جامدة بل هي مرنة تتوافق مع فكرة الحياة وتطور المجتمع، ولذلك نميز في هذا السدد بين قواعد قانونية عامة ومجردة ذات صفة جامدة، وأخرى ذات صفة مرنة وفق الآتي:

1- قاعدة قانونية جامدة:

تقوم قواعد القانون أصلاً على افتراض على تحديد وفرض ، 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 عشرة 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 تم تحديده من مباشرة حق الطعن في الأحكام بوصفها قواعد شكلية تدخل في باب فكرة جمود القاعدة القانونية¹².

2- قاعدة قانونية مرنة:

تكون القاعدة القانونية مرنة إذا كان الفرض والحل فيها مرنين بحيث يتسعين 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 وعناصر كل جريمة 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 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.

إن الصياغة 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 يعني أنه لا يثق بالقائمين على تطبيقها سواء كانوا

¹² - انظر:

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

من القضاة أم 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، وتثوير الشعب بها كمادة 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 بمضمونها¹³. لذلك سنعرض لكل من مصطلحات الإلزام والجزاء والقهر وفق الآتي:

1- معنى إلزامية القاعدة القانونية:

تعني إلزامية 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 طواعية من تلقاء نفسه، وعلى المدين أن يفي بدونه ولو دون مطالبة دون أن كان ذلك خوفاً أو رهبة، بل لأن قواعد القانون تنص على أن ينفذ الالتزام جبراً على المدين¹⁴، لذلك ليس بالضرورة في كل التزام على المدين أن ينتظر الإكراه

¹³ - انظر: د. سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ص 59-84، ود. حسام الدين كامل الأهواني - المرجع السابق - ص 16-21، ود. توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص 25-27، ود. إدريس العلوي العبدلاوي - المرجع السابق - ص 66-86، ود. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 17-27، ود. رمضان أبو السعود - الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني - الطبعة الثانية - كلية الحقوق جامعة الإسكندرية - 1981 - ص 121-146، ود. حسن كيرة - المدخل إلى القانون - المرجع السابق - ص 36-41.

¹⁴ - انظر المادة (200) من القانون المدني السوري.

من قبل السلطة على تنفيذه، لأن هذا يبقى إجراء احتياطياً لا يتم اللجوء إليه إلا عند عدم الالتزام بالقاعدة القانونية.

2- مؤيد إلزامية القاعدة القانونية:

فلم يعد من الجائز أن يستعين الشخص بالقوة من أجل استيفاء ديونه بمواجهة المدين لأنه ليس لأحد في العالم المعاصر أن يقيم العدل لنفسه بنفسه¹⁵.

لذلك فإن أهم ما يميز القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد هو أنها مؤيدة بجزء 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 كأثر من آثار تلك المخالفة بإعادة المخالف أو المنحرف إلى الطريق المستقيم¹⁶، والجزاء الذي يؤيد تنفيذ القاعدة القانونية يختلف باختلاف القوانين والعصور والأزمان.

لذلك، فإن من يخالف قاعدة من القواعد الجزائية يتعرض للعقوبة بحسب المخالفة وهي تصل إلى الإعدام في جرائم القتل العمد، وقد يترتب عليها مجرد إزالتها وعدها كأنها لم تكن كإعادة الحال إلى ما كان عليه في حال تعدد 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 القانون¹⁷.

¹⁵ - انظر هذه الأفكار في:

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

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

¹⁶ - د. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص 126.

¹⁷ - د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 18-19، ود. إدريس العلوي العبدلاوي - المرجع السابق -

ص 75 وما بعدها.

فالإجبار على تنفيذ القاعدة القانونية من أهم خصائصها المميزة لها وبالتالي فإن أي خلل فيه يجعل القاعدة محل شك في أنها قاعدة قانونية أيًا كان مصدر تلك القاعدة¹⁸.

3- صور الجزاء المؤيدة للإلزامية القاعدة القانونية:

يتم 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 وسلامة الجميع، وأن القوانين منعت استيفاء الحق بالذات وجعلت من هذا الفعل جريمة يعاقب عليه القانون، ونعرض بعض صور الجزاءات المؤيدة للقاعدة وفق الآتي:

أ- الجزاء العقابي:

يعد الجزاء العقابي أشد الأنواع لأنه قد يطال حياة الشخص أو حريته وماله، ويتم إيقاعه عند مخالفة قاعدة نص 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، لأن 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، ويتم إيقاع هذا الجزاء من قبل السلطة المختصة (القضاء) عن طريق الدعاوى التي ترفعها النيابة العامة بوصفها ممثلة للمصلحة العامة.

¹⁸ - انظر المواد 39-51 من ميثاق الأمم المتحدة، ولمزيد من المعلومات حول إشكالية قواعد القانون الدستوري والقانون الدولي - راجع: د. سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ص 8-84، ود. حسام الدين كامل الأهواني - المرجع السابق - ص 20-21، ود. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص 132-140، ود. حسن كيهر - المرجع السابق - ص 39-41.

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 يقم من يقع عبء الوفاء بالتزام 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 يتم 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. و يمكن أن يكون الجزاء المدني غير مباشر عن طريق الحكم بالتعويض بمبلغ من النقود وفق ما يراه القاضي متناسباً وحجم الضرر.

ج- الجزاء الإداري:

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

د- الجزاء التأديبي:

يتم إيقاع الجزاء 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، إلا أن 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 أمرة، وقواعد قانونية غير أمرة¹⁹، ثم نقيم المقارنة بين نوعي القواعد وفق الآتي:

أولاً- القواعد القانونية الآمرة:

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 غيرها، 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 بأنها قواعد أمرة، وتُعرف القواعد الآمرة بأنها قواعد مطلقة تتضمن أمراً بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل ويتوجب على الأفراد إتباعها

19 - انظر :

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

دون أن يحق لهم البتة الاتفاق على ما يخالفها في تصرفاتهم²⁰، أو هي القواعد التي لا تستطيع إرادة الأفراد الاتفاق على مخالفتها أو الاتفاق على عكسها لأن العلاقة بينها وبين المخاطبين بها هي علاقة خضوع كامل²¹، أو هي التي تفرض أحكاماً معينة مطلقة على الأشخاص ولا يجوز لهؤلاء مخالفتها أبداً²²، وعليه نقول عنها: أنها القواعد المنظمة للكيان الذي تقوم عليه الدولة والمتعلقة بالنظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي ولا يجوز مخالفتها لأنه يترتب على مخالفتها تقويض الأمن والاستقرار فيها. فالقواعد التي تحرم القتل والسرقة والاعتصاب، والتزوير، وتحدد المحرمات من الزواج، وتمنع التصرف في تركة إنسان على قيد الحياة، وتحدد الحد الأعلى للفوائد، وتمنع التآمر على نظام الحكم، والتجسس والخيانة للدولة التي ينتمي إليها الشخص أو الاعتداء على السلطة العامة تعد قواعد أمرة لا يجوز مخالفتها، وأن من يفعل سوف يدفع الجزاء المناسب بحسب كل مخالفة.

ثانياً- القواعد القانونية غير الأمرة:

تسمى القواعد غير الأمرة بأنها قواعد مفسرة أو مقررة أو مكملة، وهي تعني أنها قواعد ملزمة ككل القواعد القانونية وفقاً لما سبق بيانه إلا أنه يجوز للأشخاص الاتفاق على مخالفتها في تصرفاتهم، وبالتالي فإذا لم يتفقوا على استبعادها فإنها تكون ملزمة لهم أمام القضاء عند وقوع نزاع بشأن مسألة مما تنظمه أحكامها. لذلك فإن سبب

²⁰ - انظر بعض هذه المعلومات في: د. الكوني علي أعيوده - المدخل إلى علم القانون - المرجع السابق - ص 94-95، ود. عبد العزيز عامر - المدخل لدراسة القانون المقارن بالفقه الإسلامي - القسم الأول - نظرية القانون - المطبعة العالمية - القاهرة - 1969 - ص 139، و د. عبد الحي حجازي - المدخل لدراسة العلوم القانونية - الجزء الأول - القانون - وفقاً للقانون الكويتي - مطبوعات جامعة الكويت - 1972 - ص 232.

²¹ - سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ص 84، ود. حسن كيره - المرجع السابق - ص 42.

²² - د. هشام القاسم - المدخل إلى علم القانون - المطبعة الجديدة - جامعة دمشق - 1975-1976 -

تسمية القواعد غير الأمرة بأنها قواعد مفسرة أو متممة أو مقررة هو أن المشرع أعطاهما هذه الصفة وفقاً لمعيار القاعدة القانونية المرنة التي تعطي الحرية للأشخاص في التعبير عن إرادتهم لجهة تحديد شروط العقود التي يبرمنها وقيامهم بالخضوع لأحكام العقود تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يعني أن الأشخاص لهم الحرية في أن يتعاقدوا مع بعضهم 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 أن 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 أم بأشخاص اعتباريين، وتعد أكثر قواعد القانون الخاص من القواعد التكميلية. فجميع القواعد التي تتعلق بكيفية دفع الثمن ومكان وزمان تسليم المبيع، وكيفية استعمال المأجور وصيانته، وتحديد الطرف الذي تقع عليه نفقات التسليم أو نفقات العقد، والكثير من المسائل التفصيلية المتعلقة بكل أنواع الالتزامات تعد عادة من القواعد التكميلية أو التفسيرية يتم الرجوع إليها عن عدم وجود اتفاق على ما يخالف أحكامها.

ثالثاً- معيار التمييز بين القواعد القانونية:

27- 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:

1 - المعيار الشكلي في التمييز بين قواعد القانون:

28- 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))²³، أو النص على أنه ((ليس لأحد التنازل عن حرية الشخصية))²⁴، وقد نجد التصريح بالقاعدة ذاتها على أنها تكميلية حيث نجد كثيراً من القواعد تنص على حكم معين مال ما لم 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 أن 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 إعمال النصوص أولى من إهمالها ولو كانت فيها عبارة التخيير بالجواز من عدمه.

²³ - انظر المادة (50) من القانون المدني السوري.

²⁴ - انظر المادة (51) من القانون المدني السوري.

2- المعيار الموضوعي:

لا يصرح المشرع دائماً بصفة القاعدة القانونية، لذلك يتم 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 لقاعدة قانوني، وعلى ذلك فإن كل القواعد التي لا تتصل بالنظام العام أو الآداب العامة تكون قواعد تكميلية يجوز مخالفته²⁵، إلا أن عبارة كل من النظام العام والآداب العامة مرنة لدرجة يمكن معها الكثير من 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 أنه 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

²⁵ - د. حسن كيرة- المرجع السابق- ص46.

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 عمل تقني، ويظهر بشكل روابط متعددة منها على سبيل المثال لا الحصر:

(1) - 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 وبالتالي هي قواعد أمرة لا يجوز مخالفتها، وعلى الجميع الالتزام بها.

(2) - 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.

(3) - 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.

(4) - 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.

(5) - روابط الأحوال الشخصية والمدنية: تعد الأسرة الخلية الأساسية للمجتمع وبالتالي فإن أكثر القواعد المتعلقة بالأحوال الشخصية من كالأزواج وشروطه وتحديد المحرمات منه، وتلك المتعلقة بنظام الولاية والوصاية والقوامة، والإرث وأنصيبته، 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 التي 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:

(1) - زيادة الفوائد عن المعدل المحدد في نص القانون: يعد الاتفاق على زيادة فوائد الديون عن الحد الأعلى الذي نص عليها القانون باطلاً ومخالفاً للنظام العام²⁶.

(2) - 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

²⁶ - 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 وإرداً على الزيادة في فائدة الديون جميعاً بلا تفرقة بينها سواء منها الديون ذات الفائدة المحققة والديون ذات الفائدة المحتملة. وإن 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 1945/5/17 و 1940/5/9. أحكام الهيئة العامة للمواد المدنية بند 57 و 56. مجموعة المكتب الفني - ص 266.

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 صحيحاً²⁷.

(3) - 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 العام²⁸.

(4) - 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 القانون²⁹.

(5) - استفادة الدائن المرتهن للمنفعة المجانية بالمال المرهون: يقضي المبدأ القانوني أنه يجوز أن يتفق الدائن مع المدين في عقد الرهن الحيازي أن يستفيد

²⁷ - نقض مصري تاريخ 7 / 6 / 1962 مجموعة المكتب الفني 13 . 764 - التقنين المدني السوري - شفيق طعمة + أديب استانبولي الجزء الرابع..

²⁸ - قرار هيئة عامة سوري رقم 152 تاريخ 11 / 5 / 1954. - التقنين المدني السوري - شفيق طعمة + أديب استانبولي الجزء التاسع - القاعدة 3222 - ص 8602، ونقض سوري قرار رقم 102 تاريخ 30 / 1 / 1961 مجلة القانون لعام 1961 - ص 177 ، وجاء في قرار آخر: ((إن بطلان شرط امتلاك العقار المرهون عند عدم الوفاء بالدين لا يستتبع بطلان الرهن ولا إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا 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 1925 أساس 3502 تاريخ 23 / 12 / 1980 مجلة المحامين لعام 1981 - ص 234 .

²⁹ - نقض سوري رقم 283 تاريخ 26 / 5 / 1953 - مجلة القانون لعام 1953 - ص 722 .

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 الدين³⁰.

(6) - التعامل في تركة مستقبلية: إن كل ضرب من التعامل في تركة مستقبلية باطل، أيأ كان الطرفان وأيأ كان نوع التعامل، باعتبار أن مثل هذا التصرف يعد مخالفاً للآداب، وباعتبار أن من يتعامل في تركة شخص لا يزال حياً إنما يضارب على موته ويعد هذا مخالفاً للنظام العام إذ هو خليك أن يغري ذوي الشأن بالتعجيل بموت المؤثر، والاتفاق على هذا التعامل باطل بطلاناً مطلقاً، لا تلحقه الإجازة مهما طال الزمن³¹.

(7) - بطلان التعامل بالذهب: إن المشرع الذي منع التعامل بالذهب بمقتضى المادة (1) من القرار (18) ل.ر لعام 1940 رتب البطلان جزاءً على مخالفة

³⁰ - جاء في قرار محكمة النقض السورية ((1- لا يحق للدائن، بدون رضاء 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، 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 301 تاريخ 28 / 5 / 1963. مجلة القانون للعام 1963 - ص 497، وجاء في قرار آخر: ((لئن كان يجوز أن يتناول المرتهن منفعة مجانية من العقار المرهون برضاء 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 9% من الدين أي أن ما جاوز الفائدة القانونية يصبح من حق الراهن وله المطالبة به -)) - نقض سوري رقم 918 أساس 768 تاريخ 1 / 10 / 1985. سجلات محكمة النقض السورية - مجموعة طعنة واستئنافي - ج9 - القاعد 3242 - ص 8666.

³¹ - نقض سوري - قرار رقم 773 أساس 875 تاريخ 1996/5/26 سجلات النقض

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.³²

(8) - قواعد الميراث: تعد أحكام الإرث الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة، والتي استمد منها قانون الموارث تعد في حق المسلمين من النظام العام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعية المستقرة في ضمير الجماعة³³، وعلى ذلك فإن إن كون الإنسان وارثاً أو غير وارث وكونه يستقل 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 ويحكم القاضي به من تلقاء نفسه في أي حالة كانت عليها الدعوى، وتحريم التعامل في التركات المستقبلية يأتي نتيجة لهذا الأصل.³⁴

ب- الآداب العامة:

يذهب بعض الفقهاء إلى الأخذ بمعيار الآداب العامة للتفريق بين القواعد الأمر والقواعد غير الآمرة. حيث يقولون أن القواعد المتعلقة بالآداب العامة تقف إلى جانب القواعد المتعلقة بالنظام العام ويؤلفان معاً سلطة ضبط القواعد القانونية وتحديد إذا

³² - نقض مدني سوري 163 أساس 260 تاريخ 1961/1/23 مجموعة القواعد القانونية 2/15 ص 15-
التقنين المدني السوري - شفيق طعمة + أديب استانبولي الجزء الأول.

³³ - نقض مصري رقم 44 تاريخ 1 / 29 / 1975 مجموعة المبادئ القانونية، الجزء الثالث. للأستاذ أنور طلبه - ص 197.

³⁴ - نقض مصري رقم 2 تاريخ 14 / 6 / 1934 مجموعة المبادئ القانونية. الجزء الثالث. للأستاذ أنور طلبه ص 99- التقنين المدني السوري - شفيق طعمة + أديب استانبولي الجزء السابع.. وهذا ما أكدته محكمة النقض السورية بقرارها رقم (94) أساس 131 تاريخ 20 / 2 / 1977. مجلة القانون لعام 1977- ص 371.

ما كانت من القواعد الأمرة 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)³⁵. لهذا فإن كل الاتفاقات المتعلقة بالعلاقات الجنسية خارج مؤسسة الزواج، وتلك المتعلقة في بيوت الدعارة، ونوادي القمار، والمراهنة، وكل ما يؤدي إلى كسب المال بطريق غير شريفة تعد مخالفة للآداب العامة³⁶، وقد وسعت محكمة النقض السورية من مفهوم الآداب العامة لتقول أن كل فعل فيه مساس أو سخرية أو عدم مبالاة بقواعد السلوك التي تعارف عليها الناس وأصبح انتهاكها يؤدي شعورهم بعد انتهاكاً للآداب العامة³⁷، وذهبت في قرار آخر لتقول إن تواطؤ أصحاب العروض في التعهدات العامة باطل لمخالفته الآداب العامة.³⁸

35 - د. محمد وحيد الدين سوار - المرجع السابق - ص 171

36 - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري - المرجع السابق - ص 552.

37 - نقض سوري - جنابة 183 قرار 100 تاريخ 1965/2/28، قاعدة 1258. شرح قانون العقوبات ج 1.

أديب استانبولي. ص 881

38 - نقض مدني سوري 1073 أساس 427 تاريخ 1980/9/18. المحامون لعام 1981 - ص 40 لعام.



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 أم 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 والأخلاق³⁹، 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:

البحث الأول: علاقة القانون بالتاريخ والفلسفة.

البحث الثاني: علاقة القانون بعلم الاجتماع والاقتصاد.

البحث الثالث: علاقة القانون بالأخلاق والدين.

³⁹ - د. حسام الدين كامل الأهواني - المرجع السابق - ص 67-75.

البحث الأول

علاقة القانون بالتاريخ والفلسفة

يتصل القانون بعلوم ومعرف متعددة ومتنوعة، ومعرفة هذه الصلة تمكن الدارس والبحث من معرفة مضمون القاعدة القانونية، ومن المسائل المهمة في ذلك هو 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 بحسبانها تتضمن مقدمات ونتائج منطقية، وهذا ما نعرضه في المطلبين 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 العور 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 الوضعي⁴⁰.

المطلب الثاني

علاقة القانون بالفلسفة

توجد 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 الوصول، إلى المعرفة الكلية؟. كما توجد فلسفة خاصة تتعلق بالقانون، و تقتضي فلسفة القانون تقديم المبررات، أو المقدمات، أو الأسباب، التي أدت إلى وجود القاعدة القانونية. فلذلك يقال أن القانون منطوق من خلال الإقناع والاقتناع 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 إعمال حكم المثل والقيم والأخلاق وعلاقة الدنيا بالآخرة وفكرة الحساب والثواب والعقاب.

⁴⁰ - د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 59-60، ود. حسام الدين كامل الأهواني - المرجع السابق ص 67-67.

البحث الثاني

علاقة القانون بعلم الاجتماع والاقتصاد

36- يرتبط القانون وجودياً بمجتمع ما إذ لا تقوم القواعد القانونية إلا لتنظيم وحكم علاقات بين أشخاص، وهذا يؤدي 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 وبالتالي يتطلب الأمر إلى قواعد لتنظيم انتقالها وحمايتها، وتنظيم المؤسسات التي تعمل من خلالها، وهذا يبرز 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

37- 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:

38- يدرس علم الاجتماع المجتمعات البشرية بوصفه 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 أولهما الأولى علمية وصفية للظواهر القانونية بغية معرفة النتائج المترتبة عليها من خلال استطلاعات الرأي، والمتبعة الميدانية من خلال ممارسات التطبيق وردود 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 القانون 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):

39- تقوم في كل مجتمع على مر العصور والأزمان قواعد يتعامل بها الناس مجاملة لبعضه البعض في مناسبات تقتضي أن يظهروا بها معاً، وتقوم على التهذيب في المعاملة، والتحلي بمظهر معين في الملبس، أو القيام ببعض الواجبات تجاه بعضهم، 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 عليها⁴¹. 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 بمثابة الأساس لفكرة القاعدة القانونية، والفرق الجوهرى بين قواعد المجاملات أ، العادات 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 استنكار الناس لمن يخرج عليها، والنظر إليه بازدراء، أما القاعدة القانونية فهي قاعدة وضعية تتصف بالإلزام مع وجود الجزاء المؤيد لها، وبالتالي فإن نظرة الناس على 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 العادات والتقاليد الموروثة لأن من يفعل ذلك يفقد احترامهم وثقتهم ويعد خارج على الجماعة التي صنعت العادات أو التقاليد⁴².

المطلب الثاني

علاقة القانون بالاقتصاد

فلا 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،

⁴¹ - د. إدريس العبدلاوي- المرجع السابق- ص 297-298.

⁴² - د. رمضان أبو السعود - الوسيط- الدار الجامعة- المرجع السابق- ص 80-82، ود. حسن كيرة -

المرجع السابق- ص 28-29

وغالباً ما تعبر القاعدة القانونية عن واقع اقتصادي معين. سواءً تعلق الأمر بالاستثمار أم 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 وغيرها 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.

البحث الثالث

علاقة القانون بالأخلاق والدين

قواعد القانون في جذورها وفي مضمونها العديد منها قواعد أخلاقية وقواعد مستمدة من أصول الدين والعقيدة ، وهي لم تقوم إلى 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 فإن 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

تعرف قواعد الأخلاق بأنها مجموعة المبادئ والقيم والمثل العليا التي تعدها 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 محل سخط الناس وازدراؤهم⁴³، وتظهر هذه القيم والمثل في بعض المسائل كالصدق والأمانة وإغاثة الملهوف وإكرام الضيف، واحترام الآباء، وتوقير الكبار، ومساعدة الأقارب. وتظهر الصلة كبيرة بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق، بحسبان أن قواعد القانون هي في الأصل إما عادات وتقاليد، أو 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، إلا أنه لكل 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 تنهي عن الشر والرزيلة 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 شيء الآن قد تندم عليه في المستقبل. أما هدف القانون هو استقرار الأمن والنظام في المجتمع، وتحقيق العدل والمساواة بين الناس⁴⁴.

43 - د. توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص 30.

44 - د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 42-44.

ثانياً- من حيث الدائرة (النطاق):

تعمل قواعد الأخلاق أولاً في دائرة ساحة الشخص نفسه، وتعمل على تقويم سلوكه تجاه ذاته أولاً، ومن ثم تقويم 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.

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 ودرجة المخالفة، وتتسع دائرة قواعد الأخلاق لتصبح قواعد قانونية إلا أنه يستحيل أن تصبح جميع قواعد الأخلاق قواعد قانونية، بينما يجب أن تكون كل قاعدة قانونية هي قاعدة أخلاقية، ويعد معيار الجزاء من أبرز معايير التمييز بين القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية⁴⁵.

⁴⁵ - د. الكوني علي أعبوده - المرجع السابق - 75-76.

المطلب الثاني

علاقة القانون بالدين

تعد 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 أن بعض 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 فهي تتعلق بالمعاملات وبتصرفات الأفراد وتنظيم علاقاتهم ببعضهم البعض، وهذه تمثل فلسفة القانون الإسلامي أو الحكم الشرعي، وعلى هذا تتميز قواعد الدين مع قواعد القانوني في الآتي⁴⁶:

أولاً- من حيث النطاق:

تعمل دائرة الدين في دائرة الأخلاق، لذلك هي 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،

⁴⁶ - لمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع- راجع : د. خالد محمد أحمد - المرجع السابق- ص 69-

72-، ود. سليمان مرقس- المرجع السابق- ص 39-41

بل اكتفى بوضع القواعد الأساسية لبناء الأسرة كذلك المتعلقة بالزواج مثل الديانة المسيحية وترك الأمر الأخرى لشرعية البيئة السائدة (اليهودية)، وبعضها نظم أكثر شؤون الدنيا والآخرة كالإسلام، ولذلك كان أبعد مدى ونطاقه أوسع من نطاق ومجال القانون.

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 وثام 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 فإله وحده «يَعْلَمُ خَائِنَةَ الْأَعْيُنِ وَمَا تُخْفِي الصُّدُورُ».⁴⁷

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»⁴⁸، لذا، يمكن أن يذهب إلى الجنة أو النار «وَالَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ أُولَئِكَ أَصْحَابُ الْجَنَّةِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ»، أما الجزء الدنيوي فيتمثل في القصاص «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ»⁴⁹، وفي كل الأحوال فإن الجزاء الدياني مؤجل إلى يوم معلوم، أما جزاء القانون فهو حال وأني، ويكون بحسب نوع وطبيعة القاعدة القانونية التي تمت مخالفتها.

⁴⁷ - سورة شافر - الآية (19).

⁴⁸ - سورة الزلزلة - الآية (7).

⁴⁹ - سورة القرة - الآية (179).



الفصل الثالث

تصنيفات القانون الموضوعية

Classifications du Droit

تمهيد:

فهناك محاولات دائمة على وضع الكيانات الحقوقية ذات النسيج المتماثل أو المتقارب في مجموعات يسهل الرجوع إليها ودراستها وتحليلها واستنباط الأحكام المتعلقة بها، وتنطلق 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 بغط 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 ببعضها 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 اقتضاها، 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 المنفق عليه هو وضع القواعد القانونية في تصنيفين رئيسيين هما القانون العام، والقانون الخاص، ونعرض ذلك وفق الآتي⁵⁰:

50 - انظر كل من: د. عدنان القوثي- المرجع السابق- ص102 وما بعدها، ود. حسام الدين كامل الأهواني- المرجع السابق- ص77 وما بعدها، ود. حسن كيرة- المرجع السابق ص56 وما بعدها، ود.

- البحث الأول: القانون العام وفروعه.
- البحث الثاني: القانون الخاص وفروعه .
- البحث الثالث: الموازنة بين القانون العام والقانون الخاص.

البحث الأول القانون العام وفروعه

Droit Public

يتضمن القانون العام مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة فيها بوصفها 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 العض القانون العام في فرعين رئيسيين هما القانون العام الدولي والقانون العام الداخلي⁵¹، ولا يفرق البعض بين قواعد القانون العام سواء كانت تنظم علاقات على الصعيد الداخلي أم على الصعيد الدولي ولذلك يضعون فروع هذا القانون في قائمة واحدة دونما تفریق⁵²، ونأخذ بالاتجاه ذاته كونه الأكثر شيوعاً واستعمالاً في المطالب الآتية:

رمضان أبو السعود- المرجع السابق- ص 149 وما بعدها، وود إدريس العلوي العبدلاوي- المرجع السابق- ص 342 وما بعدها، ود. سليمان مرقس- المرجع السابق- ص 64.

⁵¹ د. توفيق حسن فرج- المرجع السابق- ص 40-41، د. رمضان أبو السعود - المرجع السابق- ص 138-139، ود. حسن كيبره- المرجع السابق - ص 64، ود. سليمان مرقس - المرجع السابق- ص 69 وما بعدها.

⁵² - د. عدنان القوتلي- المرجع السابق- ص 115، ود. هشام القاسم - المرجع السابق- ص 78، ود. حسام الدين كامل الأهواني- المرجع السابق- ص 82، ود. إدريس العلوي العبدلاوي- المرجع السابق- ص 361، ود. سمير عبد السيد تناغو- المرجع السابق- ص 565.

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. فما هو القانون الدولي العام؟ وما هي العلاقات التي ينظمها؟ وهل يعد 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 الآخر، وعلاقتها بالمنظمات الدولية وعلاقة تلك المنظمات بها، وتحدد حقوق كل منها والتزاماتها في حالة السلم وفي حالة الحرب⁵³.

ثانياً- العلاقات التي ينظمها القانون الدولي العام:

تهتم قواعد القانون الدولي العام بشكل خاص في بيان الأركان والعناصر التي يمكن أن تؤلف دولة، وأنواع الدول لجهة كونها بسيطة أو مركبة، وتحديد الحقوق السيادية لكل دول ومداها، 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

53 - د. محمد عزيز شكري-مدخل إلى القانون الدولي العام- مطبعة الداودي 1981-1982 ص2-

والاحترام المتبادل، وفي تنظيم العلاقات الدبلوماسية بين الدول وتبادل السفراء والأعمال القنصلية، والتجارية والثقافية والتعاون العلمي ورعاية مصالح الدول لبعضها البعض، 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 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 هي قواعد قانونية⁵⁴

هناك من يقول من فقهاء القانون أن قواعد القانون الدولي ليست قواعد قانونية لعدم وجود مؤيد لتنفيذها لعدم وجود سلطة عليا فوق الدول تضع تلك القواعد وتراقب مدى احترامها وتفرض الجزاء المناسب على يخالفها، ويوجد من يقول أنها قواعد قانونية وفقاً لمفهومها الصحيح لأنه ليس بالضرورة أن تنشأ تلك القواعد بإرادة عليا بل يكفي أن الدول ساهمت 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 يمكن القول أن القانون الدولي هو قانون

54 - د. توفيق حسن فرج - المرجع السابق- ص42، ود. حسن كيرة - المرجع السابق- ص64، ومن أجل مزيد من التوسع انظر د. علي صادق أبو هيف- القانون الدولي العام- ط6- 1963- ص81- 82 ، ود. حامد سلطان- القانون الدولي العام وقت السلم- ط4- 1969- ص17، ومحمد حافظ غانم- مبادئ القانون الدولي العام - 1968- ص86-88.

الأقوياء حيث تضعه الدول القوية من 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 وفاعليتها ما تزال في الميزان.

المطلب الثاني القانون الدستوري

Droit constitutionnel

يقف القانون الدستوري على قمة القوانين في الدولة بحسبانه القانون الأساس في بناء أي دولة مهما كان شكلها وأياً كان نظام الحكم فيها، وهو رأس القوانين فيها، وتنصوي تحته كل القوانين الأخرى، ويعد الدستور أساس التنظيم في الدولة، لأنه يضع الأسس التي يقوم عليها بناء الدولة بأركانها، وبالتالي 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 الدولة⁵⁵.

⁵⁵ - انظر كل من : د. توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص45، ود. سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ص 565، ود. حسن كيره - المرجع السابق - ص67، ود. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص141.

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:

1- 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.

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

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

4- 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.

5- حقوق المواطنين وحرياتهم الأساسية التي يتمتعون بها على قدم المساواة، وبيان الامتيازات للبعض منهم إن وجدت، وضمانات 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 الرسمية⁵⁶.

ثالثاً - مدى عدّ قواعد الدستور قواعد قانونية:

يثور جدل فقهي حول مدى اعتبار قواعد الدستور هي 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 أن 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 ضج نفسها، وبالتالي فإن هذه القواعد مجرد توجهات سياسية ذات قيمة أدبية، بينما ذهب رأي آخر إلى القول أن 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 ويعد 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 آخر⁵⁷.

⁵⁷ - راجع هذه الرأي وغيره في : د. حسن مصطفى البحري - القانون الدستوري - النظرية العامة - جامعة دمشق - 2009 - ص 27 وما بعدها، وانظر أيضاً - د. فتحي فكري ، القانون الدستوري - ، الكتاب الأول - المبادئ الدستورية العامة - القاهرة - دار النهضة العربية - 1997 - ، ص 24 ، 25 ، ود. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص 143-150.

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 ودور الدولة في ممارسة الأنشطة المختلفة فيها، لذلك فقد تتسع دائرته كلما أزداد 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 وقرارات⁵⁸، أو هو القانون الذي ينظم عمل الإدارات العامة في الدولة ويحدد علاقتها فيما بينها ومع الأفراد⁵⁹، أو هو فرع من فروع القانون العام يتضمن القواعد التي تنظم نشاط السلطة الإدارية في المجتمع⁶⁰، أو : مجموعة القواعد التي تبين كيفية أداء السلطة التنفيذية في الدولة لوظيفتها⁶¹.

58 - د. حسن كبيره - المرجع السابق - ص 68.

59 - د. هشام القاسم - المرجع السابق - ص 86.

60 - د. سمير عبد السيد ثاغو - المرجع السابق - ص 567.

61 - د. توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص 49.

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 ببعضها البعض، وعلاقاتها بالأشخاص وعلاقات الأشخاص بها، وأهم عنصر فيه هو الموظف العام الذي يعد عامل تحريك لفكرة الدولة إذ أن الدولة هي مجموعة موظفين يعملون من خلال القانون الإداري لتسيير مرافقها وممارسة سلطاتها⁶².

ثانياً - مضمون القانون الإداري:

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

1- كيفية ممارسة السلطة التنفيذية والإدارات المركزية واللامركزية لوظيفتها في الدولة، والعلاقة القائمة بين السلطة المركزية والسلطات المحلية، وتحديد وظيفة كل منها في أداء خدماتها.

2- 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.

⁶² - انظر كل من : د. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص 150، و. حسام كامل الدين الأهواني - المرجع السابق - ص 82، والذي يعرف القانون الإداري بأنه ((مجموعة القواعد التي تحكم تنظيم السلطة الإدارية ونشاطها كالقيام بتسيير المرافق العامة))، ود. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 82، ود. عدنان القوتلي - المرجع السابق - ص 117، 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 393.

3- 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.

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

5- 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 الإداري⁶³ إلا أنه أصبح اليوم كياناً مستقلاً ذا طبيعة خاصة وقد أصبح بمثابة بوصلة التوجيه لعمل الدولة من خلال بيان وإرادتها وتحديد نفقاتها وتزداد أهميته مع ازدياد تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية فيها، وقد أصبح يطلق عليه في كثير من الدول اسم القانون الاقتصادي لأن يعد مؤشر على الانفتاح أو الانغلاق، وهو فرع من القانون العام الذي يتمتع باستقلالية كبيرة عن كل من القانون الدستوري والقانون الإداري. لذلك سنعرف هذا القانون ونحدد مضمونه وفق الآتي:

⁶³ - د. عدنان القوتلي - المرجع السابق - ص 119، د. حسن كيره - المرجع السابق - ص 69.

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. فذلك 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 وتعد هذه من مسائل علم الاقتصاد إلى حد بعيد لأنها تعد من العوامل المؤثرة جداً بالتنمية والاستثمار والركود والازدهار الاقتصادي، أما القسم الثاني فهو عملي تطبيقي يتعلق بتفاصيل جباية وتحصيل الضرائب والرسوم.

المطلب الخامس

قانون التنظيم القضائي

L'organisation Judiciaire

يُصنّف عدد قليل من الفقهاء قانون التنظيم القضائي مستقلاً عن القانون الإداري إلا أن طبيعة هذا التنظيم تقتضي اعتباره كياناً مستقلاً وفرعاً خاصاً من فروع القانون العام بحسبان أن السلطة القضائية تمثل الزراع 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 أن 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 إلى كل نص فيه فرض عقوبة على من يخرق قاعدة قانونية في أي قانون ورد فيه النص المذكور، ويقال أيضاً أنه للقانون الجزائي تصنيف مستقل عن لأن لا يحمي فقط المصالح العامة، بل يحمي أيضاً المصالح الخاصة ما أن النيابة العام لا تحرك الدعاوى الجزائية في جميع الجرائم إذ أن 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 كتعبير عن سيادتها وسلطانها وحدها في إقامة ميزان العدل فيها والاقتصاص من المجرم على ما فعلت يداه 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:

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

2- 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 التهرب 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.

وليست هذه التصنيفات نهائية لفروع القانون العام فهناك من يدخل في هذا التصنيف قانون العمل والتأمينات الاجتماعية لصلته بشريحة كبيرة من المجتمع هم

فئة العمال ، إلا أنه من المتفق عليه هو التفريق بين قانون العمل الذي يحكم العمل في الدولة حيث يدخل ضمن قائمة القانون الإداري، وقان العمل الذي يحكم العمل في القطاع الخاص وهو ينطوي تحت مفهوم القانون الخاص⁶⁴.

البحث 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 بأنه مجموعة القواعد التي تنظم وتحكم جميع العلاقات التي تنشأ داخل إقليم الدولة عندما لا تتصل بحق السيادة أو بالسلطة العامة⁶⁵، 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:

64 - انظر بالنسبة لقانون التأمينات الاجتماعية - د. سمير عبد السيد تناغر - المرجع السابق - ص 569، وانظر بالنسبة إلى قانون العمل: د. الكوني علي أعبوده - المرجع السابق - ص 163-166.

65 - انظر بعض هذه الأفكار في: د. حسن كيره - المرجع السابق - ص 72، و د. إدريس العلوي العبدلاوي - المرجع السابق - ص 439، ود. الكوني علي أعبوده - المرجع السابق - ص 166.

المطلب الأول

القانون المدني

Droit civil

يعد 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:

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 آخر⁶⁶، أو هو الشرعة العامة في علاقات القانون الخاص، أو هو القانون الذي يتوجه الأشخاص جميعاً لتطبيق أحكامهم بمعزل عن أية هوية يحملونها⁶⁷، ويعرف القانون المدني في الشريعة الإسلامية بقانون المعاملات المالية، ويسمى في بعض الدول بقانون الموجبات والعقود، وفي بعضها الآخر بقانون الالتزامات⁶⁸، وهو يُعرّف في أكثر الدول الأوروبية 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 1947 وطبق منذ عام 1948 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.

66 - د. توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص 55-56،

67 - انظر بعض هذه الأفكار في د. حسن كير - المرجع السابق - ص 72

68 - انظر قانون الموجبات والعقود اللبناني، وقانون الالتزامات التونسي.

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، وبكفى فيهم أن يتمتعوا بحقوقهم المدنية لقبولهم أطرافاً في علاقة مما تنظمه أحكامه وهو يشتمل على الآتي:

- 1- 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، وتحدث عن الأشياء وعن الأموال.
- 2- الحقوق الشخصية: تضمن الكتاب الأول من القانون المدني مجموعة القواعد التي تبين متى يكون الشخص دائماً أو مديناً، ففيها كل ما يتعلق بمصادر الالتزام وأولها الأحكام الخاصة بنظرية العقد (إنشاء وآثاراً 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 المكية: كعقود البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح، ومنها ما يقع على الانتفاع بالشيء: كعقدي الإيجار والعارية، ومنها ما يقع على العمل كعقود العمل والمقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، ومنها مجموعة عقود المضاربة: كعقود المقامرة والرهان، والمرتب مدى الحياة، والتأمين، وأخيراً عقد الكفالة سواء كانت الكفالة عادية أم كفالة تضامنية.

3- 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 المنقردة عن حق الملكية كحقوق الانتفاع والارتفاق والسطحية والوقف، وكذلك القواعد المتعلقة بالحقوق العينية التبعية كالرهن والتأمين وحقوق الامتياز.

المطلب الثاني

قانون الأحوال الشخصية

Droit le famille

يُعدُّ 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 أحوال شخصية خاص بالمسلمين مع الحفاظ على بعض الأحكام الخاصة بالطائفة الدرزية، وقانون أحوال شخصية للمسيحيين خاص بكل طائفة بحسب الكنائس التي تنتمي إليها كل طائفة، إضافة إلى قانون أحوال شخصية خاص بالطائفة الموسوية، ويعد 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 وآثارها، والزواج وشروطه وموانعه وإنحلاله وآثاره، 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 تنطوي 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

يعدّ قانون الأحوال المدنية من فروع القانون الخاص الأكثر ارتباطاً بالقانون المدني بحسابه يعني بالهوية المدنية للشخص سواء كان شخصاً طبيعياً أم شخصاً اعتبارياً بحسابه صاحب الحق الذي يتمتع بحماية القانون، وسنعرض لتعريفه، وبيان موضوعه وفق الآتي:

أولاً- تعريف قانون الأحوال المدنية:

يعرّف 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، وتعد قواعده مختلطة لأن 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 مختلط⁶⁹، وبعضهم يقول أن القانون التجاري بفروعه يؤلف تصنيفاً خاصاً يسمى (القانون الاقتصادي)⁷⁰، إلا أن السمة الغالبة في قواعده هو الطبيعة الخاصة لذلك يصنف كفرع من فروع القانون الخاص بحسبان أنه يرتبط بصلة وثيقة في القانون المدني الذي يعد قانوناً عاماً 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 والزيائن فهو يقيم رابطة بين تاجر وزبون وسلعة. لذلك فإن قانون التجارة البرية ينظم ويحكم ويحدد الأعمال

69 - انظر: د. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص169، ود. حسن كيره- المرجع السابق - ص77

70 - انظر د. الكوني علي أعبدود- المرجع السابق - ص 171 وما بعدها، ود. شكري السباعي- الوسيط في القانون التجاري المغربي- ج1-1981-مجلة رابطة القضاة بالمغرب- العدد (3/2) ابريل- ص 163-182، ويوج في العالم المعاصر من الفقهاء من ينادي بتعديل تسمية القانون التجاري بالقانون الاقتصادي- راجع هذه الأفكار في د. على الكوني أعبدود- المرجع السابق- ص172-177.

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:

يعرّف 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 واستثمار السفينة⁷¹.

ثالثاً - قانون التجارة الجوي:

110- يعد قانون التجارة الجوي جزءاً من منظومة القانون الخاص لأنه يشتمل على مجموعة القواعد الخاصة بالنقل بواسطة الوسائل التي تسبح في السماء سواء تعلقت بنقل الأشخاص أم بنقل البضائع، ولا يزال النقل الجوي يخضع لاتفاقية وارسو الدولية لعام 1929، وبروتوكول لاهاي لعام 1959، وتشمل قواعدها تنظيم عقد النقل الجوي، وسندات النقل الجوي ومسؤولية الناقل الجوي.

⁷¹ - انظر قانون التجارة البحري السوري رقم (46) تاريخ 2006/11/28.

رابعاً - قانون الشركات:

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

المطلب الخامس

قانون العمل

Droit du travail

سبق إن ميزنا بين نظام العاملين الأساسي الذي ينظم ويحكم العمل في الدولة وأشخاصها الاعتبارية العامة، وقانون العمل الذي ينظم ويحكم العمل لدى الأشخاص الاعتبارية الخاصة، إذ يعد القانون الأول جزءاً من القانون الإداري، أما الثاني فيعد فرعاً ذي 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، سواء كانت العلاقة فردية أم علاقة جماعية، وهو يعد قريباً من القانون المدني لأن هذا القانون يعد إطاراً عاماً له، إلا إن كثرة القواعد الأمرة 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 الخاص⁷² .

⁷² - انظر د. حسن كبره- المرجع السابق- ص 77.

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 ذي 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 (2) من قانون 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

يعدُّ 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 يعد 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 مباشرة

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 الجزائي⁷³، ومع ذلك فإن أكثر الفقهاء يصنفونه تحت قائمة 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

⁷³ - لمزيد من المعلومات راجع د. محمد واصل - أصول المحاكمات - جامعة دمشق 2006 - ص 24 وما بعدها، ود. وجدي راغب . مبادئ القضاء المدني ، طبعة 1- دار الفكر العربي - القاهرة-1987- ص 10.

إتباعها لإقامة العدل بين الناس⁷⁴، أو أنه القانون الذي يعني بتنظيم السلطة القضائية وترتيبها وبيان اختصاص المحاكم والإجراءات الواجب إتباعها أمامها⁷⁵، 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 نعرفه 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.

ثانياً- مضمون قانون أصول المحاكمات:

يحتوي قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية والشرعية على نوعين من القواعد، يطلق على الأولى منها قواعد الموضوع، وتسمى الثانية بالقواعد 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

74 - انظر د . عبد الحميد أبو هيف . المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر . طبعة 2.

مكتبة الاعتماد - القاهرة - 1921 . ص 36

75 - رمزي سيف . الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية . الطبعة (8) . دار النهضة العربية -

القاهرة - 1965 . ص 8 .

بحق الدفاع وعلائية 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

بعد القانون الدولي الخاص من القوانين ذات الطبيعة الخاصة بحسبانه ينظم علاقات خاص على المستوى الدولي من حيث تعيين القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقات، أو من حيث تحديد القضاء الذي يحكمها، لذلك يوجد من يقول أنه ينتمي إلى القانون الدولي، ومن يقول إلى القانون الخاص بحسبان أنه ينظم علاقات أفراد، ومنهم من يقول بأن له تصنيف مستقل، وأكثر الفقهاء يضعونه تحت قائمة القانون الخاص. لذلك سنعرّف القانون المذكور ونحدد مضمونه وفق الآتي⁷⁶:

أولاً- تعريف القانون الدولي الخاص:

يعرّف القانون الدولي الخاص بأنه مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد ويكون فيها عنصراً أجنبياً ، وذلك ببيان المحكمة المختصة 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 عليها⁷⁷.

76 - د. فؤاد ديب- القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين - المطبعة الجديدة - دمشق - 1985-1986- ص6.

77 - د. رمضان أبو السعود - المرجع السابق- ص188-189.

ثانياً - مضمون القانون الدولي الخاص:

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

- 1- العلاقات ذات الصلة بالجنسية من خلال بيان مدى ارتباط شخص ما بدولة معينة بحسبان أن الجنسية هي تعبير عن الحالة السياسية لذلك الشخص المعني.
- 2- القواعد المتعلقة بمسألة المركز الإقليمي للأشخاص المعبر عنه بالمواطن، والذي يفترض وجود الأشخاص به من أجل تلقي كل ما يتعلق به من مخاطبات أو مراسلات، أو دعاوى.
- 3- 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.

المبحث الثالث

الموازنة بين القانون العام والقانون الخاص

تتعد أساس 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 على معايير مختلفة نعرض منها الآتي:

أولاً- معيار المصلحة العامة:

يعد معيار المصلحة العامة من أكثر المعايير التي حاول الفقهاء وضعها للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص، ويقوم هذا المعيار على أساس القانون العام يرعى مصلحة عامة أو مصلحة الدولة والمجتمع ككل، بينما القانون الخاص يرعى مصلحة خاصة تتعلق بالأفراد، إلا أن هذا التمييز وإن كان فيه جانب من الصحة إلا أنه 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، إلا هذا المعيار غير سليم لأن كل 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 آمرة مع أنها ترد في القانون الخاص، وتعد علاقات المؤسسات العامة والشركات العامة تجارية في تعاملها مع الغير.

رابعاً- معيار أطراف العلاقة:

يعد 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. إلا أن هذا المعيار سقط مع ازدياد نشاط الدولة وتدخلها في شتى مناحي الحياة وإدخال قواعد القانون الخاص لحكم بعض علاقاتها بالغير وعلى ذلك فإنه:

1- ليست كل علاقة تكون الدولة طرفاً فيها تكون محكومة 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 وبالتالي تخضع تلك العلاقات لأحكام القانون الخاص.

2- 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 وتنظم وتسير 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 أنه 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 والعملي، 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 إلى 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 بحسبان أن السلطة العامة في الدولة وبحسب مركزها تتمتع بامتيازات متفوقة على سلطات ومراكز الأفراد وبمقتضى 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 آمرة تتمتع بقوة الإلزام دون أن يحق لأي كان مخالفتها حاكماً كان أم 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 من منها.

ثالثاً- من حيث التنفيذ:

تعطي قواعد القانون العام الأشخاص الاعتبارية العامة بمقتضى سلطاتها 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 بطلاً 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 ما تم أو إعادة مات استيفاءه 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 كثر من الدول بنظام القضاء المزدوج، حيث يوجد قضاء خاصة يقوم على تطبيق قواعد القانون العام كالقضاء الدستوري والقضاء الإداري، وقضاء آخر 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 العامة 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.

فمهما 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 يفتقون معها أمام القضاء الإداري.



الباب الثاني
مصادر القانون
Les sources du droit



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 والمؤسسات⁷⁸.

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 (1) من القانون المدني السوري على أن ((1. تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها -2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)).

لهذا، 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، ونقوم بتصنيفات متعددة لها حيث البعض يردها كما وردت في النص دون أي تصنيف، وتصنف أحياناً إلى مصادر تشريعية، ومصادر

78 - سورة المائدة - الآية (42) (وَإِنْ خِفْتُمْ فَاخْذُوا بِيَدِهِمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ)

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: مصادر القانون التشريعية

الفصل الثاني: مصادر القانون غير التشريعية

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 أن القانون من وراء كل شيء محيط، ويستعمل بعض الفقهاء تعبيراً موازياً للتشريع هو القانون بالمعنى الضيق (Loi)، إلا أن 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:

البحث الأول: تعريف التشريع وخصائصه.

البحث الثاني: أنواع التشريع وطرق سنه.

البحث الثالث: نفاذ التشريع وإلغائه.

البحث الرابع: صياغة التشريع.

البحث 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 ريف 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﴾⁷⁹، ولقد قيل في تفسيره: الشريعة الدين، والمنهاج الطريق الواضح⁸⁰. لذا، لا يختلف المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي والديني، فقد قيل أن التشريع بوصفه فعلاً وعملاً يعني قيام السلطة المختصة في الدولة بوضع قواعد ملزمة لتنظيم العلاقات في المجتمع وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة لذلك⁸¹، وهو في هذا المعنى يعد مصدراً من مصادر التشريع، ويطلق مصطلح التشريع أيضاً على مجموعة القواعد القانونية النافذة في دولة ما،

79 - سورة المائدة - الآية 4(48).

80 - تفسير الجلالين.

81 - د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 169

وعلى ذلك يكون للتشريع معنيان: الأول هو قيام السلطة المختصة في الدولة في حدود صلاحياتها واختصاصها بوضع قواعد ملزمة مكتوبة لتنظيم الدولة والمجتمع، والمعنى الثاني هو القواعد القانونية المكتوبة الملزمة الصادرة عن السلطة المختصة⁸².

لذا، فإن تحديد السلطة المختصة بالتشريع يعود إلى النظام الأساسي للدولة أو الدستور وفقاً لما يطلق عليه من تسميات بحسبانه التشريع الأساس في جميع الدول⁸³. فالتشريع في معنييه الإظهارية 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، أم 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 بحسبانه من أهم عوامل الوحدة الوطنية لاسيما بعد إن كثرت الهجرات السكانية بين الدول، حتى أن 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 نبيها وفق الآتي:

82 - د. عبد السلام علي المزوغي - المرجع السابق - ص 197-198.

83 - د. سمير عيد السيد تناعو - المرجع السابق - ص 293، ود. رمضان أبو السعود - المرجع السابق -

ص 244، .

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:

1- 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 هذا أن هذه السلطة هي البرلمان أو مجلس الشعب بحسبان 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)⁸⁴، 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.

2- 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 يعد تشريعاً، بل تعد خطابات سياسية أو مقالات أو أفكار، أو آراء أو قرارات إدارية.

⁸⁴ - الفقرة (1) من المادة (50) من دستور عام 1973.

3- يصدر التشريع مكتوباً: تتميز القواعد التشريعية عن بقية قواعد القانون ولاسيما العرفي منه في أنه تكون دائماً مثبتة بوثيقة خطية رسمية، لذلك يقال أن التشريع يكون شكلياً أي أنه يصدر بلباس محدد، وهذه الكتابة تجعل القاعدة قانونية واضحة يسهل الرجوع إليها من قبل المخاطبين بها، وتبين 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 في 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 وبالتالي يصعب إثباته.

ثانياً- مزايا التشريع وأهميته:

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

1- 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.

2- يعد التشريع مصدراً سريعاً للقانون لأن إعداده وإصداره لا يحتاج إلى وقت طويل كما هو الأمر عليه في الأعراف التي يحتاج وقيامها إلى فترات 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.

3- تتم صياغة القواعد القانونية من قبل متخصصين في التشريع مدونة لذلك فإنها 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 والإطلاع هو تحديد مضمونها الذي يحتاج دائماً إلى أهل الرأي والخبرة.

4- يؤدي التشريع إلى تعزيز وتوطيد سلطة الدولة في المجتمع 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 ولاسيما في تنفيذ سياستها الاقتصادية والاجتماعية.

5- 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)⁸⁵.

85 - انظر الفقرة (2) من المادة (3) من دستور عام 1973.

البحث الثاني

أنواع التشريع وسنّه

Sorte et confection de la législation

تتعدد 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 ثلاث 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

يعد التشريع الدستوري من أهم التشريعات في جميع دول العالم وأعلىها قوة ومرتبة، وهو يعد بمثابة الوثيقة الأساسية التي تقوم عليها أنظمة الحكم في دول العالم، ولهذا يطلق عليه تسميات وتعريف مختلفة ومتعددة لذلك سنبين في هذا المطلب التعريف المتداول للتشريع الدستوري، وبيان كيفية سنه أو وضعه والرقابة عليه وفق الآتي:

أولاً: تعريف التشريع الدستوري⁸⁶:

يعرف التشريع الدستوري بأنه التشريع الذي يضع مجموعة القواعد الأساسية التي تبحث في تكوين الدولة، وتنظم تأسيس السلطة العامة وممارستها وانتقالها⁸⁷، 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 وحرياتهم⁸⁸، وتعد الوثيقة الدستورية المصدر الأساس للقانون الدستوري وتصدر هذه الوثيقة عن السلطة التأسيسية الأصلية، وترتبط هذه الوثيقة أيضاً بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان، بحسبان أنها تتضمن بعضاً من الحقوق التي تضمنها الإعلان المذكور، ويعرف أيضاً القانون

⁸⁶ - لمزيد من المعلومات: راجع د. حسن مصطفى البحري - المرجع السابق - ص 181، وما بعدها.

⁸⁷ - انظر هذا التعريف وغيره في د. كمال الغالي - مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية - الطبعة السابعة - جامعة دمشق 1994 - ص 9-10.

⁸⁸ - د. صبري محمد السنوسي محمد - الوسيط في القانون الدستوري - دار النهضة العربية - القاهرة 2008 - ص 5..

الدستوري بأنه مجموعة القواعد التي تحدد نظام الدولة السياسي، وعلاقة الدولة بالفرد من حيث الحقوق والحريات⁸⁹، 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 المع سابقة أو لاحقة له⁹⁰.

ثانياً- سن أو وضع التشريع الدستوري⁹¹:

لا تثير مسألة الدساتير العرفية مشكلة على صعيد الواقع العملي بحسبان أنها غير مكتوبة بل تنشأ بالعادة والتقاليد احترام الأفراد والمؤسسات السياسية لها والطاعة والاستجابة إلى ما ترسخ منها في قيم المجتمع وضميره⁹²، إلا المشكلة 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

89 - انظر د. إبراهيم محمد درويش، ود. محمد إبراهيم درويش- القانون الدستوري- دار النهضة العربية- القاهرة- 2007- ص24.

90 - نقض جنائي في 1975/24:3 - مجموعة المكتب الفني - 1975 - ص158، وجاء في قرار للهيئة العامة لمحكمة النقض السورية 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 29 أساس 9 تاريخ 1983/11/28 مجلة المحامين لعام 1983 - ص 505 - قاعدة 105 . مجموعة المبادئ القانونية للهيئة العامة لمحكمة النقض/المحامي شفيق طعمة . ص 62.

91 - لمزيد من المعلومات راجع: د. كمال الغالي - المرجع السابق- ص137-165.

92 - د. صبري محمد السنوسي محمد - المرجع السابق- ص33، و د. إبراهيم محمد درويش، ود. محمد إبراهيم درويش- المرجع السابق- - ص96.

الدستورية، وإن هذه الأساليب أصبحت أكثرها من الماضي وأسست دساتير 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)، 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 العام⁹³.

ثانياً- 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 (2) تاريخ 1980/3/29⁹⁴، والتعديل الثاني بموجب القانون رقم (18) لعام 1991⁹⁵، والتعديل الثالث بموجب القانون بموجب القانون رقم (9) تاريخ 2000/6/11⁹⁶، 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 الاقتراح إلى مجلس الشعب يتم

93 - انظر في هذا الاتجاه : د. حسن كيره - المرجع السابق - ص 233، ود. سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ص 306.

94 - تم تعديل المادة (6) من الدستور بالنص على أن ((يبين القانون علم الدولة وشعارها ونشيدها والأحكام الخاصة بكل منها))

95 - تم تعديل الفقرة (3) من المادة (84) 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)).

96 - تم تعديل المادة (83) 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)).

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 عدّ التعديل نهائياً إلا أنه يبقى معلقاً على موافقة رئيس الجمهورية، أو على إصدار قانون التعديل ويضاف ذلك على الدستور⁹⁷، ولا يجوز إجراء أي تعديل على دستور نافذ قبل مرور ثمانية عشر شهراً على تاريخ نفاذه⁹⁸، وإن تعديل التشريع في مجموعه لا يكون إلا في حالة الانقلابات والثورات، وهذا يؤدي إلى تغيير في كيان الدولة ونظام الحكم فيها⁹⁹.

ثالثاً - الرقابة على تطبيق التشريع الدستوري:

تتنوع طرق الرقابة على الالتزام بتطبيق وتنفيذ القانون الدستوري، وتظهر بأشكال مختلفة كالرقابة الشعبية، والرقبة البرلمانية، والرقابة الإعلامية، وتعد هذه الأنواع من الرقابة على الالتزام بتطبيق أحكام التشريع الدستوري رقابةً سياسيةً 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 (1/93) 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 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

97 - انظر المادة (149) من الدستور

98 - المادة (15) من الدستور.

99 - د. أحمد كمال أبو المجد - الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية ومصر -

مطبعة النهضة - القاهرة 1960 - ص 43 وما بعدها.

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 استثنائي، ولم تعطى صلاحية التصدي للنظر في الطعون التي يمكن أن ترفع بشأن مخالفة القوانين والأنظمة للدستور، وبالتالي فإن تلك المحكمة لا تملك صلاحية 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 للدستور¹⁰⁰.

100 - جاء في قرار لمحكمة 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 12/ والفقرة 4/ من المادة 28/ من الدستور السوري (قرار الهيئة العامة لمحكمة النقض رقم 16/43 لعام 1978) - قرار أساس مخاصمة 454 قرار 150 تاريخ 1996/4/2 القاعدة رقم 591 المجموعة القضائية لقرارات محكمة النقض السورية . دعوى مخاصمة القضاة الجزء الثالث . الأستاذ ياسين الدركزلي، 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 29 أساس 9 تاريخ 1983/11/28 مجلة المحامين - ص 505 لعام 1983، قاعدة 105 . مجموعة المبادئ القانونية للهيئة العامة لمحكمة النقض/المحامي شفيق طعمة . ص 62 ، وجاء في قرار آخر أن ((1 . الدستور السوري كفل للمواطن السوري حق مراجعة القضاء السوري، ولا يجوز حرمانه منه دون مسوغ ودون تحديد القضاء المختص لمراجعته. وهذا من النظام العام. 2. 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 هو القانون الأعلى والأساس)) - القضية 71 أساس لعام 1995 - قرار 30 لعام 1995 تاريخ 1995/8/31. وانظر أيضاً هيئة عامة هيئة عامة قرار رقم 16 تاريخ 1978/5/8 مجلة القانون، الأعداد 5 إلى 8 لعام 1980 قاعدة 14 ص 93.

المطلب الثاني

التشريع العادي (البرلماني)

La loi

يُعدُّ التشريع من قبل السلطة التشريعية في الدولة هو الطريق الطبيعي لوضع القواعد القانونية بحسبانها هي السلطة المنتجة للتشريع الذي تحتاجه الأمة، وبذلك يكون التشريع تعبير عن إرادة الشعب التي يباشرها بواسطة ممثليه في مجلس الشعب أو الأمة أو البرلمان، كما أنه يأتي تطبق عملياً بواسطة 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 عن التشريع العادي أو القوانين العادية، ويطلق عليه مصطلح القانون بالمعنى المهني الضيق (Loi) أي أنه ذلك الذي تصدره السلطة التشريعية المختصة وفقاً لأحكام الدستور لتنظيم علاقات الحياة الاجتماعية في الدولة¹⁰¹، 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.

هذا، ويمر التشريع العادي بعدة مراحل من الاقتراح إلى المناقشة إلى التصويت والإقرار فالإصدار والنشر، ويمارس كل مرحلة من هذه المراحل جهات محددة نص عليها الدستور وفق الآتي¹⁰²:

101 - د. عدنان القوتلي - المرجع السابق - ص 155.

102 - انظر: د. كمال الغالي - المرجع السابق - ص 121-128.

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 (110) من الدستور السوري على أنه ((لرئيس الجمهورية أن يعد 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 الاقتراح 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 أن يصدرها بصيغة مرسوم تشريعي.

أما الجهة الأخرى التي تملك حق اقتراح القوانين فهو أعضاء مجلس الشعب وذلك وفق لأحكام المادة (70) من الدستور التي نصت على أنه ((لأعضاء مجلس الشعب حق اقتراح القوانين وتوجيه الأسئلة والاستجابات للوزارة أو أحد الوزراء وفقاً لأحكام النظام الداخلي للمجلس))، إلا أن المادة (97) من النظام الداخلي لمجلس الشعب السوري قد نصت على أن الاقتراح يجب أن يقدم من مجموعة برلمانية لا تقل عن عشرة أعضاء¹⁰³، وعلى ذلك فإذا ما أراد المفكرون أو المصلحون أن يقترحوا

¹⁰³ - نصت المادة (97) من النظام الداخلي لمجلس الشعب الصادر بتاريخ 1974/6/6 وتعديلاته على أنه ((لكل عشرة من أعضاء المجلس الحق باقتراح القوانين)) بينما نصت المادة (109) من الدستور المصري على أنه ((الرئيس الجمهورية ولكل عضو من أعضاء مجلس الشعب حق اقتراح القوانين)).

قانوناً ففعليهم 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 محال من قبل رئيس السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية)، ولرئيس الجمهورية في أي وقت أن يطلب من المجلس بكتاب معل استرداد مشروع القانون المقدم منه أو تأجيله مدة معينة كما يحق له أن يطلب تأجيل المناقشة في أي اقتراح بقانون مدة معينة، كما يحق لكتلة أعضاء مجلس أو بعضهم أن يطلب سحب الاقتراح الذي تم تقديمه بشكل يفقد معه النصاب الخاص ويطوى الاقتراح مالم يتبناه عدد كافٍ من الأعضاء لا يقل عن عشرة،¹⁰⁴ وتتبع خطوات المناقشة وفق الآتي¹⁰⁵:

- 1- توزع الاقتراحات ومشاريعها مع لائحة أسبابها الموجبة على أعضاء مجلس الشعب وتنتلى خلاصتها في أول جلسة للمجلس، وتحال بعدها إلى اللجنة أو اللجان صاحبة الاختصاص في المجلس قبل عرضها للمناقشة في جلسة عامة.
- 2- 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

¹⁰⁴ - انظر المادتين (108 و109) النظام الداخلي لمجلس الشعب السوري.

¹⁰⁵ - انظر المادتين (98 و99) من النظام الداخلي لمجلس الشعب السوري.

المحددة قانوناً لجواب الحكومة على المشروع وفق لما ذكر أعلاه، وذلك قبل إحالة المشاريع على الأعضاء في جلسة عامة.

3- 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.

4- 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.

5- يقوم أعضاء المجلس بدراسة مشروع القانون مع تقرير اللجنة المختصة، ويرفعون مقترحاتهم بالتعديل عن طريق رئيس المجلس الذي يحيط رئيس اللجنة علماً بذاك 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 عليها 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 التعديلات المقترحة تأثيراً في باقي نصوص المشروع أجل المجلس النظر فيه حتى تنتهي اللجنة من تقديم تقريرها على التعديل أما إذا لم يكن للتعديلات المقترحة تأثيراً 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 أبدها 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 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 لإصداره¹⁰⁶.

106 - انظر المواد (100-107 و100) من النظام الداخلي لمجلس الشعب.

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 (98) 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 موضحاً رأي اللجنة ورأي المؤيدين والمخالفين، ويأمر الرئيس بطبع التقرير، ويوزع على السادة الأعضاء ويدرج في جدول أعمال أول جلسة بعد انقضاء ثلاثة أيام على توزيعه، وتجري المداولة العامة في التقرير ثم يجري التصويت، ويجب للإصرار على القانون المعترض عليه موافقة ثلثي أعضاء المجلس، ويبلغ رئيس المجلس النتيجة إلى رئيس الجمهورية كي يقوم بإصداره ولا يحق له الامتناع عن إصداره في هذه الحالة¹⁰⁷، ولم يسبق إن 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 تواقع 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

107 - انظر المادتين (111) النظام الداخلي لمجلس الشعب السوري.

لديها، وإذا كان للقانون المعارض على دستوريته صفة الاستعجال وجب أن تثبت فيه المحكمة خلال سبعة أيام¹⁰⁸.

المطلب الثالث

التشريع الحكومي

Législative gouvernement

تعد السلطة التشريعية في الدولة صاحبة الحق الأصيل في سن القوانين، إلا أنه للضرورات أحكامها، كما أن السلطة التشريعية قد لا تستطيع الإحاطة بالمسائل من جميع جوانبها فتحيل تنظيم بعض المسائل إلى السلطة التنفيذية، كما أنه في حيال غياب السلطة التشريعية عن القيام بوظيفتها يجب أن تقوم بهذه الوظيفة سلطة 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 ثلاثة حالات نص عليها الدستور تفوض رئيس الجمهورية إصدار مراسيم تشريعية تنزل منزلة القانون من حيث قوتها وإلزاميتها وفق الآتي:

¹⁰⁸ - انظر المادتين (112) النظام الداخلي لمجلس الشعب السوري.

1- 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 (4/111) 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 أنها 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 إلغاؤها 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 تشمل على فترة العطلة السنوية إن وجدت، وفترة ما بين فصلين تشريعيين وذلك بانتهاء مدته الطبيعية وانتخاب مجلس جديد، وفترة وقف الجلسات وهي تلك المدة التي تقع بين الدورات العادية للمجلس¹⁰⁹.

2- التشريع خارج انعقاد دورات المجلس :

يعقد مجلس الشعب ثلاث دورات عادية في السنة، وقد حددت الدورة الأولى في أول ثلثاء 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

109 - انظر د. أحمد سلامة أحمد بدرت- الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني - رسالة دكتوراه- جامعة عين شمس - 2003- ص408-409، ود. صبري محمد السنوسي- الوجيز في القانون الدستوري- دار النهضة العربية - القاهرة-1996-1997- ص237.

وحتى نهاية شهر حزيران وذلك وفق أحكام الفقرة (1) من المادة (2) 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 يبلغها المجلس أو يعدلها اعتبرت مقرة حكماً، ولم يسبق لمجلس الشعب السوري أن قرر إلغاء أو تعديل مرسوم تشريعي صادر عن رئيس الجمهورية، وإن الحكومة تعتمد على التفويض الدستوري لرئيس الجمهورية بالتشريع خارج انعقاد دوراته، وتوكل مشاريع قوانينها إليها كي تمررها بهذه الطريقة دون أن تعرضها على مجلس الشعب¹¹⁰.

3- 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 تتطوي 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

¹¹⁰ - انظر الفقرة (1) من المادة (111) 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 (3) من المادة ذاتها.

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

4- التشريع بالاستفتاء العام:

153- 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 الهامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا وتكون نتيجة الاستفتاء ملزمة ونافذة من تاريخ إعلانها وينشرها رئيس الجمهورية، ولا يحق للمحكمة الدستورية العليا أن تنظر في القوانين التي يطرحها رئيس الجمهورية على الاستفتاء الشعبي وتقال موافقة الشعب¹¹¹، 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 (1/50) منه والتي نصت على أن ((يتولى مجلس الشعب السلطة التشريعية على الوجه المبين في الدستور))،

¹¹¹ - انظر المادتين (112، و146) من 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 تنال من استقرار الدولة أو تعرض أمنها أو سلامتها لمخاطر داهمة تلوح نذرها، وهذا يعني توافر الشرائط الموضوعية الآتية¹¹²:

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 تسوغ لرئيس الجمهورية بالتشريع في ظل غياب جهة تراقب دستورية القوانين أمر متروك إليه وحده، ويوجد من يقول اليوم بنظرية الانحراف التشريعي من قبل الحكومة، بمصادرتها لصلاحيات السلطة التشريعية إذ أن أكثر التشريعات تصدر بمراسم تشريعية وليس بقوانين وفقاً للدستور وقد ألغت المحكمة الدستورية العليا في مصير كثيراً من القرارات بقانون التي أصدرها رئيس الجمهورية بناءً على هذه الفكرة¹¹³، ومنها إلغاء قرار بقانون

112 - لمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع : راجع د. محمد أحمد عبد النعيم - شرط الضرورة أمام القضاء الدستوري - دراسة تحليلية مقارنة - دار النهضة العربية - القاهرة - 2002 - ص 130 وما بعدها، ود. أحمد سلامة بدر - المرجع السابق - ص 439-452

113 - د. عبد الرزاق السنهوري - الانحراف في استعمال السلطة التشريعية - مجلة مجلس الدولة - 1951 - ص 8 وما بعدها، و. د. محمد ماهر أبو العينين - الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته - دار

صادر عن رئيس الجمهورية بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية لعدم دستوريته بسبب لعدم توافر شروط صدوره في غيبة مجلس الشعب¹¹⁴، واعتبار المادة (76) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الجامعات الصادرة بقرار من رئيس الجمهورية غير دستورية لتضمنها قبول أفراد من الفئات المبنية فيها في الكليات والعهاد العليا دون التقيد بمجموع درجات النجاح في الثانوية العامة¹¹⁵، إلغاء القرار بقانون بسريان قانون التأمين الاجتماعي على العاملين المصريين بالهيئة العربية للتصنيع لصدوره خارج نطاق التفويض الدستوري وفي غير الضرورة الملجئة لإصداره بغيبة البرلمان¹¹⁶، وجاء في قرار المحكمة الدستورية العليا في مصر أن الدستور ((حرص على أن يكون عرض الآراء المتصلة بالشئون العامة وانتقاد أعمال القائمين عليها متمتعاً بالحماية الدستورية تغليباً لحقيقة أن الشئون 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

النهضة العربية 1987- ص 919 وما بعدها، و د. محمود أبو السعود حبيب- الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة- في الظروف الاستثنائية- - دار الثقافة الجامعية - القاهرة 1990- ص 238-239، و د. يحيى الجمل- نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة- دار النهضة العربية - لا يوجد دار نشر- ص 211، و د. هشام محمد فوزي عبد الفتاح- رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر- رسالة -دكتوراه- جامعة عين شمس - 1998، و د. وجدي ثابت غبرال- السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقاً للمادة (47) من الدستور المصري- منشأة المعارف بالإسكندرية- 1988- ص 459 وما بعدها.

114 - القضية الدستورية رقم (28) لسنة قضائية جلسة 1985/5/4،

115 - القضية رقم/131/ لسنة 6 قضائية- جلسة 1987/5/16.

116 - القضية رقم 25 لسنة 8 ق. دستورية جلسة 1992/5/16

للحوار المفتوح وليس لأحد أن يفرض على غيره صمتاً ولو كان معزراً بالقانون،، وإن انتقاد القائمين بالعمل العام وإن كان مريباً يظل متمتعاً بالحماية التي كفلها الدستور لحرية التعبير عن الآراء بما لا يخل بالمضمون الحقيقي لهذه الحرية 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 للدستور¹¹⁷، كما حكمت المحكمة الدستورية بإلغاء قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 154 لسنة 1981 بإضافة بند جديد إلى المادة (34) من قانون حماية القيم من العيب الصادر بالقانون رقم 95 لسنة 1980 والمتضمن اختصاص محكمة القيم بالفصل في التظلمات من الإجراءات التي تتخذ وفقاً للمادة 74 من الدستور لعدم توافر الضرورة الملجئة لإصدار قرار جمهوري بقانون في غيبة مجلس الشعب¹¹⁸.

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 أن الحكومة من الناحية العملية هي السلطة التشريعية الأساسية، وهذا التفويض يتم 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 يعطي صلاحية لأحد بإصدار لوائح تنفيذية أو أنظمة، وأن عبارة الأنظمة وردت فقط في الفقر (9) من المادة (127) التي حددت

117 - القضية رقم (37) للسنة 11 ق- جلسة 1992/2/6.

118 - القضية رقم 15 لسنة 18 ق. دستورية جلسة 1999/1/2

صلاحيات مجلس الوزراء بإصدار القرارات الإدارية والتنفيذية وفقاً للقوانين والأنظمة ومراقبة تنفيذها.

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، وبالتالي تعد كالقانون 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 واذلك هي تكون دونه مرتبة¹¹⁹، ويطلق عليها مصطلح التشريع الفرعي أو القواعد (Les réglementes)، وعلى هذا سنعرض لمسألة التفويض التشريعي، وأنواعه وفق الآتي:

119 - د. محسن خليل - علاقة القانون باللائحة - دراسة مقارنة - مجلة الحقوق المصرية - السنة 14 - 1969 عدد 4243 - ص 3 وما بعدها.

1- التفويض التشريعي:

لم يأخذ الدستور السوري بفكرة اللوائح التي أخذ بها الدستور المصري وفوض بها رئيس الجمهورية أو من يفوضه بذلك¹²⁰، ويتم التفويض التشريعي بوضع قواعد تكميلية أو تعليمات تنفيذية، أو أنظمة خاصة بموجب نصوص واردة 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، وبالتالي لا 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.

2- الأنظمة (اللوائح التنظيمية)¹²¹: Règlements d'organisation

يقصد بالأنظمة مجموعة التشريعات التنظيمية التي تسنها أو تضعها السلطة التنفيذية لتنظيم وترتيب المصالح العامة في الدولة من إدارات ومؤسسات وشركات

¹²⁰ - انظر المادة (144) 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)).

¹²¹ - انظر د. كمال غالي - المرجع السابق - ص 131، ود. توفيق حسن فراج - المرجع السابق - ص 218 ود. حسن كيرة - المرجع السابق - ص 241، ود. سمير عبد السيد تناغر - المرجع السابق - ص 334

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 règlement)، وإذا صدرت عن مراجع أخرى في الدولة سميت قرارات تنظيمية، وتتدخل عادة في صلاحيات رئيس مجلس الوزراء والوزراء، وإصدار الأنظمة في 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 إدارية¹²².

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

تعد التعليمات التنفيذية أو اللوائح التنفيذية قواعد قانونية تفصيلية جزئية 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، وبالتالي تخضع 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

122 - د. فؤاد عبد النبي حسن - رئيس الجمهورية في النظام الدستوري - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة -

تخضع لها تلك القرارات من أحكام ولاسيما من حيث الرقابة القضائية عليها¹²³، 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 تلغي ما ورد في التشريع فعندئذ يمكن للقضاء أن يمتنع عن تطبيقها على أساس الدفع بالامتناع عن تطبيق التشريع الأدنى الذي يخالف التشريع الأعلى في الدولة، وذلك عملاً بتدرج التشريعات فيها¹²⁴

4- اللوائح (الأنظمة) التكميلية: Règlements complémentaires

تعد 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 (15/ج) من قانون تنظيم الجامعات على أن ((يضع مجلس التعليم العالي الهيكليّة التنظيمية والإدارية والقواعد النازمة العلمية والإدارية والمالية اللازمة لعمل فروع الجامعات بما لا يخالف أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية))¹²⁵، وهناك نصوص كثيرة مماثلة ترد في تشريعات متعددة، وتعد القواعد القانونية الصادرة بالاستناد إلى مثل التفويضات جزءاً لا يتجزأ من التشريع الذي أعطاه بغض النظر عن صحة التفويض من عدمه.

123 - انظر: د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 178، و د. سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق -

ص 333-334،

124 - د. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص 281-284.

125 - قانون تنظيم الجامعات السورية رقم 6/ لعام 2006.

البحث الثالث

نفاذ التشريع والغائه

Execution législative et L'annulée

يتم سن التشريع أو وضعه أو كتابته في مدونات ورقية سواء كان تشريعاً دستورياً أم 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 المعد لذلك لديها، ومن ثم نشره في الجريدة الرسمية المعتمدة في تبليغ القواعد القانونية للأشخاص في الدولة كافة سواء أشخاصاً طبيعيين أم أشخاصاً اعتباريين سواء كانوا حكاماً أم أفراداً عاديين، وذلك كي نستطيع أن تطبق قاعدة لا جهل بالقانون، وقد يقع في القانون بعد إصداره أخطاء فكييف 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 عد 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 بالشيء 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 القانونية¹²⁶، والنشر هو وسيلة شهر تجعله نافذاً بحق المخاطبين به من اليوم التالي لنشره مالم يحدد النص ذاته تاريخاً آخر للنفاذ وقد عدت مسألة نشر التشريع في بعض الدول مسألة دستورية¹²⁷، وقد عرّف المشرع السوري النشر في الجريدة الرسمية بأنه إعادة طباعة صورة مطابقة لأصل الصك القانوني الخاضع للنشر.

فالنشر في الجريدة الرسمية هو المعتمد في تطبيق ونفاذ القواعد القانونية، 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 المطلوب¹²⁸، فمن تاريخ وصول عدد

126 - د. حسام كامل الدين الأهواني - المرجع السابق - ص 114 وما بعدها.

127 - انظر المادة (118) من الدستور المصري لعام 1971، 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 (5) لعام 2004 ولاسيما البابين الثاني والثالث منه.

128 - نصت المادة (7) 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 استلام الجريدة الرسمية من قبل رئاسة ديوان مجلس الوزراء وفي

الجريدة الرسمية الذي يحتوي على التشريع إلى الأمكنة المحددة بالقانون يفترض علم الجميع به، ولا يقوم مقام النشر العلم اليقيني، لأن هذا العلم يقوم أصلاً وافتراساً 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 المساهمة 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 كلا الحالتين في القانون أو المرسوم أو القرار وعلى الوزارة

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 293.

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

ثانياً- تطبيق قاعدة عدم الجهل بالقانون¹²⁹:

يترتب على نشر التشريع في الجريدة الرسمية افتراض علم جميع الأشخاص في الدولة سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين (أفراد) أم 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 أم مصدرراً 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:

1- 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

¹²⁹ - لمزيد من المعلومات . راجع: د. سمير عبد السيد تـاغو- المرجع السابق- ص593، ود. توفيق

حسن فرج- المرجع السابق- ص297-300-634.

رجال الإدارة عن القيام بوظيفتهم، ومنها ما يتعلق بالكوارث الطبيعية كالتلوج 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.

2- الجهل بالقانون في العقود:

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

3- الجهل بقواعد القانون الجزائي:

بقضي المبدأ أنه لا يمكن لأحد أن يحتج بجهله لقواعد القانون الجزائي أو تفسيره بشكل مغلوط إلا أنه مع ذلك إذا اقترف شخص جريمة خلال ثلاثة أيام على نشرها في الجريدة الرسمية، أو كان الشخص أجنبياً جاء إلى سورية، واقتترف جريمة خلال ثلاثة أيام على الأكثر من وصوله إليها فإنه يعفى من العقاب بشرط أن لا توجد قاعدة جزائية مماثلة نافذة في بلاده¹³⁰.

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:

1- 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

¹³⁰ - انظر المادة (222) من قانون العقوبات السوري.

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 يكون 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.

2- تصحيح الأخطاء الموضوعية:

فقد يتجاوز الخطأ الواقع في التشريع الخطأ المادي في كتابة النص بالاختلاف بين ما تم نشره وما تم إصداره، بل قد يكون الخطأ في مضمون النص ذاته إذا قد يوجد نقص في بعض القواعد أو الأحكام، فعندئذ يتعين البحث عن كيفية استدراك مثل هذا النقص. فإذا صدر نقص في تشريع تم 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 أن 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 يصحح النقص الموضوعي فيه لأنه بمثابة تعديل للتشريع، ولا يملك التعديل إلا ممن وضع النص الأصلي¹³¹، 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 أنه إذا كان النص يخالف ما ورد في محضر السلطة التشريعية الذي أقر فيه

¹³¹ - نقض مصري في 1966/1/18 - مجموعة المكتب الفني - لسنة 1966 - ص 27، وقرار آخر في

1982/1/3 - المجموعة لسنة 1982 - ج 1 - ص 58.

التشريع الذي تم إصداره ونشره، فيكون التصحيح الموضوعي في المخالفة بين المنشور والأصل عن طريق إعمال ما ورد في محضر البرلمان، ولا يعتد بالنص المخالف الخاطئ، فقد أعطيت الأفضلية لما ورد في محضر البرلمان عما تم إصداره، وهذه حالة خاصة تتعلق بالقوانين التي يسنها البرلمان دون تلك التي تصدر عن الحكومة¹³².

المطلب الثاني

إلغاء التشريع

Abrogation le législatif

يُفيد 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 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 الملزمة¹³³، أو رفع الشارع لحكم بدليل شرعي، أو هو رفع القوة الملزمة للتشريع بطريق استبدله بنصوص أخرى، أو بإبطال مفعوله دون وضع

132 - د. حسام كامل الدين الأهواني- المرجع السابق- ص 117-118.

133 - سليمان مرقس - المرجع السابق- ص 224،

تشريع جديد بدلاً عنه¹³⁴، أو هو رفع حكم القاعدة القانونية الواردة في التشريع بموجب قاعدة قانونية جديدة أو بإنهاء العمل بها¹³⁵. فالإلغاء 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 كافة التشريعات الأخرى الصادرة في الدول، وعلى ذلك فإنه بمجرد صدور الدستور يتعين تعديل كافة التشريعات الأخرى بما يتفق وأحكامه، وبعد كل نص مخالف له كأنه لم يكن ي، وإن المشرع الدستوري السوري تناول هذه المسألة عندما وضع دستور عام 1973 إذ وجد أن كثيراً من التشريعات النافذة في سورية تخالف أحكامه، ومن أجل معالجة هذه المسألة نص الدستور المذكور في المادة (153) منه على أن ((تبقى التشريعات النافذة والصادرة قبل إعلان هذا الدستور سارية المفعول إلى أن تعدل بما يوافق أحكامه)).

إلا أنه لا 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 المجلس الشعب مع بيان النصوص المقترحة تعديلها والأسباب الموجبة لذلك، وأن أي تعديل يحتاج إلى موافقة ثلاثة أرباع أعضاء مجلس الشعب المسجلين وليس الحاضرين فقط¹³⁶.

134 - د. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص 302.

135 - د. حسام الدين كامل الأهواني - المرجع السابق - ص 142.

136 - انظر المادة (149) من دستور عام 1973 وتعديلاته.

أما تعديل القوانين العادية أو إلغائها فيمكن أن يتم من مجلس الشعب نفسه أو من قبل رئيس الجمهورية بحسبانها سلطات متوازيتان تم انتخابهما من الشعب مباشرة، وهناك من يقول أنه توجد مجالات محصورة لمجلس الشعب لا يملك رئيس الجمهورية التشريع فيها، وهي تلك المتعلقة بضمانات الحقوق والحريات والتجريم والعقاب، والضرائب، والموازنة العام للدولة وكل ما يترتب 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 هو 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 إن ((إلغاء التشريع يكون بتشريع لاحق مماثل له أو أقوى منه. فليس لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغي أو تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة أعلى أو تضيف أحكاماً جديدة. إلا بتفويض من هذه السلطة العليا أو من القانون))¹³⁷.

ثالثاً - كيفية تعديل التشريع:

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

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

فإلغاء التشريع لا يكون إلا بتشريع لاحق ينص على هذا الإلغاء¹³⁸، ويكون ذلك عندما يرد نص صريح وواضح في لفظه ومعناه في تشريع لاحق في الصدور

¹³⁷ - نقض مدني مصري جلسة 1972/3/30 . مجموعة المكتب الفني . السنة 23 مدني . ص 601.

¹³⁸ - نقض مصري جلسة 1964/7/7 مجموعة المكتب الفني . السنة 15 . مدني . ص 282.

على تاريخ صدور تشريع آخر ينص على إلغاء هذا التشريع، وهو كثير الوقوع من الناحية العملية، فعندما صدر نظام العاملين في الدولة رقم(5) لعام 2005) نص في المادة (164) منه على أن ((يلغى القانون رقم (1) تاريخ/2/1/1985)، وقد يستخدم المشرع مصطلح حلول قانون محل قانون آخر وهذا الحل هو إلغاء صريح للقانون السابق. فقد صدر قانون تنظيم الجامعات رقم (1) لعام 2006 م، ونص في المادة (158) منه على أن ((يحل هذا القانون محل القانون رقم 1 تاريخ 1975/1/31))، وقد يستعمل مصطلح إنهاء العمل بتشريع سابق كشكل من أشكال الإلغاء الصريح، فعندما صدرت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الجامعات رقم(6) لعام 2006 بالمرسوم التنظيمي رقم(250) تاريخ 2006/7/10 نص في مادته الثانية على أن((ينهى العمل بأحكام المرسوم رقم 2059 لعام 1982 وتعديلاته، وكل نص آخر يخالف أحكامها)).

2- 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 علم 1949، ونص في المادة(114) منه على أن ((المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة، وترفع

الحجر عنهم وفقاً للقواعد وللإجراءات المقررة في القانون))، وقد صدر بعده قانون الأحوال الشخصية في عام 1952، ونصت المادة (1200/) على أن ((المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما ويقام على كل منهما قيم بوثيقة))، فيقال هنا أن نص قانون الأحوال الشخصية قد ألغى الحكم الوارد في القانون المدني، وتصدر تشريعات متعددة تتضمن نصاً يفيد بإلغاء الأحكام المعرضة وهذا يعني أنها لم تلغى كل التشريع بل ألغته في حدود التعارض إن وجد¹³⁹.

ب- الصورة الثانية:

كان يصدر تشريع جديد يعالج الموضوع الذي عالجه 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 فإن 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.

139 - جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية: ((إن التعارض الذي يستتبع إلغاء نص تشريعي بنص تشريعي لاحق، شرطه أن يرد النصان على محل واحد يستحيل إعمالهما 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 يقدر الحكمة من = هذا الازدواج، وليس للقاضي إلا أن يطبق التشريع على ما هو عليه)) - نقض مصري جلسة 1966/5/10 . مجموعة المكتب الفني . السنة 17 مدني . ص 1050، وجاء في قرار آخر أن ((إلغاء التشريع 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)) - نقض مصري جلسة 1964/7/7 - مجموعة المكتب الفني . السنة 15 . مدني . ص 282

رابعاً - إلغاء التشريع وإبطاله:

يرد الإلغاء على تشريع صحيح نافذ فقد غاياته ومبرراته، فاستحدثت 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 إما 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 صدرها 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 يعدل عمل مجلس الشعب هنا بمثابة إبطال للتشريع ويترتب على الإبطال عد التشريع كأنه لم يكن لو لم ينص الدستور على أن لا يؤثر ذلك على الحقوق المكتسبة، أو عدم سريان الأبطال بأثر رجعي، وكذلك الأمر بالنسبة للدول التي فيها رقابة قضائية على دستورية القوانين واللوائح والتي يمكن أن تحكم ببطلان قاعدة تشريعية لعدم توافر شروط إصدارها كما سبق البيان في هذا موضوع.

البحث الرابع

صياغة التشريع

يعد 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 بالصائغ، وما ذلك إلا لأهمية القواعد التي يضعها المشرع بالنسبة للمجتمع والحق والعدالة، فكلما كانت الصنعة مهنية وحرفية ودقيقة كلما 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

تعد 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 أن 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، وهي 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 تعليقات تنفيذية بحيث تذهب في التطبيق إلى غير المكان الذي أراده المشرع، وبقدر ما تكون قاطعة الدلالة على المعنى والهدف ومانعة من التأويل والتفسير كلما كان 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 الحيطة 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 سليمة¹⁴⁰، ولذلك، يقال أن 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 بأنه صياغة جامدة، وعن الصياغة بالنوع الثاني أنه صياغة مرنة. لذلك سنعرض للنوعين وفق الآتي:

أولاً- الصياغة التشريعية الجامدة¹⁴¹:

يقال عن الصياغة أنها جامدة عندما نكون أمام فرض محدد له حل ثابت كتحديد سن الرشد ومواعيد الطعن بالأحكام والحضور أمام المحاكم وأوقات التبليغ، ومدد النقادم، 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 أن هذه الصياغة لا تراعي الظروف الشخصية، ولا ملابسات القضية، وهي قد تكون بعيدة عن العدالة.

¹⁴⁰ - انظر بعض هذه الأفكار في محمد عبد الله السيبي - <http://www.alboainain-law.com>

¹⁴¹ - د. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص 444، ود. علي الصاوي - الأصول البرلمانية

للصياغة التشريعية - www.eaddla.org/parlaman/parlaman

ثانياً- الصياغة التشريعية المرنة:

تكون الصياغة مرنة عندما تأخذ بالحسبان الظروف الشخصية، وكل الملابسات 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 غي المألوف بين الجوار، والمدة المعقولة التي يمكن أن تمنح للمدين، والباعث المشروع وتأثيره على التعاقد، ووضع حدين للعقوبات يلانم فيها القاضي بين العقوبة وشخص المجرم تحت ما يسمى (مبدأ تفريد العقاب)، ويقال أن هذه الصياغة تؤدي إلى التفريق بين العدل المجرد والعدل الفعلي حيث يكون مجرداً في الصياغة الجامدة، وفعالياً 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 للطريقتين 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

كعنصر خارجي على الموضوع كريط 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 هو 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 للأمريين وفق الآتي:

1- 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 بحسبان 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 افتراض 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.

2- الصياغة التشريعية باستعمال الحيل:

الحيل القانونية هي افتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه التغيير في حكم النص دون تغيير النص ذاته لأنه يعد 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 أن الواقع يشير إلى المال على أنه منقول إلا أن المشرع عده عقار بحسبان أن صاحبه رصده لخدمة عقار يملكه أو استغلاله¹⁴².



142 - . محمد عبد الرحيم الديب- الحيل في القانون المدني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي- دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية- 1998- ص37وما 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 توارز في إيجاد حلول المسائل التي قد تفرض نفسها في الواقع، وهذه المصادر محددة تحديداً قاطعاً جازماً وبكل وضوح كما سبق البيان مرتبة في المادة (1) 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 يثبت 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 تم 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 إنه سبق البيان إلى دور القضاء في صنع المصادر غير التشريعية من حيث البحث عنها وتأصيلها كقواعد قانونية¹⁴³.

لذلك سنعرض هذا الفصل في الأبحاث الآتية:

143 - د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 151 وما بعدها.

البحث الأول: المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية.

البحث الثاني: العرف.

البحث الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

البحث الرابع: الفقه والقضاء.

البحث الأول

مبادئ الشريعة الإسلامية

يُعدُّ الفقه الإسلامي مصدراً رئيسياً للتشريع في سورية وفقاً للدستور السوري¹⁴⁴، وهذا يعني أن الدستور دعا المشرع في الدولة أياً كان تصنيف ذلك التشريع أن يأخذ بالحسبان عند سن أي تشريع أن يستلهم أفكاره ومبادئه والأسس التي ينطلق منها من أعمال فقهاء الشريعة الإسلامية دون التقيد بمدرسة فقهية محددة¹⁴⁵، ولهذا نص المشرع في المادة (1) 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 تشريعي¹⁴⁶، وإن تلك الإحالة على

144 - انظر المادة (2/3) من الدستور السوري لعام 1973.

145 - 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 للشارع 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 والمتباينة في القضية الشرعية الواحدة..)) - المحكمة الدستورية - جلسة 1985/5/4 - منشور في ملخص جريدة الأهرام بتاريخ 1985/5/5.

146 - جاء في قرار لمحكمة النقض السورية أنه ((لأن أوجبته الفقرة 2 من المادة الأولى من القانون المدني السوري على القاضي الحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن

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:

المطلب الأول

مضمون المبادئ العامة للشريعة الإسلامية

تعد 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؟¹⁴⁷. فيمكن القول إن مصطلح المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية ينصرف إلى مجمل الأحكام الواردة في الشريعة الإسلامية وفق ترتيب مصادرها من قرآن وسنة نبوية شريفة، واجتهاد فقهاؤها 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 العربية¹⁴⁸.

يقال أيضاً أن 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 أنها أصول موجزة تتضمن حكماً

تطبيقه. فإن هذا الوجوب إنما نص عليه لحل المسائل التي لم تتناولها التشريعات، لا في لفظها، ولا في فحواها)) - نقض مدني سوري رقم 206 تاريخ 950/2/15 مجلة القانون لعام 1950 - ص 97.

147 - د. علي الكوني أعبوده - المرجع السابق - ص 249-250.

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

شرعياً عاماً في المسائل التي تندرج تحتها، ويأتي الحكم العام بمجموعة أحكام فرعية مرتبطة به.

لذا، يؤصل فقهاء الشريعة الإسلامية قواعد الشريعة في مجموعتين: مجموعة متفق عليها وتشتهر في خمسة هي: (الأمر 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 البديل ، وإذا زال المانع عاد الممنوع - الإذن العرفي بطريق الوكالة كالإذن اللفظي - التعيين بالعرف كالتعيين بالنص - الغرم بالغنم، وقواعد شكلية ومنها ما يتعلق بالإثبات مثل ((الأصل براء الذمة - الإقرار حجة قاصرة - البينة حجة يجب العمل بها ما أمكن- التحري يقوم مقام الدليل الشرعي عند انعدام الأدلة))¹⁴⁹.

149 - لمزيد من المعلومات راجع : مصطفى أحمد الزرقا - المدخل الفقهي العام - الجزء الثاني - دار الفقه - دمشق - الطبعة الأولى 1998 - ص - 965 وما بعدها.

المطلب الثاني

مجال تطبيق المبادئ العامة للشريعة الإسلامية

يتضمن مبدأ الإحالة إلى المبادئ العامة للشريعة الإسلامية بحسبانها 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 الآتية¹⁵⁰:

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، وبالتالي 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 وغيرهم¹⁵¹، 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 الحنفي¹⁵² كما لا يمكن تطبيق مبدأ الإحالة في القوانين الخاصة الأخرى كالقانون التجاري أو قانون العمل وغيرها من القوانين التي تحكم العلاقات الخاصة.

150 - انظر: د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 445-447، ود. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص 465 وما بعدها.

151 - انظر المادة (308) 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 الباننة (الدوطة) والحضانة)) وقد صدر قانون خاص بالطائفة الكاثوليكية يطبق بشأن الأحوال الشخصية حصراً وتحديداً في جميع أحوالهم الشخصية، وانظر أيضاً المادة (307) من القانون المذكور والمتعلقة بالطائفة الدرزية.

152 - انظر المادة (305) 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)).

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 المنطق عليها دون المسائل التفصيلية التي اختلف فيها فقهاء الشريعة الإسلامية، ثم أن 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 أولهما 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 هو 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 مصدر أساسي للتشريع في سورية، وعليه فإنه يكون من الطبيعي والمنطقي الرجوع إلى مصدر التشريع عند عدم وجود التشريع.

البحث الثاني

العرف

La coutume

يعد 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 بحسبان 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 فترة 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 مختلف، 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 ((وَعلى الْأَعْرَافِ رِجَالٌ))¹⁵³، وكلمة الأعراف في اللغة: جمع عُرْف وهو كل عال مرتفع، وهي أعالي السور، ويقال عن المعروف أنه ما يُستحسن من الأفعال¹⁵⁴، والعرف في مصطلح فقهاء الشريعة الإسلامية (هو ما اعتاده الناس

153 - سورة الأعراف - الآية (46)

154 - انظر: هذه المعاني في: معجم مقاييس اللغة لابن فارس (281/4) مطبعة الحلبي ومختار

الصالح للإمام الرازي (179، 180) مكتبة لبنان - بيروت عام 1986م، ولسان العرب للمحيط - ...

وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة، ولا يتبادر غيره عند سماعه¹⁵⁵، وهو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع السليمة بالقبول واستمر الناس عليه، مما لا تردده الشريعة، وتقرهم عليه¹⁵⁶.

فتعريف العرف كمصدر من مصادر القانون عند فقهاء القانون فهو (مجموعة القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها يتوارثونها جيلاً عن جيل والتي لها جزاء قانوني كالقانون المكتوب سواء بسواء)¹⁵⁷، أو هو (اضطراد سلوك الأفراد 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)¹⁵⁸. فتعريف العرف يشتمل على مقوماته أو أركانه إذ هو تعامل مضطرد أو مستمر في مسألة معينة يشعر بالزام الاستمرار به.

(111/10 ، 114) . لابن منظور الإفريقي، مادة (عرف) دار صادر - بيروت، ط. الأولى.
أقرب الموارد/ للعلامة السعيد الشريوني (769/2) من مكتبة الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية.. تاج العروس للزبيدي، فصل العين من باب الفاء (192/6) بدون تاريخ الطبعة.
القاموس المحيط/ للفيروز آبادي، مادة (عرف) (178/3) دار الكتب المصرية.

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

156 - انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي (ص46) طبعة الحلبي، والتعريفات للجرجاني (ص130) طبعة الحلبي. وشرح الكوكب المنير/ للعلامة محمد الفتوح المعروف بابن النجار، (448/4) مكتبة العبيكان - الرياض 1418هـ. والإحكام في أصول الأحكام / للإمام الأمدي (270/3) تعليق الشيخ عبد الرزاق عفيفي، دار مؤسسة النور للطباعة - وأثر العرف في التشريع الإسلامي - د. السيد صالح - ص52، العرف والعادة في رأي الفقهاء للعلامة أبو سنة (ص8) مطبعة الأزهر 1947م. أصول الفقه الإسلامي / د. وهبة الزحيلي (829/2) دار الفكر - دمشق، الطبعة الثانية 1422هـ.

157 - د. حسام الدين كامل الأهواني - المرجع السابق - ص155.

158 - د. سمير عبد السيد تهاوي - المرجع السابق - ص425.

ثانياً- أنواع العرف:

هناك أنواع للعرف منها عملي وآخر قولي أو لفظي، وفيه عرف عام وعرف خاص، والعرف العملي: هو ما اعتاده الناس في أفعالهم العادية أو معاملاتهم المدنية، والعرف القولي 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 أنه العرف الذي تصنع الدولة من خلال سلطاتها في إدارة مراقبها 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: فهو ما يتعارفه أهل بلدة أو إقليم أو طائفة معينة من الناس أو أهل حرفة أو مهنة، ويميز آخرون في أن العرف الخاص بأنه الذي يصنعه الأفراد ويتعلق بمعاملاتهم المدنية.

فكما 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 مطرداً أو غالباً أي مستمراً 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 إنما 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 الأزمان¹⁵⁹، 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 هما ركن مادي يتجلى في اعتياد سلوك معين باضطراد في تعامل محدد، وركن معنوي نفسي يظهر في الشعور بالإلزام. لذلك سنعرض لركني العرف وفق الآتي:

1- الركن المادي للعرف:

يقوم الركن المادي للعرف باعتياد الناس سلوك محدد بشأن ما سواء كان المسلك ضرورياً في حياتهم أو بحكم التقاليد المتواترة والمتوارثة، وبالتالي فإن العرف في أصله عادة (Usage). فختان الذكر كان عادةً ثم أصبح عرفاً ثم أصبح شريعةً عند المسلمين، وكانت القيود بين الجوار وحقوق الارتفاق بالمرور أو بالتهوية أو بفتح النوافذ والشرفات واستعمالها عادات ثم أعراف قبل أن ينص عليها القانون ويضبطها. لذلك يقال أن 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، لأن العرف يمكن أن يكون عاماً شاملاً ويمكن أن يكون مناطقياً أو إقليمياً ، ويمكن أن يكن مهنياً أو فئوياً إذ نجد عرفاً تجارياً

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

وعرفاً زراعياً وعرفاً 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 حتى يتكون عنصر الاعتياد الذي يفيد تكرار العمل بها، وتقدير الاعتياد من عدمه واتصاله بالقدر والاستمرارية هو مسألة موضوعية يعود تقديرها للقاضي، لأنه إذا لم يتحقق الاعتياد أو التواتر في السلوك فلا نكون أم عرف، بل أمام مجاملات اجتماعية كالتزاور وتقديم هدايا في مناسبات محددة (ولادة، زواج، وفاة، الحصول على مسكن جديد)، وبعد 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 أن العادة قديمة، ولأن هذه المسألة تختلف بحسب طبيعة ونوع المعاملات التي تنشأ فيها العادات¹⁶⁰.

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 ومضطرد.

160 - د. عدنان القوتلي - المرجع السابق - ص 93.

د- أن لا 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 نص تشريعي أو مبدأ عاماً من مبادئ الشريعة الإسلامية. لذلك يقال أنه يجب أن لا 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 يعد قاعدة قانونية.

2- الركن المعنوي للعرف:

لا يكفي لقيام العرف وجود عادة قديمة مضطردة لقيام العرف كقاعدة قانونية واجبة التطبيق بل أن 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 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 بحسبان 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 أن امتناع الزبون عن دفع زيادة على الفاتورة إلى من يقوم بالخدمة في بعض المطاعم يعد خرقاً لقاعدة عرفية يكره فيها الزبون على الدفع .

لهذا يقال إن أهمية العرف وقوته تتأثر بالوسط الاجتماعي الذي نشأ فيه، فهو يخضع لمجموعة خصائص ذلك المجتمع الذهنية، وكلما كان المجتمع تقليدياً كلما تمسك بالأعراف والعادات والتقاليد، وكلما كانت قوة الدولة وسيطرة القانون ضعيفة كلما 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 عنها¹⁶¹.

رابعاً - التمييز بين العرف والعادة:

ينشأ العرف في أصله كعادة 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:

1- 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 أن لا تخالف العادة النظام العام أو الآداب العامة.

2- 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

¹⁶¹ - راجع بعض هذه الأفكار في د. حسام كامل الدين الأهواني - المرجع السابق - ص 164-165.

القاضي عنها، وعلى من يتمسك بها أثباتها كواقعة مادية من أجل إعمال شروط العقد وليس كقاعدة قانونية.

3- يتمتع العرف بالقوة الملزمة في العقود عند عدم وجود مصدر أعلى للقانون، ولو كان الأطراف يجهلون، أما العادة تكون غير ملزمة ولو كان 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 لها¹⁶².

4- يخضع تطبيق العرف كقاعدة قانونية لرقابة محكمة النقض، أما تطبيق العادة فتعد كالواقعة المادة التي يعود تقديرها لقاضي الموضوع وبالتالي فإن تطبيقه لا يخضع لرقابة محكمة النقض إلا من حيث تطبيقه كشرط عقدي.

لذلك، فإن أهم الفروق بين العادة والعرف هو 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 العرفية¹⁶³، 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 كسلوك ملزم لهم في أمر معين.

¹⁶² - نصت المادة (4) من القانون التجاري رقم (33) لعام 2008 على أنه ((1- 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 -2- و يعد العرف الخاص و العرف المحلي مرجحين على العرف العام)) ، كما نصت المادة (108) منه 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 -معدلاً آخر-)).

¹⁶³ - انظر :

-Kelsen(H). Théorie pure du droit.Trad .par ch Eiseemann. Dalloz. Paris 1962. P:304.

المطلب الثاني

إثبات العرف ودوره

يفيد الواقع التطبيقي أنه لا توجد 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 ويعملون 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 تثير مسألة التثبت 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 عل القاضي وحده وعليه أن يبحث عنه بنفسه وبالتالي يتعين 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 والقرائن¹⁶⁴، وهو في ذلك مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة

¹⁶⁴ - انظر بعض هذه الأفكار في : د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي- الإثبات- مناهله وضوابطه- منشأة المعارف بالإسكندرية -2002- ص45-48.

النقض، أما بعد ثبوت اكتشافه، وتطبيقه على النزاع يصبح قاعدة قانونية يخضع تفسيرها وتطبيقها لرقابة محكمة النقض¹⁶⁵.

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 لافتراض 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.

ثانياً- دور العرف:

تنشأ القواعد العرفية عن العادات الملزمة، وهي قواعد غير واضحة المعالم لعدم وجود كيان مادي لها كما سبقت الإشارة، وبالتالي فإن الذي يكشف عن العرف ويعمل على تطبيقه هو القاضي، ولهذا يقال أن الذي يجعل العرف ملزماً إنما هو القاضي ذاته وذلك عندما يتبناء ويظهره في حكمه، وبالتالي فإن العرف يعد مصدراً قضائياً من مصادر القانون لأن القاضي هو الذي كرسه كقاعدة ملزمة وقبل ذلك لم يكن شيئاً مذكوراً، ولكن يقال أيضاً أن وظيفة القاضي هي إعلان العرف وليس إنشائه وهو لم يقم بتطبيقه إلا لأنه قاعدة قانونية، وبالتالي يبقى مصدراً مستقلاً من مصادر القواعد القانونية¹⁶⁶. إلا أن دور العرف يبقى مقصور 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 إلا 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

¹⁶⁵ - انظر هذه المسألة وغيرها في: د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 431-433.

¹⁶⁶ - انظر في هذا الموضوع: د. هشام القاسم المرجع السابق - ص 222.

وأعرافهم ولاسيما في المسائل التجارية، ويمكن أن يكون له هذا الدور في قضايا الأحوال الشخصية وإن كانت محكمة النقض المصرية قد عدته بمثابة القرينة التي لا تكفي لوحدها في أعمال بعض المسائل¹⁶⁷، وإن كان قد ذهب البعض إلى القول: إن الثابت بالعرف كالثابت بالنص، أي ثابت بدليل شرعي¹⁶⁸.

المطلب الثالث

مزايا العرف وعيوبه

يقال إن مزايا العرف تظهر عيوب التشريع¹⁶⁹، ولذلك، فإن من أهم مزاياه هو المساعدة حيث لا يعمل التشريع كفكرة المجتمع المدني التي تقوم أصلاً على مديد المساعدة المشروعة إلى من يحتاجها حيث لاتصل يد الدولة إليها، وكما توجد محاسن ومساوئ للتشريع فإنه للعرف أيضاً مزايا وعيوب نبينها وفق الآتي:

أولاً- مزايا العرف:

يعد 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

¹⁶⁷ - جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أنه ((وحيث أن هذا النعي 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 يقلب عبء الإثبات ذلك أن القرينة القائمة على أن العرف جرى على دخول الزوجات بجهاز يمتلكه هي في حقيقتها قرينة قضائية لا تكفي بذاتها دليلاً كاملاً على الملكية إلا أنها تعزز الأدلة الأخرى التي تقدمها الزوجة)) - طعن رقم 6375 لسنة 62 ق جلسة 2001/4/12 .

¹⁶⁸ - انظر: د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين - قاعدة العادة محكمة - مكتبة الرشد - الرياض، ط. الأولى 1424هـ - (ص 120، 237).

¹⁶⁹ - د. إدريس العلوي العبدلاوي - المرجع السابق - ص 572

يرتبطون بقبيلتهم وعائلاتهم أكثر من ارتباطهم بدولتهم. فالولاء عندهم أولاً للقبيلة، وهم يخضعون لأعرافها، ونستطيع أن نلخص مزايا العرف بالآتي:

1- 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 ملاءمته لعقل الجماعة في مكان وزمان محدد.

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

3- يعد العرف مصدراً شعبياً أصيلاً يستعين فيه المشرع لوضع قواعده النازمة 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 ونواهي.

4- 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 في إيجاد الحلول لبعض القضايا المعروضة عليه، كالتعرف على الإشارة التي تعد تعبيراً عن الإرادة في إبرام العقود¹⁷⁰، ومن أجل التعرف على المسائل التفصيلية التي لم يتفق عليها المتعاقدان في العقد¹⁷¹، وعلى

170 - انظر المادة (1/93) من القانون المدني .

171 - انظر المادة (96) من القانون المدني .

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.

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:

- 1- **عدم وضوح قواعد العرف:** يعود عدم وضوح قواعد العرف إلى عدم وجودها في مدونات مكتوبة لذلك يحتاج العثور عليها إلى الرجوع إلى الواقع، وبثير هذا كثيراً من الالتباس ويجعلها غير منضبطة وغير متفقة، وقد تختلف باختلاف الروايات عنها وبالتالي فإن الذي يعمل على توضيحها وترسيخها هو القضاء في ساحات منابر المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها.
- 2- **بطء تكوين القواعد العرفية:** يحتاج إنشاء القواعد العرفية إلى عامل الزمن لأنها لا تنشأ دفعة واحدة لأن أساسها العادة، والعادة تحتاج إلى تكرار مستمر كي تترسخ في ضمير الجماعة لتنشأ عندهم حكم الالتزام بها، وبالتالي فإنها لا يمكن أن يتجاوب العرف مع التطورات التي تحتاجها الأمة. لذلك يقال أن 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.
- 3- **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 تقهقر العرف أمام التشريع الذي يلبي طموحات الأمة وتطورها.

4- 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، وبالتالي يختلف القضاء في تفسيرها وتأويله وبالتالي في 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 هيبتا وسلطتها ونفوذها أمام العرفيين 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.

البحث الثالث

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

Principes du droit naturel et Les règles de la Justice

عدّ المشرع السوري 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 (1) 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 القانون¹⁷². لذلك سنقدم هذا البحث في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

القانون الطبيعي

Droit naturel

يعدّ القانون الطبيعي هو 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،

¹⁷² - انظر كل من: د. حسام الدين كامل الأهواني- المرجع السابق- ص192-200، و د. حسن كيرة- المرجع السابق، ود. سمير عبد السيد تناعور - المرجع السابق، ود. الكوني علي اعبوده- المرجع السابق، ومنهم من بحثه في أضيق الحدود مثل: د. توفيق حسن فرج- المرجع السابق، ود. إدريس العلوي العبدلاوي- المرجع السابق، ود. عبد السلام علي المزوغي- المرجع السابق، ود. 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 (المدرجية). لذلك سنحاول التعرف إلى مفهوم القانون الطبيعي، ودوره كمصدر من مصادر القانون وفق الآتي:

أولاً- مفهوم القانون الطبيعي:

يتم التفريق حالياً بين نوعين من القوانين هما: قانونا وضعي أي تم سنه وصياغته من قبل المشرعين في جميع الدول بما يتناسب وحاجاتها السياسية والاجتماعية والاقتصادية مي كي يطبق في دولة معينة في زمن معين، وقانون طبيعي وهو القانون الذي لم يضعه البشر بل هو فق 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 انه ذلك القانون الفطري في كل مكان وفي كل زمان، وإن الذي يتمرد عليه، فإنما يتهرب 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:

1- تم وضع القانون الطبيعي لمجتمع منظم على أساس القبيلة وبالتالي لم 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.

2- عندما واجه المجتمع الجديد في أميركا، بعض الصعوبة في تطبيق مبادئ دستور أميركا، والتي عيّرت 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، وإن طبيعة الحكم في أميركا، تقضي تقليل سلطات الدولة إلى أقل قدر ممكن، وإن 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، وإن المحاكم الأميركية قد سعت لأن تجعل القانون الوضعي فيها يعبر عن طبيعة المؤسسات السياسية الأميركية، فهي قد سعت لتغييره وإعطاءه الشكل الملائم بحيث يحقق الشكل الأمثل، للمجتمع السياسي الأمريكي وليس بما يتفق مع القانون الطبيعي..

3- 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 اظهر لنا فكرة الحرية الفردية وكيف حققت نفسها في المؤسسات والأحكام والمذاهب القانونية

لقد بلور فلاسفة نظرية القانون الطبيعي وهم : (جون لوك) البريطاني (1632-1704) والذي يعد ملهم (جان جاك روسو) السويسري الفرنسي في نظرية العقد الاجتماعي، وعمانوئيل كانت (1724-1804) 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 أبنائه،

لكي يخول كل فرد صلاحيتَه 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 يعد (كانت) مبادئ القانون، من المقدمات العقلية التي يعرفها الإنسان بذاته، وعد 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، ويعد 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 كرس نظرية العقد الاجتماعي في السياسة ولم يكن يبحث عن مبادئ فطريته، 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، وللايمان 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 أبا 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 كمصدر من مصادر القانون التي يعتمد عليها القاضي في حل المنازعات التي قد تنشأ بين الأشخاص، إلا أن القانون المذكور موجود في ذات كل قاضٍ 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 أنه وفاء صحيح لأن سقوط الحق بالتقادم بموجب التشريع الوضعي يخلف التزاماً طبيعياً بذمة المدين، وأن من مقتضيات ذلك فإن الحقوق لا تسقط أبداً 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 بحسبانها مصدران واحداً من مصادر القواعد القانونية، وأن الفقهاء يبحثون فيهما تحت عنوان واحد دونما تمييز. إلا فلسفة القانون الطبيعي التي يجب أن تشمل على مفهوم العدالة قد تختلف عن فلسفة العدالة ذاتها، وأن المشرع لو أرادهما مصطلحاً واحداً كان عليه أن يكتفي بمبادئ القانون الطبيعي دون حاجة بالإشارة إلى قواعد 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، وحدّ الإضرار الناتجة عن فعل الإنسان واحترام القوى الاجتماعية.

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

كما يعتقد (بريجسون) الذي سمّيت فلسفته بفلسفة الحياة، أن الحياة جوهر الوجود، وأساسها الأخلاق التي تعد الحُدس والانفعال الخلاق لمؤسسي ومصلحي

الأديان والمتعبدون 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 (هيبسل) بوجود مبادئ عليا عامة لكل البشر حيث تكون القيم موجودة في عالم علوي يسميه بـ(مملكة القيم)، والناس لا يتساوون في الاستلهاهم منها، لان بعضهم أقدر من بعض في وعي تلك القيم (والاتصال بتلك المملكة العليا)، وان وجود تلك القيم لا يرتبط بوجود الإنسان، بل هي خالدة أبداً.

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

ثانياً- دور قواعد العدالة كمصدر للقانون:

يطبق على قواعد العدالة ما سبق بيانه بالنسبة للقانون الطبيعي فهي تبقى مثل عليا يحافظ عليها الإنسان لأنه تحميه في وجوده بصفته تلك، وتساعده على البر والتقوى والإحسان، وتتجاوز به من 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﴾¹⁷³.

173 - سورة الأنبياء - الآية (107).

البحث 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 أن 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 مصدران من مصادر القانون، وبالتالي لا يمكن اعتبارهما كذلك من خلال عمل فقهي، إلا أننا أردنا أن نوضح هذه الفكرة ونقول مع القائلين أن عملهما يعد مصدران 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، وبالتالي 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 الجوانب¹⁷⁴، ويقول كل من أن النقص في التشريع يعني السماح للقضاة بأن يعملوا بأفكارهم الأخلاقية والسياسية محل تلك الأفكار التي يعتقدونها المشرع¹⁷⁵، 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) أنه (سيكون من قبيل الإغراء أو التحريض للطبيعة الإنسانية الضعيفة المحبة للطموح، أن يعهد للأشخاص الذين عليهم مهمة تنفيذ القوانين سلطة تشريعها في الوقت ذاته)¹⁷⁶، بينما يقول مونتسكيو في كتابه روح القوانين إن "القضاة هم الفم الذي ينطلق منه التشريع فهم كائنات غير حية لا تستطيع أن تخفف من قوته أو صرامته"¹⁷⁷.

174 - انظر:

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

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

176 - 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.

177 - انظر:

-Montesquieu , De l' esprit des lois Livre .2 vol .Classique
Carnier ;1956.ch .12 .

ثانياً - دور القضاء كمصدر من مصادر القانون:

فمهما كان الأمر فإن يجب الاعتراف للقضاء بحق إكمال النقص في التشريع عن طرق وضع قواعد قانونية قابلة للتطبيق في مثل الحالة التي سكنت 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 يسمى أعماء 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 آخر¹⁷⁸، 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"¹⁷⁹.

¹⁷⁸ - لمزيد من المعلومات حول فكرة اعتبار القضاء مصدراً من مصادر القانون راجع: د. سمير عبد السيد

تتاغو - المرجع السابق - ص 483-510، ود. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 477-501،

ود. حسام كامل الدين الأهواني - المرجع السابق - ص 201-226.

¹⁷⁹ - انظر الفقرة (2) من المادة (1) مدني 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 مصدر من مصادر القانون

تعد 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 ونقدم 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 المعلق¹⁸⁰.

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 يبيحه، فالفقيه يعرض

180 - د. حسام كامل الدين الأهواني - المرجع السابق - ص 227، ود. سليمان مرقس - المرجع السابق -

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 التطور¹⁸¹.

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

ثانياً- دور الفقه كمصدر 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.

فمهما كان الأمر، فإن تسهيل المعرفة وتصنيفها وتبويبها وبيان القواعد القانونية وتأويلاتها المختلفة، ومجالات تطبيقها يساعد في وضع القواعد القانونية ويتم الاستناد

181 - د. عبد الرزاق السنيهوري - وحشمت أبو ستيت - أصول القانون (المدخل لدراسة القانون) - مطبعة

النهضة العربية - القاهرة - 1950 - ص 116 وما بعدها.

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 القضائي¹⁸².

182 - انظر المادة (1) 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 وتطبيقه

Interprétation et appliquée la loi



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 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 تعدّ قانون 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 الجوهرية¹⁸³. لذلك نعرض هذا الباب في فصلين:

الفصل الأول: تفسير القانون.

الفصل الثاني: تطبيق القانون.

183 - د. سليمان مرقس - المرجع السابق ص - 329.



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 يرتب آثار 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.¹⁸⁴ 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:

البحث الأول: معنى التفسير وأنواعه.

البحث الثاني: مدارس تفسير القانون.

البحث الثالث: طرق تفسير القانون.

¹⁸⁴ - 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 - 1979 - ص 15 وما بعدها

البحث الأول

مفهوم تفسير القانون 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 حجيته، 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 المتداول 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: الفَسَّرَ: البيان. فسَّرَ الشيءَ يفسِّره، بالكسر، وتفسَّره، بالضم، فسَّراً وفسَّره: أبانه، والتفسيرُ والتأويل والمعنى واحد، لقوله تعالى

«وَلَا يَأْتُونَكَ بِمَثَلٍ إِلَّا جِئْنَاكَ بِالْحَقِّ وَأَحْسَنَ تَفْسِيرًا»¹⁸⁵ . فالفسرُ : كشف المُعطى، والتفسير كشف المراد عن اللفظ المُشكل، والتأويل: ردّ أحد المحتملين إلى ما يطابق الظاهر¹⁸⁶ . 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 الظن¹⁸⁷ . أما التفسير في القانون فهو الاستلال على الحكم القانون وعلى الحالة النموذجية التي وضع الحكم لها من واقع ألفاظ النص¹⁸⁸ ، أو هو توضيح ما أبهم من ألفاظه، وتكميل ما اقتضب من نصوصه، وتخريج ما نقص من أحكامه، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة¹⁸⁹ ، أو هو التعرف على مضمون النص وجلاء عبارته وتوضيحها¹⁹⁰ ، أو هو بيان معنى النص الغامض سواء الغموض بسبب نقص فيه أم 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 النص¹⁹¹ 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 ملائمة النص مع الواقعة المطلوب تطبيقه عليها¹⁹² ، وعليه فإن التفسير هو عملية ذهنية منطقية تتم من قبل المفسر بهدف إيضاح غموض النص، أو استكمال النقص فيه، أو إزالة التعارض أو التوفيق بينه وبين الواقعة التي يحكمها فهو يبحث في معاني

185 - سورة الفرقان - الآية (33).

186 - ابن منظور - لسان العرب - حرف الفاء كلمة (فسر)

187 - د. محمد صبري السعدي - المرجع السابق 2 ص 20.

188 - د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 329.

189 - د. السنهوري وحشمت أبو ستيت - المرجع السابق ص 235.

190 - د. هشام القاسم - المرجع السابق - ص 138.

191 - انظر هذا التعريف وغيره في د. محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 28.

192 - توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص 391.

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 أنه إذا كانت عبارة النص واضحة لا لبس فيها ولا غموض ولا نقص، ولا تعارض فإن لا محل للتفسير، لأنه لا يجوز الانحراف عن المعنى الواضح والصريح من طريق التفسير للبحث عن معانٍ أخرى بهدف التعرف على إرادة المشرع إلا أنه يوجد من يقول أن 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 كطرف مشدد لجريمة خرق حرمة المنزل، أو لجريمة السرقة، إذ يوجد رأي يقول أن المقصود بالليل هو الفترة الزمنية الواقعة بين غروب الشرق وشرورها¹⁹³، وهناك من يقول بأنه يعني الظلام، أو هو الفترة الواقعة بين الغسق والفجر، لذلك فإن وضوح اللفظ في النص لا يعني وضوح المعنى وبالتالي 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

¹⁹³ - 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 المقتضي)) - سورية قرار جنائي 746 تاريخ 1968/11/12 - 1523 . الموسوعة القانونية لأنس كيلاني . قانون العقوبات . قاعدة (2661)، وجاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أيضاً أن ((إن لفظتي (الليل) و (ليلا) تعينان الفترة التي تقع بين غروب الشمس وشرورها - مصري قرار 47 لعام 957 د 957/10 . الموسوعة القانونية لأنس كيلاني . قانون العقوبات . قاعدة 2684.

وشخص آخر، ثم أن المعنى الظاهر للنص ليس بالضرورة هو المعنى الحقيقي له، لأن العبرة ليست للألفاظ والمباني، بل العبرة للمقاصد والمعاني.

فالتفسير مسألة حاجة وضرورية مع وجود العبارة الواضحة، وهو مطلوب من باب أولى إذا كانت العبارة غامضة أو تحمل أكثر من معنى كما لو تم 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 أم 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 فعندئذ 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، أم مبدأ 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، وبالتالي فهو 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 تفسيره¹⁹⁴. 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 القانونية¹⁹⁵، 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 لاستنباط الحكم اللازم للفصل فيه.

رابعاً - موضوع التفسير:

يتناول موضوع التفسير بشكل رئيس معرفة حقيقة المقصود من النص، وتوجد 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 وبالتالي 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.

لذلك يقول أنصار هذه المدرسة أنه يجب الأخذ بإرادة النص وليس بإرادة المشرع، وأن 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

194 - هذا ما يراه د. حسام كامل الدين الأهواني - المرجع السابق - ص 243-244، وهو عن الذين سبق

بيانهم في الهامش السابق

195 - د. حسن كبره - المرجع السابق - ص 397-398،

له كيان مستقل قائم بذاته، ولذلك يقال (أننا لا نتحقق مما قصده المشرع بل عما يعنيه القانون)¹⁹⁶.

فالتفسير لا يعني البحث عن إرادة المشرع بل البحث عن حقيقة المعنى الوارد في النص، وبالتالي فإن 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 تفسير¹⁹⁷. فمهما 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.

196 - راجع كثير من الآراء والأقوال - في د. محمد صبري السعدي المرجع السابق - ص 64 - 68.

197 - انظر بعض هذه الأفكار في د. محمد صبري السعدي المرجع السابق - ص 68 - 72.

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:

1- تعريف التفسير التشريعي:

يقصد بالتفسير التشريعي بأنه 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 وبالتالي 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.

2- غرض التفسير التشريعي:

يهدف التفسير التشريعي إلى إيضاح المعنى الحقيقي المقصود من نص تشريعي سبق إن 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.

3- آثار التفسير التشريعي:

يترتب على صدور التفسير التشريعي أنه يصبح ملزماً للقضاء وللإدارات 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؟ وإذ تضمن ذلك فهل يطبق على ماتم 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 يعد 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 أن التفسير أياً كان مصدره تشريعياً أو قضائياً، أو فقهيّاً لا يقرر أحكاماً جديدة، وإنما يوضح أحكام النص موضوع التفسير¹⁹⁸، وإذا تم تعديل الأحكام فإنها تعد تشريعات منشئة لأحكام جديدة وتطبق من تاريخ نفاذها وفقاً لنفاذ التشريعات، ونقول أن من يملك سلطة التشريع يملك سلطة التفسير والأمر سبيل في تفسير الغموض والإبهام وسد النقص أم في وضع أحكام جديدة ويطبق بصدد ذلك القاعدة التي سبق بيانها بالنسبة لتأثير التشريع على المراكز القانونية أو على الحقوق المكتسبة¹⁹⁹.

ثانياً- التفسير القضائي (L'interprétation Judiciaire):

يُعَدُّ 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 التشريع من حيث الإلزام. لذلك سنعرف هذا النوع من التفسير ونبين خصائصه ومدى إلزاميته وفق الآتي:

¹⁹⁸ - انظر الرأي المؤرخ في 1967/9/24 - مجموعة المبادئ التي قررتها الجمعية العمومية للرأي الاستشاري لمجلس الدولة في مصر في (10) سنوات (1960-1970) - مجموعة أبو شادي - القاعدة 124 - ص 206-1032.

¹⁹⁹ - 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 1085/1936 تاريخ 1965/9/9 المحامون لعام 1965 ص 514 ق 734.

1- 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 القاني 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 بحسبان أن القاضي ليس مفتياً يعطي الآراء لمن يطلبها .

فالتفسير القضائي ليس غرضاً بذاته بل يقوم به القاضي بوصفه واجباً مكماً 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 القاضي²⁰⁰، وإن التفسير الذي يقوم به القاضي يعدُّ اجتهاداً²⁰¹، ومن هذا الطريق

200 - جاء في قرار للهيئة العامة لمحكمة النقض السورية ((إن تفسير القانون من خصائص المحكمة، ما لم تنحرف المحكمة في هذا التفسير انحرافاً عن المبادئ الأولية للقانون)) - هيئة عامة قرار 94 أساس 95 تاريخ 1994/6/27. كتاب مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها الهيئة العامة لمحكمة النقض من عام 1988 حتى 2001. منشورات المكتبة القانونية. الجزء الأول. الصفحة 714.

201 - جاء في قرار للهيئة العامة لمحكمة النقض السورية إن ((تفسير القانون واستخلاص النتائج وإعطاء الوصف القانوني للواقعة يعتبر من قبيل الاجتهاد)) - هيئة عامة قرار 248 أساس 359 تاريخ 1999/8/23. كتاب مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها الهيئة العامة لمحكمة النقض من عام 1988 حتى 2001. منشورات المكتبة القانونية. الجزء الأول. الصفحة 786، وجاء في قرار آخر: ((إن الاجتهاد القضائي بتفسير أحكام القانون واستخلاص النتائج القانونية لا يشكل خطأ مهنيًا جسيمًا)) - هيئة عامة قرار 3 أساس 100 تاريخ 1998/1/19. كتاب مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها الهيئة العامة لمحكمة النقض من عام 1988 حتى 2001. منشورات المكتبة القانونية. الجزء الأول. الصفحة 756.

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 درجاتهم²⁰².

2- 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 الواقعية²⁰³.

كما يتصف التفسير القضائي بالحرية والاستقلالية فهو لا يخضع في تفسيره إلا لضميره ووجدانه اللذان 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 أقسم على أن يقوم بها²⁰⁴.

202 - 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. 2. إغفال المبادئ القانونية التي تقرها الهيئة العامة لمحكمة النقض خطأ مهني جسيم ويعرض الحكم للإبطال. 3. قرارات الهيئة العامة لمحكمة النقض بمنزلة القانون فلا يجوز مخالفتها بأي حال من الأحوال)) - هيئة عامة قرار 167 أساس 328 تاريخ 1994/11/6 . كتاب مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها الهيئة العامة لمحكمة النقض من عام 1988 حتى 2001 . الجزء الأول . الصفحة 896.

203 - د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 335.

204 - يؤدي القاضي ميمناً قبل توليه العمل القضائي وفق أحكام المادة (77) من قانون السلطة القضائية بالصيغة التالية ((أقسم بالله أن أحكم بين الناس بالعدل وأن أحترم القوانين)).

3- مدى الزامية التفسير القضائي:

يعدّ التفسير القضائي ملزماً في الدرجة التي تم فيها التفسير لأنه سيكون الأساس الذي كوّن القاضي من خلاله عقيدته في الفصل في الدعوى، وإنّ 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، أم 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):

237- يكون التفسير إدارياً عندما بالشكل الإداري أو من السلطة الإدارية، وذلك عندما يصدر التشريع ويفوض الإدارة بوضع تعليمات تنفيذية، حيث يقول البعض إن ما يرد في مثل هذه التعليمات يعد تفسيراً إدارياً، وإن مثل هذا التفسير يعد تفسراً 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، أم من وزير المالية، أو من غيرهما تقضي بتطبيق بعض القوانين على نحو معين، فإن مثل هذه البيانات تعد تفسراً إدارياً ويكون الموظفون في الإدارات العامة ملزمون في اتباعها بناءً على ضرورة التقيد بأوامر الرئيس إذا كانت

لا تخالف القوانين والأنظمة النافذة²⁰⁵، أما بالنسبة لأشخاص الآخرين فإنها لا تلزمهم إلا في حدود الصحيح منها، والمتفق مع أحكام القانون²⁰⁶.

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 ذات طبيعة استشارية غير ملزمة²⁰⁷، وبين الرأي الاستشاري الصادر عن الجمعية العمومية في مجلس الدولة، ونميز هنا أيضاً بين نوعين من الرأي رأي ينزل منزلة الحكم القضائي في القوة التنفيذية، وهو ذلك الذي تعطيه في معرض نزاع قائم بين

205 - جاء في قرار لمحكمة النقض السورية أن ((البلاغ الصادر عن رئاسة مجلس الوزراء من المقررات الإدارية ولا يؤخذ به إلا إذا تبلمه الموظف شخصياً أو ثبت علمه به لأن العلم لا يفترض افتراضاً)) - قرار رقم 1208/421 1969/10/18 - المحامون لعام 1970 ص 21 قاعدة 29.

206 - 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 899/ في الطعن 3131/ لسنة 1992، وجاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أن ((التعليمات الإدارية التي لا يجوز إسباغ صفة اللائحة عليها لا تعتبر بتاتاً من التشريع ولا يرجع إليها عند تطبيق أو تفسير القانون)) - نقض جنائي جلسة 1974/4/20 - مجموعة المكتب الفني - السنة (25) - ص 713، ونقض مدني جلسة 1982/3/21 - مجموعة المكتب الفني ص 316 ورقم 58.

207 - انظر المادة (46) من قانون مجلس الدولة رقم (55) لعام 1959 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 للدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة أو عليها إذا زادت قيمته على ج- الترخيص في تأسيس الشركات التي ينص القانون على أن يكون إنشاؤها بقرار من رئيس الجمهورية. د- المسائل التي يرى فيها أحد المستشارين رأياً يخالف فتوى صدرت من إحدى إدارات القسم الاستشاري أو لجانه. هـ- إبداء الرأي في النصوص والأنظمة من النواحي المالية. و- مشروعات القوانين واللوائح والقرارات التنفيذية لتتولى اللجنة مراجعة صياغتها)).

المصالح العامة، ورأي ذي طابع تفسيري للقانون وهو ينزل منزلة القانون بالنسبة للعمل بعد نشره في الجريدة الرسمية²⁰⁸.

رابعاً- التفسير الفقهي:

يقصد بالتفسير الفقهي ذلك التفسير الوارد في المؤلفات، أو الكتب، أو المحاضرات، أو المقالات التي يكتبها أساتذة القانون والقضاة والمحامون والباحثون المختصون في القانون، وتعد كلمة فقه القانون مرادفة لكلمة شرح القانون، ويعد 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، وبالتالي بين دول العالم، وتعد مؤلفات القانون من أهم 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 رد 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.

208 - انظر المادة(47) 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 بمراجعة1- مشروعات القوانين واللوائح والقرارات التنفيذية التي تتولى اللجان صياغتها وترى إحالتها إلى الجمعية لأهميتها. 2- مشروعات التشريعات التفسيرية التي يصدر بها قرارات من رئيس الجمهورية أو غيره من الهيئات في الأحوال التي يخولها القانون فيها هذا الحق)).

كما يقو 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 بحسبانه أكثر حرية وتخصصاً 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 يحق العدل والمساواة بين جميع أبناء الوطن الواحد مع مد جسور التعاون إلى ما وراء الحدود تطبيقاً لمقولة أن العالم أصبح قرية صغيرة²⁰⁹.

البحث الثاني

مدارس تفسير القانون

Ecoles l'interprétation de loi

تتعد المدارس الفقهية في كيفية إدارة مسألة تفسير القانون، وتختلف باختلاف نظرة كل منها إلى القانون، فمنها ما ينظر إلى أصل القانون ومصدره، ومنها يرى أن القانون عبارة عن ظاهرة اجتماعية وهو انعكاس لها، ومنهم من يقول أن القانون علم وفن . لذلك نعرض بإيجاز للمدارس الفقهية التي نشأت حول مسألة تفسير القانون²¹⁰ ونبين رأي كل منها مع بيان إيجابياته والمآخذ عليه وصولاً إلى تحديد طرق التفسير المستعملة في العالم المعاصر في المطالب الآتي:

²⁰⁹ - انظر بعض هذه الأفكار في د. سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ص 745-750،

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 1804، وقد مرت هذه المدرسة بعدة مراحل هي مرحلة التكوين (1804-1820) ومرحلة الازدهار (1839-1880)، والمرحلة الأخيرة (1880-1900)، وتقد كانت تضم هذه المدرسة نخبة من أساتذة القانون في كل من فرنسا وبلجيكا، وقد قامت هذه المدرسة على أساس تقديس النصوص باحترام إرادة المشرع بحسبان أن مصدر القانون الوحيد هو التشريع، وأنه على القاضي والفقيه أن يستعرض 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 فإن هذه الدراسة على الرغم من تقديسها للنصوص وتغليب قصد المشرع أو تقديس إرادته وهو يحتكر إنتاج القانون، ومع ذلك 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 المثق 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 أنه 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 مشرعاً²¹⁰.

ثانياً- طريقة المدرسة في تفسير النصوص:

يقول أحد فقهاء هذه المدرسة أن طريقة التفسير والشرح تكون بإتباع النص خطوة خطوة وجملة جملة وكلمة كلمة 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، وأنه إذا كان القانون يتطلب القدرة على التمييز وحسن الفهم فإن بصفة أساسية عملية برهنة ومنطق²¹¹.

210 - انظر المادة(1) من القانون المدني السويسري.

211 - انظر:

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

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 الأساس²¹²، 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 المفترضة للمشرع. بمعنى أنه على القاضي أن يضع نفسه مكان المشرع ويفترض ما كان يمكن أن يفعله المشرع لو كان مكانه²¹³.

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 كثير 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 الآتي²¹⁴:

212 - د. ثروت الأسيوطي - المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية - مجلة مصر المعاصرة - 1968 ص 183، و 681-682، وانظر أيضاً - د. محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 148-149.

213 - انظر بعض هذه الأفكار في . د. عبد الحي حجازي - المدخل لدراسة العلوم القانونية - مطبوعات جامعة الكويت - 1972 - ص 564.

214 - د. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص 412-414، ود. محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 154-160.

- 1- عُدت أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون دون الاعتراف بوجود مصادر أخرى كالعرف فهي لا تهتم ولا تقيم وزناً إلا إلى المدون من النصوص لأنتهت تعبر إرادة المشرع هي مصدر القانون.
- 2- اعتمادها في التفسير على المعيار الشكلي من خلال الأخذ بالنص المكتوب وبألفاظه ولغته من أجل تفسيره وصولاً إلى إرادة المشرع.
- 3- تفديسها لإرادة المشرع، وتحويلها 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.
- 4- تنظر 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 في تفسير القانون

L'école Historique

يقال في تطور فكرة القانون أنها 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 (1689-1755) في كتابه المشهور (روح القوانين) الذي قال فيه أنه ينبغي أن تتناسب القوانين مع طبيعة البلاد ومركزها واتساعها ونوع الحياة تعيشها شعوبها ودين السكان وميولهم²¹⁵. إلا أن المذهب التاريخي في تفسير القوانين لم يرسخ أقدامه إلا مع العلم سافيني (Savigny) (1779-1866) الذي قال أن القانون هو تعبير عن ضمير الأمة أو الجماعة وهو يخضع لعوامل البيئة المختلفة ويتغير تبعاً للزمان والمكان، وأنه ليس ثمرة جيل معين من أجيال الأمة بل هو ثمرة التطور التاريخي لها وامتداداً 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 أفرادها. لذلك سنعرض للأساس الذي تقوم عليه هذه المدرسة، وطريقة التفسير التي نقول 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:

- 1- 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 أن القانون ينشأ مع الجميع ويتطور معها.
- 2- إن القانون ليس نتيجة تفكير ومنطق وإرادة واعية للإنسان بل هو نتاج بيئة اجتماعية معينة يتكون تلقائياً فيها، ويحي معها كأي كائن حي ويتلازم تطوره مع تطورها، فذلك القوانين تختلف من شعب إلى شعب

²¹⁵ - انظر:

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

آخر وكما سبق البيان فإن القانون هو روح الشعب (L'âme d'un peuple)، وعليه فإن العرف والعادات والتقاليد هي أصل القانون.

3- 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 عللاً 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 بعدها 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 كيان مستقل 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:

1- 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 وبالتالي 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 الخلاقة للإنسان في تطوير نفسه وتطوير من حوله.

2- ثبتت هذه النظرية مبدأ التفرقة بين الشعوب عندما أكدت أنه لكل أمة قوانينها الخاصة التي نشأت وتطورت في بيئتها وهذا يلغي التقارب بين الأمم والحضارات بحسبان أن القانون نتيجة تطور إنساني عالمي وليس مرتبطاً ببيئة معينة أو بدولة محددة، وكثيراً 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 تم وضع القانون المدني في أي دولة عربية لأن بيئته الأصلية قد تكون فرنسا أو سويسرا أو دول أخرى²¹⁶.

3- 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

²¹⁶ - راجع الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري- القانون الأصل لأكثر القوانين في الدول العربية-

التي تبين مصادر ذلك القانون.

يؤدي إلى اختلاف التفسير للنص الواحد بين وقت وآخر، ويترتب على ذلك الإخلال بأمن وسلامة المجتمع واستقرار المعاملات فيه.

4- إن البحث عن النية المحتملة للمشرع هو تعبير فلسفي وليس وواقعي، وهو لا يخرج عن فكرة النية المفترضة للمشرع بالنسبة لمدرسة الشرح على المتون، وبالتالي فإن 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 احترام إرادة المشرع، وإعمال 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 وشيوخ الفوضى والاضطراب في الوصول إلى حلول قانونية لا تستند إلى النصوص،

المطلب الثالث

المدرسة العلمية في التفسير

L'école Scientifique

نشأت المدرسة العلمية لتفسير القانون على يد العالم الفرنسي فرانسوا جيني من خلال كتابه الذي صدر في عام 1899 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 تساهم 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 1924 و 1925 سماه (العلم والصياغة في القانون الوضعي الخاص (Science et Technique en droit privé positive)، وقد بين في الكتاب المذكور أن القانون يتكون 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، ولكل من هذه الحقائق معنى ومدلول محدد وفق الآتي:

1- 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)، أم 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.

2- الحقائق التاريخية: تعد معرفة التاريخ عملية علمية يتم إدراكها بالتجربة والملاحظة، وبالتالي تؤخذ بالحسبان عند وضع القاعدة القانوني، كتطور حق الملكية عبر التاريخ، و تطور مفهوم الأسرة من الأمومة إلى الأبوة إلى الوضع الراهن لتنظيم الأسرة. فلا ينكر دور السوابق التاريخية أو القضائية في تطوير التشريع.

3- الحقائق العقلية: تعد 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 لتهديب وترتيب الحائق الطبيعية كتدخله 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.

4- الحقائق المثالية: تعد الحقائق المثالية تعبيراً صادقاً عن إرادة الجماعة وآمالها في أن تعيش في نظام قانوني مثالي وبالتالي فإن 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 والملاحظة بل تقوم على العواطف، وقيم غير مرئية، وأن 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 بالتزام النص وأخذ المعنى الحقيقي، أو القصد الحقيقي، من النصوص التشريعية عند وجودها وعدم تحميل تلك النصوص أكثر مما تحتل، وأجازت التوسع في تطبيق القانون عن طريق القياس واستخلاص الحلول منه إذا توافرت أسبابه كوسيلة 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 لحلها، 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 مستعملاً 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 الاتحاد العلة من أجل الحكم، ورسمت منهجية للمفسر عليه اتباعها عند عدم وجود نص أو عرف وهو أن يلجأ إلى الاجتهاد من خلال حقائق محددة تحقق الغاية المطلوبة، ومع ذلك سجل الفقهاء بعض المآخذ والنقد لهذه المدرسة نلخصهما في سببين هما:

- 1- اعتمدت المدرسة كلية قِيَّ نشوء القاعدة القانونية على فكرة الحقيقة العلمية ولم تعط الصياغة سوى دوراً هامشياً، وتجاهلت دور الساسة القانونية أو التشريعية التي تؤيدان دوراً مهماً في صنع القواعد التي تخدم هذه السياسة، كما أن القانون ليس فقط علم 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 .
- 2- إن الحقائق التي قالت عنها المدرسة أنها 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 لأنها 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.

البحث 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 أنها 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، وبالتالي فإن القاضي يبحث عنها ولا يفسرها، ما لم يقتضي الأمر ذلك متى كان فيها غموضاً أو التباساً. 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 وضحاً 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 أنه ((لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص الصريح))²¹⁷، وقد كانت مجلة

217 - جاء في قرار لمحكمة النقض السورية: ((إن المبادئ الأساسية في تفسير القانون تقتضي الأخذ بالنصوص الواضحة وفقاً لقصد المشرع، و لا تجيز استبعاد تطبيقها بحجة التفسير)) - نقض مخاصمة رقم 239 أساس 1536 تاريخ 1983/2/19 مجلة المحامون ص 895 لعام 1983، قاعدة 2178. أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية. ج 5 / استانبولي. ص 342.

الأحكام العدلية قد ثبتت هذا الاتجاه بالنص على ((لا مَسَاحَ لِإِلْجَاهٍ فِي مَوْزِدِ النَّصِّ))²¹⁸، كما تم تأكيد هذا المبدأ في المادة (1/1) 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 دائماً عند ألفاظ النصوص بل يجب الذهاب إلى معانيها لأن القاعدة الفقهية تقول: (الْعَبْرَةُ فِي الْعُقُودِ لِلْمَقَاصِدِ وَالْمَعَانِي لَا لِلْأَلْفَافِ وَالْمَبَانِي)²¹⁹، وعلى هذا فإنه يستدل على النص القانوني مما يستدل من عبارته أو إشارته، أو دلالته، أو اقتضائه، وهذه عبارات متفاوتة القوة، 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:

218 - انظر المادة (14) من مجلة الأحكام العدلية المؤلفة من لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية.

219 - انظر المادة (3) من مجلة الأحكام العدلية.

1- تفسير النص التشريعي من عبارته (لفظه):

يقصد بعباراة النص مفرداته اللغوية وهو في الأصل حالة لغوية تدل على الجملة أو شبه الجملة، والأصل في اللغة العربية أن العبارة تتكون إما 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 المؤلف 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 معاني في اللغة تختلف عن معناها الاصطلاحي، وبالتالي فإن عبارة 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)²²⁰، ومن أمثلة وضوح العبارة وهي كثرة في القانون منها على سبيل المثال ما نصت عليه المادة (5) من القانون المدني ((من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً، لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر))، أو ما نصت عليه المادة (164) مدني ((كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض))، مثلها كثير في النصوص الواضحة العبارة ولا تحتاج إلى تفسير.

2- 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

²²⁰ - انظر كل من الدكتور سليمان مرقس- المرجع السابق - ص 342-344، ود. جميل الشرقاوي -

المرجع السابق- ص 205، ود. عبد الحي حجازي- المرجع السابق- ص 520، ود. محمد صبري

السعدي- المرجع السابق- ص 205

من التفكير من أجل معرفة وجه التلازم. فقد نصت المادة (530) 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 يحددوا فيه الثمن، فقد ذهب الاجتهاد إلى أن العقد صحيح على أساس ثمن المثل²²¹.

لذا، يعد 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 يُنْمِ الرُّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾²²²، 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 (434) مدني ((إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات، وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع))، أن البيع يكون صحيحاً إذا أقره أو أجازة المالك.

3- تفسير النص التشريعي دلالة:

يعني تفسير النص التشريعي دلالة أي فهم معناه من روحه ومعقوله، أي استنتاج المعنى أو الاستدلال عليه من طريق مفهوم الموافقة، أو من خلال مفهوم

²²¹ - 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 نوبا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما. وتكون العبرة ليست بقيمة المبيع في ذاته بل بسعر التداول سواء كان أقل أو أكثر من قيمة المبيع الحقيقية)) - نقض سوري رقم 256 أساس 853 تاريخ 20 / 3 / 1972 . سجلات محكمة النقض - التقنين المدني السوري - شفيق طعمة + أديب استانبولي الجزء الرابع.

²²² - سورة البقرة - الآية (233).

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 عِزَّةٌ لِلدَّلَالَةِ فِي مُقَابَلَةِ النَّصْرِحِ))²²³، 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:

(1) - 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، 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 روجه 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

²²³ - المادة (13) من مجلة الأحكام العدلية.

وهو الوصف المشترك بين الحالتين²²⁴، ويذكرنا فقهاء الشريعة الإسلامية في حالة حرمان الوارث قاتل مؤثرته من الميراث بناءً على مقتضى القاعدة التي تنص على "أن من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه"²²⁵، وقياسهم حالة قيام الموصي له بقتل الموصي وحرمانه من الوصية لذات علة حرمان الوارث من التركة²²⁶، إلا أنه لا مجال للقياس في مجال النصوص الجزائية²²⁷، ولا القياس على النصوص

224 - انظر... المادة (15) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أن ((ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه))، وقد جاء في شرحها أنها النص الوارد على خلاف القياس يقتصر على مؤدبه، ويقال لذلك الشيء أي الوارد به نص أصلي، أو مقيس عليه، أو مشبهة به، ولغيره فرع، ومقيس، ومشبهة - انظر الفقرة الأخيرة من تقرير جمعية المجلة من قوله: وعند الإمام الأعظم الخ وانظر المواد: 17، 380، 388، 392، فترى فيها أنهم قد جوزوا السلم والاستصناع على غير القياس و قد جوزوا الإجارة أيضاً، مع أنها من قبيل بيع المنافع وهي معدومة عند العقد و بيع المعدوم باطل على ما في المادتين: 205 و 19.

225 - المادة (99) من مجلة الأحكام العدلية .

226 - جاء في قرار لمحكمة النقض السورية في قضية تتعلق برجوع الواهب عن هبة للحفيد: ((إن نص المادتين 275 و 289 من قانون الأحوال الشخصية إنما ينصرف إلى ما يتعلق بأحكام الإرث وتعيين الورثة وإن ما يتعلق بالهبة والمانع المشار إليه في المادة 470 من القانون المدني فيرجع بشأنها إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تتصل بها باعتبار أن الحكم بصدد لزوم الهبة مستمد من الفقه الإسلامي، وفي حال ثبوت الجود فليس يستتبع ذلك جواز الرجوع في الهبة لذي رحم محرم مع قيام المانع لقانوني، وإن الغرض من المانع في الرجوع في الهبة لعله القربى مقررًا للحفاظ على صلة القربى والرابطة العائلية فهو أكثر ما يكون -توفرًا في صلة الأم بابنتها-)) - نقض سوري رقم 1224 تاريخ 1980/8/21 . مجلة القانون . ص (1980/819) - التقنين المدني السوري - شفيق طعمة + أديب استانبولي الجزء الخامس.

227 - نقض مصري قرار 43 تاريخ 956/3/30 ح 3892 . الموسوعة القانونية لأبس كيلاني . قانون العقوبات . قاعدة 5 وجاء في قرار آخر أن ((قاعدة عدم جواز التوسع في تغيير القانون الجنائي والقياس عليها لا بمنع القاضي من الرجوع إلى الوثائق التشريعية والأعمال التحضيرية لتحديد قصد الشارع)) - مصر . قرار 697 تاريخ 941/5/19 مج 918 . الموسوعة القانونية لأبس كيلاني . قانون العقوبات . قاعدة 574.

الاستثنائية²²⁸، أو الخاصة بحكم مسألة معينة على سبيل القطع والتحديد²²⁹، وبالتالي لا يجوز قياس التزام الكفيل المتضامن على التزام المدين المتضامن لاختلاف السبب والعلة²³⁰، كما لا يجوز القياس على النصوص التي جاءت على خلاف الأصل²³¹. أما إذا كان التوسع في تفسير النصوص ولو بطريق القياس على نص استثنائي

²²⁸ - 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 296 أساس 1001 تاريخ 1994/11/23 سجلات الاستئناف، قاعدة 12 . التقنين المدني / ملحق ج 5 / قانون الإيجارات القسم الثالث . شفيق طعمة/أديب استنبولي . ص 81.

²²⁹ - 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 584 تاريخ 19 / 12 / 1963 مجلة القانون ص 23 لعام 1964، 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 341 تاريخ 11 / 1 / 1968 الموسوعة الذهبية ج 1 ص 165 بند 423.

²³⁰ - 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 يصير مديناً أصلياً بل يبقى التزامه تبعياً. وإن كان لا يجوز له التمسك بالزام الدائن بالمطالبة بالوفاء أو التنفيذ على أمواله أولاً، وينبغي على كون التزام الكفيل تابعاً للالتزام المدين أنه ينقضي حتماً بانقضائه، ولو كان التناهد قد انقطع بالنسبة للكفيل. ولا فرق في هذا الحكم بين الكفيل المتضامن و الكفيل غير المتضامن)) - نقض مصري تاريخ 24 / 4 / 1952 مجموعة المكتب الفني . السنة 12 ص 937، وجاء في قرار لمحكمة النقض السورية ((إن ما نصت عليه المادة 750 من القانون المدني بشأن مساهلة الدائن عن خطئه بإضاعة ضمان الدين وردت بصورة مطلقة لم يستثنى منها الكفيل المتضامن فإنها تشمل ولا مجال لاستثنائه من أحكامها بطريق القياس على أحوال التجريد التي تولف موضوعاً مستقلاً. وقد استقر الاجتهاد والفقه على هذا الرأي، نقض سوري - رقم 1265 أساس 344 تاريخ 29 / 6 / 1964 -)) - مجلة المحامين لعام 1964 - ص 125 / 1964، قاعدة 2530 . التقنين المدني السوري ج 6 . استنبولي . ص 6112.

²³¹ - جاء في قرار لمحكمة النقض - الغرفة الشرعية أنه ((استقر الاجتهاد على أن مطلب التعويض في حالة التفريق في غير محله القانوني، ولو كانت المسؤولية في أكثرها على الزوج لأن المستفاد من نص المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية، أن الطلاق الذي يأتيه الزوج هو السبب الوحيد من أسباب انتهاء الحياة الزوجية الذي يستند إليه التعويض إذا طلق الرجل زوجته متعسفاً 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 سوري . الغرفة الشرعية . أساس 738 قرار 839 تاريخ 28 / 12 / 1982 .

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.

(2) - 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، وبالتالي فإن 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 أَفْ وَلَا تَنْهَزُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾²³²، فقد جاء في التفسير أن عبارة (أف) بمعنى (تبا وقبحا) وعبارة (ولا تنهزهما) بمعنى (تزجرهما) (وقل لهما قولاً كريماً) أي جميلاً لنا، 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 (1/568) 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.

ب- الاستدلال على معنى النص بطريق المخالفة:

يعدّ 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

²³² - سورة الإسراء - الآية (23).

المقيدة للحكم. فقد جاء النص على أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عن الضرر الذي ينشأ عنه.

فوفقاً لمفهوم المخالفة فإذا استعمل صاحب الحق حقه بصورة فير مشروعة فإنه يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب الغير من جراء هذا الاستعمال، كما أن المادة (405) 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 إعدار المشتري لتسلم المبيع)). بمعنى المخالفة إذا هلك المبيع بعد التسليم لا يفسخ البيع، والعلة تكمن هنا في الوصف، وقد تكون في الغاية كأن تقيد دلالة اللفظ على تحقيق غاية محددة وكثراً ما يرد في النصوص التشريعية مالم يوجد نص مخالف، وفي هذا جهالة مطلقة من المشرع لا يعلم أحد أين تصل بالمفسر أو بمن يقوم بتطبيق النصوص، وقد يرد تعليق الحكم على شرط كالنص الوارد في الماد (828) من القانون المدني على أن ((من وضع يده على منقول لا مالك له بنية تملكه، ملكه))، ووفقاً لمفهوم المخالفة أنه 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 أنها وسيلة غشاشة، فقد نصت الفقرة (2) من المادة (389) 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 شرط²³³.

كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية منقسمون في جواز الأخذ بالتفسير بمفهوم المخالفة، ولكل منهما حججه ومبرراته، وإن القائلين به يضعون شروطاً لإعماله، وفي

233 - د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 349-350.

جميع الأحوال فإنه إذا لم يقك 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

يعد 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 تعد يؤدي وظيفته على الرغم من محاولة فهم عبارات النص جملة وتفصيلاً مرتبطة مع بعضها البعض²³⁴.

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. لذلك سنعرض لمفهوم أو معنى التفسير المنطقي، والعوامل التي يعتمد عليها ونتائج هذا النوع من التفسير، ومعايره 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 تم البيان أن التفسير اللفظي يكون في التشريع الصحيح السليم.

²³⁴ - 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.

أما إذا كان في التشريع عيباً سواء كان العيب لغوياً أو خطأ مادياً أو نقص 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 ومقارنتها 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:

1- حكمة المشرع:

تهدف قواعد التشريع جميعها إلى تحقيق غايات وأهداف محددة، وهذا ما أكدته القاعدة الفقهية لشهيرة التي تقول (الأمور بمقاصدها)²³⁵، وجاء في شرحها (أَنَّ الْحُكْمَ الَّذِي يَنْزَعُ عَلَى أَمْرٍ يَكُونُ عَلَى مُقْتَضَى مَا هُوَ الْمَقْصُودُ مِنْ ذَلِكَ الْأَمْرِ)، وعلى هذا فإن حكمة التشريع هي الغاية أو المصلحة التي قصد المشرع تحقيقها من وضع

²³⁵ - انظر المادة (2) من مجلة الأحكام العدلية

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 الموسع²³⁶.

لذا تعد معرفة حكمة المشرع طريقاً من طرق تفسير النصوص عندما يوجد في تلك النصوص عيب، أما متى كانت النصوص واضحة جلية المعنى من خلال عبارتها فلا محل للبحث عن حكمة المشرع أو عن المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها²³⁷، من أبرز التطبيقات في معرفة حكمة المشرع هو في تفسير عبارة (الليل) والتي تحمل معنيان 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 الظلام²³⁸، 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 النائية²³⁹، 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

236 - د. محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 210-211.

237 - انظر د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 367-368، ونقض مصري في 1980/5/29 - في الطعن رقم 1392 - السنة 47ق.

238 - د. حسن كيرة - المرجع السابق - ص 404، وقد ورد هذا المثل 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.

239 - انظر القاعدة رقم (200) - من مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عشر سنوات من (1955-1965) - ص 208.

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.

2- التنسيق بين النصوص:

يعد التنسيق بين النصوص المتعارضة أو المتباينة إحدى وسائل التفسير المنطقي لما ورد فيها متن أحكام، وذلك من خلال بيان الترابط والتكامل فيما بينها بحسبان أن التشريع في الدولة يشكل بنياناً واحداً، وتحدد معاني النصوص فيها من خلال مقارنة بعضها مع البعض الآخر لاسيما إذا أحدها أصلاً للآخر، ولذلك يقال أن أنه إذ 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 بحسبان أن المنهجية لا تنفصل عن المنطق بحسبانه خطة تؤدي إلى نتائج منطقية.

3- العامل التاريخي في تفسير النصوص:

268- يقصد بالأسول التاريخية مصدر القاعدة القانونية أي المصدر الذي اسند المشرع منه عبارة النص، وفي هذا السياق لا يمكن تجاهل القانون المدني المصري أو مجلة الأحكام العدلية، والشرعية الإسلامية كمصدر تاريخي للقانون المدني السوري، كما لا يمكن تجاهل القانون المدني الفرنسي والسويسري والإيطالي

بوصفه أصلاً تاريخياً للقانون المدني المصري ، وكذلك الأمر بالنسبة للتشريعات الأخرى المستمدة من القانون الفرنسي مثل: قانون العقوبات والقانون التجاري، وقانون الموظفين وغيرها، ومع 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.

4- الأعمال التحضيرية:

تعرف الأعمال التحضيرية بأنه مجموعة الوثائق والمحاضر والسجلات التي تتضمن المناقشات والمسودات والمذكرات، وأعمال اللجان والتقارير ذات الصلة والتي كانت رافقت وعاصرت وضع النص التشريعي²⁴⁰. لذلك فإن الأعمال التحضيرية تلقي الضوء على ملامسات النص وتهدي 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 للمشرع²⁴¹، ويجب الحذر عند الرجوع إلى الأعمال التحضيرية بسبب كثرة الأخطاء الواردة فيها²⁴².

240 - انظر كل من : د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 361، ود. حسام كامل الدين الأهواني -

المرجع السابق - ص 276 وما بعدها، و د. محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 223-224.

241 - انظر كمل من : د. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - ص 524-525، وهناك من يرى من

الفقهاء أنها يمكن تكمل النقص في التشريع ومنهم ود. عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت المرجع

السابق - ص 249

242 - ومنهم ود. عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت المرجع السابق - ص 249، وجميل الشرفاوي -

المرجع السابق - ص 203، وشمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص 276، ود. سليمان مرقس -

المرجع السابق - ص 362.

فما 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. وبنيته، 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 التشريعي²⁴³.

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 لأن المعول عليه كما سبق البيان هو معنى العبارة اللغوي والاصطلاحي لفظاً وإشارة ودلالة، وإن اقتضى الأمر تم اللجوء إلى القياس والتفسير بمفهوم المخالفة، ويفيد الرجوع إلى الأعمال التحضيرية في بيان السبب الذي أدى إلى إصدار التشريع أو وضع النص على النحو الذي ورد فيه وبالتالي تساعد في الوقوف على حكمة المشرع منه وتلك تعد طريقاً من طرق فهم القانون ووضعه في معناه الحقيقي الذي قصده المشرع²⁴⁴، إلا أن أسوأ الأعمال التحضيرية هي تلك التي قد ترفق 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 الثقل العلمي في مجال القانون، وبالتالي فإن 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

²⁴³ د. سليمان مرقس - المرجع السابق - ص 364.

²⁴⁴ - انظر بعض هذه الأفكار في : د. محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 232.

الحقيقي للنص التشريعي، وهي كأي رأي فقهي تعتمد على سبيل الاستثناس، والاطلاع عليها كمعلومات²⁴⁵.

5- المبادئ العامة للقانون والعامل الاجتماعي:

تعد المبادئ العامة للقانون من الوسائل التي قد تساعد 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 اليديهييات في الرياضيات لا يمكن البرهان عليها إلا أنها تساعد في إيجاد الحلول للمسائل، ومن هذا القبيل فإذا كان القصد غامضاً فيجب تفسيره بما يتفق مع أحكام الدستور بوصفه القانون الأساسي في الدولة تنطوي تحته كل التشريعات والنصوص، إلا أن معايير هذا النوع من التفسير تراعي المقتضيات الاجتماعية للعلاقات في الحياة

إذ أن الحياة في حركة مستمرة باتجاه الأمام لا تنظر كثيراً إلى الوراء ولذلك يجب أن يواكب التفسير هذه المسيرة المتطورة والمتغيرة، وأن يفهم الإرادة التشريعية بفضل هذه العوامل من خلال مراعاة الشعور العام في الجماعة ومدى ملائمة تفسير النص للواقع الاجتماعي لحظة التفسير وبالتالي تكون أكثر استجابة لحاجات المجتمع الجديدة المتطورة²⁴⁶.

ثالثاً - نتائج التفسير المنطقي:

يترتب على التفسير المنطقي للنصوص نتائج متباينة،¹ فقد يكون التفسير المنطقي متفقاً مع التفسير اللفظي، وبالتالي يكون كاشفاً للمعنى الحقيقي الذي سبق وقرره التفسير اللفظي، وتكون النتيجة في هذه الحالة تقريرية، وقد يكون مختلفاً مع

²⁴⁵ - د. حسام كامل الدين الأهواني - المرجع السابق - ص 279.

²⁴⁶ - د. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - ص 526.

التفسير اللفظي بحيث يكون أضيق أو أوسع منه وهذا يعني أن التفسير المنطقي كان موسعاً أو كان ضيقاً. لذلك سنعرض لهذه النتائج وفق الآتي:

1- التفسير المنطقي التقريبي:

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 عندئذ يكون التفسير المنطقي مقررأً أو كاشفاً للمعنى الذي تم من خلال معرفة مضمون العبارة من لفظها، وإن سلامة التفسير تظهر بجلاء أكبر بسبب هذا التطابق، ويجب عندئذ أعمال إرادة المشرع بتطبيقه وفق 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 توحي العدالة، وهذا ما يعبر عنه أصولياً ((لا مَسَاحَ لَلْجَهَادِ فِي مَوْرِدِ النَّصِّ))²⁴⁷.

2- 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 الإجارية 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 من أجل أعمالها في فهم النصوص الذي أراد أن تطبق في حدود

²⁴⁷ - المادة (14) من مجلة الأحكام العدلية.

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.

3- 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 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 قبلة لأن تطبق فيه، والتفسير الموسع يمكن تطبيقه في كل فروع القانون وفي جميع قواعده. فعندما نص على قيام العقد في القانون المدني قال عنه انه ((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 وبالتالي فإن 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 الغير المنقول دون رضاه²⁴⁸.

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 تطبق عليه تعريف المنقول أما في المعنى الموسع للمنقول في هي منقول، إلا أن المشرع الجزائري حسم هذه المسألة بالنص على أن القوى المحرزة تنزل منزلة

²⁴⁸ - انظر المادة (621) من قانون العقوبات

الأشياء المنقولة في تطبيق القوانين الجزائية²⁴⁹، كذلك يؤخذ المعنى اللفظي لعبارة قتل الواردة في القانون الجزائي القيام بفعل إيجابي بينما المعنى المنطقي يفيد أن القتل يتم بفعل إيجابي كما يتم بفعل سلبي، وعلى هذا يقال. أن التفسير الواسع للنصوص يمنع الغش لجهة التهرب من تطبيق القواعد القانونية، ولذلك يجب أن يفهم النص وفقاً لروحه وليس لألفاظه وقد سبق البيان ((إن العبرة في النصوص للمقاصد والمعاني وليس للألفاظ والمباني)). فالتفسير الواسع أو التفسير الضيق أو التفسير المقرر ليسوا طرق تفسير بل هي نتائج تفسير لأن طق 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.

4- معايير التفسير (قواعد التفسير):

يقوم التفسير المنطقي بالاستناد إلى مجموعة من المعايير أو القواعد المنطقية تكون أساساً في تفسير النصوص التشريعية تفسيراً خارجياً، وتتعلق تلك المعايير من مفهوم الغاية أو المصلحة، وقد مجلة الأحكام العدلية مجموعة من الإشارات أو المصاحيح التي تنير طريق التفسير منها على سبيل المثال ولي الحصر: قاعدة ((مَنْ مَلَكَ شَيْئًا مَلَكَ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ))²⁵⁰، وقاعدة ((أَعْمَالُ الْكَلَامِ أَوْلَى مِنْ إِهْمَالِهِ))²⁵¹، وقاعدة ((الْمُطْلَقُ يَجْرِي عَلَى إِطْلَاقِهِ إِذَا لَمْ يَقُمْ دَلِيلُ التَّقْيِيدِ نَصًّا أَوْ دَلَالَةً))²⁵²، وقاعدة ((مَنْ سَعَى فِي نَقْضِ مَا تَمَّ مِنْ جِهَتِهِ فَسَعْيُهُ مَزْدُودٌ عَلَيْهِ))²⁵³، وعليه فإنه توجد قواعد مثيرة أو معايير كثير في التفسير منها معايير موسعة وأخرى مضيقة نورد منها الآتي:

²⁴⁹ انظر المادة (2/621) من قانون العقوبات

²⁵⁰ - المادة (49) من المجلة.

²⁵¹ - المادة (60) من المجلة.

²⁵² - المادة (64) من المجلة.

²⁵³ - المادة (100) من المجلة.

1- 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 المسألتين أدرجتا في باب التفسير اللفظي، ولكن حقيقة أمرهما أنهما يدخلان في فكرة التفسير المنطقي العقلي لأنهما يهدفان إلى استنباط أحكام وليس تفسير نصوص وبالتالي فإنه 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 اشرنا بالقياس، فقد نصت المادة (217) 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 الحالتين²⁵⁴.

ب- مد الحكم من باب أولى:

يعني تطبيق حكم وارد في نص قانون على حالة معينة على حالة أخرى للعلة الراجعة أو الأظهر في الحالة الأخرى من الحالة التي نص التشريع عليه كما سبق البيان، ويتم ذلك من خلال قاعدين هما²⁵⁵:

254 - د. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - ص 532.

255 - لمزيد من المعلومات راجع: د. محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 265 وما بعدها.

(1)- تطبيق حكم الكثير على القليل: تفيد 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.²⁵⁶

(2)- تطبيق حكم القليل على الكثير: تعني هذه القاعدة أنه إذا كان القليل فيه ممنوع فإنه يعني أن كثيره ممنوع أيضاً لسبب أرجح وعلّة أوضح، فالنهي عما هو أقل يتضمن النهي عما هو أكثر فإذا كان القاصر ممنوع من التصرف بأمواله بعوض (بمقابل)، فإنه يكون من باب أولى أن يمنع التصرف دون عوض من باب أولى.²⁵⁷

2- 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. راج الفقرة (196)، مع التأكيد على أن الاستنتاج بطريق المخالفة هو تشريع اجتهادي تفسيري بسبب سكوت النص، وإن كانت القاعدة الفقهية تنص على أن ((لا يُنسَبُ إِلَى سَاكِتٍ قَوْلٌ لِكَيْ السُّكُوتِ فِي مَعْزُضِ 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.

3- معيار المصلحة²⁵⁸:

يعد 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

256 - د. عبد المنعم فرج صيده- أصول القانون - القاهرة 1966 - ص 422.

257 - د. عبد الحي حجازي- المرجع السابق - ص 533.

258 - لمزيد من المعلومات راجع: د. محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص 2276-305.

والحريات سواء تعلقت بالأفراد أم بالجماعات أو بالدولة ذاتها. لذلك فعندما نبحث عن المعنى المنطقي لأي نص علينا أن نستنبط أولاً المصلحة 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، وبالتالي فإن هذا النوع من التفسير يسمى تفسيراً غائباً، وإن مهمة القاضي الأساسية هو 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 ينصرف القانون 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 بحسبانها تعبيران متلازمان، والتفسير يسبق التطبيق، لأنه كما سبق البيان يتعين على القائمين على تطبيق التشريع أن يققوا على حقيقة إرادة المشرع في الأحكام التي وضعها في القواعد القانونية قبل إقدامهم على التنفيذ العملي لها سواء كانوا من رجال الحكم أو السلطة، أم 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 يُسنّ 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:

البحث الأول: نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص.

البحث الثاني: نطاق تطبيق القانون من حيث المكان.

البحث الثالث: نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان.

البحث الأول

نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص

Application de la loi sur les personnes

تخاطب قواعد القانون كما سبق البيان أشخاصاً يمكنوا أن يكون أفراداً (أشخاصاً طبيعيين) أو أشخاصاً اعتباريين ، ويمكن أن يكون مجرد مواطنين أو رعايا يقيمون على إقليم الدولة، ويمكن لأن 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 الملزمون بها من جهة ، والأشخاص المكلفون بمتابعة تطبيق 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 معنيين مباشرة بأوامر ونواهي وتحديدات القانون وكما سبق البيان عليهم أن يتخذوا ما يلزم لتكييف سلوكهم بما يتفق والحكم الوارد في قواعد القانون بحسبانها. قواعد تنظم السلوك في المجتمع من أجل أمنه واستقراره وحماية الحقوق والحريات فيه، ويجب أن يفهم أيضاً ووفقاً لما سبق بيانه أنه لا جهل 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 بحسبانهما بدرسان مفصلاً في نظرية الحق، لأن الحق لا يقوم إلا إذا كان له صاحب، وصاحب الحق هما الشخصان المشار إليهما اللذان اعترف لهما المشرع بصلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

المطلب الثاني

السلطة التي تقوم على تطبيق القانون

يقضي المفهوم العام أن القانون يعني الفرد السلطة، 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 يقو 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 تنفيذها²⁵⁹.

لهذا فإن 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 مناط تنفيذها بالدولة، بل الكثير منها قواعد موجهة لتنظيم سلوك الأفراد، والأشخاص الاعتبارية الخاصة، وبالتالي فإنّ على هؤلاء أن يلتزموا في تعاملهم وفي سلوكهم أحكام قواعد القانون، كما أن فهم القانون ليس واحد، وقد ينشأ إشكال في معرض تطبيق قاعدة قانونية معينة، كما أن السلطة التنفيذية لا تملك سلطة أو صلاحية تنفيذ القانون مباشرة إذا كان يمس 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:

يتولى القضاء في الدولة مهمة 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

259 - انظر الفقرتان (8و9) من المادة (127) من الدستور السوري لعام 1973.

حقها باستثناء بعض الحالات التي أجاز فيها القانون للسلطة التنفيذية أن تقوم بالتحويل 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 الأعلى²⁶⁰، 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 القانون²⁶¹. فالقضاء أصبح من المهام الأساسية للدولة تمارسها من خلال المحاكم²⁶². 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 الدستور²⁶³، 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 بحسبانه نوعاً من القضاء الخاص، ويتمتع القضاء بنوعيه العادي والإداري بالصفة الثابتة للمحاكم والتقاضى على درجتين وعلانية المحاكمة من أجل

260 - المادة (131) من الدستور.

261 - المادة (133) من الدستور.

262 - قريباً من هذا المعنى. أحمد مسلم. أصول المرافعات. دار الفكر العربي - القاهرة 1978. ص 37.

263 - انظر المواد (131 و138 و139) من الدستور.

ضمانة توزيع العدالة بالتساوي بين الأشخاص ونهين أنواع القضاء الدستوري الذي يتولى مهمة الرقابة على حسن تطبيق القانون وهم مخالفته وفق الآتي:

1- 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 مهاماً محددة من خلال لجان يولفها لهذه الغاية أو من خلال الجمعية 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 به²⁶⁴، وبالتالي 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 القانون²⁶⁵ ويتكون القضاء الإداري وفق الآتي:

أ- المحكمة الإدارية²:

تشكل المحكمة الإدارية برئاسة مستشار مساعد على الأقل وعضوية اثنين من النواب على الأقل⁽²⁶⁶⁾ 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

²⁶⁴ - نقض مصري . جلسة 1983/1/23. الطعن 1514. السنة 52 ق . الموسوعة الذهبية للفكاهي .

الملحق 4 . ص 401 . رقم 789 .

²⁶⁵ - د . إبراهيم نجيب سعد . المرجع سابق . ص 357 .

²⁶⁶ - انظر المادة (4) من قانون مجلس الدولة .

القرارات الإدارية الصادرة بإحالتهم إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم عن غير الطريق التأديبي والتعويض ~~المستحق~~ على هذه القرارات، والمنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة لمن ذكروا في البند السابق أو لورثتهم.

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 الدولة²⁶⁷.

ج- المحكمة الإدارية العليا:

يرأس المحكمة الإدارية العليا رئيس مجلس الدولة أو أقدم الوكلاء، وتكون بها دائرة لفحص الطعون وتصدر أحكامها من ثلاثة مستشارين، وتخص 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 القانون²⁶⁸.

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 القانون²⁶⁹.

267 - انظر المادة (8) من قانون مجلس الدولة.

268 - انظر المادة (15) من قانون مجلس الدولة.

269 - انظر المادتين (30 و 31) من قانون مجلس الدولة.

2- 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 وتوزع في جميع محافظات ومدن ومناطق ونواحي البلاد، وتتشكل المحاكم أساساً من محاكم الدرجة الأول 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- محكمة 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 الحاجة²⁷⁰.

ب- محكمة البداية

تُعَدُّ محكمة البداية الخلية الأساسية والعمود الفقري الذي يقوم عليه النظام القضائي، وهي من محاكم الموضوع ذي الدرجة الأول، وتسمّى في أكثر التشريعات بالمحكمة الكبرى أو بالمحكمة الكلية لأنها صالحة اختصاص شامل في كل نزاع لم

270 - انظر المادة (32) من قانون السلطة القضائية.

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 التشكيلات 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:

(1)- المحكمة 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 سورية²⁷¹.

(2)- 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 الأخرى التي يعين

²⁷¹ - انظر المادة (34) من قانون السلطة القضائية.

بها القاضي²⁷²، 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 النقض²⁷³.

(3)- المحاكم الروحية :

يقصد بالمحاكم الروحية تلك المحاكم التي تتخلر 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 (60/ل.ر) تاريخ 13/3/1936 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 (المنسطورية) . 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 القواعد

²⁷² - نصت المادة (35) 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)).

²⁷³ - انظر الفقرة (2) من المادة(35) من قانون السلطة القضائية، والقانون رقم (134) تاريخ 1945/1/29.

المقررة في القانون، وتوجد محكمة الاستئناف في مراكز المدن الرئيسية المعبر عنها بلغة الإدارة المحلية بمصطلح المحافظات، وتتبع لها محاكم الصلح والمحاكم الابتدائية كافةً 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 جنايات للنظر في التهم التي هي من نوع الجناية²⁷⁴.

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.

3- المحكمة الدستورية:

تؤلف المحكمة الدستورية العليا من خمسة أعضاء يكون أحدهم رئيساً يسميهم رئيس الجمهورية بمرسوم²⁷⁵، وهي تختص بالتحقيق في الطعون الخاصة بصحة

²⁷⁴ - انظر المادة (32) من قانون السلطة القضائية، والمادة (79) من قانون أصول المحاكمات.

²⁷⁵ - المادة (139) من الدستور.

انتخاب أعضاء مجلس الشعب وتحيل إلى المجلس تقريراً بنتيجة تحقيقها²⁷⁶. كما تنظر وتبت في دستورية القوانين وفقاً الآتي²⁷⁷:

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 يعد 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 المراسيم²⁷⁸.

276 - المادة (144) من الدستور.

277 - المادة (145) من الدستور.

278 - المادة (147) من الدستور.

البحث 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، ويعبر 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) أن قوانين كل دولة صالحة في التطبيق على كل الوقائع التي تنم على الحيز الجغرافي الذي يتكون منه إقليم الدولة الذي تمارس سيادتها فيه سواء تعلق الأمر بالبر أم 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 له 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 تمس 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 سورية²⁷⁹.

فمهما كان الأمر، فإن فكرة استقلال الدول وسيادتها تقضي بسرمان قوانينها من حيث المبدأ على جميع الأشياء والأشخاص المتواجدين على ذلك 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 جرماً في الإقليم السوري سوف يحكم وفق القانون السوري، ومن أراد أن يمل في سورية فعليه أن يخضع في تعيينه لشروط العمل المنصوص عليها في القوانين السورية²⁸⁰.

إلا أن فكرة إقليمية القوانين لا يعني 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 ستعرضها لاحقاً.

²⁷⁹ - بتاريخ 2003/10/16 تبني مجلس النواب الأميركي اليوم بأغلبية 398 صوتاً مقابل أربعة أصوات مشروع قانون ينص على فرض عقوبات اقتصادية ودبلوماسية على سوريا التي تتهمها واشنطن بدعم الإرهاب.

²⁸⁰ - انظر قريباً من هذا المعنى - د. إدريس العلوي العبدلاوي - المرجع السابق - ص 635-639

المطلب الثاني

مبدأ شخصية القوانين

يفيد مبدأ شخصية القوانين (Principe de la personnalité des lois) أن 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 جزءاً لا يتجزأ من إقليمها مبدأ شخصية القوانين، وإن مبدأ إقليمية القوانين يعمل بعكس اتجاه مبدأ شخصية القوانين، حيث أن 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 أخرى 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 الصلة الدولية²⁸¹.

281 - لمزيد من المعلومات راجع: د. سمير عبد السيد تناغر - المرجع السابق - 639-642.

المطلب الثالث

استثناءات مبدأ إقليمية القوانين

تتزايد استثناءات سريان القانون الوطني من حيث المكان إلى أبعد من الإقليم والأشخاص. إذ أن القانون الوطني يقف دائماً عند حدود سيادة الدول الأخرى، وعلى الرغم من النوافذ 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 الآتي²⁸²:

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 يوجد 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 تخرج عن مفهوم السيادة وبالتالي تضع الدول فيها للقانون الوطني، ولسلطة القاضي الوطني²⁸³.

282 - د. سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - 642-645.

283 - انظر مجموعة من الآراء التي تتعلق بالموضوع في د. عز الدين عبد الله ج 2. تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي. دار النهضة العربية. الطبعة الخامسة. 1965. ص 730، كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القول أن ((الحصانة القضائية تشمل الأعمال التي تباشرها دولة أجنبية في نطاق ممارستها وظائفها العامة...)). نقض في 19/12/1961 - المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص. العدد 2. 1962. ص 350.

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 أن بعضها يجعل الحصانة مطلقة سواء تعلقت بمصالح عامة أم 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، كما أنه في بعض الدول يجوز لرئيس الدولة أن يتنازل عن الحصانة بينما في بعضها الآخر غير جائز دون موافقة برلمان الدولة على هذا التنازل، وبالتالي لا يمكن تطبيق القانون الوطني عند ارتكاب رئيس دولة أجنبية لجريمة على الأراضي السورية²⁸⁴.

ثالثاً - عدم تطبيق إقليمية القوانين على الموظفين الدبلوماسيين:

تقضي قواعد القانون الدولي العام، وخاصة اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية الصادرة في 18 نيسان/أبريل لعام 1968²⁸⁵ أن القوانين الوطنية لا 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 بوظيفته²⁸⁶، وذلك على أساس أن الحصانة هي ضرورة للعلاقات الدولية وأساسها المجاملة، أو استقلال الدول وسيادتها²⁸⁷.

284 - راجع هذه المواقف في د . عز الدين عبد الله . المرجع السابق . ص 741-742.

285 - انضمت سورية إلى الاتفاقية بالقانون رقم (10) تاريخ 1977/3/23.

286 - انظر المواد 29 و30 و31 من اتفاقية فيينا لعام 1961 ، وانظر أيضاً الدكتور محمد عزيز شكري -

مدخل إلى القانون الدولي العام . مطبعة الداودي . 1982 . ص . 390.388 .

287 - لمزيد من المعلومات . انظر د . عز الدين عبد الله . المرجع السابق . ص 742-746.

رابعاً - عدم تطبيق إقليمية القوانين على المنظمات والهيئات الدولية²⁸⁸

تستفيد المنظمات والهيئات الدولية من الحصانة القانونية بعدم تطبيق قوانين الدولة المضيفة عليها وفقاً للاتفاقيات الدولية. المتعلقة بهذا الشأن، ولاسيما المادة (105) من ميثاق هيئة الأمم المتحدة التي منحت موظفي الأمم المتحدة تلك الحصانة ما لم ترفعها عنهم وفقاً للقواعد ذات الصلة إذ أن الفقرة (8) من المادة (1) من نظام الموظفين نصت على أن الحصانة ((يجب أن لا تحول دون تنفيذ موظفي هيئة الأمم المتحدة لالتزاماتهم الخاصة والتفديد بالقوانين والأنظمة النافذة)). كما أن اتفاقية حصانات ومزايا جامعة الدول العربية التي أقرها مجلس الجامعة في 1953/5/10، وقد 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.

البحث 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 إلغائه صراحة أو ضمناً ونشر الإلغاء في الجريدة الرسمية²⁸⁹، وبالتالي فإن تاريخ العمل بالتشريع يبدوا واضحاً لا

²⁸⁸ - لمزيد من المعلومات . انظر د. عز الدين عبد الله . المرجع السابق . ص 748-751.

²⁸⁹ - قرار للمحكمة الإدارية العليا في مصر في جلسة 1957/3/30 - 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 - 82/810/2.

يشير مشكلة. كما أن نشوء المراكز القانونية أو الحقوقية، أو الالتزامات في ظل تشريع معين، وتصفيتهما في ظل ذلك التشريع لا يثير أي مشكلة عملية بحسبان 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 (111) لعام 1952 وتعديلاته، والذي كان ينص على تمديد عقد الإيجار وعدم جواز إنهائه إلا باتفاق الطرفين أو في حالات نص عليها القانون المذكور على سبيل الحصر والتحديد²⁹⁰، ثم صدر قانون إيجار جديد ألغى القانون السابق ونص على أن العقد شريعة المتعاقدين وإن العقد ينتهي في نهاية المدة المحددة في العقد²⁹¹. 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 9 ٪ ثم صدر تشريع جديد يجعلها 4 ٪ 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 ولاسيما 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،

290 - انظر المادة (5) من المرسوم التشريعي رقم (111) لعام 1952.

291 - انظر المرسوم التشريعي رقم (6) لعام 2001 وتعديلاته.

وقانون جديد، وكان يتعين البحث عن حلول. فلهذا، وُضِعَ مبدأ يسمى بمبدأ 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.

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 باضلت 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 مبررات 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، وبالتالي فإنه لا يمكن أن يتدبروا أمورهم وفق قانون قد يصدر في المستقبل لا يعلمون عنه شيئاً، ومن الظلم وعدم العدل 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 كان حقوقهم المالية والشخصية، وثرواتهم وحالتهم الشخصية، والآثار التي ترتبت على تصرفاتهم يمكن في أية لحظة أن تتأثر أو تعدل أو تزور بسبب تغيير في إرادة المشرع))²⁹²، وعلى ذلك يمكن أن نوضح مبررات وضرورات مبدأ عدم رجعية القوانين بالآتي²⁹³:

1- العدل: تقتضي قواعد العدالة التي ينشدها الجميع أن لا 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.

2- الثقة المشروعة: يقضي حسن النية في التعامل والثقة المشروعة التي تقوم بين الأشخاص على اطمئنانهم أنهم عملوا ونظموا حياتهم وفق القانون السائد

²⁹² ينسب هذا القول للقيح بلانيول، وقد جاء في:

- Capitant(H) . Introduction à l'étude du droit civil . 4 éd. Paris . 1921 .
p :76 .

²⁹³ - د. حسام كامل الدين الأهواني - المرجع السابق - ص 325-326، ود. توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص 324.

والمطبق بصدد الوقائع والتصرفات التي أقدموا عليها، وإن إخضاعهم لقانون جديد يعني فقدانهم الثقة بالقانون وبالمشرع مما يؤدي إلى الإضعاف من هبة الدولة ومبدأ سيادة القانون في الدولة والمجتمع.

3- استقرار التعامل في المجتمع: يعد مبدأ عدم رجعية القوانين من العوامل الأساسية في استقرار المعاملات بين الأشخاص، وبالتالي استقرار العلاقات في نظام الدولة والمجتمع لأن وظيفة القانون وغايته تحقيق الأمن والاستقرار ومنع الفوضى في حياة الأمة، الشعب وبالتالي فإن المصلحة العامة تقتضي عدم سريان القانون على الماضي.

4- المنطق: إن تطبيق القانون بأثر رجعي بأن يحكم علاقات ووقائع وتصرفات تمت في الماضي ينافي العقل والمنطق والأصل بحسبان أن القانون لا يكون نافذاً بحق الناس إلا بعد إطلاعهم عليه ولذلك وجب نشره في الجريدة الرسمية. فكيف نطبق عليهم قانوناً ليس لديهم 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 مثل²⁹⁴: ((إن أية قوة بشرية أو فوق البشرية لا تستطيع أن تقرر الأثر الرجعي للقوانين))²⁹⁵، 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 تنطوي التضحية من جانبه. فالرجعية تنتزع من التشريع خصائصه، وبالتالي فإن التشريع الرجعي لا يعد تشريعاً))²⁹⁶.

294 - انظر هذه الأقوال وغيرها في د. سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق ص 656-657

295 - منسوب لخطيب الثورة الفرنسية المعروف ميرابو (Mirabeau).

296 - راجع أقوال ميرابو وغيرها في:

وإن عدم الرجعية هو من المبادئ السامية²⁹⁷ 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 (39) 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 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 منهم²⁹⁸، وبالتالي 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 وسنرض كل ذلك في حينه لاحقاً.

ثالثاً - عدم كفاية مبدأ عدم رجعية القوانين :

إن تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين غير كافٍ لوحده 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

- Roubier . le droit transitoire. 2 éd. Paris. 1960. P :269-270.

²⁹⁷ - انظر : Roubier . le droit transitoire. 2 éd. Paris. 1960. P :435.

²⁹⁸ - انظر المادة (187) من الدستور المصري والتي تصن على أن ((لا تسري 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)).

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 بصور قوانين جديدة، لا يكون حلاً كافياً للمسائل التي نشأت في الماضي قبل صدور القانون الجديد، وأن الفصل في المراكز القانونية ليس أمراً سهلاً، وبالتالي قد نعمل على تطبيق القانونين معاً من أجل تصفية تلك المراكز، وسنعرض للحالات العملية التي وضع لها المشرع حلولاً موضوعية لاحقاً.

المطلب الثاني

نظريات 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 لسريان القوانين في الزمان عند الاختلاف أو التعارض أو الإلغاء لذلك سنعرض الحلول التي اقترحت ومن ثم سوف نعرض لحلول القانون الوضعي في مطلب مستق 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)، ونقول

هذه النظرية بعد جواز المس بالحقوق المكتسبة في ظل قانون سابق وعدم جواز رجعية القوانين بشأنها، وبالتالي استبعاد تطبيق كل قانون جديد يمس بها، أما مجرد الآمال فإن لا تعطي مركزاً قانونياً لصاحبها.

لذلك، لا يجوز تطبيق القانون الجديد بأثر رجعي، وتعرّف 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 تم في ظل قانون سابق لا يجوز تطبيق القانون الجديد بأثر رجعي على العقود التي تم إبرامها قبل نفاذه، وكذلك الأمر بالنسبة للعلاقات الزراعية التي نشأت قبل صدور القانون الجديد لتلك العلاقات، وبالتالي لا 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 اثر 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 مقيد 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 بحسبانها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت. فالفكرة تكمن في مدى وجود الحق وممارسته، فقد يكون الحق موجود ولكن إذا لم يتم استعماله أو مباشرته فإن لا يعد مكتسباً، فلو صدر قانون جديد يجعل سن الأهلية (21) سنة بدلاً من (18) سنة فإن هذا التشريع لا يطبق بأثر رجعي على التصرفات التي قام بها الشخص وهو في عمر (18) 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

قانوناً²⁹⁹، ومع أن المدرسة التقليدية تؤكد على فكرة الحقوق المكتسبة إلا أنها أقرت بعض الاستثناءات عليها، وكان عليها انتقادات سنعرضها وفق الآتي:

1- 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 (39) منه، ويستوي 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 غير 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، وبالتالي فإن 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 المجتمع³⁰⁰، 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 للقوانين³⁰¹.

ب- التفسيرات التفسيرية: *Les lois interprétation*

يستنتى 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 التشريعي 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 تشريع جديد 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،

³⁰⁰ - انظر بعض هذه الأفكار في: د. حسام الدين كامل الأهواني - المرجع السابق - ص 332-338.

³⁰¹ - انظر: 237-249؛ Op. cit. p ; 237-249 - Les frères Mazeaud- les leçons de droit .

وهي مجرد تعبير عن إرادة المشرع في القانون القديم فتجعله أكثر دقة ووضوحاً، وأسهل في التطبيق، ولا يوجد في الأصل تنازع بينه وبين القانون الذي فسره، بل يندمج معه ويصبحان جسماً واحداً³⁰²، إلا أن القول بأن التشريع التفسيري لم يأتي 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 رجعي³⁰³.

3- 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 المقترفة قبل نفاذه ما لم يكن قد صدر بشأنها حكم مبرم³⁰⁴، وكل قانون جديد يلغي عقوبة أو يقضي بعقوبة أخف يطبق على الجرائم المقترفة قبل نفاذه.

ما لم يكن قد صدر بشأنها حكم مبرم³⁰⁵، وعلة تطبيق القوانين الجزائية بأثر رجعي تقوم 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 وأن مبدأ عدم رجعية القوانين وجد في الأصل لحماية حقوق الأشخاص وحرياتهم ولا يمكن أن يكون موجهاً ضدهم³⁰⁶.

³⁰² - Roubier(P)-le droit Transitoire 2-2 éd. paris. 1951- page :245:

³⁰³ - د. سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ص 68-685، وانظر أيضاً:

- Roubier(P)- op. cite- page :245-24:

³⁰⁴ - انظر المادة(3) من قانون العقوبات السوري لعام 1949.

³⁰⁵ - انظر المادة(8) من قانون العقوبات السوري لعام 1949.

³⁰⁶ - انظر: - Roubier - Garraud(R) - Traité de droit pénal , 2 éd, p :244 ; et

op . cite . page : 454 .

2- انتقادات النظرية التقليدية:

فمع الحلول العملية التي وضعتها النظرية التقليدية من خلال فكرة الحفاظ على الحقوق المكتسبة إلا أنها تعرضت لانتقادين 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 عناءً 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 سواء بشكل مباشر أم بشكل غير مباشر، وإن النظرية التقليدية لم توضح لماذا استثنت الحقوق العقدية من مجال تطبيق القانون الجديد، وإن كثير من الوانين المتعلقة بحق الملكية سوف تمس هذا الحق وكذلك 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 سوف لن يقف أمام نظرية الحفاظ على الحقوق المكتسبة³⁰⁷، وعلى ذلك فإن نظرية الحقوق المكتسبة وأهميتها في ميزان العدالة إلا أنه لم تنجح 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 روبيه (Roubier)، وتقوم هذه المدرسة على قاعدة واستثناء. أما القاعدة فهي تطبيق التشريع الجديد بأثر فوري ومباشر وبالتالي فهو لا يسري على العلاقات 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:

1- 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 ينقيد بعدم رجعية القوانين وإن كانت القاعدة تلزم القاضي لأن القاضي ليس له سلطة الاجتهاد في مدى ملائمة 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

³⁰⁷ - انظر: د حسام الدين الأهواني - المرجع السابق - ص 354، ود. سمير عبد السيد تناغور - المرجع

السابق - ص 669، و: Roubier(P)- op. cite- page 170 - و: Capitant(H) . op.

cit . p :82.

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 فإن ذلك يمس حقوق صاحب المرتفق لجهة القيمة الشرائية للمبيع، ومن الصعب المحافظة بشكل مطلق على الأوضاع القائمة، وهناك صراع أبدي بين القديم والحديث بين الواقع وتطوره 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.

2- فكرة المراكز القانونية:

نقوم 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 الربطة القانونية، وإن الروابط والمراكز هي التي يستطع صاحبها أن يحتج بها في مواجهة الناس كافة، وإن عدد المراكز لا يمكن جمعه في لائحة واحدة.

ففي بناء الأسرة يوجد مركز لكل من الزوج والزوجة والطفل، وفي مجال الحقوق العينية يوجد مركز المالك والمنافع وصاحب حق الارتفاق، وإن المراكز القانونية لا تنشأ عادة في لحظة واحدة، بل تمتد في الزمان وبالتالي فإن 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 تثار 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؟ .

3- المراكز القانونية وعدم رجعية القوانين (القاعدة):

تقضي القاعدة وفق النظرية الحديثة أن القانون الجديد ليس له أثر رجعي على الوقائع التي تمت في ظل قانون سابق بمعنى أن كل الوقائع المتعلقة بإنشاء المراكز القانونية سواءً انطوت تحت مفهوم الأعمال الإرادية أو الوقائع المادية التي نشأت في ظل قانون قديم واكتمل وجودها، أو رتبت آثارها، وإن كل ما كتمل 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.

4- 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 تترتب 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 ويرتّب آثاره بعد انعقاده مباشرة، وهو في الأصل يخضع لمبدأ قانون الإرادة وهو قانون خاص بالمتعاقدين يتعلق بالواقعة محل العقد، وبالتالي فلا 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 روبييه 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.

5- دور النظام العام في تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر:

يرى أنصار النظرية الحديثة أن فكرة النظام العام تلعب 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 أن 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 وتمت 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 الإيجارية خلافاً لما كانت عليه في السابق.

إذ أن المشرع سمح باستمرار تطبيق قانون الإجراءات السابق على العلاقات الإجارية التي نشأت في ظلّه 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 أن القانون القديم يستمر في ظل القانون الجديد مالم يكن القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام والآداب العامة³⁰⁸.

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))³⁰⁹.

6- قواعد حل التنازع وفي النظرية الحديثة:

تخلص النظرية الحديثة في حل التنازع بين القوانين في الزمان إلى وضع مجموعة من القواعد نلخصها في الآتي³¹⁰:

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

308 - انظر كل من د. حسن كيرة- المرجع السابق- ص 376، ود. عبد الفتاح عبد الباقي- المرجع

السابق- الفقرات(187-195-196)، ود. حسام الدين كامل الأهواني- المرجع السابق- ص379

309 - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - ج1- ص214.

310 - د. حسن كيرة- المرجع السابق- ص 378

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 لأثارها 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 ظله مالم يكن القانون الجديد من النظام العام أو الآداب العامة فعندئذ يطبق القانون الجديد بأثر مباشر دون مراعاة المراكز القانونية التي نشأت أو ترتبت قبل صدوره.

المطلب الثالث

الحلول الوضعية في تنازع القوانين

اهتم المشرع السوري كغيره من المشرعين في مسألة التنازع بين القوانين وذلك بسبب التشريعية 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 أن التشريعات الجديدة التي تطوي 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 أنه 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 جديدة³¹¹ لذلك سنعرض لبعض التطبيقات وفق الآتي:

1- في القانون الدستوري:

فلقد تم وضع الدستور السوري في 13/3/1973، وأعاد تنظيم هيكله سلطات الدولة وحدد سلطاتها والحكم فيها وقد عدّ نافذاً من تاريخ إقراره بالاستفتاء الشعبي³¹²، 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 ينفق وأحكامه خلال ثلاث سنوات من صدوره، وبالتالي نقول أن 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.

311 - قريباً من هذا المعنى - نقض مصري في 22/11/1966 - مجموعة أحكام النقض - السنة 17 ق -

ص 1518 - فقرة 212.

312 - المادة (156) من الدستور.

2- 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 (1) لعام 1975، ثم صدر قانون تنظيم جامعات جديد برقم (6) لعام 2006، 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.

3- في القانون الجزائي:

تقضي المبادئ الدستورية على عدم تطبيق القوانين الجزائية بأثر رجعي كقاعدة عامة، فلا يجوز تطبيق تشريع جديد على تجريم فعل لم يكن مجزماً 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 (30) 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 يكونان محكومين 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 لجزائي الجديد أصح 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 سواءً منها الإجرائية المتعلقة بالملاحقة إذا كانت أكثر مراعاة للمدعى عليه³¹³، أم من الناحية الموضوعية إذا كانت تعدل شروط التجريم لمصلحة المدعى عليه³¹⁴، أو تلغي الجريمة، أو العقوبة أو تخفف منها³¹⁵.

4- 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.

5- قانون العاملين في الدولة:

صدر قانون العاملين الأساس رقم(1) لعام 1985 تعديلاً لقانون الموظفين الأساسي رقم(351) ل.ر لعام 1945 إلا أنه أعطى فترة انتقالية للتنفيذ مدتها

313 - نصت المادة(1/4) من قانون العقوبات السوري على أن((كل قانون يعدل حق الملاحقة يطبق على الجرائم السابقة له إذا كان أكثر مراعاة للمدعى عليه)).

314 - نصت المادة(3) من قانون العقوبات السوري على أن ((كل قانون يعدل شروط التجريم تعديلاً ينفع المدعى عليه يطبق على الأفعال المقترفة قبل نفاذه ما لم يكن قد صدر بشأنها حكم مبرم))

315 - نصت المادة(8) من قانون العقوبات على أن((كل قانون جديد يلغي عقوبة أو يقضي بعقوبة أخف يطبق على الجرائم المقترفة قبل نفاذه، ما لم يكن قد صدر بشأنها حكم مبرم)).

سنة³¹⁶ بحيث لا يطبق إلا في بداية عام 1986، كما نص على تسوية أوضاع العاملين الخاضعين لأحكامه من خلال الحفاظ على حقوقهم المكتسبة³¹⁷.

فهو أخذ بالحسبان ضمناً بنظرية الحقوق المكتسبة مع التطبيق من تاريخ النفاذ وبالتالي 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 (50) لعام 2004 الذي ألغى القانون رقم (1) لعام 1985 راعى كافة المراكز القانونية التي كانت مترتبة في ظل القانون رقم (1) لعام 1985 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))³¹⁸.

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:

1- في القانون المدني:

عالج المشرع السوري مسألة تنازع القوانين في عدد من نصوص القانون المدني وخاصة في المسائل الآتية:

أ- الأهلية:

أكد المشرع على تطبيق الأحكام المتعلقة بأهلية الشخص بأثر فوري ومباشر دون أن يكون لها أثر رجعي، فقد نص في المادة (7) على أن ((النصوص المتعلقة

316 - نصت المادة (177) منه على أن ((ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعتبر نافذاً مع انقضاء سنة من تاريخ صدوره)).

317 - نظر المواد 163 و 169 و 171 من قانون العاملين الأساسي رقم (1) لعام 1985.

318 - المادة (153) من نظام العاملين رقم (50) لعام 2004.

بالأهلية تسري على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص))، ومع ذلك حافظ على تطبيق القانون القديم بالنسبة للوقائع السابقة 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))³¹⁹، 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 بحسبان أن مركز الشخص كقاصر ينقضي ببلوغه سن الرشد في ظل القانون القديم وبالتالي فإن إعادة النظر في سن الرشد باعتباره قاصراً فإن ذلك يعني تطبيق القانون بأثر رجعي³²⁰.

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))³²¹.

319 - انظر المادة (2/7) من القانون المدني.

320 - انظر: Roubier(P)- op. cite- page:297 ، وانظر أيضاً- د. حسن كبره- المرجع السابق- ص380-381.

321 - انظر المادة (2/8) من القانون المدني.

أما بالنسبة للنصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم فإنها تطبق بأثر فوري ومباشر كما سبق البيان وتطبق أيضاً على كل تقادم لم يكتمل في ظل القانون السابق وذلك من خلال النص على أن ((تسري النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل))³²²، 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 هو 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 أن 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 مر عليه خمس سنوات فدون فيطبق القانون الجديد [أثر 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.

2- في قانون البيانات:

بقضي 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 المشرع السوري حلاً يقول أن القانون الواجب التطبيق بشأن الأدلة التي تعد مسبقاً هو القانون

³²² - انظر المادة (1/8) من القانون المدني.

المعمول وقت إعداد الدليل، أو المعمول به في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداد الدليل³²³.

فعقد البيع يحتاج إلى إثبات. فلو كان القانون القديم وقت إبرام العقد ينص على جواز إثبات البيع بكل وسائل الإثبات بما فيها البينة الشخصية، ثم صدر قانون جديد ينص على أن البيع الذي تزيد قيمته على خمسمائة ليرة سورية يحتاج إلى بينة خطية فهذا يكون القانون الواجب التطبيق بشأن الدليل على ثبوت البيع هو القانون النافذ وقت البيع، وليس القانون وقت رفع الدعوى وبالتالي فإنه يكون من الجائز لكل من البائع والمشتري إثبات البيع بكل وسائل الإثبات.

3- 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 الجديد³²⁴، 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، وبالتالي فإن المبدأ لا يطبق على إطلاقه لأنه لا يمكن أن ننكر الأوضاع القانونية القائمة قبل صدورهما، والتي يجب أن يحافظ فيها على الحقوق المكتسبة في ظلها، وإن كان هناك من 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

³²³ - انظر المادة (10) من القانون المدني.

³²⁴ - جاء في المادة (1/1) من قانون أصول المحاكمات على أن ((تسري قوانين الأصول على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها)).

حسن سير العدالة³²⁵. لهذا، تنص التشريعات المختلفة في أكثر الدول على امتداد سريان النص السابق وعدم تطبيق النص الجديد على بعض المسائل، وذلك درءاً لأي دفاع يتعلق بالمس بالحقوق المكتسبة³²⁶، وعلى ذلك ميز قانون أصول المحاكمات في هذا الصدد بين قواعد معدلة للاختصاص، وأخرى معدلة للمواعيد، وثالثة معدلة لطرق الطعن³²⁷، 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 جعلها من اختصاص محكمة أخرى سواء تعلق ذلك بالاختصاص القيمي أم النوعي

325 - - انظر د. إدوار عيد - موسوعة أصول المحاكمات والإثبات والتفويض - الجزء الأول - نظرية الدعوى. لبنان - بيروت. 1977. ص.ص. 31، د. رزق الله إنطاكي. أصول المحاكمات المدنية والتجارية. الطبعة الرابعة. مطبعة الإنشاء. 1961 - ص 16

326 - هذا ما أكدته محكمة النقض السورية في قرارها رقم 1513 أساس 1441 تاريخ 1982/7/28 والذي جاء فيه ((إن صدور تشريع جديد يلغي طريق الطعن بالأحكام ليس من شأنه أن يستد في شموله إلى ما صدر من أحكام قبل تاريخ العمل بالتشريع الجديد ذلك رعاية للحقوق المكتسبة)) - مجلة القانون لعام 1982 - ص 121.

327 - نصت المادة (1) من قانون أصول المحاكمات على أن ((1- تسري قوانين الأصول على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها. (2) - 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 (1) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، والمادة (1) من قانون المرافعات المصري الصادر بالقانون رقم (13) لسنة 1968 وتعديلاته، والمادة (2) من قانون أصول المحاكمات الأردني.

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 فيها³²⁸.

فلا يجوز أن تحكم برد الدعوى لعدم الاختصاص³²⁹، أما إذا كانت الدعوى تنتظر أمام إحدى المحاكم المشار إليها أعلاه، وكانت الدعوى قد أصبحت مهياة للحكم بعد أن تم قفل باب المرافعة فيها، فقد وجد المشرع من الحكمة أن يبقى الاختصاص للمحكمة ذاتها كي تفصل فيها، ولا تعد الدعوى مهياة للحكم فيها ما لم يدل الخصوم بأقوالهم النهائية فيها³³⁰، 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. أما إذا كان من

³²⁸ - وهذا ما أكدته العلاقات الزراعية الجديد رقم (2004/65) حيث نصت المادة (165) 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)).

³²⁹ - نقض سوري قرار رقم 1358 أساس 1978 تاريخ 6/20/1983، 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 1983 - ص 284.

³³⁰ - 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 353 أساس 307 تاريخ 6/10/954 - المحامون لعام 1954 ص 625.

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 قائماً³³¹.

ب- القواعد المعدلة للمواعيد

يقضي المبدأ القانوني أن 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 الدعوى³³²، وقد أراد المشرع من هذا الاستثناء الوارد في الفقرة (ب) من المادة (1) 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

³³¹ . نقض سوري قرار رقم 1566 أساس 2413 تاريخ 1980/10/27 وقد جاء فيه أن ((القضايا التي فصلت فيها المحاكم البدائية قبل المرسوم 13 لسنة 1979 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 1576 تاريخ 1980/10/8 . المحامون لعام 1980 - ص 191 .

³³² - د . أحمد هندي . أصول قانون المرافعات . دار الجامعة الجديدة للنشر . الإسكندرية . الطبعة الأولى -

ظل قانون معين فإنه من العدل وحسن سير 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، وبالتالي فإنه لا يمكن حساب الميعاد في هذه الحالة إلا من تاريخ صدور القانون الجديد وليس من تاريخ صدور الحكم³³³، وقد صدر قانون العلاقات الزراعية بالمرسوم التشريعي رقم (2004/65)، وجعل الاختصاص بنظر الخلافات الزراعية كافةً من اختصاص محكمة الصلح³³⁴، على أن تبقى الخلافات السابقة على صدور القانون المذكور خاضعة للأوضاع القانونية التي كانت مطبقة قبل صدوره³³⁵.

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، ويعدُّ الحكم صادراً في اللحظة التي نطق القاضي به قبل العمل بالقانون الجديد، ولو تم

333 - قريب من هذا المعنى . أحمد أبو الوفا . التعليق على قانون المرافعات المصري . ج 1 . منشأة المعارف بالإسكندرية . الطبعة الثالثة . 1979 . ص 78 .

334 - انظر المادة (145) 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)).

335 - انظر المادة (165) من القانون المذكور .

إيداع مسودته أو نسخته الأصلية في ملف الدعوى بعد ذلك³³⁶. 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 جديد 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 (2001/6) 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 تزل قيد النظر لدى محاكم الصلح أو الاستئناف و الأحكام التي لم تكتسب درجة القطعية فببت فيها لدرجة الاختصاص وفقاً لأحكام القانون المذكور ولأحكام قانون أصول المحاكمات المدنية³³⁷.

4- في قانون الإيجار:

صدر تشريع خاص بإيجار العقارات لأول في سورية إضافة إلى الأحكام المتعلقة بعقد الإيجار الواردة في القانون المدني المواد (526-585) وتعديلاً بعض

³³⁶ - جاء في قرار لمحكمة النقض السورية: ((إن قوانين الأصول تسري على الإجراءات التي لم تتم قبل تاريخ العمل بها، باستثناء القوانين المنظمة لطرق الطعن فإنها 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 1339 جنحة تاريخ 1961/12/7 مجلة القانون لعام 1954 . ص 759.

³³⁷ - انظر المادتين (5 و 16) من القانون المذكور.

الأحكام بموجب القانون المؤقت رقم (464) لعام 1949 يتضمن عدم جواز إنهاء عقد الإيجار وفقاً لإرادة المتعاقدين بل لأسباب محددة في القانون المذكور، وتم تديده لسنة واحدة، ثم صدر تشريع آخر خاص بإيجار العقارات لمواجهة أزمة السكن المستعصية بموجب المرسوم التشريعي رقم (111) لعام 1952، ومن أهم الأحكام الواردة التشريع المذكور هو تبني ما ورد في القانون (464) لعام 1949 لجهة عدم جواز إنهاء عقد الإيجار إلا لأسباب محددة على سبيل النص والحصر 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 واتفق الطرفين على إنهائه ببذل أو دون بدل³³⁸، وإجازة تخمين العقارات كل ثلاث سنوات مرة واحدة، ثم صدر المرسوم التشريعي رقم (178) لعام 1970 الذي ينص على عدم جواز تخمين العقارات المؤجرة للسكن قبل عام 1970، وتمت إثارة مسألة تطبيق التشريع المذكور بأثر رجعي، أو السماح باستمرار تطبيق المرسوم (111) لعام 1952 الذي يسمح بالتخمين حفاظاً على المراكز القانونية السابقة بالنسبة للدعاوى التي رفعت قبل صدوره إلا أن محكم النقض حسمت المسألة بالقول: ((المرسوم (187) يسري على جميع الدعاوى التي ما زالت قائمه ولو نشأت واقعاتها قبل صدوره لتعلقه بالنظام العام فلا يحق للمالك الادعاء بالغبن مهما كانت مدته (الإشغال))³³⁹. فالاجتهاد

338 - جاء في قرار لمحكمة النقض السورية أنه ((إذا كان الحكم الصادر في ظل القانون /464/ والمكتسب الدرجة القطعية مستنداً إلى النص الوارد في هذا القانون والمتعلق المؤجر بطلب تخلية المأجور للسكن فيه بشرط أن لا يكون ساكناً في عقار جار في ملكه، وكان النص الوارد في المرسوم التشريعي /111/ الباحث في هذا الموضوع مماثلاً للنص الوارد في القانون /464/ وجب رد الادعاء بطلب التخلية لعدم وجود ما يبرر سبب الادعاء ولكون الأحكام التي حازت الدرجة القطعية حجة بما فصلت فيه من حقوق)) - نقض قرار رقم 1462 /8/31-1954- المحامون لعام 1954 ص 496.

339 - نقض سوري - قرار رقم 1381/1449-1970/10/20 - المحامون لعام 1970 ص 397 القاعدة: 539، وجاء في قرار آخر إن ((المرسوم 187 يسري على جميع الدعاوى التي ما زالت قائمه ولو نشأت واقعاتها قبل صدوره لتعلقه بالنظام العام فتمنح المحكمة المستأجر المقصر بالدفع مهله شهر لتسديد المبلغ الذي قصر بدفعه ليأجو من التخلية)) - قرار رقم 1419/1443-1970/10/18 - المحامون لعام 1970 ص 396 قاعدة: 538.

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 الإيجارية 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 1975/29 المتضمن جواز بيع الصيدلية إنما يطبق على البيع الحاصل قبل صدوره))³⁴⁰، وأخيراً صدر قانون الإيجار رقم(6) لعام 2001 والمعدل بالقانون رقم(10) لعام 2006، والمتضمن في جوهره بإعادة 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(111) لعام 1952 وتعديلاته³⁴¹، مع إضافة حالة جديدة لإنهاء عقود الإيجار المبرمة قبل نفاذ القانون المذكور³⁴²، وبذلك أخذ المشرع السوري بفكرة التطبيق المباشر للقانون الجديد مع الحفاظ على المراكز القانونية التي نشأت وترتبت في ظل القانون القديم.

³⁴⁰ - نقض سوري - قرار رقم 194/2076 تاريخ 1978/11/27 - المحامون لعام 1979 - ص 80.

³⁴¹ - نصت الفقرة(ب) من المادة(1) من قانون الإيجار رقم(6) لعام 2001 والمعدلة بالقانون رقم(10) لعام 2006 على أن ((تبقى العقارات المؤجرة في ظل نفاذ أحكام المرسوم التشريعي رقم 111 لعام 1952 وتعديلاته خاضعة لأحكام التمديد الحكمي وتحديد بدل الإيجار)).

³⁴² - نصت الفقرة(ب) من المادة(2) من القانون رقم(6) لعام 2001 على أنه ((إضافة إلى أحكام المادتين (8 و 10) 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 (40٪) من قيمة البناء المأجور شاغراً و بوضعه الراهن بتاريخ الكشف والخبرة على المأجور من قبل المحكمة وذلك بعد ثلاث سنوات من تاريخ نفاذ هذا القانون)).

القسم الثاني
نظرية الحق



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 أربعة أبواب:

الباب الأول: تعريف الحق وأنواع الحقوق

الباب الثاني: أركان الحق

الباب الثالث: استعمال الحق

الباب الرابع: مضمون الحق



الباب الأول الحق وأنواع الحقوق

الحق وأنواع الحقوق

نتناول في هذا الباب موضوع الحق ثم ننقل لدراسة أقسام الحق ونخصص لكل من هذه المواضيع فصول مستقلة.



الفصل الأول

التعريف بالحق أو مدلول الحق

تعددت في الواقع تعريفات الحق وتباينت إلى حد كبير في الفقه القانوني ونحن لسنا 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 وبالتالي تحقيق أهدافه منها. وعندما يمارس الفرد صلاحياته ومصالحه، قد يؤدي ذلك إلى تعارض بين مصالحه ومصالح الأفراد 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 للصلاحيات الممنوحة له من القانون وبالحدود التي رسمها له القانون، لا يؤدي إلى مساءلته 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 القانون³⁴³، كنظام ضابطة البناء فعلاً فهو من النظام العام وواجب التطبيق، وعلى المتضرر اللجوء إلى القضاء فإن استعمال الحق على نحو ما ذكر، 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"³⁴⁴ تدل هذه القاعدة على أن صاحب الحق إذ يمارس حقه شرعاً وقانوناً لا يجب أن يسأل عن الأضرار التي تنجم 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 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 بأن القانون المدني السوري أشار في زاوية أخرى على ذلك وخير دليل نص المادة 164 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

³⁴³ Mazeaud, leçons de droit civil 1989 p.7

³⁴⁴ للتوسع انظر:

محمد حاتم البيات وأيمن أبو العيال، العقد والإرادة المنفردة، منشورات جامعة دمشق، كلية الشريعة 2004 ص 41 وما بعدها.

تحقيقاً لمصلحة مشروعة، إذا توافرت شروطها كما رسمها القانون. وعندما تتوافر هذه الشروط في المصلحة التي يبتغيها صاحب الحق من ممارسة حقه، يجب أن تحترم وتسان 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 عامة.

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 " اختصاصاً 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 وإقراره³⁴⁵. أما الشخص صاحب الحق لم يخلق مزوداً بالحقوق وإنما خلق ليزود بها لأنه إنسان المسؤولية والتكليف ولا مسؤولية ولا تكليف بدون ملكية الحق³⁴⁶.

ولا أدل على ذلك من الآية الكريمة " لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم " ³⁴⁷ وقال تعالى أيضاً في كتابه العزيز: " ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً " ³⁴⁸.

³⁴⁵ أحمد أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، ط. 1967، ص. 50. انظر أيضاً د. مصطفى سعيد الزرقاء - المرجع السابق - ص 10.

³⁴⁶ فتحي الدر بني، أصول حقوق الإنسان في التشريع الإسلامي، مجلة التراث العربي، العدد 17 1884، ص 12.

³⁴⁷ سورة التين الآية رقم 6.

³⁴⁸ سورة الإسراء الآية 70.



الفصل الثاني

أقسام الحق

CLASIFICATION du DROIT

ندرس أولا أنواع الحقوق في الفقه القانوني، ثم نتناول باختصار ثانيا أنواع الحقوق باختصار 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 أيضا حقوق عامة وحقوق خاصة والحقوق الخاصة أيضا تقسم إلى حقوق الأسرة والحقوق المالية والحقوق المالية تقسم أيضا 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 إلى 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 في حقاً وواجباً بان معاً.

ويمكن أن نعبر عنها على أنها تكليف وليس حق 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 الآخر³⁴⁹. 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 حقوق³⁵⁰ droits de l'homme حيث أن هذه الحقوق تتعلق بحقوق الإنسان وكرامته وحرية ومنهم من قال بالحقوق الطبيعية³⁵¹. Droits naturels

³⁴⁹ Alex Weill et François Terré DROIT civil .I.introduction générale 5 eme .ed. Dalloz 1989 p.67.

³⁵⁰ BURDEAU, traité de science politique , cite par MAZEAUD précité, p.35

³⁵¹ PLANIOL Ripert et boulangier , traite élémentaire de droit civil, éd . PARIS p.

وسوف تحظى الحقوق الشخصية بشيء من التفصيل باعتبارها من الحقوق الهامة في القانون المدني.

يعد في الواقع مصطلح حقوق الشخصية³⁵² من المفاهيم القانونية الحديثة، الذي لم يكن معروفاً في الفقه الفرنسي حتى نهاية القرن التاسع عشر، ولم يكن موضوعاً لدراسات هامة حتى عام 1954 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 غزيرة³⁵³، ويرجع السبب في تأخر فكرة حقوق الشخصية لدى رجال الفقه والقضاء، 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 ومن 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 بوساطة الأجهزة التقنية الحديثة التي تستعمل في مجال التصوير

³⁵² لمزيد من المعلومات راجع: د. محمد واصل - الحقوق الملازمة للشخصية - دار الجاحظ-دمشق 1995

³⁵³ - انظر : Kayser : les droits de la personnalité - Rev . trim . de droit civil ,

sirey - Paris : 1971 . P : 447

والتصنت، أو بواسطة وسائل الإعلام عامة، بالإضافة إلى أن تلك القواعد لا تستطيع تأمين حماية فاعلة في المجال الوقائي المتعلق بمنع الاعتداء أو وقفه³⁵⁴.

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 1881، واستقرت في قانونها المدني عام 1943 بموجب المادة 28/ منه، ومن ثم تم إدخال إصلاح تشريعي عليها عام 1984. فلقد انتقلت هذه الفكرة من سويسرا إلى بقية دول أوروبا، ومن ثم إلى البلاد العربية، حيث أدخلها المشرع المصري في المادة (50) من القانون المدني، وعنه أخذها المشرع السوري في المادة (52) من القانون المدني، وبعدها تم تكريس مبدأ حماية الحقوق الملازمة للشخصية في معظم تقنيات الدول العربية، ومع ذلك، فإن التشريعات التي نصت على مبدأ حماية الحقوق الملازمة للشخصية، لم تحدد المقصود من هذه الحقوق، ولم تبين طبيعتها أو مضمونها، بل تركت ذلك للفقه 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:

1- 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

354 - راجع الدكتور حسام الدين الأهواني - أصول القانون - المرجع السابق - ص : 531 .

وجهة النظر التي اتخذها أولئك من تلك الحقوق. إذ تُعرّف 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 الآخرين³⁵⁵، أو أنها الحقوق المستمدة من الشخصية ذاتها بحيث تضمن للشخص الانتفاع بنفسه وكل ما هو مرتبط بها ارتباطاً لا ينفصل عنها في قواه الجسدية والفكرية³⁵⁶، 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 منها³⁵⁷، أو هي الحقوق التي تثبت للشخص بصفته إنساناً، ولذلك يطلق عليه الحقوق للصيقة بالشخصية، أو تسمى أحياناً بالحقوق الطبيعية أو حقوق الإنسان³⁵⁸.

كما تقوم تعريفات أخرى لا تخرج كثيراً عما سبقها فيقال عنها بأنها 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، وتنصب على عناصر الشخصية في مظاهرها المختلفة سواء كانت مادية أم معنوية، فردية أم اجتماعية، وقد سميت بالحقوق الطبيعية أو حقوق الإنسان³⁵⁹، أو هي الحقوق التي

355 - انظر : Terciez : op . cit. P : 6

356 - د. حسن كيره - المدخل إلى القانون - منشأة المعارف - الإسكندرية - ط5 - 1975 - ص448

357 - د. رمضان أبو السعود - الوسيط في شرح القانون المدني وبخاصة المصري واللبناني (النظرية العامة للحق) - الدار الجامعة - بيروت - 1992 - ص : 500 .

358 - د. عبد النبي ميكو - نظرية الحق في القانون المغربي والمقارن (المدخل لدراسة القانون) - الجزء الثاني - الرباط - 1974 - ص : 32 .

359 - د. محمد إبراهيم دسوقي - النظرية العامة للحق في القانون الليبي - دار الكتاب - بيروت - لبنان -

1979 - ص : 228 .

تثبت للشخص باعتباره إنساناً ، وثبت بالتالي لكل إنسان، وهي لصيقة لا تنفصل عنه³⁶⁰.

2- خصائص حقوق الشخصية وميزاتها:

تعد 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: تعد حقوق الشخصية سابقة في وجودها على جميع الحقوق التي يتمتع بها البشر، وفي جميع الدول وكل المجتمعات وعلى مر 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)³⁶¹.

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، وبالتالي يعتبر 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 والحياة³⁶². كما تستمد هذه الحقوق من مقومات الشخصية الإنسانية وعناصرها ذاتها في مظاهر وجودها المختلفة المادية والفكرية والاجتماعية، حيث يتجلى الجانب

360 - د. توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية - الدار الجامعة - بيروت - 1988 - ص : 477.

361 - انظر كل من : P : 2 . cit . Brosset : P : 392 et Grillet : op . cit .

362 - انظر : P : 48 . cit . Tercier :

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 حقوق 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 العينية³⁶³، إلا أنها ليست
ذات قيمة اقتصادية بذاتها لأنها حقوق غير مالية³⁶⁴.

د- حقوق الشخصية ملازمة لشخصية الإنسان: تعد حقوق الشخصية ملازمة

لشخصية كل إنسان، لا تنفصل 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:

(1) حقوق الشخصية حقوق غير مالية: يقضي المبدأ القانوني باعتبار حقوق

الشخصية من الحقوق المعنوية، لا يمكن تقويمها بالنقود، وإن كانت محمية ككل
الحقوق المالية، إلا أنها تختلف عنها بأنها حقوق مجردة.

³⁶³ - د. معروف الدواليبي - الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها - الطبعة الخامسة - مكتبة الشرق -

حلب- سوريا - 1961 - ص : 93

³⁶⁴ - د. حسام الدين الأهواني - أصول القانون - المرجع السابق - ص : 592 ود. رمضان أبو المسعود

- المرجع السابق - ص: 530 ، ود. محمد حسنين - المرجع السابق - ص : 20 ، ود. عبد النبي

ميكو - المرجع السابق - ص : 32

(2) حقوق الشخصية لا تقبل التنازل: يقتضي 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 .

(3) حقوق الشخصية لا تنتقل بالميراث: يقضي المبدأ بعدم انتقال حقوق الشخصية الإنسانية بالميراث للمورثة، بل تنتضي بوفاة صاحبها.

(4) 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 تنفصل عنه، وبالتالي لا يمكن تملكها بالحيازة والتقادم مهما طال الزمن. فهي تخرج عن دائرة التعامل.

(5) - حقوق الشخصية مضمونة بالقانون: يصح القول أن 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 المجتمع³⁶⁵، إلا أنه لا يمكن التمسك بحمايتها عن طريق الدعاوى الخاصة إلا من خلال النصوص القانونية التي كفلت هذه الحماية.

(6) 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.

³⁶⁵ - راجع بهذا المعنى : د. محمد إبراهيم دسوقي أبو الليل - المرجع السابق . ص : 228

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 بأنه ((تلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصاً من الأشخاص على سبيل الانفراد والاستثناء، التسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر))³⁶⁶. 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، ولابد من وجود انفصال بين الشخص والمحل، لعدم إمكان تصور أن يكون الشخص صاحب الحق ومحل في آن واحد، وانطلاقاً من هذا فهو يرى³⁶⁷:

1- إن 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

2- 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.

3- لا ينطبق وصف الحق على الحقوق المتعلقة بمقومات الشخصية

المادية والمعنوية، وذلك لعدم وجود انفصال بين صاحب الحق ومحل الحق.

³⁶⁶ - د. حسن كيرة - المرجع السابق - ص : 441

³⁶⁷ - د. حسن كيرة - المرجع السابق - ص : 440 - 455

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 الشخصية³⁶⁸، والحق في الاسم³⁶⁹، كما أعطت الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري والتي تعدُّ بمثابة أعمال تحضيرية للقانون المدني السوري بعض الأمثلة للحقوق للصيقة بالشخصية مثل الحق في الحرية الشخصية، والحق في السلامة الجسدية، والحق في السمعة الأدبية، وحرمة الموطن³⁷⁰. إلا أن هذه لا تتناول كل تلك الحقوق، وهذا يستدعي تدخل القضاء والفقه من أجل العمل على تحديد مضمونها. لذا، نميل إلى القول أن المشرع لم يقم بتحديد قائمة الحقوق للصيقة 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 الأفراد³⁷¹، 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

³⁶⁸ - المادة /50/ مدني سوري وهي مطابقة للمادة /49/ مصري وليبي ، والمادة /47/ أردني ، و/89/إماراتي و /46/ جزائري.

³⁶⁹ - المادة /53/ مدني سوري وهي مطابقة للمادة /51/ مصري وليبي ، والمادة /49/ أردني ، و/91/إماراتي و/48/جزائري.

³⁷⁰ - الأعمال التحضيرية - ج 1 المرجع السابق - ص: 363 وعنها أخذت الأعمال التحضيرية للقانون المدني الأردني رقم /43/ لعام 1976 حرفي - راجع نقابة المحامين في الأردن - المكتب الفني - ج 1 1976 ، ص: 64 و 65 .

³⁷¹ - راجع : Bucher : op . cit . P : 130 .

أو المجموعات المحددة أو المفتوحة، وعمل الفقه جاهداً 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 المتماثلة، ومنها ما ينطوي تحت مفهوم درجة الحماية وقوته، ونستعرض محاولات الفقهاء في تحديد مضمون حقوق الشخصية عن طريق التصنيف وفق الآتي:

1- التصنيف بالاستناد إلى معيار قانوني: نضع بموجب هذا التصنيف الحقوق للصيقة بالشخصية التي نص عليها القانون صراحة كالحق في الاسم، والحق في الحرية الشخصية .

2- التصنيف بالاستناد إلى معيار فقهي اتفاقي: حيث يتم وضع الحقوق للصيقة بالشخصية المتفق عليها فقهاً واجتهاداً، الحق في الصوت والصورة، والحق في الحياة الخاصة.

3- 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 الشخصي:

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:

1- الحقوق المتعلقة بكيان الشخصية المادي

Les droits attachés à l'entité physique

ترتبط هذه الحقوق بالشخص الطبيعي دون الشخص الاعتباري إذ إن الجسم 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 التي تضمن حماية عناصر الحياة فتزدهر الشخصية وتنمو وتعطي، لتحقيق رسالتها في الوجود الإنساني المتكامل. فلضمان سلامة الكيان المادي للشخصية الإنسانية لا بد 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 الحياة³⁷². فالحياة هي أغلى ما يحرص عليه الإنسان، وهي المصدر المحرك لإرادة الإنسان في الوجود والتميز والإبداع³⁷³. 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 المدني³⁷⁴. فكل شخص تهدد حياته باعتداء، 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 لذلك³⁷⁵، والإجماع قائم على أن الحياة الكاملة المعتبرة في وجود شخصية الفرد القانونية تبدأ مع تمام ولادته حياً .

³⁷² - انظر : Tercier : op . cit . P : 54 .

³⁷³ - د. منذر الفضل - التجربة الطبية على الجسم البشري - مجلة العلوم القانونية - جامعة بغداد -

1989 ص: 76

³⁷⁴ - د. منذر الفضل - التصرف القانوني في الأعضاء البشرية - وزارة الثقافة - بغداد 1990 ص : 9

³⁷⁵ - انظر : Tercier : op . cit . P : 54

ب- الحق في السلامة الجسدية (Le droit à l'intégrité corporelle)

يقضي المبدأ **Le Principe** أن 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 الطفل كاملاً حياً عن والدته³⁷⁶. فلقد كرست معظم الشرائع الدينية والمواثيق الدولية حق الإنسان في سلامة جسده، كما أن التشريعات الوضعية كرست المبدأ القاضي بحرمته الجسم البشري وقديسيته، فهو يخرج عن دائرة التعامل بين الأفراد وهو محصن في مواجهة أي اعتداء يقع عليه مهما كان نوعه وأياً كان مصدره³⁷⁷، وهذا المبدأ يستلزم بالضرورة احترام الحقوق يكرس المبادئ الآتي³⁷⁸:

1- 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 .

2- الحق بالاحتفاظ بكل أعضاء الجسم كاملة غير منقوصة. فكل عمل يؤدي إلى الانتقاص بالبتر أو الاستئصال أو التغيير بالخلايا أو الأنسجة أو إضعافها يعد مساساً بسلامة الجسم وتكامله.

³⁷⁶- د. حسام الدين الأهواني - المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية - جامعة عين شمس - 1975 - ص : 19

³⁷⁷ - انظر كل من : Grillet : op . cit . P : 3 . et Riemer : op . cit . P : 55 . Tercier : op . cit . P : 392 .

و د. عبد الحي حجازي - المدخل لدراسة القانون - ج/2 - 1970 - ص : 170، و د. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص : 507 .

³⁷⁸ - د. أحمد شوقي عمر أبو خبطة - القانون الجنائي والطب الحديث - دراسة مقارنة لمشروع نقل وزرع الأعضاء - القاهرة - 1986 - ص : 21 .

3- الحق في أن يتحرر من الآلام البدنية ويتحقق هذا الألم بما يلحق الشخص من أذى في شعوره بالارتياح إلى السكنية. فأبي فعل يؤدي إلى إحداث آلام بدنية لم تكن موجودة من قبل، أو الزيادة فيها يعد مساساً بالحق في سلامة الجسم)).

ج- الحق في الحرية (Le droit de la liberté)

يعد حق الإنسان في حرية الحركة الجسمية من أهم الحقوق الملازمة لشخصيته، لأنه جوهر الحياة والغاية من وجودها لتحقيق رسالة السماء في السعي في مناهك 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)

تعد المسائل المتعلقة بممارسة الجنس ذات وجهين فهي من جهة تتعلق بقواعد الأخلاق والآداب العامة، ولذلك 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 أثرتنا 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 أم 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 فاحشة³⁷⁹. كما يدخل في إطار الحرية الجنسية الحق في الزواج وعدم الإكراه فيه، لأي سبب كان .

2- الحقوق المتعلقة بالكيان الاجتماعي للشخصية

Les droits de la personnalité sociale

الإنسان كائن حي مستقل مسؤول، لذلك فهو لا يعيش فقط بالجسد والروح، وهو ليس مجرد لبنة في بناء الجماعة التي يعيش فيها، وهو 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 أبداً³⁸⁰. 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 شكلٌ 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:

³⁷⁹ - انظر : Riemer . op . cit . P : 4 .

³⁸⁰ - د. فتحي الدريني - الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده - المرجع السابق - ص : 74 .

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 شخصية هي واحدة لا تتغير، ويعبّر 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 لهم 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 أبي عبد الله، وابن عباس، وأبي عائشة³⁸¹، ونعرض للحق بالاسم على نحو أكثر تفصيلاً عند البحث في عناصر شخصية صاحب الحق سواء كان شخصاً طبيعياً أم 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

³⁸¹ - راجع : المحامي - د. صبحي المحمصاني - المرجع السابق - ص : 41

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 وفقهاً 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 كافة 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 إمكان تصيد حياة الآخرين اليومية من الأمور السهلة سواء من خلال التنصت أم النظر³⁸². 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 انتهاكها³⁸³. لذا، فإن كان من حق الإنسان أن يستمتع بمباهج الحياة، فإن من حقه التخلص من ضغوط الآخرين، وذلك بأن تكون له منطقة أو

³⁸² - د. حسام الدين الأهواني - الحق في احترام الحياة الخاصة (الحق في الخصوصية - دار النهضة العربية - القاهرة 1978) ص : 6 ، ود. مبدل لويس - أثر التطور التكنولوجي على الحريات العامة - منشأة المعارف - الإسكندرية - 1983 - ص : 1 - 5 . 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 .

³⁸³ - انظر :

مجال معين يعيش فيه دون أن يقع عليه اعتداء فيه³⁸⁴. فنتاطق الحياة الخاصة يابى التحديد والحصر والقصر، فهو أشبه بمنطقة عسكرية كتبت 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 هو أن الفرد يعيش فيها بعيداً عن جلبه 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 حرمان المجتمع وحقوقه³⁸⁵.

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

³⁸⁴- انظر : Nerson : Personne et droits la famille . Rev . Trim - droit - civil -

sirey - Paris . 1979 , P : 109 .

³⁸⁵- د. محمود نجيب حسني - جرائم الاعتداء على الأشخاص - دار النهضة العربية - القاهرة - 1978

ص : 768 .

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 صورته يمكن أن يُطلع عليها هذا العدد الهائل من القراء أو المشاهدين³⁸⁶. 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»³⁸⁷. فالصورة الإنسانية امتداد طبيعي لشخصية الفرد، وهي لا تقتصر على الوجه بل تمتد إلى كامل الجسم بكافة تقاسيمه، لأن هذه التقاسيم لا ترسم الصورة الخارجية له فقط لكنها تعكس أفكاره ورغباته. فنفس الإنسان وما بداخله ينعكس على شكله وصورته³⁸⁸. ولأنه ((ما أضمر أحد شيئاً إلا ظهر، في فلتات لسانه وصفحات وجهه))³⁸⁹، 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 والصفة³⁹⁰، 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 يدخل عليها تحريفاً

³⁸⁶ - Potvin (Louise): La personne et la protection de son image - Québec : 1991 .

P : 2 - 4 .

³⁸⁷ - سورة التين : الآية /4/ .

³⁸⁸ - د. حسام الدين الأهواني - أصول القانون - المرجع السابق ص : 86 ، ود. ممدوح خليل بحر - حماية الحياة الخاصة - المرجع السابق - ص : 236 .

³⁸⁹ - الإمام علي كرم الله وجهه - نهج البلاغة - منشورات مؤسسة الأعلمي لبنان - ج /4/ - ص : 7 .

³⁹⁰ - القاموس المحيط - المرجع السابق - ص : 548 .

بحيث يعطيها مظهراً هزلياً³⁹¹، 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 موافقته³⁹²، 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 المرئية³⁹³، 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 لصورته³⁹⁴، ومع هذا يمكننا القول إن الحق في الصورة من الحقوق الاجتماعية الملزمة للإنسان، وبموجبها يتميز الشخص عن غيره من الأفراد وهذا التمايز يمنح صاحب الصورة سلطة الاستثناء والمنع، فبمقتضى الاستثناء 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 الملزمة لشخصيته، وقد جعل التقدم العلمي والتقني وتطور وسائل الإعلام الخطر الذي يحيق بسمعة الإنسان خطراً بالغاً في صور وأشكال

³⁹¹- د. محمود نجيب حسني - جرائم الاعتداء على الأشخاص - دار النهضة العربية - 1978 - ص : 776 وعنه أ. أحمد جمعة شحاته - جرائم التصنت والنقاط الصور - المرجع السابق - ص 69 - 83.

³⁹²- انظر : Kayser : op . cit . P : 467 - 468 .

³⁹³- انظر : Carbonnier : op . cit . P : 130 .

³⁹⁴- انظر : Tallon : op . cit . P : 10 .

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 لها³⁹⁵، 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 قبيح³⁹⁶، أو هي الذكر المسموع³⁹⁷. 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 أنه 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 الاجتماعية³⁹⁸، ويعرف البعض الشرف بمعناه الشخصي أنه 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)³⁹⁹، ويرى آخر أن الحق في الشرف أو السمعة يعني السيرة الحسنة، أو أنها تعني أن لكل شخص الحق في الاحترام، والسيرة الحسنة⁴⁰⁰، 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، وألا يعامل على نحو يحط بهذه الكرامة، أو يسبب هزئ الآخرين به، أو إغراضهم عن التعامل

³⁹⁵- د. محمد ناجي ياقوت - الحق في السمعة - منشأة المعارف بالإسكندرية - 1985 - ص : 1 .

³⁹⁶- لسان العرب - ج 8/ - ص : 162 .

³⁹⁷- القاموس المحيط - مؤسسة الرسالة - طبعة 1993 - ص : 943 .

³⁹⁸- د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص : 497 .

³⁹⁹- د. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص : 519 .

⁴⁰⁰- انظر : Riemer : op . cit . P : 5 .

معه، أو إنقاص ثقتهم به⁴⁰¹. فالحق في السمعة له مضامين مختلفة ومتنوعة ومتغيرة، لا يمكن أن يضمنها 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 اللصيقة 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 معيارٌ مختلفٌ متغيرٌ، ولكنه يبقى معياراً موضوعياً حيث يؤخذ دائماً على أساس الشخص الإنسان الوسط⁴⁰²، وذلك بعد وضعه في ذات الظروف الخارجية التي وضع الشخص الذي وجهت إليه الإهانة، وبميز البعض بالنسبة للحق في السمعة بين مجموعة من العناصر الذاتية الداخلية، ويطلقون كلمة (الشرف)، ومجموعة من العناصر الخارجية ويطلقون عليها مصطلح (الاعتبار)⁴⁰³، ويتكون الشرف من مجموعة القيم الداخلية (الذاتية) لكل فرد، وهي تُكوّن ما يسمى بالكرامة، وبالتالي فإن 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 اعتباره من القيم المالية، وقد أدت قدسيته إلى ضرورة الدفاع عنه، والمساس به هو الذي أدى إلى ميلاد المسؤولية

⁴⁰¹ - د. محمد ناجي ياقوت - المرجع السابق - ص : 25 - 26 .

⁴⁰² - انظر : Bucher : op . cit . P : 138 - 139 .

⁴⁰³ - د. محمد ناجي ياقوت - المرجع السابق - ص : 26-27 . وانظر أيضاً : Tercier . op .

cit . P: 70

الجزائية والمدنية⁴⁰⁴، وإذا كان الشرف الذي يحمل معنى الكرامة ثابتاً لكل إنسان إلا أن 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))⁴⁰⁵. فهو ليس بالضرورة كذلك في بلاد أخرى، ففكرة الكرامة تختلف حسب العصور والعادات⁴⁰⁶. كما يمكن القول أن فكرة الشرف ترتبط بمفهوم الاعتبار الأخلاقي للفرد، أو الشعور في الحفاظ على كرامته الصرفة.

3- 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 أن الشخصية الإنسانية تتحدد ملامحها أيضاً من خلال إبداعها العلمي والفني، وعلى هذا تتوقف سمعة الشخص في مجال الفن والعلم والأدب⁽⁴⁰⁷⁾. 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 التسميات باختلاف الزاوية التي ينظر بها إلى تلك الحقوق، وتعرّف الحقوق الفكرية بأنها تلك التي تنشأ مما

⁴⁰⁴- د. عبد النبي ميكو - المرجع السابق - ص : 74 .

⁴⁰⁵- د. محمد ناجي ياقوت - المرجع السابق - ص : 27 .

⁴⁰⁶- د. حسام الدين الأهواني - أصول القانون - المرجع السابق - ص : 90 . ورمضان أبو السعود

المرجع السابق - ص : 519 .

⁴⁰⁷ - د. علي حسن نجيدة - المدخل لدراسة القانون - ج2/ - نظرية الحق - دار الفكر - القاهرة -

1985 - ص : 88 .

ينتج الإنسان بهذه العقلي ونشاطه الفكري⁽⁴⁰⁸⁾، أو أنها تلك التي ترد على أشياء معنوية من نتاج الذهن، وقريحة الفكر كحق المؤلف على أفكاره، والمخترع على مبتكراته، والملحن على أنغامه⁽⁴⁰⁹⁾، أو هي مجموعة امتيازات أو سلطات مقررّة لحماية مصالح غير مالية تتعلق بإنتاج الشخصية الفكري كحق المؤلف والمخترع⁽⁴¹⁰⁾. 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، فلا 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))⁽⁴¹¹⁾، بمعنى أن العقل يظهر بما يصدر عن اللسان، وكأنه يختبئ تحته، فإذا تحرك اللسان ظهر العقل، وأن الحق في الكلمة لا يعني فقط الحق في أن تتكلم أي (تتحدث أو تقول لذاتك)⁽⁴¹²⁾، 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

408 - د. عبد السلام الترماني - وعبد الجواد السرميني - القانون المدني - الحقوق العينية - ج/1 -
المطبوعات الجامعية - حلب 1990 - ص 32.

409 - د. شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص : 237 .

410 - انظر : Kayser : op . cit . P : 472 .

411 - الإمام علي كرم الله وجهه - نهج البلاغة - ج/4 - ص : 38 .

412 - القاموس المحيط - المرجع السابق - ص : 1491 .

الكلمة لا يعني فقط أن تتكلم وأن تسمع صوتك للآخرين بالتعبير عن مكونات نفسك بما ترى أنه فكرٌ مصيبٌ.

ب- الحق في الصمت *Le droit à se taire*

296- فالصُّمْتُ والصُّمُوتُ والصُّمَاتُ في اللغة العربية يعني السُّكُوتُ، وهو كالإصماتِ والتَّصْمِيَتِ، وأصمَّتهُ وصمَّتهُ: أَسَكَّتهُ⁽⁴¹³⁾، ولا يختلف المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، والصمت قد يكون إرادياً باعتباره تعبيراً عن حالة أو موقف معين لصاحبه، وقد يكون طبيعياً كما لو كان الشخص أصم أبكم⁽⁴¹⁴⁾. لهذا، فالصمت في مفهوم حقوق الإنسان يعني أنه لكل إنسان أن يسكت عن الكلام، وألاً يباح بما يختلج في نفسه من مشاعر إلى الآخرين سواء في مواجهة السلطة العامة، أو في مواجهة الأفراد، والصمت المقصود هنا هو الانصراف الإرادي عن الكلام الشفوي أو الكتابي أو الإشارة المعهودة لشخص المتكلم في كل زمان ومكان على الرغم من حالته قد تتطلب منه كلاماً. فلذلك يُذكر كل شخص يتم القبض عليه في معرض تحقيق جنائي أن من حقه أن يصمت عن الكلام، وإن كل كلام يصدر عنه قد يؤخذ عليه، ولخطورة الكلام واحتراماً لحق الإنسان في الصمت وهو عكس الكلام.

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 الخاصة، هذه الطبيعة تجعله يجمع في نفس الوقت بين قيمتين، معنوية ومالية⁴¹⁵، وتتجلى القيمة

⁴¹³ - راجع القاموس المحيط - مرجع سابق باب التاء فصل الصد.

⁴¹⁴ - د. سامي صادق الملا - اعتراف المتهم - القاهرة - الطبعة الثانية - 1975 ص: 198 - 199 .

⁴¹⁵ - د. عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص: 360 ، ود. علي حسين نجيدة - المرجع السابق - ص: 92 و 97 ، ود. شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص: 239 ، ود. توفيق حسن فرج

المرجع السابق - ص: 557 ، ود. يوسف محمد قاسم - ضوابط الإعلام في الشريعة الإسلامية وأنظمة

المملكة العربية السعودية - جامعة الرياض - 1979 - ص: 61 .

المعنوية في اعتباره حقاً من الحقوق للصيقة 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 الشخصية⁴¹⁶، 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 والفنية⁴¹⁷.

ج- 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 مكان أو آخر 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 والرسل 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

⁴¹⁶ - انظر كل من : Goubeaux : op . cit . P : 310-311 , Brosset : op . cit . P : 10 , et Kayser : op . cit . P : 473 .

⁴¹⁷ - انظر كل من : Goubeaux : op . cit . P : 311 , et Kayser : op . cit . P : 473 .

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⁽⁴¹⁸⁾، 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 باعتبارها امتداداً طبيعياً ولازماً لحق التدين⁽⁴¹⁹⁾. 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⁽⁴²⁰⁾، وهو مسألة فكرية نفسية روحية تنشب في الذات الإنسانية وتلازمها في وجودها بحيث تصبح عنصراً لا يتجزأ منها، ويستطيع كل 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 الترك أو ممارسة الشعائر والطقوس للدين أو الفكرة أو العقيدة فحسب، بل يستطيع أيضاً أن

418 - د. عبد المنعم محفوظ - المرجع السابق - ص : 115 .

419 - انظر : Burdeau (Georges) : Les libertés publiques . 4e éd . Paris 1972. P : 341 - 342 .

420 - انظر كل من : Rivéro : op . cit . P : 158 . et Robert (Jacques) : Les libertés publiques Collection université nouvelles . éd . Mont - Chrestien . Paris: 1971 . P: 325 .

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

هي الحقوق التي تمنح للفرد بموجب قواعد القانون الخاص باستثناء تلك التي تتعلق بكيانه ووجوده .

هذه الحقوق تقوم على تنظيم نشاط الفرد وسلوكه وعلاقاته كعضواً في المجتمع . وينفرد عن هذه الحقوق الخاصة حقوق مالية من جهة وحقوق العائلة من جهة أخرى.

وأهم أنواع الحقوق الخاصة:

1- 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، كقواعد 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 دائما 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 وتسلكه وتخدمه فإن هذا يوجب عليه بالمقابل أن يؤمن لها المسكن الشرعي المناسب وأن ينفق عليها في حدود إستطاعته. وحقوق الأسرة أو العائلة لا تقوم بمال ولا يجوز التصرف فيها ولا الحجز عليها وكما إنها لا تنتقل إلى الورثة إلا انه قد يتولد كما سنرى عن روابط الأسرة حقوق مالية كحق الإرث والنفقة وهي حقوق تدخل ضمن الذمة المالية.

2- 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.
- حق 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 الاختصاص⁴²¹.

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 احد. وتنقسم الحقوق العينية إلى قسمين اثنين: حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية.

1- الحقوق العينية الأصلية: وهي الحقوق التي تقوم بذاتها دون حاجة لغيرها (1) أو هي التي يكون لها وجود مستقل بحيث لا ترتبط أو تتعلق بأي حق آخر (2)، في الواقع، حق الملكية يحتل الصدارة من بين الحقوق الأصلية وهو أقواها وأشملها. إذ أنه 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 بشئ 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 سلطة الاستعمال والاستغلال فحسب دون حق التصرف أما حق

Mazeaud Henri et lion leçon de droit civil droit de propriété t.2 deuxième⁴²¹
v.ed.MONTCHRESTIEN P.62 ET S.

(1) - د. وحيد الدين سوار - الحقوق العينية الأصلية - مطبعة الداوودي بدمشق - 1987 - ص 22 .

(2) - د. هشام القاسم - المدخل إلى علم القانون - مطبعة جامعة دمشق - 2003 - طبعة خامسة - ص

الارتفاق ليس لصاحبه سوى سلطة استعمال الشيء فقط وحق النشر على السطح الأخير ذو الملكية الخاصة .

والجدير بالذكر أن حق الملكية الذي يعطي صاحبه حقوق الاستعمال والاستغلال والتصرف قد يقيد بإرادة صاحبه. فالمالك قد يتنازل لشخص آخر عن حق استعماله للشيء واستغلاله ويحتفظ لنفسه بحق التصرف فيصبح والحالة هذه مالكا 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** هو الحق الذي يخول صاحبه سلطة مباشرة على شيء مادي معين بالذات يستطيع بمقتضاها استعمال هذا الشيء واستغلاله والتصرف فيه.

وعيه فحق الملكية يمنح صاحبة سلطات ثلاث على الشيء محل الحق وهي:

- **الاستعمال والاستغلال والتصرف**، وهذه السلطات الثلاث في الواقع هي التي تؤلف عناصر حق الملكية⁴²².

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 بسكناه droit d'habitation⁴²³.

Mazeaud Henri et lion leçon de droit civil droit de propriété t.2 deuxième v. op⁴²²
cite. P.64 ET S.

⁴²³ للتوسع انظر محمد حاتم البيات، المركز القانوني للمالك المشارك في ملكية الطبقات والشقق، Le statut du copropriétaire au sein d'une copropriété immobilière رسالة دكتوراه من جامعة مونتسكية - بورديو - فرنسا 1995 ص 211 وما بعدها

أما الاستغلال فيكون بالإفادة من الشيء بطريق غير مباشر بالحصول على ثمار الشيء كمالك يؤجر منزله للغير. في حين أن حق التصرف فيعني 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.

- حق الانتفاع: Usufuit

عرفت الفقرة الأولى من المادة 939 من القانون المدني السوري بقولها "الانتفاع هو حق عيني باستعمال شيء يخص الغير واستغلاله، ويسقط بموت المنتفع"⁴²⁴. ولو أردنا ترجمة هذا النص الفرنسي فيعني انه "الحق في الانتفاع بشيء مملوك للغير، كما ينتفع به المالك نفسه، ولكن مع وجوب المحافظة على ذات الشيء" و يؤخذ على هذا التعريف انه لا يبين كون الانتفاع حقا عينيا ولا يبرز صفته المؤقتة). والفقه الفرنسي يعرف حق الانتفاع تعريفا أقرب إلى الدقة على النحو الآتي "حق الانتفاع هو الحق العيني في الانتفاع بشيء مملوك للغير، بشرط الاحتفاظ بذات الشيء لردّه إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع، الذي يجب أن ينتهي حتما بموت المنتفع"⁴²⁵. ويعرف التشريع المغربي المطبق على العقارات المحفظة بان "الانتفاع حق عيني في التمتع بعقار على ملك الغير ينقضي لزوما بموت المنتفع"⁴²⁶.

⁴²⁴ أما القانون المدني الفرنسي فقد عرف حق الانتفاع في المادة 578 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

⁴²⁵ بلانويول وريبير وبيكار فقرة 757، وأوبري ورو، فقرة 226، مشار إليه في الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، عبد الرزاق السنهوري، الجزء التاسع، طبعة دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان ص 1201

⁴²⁶ لم يورد القانون المدني المصري ولا القانون لمصري القطري تعريفا لحق الانتفاع، ويبدو أن المشرع في هذه القوانين ترك ذلك للفقه

ويعرف قانون الملكية العقارية حق الانتفاع في المادة 32 منه بقولها "حق عيني باستعمال شيء يخص الغير وبالتمتع به، ويسقط هذا الحق حتما 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 1205 بأنه "حق عيني للمنتفع باستعمال عين تخص الغير واستغلالها، مادامت قائمة على حالها، وان لم تكن رقبتها مملوكة للمنتفع"

كذلك الأمر اهتم المشرع المدني اليمني بعنصر التوقيت والذي حدا به إلى تصدير تعريف الانتفاع فقضت المادة 1327 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 1333 من القانون المدني لدولة الإمارات العربية المتحدة).

كما عرفت المادة 1110 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 لردّه إلى صاحبه عند

نهاية الانتفاع، الذي ينتهي حتما بموت المنتفع" (عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية بيروت لبنان 1982 ص 861).

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 حتما بموت المنتفع" (نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت لبنان 1995 ص 254).

ونحن من جهتنا نفضل تعريف الفقه الفرنسي القديم لحق الانتفاع، المذكور أعلاه، باعتباره تعريفاً أقرب إلى الدقة. إذ إن 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 فإننا سنولي شرحه بشيء من التفصيل من خلال الخوض في خصائصه.

يتبين من التعريفات سالفه الذكر أن حق الانتفاع حق عيني منفرع 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 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).

واعتبار الانتفاع حقا عينيا يقتضي الأمر تمييزه عن الإيجار والملكية الشائعة.

1- 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 حقا عينيا فهو يمارس حق الانتفاع دون وساطة أحد.

ب- أن صاحب حق الانتفاع يستطيع أن يرهن حقه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا مع ملاحظة أن ذلك يقتضي عمليا 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 حقا شخصيا وبذلك يجب إعلان المالك المؤجر لنفاذ الحوالة في مواجهته.

نشير أخيرا بأن 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.

ثانياً تمييز الانتفاع عن الملكية الشائعة:

الملكية الشائعة حق ملكية كاملة تشمل العناصر الثلاث الاستعمال والاستغلال والتصرف، أما الانتفاع فيشمل العنصرين الأولين فقط⁴²⁷.

⁴²⁷ لمزيد من التفاصيل حول موضوع الملكية الشائعة، راجع رسالتنا بالفرنسية المرجع السابق،

من ذلك نستخلص أنه يثبت لصاحب حق الانتفاع باعتبار حقه حقا عينيا جميع خصائص الحق العيني، لأنه يخوله سلطة مباشرة على الشيء تمكنه من الإفادة من منافع الشيء دون وساطة أحد. فضلا عن أنه يتمتع بحق الأفضلية والتتبع، وهو بهذه الخاصية يختلف عن حق المستأجر الذي يعتبر حقه شخصيا. فالمستأجر يحتاج إلى وساطة المؤجر للانتفاع بحقه في العين المؤجرة، إذ أنه يقع على عاتق المؤجر التزام بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة.

وأخيرا 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.

ثانياً: 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 936 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 عقاراً⁴²⁸.

وبناء على ذلك لصاحب حق الانتفاع استعمال الشيء واستغلاله، فإذا كان الشيء عقاراً سكنياً فله أن يسكنه وله كذلك الحق في جميع ما ينتج هذا الشيء من ثمار. علاوة على أن حق المنتفع مستقل عن حق مالك الرقبة وتبعاً لذلك لا تكون العلاقة بينهما قائمة على أساس الشيوع. فلا يجوز لأحدهما المطالبة بقسمة الشيء المنتفع به، ولا ببيعه، فيما إذا كان غير قابل للقسمة⁴²⁹. لأنهما حقان مختلفان لسبب

⁴²⁸ المادة 581 من القانون المدني الفرنسي

⁴²⁹ نقض مدني سوري، القرار 103 تاريخ 1958/3/30، مجلة القانون، 1958، ص 223.

أن حق الانتفاع لا يعطي صاحبه سلطة التصرف بالشئ 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 الشئ المنتفع به ويقتصر على حق التصرف⁴³⁰. (وهذا يعني أن حق المالك محصور في الرقبة في حين أن حق المنتفع محصور في المنفعة⁴³¹).

والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن الآن هل يجوز إنشاء حق الانتفاع على أشياء قابلة للاستهلاك؟

في الواقع أن المنتفع يلتزم برد الشئ الذي ينتفع به وذلك يقتضي أن يكون الشئ غير قابل للاستهلاك حتى يمكن أن يرده المنتفع. وعلى ذلك ينشأ أحيانا 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 يستهلك هذه الأشياء فهو لا يمارس حق انتفاع فحسب بل ويتصرف بها تصرفا ماديا، وهذا ما يدعى بحالة شبه حق انتفاع Quasi-usufruit و فيها يملك المنتفع الشئ القابل للاستهلاك ويصبح المالك السابق دائئا للمنتفع بمثل قيمة الشئ⁴³².

ومن جهة أخرى هل يجوز أن يتقرر حق الانتفاع على أشياء غير مادية؟ للإجابة على هذا التساؤل نقول أنه يجوز أن تكون الأشياء غير المادية محلا لحق الانتفاع كالقيم المنقولة (أسهم وسندات) وحق المؤلف المخترع وكذلك الحقوق

⁴³⁰ أستاذنا الجليل وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة الداوودي بدمشق، طبعة 1985 ص 774 وما بعدها.

⁴³¹ عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترماني، الحقوق العينية الأصلية، منشورات جامعة حلب 1986 ص 865.

⁴³² Frères Mazeaux, op.cit. P.1277, n.1652.

الشخصية، وهذا بطبيعته يتفق اليوم مع التطور الحديث، حيث أن 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.

ثالثاً: حق الانتفاع حق مؤقت ينتهي بوفاء المنتفع :

في الواقع أن حق الانتفاع باعتباره حقاً متفرعاً عن حق الملكية فإن خصيصية التوقيت راجعة 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 يفرق حق الانتفاع عن حق التصرف في الأراضي الأميرية، والذي يعد 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 ينبغي 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 والتصرف⁴³³.

- حق الاستعمال وحق السكنى : droit d'habitation- droit d'usage

هذان الحقان يتفرعان عن حق الانتفاع فهما ليس إلا صورة مقيدة من حق الانتفاع بشيء مملوك للغير. فحق الاستعمال هو حق عيني أصلي يخول صاحبه

⁴³³ لمزيد من التفاصيل راجع محمد حاتم البيات، حق الانتفاع، بحث منشور في هيئة الموسوعة القانونية

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 اعد له، كان يفتح فيه متجراً 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 المخدم. وهذا التكليف يتمثل في تقييد سلطة صاحب العقار الخادم على نحو معين فالارتفاق بالمرور مثلاً تكليف بمقتضاه يكون لصاحب العقار المخدم 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 ملاكه⁴³⁴. وبالتالي لا ينقضي الارتفاق بموت صاحب العقار المخدم 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.

Mazeaud Henri et lion leçon de droit civil droit de propriété t.2 deuxième v. op⁴³⁴
.cite. P.67 ET S.

2- 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 برتبته على أشياء تابعة لمدينه لاستيفاء دينه من ثمنها عندما تباع بالمزاد العلني. هذه الحقوق لا توجد بشكل مستقل وإنما تتبع حقاً آخر لتكون ضمان لحق شخصي ما. إذ أن الحق العيني يضمن الحق الشخصي.

ومن أهم الحقوق العينية التبعية، حق الرهن droit de gage ويوصف حق الرهن بالحق العيني كونه يمكن صاحبه من ممارسة سلطة مباشرة على الشيء المرهون تحد 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 بها⁴³⁵.

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 ذو شقين: يستوفي دينه بمعزل عن بقية الدائنين دون مزاحمة، هذا من جهة. ومن جهة أخرى قد يدخل بمزاحمة الدائنين الآخرين إذا لم يستطع استيفاء دينه من المال المرهون.

⁴³⁵ . هشام القاسم - المرجع السابق 0 ص 277 _ ويراجع بهذا المعنى أيضاً عدنان قوتلي - الوجيز في

الحقوق المدنية - ط. 1963 - ص 423 وما بعد

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 على أنه 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 fair*. إن الحق الشخصي لأحد الأطراف إنما يُولد في الواقع التزاماً على عاتق الطرف الآخر. فالبائع مثلاً يتمتع بحق شخصي تجاه المشتري بشأن ثمن الشيء المبيع، والمشتري أيضاً له بالمقابل حق شخصي على البائع بشأن تسليم الشيء المبيع. والمضروور 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، ذلك يؤدي إلى الحد من حريته الشخصية⁴³⁶.

⁴³⁶ راجع في هذا المعنى شمس الدين الوكيل - مبادئ القانون الخاص - طبعة الإسكندرية 1965 ص 200 وما بعد - رمضان أبو السعود - الوسيط في شرح القانون المدني وبخاصة المصري واللبناني

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 يمتنع 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 يسال 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 المشتري⁴³⁷، وبناء على ما تقدم نجد أنه هناك فرق بين صفات الحق العيني وصفات الحق الشخصي فما هي ؟

المبحث الثاني

المقارنة بين صفات الحق العيني وصفات الحق الشخصي

بعد دراستنا للحق العيني والحق الشخصي لا بد من إظهار خصائص كل منهما ومدى تباعد الأول عن الثاني .

⁴³⁷ للتوسع انظر : محمد حاتم البيات، النظرية العامة للالتزام، المصادر غير الإرادية للالتزام ، منشورات جامعة دمشق 2009 ص22 وما بعدها.

في الواقع، إن الفقه التقليدي لا ينكر التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي بل على العكس تماماً يقره من خلال أن كلا الحقين ناشئ عن رابطة التزام ⁴³⁸ rapport d' obligation.

ونرى من ذلك أن العنصر الأوحد المولد 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 ⁴³⁹ لا يرى أي تفريق بين الحقين، الحق الشخصي والحق العيني، وإنما يجد على العكس، اتفاق في طبيعتهما وخصائصهما. ويمطلق الأحوال، نترك الجدل الفقهي في هذا الموضوع إلى السنوات القادمة الأخرى ونكتفي، في هذا الموضوع، بالإشارة إلى نقاط الافتراق والاختلاف بين الحق الشخصي والحق العيني.

1- إن صاحب الحق العيني يتمتع بسلطة مباشرة على الشيء المملوك الذي يقع عليه حقه العيني هو لوحده دون غيره، في حين أن صاحب الحق الشخصي يتمتع بسلطة مقررة 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 .

⁴³⁸ - PLANIOL, traite élémentaire de droit civil P.er , Ed . T. 1 , N . 2157

⁴³⁹ DEMOGVE les notions fondamentales de droit prive P. 400 et suite

- 2- 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 .
- 3- إن الحق العيني يمكن صاحبه سلطة على شيء محدد بعينه ليس إلاّ في حين أن الحق لشخصي يمكن أن يرد على شيء معين بنوعه .
- 4- 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.
- 5- 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 .
- 6- 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 بثمن المبيع ثم يصبح فيما بعد مالكا لهذا الثمن. وعلى العكس تماماً قد نتصور أن يزول الحق العيني ويحل محله حق شخصي كالمالك الذي أتلف له شخص، الشيء المملوك منه، فتزول ملكية المالك بعد تلفه وينشأ عنه حق شخصي تجاه الفاعل بالتعويض له عنه⁴⁴⁰ .

⁴⁴⁰ - د. هشام القاسم ، المرجع السابق - ص 281

7- إن صاحب الحق العيني يتمتع بمزيتي التقدم والتتبع، كما ذكر سابقاً، فصاحب الحق العيني ينتبع 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. فالدائنين العاديين 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 أخيراً أن الحقوق العينية، كونها تتصل بالأشياء، فهي 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 إذن 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 أم 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

أشخاص الحق

Les Personnes du droit

إن الشخص، و سواء كان شخصاً طبيعياً أم شخصاً اعتبارياً، يتمتع بحقوق في المجتمع الذي ينتمي إليه ويترتب عليه بالمقابل التزامات. ويجب القول في هذا المضممار بأن القانون هو دراسة حتمية قيمة 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 يتمتع 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 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. فهو بذلك يمكن أن يمارس حقه في البيع والشراء أو الإيجار وينتقل الهبة أو الوصية وفي المقابل يمكن أن يكون مدعى عليه في المسؤولية وفرض التعويض عليه كعقوبة مدینه بحقه .

ولا شك أن لكل من الشخص نطاق خاص به وعلى ذلك سوف نتناول دراستنا للأشخاص من خلال مبحثين اثنين: نعالج في الأول منهما الشخص الطبيعي ثم نتكلم في الثاني عن الشخص الاعتباري.

المبحث الأول

الشخص الطبيعي

La personne Physique

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 الأهلية⁴⁴¹.

وإذا كانت الشخصية القانونية تثبت لكل إنسان دون تمييز فإن نطاق هذه الشخصية ليس واحدا بالنسبة للأفراد، فهذا النطاق عمليا يختلف من فرد لآخر وفقا لما للفرد من مركز قانوني خاص أو تجريده مدنيا من بعض الحقوق التي يتمتع بها. وعليه بجدر بنا دراسة مميزات الشخصية الطبيعية التي تؤدي إلى التعرف على المركز القانوني للفرد وتحدد نطاق شخصيته.

إن دراسة الشخصية القانونية تستلزم التعرض للأهلية وفكرة الذمة المالية وإن نتعرف متى يغترف 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 الحقوق

⁴⁴¹ رمضان أبو السعود ومحمد حسن منصور، المدخل إلى علم القانون، منشورات الحلبي الحقوقية 2003 ص. 213 وما بعدها.

وتحمل الالتزامات، ومدى قدرته على إبرام التصرفات القانونية بنفسه أم بواسطة ممثله القانوني أو الشرعي وأخيراً موطنه الذي يرتبط به.

وسنخصص مطلباً مستقلاً لكل مسألة من هذه المسائل:

المطلب الأول

بداية الشخصية ونهايتها

إن الإنسان لا يتمتع بالشخصية القانونية إلا 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 يفصل فيها عن أمه ويصبح ذا وجود مستقل⁴⁴². في الواقع لا تكفي الولادة بل لا بد 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 فيتمته منذ هذه اللحظة بالحقوق ويترتب عليه التزامات حتى ولو توفي بعد فترة وجيزة .

فاستناداً 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 والتي أجاز

⁴⁴² هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، منشورات جامعة دمشق، 2004 ص. 203 وما بعده.

القانون الإثبات فيها بكافة الطرق بما فيها شهادة الشهود⁴⁴³. وقد أجاز المشرع في المادة 32 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)؟

ففي 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 والنسب والوقف⁴⁴⁴.

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 الشخصية⁴⁴⁵. 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.

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

⁴⁴³ راجع في تفصيل ذلك، محمد حاتم البيات، الإثبات في المواد المدنية والتجارية على ضوء التشريع السوري والقطري، النشاط الطلابي جامعة قطر - كلية القانون ص. 30 وما بعدها.

⁴⁴⁴ سليمان مرقص، المرجع السابق، ص. 661.

⁴⁴⁵ يلاحظ أن المواد 308-309 من قانون الأسرة القطري توقف للجنين أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أم أنثى وإذا نقص الموقوف للحمل من الذكر مما يستحقه فيجفع 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.

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 أن الشخصية لا تلحق إلا بكيان موجود وهذه الكيان قد انتهى بالموت⁴⁴⁶. فالروح قد صعدت إلى المولى عز وجل، والجسد أصبح جثة هامة توارث في التراب. ولذلك تؤول أموال تركته إلى الورثة الشرعيين لحظة الوفاة إلا أن ملكيتهم للكتلة الارثية تكون معلقة على سداد ديون مورثهم فلا تركة قبل سداد الديون.

ويعد 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 بكافة الطرق⁴⁴⁷.

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 حولها⁴⁴⁸. فكل مفقود يعد غائباً والعكس غير صحيح إلا إذا كان المفقود قد انقطعت أخباره وثار شك أو جدل حول بقاءه على قيد الحياة.

ويعد الإنسان في نظر القانون مفقوداً في حالتين:

⁴⁴⁶ الإمام الشافعي في الرسالة ص 434، والأمدى في الأحكام ج 3 ص 213.

⁴⁴⁷ محمد حاتم البيات، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق ص 37.

⁴⁴⁸ علي حسن نجيد، أصول القانون، منشورات دار النهضة العربية 2000 ص 118 وما بعدها، هشام

القاسم المدخل إلى علم القانون، المرجع السابق، ص 314 وما بعدها.

1- إذا لا يعرف فيما إذا كان حيا أو ميتا.

2- إذا كانت حياته محققة ولكن لا يعرف له مكان⁴⁴⁹. وقبل أن يصدر القاضي حكما بوفاته فيفترض انه 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. أما بعد صدور الحكم القضائي بوفاته فان شخصيته القانونية تنتهي ويعامل عندئذ معاملة الميت فتعند زوجته عدة الوفاة ويحل لها بعد انقضاء عدتها أن تتزوج بآخر. أما بالنسبة لأمواله فيعتبر المفقود ميتا من تاريخ فقدته في حق مال الغير ومن تاريخ صدور الحكم بموته في حق ماله الخاص، فلو كان له ارث 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 حيا من جديد بعد صدور الحكم بوفاته فان حقوقه وأمواله تكون قد صفيت ووزعت على مستحقيها وأكثر من ذلك ربما تصرف للذين آلت إليهم أموال المفقود.

فهذه الأموال كلا أو جزءا ربما هلكت أو استهلكت فإن يستطيع المفقود والخالة هذه استعادتها كاملة، بل كل ما يستطيع فعله هو أن يسترد ما بقي منها في يد من آلت إليهم.

⁴⁴⁹ المادة 2/2 من قانون الأحوال الشخصية السوري.

المطلب الثاني

مميزات الشخصية⁴⁵⁰

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 وتميزه عن غيره وعلى ذلك فإن وظيفة الاسم تظهر من خلال اعتباره توسع للأمن المدني للشخص يهدف إلى تحقيق هويته كموضع مجتمعه وخاصة في نطاق العمل والمعاملات⁴⁵¹. والمادة 40 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 بد من إلحاقه باسم الجد أو الأب أو اسم العائلة.

وكل من يرزق بمولود عليه أن يختار اسماً له يكون هذا الاسم من ضمن البيانات التي يتقدم بها للإعلان عن واقعة الولادة بدءاً من مختار المحلة وانتهاءً

⁴⁵⁰ الجدير بالذكر أنه بالنسبة إلى الحالة الدينية والتي هي صفة تلحق بالإنسان نتيجة لاعتناقه دين معين فإنها لا تعتبر من مميزات الشخصية القانونية لأن القانون يطبق على جميع الأفراد دون تفرقة على أساس الدين أو المذهب.

⁴⁵¹ حسام الدين الأهواني، أصول، دار النهضة العربية، 2000، ص458، عبدا لمنعم الصدة، أصول القانون، دار النهضة العربية، 1988، ص424، سليمان مرقص، المرجع السابق، ص82، هشام القاسم، المرجع السابق، ص318.

بقيود الأحوال المدنية⁴⁵². وبطلق 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

1- الاسم المستعار: يطلق بعض الأفراد على أنفسهم أسماء مستعارة في أوساط معينة فنية أو أدبية فيشتهرون بين الناس بهذه الأسماء والتي تخالف أسماؤهم الحقيقية الأصلية كالاختلال 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 وبالتالي تعتبر مثل هذه العقود صحيحة ومنتجة لجميع آثارها القانونية كما لو كان قد أبرمها باسمه الأصلي.

2- الاسم التجاري: وهو الاسم الذي يطلقه الشخص على تجارته ويرتبط بالعمل التجاري له وهذا الاسم يعد عنصرا مميزا 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 حقا ماليا يجوز التنازل عنه وقابلا للتصرف والنقادم وذلك خلاف الاسم العادي الشخصي فالاسم التجاري وحدة متماسكة مع المحل التجاري، والتصرف بالاسم التجاري يعني

⁴⁵² والجدير بالذكر أنه في فرنسا يجب على المرأة الحامل أن تختار اسما لجنينها منذ أن يبلغ الحمل شهره الرابع وتعلنه لطبيبها الذي يعطيها شهادة تفيد أن الجنين ذكرا أم أنثى. وهذه الشهادة تبرز إلى C.a.f صندوق المساعدة العائلية وهذا الأخير يدفع المساعدة الشهرية منذ الشهر الرابع للحمل.

ضمننا التصرف في المحل التجاري وفي التطبيق العملي جرى التعامل على حماية الاسم التجاري في نطاق عقود الاستثمار وغيرها. ويتمتع الاسم التجاري بحماية خاصة قررها القانون في نصوص معينة كالقانون التجاري وقانون الشركات رقم 3 لعام 2008.

ثانياً: حالة الشخص: الحالة هي صفة تثبت للشخص فتتأثر بها مجموعة الحقوق والالتزامات المقررة له أو عليه.

وتشمل حالة الشخص الحالة العائلية وتابعيته الاسروية والحالة السياسية أو تابعيته لدولة معينة يكتسب جنسيتها.

1- الحالة العائلية أو المدنية: ويقصد بها مركز الشخص في أسرته بوصفه عضواً فيها تربطه بباقي أعضائها رابطة وثيقة كقربة النسب أو المصاهرة مما يجعله يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات. وقد قضت الفقرة الأولى من المادة 36 من القانون المدني السوري على أنه "أسره الشخص تتكون من ذوي قرياه".

أ- قربة النسب:

الفقرة الثانية من المادة 36 من القانون المدني السوري قضت على أنه "يعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك" وعليه فقربة النسب هي الصلة التي تقوم بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك وهي على قسمين: قربة مباشرة وقربة غير مباشرة فالأولى هي قربة النسب أما الثانية فهي قربة الحواشي. والقربة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع كالصلة بين الجد والأب والابن.

ب- قربة الحواشي: وهي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر⁴⁵³، كقربة الأخ لأخيه أو الأخ لأخته. إذ أن أحداً منهم لا ينحدر من الآخر ولكن يجمعهما أصل مشترك ألا وهو الأب.

⁴⁵³ المادة 37 من القانون المدني السوري.

ويراعى في حساب درجات القرابة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل، وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعوداً من الفرع إلى الأصل المشترك، ثم نزولاً من الفرع للآخر وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعد درجة⁴⁵⁴.

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 ثمة 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 الآخر⁴⁵⁵. وبناء على ذلك فإن أب الزوج يعد 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 منها أن يرث الآخر، وعدم جواز شهادة أحد الزوجين للآخر وحق الأب في تأديب أولاده وهذا كله يطلق عليه حقوق الأسرة .

⁴⁵⁴ المادة 38 مدني سوري.

⁴⁵⁵ المادة 39 مدني سوري.

2- 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 المواطنون دون الأجانب كحق الترشيح للمناصب، والقانون في كل دولة هو الذي يحدد الشروط التي تثبت بمقتضاها الجنسية للأفراد اللذين ينتمون إليها⁴⁵⁶.

فضلا عن ذلك فإن من حق الدولة أن تضع قيودا على الأجانب بالنسبة للحقوق الخاصة كتقييد حق التجنس وتقييد حق تملك العقارات نظرا لأهمية الملكية العقارية للاقتصاد القومي⁴⁵⁷.

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 أمه⁴⁵⁸.

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 .

فضلا عن ذلك يمكن اكتساب الجنسية السورية بطريق الزواج كالزوجة تكتسب جنسية زوجها، كما أنه من الممكن وفقا لشروط التجنس في قانون كل دولة أن يكتسب الشخص جنسية الدولة بطريق التجنس.

⁴⁵⁶ وقد قضت المادة 0 من القانون المدني السوري على أن "الجنسية ينظمها قانون خاص"

⁴⁵⁷ انظر المرسوم التشريعي رقم تاريخ 2011 الناظم لتملك الأجانب للحقوق العينية العقارية في سوريا.

⁴⁵⁸ الفقرة الأولى من المادة 3 من المرسوم التشريعي رقم 276 للناظم لأحكام الجنسية العربية السورية المعدل وتقتضي بأن "يعتبر عربيا سوريا حكما من ولد في القطر أو خارجه من والد عربي سوري".

ثالثاً: الموطن Le domicile

عرف القانون المدني السوري الموطن بأنه "المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة"⁴⁵⁹. 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 أن الاتصال بهذا الموطن يعد في نظر القانون قرينة على الاتصال به.

ويمكن للشخص أن يكون له أكثر من موطن وعلى ذلك جرت أحكام المادة 42 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 الموطن 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 حلوا⁴⁶⁰.

وقد اختلفت المدارس القانونية في تحديد أساس الموطن، 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

⁴⁵⁹ المادة 1/42 مدني سوري

⁴⁶⁰ محمد عبد الله ومحمد حاتم البيات وعماد قطان، المدخل إلى علم القانون، منشورات جامعة دمشق للتعليم

المفتوح 2004 ص 231 .

محل إقامته فهي والحالة هذه لا تسمح بتعدد المواطن للشخص الواحد إلا إذا اقتضت الضرورة⁴⁶¹. على حين أننا نرى أن المدرسة الأنكلوسكسونية تعتبر أن لكل شخص موطناً أصلياً وهو المواطن الذي ينتسب إليه بحكم القانون منذ ولادتهما يمكن له تغييره إلا أنه لا يمكن أن يكون له أكثر من موطن واحد⁴⁶².

أما المدرسة الألمانية تعتبر 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 42 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 المواطن يقيم إلى قسمين اثنين:

مواطن عام ومواطن خاص الأول يشمل نشاطات الشخص كافة ومعاملاته القانونية مع اختلاف أنواعها، أما الثاني فيقتصر على بعض هذه النشاطات والتعاملات القانونية.

1- فالمواطن العام هو المكان الذي يقيم به الشخص عادة وهو التصوير الواقعي للمواطن ويستنتج من ذلك أن الشخص يمكن أن لا يكون له موطن ما كالبدو الرحل الذي لا يقر له على أرض قرار هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجوز للشخص أن يكون له أكثر من موطن، كما لو كان متزوج بأمرأتان حيث يقيم مع كل منهما في مكان وعلى وجه الاستقلال.

2- 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 ومواطن الموظف العام والمواطن التجاري.

⁴⁶¹ Alex Weill et François terre op.cit. P.213.

⁴⁶² حسام الدين الاهواني، المرجع السابق، ص 418.

أ- موطن القاصر الذي بلغ خمسة عشر سنة ومن في حكمه:

قضت الفقرة الثانية من المادة 44 من القانون المدني السوري بأن "يكون القاصر الذي بلغ خمسة عشر سنة ومن في حكمه، موطن خاص بالنسبة للأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها" ومن هذا النص يتبين أن للقاصر المأذون له في تسلم أمواله⁴⁶³، موطناً خاصاً مستقلاً عن موطن نائبه الشرعي فيما يتعلق بالأعمال والتصرفات التي يعتبر أهلاً لمباشرتها . ويدخل في حكم القاصر هنا السفیه والمغل والقاصر الذي بلغ الثالثة عشر من عمره.

ب- موطن الأعمال: يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطن له بالنسبة إلى ما يتعلق بهذه التجارة أو الحرفة⁴⁶⁴. 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 معين⁴⁶⁵، 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 45 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

⁴⁶³ انظر المواد 113-164 أحوال شخصية.

⁴⁶⁴ المادة 47 مدني سوري

⁴⁶⁵ المادة 45 مدني سوري.

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 ينشا حول العمل الذي تم اختيار هذا الموطن المختار من اجله وهي قاعدة خاصة في قانون أصول المحاكمات المدنية، ولكن ذلك لا يمنع من الرجوع إلى القواعد العامة التي تحيل بالرجوع إلى محاكم الموطن العادي في حال عدم وجود اتفاق على موطن مختار.

وأياً كانت قيمة العمل القانوني الذي تم في الموطن المختار فان إثبات هذا الموطن لا يكون إلا بالكتابة دون غيرها من طرق الإثبات⁴⁶⁶.

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 إن فلانا أهل لشغل هذا العمل أي صالح له. أما في الفقه القانوني فإن الأهلية هي صلاحية الشخص لان تثبت له الحقوق ويترتب عليه التزامات.

والأهلية على نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء

1- أهلية الوجوب La capacité de jouissance

وهي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له كصلاحيته لأن يرث وان يكون مالكا. وأهلية الوجوب ترتبط بالشخصية القانونية فكل شخص لا بد وأن يتمتع بأهلية وجوب أي يصلح لأن يتمتع بحقوق ويترتب عليه التزامات وتثبت هذه الأهلية للشخص بحكم كونه إنسانا، حتى أن الجنين يتمتع بأهلية وجوب إلا أنها ناقصة ومحدودة ثم تتم لدى الشخص بعنصريها منذ الولادة وتلازمه طيلة حياته.

⁴⁶⁶ المادة 45 مدني سوري.

2- أهلية الأداء: La capacité d'exercice

وتعرف أنها صلاحية الشخص للممارسة الأعمال والتصرفات القانونية وعلى اختلاف أنواعها بشكل قانوني. ويجب لوجود هذه الأهلية بلوغ الشخص سن الرشد وان 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:⁴⁶⁷

أ- مرحلة الحمل: ويكون الإنسان في هذه المرحلة جنينا في بطن أمه لم يلد بعد فلا يتمتع لا بأهلية الأداء ولا حتى بأهلية الوجوب طالما انه لم يخرج بعد إلى عالم الوجود، ومع ذلك يؤخذ بالحسبان انه 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 تبني على العقل والإدراك والتمييز والصغير غير المميز ينعدم لديه الإدراك في معاملاته القانونية بالتالي تصرفاته القانونية تكون باطلة كالبيع والإيجار، إلا أن هذا الصغير غير المميز يتمتع بالحقوق ويتحمل الالتزامات في ماله انطلاقا من أهلية الوجوب لديه لأنه ليس أهلا 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 بطلانا مطلقا وسواء أكانت نافعة نفعاً محضاً أم ضارة ضرراً محضاً أم دائرة لابين النفع والضرر⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ للتوسع انظر احمد سلامة، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق في القانون المدني، القاهرة طبعة دار التأليف 1959 ص 196 وما بعدها.

⁴⁶⁸ المادة 111 مدني سوري.

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 معا وهو في هذه المرحلة ذا أهلية أداء ناقصة ويكون حكم تصرفاته القانونية وفق الآتي:

إذا كان تصرفه من التصرفات الضارة ضررا محضا فلا يستطيع الصبي غي والمميز إجراؤها مطلقا وحكمها البطلان المطلق. أما إذا كان تصرفه من عداد التصرفات النافعة نفعا محضا فله دون قيد أو شرط القيام بها مطلقا 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 مبدئيا 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 شرعا وقانونا.

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 ببلين النفع والضرر. وتكون جميع هذه التصرفات صحيحة.

لأنه قام بها بالاستناد إلى أهليته وبالتالي لا تقبل الإبطال. وإذا بلغ القاصر سن الرشد واكتملت أهليته فانه يستمر على هذا المنوال طيلة حياته مالم يطرأ عليه

عارض من عوارض الأهلية التي حددها القانون والشرع فتنعدم أهليته وهو ما سنبحثه في الحال.

2- 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 يمتلك أراض زراعية في الجمهورية العربية السورية⁴⁶⁹.

وعوارض الأهلية هي: الجنون والعتة والغفلة والسفه.

أ- الجنون والعتة: المجنون أو المعتوه هو شخص أصابه خلل في توازنه العقلي وأعدم الإرادة والتميز لديه، ويختلف احدهما عن الآخر من حيث أن السفه لا يصل إلى صفات المجنون بل انه أشبه بمجنون هادئ والذي يجعل فهم الشخص قليلا وكلامه مختلطا، وحكم تصرفات المجنون والمعتوه كتصرفات الصغير غير المميز، كما وتنعدم لدى المجنون والمعتوه أهلية الأداء تبعا لانعدام التمييز والإدراك لديهما، فلا يستطيع أيا منهما إجراء التصرفات القانونية مهما كانت وهي باطلة إن تمت⁴⁷⁰.

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 باطلا إلا إذا كانت حالة العتة أو الجنون شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ انظر المرسوم التشريعي رقم ؟ الخاص بشروط تملك الأجانب للحقوق العينية العقارية في الجمهورية العربية السورية.

⁴⁷⁰ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 358.

⁴⁷¹ المادة 115 مدني سوري.

في الواقع أن حكم القانون المدني يخالف حكم المادة 200 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 أثر تطبيق كل من النصين فالراجح منهما هو بالطبع نص المادة 200 أحوال شخصية لسببين اثنين: الأول أن النص الخاص يفضل في التطبيق على النص العام، وثانيهما أن نص المادة 200 قد صدر بعد صدور نص المادة 115 مدني سوري وبالتالي يعتبر ناسخا له وفقا للأصول والقانون.

ب- السفية والمغفل:

"السفيه هو الذي يبذر أمواله في غير موضعها بإنفاقه ما يعد من فعله تبذيرا"⁴⁷². أو هو الذي يبذر أمواله على خلاف مقتضى الشرع والعقل وسواء أكان ذلك خيرا أم شرا. أما المغفل "فهو الشخص الذي تغلب عليه الغفلة في أخذه وعطائه ولا يعرف أن يحطاط في تعامله لبلاهته"⁴⁷³. ويمكننا تعريف المغفل بأنه الشخص الذي لا يعرف خيره من شره فتغلب عليه الغفلة في أخذه وعطائه.

السفيه والمغفل كلاهما لا يعتبران فاقدي التميز والوعي كالمجنون والمعتوه، وإنما هما يدركان الأمور والمعاملات القانونية ويميزان بينهما إلا أنهما لا يحسنان التصرف في أمورهما. وحكم السفية والمغفل هو حكم الصغير المميز. ومع ذلك يشترط القانون لاعتبارهما ناقصي الأهلية صدور قرار بالحجر عليهما لاعتبار

⁴⁷² المادة 200 أحوال شخصية سوري

⁴⁷³ المادة 200 أحوال شخصية سوري.

تصرفاتهما باطلة، وقبل ذلك لا تكون قابلة للإبطال إلا إذا تمت هذه التصرفات نتيجة لغش أو تواطؤ⁴⁷⁴.

ويمكن للسفيه أو المغفل ممارسة حق الإيصاء أو الوقف متى أذنت لهم المحكمة، وتعد أعمال الإدارة الصادرة عن المحجور عليه لسفه أو غفلة صحيحة في الحدود التي رسمها القانون⁴⁷⁵.

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 بعد باطلا⁴⁷⁶.

د- العاهة المزوجة:

قضت المادة 118 من القانون المدني السوري على أنه "1- إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقضي مصلحته فيها ذلك" 2- ويكون قابلا للبطلان كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها متى صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائيا بغير معاونة المساعد، إذا صدر التصرف بعد شهر قرار المساعدة".

يتبين من هذا النص أن العاهة المزوجة الأصم والأبكم والأعمى تحتاج إلى مساعد قضائي بشأنها وهذه المساعدة جوازيه يعود تقديرها للقاضي طبقا لكل حالة على حدة.

⁴⁷⁴ المادة 116 مدني سوري.

⁴⁷⁵ المادة 117 مدني سوري.

⁴⁷⁶ للتوسع في هذا الموضوع انظر محمد واصل، رسالة دكتوراه "الحقوق الملازمة للشخصية" جامعة دمشق

في الواقع هذه الحالة ليست من عوارض الأهلية بمفهومها السابق ذكره لأن الإنسان في هذه الحالة يعد ذا أهلية أداء كاملة حيث يستطيع أن يجري التصرفات القانونية بملء إرادته بما فيها التصرفات الضارة ضرراً محضاً على أن يساعده في التعبير عن إرادته⁴⁷⁷ مساعد قضائي تعينه المحكمة لهذه الغاية.

3- النيابة الشرعية:

1- النيابة الشرعية هي نظام شرعي يصح بمقتضاه لشخص أن يتولى بنفسه إدارة شؤون شخص آخر المتعلقة بماله وشخصيته أحياناً وأحياناً أخرى بإدارة شؤونه المالية.

2- وللنيابة أنواع فقد تكون ولاية أو وصاية أو قوامة أو وكالة قضائية⁴⁷⁸.

أ- الولاية: وهذه الولاية تكون على القاصر الذي لم يبلغ بعد سن الرشد وساء 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 وتتقلب 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

⁴⁷⁷ للتوسع انظر وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة، رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة 1971 ، موجودة في مكتبة كلية الحقوق بدمشق.

⁴⁷⁸ المادة 163 من قانون الأحوال الشخصية السوري.

الوصي في هذه الحالة بالوصي المختار تحت طائلة تعيين وصي ن قل المحكمة مباشرة.

ج-القوامة: وهذه القوامة تكون على المجنون والمعتوه والسفيه والمغفل ويسري عليها ما يسري على الوصاية سالفه الذكر، إلا ما يستثنى من ذلك بنص خاص إعمالا للمادة 206 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 خاص⁴⁷⁹.

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 ولها موصيا قيما أم وكيلًا قضائيا. وعليه فالتصرفات النافعة نفعا محضا يستطيع النائب الشرعي إجرائها بحرية تامة دون قيد بعكس التصرفات الضارة ضررا محضا فلا يستطيع النائب إجرائها ولا بأي حال امن الأحوال. أما بالنسبة لتلك الدائرة بين النفع والضرر فإن النائب الشرعي أيا كان يستطيع إجرائها مالم 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 بأعمال التصرف إلا بإذن من القاضي.

ونشير أخيرا 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 عليه⁴⁸⁰. أما التصرفات الصادرة عن الصغير غير المميز لا تلحقها

⁴⁷⁹ المادة 206 من أحوال شخصية

⁴⁸⁰ هشام القاسم: المرجع السابق، ص355.

الإجازة لأنها باطلة بطلانا مطلقا، والبطالان هو العدم وهذا الأخير لا يمكن أن يكون له وجود.

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 أيضا وعاء افتراضيا لاستيعاب النشاطات المالية للشخص⁴⁸¹.

وبناء على ما تقدم تعرف الذمة المالية بأنها مجموعة الحقوق الالتزامات المالية الحاضرة والمستقبلية التي تعود للشخص. وهي تتألف من عنصرين اثنين: العنصر الايجابي ويتضمن الحقوق المالية التي تكون للشخص سواء أكانت حقوق 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.

1-صلة الذمة المالية بالشخصية القانونية:

- أ- ترتبط الذمة المالية ارتباطا وثيقا بالشخصية القانونية وتعد خصيصة من خصائصها، فالذمة المالية لا يمكن أن توجد إلا تبعا لوجود الشخصية القانونية والعكس صحيح
- ب- لا يمكن وجود شخصية قانونية دون وجود ذمة مالية تضم حقوقها والتزاماتها. والشخص يتمتع بذمة مالية مهما قلّت 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 يمتنع أن تكون للشخص خلال حياته ألا خلف خاص، أما بعد وفاه فيمكن أن يكون له خلف عام (الورثة) تخلفه في جزء من الذمة المالية التي تتحول بعد الوفاة إلى تركة⁴⁸².

د- أهمية فكرة الذمة المالية:

على اعتبار أن الذمة المالية تتكون من جانبين اثنين: الجانب الايجابي ويضم جميع حقوق الشخص، أما الجانب السلبي يشمل جميع التزاماته المالية. ويترتب على ذلك نتيجتان:

- الجانب الايجابي يعد 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 تبعي⁴⁸³.

وبناء عليه يستطيع المدين أن يتصرف بحرية في أي مال من أمواله طالما لم يتقرر عليه حق عيني تبعي لأحد الدائنين المرتهنين.

- إن الذمة المالية بجانبها السلبي تنتقل بعد الوفاة إلى الورثة في تنتقل كوحدة إجمالية (كتلة ارثيه) تحمل حقوق المورث والتزاماته فيكون الجانب الايجابي مسؤولاً عن الجانب السلبي، ومقتضى ذلك ألا يكون الوارث مسؤولاً في ذمته

⁴⁸² 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...

⁴⁸³ للتوسع راجع محمد حاتم البيات، الحقوق العينية، جامعة قطر، 1996 ص 223 وما بعدها.

وأمواله الخاصة خارج التركة عن وفاء ديون التركة وإن 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"⁴⁸⁴.

المبحث الثاني الشخص الاعتباري

La personne morale

نظرا للأهمية الكبيرة التي يتمتع بها الشخص الاعتباري فإننا سنولي اهتماما واسعا 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»⁴⁸⁵، ومع ذلك فقد ظهرت نظريات تقول بوجود شخص آخر غير الإنسان يمكن أن يكون من أصحاب الحقوق المحمية. لذلك قيل أن صاحب الحق هو إما شخص طبيعي (الإنسان) أو شخص آخر يسمى الشخص الاعتباري (المعنوي أو الافتراضي أو الحكمي).

⁴⁸⁴ 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 والزكاة وأداء فريضة الحج...

وتبدأ الذمة المالية في الفقه الإسلامي ببدء حياة الإنسان وهو جنين معترف له بذمة مالية قاصرة، وبعد أن يولد حياً تتكامل ذمته حتى تصبح ذمة مالية متكاملة، وتبقى ذمة الإنسان ما بقي على قيد الحياة وتنتهي حتماً بوفاة، وإنهاء الذمة المالية بالموت تختلف فيه المذاهب مما لا مجال للبحث فيه في هذا المقام.

⁴⁸⁵ - سورة البقرة - الآية رقم (30) .

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.

المطلب 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 قائم 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 هز 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 تعد يقتصر البحث عليه كانه مسألة عارضة أو آنية تؤدي وظيفة محددة ثم ينتهي دوره⁴⁸⁶، ونبين التعاريف المتداولة للشخص الاعتباري وتحديد طبيعته القانونية.

⁴⁸⁶ - لمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع انظر :

- Jean- François Quevy -anthropologie Juridique de la personne morale-

أولاً: تعريف الشخص الاعتباري

أنشأ علم القانون حلاً لمواجهات التكتلات البشرية والاقتصادية المتمثلة بمجموعات من الأشخاص، أو مجموعات 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، ويُعد الشخص الاعتباري تصوراً فنياً محضاً لحماية بعض المصالح، أو هو حلٌ منطقيٌّ لإتاحة الفرصة للحصول على الأموال وتوظيفها والاستفادة منها⁴⁸⁷، أو هو مجموعة من الأشخاص أو الأموال تتمتع بالشخصية القانونية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات⁴⁸⁸، أو هو كل تجمع من الأفراد أو الأموال يسعى لتحقيق غرض معين⁴⁸⁹، أو هو مجموعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال ترمي إلى تحقيق غرض معين، وتُمنح الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق غرضها⁴⁹⁰، أو أنها الشخصية التي تمثل جماعات من الناس ومجموعات من الأموال بإعطائها كيان قانوني ذاتي مستقل عن الكيان القانوني

Bibliothèque de droit privé – Tome- 510- page ;2-13

487 - د . علي حسين نجيدة - نظرية الحق - الكتاب الثاني - كلية شرطة دبي - الطبعة الأولى - 1993-1994 - ص 274 .

488 - د. إدريس العلوي العبدلاوي- أصول القانون - الجزء الثاني - نظرية الحق - الطبعة الأولى 1972- ص 272.

489 - د. محمد إبراهيم الدسوقي أبو الليل - النظرية العامة للقانون والحق - في القانون الليبي - مطبعة دار الكتب - بيروت - الطبعة الأولى 1980 - ص 309.

490 - د. جلال علي العدوي - ود. رمضان أبو السعود - المدخل لدراسة القانون - منشأة المعارف بالإسكندرية - 1997 - 115.

والذاتي للأفراد المكونين لها⁴⁹¹، أو هو كائن يتألف من مجموعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال يتمتع بالشخصية القانونية كالشخص الطبيعي بعد استكمال مجموعة من الصيغ⁴⁹²، ويمكن أن نعرفه بأنه كيان قانوني افتراضي يمثل مصالح مجموعة من الأموال أو الأشخاص في تحقيق غرض معين، ويتمتع باستقلال مالي وإداري⁴⁹³.

⁴⁹¹ - د. عبد السلام على المزوغي - المدخل لعلم القانون - الجزء الثاني - نظرية الحق - منشورات الجامعة المفتوحة - ليبيا - الطبعة الثانية - 1992 - ص- 231.

⁴⁹² - 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))

⁴⁹³ - 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 تقسم 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-](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 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 وغيرها⁴⁹⁴. لهذا، يقوم خلافٌ وجدلٌ حول طبيعة الشخصية الاعتبارية، ويمكن ردها من خلال أعمال الفقهاء إلى معالم 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 يعبرُ من خلالها في علاقته مع الغير، وإن اعتراف المشرع لبعض مجموعات الأشخاص أو الأموال بهذه الصفة هو افتراض، أو حيلة، أو ابتكار منه⁴⁹⁵. لذلك فالمشرع هو الذي يتحكم بمثل هذه الشخصية وجوداً

⁴⁹⁴ - د. عبد الحي حجازي - المدخل لدراسة العلوم القانونية - الجزء الثاني - الحق وفقاً للقانون الكويتي - مطبوعات جامعة الكويت - 1970 - ص 510-512.

⁴⁹⁵ - د. عبد الله مبروك النجار - افتراض الشخصية وأثاره في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - 1996 - ص 18 وما بعدها.

وعندما⁴⁹⁶، ويقول أنصار هذه المدرسة أن أساس الشخصية الاعتبارية هو تخصيص في الذمة المالية، أو هي نوع من الملكية الجماعية أو الملكية المشتركة⁴⁹⁷، 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 منها⁴⁹⁸. أما المدرسة الثانية فتقول بالشخصية الحقيقية للشخص الاعتباري، أي أنه يمثل حقيقة اجتماعية واقتصادية وثقافية، ومجتمع مدني 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 أنها شخصية حقيقية تتمثل في فكرة المصلحة 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

496 د. حسن كيرة - المدخل إلى القانون - منشأة المعارف بالإسكندرية - إيداع 1974 - ص 622 -

625 د. محمد إبراهيم دسوقي - النظرية العامة للقانون والحق مع دراسة للقانون الليبي - المكتبة الوطنية

ببنغازي - 1976 - ص 275-276.

497 - د) محمد حسنين - الوجيز في نظرية الحق - (الأشخاص والأموال في القانون الجزائري) - مطبعة

المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرعاية - 1985 - ص 152-154

498 - د. عبد السلام المزوغي - المرجع السابق - ص 233-235، ويقول الفقيه الفرنسي دوجي إنني

لم أتناول العشاء أبداً مع شخص اعتباري: « Je n'ai jamais: dîné avec une personne morale ». - Léon Duguit

فيرد عليه الفقيه جان كلود سويي: أما أنا لست كذلك لأنني أشاهده يدفع الحساب غالباً.

« Moi non plus, mais je l'ai souvent vue payer l'addition »

إلى أي من المؤسسين على وجه الخصوص وهي تحتاج إلى حماية⁴⁹⁹، وقدم 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 المشتركة⁵⁰⁰ 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 وبالتالي فإنها تكون جديرة 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 القضائية⁵⁰¹، ومهما يكن الأمر فإن الشخصية الاعتبارية حقيقة قانونية تعبر 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 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

499 - د. عبد السلام المزوغي - المرجع السابق - ص 237-239، ود. حسن كبره - المرجع السابق -

ص 625، ود. إدريس العلوي العبدلاوي - المرجع السابق - ص 268-277.

500 - د. هشام القاسم - المدخل إلى علم القانون - مطبعة الإنشاء دمشق - 192 - ص 407-413.

501 - نقض فرنسي في 1954/1/28 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 .

الشخصية الاعتبارية لما كان بالإمكان التحدث عن فكرة قيام الدولة ذاتها التي تحمي الحقوق وتصور الحريات⁵⁰².

ثالثاً: أنواع الشخص الاعتباري⁵⁰³

تتعدد أنواع وأشكال الأشخاص الاعتبارية، وهذا التعدد والتنوع لا ينفي عنها صفة المفرد، وتوضع أنواع الشخص الاعتباري في تصنيفات متعددة. فمنها يقوم على أساس النشاط التي يهدف الشخص الاعتباري إلى تحقيقه، وعليه تكون الأشخاص الاعتبارية سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، أو ثقافية، ومنها يقوم على أساس القانون الذي يحكم الشخص الاعتباري، وبالتالي فإنها تتوزع بين أشخاص تخضع للقانون العام وأخرى للقانون الخاص⁵⁰⁴، 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: 1- الدولة والمحافظات والبلديات، بالشروط التي يحددها القانون، والمؤسسات العامة، وغيرها من المنشآت، التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية. 2- الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية. 3- الأوقاف. 4- الشركات التجارية والمدنية. 5- الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقاً للأحكام التي ستأتي فيما بعد. 6- كل مجموعة من الأشخاص، أو الأموال، تثبت لها الشخصية

502 - انظر كل من: Charbonnier- Droit civil volume(1)- op-cité- page:695-

- د. حسن كبره - المرجع السابق - ص 625-630، ود. إدريس العلوي العبدلاوي - المرجع السابق - ص 268-277، ود. الكوني علي أعبوده - المدخل إلى علم القانون - الحق - جامعة الفاتح - الطبعة الرابعة - 2003 - ص 190.

503 - لمزيد من المعلومات - راجع د. محمد واصل - المدخل إلى علم القانون - مطبوعات جامعة دمشق 2010-2011.

504 - انظر: freres Mazeaud op site -page 335

الاعتبارية بمقتضى نص في القانون))⁵⁰⁵، ومع ذلك، فإن الواقع الراهن يشير إلى أشخاص اعتبارية من القانون العام وأخرى من القانون الخاص، وثالثة 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 متعددة⁵⁰⁶. لذلك سنعمل على تصنيف الأشخاص الاعتبارية في ثلاث مجموعات بغض النظر عما إذا كانت تنتمي إلى مجموعات الأشخاص أم مجموعات

505 - المادة (54) من القانون المدني السوري، والمادة(52) مدني مصري، والمادة (92) من قانون المعاملات الإماراتي، والمادة(52) من القانون المدني الليبي، والمادة(49) من القانون المدني الجزائري، والمادة(50) 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(52-89) ، 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.

506 - د. حسن كيره - المرجع السابق - ص 669-670، د.عبد الحي حجازي- المرجع السابق-

ص519-521، ود. علي حسن نجيدة - المرجع السابق ص- 300-302، ود.إدريس العلوي

العبدلاوي- المرجع السابق- ص 282، ود. محمد حسنين - المرجع السابق- ص164 ، ود .

عبد السلام علي المزوغي - المرجع السابق ص-267-268، د. الكوني علي أعبوده - المرجع

السابق =ص- 193 ، د. عثمان التكروري ود. عوني بدر - المرجع السابق- 336-338،

و.د سلمان بو ذياب- المبادئ القانونية العامة - دراسة نظرية وتطبيقات عملية في القانون

والحق - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - 1995- ص 72 وانظر أيضا:

-Philippe MALAURIE-DROIT CIVIL- LES PERSONNES-op cit-
page :154-156

- frères Mazeaud- op sit. Page :332-348.

الأموال وإن كان أغلب الفقهاء يصنفون الأشخاص الاعتبارية في مجموعتين. مجموعة تنطوي 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:

1- مجموعة الأشخاص الاعتبارية العامة:

يقصد بالأشخاص الاعتبارية العامة تلك التي تنطوي تحت مفهوم القانون العام. أي إنها تلك الكائنات الحكومية التي تتمتع باختصاصات وسلطات ذاتية خاصة بها، أو هي تلك التي يتم إحداثها وفق القواعد المعمول بها في كل دولة⁵⁰⁷، 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 العامة⁵⁰⁸، أو هي الأشخاص المختصة بتحقيق أغراض عامة تهم المجتمع⁵⁰⁹، وتتنوع الأشخاص الاعتبارية العامة وفق الآتي:

أ- مجموعة أشخاص اعتبارية إقليمية⁵¹⁰:

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

507 - المادة (2) من نظام العاملين الأساسي في سورية رقم (50) لعام 2004.

508 - د. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - ص 522.

509 - د. سليمان الطماوي - مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة - الكتاب الأول - دار الفكر العربي - القاهرة 1977 - ص 62.

510 - د. محمد حسنين - المرجع السابق - ص 164، ود. عيد السلام علي المزوغي - المرجع السابق - ص 267-268.

- Denis Piotet- op.cit -p.73-110.et- Les frères Mazeaud- op sit p. 335.

الصعيد الوطني كاملاً، وتلك المؤسسات أو الإدارات التي تمارس نشاطها في منطقة محددة، وبالتالي فإن لأشخاص الاعتبارية الإقليمية هي:

1- الدولة: تُعدّ 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.

2- المحافظات: نصت المادة (1/1) قانون الإدارة المحلية السوري على أن ((تقسم الجمهورية السورية إلى محافظات والمحافظات إلى مناطق والمناطق إلى نواح))، ولذلك. تعد المحافظات من الكيانات الإقليمية المؤسسة على صعيد الدولة التي أعطاها المشرع الشخصية الاعتبارية المستقلة عن شخصية الدولة⁵¹¹، إلا أنه لم يعط الشخصية الاعتبارية للمناطق والنواحي والقرى.

3- البلديات: تُعدّ 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 حمايتها⁵¹².

4- الإدارات والمؤسسات والهيئات العامة:

يمكن أن تكون الأشخاص الاعتبارية إدارات ومؤسسات وهيئات عامة، وعدد هذه الإدارات والمؤسسات والهيئات التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية، وتهدف كل منها

511 - المادة (6) من قانون الإدارة المحلية رقم 19 لعام 1975.

512 - انظر قانون التنظيمات الإدارية السوري رقم (496) تاريخ 1975/12/21 وتعديلاته.

لتحقيق غرض معين مستمد عادة من الاسم المعطى لها في صك إحداثها وهي دائماً ذات طبيعة نوعية محددة، وهي بشكل عام الوزارات التي تهيمن 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. كالجامعات، والمعاهد العليا، والهيئات العلمية والمراكز البحثية العلمية، والمستشفيات، كما توجد هيئات ومؤسسات عامة ذات طابع إداري واقتصادي، ويتعذر في هذا البحث ذكرها جميعها 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.

ب- مجموعة الأشخاص الاعتبارية المختلطة

تقوم أشخاص اعتبارية في العصر الراهن تخضع أحياناً للقانون العام وأحياناً أخرى للقانون الخاص⁵¹³، 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، وهناك أشخاص اعتبارية تعد من القطاع الخاص وتخضع لأحكام القانون الخاص إلا أنها تمتد إلى القانون العام وذلك وفق الآتي:

⁵¹³ - لمزيد من المعلومات حول هذه الأشخاص - انظر:

-Philippe MALAURIE-DROIT CIVIL- LES PERSONNES-op cit-page :155-156 .

1- 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 للمؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت العامة التي تحدثها 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

2- 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، والاتحادات النوعية كالعمال والفلاحين والنساء والحرفيين والاتحادات المهنية النوعية المتعددة ودورها المتنامي كقوة 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 للتتظيمات 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 متعددة⁵¹⁴.

⁵¹⁴ - د. حسن كبره - المرجع السابق ص - 674-675، ود. محمد حسنين - المرجع السابق - ص 169.

3- الشركات المشتركة:

أبرزَ 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 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.

4- الوقف :

14- 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 (54) من القانون المدني السوري قد أعطت الأوقاف المحصورة بالوقف الخيري بمجرد تكوينها الشخصية الاعتبارية سواء كانت إسلامية أم غير إسلامية .

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 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))⁵¹⁵، وقد تم تصنيف مجموعة الأشخاص الاعتبارية الخاصة في فرنسا إلى خمسة أشكال هي: الجمعيات، والنقابات المهنية، والمحافل الدينية(الطوائف)، والشركات، والمؤسسات⁵¹⁶. لذا، نجد أنه ليس من دأع 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، وتقسّم الأشخاص الاعتبارية الخاصة إلى الشركات والجمعيات والمؤسسات، وتم التفصيل في كل من هذه الأنواع من الشخصيات الاعتبارية من خلال وضع أحكام خاصة لكل منها⁵¹⁷. لذلك لن نبحث في جميع الأشخاص الاعتبارية الخاصة والتي يمكن الرجوع بشأنها إلى صكوك إحداثها، ونعرض للأشخاص المذكورة آنفاً وفق الآتي:

⁵¹⁵ - انظر المادة(54) من القانون المدني، وهي متطابقة مع أكثر القوانين المدنية في الدول العربية.

⁵¹⁶ - انظر: frères Mazeaud- op sit. Page 333.

⁵¹⁶ - انظر:

⁵¹⁷ - Charbonnier- Droit civil volume(1)- op-cit-page :697-

⁵¹⁷ - انظر:

1-الشركات:

تمّ التعبير عن الشركات بمعنيين. إذ يشير المعنى الأول إلى الأساس المنشئ للشركة، وهو عقد الشركة المعروف بأنه العقد الذي يلتزم بمقتضاه شخصان فأكثر سواء من الأشخاص الطبيعيين أم الاعتباريين بالإسهام في مشروع معين لتحقيق غرض ما يتفق مع أهداف الشركة، وبهذه الصيغة عرّف القانون المدني الشركة على أنه ((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))⁵¹⁸، ويشير لمعنى 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 الاعتبارية⁵¹⁹. لذلك سنعلم بين الشركات المدنية والشركات التجارية بوصفها تعبيراً عن إرادة مجموعة من الأشخاص تسعى لتحقيق غرض محدد⁵²⁰:

⁵¹⁸ - المادة(473) مدني سوري، والماد (475) أردني، و(416) مدني جزائري، والمادة (505) مدني مصري، والمادة(654) من قانون المعاملات الإماراتي، والمادة(1382) مدني فرنسي .

⁵¹⁹ - المادة (474) مدني سوري والتي تنص على أن((1- تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً. ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التي يقرها القانون-2. ومع ذلك للغير إذا لم تقم الشركة بإجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها))، ومثلها المادة(583) أردني، والمادة(417) جزائري، والمادة (506) مصري، والمادة(656) إماراتي.

⁵²⁰ - د. حسن كيرة - المرجع السابق - ص 676 وما بعدها. د. عبد الحي حجازي- المرجع السابق- ص 525 وما بعدها، ود. رمضان أبو السعود - الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني - المدخل إلى القانون- وبخاصة المصري واللبناني - النظرية العامة للحق - الدار الجامعة - بيروت - لبنان- 1992- ص 375 وما بعدها، ود. محمد حسنين - المرجع السابق- ص- 171 وما بعدها، ود. علي حسن نجيدة - المرجع السابق- ص302 وما بعدها، وانظر أيضاً:

- Gérard Cornu Droit - Introduction- Les personnes- op.cité. page;343. .
-MALAURIE -op cité-page :156..
- Charbonnier-- op.cité. .page;721.

- الشركات المدنية:

تُعَدُّ 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 (473) 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 أن 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 لذلك⁵²¹.

- 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

⁵²¹ - المادة (3) من قانون الشركات السوري رقم (3) لعام 2008

بالشخصية الاعتبارية في حدود الغرض التي أنشئت لتحقيقه، كما تخضع للاعتراف الخاص، ويحكم عمل الجمعيات التعاونية في سورية نظامان أحدهما عام ويتعلق بكل أنواع الجمعيات، وآخر خاص يتعلق بالجمعيات التعاونية السكنية، وتتعدد أنواع وأشكال الجمعيات وتزداد مساحة انتشارها، وتتوعد أهدافها وأغراضها حتى أصبح من الممكن القول إنه في كل بيت أكثر من جمعية سواء كانت خيرية أم 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:

عدّ المشرع السوري المؤسسات في المادة (54) 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، و يمكن أن تظهر تحت اسم شركات مدنية أو جمعيات تعاونية، وهذا الأمر دعا المشرع المصري إلى إصدار القانون رقم (32) لعام 1964 الذي نظم هذه المؤسسات، وسماها المؤسسات الخاصة تمييزاً لها عن المؤسسات العامة، وتعد 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 (93) لعام 1958 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 سواءً لجهة إنشائها وتنظيمها وإدارتها، وكذلك بالنسبة للحقوق والالتزامات، وبالتالي

يمكن الإحالة في هذا الأمر إلى المؤسسات القانونية ذات الصلة⁵²²، 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 الأسرة⁵²³، 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 القانونية⁵²⁴.

رابعاً: حماية الشخص الاعتباري وحماية الشخص الطبيعي:

يترتب على قيام الشخص الاعتباري ككائن وجودي غير حي تمتعه بالشخصية القانونية، وصلاحيته لاكتساب الحقوق، وتحمل الالتزامات، إلا أن 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 هو أن الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق ويتحمل 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

⁵²² - د. حسن كيره - المرجع السابق ص- 695-701، ود. عبد الحي حجازي- المرجع السابق-

ص535-538، ود. عبد السلام علي المزوغي - المرجع السابق- ص283-285، ود. علي حسين

نحيده - المرجع السابق - ص 315-318، وانظر أيضاً:

- Charbonnier-- op. cité. page703-706.

⁵²³ - المادة(80) من القانون المدني السويسري 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).

⁵²⁴ - د. حسن كيره - المرجع السابق- ص 695-701، و: -Philippe MALAURIE -op cité-

مسألتي الجنس، والعمر أو وعلاقات القرابة، (telles que le sexe, l'âge ou la parenté)⁵²⁵، ومهما كان البيان، يمكن أن نحدد بعض أهم الحقوق الملازمة للصفة الإنسانية التي لا يتمتع بها الشخص. إاعتباري 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 وصلاحيات مطلقة في اكتساب الحقوق مالم يقضي 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:

أ- الحقوق الفكرية: يثور جدل حول مدى تمتع الشخص الاعتباري بالحقوق الفكرية، ولاسيما منها الحق المعنوي للمؤلف، حيث يعدّه بعضهم أن هذا الحق من ثمار العقل الإنساني وإبداعاته، ويظهر في حالة تفرد وتجلي ووعي وحالة نفسية لا يمكن تصور قيامها إلا عند الإنسان وبالتالي يستحيل إعطاء الحق المعنوي للمؤلف إلى الشخص الاعتباري الذي يفتقد إلى الخلق والإبداع المحصور في الذهن البشري⁵²⁶، ويعد مؤلفاً الشخص الذي يبتكر أثراً أدبياً أو فنياً، أو الذي يبتكر مصنفاً

⁵²⁵ - انظر كل من:

- Tercier : op . cité . page:75- .-Philippe MALAURIE -op cit-page :153

-Les frères Mazeaud- op sit. Page :312

وانظر أيضاً: د.حسن كيره- المرجع السابق - ص642-646، ود. رمضان أبو السعود - الوسيط-

ص360-363، ود. علي حسن نجيد- المرجع السابق- ص 282-285، ود. هشام القاسم -المرجع

السابق- ص421، ود.عبد السلام علي المزوغي- المرجع السابق- ص259

⁵²⁶ - د . حسن كيره - المرجع السابق- ص643-644، وانظر أيضاً:

-Gabriel Marty et Pierre Raynaud-Droit Civil -op.cit- page :933

في الآداب والفنون والعلوم⁵²⁷، وعلى هذا يمكننا القول بأن المؤلف هو الشخص الذي يخرج الفكرة من إطارها الذاتي الداخلي إلى العالم الخارجي في مصنفات متنوعة ومختلفة، بحيث يكون لها أثر خاص متميز عما سبقها⁵²⁸. فالمؤلف هو من ينشر المصنف منسوباً إليه سواءً بذكر اسمه على المصنف أم بأية طريقة أخرى بما في ذلك استعماله اسماً مستعاراً إلا إذا قام الدليل على غير ذلك⁵²⁹. ولا يكون بالمبدأ إلا شخصاً طبيعياً باعتباره يتمتع بخاصية التفكير، وأن الأشخاص المعنوية لا تملك القدرة على التفكير، إلا 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 الأشخاص المعنوية أشخاصاً طبيعيين ليقوموا بعملية التفكير عنها لحسابها ومصحتها، وبالتالي فإنه يمكن اعتبارها على سبيل المجاز مؤلفاً⁵³⁰، وقد نصت المادة (13) من قانون حق المؤلف السوري على أن ((تتمتع هيئات البث الإذاعي أو التلفزيوني بحق دخولها منع أي استغلال لبرامجها بغير ترخيص كتابي مسبق منها ويعد 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 (31) 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

527 - د. عبد الله مبروك النجار - افتراض الشخصية وآثاره في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - 1996 - ص 217-218؛

Marty et Raynaud- Droit civil ;3éd . - les personnes- 1976,p :1280 .

528 - د. محمد واصل - المرجع السابق - ص 398

529 - المادة (1) من قانون حق المؤلف السوري رقم (12) لعام 2001.

530 - د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج 8 - دار النهضة - 1967 - ص 326.

فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة يعد 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))⁵³¹، 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 التي يتمتع بها الشخص الطبيعي، ويعبر عنها في أكثر الأحيان بالحرية الاقتصادية والمنافسة أو المزاومة المشروعة، وكذلك الأمر ذاته بالنسبة لمسألة الحق في حماية الحياة الخاصة والحق في الشرف، والحق في الاسم إلا أن هذه المسائل قد حسمت لمصلحة الشخص الاعتباري⁵³².

خامساً: تخصيص الشخص الاعتباري

بعدُ 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 أنشأ لأجله، فشخصيته مرتبهة بهدفه يعيش معه وتنتهي حياته به ويقال أن شخصيته هي شخصية

⁵³¹ - المادة (4/ب) من الاتفاقية العربية لحق المؤلف الموقعة في بغداد في 1981/11/5 والمصدقة من الحكومة القطرية بالمرسوم رقم (50) لسنة 1986 - مجموعة تشريعات قطر 1961-1990 - المجلد الأول - وزارة العدل - ص 419-427.

Tercier : op . cit. Page: 76.

⁵³² - انظر :

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:

1 - 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 المعنية⁵³³، أو مدنياً⁵³⁴، أو إدارياً⁵³⁵، 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، وبالتالي فإنه يتمتع بكل الحقوق وصلاح لتحمل كل الالتزامات طالما أن ذلك لا يخالف القانون أو النظام العام أو الآداب العامة.

⁵³³ - المادة (85) من قانون الشركات السوري.

⁵³⁴ - الفقرة (2) من المادة (4) من قانون الشركات السوري.

⁵³⁵ - الفقرة الأولى من المادة (4) من قانون التجارة المواد (72، 119، 172 و 196 من قانون الشركات السوري.

2- تخصيص نظامي⁵³⁶ :

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، كما أنه لكل 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 المختصة⁵³⁷، وعلى هذا، نستبعد من الحقوق الملازمة للشخص الاعتباري تلك الملازمة لصفة الشخص الطبيعي سواء كانت محل اتفاق أم كانت محل خلاف.

المطلب الثاني

الحقوق الملازمة للشخص الاعتباري

إذا كان الجدل والخلاف قائم 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 تم تحديد هذه الشخصية وبيان مقوماتها وأنواعها، سواء كانت تنضوي 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

- Gabriel Marty et Pierre Raynaud-Droit Civil -op.cit-

⁵³⁶ - انظر :

page :935

⁵³⁷ - د. عبد الحي حجازي- المرجع السابق - ص543-544، ود. حسن كيرة- المرجع السابق-

ص646،

الشخصية الاعتبارية يجعلنا نقف عند حدود الحقوق التي ترتبط به ارتباطاً وجودياً فتجعله يؤدي وظيفته التي خلق من أجلها.

أولاً: الذمة المالية للشخصية الاعتبارية⁵³⁸

يقضي المبدأ القانوني أنه 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 التضامن وشركات التوصية البسيطة⁵³⁹. مع ذلك فإن الأمر يتطلب تعريف الذمة المالية وبيان طبيعتها، وتحديد خصائصها، وفائدتها في المطالبين الآتيين:

1- تعريف الذمة المالية وطبيعتها القانونية

تتعدد تعريفات الذمة المالية للشخصية القانونية سواء كانت شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً، كما تتمتع الذمة المالية بطبيعة قانونية خاصة، ومنها: أنها مجموع ما يثبت للشخص من حقوق وما عليه من التزامات في الحاضر والمستقبل⁵⁴⁰، أو هي وعاء افتراضي للحقوق ذات القيمة المالية، أو هي جزء من المجال القانوني الذي يعمل فيه الشخص الاعتباري والمحرك الأساسي لنشاطه⁵⁴¹

و تُعدّ الذمة المالية وفقاً للتعريف المتداولة لها أشبه بالصندوق المالي للشخصية الذي يحتوي مجموع ما لديها من مال ومجموع ما عليها من ديون دون أن تمثل رصيداً حسابياً بينهما، وبغض النظر عما إذا كان الرصيد دائناً أو مديناً، وهي

538 - د. محسن البيسة- شرح القانون المدني الكويتي- نظرية الحق- مكتبة الصفار - الكويت- الطبعة الأولى 1994- ص-276-308.

539 - د. محمد إبراهيم دسوقي- المرجع السابق - ص 312.

540 - د. محمد وحيد الدين سوار- دليل التمارين العملية في المدخل للعلوم القانونية- مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان - الأردن - 1993- ص181، و د. حسن كيره - المرجع السابق- ص499، د.

إدريس العلوي العبدلاوي- المرجع السابق- ص191

541 - د. محمد حسنين - المرجع السابق- ص139.

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 جزءاً للوفاء ببعض الديون عن طريق الرهن أو التأمين⁵⁴². وفي جميع الأحوال تتمثل الذمة المالية بالكيان الاقتصادي للشخصية، وتتفق الطبيعة القانونية للذمة المالية مع مفهوم الذمة المالية للشخص الطبيعي.

ثانياً: خصائص الذمة المالية للشخصية الاعتبارية⁵⁴³

تعدّ 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 الآتية⁵⁴⁴:

1- الذمة المالية من الحقوق الملازمة للشخصية الاعتبارية:

لا توجد ذمة مالية إلا مع وجود الشخصية القانونية لأنها ترادف معنى اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، كما لا توجد شخصية قانونية دون ذمة مالية، وبالتالي فإن 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 تتجزأ،

⁵⁴² - د. جميل الشرقاوي - دروس في أصول القانون - دار النهضة العربية - 1971 - ص 337، ود. محمد

حسنيين المرجع السابق - ص 140-141

⁵⁴³ - د. علي حسن نجيدة - المرجع السابق - ص 244-245، ود. رمضان أبو السعود - الوسيط - مرجع

سابق - ص 304-305، ود. هشام القاسم - المرجع السابق - ص 366-368،

⁵⁴⁴ - د. جلال علي العدوي ود. رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص 83-90، ود. هشام القاسم -

المرجع السابق - ص 365-368، ود. محمد حسنيين المرجع السابق - ص 141-147

ولا تقبل التنازل، أو التصرف ككل بل ينصب التصرف على بعض عناصرها المكونة لها. فالحقوق يحل بعضها محل بعض وكذلك الالتزامات.

2- الذمة المالية مال مخصص لغرض محدد:

يقال إن 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 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

3- الذمة المالية وحدة قانونية مستقلة عن عناصرها:

لا تقوم أية رابطة قانونية بين الذمة المالية والشخصية القانونية، ولا يتحتم أن يكون لكل شخص ذمة مالية. فقد لا تكون له حقوق والتزامات متقابلة، وإن القول بأنها مجموع ما 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، وبالتالي يجب تعريف الأهلية وبيان أنواعها، وإقامة التفريق بينها وبين أهلية الشخص الطبيعي.

1- أهلية الوجوب للشخص الاعتباري⁵⁴⁵

تُعدُّ أهلية الوجوب من أهم عناصر الشخصية القانونية سواءً كانت شخصاً طبيعياً، أم شخصاً اعتبارياً بحسبان أن الغاية من الاعتراف القانوني بوجود هذه 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 سواءً 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 في أن يكون مديناً للغير سواءً كان هذا الغير شخصاً طبيعياً أم شخصاً اعتبارياً آخر.

يقضي المبدأ القانوني أن صلاحية أو إمكان 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 .

2- أهلية الأداء للشخص الاعتباري

تُعدُّ أهلية الأداء الوجه الحركي للأهلية العامة للشخصية لأن أهلية الوجوب تتمثل في اكتساب الحقوق والتمتع بها أما أهلية الأداء فتتمثل في القدرة على إبرام

⁵⁴⁵ - د. رمضان أبو السعود - الوسيط - مرجع سابق - ص 359-363 ود. عبد الحي حجازي - المرجع

السابق - ص 541-544، ود. علي المزوغي - المرجع السابق - ص 257-260.

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 اعتباري⁵⁴⁶.

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 بحسبانه 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 إرادته⁵⁴⁷. إلا أن هذه الإشكالية في أهلية الأداء فقد تم حلها بالنسبة للشخص الطبيعي عندما يكون قاصراً، أو يتعرض لعارض من عوارض الأهلية كالجنون والعتة 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)⁵⁴⁸، 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 المحضة⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ - د. حسن كيره - المرجع السابق - ص 655-660، ود. رمضان أبو السعود - الوسيط - مرجع سابق - ص 363-370، ود. علي حسن نجيدة - المرجع السابق - ص 294-297، ود. عبد السلام علي المزوغي - المرجع السابق - ص 266-262، ود. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - ص 544.

⁵⁴⁷ - د. محسن البيسة - المرجع السابق - ص 419.

⁵⁴⁸ - المادة (3/55) مدني سوري، والمادة (3/53) مدني مصري، والمادة (1/48) مدني عراقي، والمادة (3/53) مدني ليبي، والمادة (3/93) معاملات إماراتي، والمادة (50) مدني أردني،

⁵⁴⁹ - د. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - ص 544-545..

و يتمتع الشخص الاعتباري بحق إبرام التصرفات القانونية التي تجعل منه دائماً أو مديناً بواسطة نائب عنه يمثل 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 تعد أبرز وسيلة قانونية للتصرفات التي تتم من قبل أشخاص القانون، وعلى هذا يمثل الدولة رئيسها، ويمثلاً الوزارة الوزير القائم عليها، ويمثل الإدارات والهيئات والمؤسسات والشركات العامة القائمين 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 الأصل (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 ذهبت بعض الآراء إلى القول أنها بمثابة الوكالة وتسري بشأنها أحكام الوكالة إلا أن هذا القول لا يستقيم لأن الوكالة تفترض تلاقى إرادتين هما إرادة الموكل وإرادة الوكيل وهذا غير متوفر في النيابة عن الشخص الاعتباري، وذهبت آراء أخرى إلى القول أنه 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، ينما 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 النيابة⁵⁵⁰. فمهما كانت الآراء التي

550 - د. رمضان أبو السعود - الوسيط - مرجع سابق - ص 365-368

قيلت بشأن طبيعة النيابة عن الشخص الاعتباري حقيقة 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 وبالتالي فهي نيابة مصدرها القانون ومضمونها يحدده النص التشريعي أو النظام الأساسي أو إرادة المجموعة التي يتألف منها الكيان⁵⁵¹.

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:

551 - د. محمد وحيد الدين سوار - النظرية العامة للالتزام - ج 1 - المطبعة الجديدة - دمشق - 1977 - ص 252.

أ- مسؤولية الشخص الاعتباري المدنية⁵⁵²: يقوم الاتفاق بين التشريع والفقهاء على تحميل الشخص الاعتباري المسؤولية المدنية سواء كانت مسؤولية عقدية أم 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 أنها شخصية يتحملها من ارتكب الفعل المجرم 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 الحكم⁵⁵³، كما الحكم بوقف نشاط أو عمل كل نقابة، وكل شركة، أو جمعية، وكل هيئة اعتبارية ما خلا الإدارات العامة إذا اقتترف مديروها أو أعضاء إدارتها أو ممثلوها أو عمالها باسمها أو

⁵⁵² - د. حسن كيره - المرجع السابق - ص 661، ود. رمضان أبو السعود - الوسيط - مرجع سابق - ص

370، ود. علي حسن نجيدة - المرجع السابق - ص 298، ود. عبد السلام علي المزوغي - المرجع

السابق - ص 261، ود. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - ص 547

⁵⁵³ - المادة (209) عقوبات سوري

بإحدى وسائلها جنائية أو جنحة مقصودة يعاقب عليها بسنني حبس على الأقل⁵⁵⁴، كما يمكن الحكم جزائياً على الشخص الاعتباري بالحل إذا لم ينقيد 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 الحل⁵⁵⁵.

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 (2) من المادة (55) 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 (12) 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:

1- 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 يراجع

⁵⁵⁴ - المادة (108) عقوبات سوري.

⁵⁵⁵ - المادة (109) عقوبات سوري.

أو أن يخاطبه فيه، وهو في الأصل من الحقوق الخاصة بالإنسان لأنه مصطلح مشتق من كلمة وطن، والوطن في اللغة هو منزل الإنسان ومحلّه الذي يقيم فيه، وكل مكان أقام فيه هو موطن له⁵⁵⁶، وللموطن أهمية كبيرة في حياة الشخص سواء كان شخصاً طبيعياً أم 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 منقطعة لا يوجب اعتبار هذا المكان موطناً له بالإضافة إلى موطنه الأصلي))⁵⁵⁷، وقالت أيضاً أن ((الموطن في القانون العام هو المكان الذي يقيم فيه الشخص المطلوب تبليغه عادة، ويجوز أن يكون للشخص الواحد أكثر من موطن، وقد عرفه الاجتهاد القضائي بأنه المنزل حيث الإقامة الدائمة))⁵⁵⁸، وقالت أيضاً ((إن كلمة الموطن تشمل في صدد التبليغ كل موطن سواء أكان دائماً أم مؤقتاً أو قانونياً أو مختاراً أو موطن أعمال))⁵⁵⁹. أما بالنسبة للشخص الاعتباري فإن موطنه هو المكان الذي توجد فيه المؤسسات الرئيسية للمشروع⁵⁶⁰، وقالت عنه محكمة النقض الفرنسية إنه مركز الشخص الاعتباري (La siége social)، وهو المكان الذي توجد فيه الإدارة للرئيسة للمشروع القانونية والمالية والتقنية وليس بالضرورة مكان الاستثمار أو

⁵⁵⁶ - انظر لسان العرب - ابن منظور - حرف - (الواو) .

⁵⁵⁷ - نقض - قرار رقم 2142 أساس 7393 تاريخ 1991/7/30 - محامون ص 823 لعام 1991.

⁵⁵⁸ - نقض أساس 465 - قرار رقم 318 تاريخ 1996/6/8 . كتاب قانون الإجراءات بين الفقه والاجتهاد . القاضي كامل الشيخ قاسم . الجزء الأول . صفحة 80.

⁵⁵⁹ - قض قرار رقم 203 تاريخ 8 / 6 / 1964 - مجلة القانون لعام 1964 - ص 483 .

⁵⁶⁰ - 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

الاستغلال حيث توجد إدارة ثانوية⁵⁶¹، 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 أجنبياً⁵⁶².

2- أهمية الموطن: تتجلى أهمية الموطن بالنسبة للشخص الاعتباري في أنه المكان الوحيد الصالح أصلاً لتلقي كل ما يتعلق به من تبليغات أو إنذارات، أو إغذارات، أو إخطارات أو شكاوى، ولا يجوز توجيه هذه الوثائق إلا إلى الموطن المذكور، وبالتالي فإن 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 يؤخذ بالحسبان هذا الموطن عند إقامة الدعاوى عليه أو عند تبليغه السندات أو الأوراق القضائية. إلا أنه على الرغم من اعتبار الموطن من الحقوق الملازمة للشخص الاعتباري، فإن المشرع تجاهل هذه الصفة في معرض تبليغ الأوراق القضائية إذ وضعت المادة (25) 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 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

561 - انظر نقض فرنسي في 1935/7/17 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 373.

562 - وفق أحكام المادة (55) مدني سوري.

لشخص أي من المذكورين أينما وجد، أو في موطنه⁵⁶³، ويعد 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 الاعتباري⁵⁶⁴.

3- 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 فإن الموطن لا يكون 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، ويتلزم 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 وفعلياً وليس صورياً، ويكون كذلك عندما يكون النشاط الذي يمارسه 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 عادةً، 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 القانون⁵⁶⁵. ويقضي

⁵⁶³ - انظر نص المادة (25) أصول سوري .

⁵⁶⁴ انظر:

Bucher : op . cit . P : 192 .

⁵⁶⁵ - د. عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص - الجزء الأول - الطبعة الحادية عشر - الهيئة المصرية

العام للكتاب - 1986 - ص 745

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^{566، 567، 568}، ومع ذلك، ليس 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 الجديد⁵⁶⁹. فأهمية بيان مركز الإدارة الرئيس تبرز في أنه يساعد على تعيين المحكمة المختصة بنظر المنازعات التي يكون الشخص الاعتباري طرفاً فيها، ويساعد المحكمة على بيان المحل الذي يجب فيه تبليغ الدعاوى المقامة عليه وكافة الأوراق القضائية⁵⁷⁰.

Cass. Civ.29-11.1950.Dalloz1951-

- 566

-somm.13

Cass. Civ.29-11.1950.Dalloz1951-

- 567

-somm.18

⁵⁶⁸ - نصت المادة(2/12) مدني سوري على أن ((النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، ومع ذلك، فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في سوريا، فإن القانون السوري هو الذي يسري)).

⁵⁶⁹ - د. شمس الدين الوكيل - الموجز في الجنسية ومركز الأجانب - منشأة المعارف - الإسكندرية - الطبعة الثالثة 1968 - ص 435-438، والمادة(54) مدني سوري

⁵⁷⁰ - د. علي سليمان العبيدي - دراسات في القانون التجاري المغربي - مطبعة الأمنية - الرباط 1966 - 261، ود. علي حسن بونس - الوسيط في الشركات التجارية - دار الفكر العربي - القاهرة 1960 - ص33.

ب- المواطن الفرعي للشخص الاعتباري⁵⁷¹: 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، فإن 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 ولذلك إن المكان المذكور يعد 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 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 يعد 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

⁵⁷¹ - د. توفيق حسن فرج- المدخل للعلوم القانونية(النظرية العامة للقانون - النظرية العامة للحق) - الدار

الجامعة- بيروت- 1988- ص762.

وفق القوانين والأنظمة النافذة، ولأمثلة 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 فروع⁵⁷².

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 نقره 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))⁵⁷³. لذا، فإن الموطن المعتمد للشركات الأجنبية هو موطن مركز إدارتها الرئيس الفعلي والحقيقي، إلا أنها بالنسبة للدولة المعنية فإنه يمكن أن تعتمد مركز الشركة 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

⁵⁷² - د. رمضان أبو السعود - الوسيط - مرجع سابق - ص 373-374.

⁵⁷³ - المادة (55) من القانون المدني السوري.

فرع في سوريا، فيجب تبليغها إلى مركزها الرئيسي))⁵⁷⁴، 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 الوطنية⁵⁷⁵.

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 إنجازه، وهذا ما أكدته المادة (45) 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))، وبالتالي فإن شروط الموطن المختار تقتضي أن يقتصر على عمل قانون محدد ومعين، وأن يكون مكتوباً، وأن يقتصر أثره على العمل 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

⁵⁷⁴ - نقض سوري قرار رقم 34 تاريخ 3 / 11 / 1960 مجلة القانون - ص 197 لعام 1961 وآخر برقم

193 تاريخ 10 / 3 / 1971 المحامون لعام 1971 - ص 192 .

⁵⁷⁵ - انظر قانون الشركات والمحلات التجارية المؤسسة بالخارج السوري رقم (34) لعام 2008.

أخرى، كما أن اتخاذ موطن مختار في عمل معين أو دعوى معينة لا يعني لزوماً أن هذا الموطن هو الموطن المختار في عمل قانوني آخر⁵⁷⁶.

4- 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 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 الإعذارات 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 (11) من قانون أصول المحاكمات السوري أن يدفع تأميناً لضمان الوفاء بالرسوم والمصاريف

⁵⁷⁶ - نقض عمالي سوري - قرار رقم 348 تاريخ 1971/3/28 مجلة القانون لعام 1971 - ص 137، وجاء في قرار آخر أنه ((لا يصح التبليغ في الموطن المختار إلا بالنسبة للعمل القانوني الذي تم اختيار الموطن من أجله)) - نقض قرار رقم 34 تاريخ 1960 / 11 / 3 مجلة القانون ص 197 لعام 1961 .

التي يمكن أن يحكم عليه بها، إلا إذا كان وضعه في الدعوى يضمن مثل هذه الاقتطاعات فعندئذ يكون عدم دفعه التأمين اللازم مبرراً⁵⁷⁷.

و يتميز حق النقاضي الممنوح للشخص الاعتباري عن ذات الحق الممنوح للشخص الطبيعي في أنه يحمي مجموع مصالح وليست مصلحة فردية واحدة، وبالتالي فإن هذه الكائنات الجديدة تملك سلطة جديدة لا يملكها الشخص الطبيعي الذي لا يستطيع أن يرفع الدعوى إلا لحماية مصلحة خاصة به وعليه فإن حق النقاضي الممنوح للشخص الاعتباري يتميز بمجموعة من الخصائص نلخصها في الآتي⁵⁷⁸:

أ- يستطيع الشخص الاعتباري أن يرفع الدعوى باسمه ممثلاً بنائبه للدفاع عن مجموع مصلحة سواء كانت مبنية أساساً على مجموعات الأشخاص أم مجموعات الأموال.

ب- إن حق الشخص الاعتباري بالنقاضي يخول النقابات المهنية أو بعض الجمعيات النوعية المختصة سلطة رفع الدعاوى باسمها للدفاع عن مصلحة المهنة التي تمثّلها، والفكرة والغرض الذي تسعى لتحقيقه⁵⁷⁹.

ج- يعد الحق بالنقاضي من مستلزمات أهلية الوجوب التي يتمتع بها الشخص الاعتباري، وبالتالي فإنه من مقتضى صلاحية اكتساب الحقوق حمايتها وإقتضاؤها عند اللزوم.

577 - نقض سوري - قرار رقم 536 أساس 715 تاريخ 1978/4/18 مجلة القانون . ص 109 لعام 1978.

578 - د. هشام القاسم - المرجع السابق - ص 433-437، ود. غالب علي الداودي - المدخل إلى علم القانون - دار وائل للطباعة والنشر - الأردن - عمان 1999 - ص 266-267.

579 - انظر المادة (2/42) من قانون تنظيم مهنة المحاماة السوري رقم 39 تاريخ 1981/8/21م على أن ((يشمل اختصاص مجلس النقابة ما يتعلق بشؤون المهنة، وعلى وجه الخصوص: الحفاظ على مبادئ المهنة ونقلها والعمل على تحقيق أهدافها ورفع مستواها والدفاع عن حقوق النقابة والحقوق المهنية لأعضائها)).

الباب الرابع
مضمون الحق
Contenu du droit



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 نجدتها في نطاق الحقوق العينية التبعية هي الضمان، وهو ضمان الوفاء بالحق الشخصي. هذا الضمان الذي يمنح صاحبه مزيته المتبع والأولية 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، أن المحل الذي قد يقع عليه الحق يمكن أن يكون شيئاً أو عملاً، فأعطاء 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 . و كان يعرف المال **Le bien** منذ قديم الزمان بأنه كل شيء نافع للإنسان يمكن له أن يستأثر به دون غيره . ويكون محلاً للحقوق

فهو إذن وفق مفهومه الأول عبارة عن أشياء قابلة للتملك أما الأشياء الغير قابلة للتملك فلا تحمل مفهوم المال .

ونستطيع القول أن مفهوم المال مفهوم متبدل instable ويتغير مستمر إلى أن وصل مفهومه الحديث المتجسد بالحقوق ذات القيمة المالية patrimoiaux Valeurs وبغض النظر 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 عليها¹. 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 بأن الأموال كانت تعتبر كلها أشياء، و ثم 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 فعُدل هذا المفهوم بحيث لم تعد الأموال قاصرة على

¹ - المدخل إلى العلوم القانونية أو النظرية العامة للقانون / محمد محمود عبد الله / جامعة دمشق - 1982 -

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

تنقسم الأشياء إلى تقسيمات كثيرة أهمها تقسيمها إلى:

- 1- الأشياء القابلة للتعامل والأشياء الخارجة عن التعامل.
- 2- الأشياء المنقولة والأشياء الثابتة.
- 3- الأشياء الاستهلاكية والأشياء الاستعمالية.
- 4- الأشياء المثلثة والأشياء القيمة.
- 5- الأشياء المادية والأشياء المعنوية.
- 6-

المبحث الأول

تقسيم الأشياء إلى منقولة وثابتة

قضت المادة 84 من القانون المدني على أن "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، بوصفها قاعدة عامة، أن كل ما ليس عقاراً يعد منقولاً. ويستخلص من النص أيضاً أن العقار هو كل شيء مستقر ثابت لا يمكن نقله من مكان لآخر ونستنتج أنه هناك تقسيمان رئيسيان للأشياء: العقارات والمنقولات.

المطلب الأول

العقارات Les immeubles

فقد قضى القانون المدني بالنص على نوعين من العقارات، العقارات بطبيعتها، والعقارات بالتخصيص.

أولاً - العقارات بطبيعتها : Les immeubles par nature

عرّف القانون المدني ⁽¹⁾ 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 84 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 اليوم المخصصة للمشاتل الزراعية فكل ما يغرس فيها يعد عقارات بطبيعته لذلك لا عبرة 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 ما دام متصل بالأرض اتصال قرار وسواء كان على سطح الأرض كالأبنية متعددة الطوابق أو المستودعات أم في باطن الأرض كالآبار والأنفاق ، والأمر سيان سواء كانت على سبيل التوقيت

(1) - المادة 1/84 من القانون المدني

أم الديمومة وبعد من قبل البناء الجسور والسدود فهي عقارات بطبيعتها في حين أن الإنشاءات التي لا تتصل بالأرض اتصال قرار وتقوم على دعائم متنقلة 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 يعد 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 بأن القانون المدني السوري صنّف العقارات في الجمهورية العربية السورية في المادة 86 منه إلى خمسة أصناف مستنداً في ذلك على القرار 3338 لامبرية لعام 1930 .

1- العقارات الملك :

وهي العقارات القابلة للملكية المطلقة والكائنة داخل مناطق الأماكن المبنية والمحددة إدارياً ⁽¹⁾ .

ولا يشترط أن تكون من المباني التي أشيدت فعلاً حتى تكون ملكاً بل يكفي أن تكون داخلة في مناطق التقسيم الإداري المخصصة للبناء وفقاً لقانون التنظيم العمراني رقم 9 لعام 1971 المتعلق بتقسيم وتنظيم المدن. هذه المناطق المخصصة

(1) - المادة 86 من القانون المدني السوري .

للبناء لا بد من تحديدها بقرار إداري يصدر عن السلطة المختصة كالوحدة الإدارية أو البلدية أو مجالس المحافظات أو مجالس المدن (1).

في حال استيفاء ذلك الشرط الجوهري المذكور وهو واقعة دخول العقار ضمن هذه الأماكن المحددة إدارياً، فإن ذلك يكسب العقار صفة العقار الملك حتى ولو كان هذا العقار عقاراً أميرياً وفق ما سنرى ذلك لاحقاً.

وفي الغالب، ينقلب العقار الملك إلى أميري وبالعكس من أميري إلى ملك بحسب دخوله مناطق التحديد والتقسيم الإداري أو خروجه منها.

2- العقارات الأميرية :

وهي العقارات التي تكون رقبته للدولة، ويمكن أن يقع عليها حق التصرف (2) وبمطلق الأحوال فهي تشمل جميع العقارات الخارجة من الأماكن المبنية والمحددة إدارياً (3).

ينشأ هذا النوع من العقارات في عهد الدولة العثمانية فاعتبرت أن الأراضي المفتوحة ملكاً خاصاً للسلطات والذي يمتنع 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 التصرف بهذه العقارات أصبح بمثابة حق الملكية. فالقانون المدني السوري اعتبر النصوص المتعلقة بحق الملكية تسري على حق التصرف في الأراضي الأميرية ما لم ينص القانون خلاف ذلك (4).

(1) - راجع نقض سوري قرار 380 تاريخ 1967/12/16 ، مجلة المحامون - العدد 1 عام 1967 - ص 96 .

(2) - المادة 3/860 من القانون المدني السوري .

(3) - وهو المفهوم المعاكس للمادة 2/86 من القانون المدني السوري .

(4) - المادة 772 من القانون المدني السوري .

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⁽¹⁾.

ونستنتج أن العقار الأميري 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.

3- 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.⁽²⁾ ولكن حق الجماعة يبقى مقيداً بهذه العادات المحلية والأنظمة الإدارية فلا يحق لهم تجاوزها أو تعديلها أو تغييرها إلاّ 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.

(1) - المادة 774 من القانون المدني السوري

(2) - المادة 4/86 من القانون المدني السوري

ومحكمة النقض السورية اعتبرت في قرار لها (3) إن إساءة أصحاب حق الانتفاع في استعمال واستغلال العقار يجيز إسقاط حقهم بحكم قضائي بناء على ادعاء إدارة أملاك الدولة.

4- 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 و لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها. وعلى المحافظة أو البلدية التي تتبع لها واجب صيانتها وترميمها والحفاظ عليها.

5- 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 (1). 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 بأن الأراضي الموات تتبع إدارة أملاك الدولة وتخضع لأحكامها ولا يسري عليها التقادم ولو لم تكن مسجلة في السجلات العقارية أو في ملفات التملك باسم الدولة (2).

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.

(3) - نقض سوري 233 تاريخ 1954/7/12 مجلة القانون لعام 1955

(1) - المادة 6/86 من القانون المدني السوري .

(2) - المادة 1 من المرسوم التشريعي رقم 135 لعام 1952.

ثانياً - العقارات بالتخصيص :

إن القرار ذي الرقم 3339 لعام 1930 الناطم لأحكام الملكية، والذي أخذ بأحكام القانون المدني الحالي، تبنى هذا النوع من العقارات ونظم 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 (١)

فالعقار بالتخصيص هو بحقيقته منقول بطبيعته افتراض فيه القانون المدني الصفة العقارية حيث أنه يرصد لخدمة عقار ما .

في الواقع، هناك شروط جوهرية يجب توافرها لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص وهي:

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 كمنقول لا اندماجه في العقار الذي خصص المنقول لمنفعة هذا العقار .

ثانياً - أن تكون ملكية المنقول والعقار كمالك 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 كالأدوات التي يخصصها مالك الأرض الزراعية مثلاً لاستثمار العين المؤجرة (الأرض)

(١) - المادة 2/84 من القانون المدني السوري .

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 2/84 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 وبالتالي 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 كالاستغلال الزراعي. فالأدوات الزراعية والمواشي وخلايا النحل كلها عقارات بالتخصيص أما الاستغلال الصناعي كالآلات والسيارات والأجهزة الصناعية أيضاً تعتبر 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 بالتالي عقارات بطبيعتها لا بالتخصيص.

المطلب الثاني

المنقولات

لم يرد في القانون المدني السوري تعريفاً للمنقول وإنما يستشف هذا التعريف من المفهوم المعاكس لنص المادة 84 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 منقول. والأشياء المنقولة تشمل:

- المنقولات بطبيعتها

- المنقولات من حيث المآل

- المنقولات المعنوية

أولاً: المنقولات بطبيعتها *Meubles par nature*

وهي الأشياء المفسوح مجال نقلها ن 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 و الاستفادة من أنقاضه، بعد ترخيصه من السلطة المختصة، أو بيع أشجار الحور وهي قائمة بقصد قلعها.

فكل هذه الأشياء المذكورة تتصل بالأرض اتصال قرار ورغم 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 كالابتكارات والاختراعات والأموال وهو ما يطلق عليها الملكية الفكرية المعنوية واعتبرها المشرع من قبيل المنقولات^(١). وعلى ذلك، كل ما لا يدخل في التعريف الذي أطلقه القانون على العقار فهو منقول والتعريف القانوني للعقار على أنه 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^١، الأشياء الخارجة عن التعامل إما أن تكون

(١) - المادة 84 من القانون المدني السوري .

١ - المدخل لدراسة القانون: القاعدة القانونية-نظرية الحق/محمد حسن قاسم/بيروت-لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية(2006)، ص 468

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.

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 ذلك².

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.

² - المدخل إلى العلوم القانونية أو النظرية العامة للقانون / محمد محمود عبد الله / جامعة دمشق - 1982 -

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.

فالتفريق بين الأشياء المثلية والأشياء القيمة يقوم على أساس التماثل بين أفراد النوع الواحد أو عدم التماثل فإذا كان هناك تشابه أو تماثل اعتبرت هذه الأشياء مثلية أما إذا لم يتوافر هذا الشرط اعتبرت الأشياء قيمة¹.
والأشياء المثلية تقدر عادة بالعدد كالبيض والنقود أو بالمقاس أو بالكيل أو بالوزن.

والأشياء المثلية يمكن أن تعتبر قيمة عند التعاقد عليها، كما أن الأشياء القيمة يمكن أن تعتبر مثلية وبذلك تنقلب الأشياء من نوع إلى آخر وفقاً لقصد المتعاقدين

المطلب الثالث

لتقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمة آثار عديدة

فالالتزام الذي يكون محله شيئاً مثلياً 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.

¹ - المدخل لدراسة القانون: القاعدة القانونية-نظرية الحق/محمد حسن قاسم/بيروت- لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية (2006) . ص

الحقوق العينية لا ترد إلا على الأشياء القيمة أو المعينة بالذات بينما يمكن أن يكون المحل غير المباشر للحقوق الشخصية شيئاً قيمياً أو مثلياً.

انتقال الملكية يتم بمجرد العقد إذا كان الشيء قيمياً أو معيناً بالذات أما إذا كان الشيء مثلياً فلا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه.

المبحث الثالث

تقسيمات للأشياء لم يتعرض لها القانون المدني

هناك تقسيمات للأشياء لم يذكرها القانون المدني⁵⁸⁰.

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 للقسمة والأشياء الغير قابلة لها.

فالشيء القابل للقسمة هو الشيء الذي لا يكون في تجزئته ضرر بحيث يكون نوع المنفعة التي للأصل قبل القسمة ثابتاً لكل قسم منه بعدها أما الشيء الغير القابل

⁵⁸⁰ للتوسع راجع هشام القاسم، المرجع السابق، ص 497 وما بعدها

للقسمة فهو الذي تفوت بتجزئته المنفعة المقصودة منه، فالحيوان والجوهرة والسيارة هي من الأشياء غير القابلة للقسمة، أما الأرض والقمح والزيت ونحوها هي من الأشياء القابلة للقسمة.

المبحث الرابع

آثار التمييز بين العقار والمنقول

بعد هذه الدراسة الموجزة حول الأشياء المنقولة والأشياء الثابتة (العقارات) لا بد 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.

أ- لجهة القانون المدني:

فيما يتعلق باكتساب الحقوق العينية العقارية من شخص لآخر يخضع لإجراء شكلي ألا وهو التسجيل في السجل العقاري الذي سُمي 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 وبالتالي 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 الحيازة في المنقول هي سنداً للحائز⁽¹⁾ وبالتالي إن مجرد حيازة المنقول بسبب صحيح وبحسن نية تكسب الحائز ملكية المنقول باستثناء حالتي الضياع والسرقه.

في حين أن حيازة العقار لا تكسب ملكية بالتقادم إلاّ 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 إلاّ 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.

على أنه تجدر الإشارة بأن الاختصاص المحلي أو المكاني للمحاكم وفق قانون أصول المحاكمات المدنية لم يذكرها القانون بنص أمر، وبالتالي لا يعتبر من

(1) - راجع المواد 205 و 894 من القانون المدني السوري .

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 تنثار في أول جلسة وإلا سقط الحق بإثارتها.

- إن دعاوى الحيازة التي نص عليها قانون أصول المحاكمات المدنية⁽¹⁾. وهي دعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة ودعوى استرداد الحيازة لا تسمع إلا إذا تعلقت بحيازة العقار فحسب وبالتالي هذه 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⁽²⁾ في حين أن العقود الأخرى التي لا تحدد عقار ما عندئذ يسري عليها قانون

(1) - راجع المواد 65 - 70 - 71 من قانون أصول المحاكمات المدنية .

(2) - المادة 1/20 من القانون المدني السوري .

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
يقضي الأمر تطبيق قانون خاص آخر

- تفرض بحق الأجانب غير السوريين قيوداً 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 فروقاً 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.

وأيضاً في قانون العقوبات نرى 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 التخوم وغصب العقار وإتلاف
المزروعات والأشجار .

المبحث الخامس

التعسف في استعمال الحق

Abus de droit

لم يتخذ التعسف في استعمال الحق شكله كنظرية 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 .

المطلب الأول

استعمال الحق بوجه مشروع Usage Légitime

تبين 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 و لا 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 وبالتالي يشكل 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 والدساتير لا يضع صاحبه في موقع المسؤولية المدنية وذلك فيما إذا كانت المصلحة التي يجنيها من وراء استعماله لحقه تتعارض مع مصالح الأشخاص الآخرين يضرر 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 فيحجب عنهم الإطلالة 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 اعتباره 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، 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 سيولد 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 بد وأن يكون نسبي ومقيد 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 فعله هذا ضمن الدائرة غير المشروعة ويتعين إقامة مسؤوليته المدنية وإلزامه بالتعويض عن الأضرار الناجمة نتيجة فعله الضار بالجار.

المطلب الثاني

استعمال الحق بوجه غير مشروع Usage Illégitime

يتعين القول بادئ ذي بدء أن التعسف في استعمال حق ما، منح من القانون، مباشرة أم 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 فهو 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 فعله بالتالي 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 تسوية 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 منهل 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 ⁽¹⁾ 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 وبالتالي التعويض.

جاء نص المادة 6 من القانون المدني:

يكون استعمال الحق غير مشروع في الحالات التالية:

أ- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

(1) - المادة 6 من القانون المدني السوري .

ب- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

ج- 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 :

يعد 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 ومتعسفاً 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 يقتترن ذلك بالاستعمال بأية مصلحة جدية لصاحب الحق، فيجب، في هذه الحالة، إعمال مبدأ السلوك المألوف للرجل المعتاد ⁽¹⁾ وهنا ينقلب المعيار من ذاتي إلى معيار موضوعي

(1) - وهذا المبدأ من المبادئ المعترف بها في القانون المدني فهو يحدد سلوك الرجل المعتاد والذي هو من أوسع الناس فلا هو بالشخص الشديد الانتباه واليقظة ولا هو بالشخص معتاد الإهمال وإنما هو شخص عادي سوي يقتدر سلوكه بسلوك من وقع منه الضرر لتقدير مدى وجود فعل خاطئ أم لا

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 معياراً موضوعياً، 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 لا بد وأن يعتبر متعمداً في إحداث الضرر بالغير في معرض استعمال لحقه.

ولما كان المشرع في المادة السادسة، المذكورة أعلاه، من القانون المدني قد نص 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،

وبالتالي تقدير مسؤوليته من عدمها. راجع للتوسع: محمد حاتم البيات، النظرية العامة للالتزام ، المصادر غير الإرادية ، المرجع السابق، ص 80 وما بعدها.

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 وبحسن نية حدود ملكه بسننيمترات 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 إلا 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 تفضي 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 الأمرة 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 غيبي 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 بالتقاضي، وأخيراً يخضع هذا التعويض إلى سلطة المحكمة بحسب ظروف كل حالة على حدة.

تم بحمد الله

لائحة بأهم المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

1-مراجع عامة:

- أحمد أبو الوفاء، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة (8)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1965
- أحمد أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، ط. 1967.
- أحمد شوقي عمر أبو خطوة - القانون الجنائي والطب الحديث - دراسة مقارنة لمشروع نقل وزرع الأعضاء - القاهرة - 1986
- إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، الدار الجامعية 1997.
- إبراهيم سلقيني، أصول الفقه الإسلامي، مطبوعات جامعة دمشق 1997
- عادل الطيباني، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعية والقضائية، الكويت 2000
- حسام الدين الأهواني- المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية - جامعة عين شمس - 1975 .
- الحق في الخصوصية، دار النهضة العربية - القاهرة 1978
- فؤاد ديب- القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين - المطبعة الجديدة - دمشق - 1985-1986.

- فتحي الدر يني، أصول حقوق الإنسان في التشريع الإسلامي، مجلة التراث العربي - العدد 17 اذ 1884.
- عبد الله مبروك النجار - افتراض الشخصية وآثاره في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - 1996.
- رمضان أبو السعود - الوسيط في شرح القانون المدني وبخاصة المصري واللبناني (النظرية العامة للحق) - الدار الجامعة - بيروت - 1992.
- عبد السلام الترماني - وعبد الجواد السرميني - القانون المدني - الحقوق العينية - ج/1 - المطبوعات الجامعية - حلب 1990
- عدنان القوتلي - الوجيز في الحقوق المدنية - الجزء الأول - الطبعة الثالثة - مطبعة جامعة دمشق - 1957.
- عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترماني، الحقوق العينية الأصلية، منشورات جامعة حلب. 1986.
- علي سليمان العبيدي - دراسات في القانون التجاري المغربي - مطبعة الأمنية - الرباط 1966.
- علي حسن يونس - الوسيط في الشركات التجارية - دار الفكر العربي - القاهرة 1960 - ص 33.
- عبد القادر الشخيلي، فن الصياغة القانونية تشريعاً وفقها وقضاء، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان/ 1995

- رضا المزغني، التفسير القضائي، في القانون المدني، معهد الإدارة العامة في المملكة العربية السعودية، 1983
- كريستوف سرور، مصادر القانون الدولي "المنظور والتطبيق" مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية 2001
- سامي صادق الملا - اعتراف المتهم - القاهرة - الطبعة الثانية - 1975.
- سليمان الطماوي- مبادئ القانون الإداري - دراسة مقارنة - الكتاب الأول- دار الفكر العربي- القاهرة 1977
- شمس الدين الوكيل - الموجز في الجنسية ومركز الأجانب- منشأة المعارف- الإسكندرية - الطبعة الثالثة 1968-
- صبري محمد السنوسي محمد- الوسيط في القانون الدستوري- دار النهضة العربية- القاهرة 2008.
- محمد عزيز شكري-مدخل إلى القانون الدولي العام- مطبعة الداودي 1981-1982 .
- ماهر أبو العينين- الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته- دار النهضة العربية 1987 .
- محمود أبو السعود حبيب- الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة- في الظروف الاستثنائية- - دار الثقافة الجامعية - القاهرة 1990.
- يحي الجمل- نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة- دار النهضة العربية - لا يوجد دار نشر.

- هشام محمد فوزي عبد الفتاح - رقابة دستورية القوانين بين أمريكا ومصر - رسالة - دكتوراه - جامعة عين شمس - 1998.
- وجدي ثابت غبريال - السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقاً للمادة (47) من الدستور المصري - منشأة المعارف بالإسكندرية - 1988.
- محمد حاتم البيات وأيمن أبو العيال، العقد والإرادة المنفردة، منشورات جامعة دمشق، كلية الشريعة 2004.
- محمد واصل - الحقوق الملازمة للشخصية، رسالة دكتوراه من جامعة دمشق، دار الجاحظ - دمشق 1995.
- معروف الدواليبي - الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها - الطبعة الخامسة - مكتبة الشرق - حلب - سوريا - 1961.
- د. منذر الفضل - التصرف القانوني في الأعضاء البشرية - وزارة الثقافة - بغداد 1990
- التجربة الطبية على الجسم البشري - مجلة العلوم القانونية جامعة بغداد - 1989
- مبدر لويس - أثر التطور التكنولوجي على الحريات العامة - منشأة المعارف - الإسكندرية - 1983.
- محمود نجيب حسني - جرائم الاعتداء على الأشخاص - دار النهضة العربية - القاهرة - 1978

- محمد ناجي ياقوت - الحق في السمعة - منشأة المعارف بالإسكندرية - 1985.

- محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشرعية الإسلامية، دار النهضة العربية القاهرة 1979

- محمد وحيد الدين سوار: الحقوق العينية الأصلية مطبعة الداوودي بدمشق 1987 - النظرية العامة للالتزام - ج 1 - المطبعة الجديدة - دمشق - التعبير عن الإرادة، رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة 1971 ، موجودة في مكتبة كلية الحقوق بدمشق

- محمد معروف الدواليبي، المدخل إلى علم أصول الفقه الطبعة الرابعة - جامعة دمشق 1963

- محمد حاتم البيات: المركز القانوني للمالك المشارك في ملكية الطبقات والشقق، رسالة دكتوراه من جامعة مونتسكيو - بورجو - فرنسا 1995 النظرية العامة للالتزام، المصادر غير الإرادية للالتزام، منشورات جامعة دمشق 2009.

- 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 2007 ص 213 - أساسيات لنظام القضائي ماضيه وحاضره في سورية ودول مجلس التعاون الخليجي، منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد 25 العدد الأول 2009 ص 57

- حق الانتفاع، بحث منشور في هيئة الموسوعة القانونية 2010.
المجلد الرابع ص 2234.
- يوسف محمد قاسم - ضوابط الإعلام في الشريعة الإسلامية وأنظمة
المملكة العربية السعودية - جامعة الرياض - 1979
- ثانيا: مراجع متخصصة:
- أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، الطبعة الرابعة، دار النهضة
العربية، 1983.
- إدريس العلوي العبدلاوي- أصول القانون - الجزء الثاني - نظرية
الحق- الطبعة الأولى 1972.
- احمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الدار الجامعية
دون سنة الطبع.
- فؤاد عبد النبي حسن- رئيس الجمهورية في النظام الدستوري- رسالة
دكتوراه- جامعة القاهرة-1995
- حسن كيرة، المدخل إلى علم القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1993
- حمود غزال، وعبد الكريم غوال، المدخل إلى علم القانون، منشورات
جامعة حلب 2005
- حسام الدين كامل الأهواني- أصول القانون - مطبعة أبناء وهبة حسان -
القاهرة 1988

- توفيق حسن فرج- المدخل للعلوم القانونية - النظرية العامة للقانون
والنظرية العامة للحق- الدار الجامعة - بيروت لبنان. 2001
- عبد الحي حجازي- المدخل لدراسة العلوم القانونية - الجزء الأول-
القانون- وفقاً للقانون الكويتي- مطبوعات جامعة الكويت- 2000
- محسن خليل - علاقة القانون باللائحة- دراسة مقارنة - مجلة الحقوق
المصرية- السنة 14-
- توفيق فرج، المدخل إلى العلوم القانونية الطبعة الأولى، الدار
الجامعية 1988
- ثروت أنيس الأسيوطي، مبادئ القانون، الجزء الأول، دار النهضة
العربية، 1974
- عبد الرحمن محمد، أصول القانون، دراسة مقارنة في القانون القطري
والشريعة الإسلامية منشورات دار النهضة العربية 2007
- علي نجيدة، أصول القانون، دار النهضة العربية 2005 نظرية الحق
- الكتاب الثاني - كلية شرطة دبي - الطبعة الأولى - 1993.
- عبد المنعم البدرأوي، النظرية العامة للقانون دار النهضة العربية بيروت
1966
- عبد المنعم فرج الصدر، أصول القانون دار النهضة العربية بيروت لبنان
1972
- عبد النبي ميكو - نظرية الحق في القانون المغربي والمقارن (المدخل
لدراسة القانون) - الجزء الثاني - الرباط - 1974

- عوض الزعبي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للنشر، 2007
- سلامة عبد الله، مقدمة القوانين، الجزء الأول، مصر 1013
- سمير عالية، المدخل لدراسة القانون والشرعية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع 2002
- سميرة كامل، دروس في مقدمة القانون، مركز جامعة القاهرة كلية الحقوق، للتعليم المفتوح. 2003
- سمير عبد السيد تتاغو - النظرية العام للقانون - منشأة المعارف بالإسكندرية - 1986.
- د سلمان بو ذياب - المبادئ القانونية العامة - دراسة نظرية وتطبيقات عملية في القانون والحق - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع 1995 -
- محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون دار النهضة العربية بيروت لبنان، 2007
- محمد عبد الجواد، أصول القانون دراسة مقارنة بأصول الفقه، منشأة المعارف بالإسكندرية 2008.
- محمد إبراهيم دسوقي - النظرية العامة للحق في القانون الليبي - دار الكتاب - بيروت - لبنان - 1979 .

- هشام القاسم - المدخل إلى علم القانون - مطبعة جامعة دمشق -
2003 - محمد عبد الله ومحمد حاتم البيات وعماد قطان، المدخل إلى
علم القانون، منشورات جامعة دمشق للتعليم المفتوح 2004.
- د. محمد إبراهيم الدسوقي أبو الليل - النظرية العامة للقانون والحق -
في القانون الليبي - مطبعة دار الكتب - بيروت - الطبعة الأولى
1980.
- محسن البيسة - شرح القانون المدني الكويتي - نظرية الحق - مكتبة الصفار
- الكويت - الطبعة الأولى 1994.
- محمد وحيد الدين سوار - دليل التمارين العملية في المدخل للعلوم
القانونية - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الأردن - 1993.
- المدخل لدراسة القانون: القاعدة القانونية - نظرية الحق / محمد حسن قاسم
/ بيروت - لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية 2006.
- عبد الحي حجازي - المدخل لدراسة العلوم القانونية - الجزء الثاني - الحق
وفقاً للقانون الكويتي - مطبوعات جامعة الكويت - 1970.
- محمد حسنين - الوجيز في نظرية الحق - (الأشخاص والأموال في القانون
الجزائري) - مطبعة المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرعاية -
1985.

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية

1- المراجع العامة:

- Capitant(H) . Introduction à l'étude du droit civil . 4 éd. Paris
- Roubier . le droit transitoire. 2 éd. Paris.
- Les frères Mazeaud- leçons de droit civil,Ed. L.T.I.G.Paris
- Garraud(R) – Traité de droit pénal , 2em éd Paris
- BURDEAU, traité de science politique , cite par MAZEAUD
- PLANIOL Ripert et boulangier , traite élémentaire de droit civil, éd . PARIS
- Burdeau (Georges) : Les libertés publiques . 4e éd . Paris 1972.
- Potvin (Louise): La personne et la protection de son image - Québec : 1991
- Robert (Jacques) : Les libertés publiques Collection université nouvelles . éd . Mont - Chrétien . Paris.
- Mohmmmed el baiyate Le statut du copropriétaire au sein d'une copropriété .thèse de doctorat université – BORDEAUX –Montesquieu 1995.

- Mazeaud Henri et lion leçon de droit civil droit de propriété t.2 deuxième v.ed.MONTCHRESTIEN.
- PLANIOL, traite élémentaire de droit civil P.er , Ed _DEMOGVE les notions fondamentales de droit prive
- Denis Piotet- Traité de droit privé Suisse-1-tome- 11- éditions universitaires Fribourg Suisse- 1998

2- المراجع المتخصصة:

- Roubier(Pierre)- Théorie générale du droit :e² éd .1951
- Dabin(Jorge)- Théorie général du droit -1944
- Niboyet(Jean –Pierre) La force des règles de droit . Etudes Sugiyama.1941.
- Alex Weill et François Terré DROIT civil .l.introduction générale 5 eme.ed. Dalloz 1989 .
- :Kayser : les droits de la personnalité - Rev . trim . de droit civil , sirey - Paris : 1971
- Kayser : Le secret de la vie privée - Mélanges - Offerts à René Savatier . Dalloz - Paris - 1985 .
- Nerson : Personne et droits la famille . Rev . Trim.- droit - civil - sirey - Paris . 1979 . P : 109 .
- Jean- François Quevy -anthropologie Juridique de la personne morale-
- Bibliothèque de droit privé – Tome-2 .

