منشورات جامعة دمشق
كلية الحقوق

المدخل إلى علم القانون

الدكتور
هشام القاسم
أستاذ في كلية الحقوق
جامعة دمشق

جامعة دمشق
١٤٣٥ - ١٤٣٦ هـ
٢٠١٣ - ٢٠١٤ م

وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

يضم هذا الكتاب مجموعة الابحاث التي أعدت لتكون مرجعا أوليا لطلاب السنة الاولى في كلية الحقوق خلال دراستهم لمادة « المدخل للعلوم القانونية » .

والمدخل الى دراسة أي علم من العلوم ، إنما يهدف عادة الى التعريف بهذا العلم واعطاء المعلومات الاولية عنه وشرح مبادئه العامة وأفكاره الرئيسية بصورة تمهد لدراسة ذلك العلم نفسه فيما بعد . وهذا هو شأن « المدخل الى علم القانون » ، الذي لا يعدو أن يكون دراسة تمهيدية تسهل للطالب معرفة القانون وفهمه وتساعده على استيعاب أبحاثه التي تلقى عليه في فروعه المختلفة .

والمدخل بهذه الصفة لا يرتبط ، من حيث المبدأ ، بفرع معين من فروع القانون ، وإنما هو يتصل بها ويمهد لها جميعا . غير أن العادة قد جرت على أن تلحق أبحاث المدخل بمقرر القانون المدني ، وأن تدرس كجزء منه . وقد جارى قانوننا المدني الحالي هذا الاتجاه فخصص المواد الاحدى والتسعين الاولى منه لتنظيم الاحكام التي يتناولها المدخل الى علم القانون ، وجمع هذه المواد في باب واحد هو الباب التمهيدي من القانون المدني .

فأبحاث المدخل الى علم القانون ، وإن تكن تتصل بمختلف فروع هذا العلم ، تعتبر إذن جزءاً من أبحاث القانون المدني بوجه خاص • ونحن سنتولى دراسة هذه الابحاث ، بالدرجة الاولى ، في ضوء أحكام القانون المدني ، وبصورة خاصة ، في ضوء الاحكام التي يتضمنهـا الباب التمهيدي منه •

وقد راعينا في تأليف هذا الكتاب طبيعة المادة نفسها التي يعالجها من جهة ، والغرض الذي أعد من أجله من جهة ثانية • فهو من حيث مادته عبارة عن دراسة تمهيدية ، كما ذكرنا ، لابحاث تجدر بطالب كلية الحقوق معرفتها قبل أن يباشر دراسته القانونية نفسها ، وهو من حيث غرضه مرجع أولي أعد لطلاب مقبلين على الدراسة الجامعية ، هم طلاب السنة الاولى في كلية الحقوق • وهذان الاعتباران هما اللذان حملانا على أن نجعل من هذا المؤلف كتابا مدرسيا يتماشى مع الحاجات التعليمية قبل كل شيء ، فحرصنا على الايجاز كلما وجدنا أن الاطالة تفيض عن حدود هذه الحاجات ، وسعينا الى الايضاح والتبسيط كلما شعرنا أن المعلومات التي نعرضها يشق فهمها على أذهان الطلاب •

ولعل رغبتنا في الايضاح والتبسيط وسهولة العرض هي الدافع الرئيسي الذي حدا بنا الى اقتباس أسلوب جديد في التأليف أخـذ ينتشر في بعض المؤلفات القانونية الفرنسية الحديثة • ويقوم هـذا الاسلوب على الاستغناء عن الحواشي والهوامش والاستعاضة عنهـا بملحق يضم الى كل فصل ويتضمن ما تحويه هذه الحواشي والهوامش عادة من تعليق وتعقيب واستشهاد واستطراد • وفائدة هذا الاسلوب ، في نظرنا ، أنه يتيح عرض البحث الاصلي كوحدة متكاملة متماسكة لا يعترضها عارض ، فإذا فرغ الطالب من دراسة هذا البحث واستيعابه رجع بعد ذلك الى الملحق يتوسع فيه ويستزيد به فهما واستيعابا •

ولا بد أن ننبه هنا الى أن هذه الملاحق التي ذكر أنها « للقراءة »

هي أجزاء متممة لابحاث هذا الكتاب ، ومن واجب الطالب الاطلاع عليها والرجوع اليها — بل من واجبه أيضا الرجوع الى مؤلفات اخرى غير هذا الكتاب — استكمالا لدراسته ومعلوماته التي يؤثر في تقديرها عند الامتحان مدى التوسع الذي حققه فيها صاحبها كطالب جامعي .

وإننا لنرجو أخيرا أن يحقق هذا الكتاب الغاية المتوخاة منه ، والله ولي التوفيق .

تمهيـــد

القـــانون والحق

القانون والحق مفهومان مترابطان متلازمان بحيث لا يذكر أحدهما إلا ويتبادر الى الذهن الآخر • فالحق ، كما سنرى ، هو ثمرة القانون ؛ كما أن مهمة القانون الاساسية هي تحديد الحقوق وبيان مداها وكيفية اكتسابها وانقضائها •

ودراستنا في المدخل الى علم القانون تتنـــاول ، في الواقـــع ؛ دراسة نظرية القانون من جهة ونظرية الحق من جهة ثانية • ولذا نبدأ في هذا التمهيد بتعريف كل من القانون والحق وبيان العلاقة التي تربط بينهما ، ثم نخصص لكل منهما قسما مستقلا من القسمين اللذين يتألف منهما هذا الكتاب •

القـــانون ـ Le droit objectif

ويقصد به مجموعة القواعد (L'ensemble des règles) التي تطبق على الاشخاص في علاقاتهم الاجتماعية ويفرض عليهم احترامها ومراعاتها في سلوكهم بغية تحقيق النظام في المجتمع •

فالقانون يعبّر به ، بحسب هذا التعريف ، عن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم حياة المجتمع وسلوك الاشخاص فيه ، أيا كان مصدر هذه القواعد أو الموضوع الذي تنظمه • فقد يكون مصدر القواعـــد القانونية التشريع أو سواه من المصادر الاخرى ، وقد تنظم هذه القواعد أمورا مدنية أو تجارية أو جزائية أو غيرها ، ومع ذلك فإنها جميعـــا ،

بصرف النظر عن مصدرها أو موضوعها ، هي التي يتكون منها القانون بمعناه العام الذي بيناه .

على أن لكلمة القانون معنى آخر خاصا شائع الاستعمال ويقصد به القواعد الصادرة عن السلطة التشريعية المختصة . وهذا النوع من القواعد ، وإن كان يمثل في عصرنا الحاضر الجزء الاكبر من القواعد القانونية بوجه عام ، غير أنه لا يشملها جميعا . وبالتالي فإن القانون بهذا المعنى الخاص ليس سوى مصدر من مصادر القانون بمعناه العام المبين آنفا ، بل هو أهم مصادره في عصرنا الحاضر ، ولكنه ليس مصدره الوحيد . وقد آثرنا ، دفعا للالتباس أن نقتصر في استعمالنا لكلمة القانون على معناها العام الذي يقصد به التعبير عن مجموعة القواعد القانونية ، وأن نطلق على القانون بالمعنى الخاص اسم التشريع المرادف له .

الحق ـ Le droit subjectif

ويقصد به السلطة (Pouvoir) — أو الامكانية أو الامتياز (Faculté, Prérogative) — التي يمنحها القانون للشخص تمكينا له من تحقيق مصلحة مشروعة يعترف له بها ويحميها .

والحق أو الحقوق بهذا المعنى لا تتمثل إذن بالقواعد القانونية نفسها ، وإنما بما تقره هذه القواعد للاشخاص وما تمنحهم إياه من سلطات ومكنات وميزات . فالقواعد القانونية التي تمنح الحق للمستأجر مثلا في سكنى العقار المأجور ، وللبائع في استيفاء ثمن المبيع من المشتري ، وللعامل في الحصول على تعويض تسريح من رب العمل ، وللأب في تربية أبنائه ، تدخل كلها في نطاق القانون . أما ما ينشأ عن هذه القواعد من سلطات وامكانيات وميزات يتمتع بها المستأجر أو البائع أو العامل أو الاب فإنما تعتبر حقوقا يعترف بها القانون لهؤلاء

الاشخاص ويمنحهم إياها • وعلى هذا ، حين يتحدث المستأجر مثلا عن حقه في سكنى العقار المأجور ، والبائع عن حقه في استيفاء ثمن المبيع ، والعامل عن حقه في تعويض التسريح ، والاب عن حقه في تربية أبنائه ، فإنهم لا يرمون من وراء ذلك الى التحدث عن قواعد قانونية معينة ، بل عن السلطات والامكانيات والميزات التي يتمتعون بها بمقتضى هذه القواعد ، أو بمعنى آخر عن حقوقهم التي يمنحهم إياها القانون •

العلاقة بين القانون والحق :

يتبين لنا من تعريف كل من القانون والحق أن هنالك بينهما ، كما سبق أن ذكرنا ، ترابطا تاما واتصالا وثيقا • فلا ينشأ الحق إلا إذا أقرته واعترفت به قاعدة من قواعد القانون ، كما أن القانون يهدف بصورة أساسية الى تحديد الحقوق وبيان مداها وكيفية اكتسابها وانقضائها • وبعبارة أخرى يمكن القول أن الحق هو ثمرة القانون ونتيجته ، كما أن القانون يتمثل عمليا حين تطبيقه بما ينجم عنه من حقوق •

للقراءة

القانون والحق ، والحق الموضوعي والحق الذاتي :

كنا في الطبعات السابقة من هذا الكتاب ، قد استعملنا مصطلحي الحق الموضوعي والحق الذاتي بدلا عن القانون والحق ، جريـا على ما كان يسير عليه رجال القانون في الجمهورية العربية السوريـة • كما كنا نطلق على هذا الكتاب اسم « المدخل الى علم الحقوق » بدلا عن « المدخل الى علم القانون » ، وهو الاسم الذي أصبح يطلق عليه الآن •

ومما كنا كتبناه آنذاك في بيان اختلاف المصطلحات القانونية في الوطن العربي بالنسبة لكلمتي القانون والحق ، أو الحق الموضوعي والحق الذاتي ، ما يلي :

« التعبير بالحق الموضوعي والحق الذاتي مقتبس عن اللغـة الفرنسية • فالحق الموضوعي يقابل تعبير (roit objectif والحق لذاتي يقابل تعبير (Droit subjectif) ، ويغلب في اللغة الفرنسيـة استعمال تعبير الحق الموضوعي بصيغة المفرد وتعبير الحق الذاتي بصيغة الجمع ، كما يعمد كثيرا الى البدء بحرف كبير حين كتابة كلمة (Droit) بمعنى الحق الموضوعي ، والبدء بحرف عادي حين كتابة كلمة (droits) بمعنى الحقوق الذاتية • أما في اللغة الانكليزيـة فيطلق على الحق الموضوعي كلمة (Law) وعلى الحق الذاتي كلمة (Right) •

وأما في اللغة العربية فهنالك اختلاف بين المصطلحات الحقوقية في هذا الشأن • إذ بينما يتبنى البعض تعبير الحق الموضوعي والحق الذاتي ، يأخذ البعض الآخر ، وخاصة الفقهاء المصريون ، بتعبير القانون والحق باعتبار أن كلمة القانون تعني لديهم الحق الموضوعي وكلمة الحق تعني الحق الذاتي •

ولا شك أن استعمال كلمتي القانون والحق للتعبير عن الحق

الموضوعي والحق الذاتي يؤدي الى شيء من الوضوح والابتعاد عن تكرار اللفظ الواحد في مفهومين مختلفين ، فلا تتخذ كلمة الحق للتعبير عن الحق الموضوعي تارة والحق الذاتي تارة أخرى ، وهو ما لا يستحب اللجوء اليه بالنسبة للمصطلحات الحقوقية .

إلا أن الاستعاضة عن كلمتي الحق الموضوعي والحق الذاتي بكلمتي القانون والحق لا يحول مع هذا دون الوقوع في تكرار جديد والتباس من نوع آخر . ذلك أن كلمة القانون لها استعمال خاص — ولعله الاكثر شيوعا في اللغة الحقوقية — ، إذ تطلق على القواعد الصادرة عن السلطة التشريعية المختصة ، والتي تعتبر أحد مصادر الحق الموضوعي . وبالرغم من أنه يستعاض أحيانا عن كلمة القانون بهذا المعنى الخاص بكلمة التشريع ، إلا أن كلمة القانون مع ذلك لا تزال محتفظة بمعناها هذا وباستعمالها في التعبير عنه .

وما دام لا بد من التكرار — تكرار كلمة الحق للتعبير عنها عن الحق الموضوعي تارة وعن الحق الذاتي تارة أخرى ، أو تكرار كلمة القانون للتعبير بها عن الحق الموضوعي بمعناها العام وعن التشريع بمعناها الخاص — ، فقد آثرنا أن نكرر كلمة الحق مع اضافة صفة الموضوعي أو الذاتي بحسب ما يقصد منها ، وأن نقصر كلمة القانون على معناها الخاص المألوف » .

على أننا ، وقد لاحظنا أن معظم رجال القانون في الوطن العربي يأخذون بمصطلحي القانون والحق ، قد رأينا في هذه الطبعة الجديدة من الكتاب لعام ١٩٧٥ — ١٩٧٦ الاخذ بهما أيضا والعدول عن مصطلحي الحق الموضوعي والحق الذاتي ، حرصا على توحيد المصطلحات القانونية العربية ما أمكن ذلك .

ولا بد من الاشارة أخيرا الى أن مصطلحي الحق الموضوعي والحق الذاتي لا يزالان يستعملان في بعض المؤلفات القانونية ، ويجدر بالطالب الانتباه الى أن المقصود منهما هو القانون والحق بالمعنى المبين في هذا المدخل .

القسم الأول

القانون

DROIT OBJECTIF

منهج البحث : يتألف هذا القسم المخصص لدراسة النظرية العامة للقانون من بابين وهما :

الباب الاول : مفهوم القانون .

الباب الثاني : مصادر القانون .


وقل رب زدني علما
جامعة دمشق
Damascus University

الباب الأول

مفهوم القانون

LA NOTION DU DROIT OBJECTIF

منهج البحث : يقسم هذا الباب الى ثلاثة فصول وهي :

الفصل الاول : تحديد مفهوم القانون .

الفصل الثاني : أسس القانون .

الفصل الثالث : أقسام القانون .

الفصل الأول

تحديد مفهوم القانون

Détermination de la notion du droit objectif

منهج البحث: إن تحديد مفهوم القانون يستوجب منا قبل كل شيء تحليل التعريف الذي أعطيناه عنه • وقد سبق لنا أن ذكرنا أن القانون إنما يتجلى بمجموعة القواعد القانونية التي تفرض على النـاس بغية تحقيق النظام في المجتمع • ولذلك لا بد لنا ، في تحليل هـذا التعريف ، من دراسة طبيعة القاعدة القانونية التي تعتبر الخليةالاساسية في تكوين القانون من جهة ، ودور القانون في التنظيم الاجتماعي الذي يعتبر هدف هذا القانون وغايته من جهة ثانية •

ثم لا بد لنا ، بعد أن نفرغ من تقديم هذين البحثين المخصصين لتحليل تعريف القانون من أن نتبعها ببحثين تاليين ، يخصص أحدهما لشرح نوعين هامين من أنواع القواعد القانونية وهما : القواعد الآمرة والقواعد التكميلية أو المفسرة ، ويخصص الآخر لمقارنة القانون بعلم الاخلاق الذي يشاركه في مهمة التنظيم الاجتماعي •

وعلى هذا ، فإن دراستنا في هذا الفصل تتشعب الى الفروع التاليـة :

الفرع الاول : القاعدة القانونية •

الفرع الثاني : دور القانون في التنظيم الاجتماعي •

الفرع الثالث : القواعد الآمرة والقواعد التكميلية أو المفسرة •

الفرع الرابع : القانون والاخلاق •

الفرع الاول

القاعـدة القانونيـة

La régle juridique

تحليل القاعدة القانونية : الخطاب — العموم — الالزام •

القاعدة القانونية تعتبر ، كما ذكرنا ، الخلية الاساسية التي يتألف منها القانون بمعناه العام• ويمكننا أن نعرفها مع الاستاذ الدكتور سليمان مرقس بأنها خطاب موجه الى الاشخاص في صيغة عامة له قوة الالزام •

القاعدة القانونية خطاب موجه الى الاشخاص :

وهذا الخطاب الموجه الى الاشخاص إما أن يتضمن أمرا لهم بالقيام بفعل معين ، أو نهيا عن القيام به ، أو مجرد إباحة هذا الفعل دون أمر به أو نهي عنه •

فلو أخذنا على سبيل المثال المادة (٥٥٤) من القانون المدني التي تنص على أنه « يجب على المستأجر أن يقوم بوفاء الاجرة في المواعيد المتفق عليها •• » أو المادة (٩٠) من قانون التجارة التي تنص على أنه « يجب أن يطلق على الشركة المغفلة اسم معين يشير الى غايتها » ، لوجدنا أن كلا منهما تتضمن الامر بفعل معين هو أداء الاجرة الى المؤجر في المادة الاولى ، واطلاق اسم معين على الشركة المغفلة في المادة الثانية •

ولو أخذنا مثلا المادة (١٨٥) من قانون التجـارة التي تنص

بالنسبة للشركات المغفلة على أنه « لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس الادارة وأية وظيفة عامة » ، أو المادة (٢٨٤) من هذا القانون التي تنص بالنسبة للشركات المحدودة المسؤولية على أنه « يحظر على الشركات أن تقوم بأعمال التأمين أو بأعمال الاقتصاد والتوفير » ، لوجدنا أن كلا منهما تضمن النهي عن فعل معين هو الجمع بين عضوية مجلس ادارة الشركة المغفلة والوظيفة العامة في المادة الاولى ، وقيام الشركات المحدودة المسؤولية بأعمال التأمين أو بأعمال الاقتصاد والتوفير في المادة الثانية .

وأخيرا لو أخذنا مثلا المادة (٥٤٩) من القانون المدني التي تنص على أنه « يجوز للمستأجر أن يضع بالعين المؤجرة أجهزة لتوصيل المياه والنور الكهربائي والتلفون والراديو وما الى ذلك ... » ، أو المادة (٧٦٨) من هذا القانون التي تنص على أن « لمالك الشيء وحده ، في حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » ، لوجدنا أن كلا منهما تتضمن مجرد إباحة فعل معين والترخيص به دون أمر به ولا نهي عنه ، كوضع بعض الاجهزة الضرورية في العين المؤجرة من قبل المستأجر في المادة الاولى ، وكالسماح لمالك الشيء باستعماله واستغلاله والتصرف فيه في المادة الثانية .

في هذه الحالات كلها نجد أن مضمون الخطاب الموجه الى الاشخاص ــ أو مضمون القاعدة القانونية ــ لا يعدو أن يكون أمرا و نهيا أو مجرد إباحة وترخيص . ويلاحظ ، في هذا المجال ، أن هذه الحالات كلها يمكن أن ترد الى حالة واحدة وهي الامر . فالنهي عن الشيء يمكن أن يعتبر في الواقع أمرا بضده (مثلا النهي عن الجمع بين عضوية مجلس ادارة الشركات المغفلة وأية وظيفة عامة يمكن اعتباره بمثابة أمر بعدم الجمع بينهما) ، كما أن الاباحة أو الترخيص بفعل ما يمكن اعتبارهما بمثابة أمر الى جميع الاشخاص بعدم عرقلة ممارسة هذا الفعل من قبل من أبيح له (مثلا السماح للمستأجر بوضع بعض

الاجهزة الضرورية في العين المؤجرة يمكن اعتباره بمثابة أمر الى جميع الاشخاص ، وبصورة خاصة الى المؤجر ، بعدم منع المستأجر من وضع هذه الاجهزة) .

ويلاحظ أيضا أنه لا يشترط في القاعدة القانونية أن تأتي بصيغة الامر (أو النهي أو الاباحة والترخيص) ليعتبر أنها تتضمن الامر بفعل معين ، إذ كثيرا ما تأتي هذه القاعدة على شكل انذار موجه الى الاشخاص بترتيب أثر ما على واقعة معينة فيستنتج من هذا الانذار ما تريد القاعدة أن تأمر به . مثلا المادة (٣٨٨) من قانون العقوبات التي تنص على أن « كل سوري علم بجناية على أمن الدولة ولم ينبىء بها السلطة العامة في الحال عوقب بالحبس من سنة الى ثلاث سنوات وبالمنع من الحقوق المدنية » ، هذه المادة تقرر قاعدة قانونية تتضمن أمرا الى جميع المواطنين باخبار السلطة العامة عن الجنايات الماسة بأمن الدولة التي يعلمون بها . ولكننا ، كما يتبين من عبارات النص نفسه ، لا نجد فيها صيغة الامر ، وإنما نجد فيها انذارا الى من يتوانى عن إخبار السلطة العامة بترتيب عقوبة معينة عليه ، ومن هذا الانذار نستنتج استنتاجا الامر الذي تريد القاعدة أن توجهه الى الاشخاص .

القاعدة القانونية يجب أن تكون عامة ومجردة :

لا يكفي أن يكون هناك خطاب موجه الى الاشخاص — سواء أكان أمرا أو نهيا أو مجرد اباحة وترخيص — ليعتبر أن هناك قاعدة قانونية ، بل يجب أن يكون هذا الخطاب ، أو يجب أن تكون هذه القاعدة عامة ومجردة (générale et abstraite).

ومعنى ذلك أن القاعدة القانونية يجب ألا تخص شخصا معينا بالذات أو تتعلق بحادثة معينة ، بل يجب أن تكون قابلة للتطبيق على كل من يمكن أن تتوافر فيهم الصفات والشروط التي تنص عليها . وفي

الواقع ، إن مفهوم القاعدة نفسه يفترض الاطراد وامكانية التطبيق في الحالات والظروف المماثلة ، أما الاحكام التي لا تطبق إلا على أشخاص معينين أو حالات محددة بالذات فإنها لا تكون قواعد قانونية بالمعنى الصحيح .

وزيادة في الايضاح نضرب الامثلة التالية :

أ — يحرم الطالب الذي يرتكب عملية الغش في الامتحان من متابعة امتحانه .

ب — يحال الموظف الذي يبلغ سن الستين على التقاعد .

ج — يحرم الطالب (فلان) من متابعة امتحانه لارتكابه عملية الغش .

د — يحال الموظف (فلان) على التقاعد لبلوغه سن الستين .

ففي هذه الامثلة نجد أن المثالين الاول والثاني يمكن ادراجهما في عداد القواعد القانونية لانهما لا يخصان طالبا أو موظفا معينين بذاتهما، وإنما هما عبارة عن نصين عامين يمكن تطبيقهما على كل طالب يرتكب عملية الغش في الامتحان وكل موظف يبلغ سن الستين . أما المثالان الثالث والرابع فلا يمكن اعتبارهما بمثابة قاعدتين قانونيتين لان الحكمين اللذين يتضمنانهما يقتصر تطبيقهما على الطالب أو الموظف المعينين فيهما دون أن يتجاوزهما الى غيرهما .

وتجدر الاشارة هنا الى أنه لا يشترط في القاعدة القانونية أن تتناول في حكمها عددا كبيرا من الاشخاص أو أن تشمل المواطنين جميعا ليعتبر أنه قد توافرت فيها صيغة العموم . فكثرة الاشخاص الذين تطبق عليهم أو قلتهم ليس لها أي اعتبار في هذا المجال ، ولكن الذي يجب اعتباره في القاعدة القانونية هو ألا تتناول أشخاصا معينين بذواتهم بل أن يعم حكمها جميع الاشخاص الذين تنطبق عليهم الصفات والشروط المحددة فيها .

وعلى هذا فمن الممكن أن تتناول القواعد القانونية في أحكامها

فئات من الناس لا يكون عدد أفرادها كبيرا كالقواعد المتعلقة بالتجار أو الموظفين أو أساتذة الجامعة أو غيرهم ، بل يمكنها أيضا في بعض الاحيان أن تتعلق بشخص واحد كالقواعد التي تتضمن تحديد صلاحيات واختصاصات رئيس الجمهورية مثلا • فلو أخذنا مثلا القواعد التي تتضمن تحديد صلاحيات واختصاصات رئيس الجمهورية لوجدنا أنها تعتبر قواعد قانونية كغيرها من القواعد بالرغم من أن تطبيقها يتعلق برئيس الجمهورية وحده ، ذلك لان الاحكام التي تتضمنها ذات صفة عامة بحيث يمكن تطبيقها بالنسبة الى أي رئيس للجمهورية يجري انتخابه وليست خاصة برئيس معين بشخصه وذاته •

القاعدة القانونية يجب أن تتصف بالصبغة الالزامية :

ونقصد بذلك أن يكون للقاعدة القانونية مؤيد أو جزاء (une sanction) ، بحيث يجبر الاشخاص على اتباعها ويفرض عليهم احترامها ولو بالقوة عند الاقتضاء •

والمؤيد أو الجزاء هو الاثر الذي يترتب على مخالفة القاعدة القانونية • فالاثر الذي يترتب على مخالفة القاعدة التي تأمر بعدم السرقة مثلا هو الحبس ، والاثر الذي يترتب على مخالفة القاعدة التي تأمر بالوفاء بالديون هو التنفيذ الجبري ، وهكذا ••• والمؤيدات المختلفة للقاعدة القانونية تعود في البلاد المتمدنة الى الدولة وحدها ، فهي التي تملك دون غيرها وسائل اجبار الاشخاص على احترام القاعدة القانونية وهي التي ترتب الآثار الناجمة عن مخالفتها • وعلى هذا ؛ حين نقول أن القاعدة القانونية يجب أن تتصف بالصبغة الالزامية فإنما نعني بذلك ، بالنسبة لاغلب الدول في العصر الحاضر ، أن هذه القاعدة يجب أن تكون مؤيدة من قبل الدولة (Sanctionnée par l'Etat).

ومن أهم ما يميز القاعدة القانونية عن سائر القواعد الاجتماعية

الاخرى (كقواعد الاخلاق أو المعاشرة مثلا) هو تبني الدولة للقاعدة القانونية وسهرها على حسن تطبيقها والزام الاشخاص باتباعها بما تضعه لها من مؤيدات تفتقر إليها القواعد الاخرى التي لا تدخل في نطاق القانون • فالقاعدة التي تأمر الانسان باللطف مثلا أو بعدم البخل لا يمكن اعتبارها قاعدة قانونية لان الدولة لا تعاقب الانسان على عدم اللطف أو على البخل وإن كانت الاخلاق أو الدين أو آداب المعاشرة لا تبيح له ذلك • فهذه القاعدة ينقصها لكي تكون قاعدة قانونية التأييد من قبل الدولة ، أي أن تكفل الدولة ، بما لها من وسائل وامكانيات ، تطبيقها على الناس وإلزامهم باتباعها •

ومما تجدر الاشارة اليه أن الاشخاص قد يطبقون في أغلب الاحيان القاعدة القانونية من تلقاء أنفسهم لانهم يعتقدون أنها واجبة التطبيق ولو لم تكن مفروضة عليهم من الدولة ومؤيدة من قبلها • فالاشخاص قد يمتنعون عن القتل أو السرقة أو قد يوفون ديونهم ، لا لان الدولة تعاقب على القتل أو السرقة أو ترغم الناس على أداء ديونهم ، ولكن اعتقادا منهم ، لاعتبارات شتى ، بضرورة ذلك • فليس ضروريا إذن أن يكون احترام الناس للقاعدة القانونية وتطبيقها من قبلهم ناجما عن تأييد الدولة لها وفرضها إياها ، ولكن المهم أن يمكن فرض القاعدة بالقوة عند الاقتضاء ، وارغام الناس على تطبيقها واتباعها حين لا يعمدون الى ذلك من تلقاء أنفسهم • والمؤيد الذي تضعه الدولة للقاعدة القانونية ، إذا لم يكن في كثير من الاحيان هو الدافع الى اتباعها ، إلا أنه في بعض الاحيان الاخرى هو الذي يردع الاشخاص عن مخالفتها ويحملهم على التقيد بها ، وهذا وحده يعتبر كافيا لتكون القاعدة ذات قوة الزامية •

والمؤيد الذي تضعه الدولة للقاعدة ليكفل احترامها وتطبيقها من قبل الاشخاص يكون أساسا على نوعين :

فهو إما أن يكون مؤيدا جزائيا يقصد به الزجر (ويكون ذلك بايقاع العقوبة بالمخالف للقاعدة القانونية ردعا له ولغيره عن مخالفتها) ، أو مؤيدا مدنيا يقصد به الجبر (ويكون ذلك باعادة الامور الى نصابها وإزالة الخلل الذي أحدثته مخالفة القاعدة القانونية أو اصلاحه على قدر الامكان) .

والمؤيد الجزائي قد يقع على جسم الشخص (كالسجن مثلا أو الاعدام) ، وقد يكون عبارة عن غرامة يعاقب بدفعها . أما المؤيد المدني فيكون على أنواع : فهو إما أن يكون تنفيذا عينيا وذلك بتنفيذ ذات الالتزام (كاجبار البائع مثلا على تسليم المبيع للمشتري) ، أو تنفيذا بمقابل وذلك عن طريق التعويض (كاجبار من سبب بعمله غير المشروع ضررا للغير على دفع تعويض له عنه) ، أو يكون أيضا ببطلان الاتفاق المخالف للقاعدة القانونية (كبطلان الاتفاق الواقع على بيع المخدرات) .

وللتمييز بين المؤيد الجزائي والمؤيد المدني نضرب ، على سبيل التبسيط ، المثال التالي : لو فرضنا أن شخصا يقود سيارته مخالفا قواعد المرور قد صدم شجرة واقتلعها فحكم عليه بغرامة من جهة وبالتعويض عن الشجرة من جهة ثانية . فالغرامة التي تفرض عليه لا يقصد بها اصلاح الضرر وإنما معاقبته لمخالفته قواعد المرور ، وهي بالتالي من قبيل المؤيد الجزائي . أما التعويض الذي يحكم به عليه فلا يستهدف به معاقبته وإنما إزالة الضرر الذي ألحقه بمالك الشجرة من جراء عمله غير المشروع ، وهو بالتالي من قبيل المؤيد المدني . وهكذا نلاحظ أن كلا من المؤيد الجزائي والمؤيد المدني إنما يترتب على مخالفة القاعدة القانونية ، ولكن المؤيد الجزائي يقصد به المعاقبة، بينما لا يقصد بالمؤيد المدني سوى إعادة الامور الى نصابها .

الفرع الثاني

دور القانون في التنظيم الاجتماعي

Le rôle du Droit dans l'organisation sociale

صلة القانون بالحياة الاجتماعية — المذهب الفردي أو المذهب الحر - المذهب الاشتراكي أو مذهب التدخل

صلة القانون بالحياة الاجتماعيـة :

إن بين القانون والحياة داخل المجتمع صلة وثيقة العرى وارتباطا على جانب كبير من الاهمية والقوة • فالقانون لا يمكن أن ينشأ إلا حيث يكون هناك مجتمع يتولى تنظيمه وتحديد القواعد التي يجب أن تقوم عليها علاقات الافراد فيه ، كما أنه لا يمكن أن يقوم مجتمع بالمعنى الصحيح بدون نظام صالح يبنى عليه ويتولى القانون أمر تحديـده وفرضـه •

وعلى هذا ، لو أمكننا أن نتصور انسانا منفصلا عن أقرانه كل الانفصال ويعيش في عزلة تامة عنهم — كحي بن يقظان مثلا أو روبنسون كروزو — لوجدنا أن هذا الانسان لا يمكنه أن يعرف معنى القانون وليست له حاجة اليه والى قواعده ، لان هذه القواعد إنما توضع لتنظيم علاقات الانسان مع غيره من الناس لا لتنظيم سلوكه فيما بينه وبين نفسه •

غير أن الانسان كائن اجتماعي لا يمكنه أن يعيش إلا داخـل المجتمع • وحياة الانسان في المجتمع أمر بديهي يدفع إليه عاملان : الواقع من جهة ، لان الانسان في الواقع إنما يوجد دوما مرتبطا بمجتمع يعيش في كنفه ، والضرورة من جهة ثانية ، لان طبيعة الحياة في الارض توجب على الانسان أن يعيش مجتمعا مع غيره من الناس ليتعاون وإياهم على الكفاح في سبيل العيش وبلوغ أهدافه ومآربه •

وإذا كانت الحياة الاجتماعية واقعا لا ريب فيه ، فإن وجود القانون بالتالي عبارة عن ضرورة ملحة تقتضيها طبيعة الحياةالاجتماعية نفسها التي يعود الى هذا القانون أمر تنظيمها واقامة أسس صالحة لها • فالقانون قديم قدم المجتمع نفسه ، وإن كان في نشأته الاولى قد اصطبغ بطابع بدائي يتناسب مع طابع المجتمع الذي وجد لتنظيمه •

وما دام القانون يتولى تنظيم المجتمع وعلاقات الافراد فيه ، فمن الطبيعي لنا أن تتساءل عن الدور الصحيح الذي يؤديه في هذا السبيل ، والحد الذي يقف عنده في تدخله في شؤون الافراد وعلاقاتهم المختلفة •

الجواب على هذا السؤال يختلف في الواقع باختلاف وجهات النظر التي تتولى معالجته والرد عليه ، ونستطيع أن نميز خلال وجهات النظر هذه بين مذهبين رئيسيين هما : المذهب الفردي أو الحر من جهة، والمذهب الاشتراكي أو التدخلي من جهة ثانية •

المذهب الفردي أو المذهب الحر
(L'individualisme ou le libéralisme)

يقوم هذا المذهب ، الذي ساد في أواخر القرن الثامن عشر والقسم الاكبر من القرن التاسع عشر ، على تقديس حرية الفرد تقديسا كاملا واعتبارها حقا أساسيا له من واجب المجتمع أن يبذل قصارى جهده للمحافظة عليها ، ومن واجب القانون ألا يتدخل للحد منها إلا بالقدر الضروري جدا الذي لا غنى عنه •

والقانون ليس له ، بحسب هذا المذهب ، سوى مهمة سلبية تقتصر على منع تجاوز كل من الافراد ، خلال ممارسته حريته ، على حريات الآخرين • فهو ، بما يضعه من قواعد وأحكام ، لا يرمي الى تنظيم فعاليات المرء ونشاطه في المجتمع لان الى المرء وحده يعود مثل هذا التنظيم ، ولكنه يرمي فقط الى منعه من الاخلال بحقوق الآخرين

والتعدي عليها • فالاصل إذن ، بحسب هذا المبدأ ، هو أن يكون المرء حرا تمام الحرية في شتى أعماله وشؤونه ، أما القانون فليس من شأنه إلا أن يضع القواعد الضرورية لمنع الانسان من أن تطغى حريته على حريات الآخرين • وعلى هذا يعرف زعماء المذهب الفردي ، وعلى رأسهم الفيلسوف الالماني كانت (Kant) ، القانون بأنه « مجموعة الشروط التي بفضلها يمكن أن تتماشى ارادة كل فرد مع ارادات الآخرين وفقا لقانون عام من الحرية » •

ففي ظل المذهب الفردي أو الحر نجد إذن أن نطاق القانون يضيق الى حد كبير هو هذا الذي يقتضيه تأمين اقامة الحرية للجميع ، ومنع الناس من التجاوز بعضهم على بعض •

المذهب الاشتراكي أو مذهب التدخل :
(Le socialisme ou l'interventionnisme)

إن المذهب الفردي أو الحر ، على مما يتضمنه من مثل عليا ودعوة مخلصة الى تقديس حرية الفرد واحترامها ، قد بدا ، بسبب التطور الاجتماعي الاخير الذي ظهرت بوادره في منتصف القرن التاسع عشر ولا يزال مستمرا حتى يومنا هذا ، غير كاف لاقامة نظام صالح يؤمن العدل والطمأنينة والاستقرار لجميع المواطنين في المجتمع •

وفي الواقع ، لقد أثبت التطور الاجتماعي الاخير أن الاكتفاء بتأمين الحرية لجميع المواطنين وتركهم ينظمون علاقاتهم بأنفسهم قد لا يؤدي في كثير من الاحيان الى تحقيق العدالة فيما بينهم واشاعة النظام والاستقرار ، بل كثيرا ما يأتي هذا التنظيم الذي يقيمونه بارادتهم المختلفة مجحفا بحقوق البعض منهم الذين ، على الرغم مما يقره لهم القانون من حرية ومساواة مع البعض الآخر ، يجدون أنفسهم مضطرين عمليا الى أن يذعنوا لشروطهم ويوافقوا على ما يريده هؤلاء

لهم لا ما يريدونه هم لانفسهم (وذلك كما في علاقات العمال بأرباب العمل مثلا حيث كان العمال في القرن التاسع عشر يجدون أنفسهم مضطرين الى أن يرضوا بالشروط التي كان يمليها عليهم أرباب العمل ، بالرغم من قسوتها بالنسبة اليهم ، لانهم كانوا عمليا تحت رحمة هؤلاء ولا يستطيعون أن يجادلوهم كثيرا فيما يفرضونه عليهم. وكما في علاقات المستهلكين بالمنتجين الكبار ، وخاصة المحتكرين منهم أو أيام الحروب ..) .

وعلى هذا قامت النظريات الاشتراكية الحديثة تدعو الدولة الى التدخل في شؤون الافراد لحماية الضعفاء من تسلط الاقوياء وسيطرتهم، فالقانون ، بحسب هذه النظريات ، لا يجب أن تقتصر مهمته على دور سلبي بأن يدع الافراد ينظمون بأنفسهم علاقاتهم فيما بينهم ويكتفي هو بمراقبتهم لمنعهم من التجاوز بعضهم على بعض ، ولكن عليه أيضا أن يؤدي دورا ايجابيا في هذا المجال فيتولى هو بنفسه تنظيم علاقات الافراد وشؤونهم حين يخفق هؤلاء في تنظيمها على أساس عادل صحيح .

ففي ظل المذهب الاشتراكي أو مذهب التدخل نجد أن للقانون مجالات أوسع وأعم من المجال الذي يريده أن يدور فيه المذهب الفردي أو الحر ، لان دور القانون في الواقع لا يقتصر على تأمين الحرية للجميع وتركهم يعملون بأنفسهم وإنما هو يقوم أيضا على التدخل في أعمالهم وشؤونهم لتنظيمها عندما تقتضي الضرورة أو المصلحة ذلك ، ومن هنا كان مبعث الاتساع الحالي لنطاق علم القانون .

الفرع الثالث

القواعد الآمرة والقواعد التكميلية او المفسرة
Les régles impératives et les régles supplétives

التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد التكميلية أو المفسرة — سبب هذه التسمية — القوة الالزامية للقواعد التكميلية أو المفسرة — مفهوم النظام العـام

التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد التكميلية او المفسرة :

تقسم القواعد القانونية باعتبارات متعددة ، من أهمها تقسيمها الى قواعد آمرة وقواعد تكميلية أو مفسرة .

أما القواعد الآمرة(وقدتسمىأيضا قواعد ناهية impératives) (ou prohibitives) فهي التي تهـدف الى حمايـة مصالح المجتمع الاساسية ، ولذلك لا يسمح للافراد باستبعاد أحكامها وتبني أحكام غيرها فيما يجرونه من عقود أو تصرفات قانونية .

وأما القواعد القانونية التكميلية أو المفسرة (وقد تسمى أيضا قواعـد معلنـة (Supplétives, interpré'atives ou déclaratives فهي ، خلافا للقواعد الآمرة ، لا تهدف الى حماية مصالح المجتمـع الاساسية وإنما تتعلق مباشرة بمصالح الافراد ، ولـذا يسمح لهؤلاء الافراد باستبعاد أحكامها إذا شاءوا والاخذ بأحكام غيرها يختارونهـا بأنفسهم لانهم.الاولى بتقدير مصالحهم وطرق تحقيقها .

ونحن إذا نظرنا الى كيفيةتنظيم الفعالية والنشاط الانساني في المجتمع وما ينشأ عنهما من علاقات بين الافراد المقيمين فيه ، لوجدنا أن هذا التنظيم يمكن أن يتم بأساليب مختلفة :

اولا ـ قـد يترك الى الافراد أنفسهم أمر تنظيـم علاقاتهم

الاجتماعية واختيار الاحكام التي يخضعون لها ويسيرون عليها دون أن تفرض عليهم هذه الاحكام مسبقا أو تحدد لهم ، وهذا غاية ما يرنو إليه المذهب الفردي •

ثانيا ـ قد يرشد الافراد الى الاحكام التي قد يرغبون بتطبيقها والعمل بها ، فتبين لهم هذه الاحكام في قواعد قانونية ثم يترك لهم الخيار بين العمل بهذه القواعد أو الاتفاق على خلافها • وهذا ما يتفق أيضا مع المذهب الفردي ، لان اقرار مثل هذه القواعد لا يؤدي الى الحد من حرية الافراد أو الانتقاص منها طالما أن هؤلاء يحتفظون دوما بحرية الاختيار بين الاحكام التي تنص عليها أو غيرها •

ثالثا ـ قد تحدد للافراد الاحكام التي يجب عليهم اتباعها والسير عليها في قواعد تفرض عليهم فرضا دون أن تكون لهم أدنى حرية في استبعادها واختيار غيرها • وهذا ما يكره المذهب الفردي اللجوء اليه إلا حين الضرورة القصوى لما فيه من حد لحريات الافراد (وهذه الضرورة يرى المذهب الفردي ، كما ذكرنا ، تضييق معناها الى حد كبير وعدم التوسع فيه) ويرضى به مذهب التدخل الذي لا يرى حرجا في الحد من هذه الحريات كلما دعت الى ذلك مصلحة المجتمع وضروراته الحيوية •

فالاحكام من النوع الاول هي ما يمكننا أن نسميها بالاحكام الاتفاقية أو التعاقدية (وهذه لا تدخل في نطاق بحثنا لانه يعود الى الافراد فيما بينهم أمر تقريرها ووضعها) أما القواعد التي تتضمن الاحكام من النوع الثاني فهي ما تسمى بالقواعد التكميلية أو المفسرة ، وأما القواعد التي تحدد الاحكام من النوع الثالث فهي ما تسمى بالقواعد الآمرة •

ولنأت الآن بمثال يوضح لنا معنى هذا التقسيم ، ويساعدنا

بصورة خاصة على التمييز بين ما يقصد بالقواعد التكميلية أو المفسرة من جهة والقواعد الآمرة من جهة ثانية .

لنفرض أن بائعا ومشتريا اتفقا على أن يبيع الاول للثاني عقارا يملكه وأن يدفع الثاني الى الاول لقاء هذا العقار مبلغ خمسين ألف ليرة سورية ، ولنفرض أنهما اتفقا في عقد البيع على أن يدفع المشتري للبائع نصف ثمن العقار حين تسليمه إياه وأن يدفع النصف الآخر بعد ذلك على قسطين مثلا ، كما اتفقا أيضا على أن يدفع المشتري ثمن العقار بالعملة الذهبية (أي أنه لا يدفع للبائع مبلغ خمسين ألف ليرة سورية وانما ما يعادل قيمة هذا المبلغ ذهبا) .

في هذا العقد نشاهد ، في الواقع ، أن البائع والمشتري قد اتفقا على عدة أحكام :

فهما قد اتفقا على أن يدفع المشتري للبائع مبلغ خمسين ألف ليرة سورية لقاء ثمن العقار ، وهذا حكم اتفاقي لم يخالفا به قاعدة قانونية سابقة (لعدم وجود قاعدة تحدد ثمن العقار بالنسبة اليهما) .

وهما قد اتفقا على أن الثمن لا يدفع كله حين تسليم المبيع ، وإنما يدفع نصفه فقط حين التسليم ويدفع النصف الآخر بعد ذلك على قسطين .

وهما قد اتفقا أخيرا على أن هذا الثمن يتم دفعه بالعملة الذهبية لا بالعملة السورية .

لو نظرنا الى الحكم الثاني القاضي بأن يتم دفع نصف الثمن حين التسليم والنصف الآخر بعد ذلك على قسطين ، لوجدنا أنه يخالف الحكم الذي تنص عليه قاعدة قانونية واردة في المادة (٤٢٥) من القانون المدني السوري والتي تقضي بأن الثمن يكون « مستحق الوفاء في الوقت الذي سلم فيه المبيع » . فالبائع والمشتري حين اتفقا على تأجيل

دفع نصف الثمن الآخر عن موعد تسليم المبيع قد خالفا الحكم الذي تنص عليه القاعدة المذكورة ولكن هذه المخالفة جائزة لان المادة (٤٢٥) نفسها تنص على أن الحكم الذي أوردته يمكن للمتبايعين أن يتفقا على خلافه . فهذه القاعدة اذن تعتبر قاعدة تكميلية أو مفسرة لانه يجوز الاتفاق على حكم يختلف عن الحكم الذي تقضي به وتنص عليه .

أما إذا نظرنا الى الحكم الثالث الذي انفق عليه البائع والمشتري في مثالنا السابق والقاضي بأن الثمن يدفع بالعملة الذهبية بدلا عن العملة السورية ، فإننا نجد أنه يخالف الحكم الذي تقرره قاعدة قانونية واردة في نص تشريعي يقضي بمنع التعامل بالعملة الذهبية . وهـذه مخالفة غير جائزة لان القاعدة القانونية الواردة في النص المشار اليه قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها ، ولهذا يعتبر اتفاق البائـع والمشتري في مثالنا على أن دفع الثمن يتم بالعملة الذهبية اتفاقا باطلا . فالقاعدة الآمرة كما نرى إذن هي ، خلافا للقاعدة التكميلية أو المفسرة ، القاعدة التي لا يجوز الاتفاق على حكم يختلف عن الحكم الذي تقضي به وتنص عليه ، وأي اتفاق من هذا القبيل يكون باطلا غير معتبر .

ومن الواضح ، بعد ما ذكرناه آنفا ، أن القاعدة القانونية تعرف فيما إذا كانت آمرة أو تكميلية ومفسرة باللجوء أولا الى عبارة النص الذي وردت فيه . فإذا وجدنا من خلال هذه العبارة ما يشير الى أن من غير الجائز مخالفة الحكم الذي تنص عليه ، كأن يقال مثلا (يعتبر باطلا كل اتفاق مخالف) أو (بالرغم من كل اتفاق مخالف) ، كانت القاعدة آمرة . أما إذا كانت العبارة تدل على جواز مخالفة هذا الحكم ، كأن يقال مثلا (إلا إذا اتفق المتعاقدان على خلاف ذلك) أو (ما لم يكن هناك اتفاق مخالف) ، اعتبرت القاعدة تكميلية أو مفسرة . فإن لم تسعفنا عبارة النص في معرفة نوع القاعدة كان لا بد لنا من التمعن في

من هذه الانواع الثلاثة (الامر أو النهي أو الاباحة) ، ولكن القواعد الآمرة سميت بهذا الاسم لان الاحكام التي تتضمنها أيا كان نوعها مفروضة على الاشخاص بصورة مطلقة لا تدع لهم مجالا لمخالفتها والاتفاق على غيرها ، بينما يملك هؤلاء ، بالنسبة للقواعد التكميلية أو المفسرة ، حرية الاختيار .

القوة الالزامية للقواعد التكميلية او المفسرة :

نحب في هذه الفقرة أن نشير الى ملاحظة هامة — بالاضافة الى الملاحظة التي أبديناها في نهاية الفقرة السابقة — وهي أن علينا ألا نتوهم أن هناك تعارضا بين مفهوم القاعدة القانونية التكميلية أو المفسرة وبين ما يجب أن يتوفر في القاعدة القانونية بوجه عام من قوة الزامية ، وبمعنى آخر ، علينا ألا نتوهم أن القاعدة القانونية الآمرة هي وحدها التي تعتبر ملزمة والتي تحظى بتأييد الدولة ، وأن القاعدة التكميلية أو المفسرة ليست ملزمة للافراد ولا تستطيع الدولة فرضها عليهم بالقوة عند الاقتضاء .

فالقواعد القانونية جميعها ، سواء أكانت آمرة أم تكميلية ومفسرة ، هي قواعد ملزمة ، وهي قواعد مؤيدة بقوة الدولة وسلطانها ومن الممكن فرض احترامها على الناس فرضا ، وبدون هذا الشرط لا يمكن ، كما رأينا ، أن تعتبر قواعد قانونية بالمعنى الصحيح ، بل هي تعتبر حينئذ مجرد قواعد أخلاقية أو قواعد مجاملة أو نحو ذلك .

فالفرق بين القواعد الآمرة والقواعد التكميلية أو المفسرة ينحصر إذن في أن القواعد الآمرة لا يمكن للاشخاص أن يتفقوا على خلافها في عقودهم ، بينما يمكن لهم ذلك بالنسبة للقواعد التكميلية أو المفسرة . فإذا اتفق هؤلاء الاشخاص على أحكام تختلف عن الاحكام التي تتضمنها القواعد التكميلية أو المفسرة في عقودهم طبقت عليهم هذه

البيع من رسوم وطوابع ونحوها ... الخ) ، ولهذا لا بد من وضع قواعد تبين أحكام مثل هذه الامور التي قد لا يتعرض لبحثها المتعاقدون. وتلك الاحكام تأتي في الواقع لتكون بمثابة تكملة لارادة الافراد وتفسير لها حين لا يبين هؤلاء الافراد أنفسهم ارادتهم بالنسبة اليها .

فالقواعد التكميلية أو المفسرة هي القواعد التي تطبق على الافراد أو الاشخاص حين لا يتفقون على خلافها ، لانه يفترض آنذاك أن الافراد أنفسهم قد رغبوا بها ، وأنها تعبر عن ارادتهم الضمنية أو المستترة . أما إذا اتفق هؤلاء الافراد على أحكام اخرى غير الاحكام التي تتضمنها تلك القواعد ، فتطبق عليهم حينئذ الاحكام التي اتفقوا عليها ، لان القواعد التكميلية أو المفسرة من شأنها أن تكمل ارادتهم وأن تبينها وتفسرها حين عدم ظهورها ، فإذا ظهرت ارادتهم صراحة فالاولى أن تطبق هذه الارادة بدلا عن تلك القواعد (مثلا حين لا يبين البائع والمشتري متى يجب دفع الثمن ، فالمادة (٤٢٥) من القانون المدني التي ذكرناها آنفا ترى أن يتم دفع الثمن كله حين تسليم المبيع الى المشتري لانها تفترض مبدئيا أن هذا ما يرغبه ضمنا البائع والمشتري وهو الذي يوافق ارادتهما التي لم يبيناها . أما إذا ذكر البائع والمشتري صراحة أن الثمن يدفع تقسيطا فيطبق حينئذ هذا الذي اتفقا عليه ولا مجال لتطبيق القاعدة المذكورة ما دام قد ظهر لنا بوضوح أن رغبتهما وارادتهما هما على خلافها) .

ملاحظة : من الضروري أن ننبه أخيرا الى وجوب عدم الخلط بين التسمية التي نطلقها على القواعد الآمرة وبين مضمون الخطاب الذي توجهه القاعدة الى الاشخاص من حيث أنه أمر أو نهي أو مجرد إباحة وترخيص . وألا نتوهم أن القاعدة الآمرة هي التي تتضمن الامر (أو النهي) وأن القاعدة التكميلية أو المفسرة هي التي تتضمن الاباحة أو الترخيص . فالقواعد جميعها آمرة أو تكميلية ومفسرة تتضمن كلا

عن القواعد الآمرة من أنها القواعد التي تهدف الى حماية مصالح المجتمع الاساسية وبالتالي لا يسمح للافراد بمخالفتها وتبني قواعد غيرها فيما يجرونه بينهم من عقود أو تصرفات قانونية ، لامكننا أن ندرك أن ما قصدناه هناك بتعبير « مصالح المجتمع الاساسية » هو ما نقصده هنا بتعبير « النظام العام » . فمفهوم النظام العام تتمثل فيه إذن هذه المصالح الاساسية للمجتمع ، والقانون حين يجعل طائفة من قواعده آمرة لا تجوز مخالفتها فهو إنما يفعل ذلك لان هذه القواعد تهدف الى حماية النظام العام في المجتمع أو ، وهو ما يؤدي الى المعنى نفسه ، لانها تهدف الى حماية المصالح الاساسية لهذا المجتمع .

وإذا كان مفهوم النظام العام ، كما ذكرنا ، هو المفهوم الذي تتمثل فيه مصالح المجتمع الاساسية ، فإن تحديد هذه المصالح لاعطاء فكرة واضحة عن مفهوم النظام العام أمر عسير يحتاج الى الكثير من الايضاح . ولهذا نكتفي هنا بأن نشير بايجاز الى أن هذه المصالح تتجلى عادة ، بالنسبة للقانون المعاصر ، في الامور التالية :

١ — حماية الفرد في كل ما يتصل بحياته وسلامته وحريته وأمنه (فالقاعدة التي تقضي بتحريم الرق مثلا تعتبر قاعدة آمرة من النظام العام لانها تهدف الى حماية حرية الانسان) .

٢ — حماية الدولة ومؤسساتها القانونية ونظام الحكم فيها (وعلى هذا فجميع قواعد القانون العام ، وهي القواعد التي تنظم ، كما سنرى ، العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها ، هي قواعد آمرة من النظام العام) .

٣ — حماية العائلة وإقامتها على أساس سليم (وبالتالي فإن القواعد التي تنظم أمور العائلة هي ، من حيث المبدأ ، قواعد آمرة أيضا تتعلق بالنظام العام) .

الاحكام التي اتفقوا عليها ، وإذا لم يحدث بينهم مثل هذا الاتفاق طبقت عليهم الاحكام التي تتضمنها القواعد التكميلية أو المفسرة ، واعتبرت هذه القواعد بالنسبة اليهم حينئذ ملزمة لا يمكنهم التنصل من تطبيق أحكامها بل يرغمون على ذلك بقوة الدولة إذا اقتضى الامر .

وعلى هذا إذا أخذنا قاعدة قانونية تكميلية أو مفسرة كالمادة(٤٣٢) من القانون المدني التي تنص على أن نفقات تسلم المبيع تقع على عاتق المشتري ، فإننا نجد من جهة أن البائع والمشتري يمكنهما أن يتفقا على حكم يخالف هذه القاعدة كأن يتفقا مثلا على أن البائع هو الذي يتحمل هذه النفقات ، وحينئذ يكون اتفاقهما هذا ملزما لهما ولا يطبق عليهما حكم القاعدة المذكورة ، ولكننا نجد من جهة ثانية — وهذه هي النقطة الهامة في الموضوع — أنه إذا لم يتفق البائع والمشتري على حكم آخر يخالف حكم هذه القاعدة ، يصبح هذا الحكم الذي نصت عليه القاعدة المذكورة ملزما بالنسبة لهما بحيث لا يستطيع المشتري بعد ذلك أن يمتنع عن دفع نفقات تسلم المبيع . هذا المشتري كان يستطيع أن يتفق مع البائع على ألا يتحمل هو هذه النفقات ، أما وأنه لم يتفق وإياه على شيء من هذا القبيل فلا بد له إذن من أن يتحمل نفقات تسلم المبيع تطبيقا للمادة المشار اليها التي تعتبر في هذه الحال ملزمة له والتي يمكن ، حين الاقتضاء ، إرغامه على اتباعها بقوة الدولة .

مفهوم النظام العـام :

القواعد القانونية الآمرة يطلق عليها أيضا اسم القواعد المتعلقة بالنظام العام ، فهي آمرة لا يجوز للافراد مخالفتها أو الخروج عليهـا لان في المساس بها مساسا في الوقت نفسه بهذا النظام العام الذي تسعى الى تحقيقه وحمايته ، فما الذي يقصد بهذا المفهوم ؟

لو تذكرنا في الواقع التعريف الذي أوردناه في مطلع هذا البحث

المجتمع وتحدد لهم سبيل سيرهم وسلوكهم ، بل تقوم الى جانبها قواعد أخرى تلعب دورا كبيرا في هذا الشأن يكاد لا يقل عن دور القواعد القانونية أهمية وأثرا ، وفي مقدمة هذه القواعد تأتي قواعد الاخلاق .

ومن واجبنا ، لكي تكون الفكرة التي نكونها لانفسنا عن مفهوم القانون كاملة وحدود هذا المفهوم واضحة بالنسبة الينا ، أن نتساءل الآن عن العلاقة بين القواعد القانونية من جهة والقواعد الاخلاقية من جهة ثانية .

في الواقع ، إن التفريق بين القواعد القانونية والاخلاقية لم يحدد بصورة علمية واضحة إلا في العصور الحديثة وبصورة خاصة في القرن الثامن عشر . أما في العصور السابقة فقد كان التداخل بين هذه القواعد كبيرا الى حد يصعب معه التفريق بينها ، بالرغم من أن الرومان قد عرفوا نوعا ما هذا التفريق (حيث أن أحد كبار فقهائهم بول (Paul) كان يقول إن ما يسمح به القانون لا يكون دوما موافقا للاخلاق ، وهو يعني بذلك أن هنالك فارقا بين القانون من جهة والاخلاق من جهة ثانية) . في العصور القديمة ، كان الدين هو المسيطر بين أغلب الشعوب ، وكان ما يأمر به الدين يعتبر في الوقت ذاته موافقا للاخلاق وواجب الاتباع من الوجهة القانونية .

وبالرغم من أن التداخل لا يزال كبيرا في العصر الحاضر بين قواعد القانون والاخلاق ، حيث أن الاولى هي في أغلبها مستمدة من الثانية (فالقواعد التي تأمر بعدم القتل أو السرقة أو بوفاء الديون مثلا هي قواعد قانونية وأخلاقية في نفس الوقت) ، بالرغم من هذا التداخل الكبير فقد حاول فقهاء القرن الثامن عشر ، وبصورة خاصة توماسيوس (Thomasius) وكانت (Kant) ، بيان بعض الفوارق بينهما ، وهي فوارق يؤدي إليها اختلاف الغاية والهدف بالنسبة إليهما ، من حيث أن

٤ — حماية الاخلاق والآداب العامة (فكل اتفاق يمس هـذه الاخلاق أو الآداب يعتبر باطلا لانه يمس في نفس الوقت النظام العام في المجتمع) .

٥ — حماية بعض المصالح الاقتصادية والاجتماعية (وهي مصالح تزداد أهميتها وصلتها بالنظام العام في عصرنا الحاضر وتسن القواعد الآمرة لحمايتها ، كما في قواعد قانون العمل التي تنظم علاقات أرباب العمل بالعمال) .

هذه هي المصالح الاساسية التي يسعى المجتمع الى تحقيقهـا وتؤلف مفهوم النظام العام فيه ، وهي المصالح التي توضع القواعـد الآمرة لحمايتها ومنع التجاوز عليها . على أنه لا بد لنا أن نشير الى أن النظرة الى مدى أهمية هذه المصالح أو كيفية حمايتها قد تختلف من مجتمع الى مجتمع ومن ظرف الى ظرف ، ويختلف تبعا لذلك مفهوم النظام العام كما تختلف القواعد الآمرة نفسها (نذكر على سبيل المثال أنه قد يرى في مجتمع من المجتمعات أن حماية العائلة تقتضي مثلا تحريم الطلاق فتوضع قاعدة خاصة تنص على هذا التحريم وتعتبر من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام ، بينما لا يكون مثل هذا في مجتمع آخر) .

الفرع الرابع

القانون والاخلاق

Le Droit et la Morale

مقارنة القانون بالاخلاق — أوجه الاختلاف بينهما

من حيث : النطاق ، والشدة ، والمؤيد أو الجزاء

مقارنة القانون بالاخلاق :

ليست قواعد القانون وحدها هي التي تنظم علاقات الناس في

وحدها دون القانون لانها إنما تتعلق بسلوك الانسان الفردي وتصرفاته الخاصة التي لا أثر لها بالنسبة لحياته الاجتماعية .

وعلى هذا نجد أن القاعدة تظل تعتبر قاعدة أخلاقية لا قانونية طالما أنها تتعلق بالفرد وحده دون أن تؤثر على الآخرين في المجتمع ، فإذا امتد أثر القاعدة الى هؤلاء أصبحت قاعدة قانونية وأخلاقية معا . فالاخلاق مثلا تستنكر الكذب العادي الذي لا ينجم عنه ضرر للغير ولكن القانون لا يعاقب عليه ، أما إذا نجم عن هذا الكذب ضرر للغير ، كما في شهادة الزور ، فلا يكون منع هذا الكذب عبارة عن مجرد قاعدة أخلاقية فقط وإنما يصبح قاعدة أخلاقية وقانونية معا . وكذلك الاخلاق لا ترضى بالجبن أو التخاذل ، ولكن القانون لا يعاقب الانسان على جبنه وتخاذله إلا حين يكون هنالك ضرر منهما بالنسبة للمجتمع كما في حالة الفرار أمام العدو مثلا .

وإذا كانت هنالك منطقة مشتركة بين القانون والاخلاق ، ومنطقة اخرى خاصة بالاخلاق دون القانون ، فإن هنالك منطقة ثالثة يتولى القانون تنظيمها دون أن تكون للاخلاق صلة بها ، كما في القواعد المتعلقة مثلا بتنظيم السير التي يفرضها القانون لتأمين النظام وتجنب وقوع الاصطدامات بينما لا توجد للاخلاق علاقة بها : فسيان بالنسبة للاخلاق مثلا أن يكون السير في الطريق عن يمين أو شمال .

اختلاف القانون والاخلاق من حيث الشدة :

وفي الواقع ، إذا كانت هنالك منطقة مشتركة بين القانون والاخلاق ، وهي تلك التي تتعلق بتصرفات الانسان ذات الصلة بحياته الاجتماعية وعلاقاته بالافراد الآخرين في المجتمع ، فإن القواعد القانونية قد تختلف في بعض الاحيان عن القواعد الاخلاقية في هذا المجال وتكون أقل شدة منها وأكثر تساهلا بسبب مقتضيات المصلحة والضرورة .

الاخلاق تهدف بصورة رئيسية الى تحقيق الطمأنينة والسلامة الداخلية للانسان (Ll paix intérieure) وبلوغ الكمال الفردي (La perfection individuelle) ، بينما يهدف القانون قبل كل شيء الى تحقيق الطمأنينة والسلامة العامة أو الخارجية (La paix extérieure) وتأمين النظام في المجتمع (L'ordre dans la société) .

وعلى هذا ، فإن أهم الفوارق بين القواعد القانونية والقواعد الاخلاقية ، أو بين القانون والاخلاق ، يمكن أن تبدو من ثلاثة وجوه : من حيث نطاق كل منهما ، من حيث درجتهما في الشدة ، من حيث المؤيد أو الجزاء .

اختلاف القانون والاخلاق من حيث النطاق :

فنطاق القانون هو في الواقع أقل سعة من نطاق الاخلاق . ذلك أن القانون إنما يهتم فقط بقسم من أعمال الانسان وتصرفاته لا بها كلها ، وهذا القسم يتضمن التصرفات التي تدخل في نطاق سلوكه الاجتماعي وتتصل بعلاقاته مع غيره من أفراد المجتمع ، بينما تشمل قواعد الاخلاق هذا النوع من تصرفات الانسان ، وتشمل أيضا تصرفاته الخاصة التي تدخل في نطاق سلوكه الفردي حتى ولو لم يكن لها من أثر على علاقاته بالآخرين .

فهنالك إذن منطقة مشتركة بين القانون والاخلاق ، وهي تلك التي تتعلق بتصرفات الانسان في المجتمع وصلاته بالغير كالقواعد المتعلقة بمنع ارتكاب الجرائم مثلا أو وفاء الالتزامات أو احترام حقوق وملكيات الآخرين ، وهي قواعد يفرضها القانون والاخلاق معا . وهنالك منطقة خاصة بالاخلاق دون القانون ، وهي التي تتعلق بسلوك الانسان وتصرفاته الفردية التي لا تأثير لها على صلاته بالآخرين وذلك كالحث على الصدق أو الشجاعة مثلا ، وهي عبارة عن قواعد تفرضها الاخلاق

خشية الناس الذين قد يحتقرونه ويحجبون ثقتهم عنه ، ولكنه يمتنع عن شهادة الزور لهذه الاسباب نفسها ولان الدولة أيضا تعاقب على شهادة الزور •

هذه هي أهم الفوارق التي تميز القانون عن الاخلاق • ومن الضروري أن نشير هنا الى أنه ، بالرغم من هذه الفوارق ، فالصلة لا تزال قوية جدا ومتينة بين القانون من جهة والاخلاق من جهة ثانية ، وهي ستظل أبدا قوية متينة • فالقاعدة الاخلاقية ، كما يقول ريبير (Ripert) تحاول دوما أن تصبح قاعدة قانونية ، والقواعد القانونية ، كما يقول جوسران (Josserand) هي مستمدة في أغلبها من الاخلاق ، لدرجة أن القانون ليس سوى الاخلاق حين ترتدي صبغة الزامية •

وعلى هذا نجد أنه ، حتى في حقل التنظيم الاجتماعي ، قد تختلف قواعد القانون عن قواعد الاخلاق ، ذلك أن الاخلاق إنما تهدف دوما الى الاصلاح التام والكمال المطلق بينما يحرص القانون على مراعاة اعتبارات اخرى كالمصلحة والنفع الى جانب المثل الاخلاقية التي يحاول تحقيقها . فالاخلاق مثلا لا ترضى بحال من الاحوال أن يمتنع انسان عن وفاء دينه مهما مر على هذا الدين من مدة أو زمن دون المطالبة به من قبل صاحبه ، أما القانون فإنه يبيح لهذا الانسان أن يمتنع عن وفاء دينه بعد فترة معينة من الزمن إذا لم يطالبه صاحبه به خلالها (وهذا ما يسمى بالتقادم) لانه يعتبر أن المصلحة تقضي بألا تظل المنازعات القانونية قائمة دوما ومستمرة . وكذلك قد يعتبر منافيا للاخلاق أن يغبن البائع المشتري غبنا فاحشا في ثمن ما يشتريه منه ، ولكن القانون قد لا يمنع هذا الغبن إلا في ظروف خاصة ، حرصا على المصلحة التي تقضي باستقرار المعاملات وعدم افساح المجال لابطال العقود بصورة واسعة .

ومن هنا يتضح لنا معنى جملة الفقيه الروماني بول (Paul) من أن ما يسمح به القانون لا يكون دوما موافقا للاخلاق ، كما أن الفقيه الفرنسي بورتاليس (Portalis) يشير الى مثل هذا المعنى حين يقول إن « ما لا يكون مخالفا للقوانين فهو مشروع ، ولكن ليس كل ما هو مطابق للقوانين يكون دوما شريفا ، لان القوانين إنما تهتم بالمصلحة السياسية للمجتمع أكثر من اهتمامها بالكمال الخلقي للانسان » .

اختلاف القانون والاخلاق من حيث المؤيد او الجزاء :

فالقواعد القانونية ، كما سبق أن أشرنا ، إنما تتميز بأنها مؤيدة من قبل الدولة التي تستطيع أن تفرضها بالقوة حين الاقتضاء ، أما القواعد الاخلاقية فإن الذي يفرضها على المرء هو ضميره ووجدانه أو الضمير العام في المجتمع ولكن بدون تدخل من قبل الدولة . فالانسان مثلا قد يمتنع عن الكذب لانه يأنف الكذب ولا يرتضيه لنفسه أو

جدا (كالدفاع المشروع مثلا أو الدفع بعدم التنفيذ ..) ، ولكن هذه الاستثناءات لا تؤثر في شيء على أهمية المبدأ الذي ذكرناه من أنالمؤيد أو الجزاء الذي يترتب على مخالفة القاعدة القانونية إنما يعود أمر تحديده وفرضه ، في عصرنا الحاضر ، الى الدولة وحدها .

وهنالك عدد من الفقهاء يرون أن القوة الالزامية للقاعدةالقانونية ليست شرطا أساسيا من شرائطها ، إلا أن من السهل تفنيد وجهة نظرهم والرد على الحجج التي يوردونها في هذا السبيل .

ولعل من أهم الحجج التي يبديها أصحاب هذا الرأي الحجة التي تستند الى الطبيعة الخاصة التي تتميز بها قواعد القانون الدولي العام من حيث أنها تنظم علاقات الدول فيما بينها ، وهي لذلك لا يمكن أن تكون مؤيدة من قبل دولة معينة ، كما أن من العسير فرض احترامها على الدول المختلفة والزام هذه الدول باتباعها عن طريق القوة التي تتولاها هيئة عليا تشرف عليها .

ولا بد لنا من التسليم بأهمية هذه الحجة ، والاعتراف بأنقواعد القانون الدولي العام لم تبلغ بعد درجة قواعد القانون الداخلي منحيث القوة الالزامية ، ولذلك فإن الكثيرين من الفقهاء يصفون القانون الدولي العام بأنه قانون غير كامل (Droit imparfait) إلا أننا ، مع هذا ، لا نستطيع أن نتخذ هذه الطبيعة الخاصة التي يتصف بها القانون الدولي العام — وهو لا يشكل إلا فرعا محدودا من فروع علم القانون — أساسا لتقرير خصائص القاعدة القانونية . فالقواعد القانونية ، فيما عدا قواعد القانون الدولي العام ، لا بد لها من أن تكون مؤيدة بقوة الدولة وسلطانها ، كما أن قواعد القانون الدولي العام نفسها ليست خالية من كل تأييد ، إذ أن الدولة التي تخرق بالنسبة إليها هذه القواعد تقتص لنفسها بنفسها ، أو بالتعاون مع حلفائها ، من

للقراءة

القاعدة القانونيـــة :

انظر بالنسبة لهذا البحث المراجع العامة المشار اليها في آخر الكتاب، وخاصة : مرقس ٦—٢١ ، Dabin 34 - 73. و Roubier 25 - 40

العنصر المادي والعنصر المعنوي في القاعدة القانونية : يميز الفقهاء عادة بين عنصرين من عناصر القاعدة القانونية وهما : العنصر المـادي والعنصر المعنوي • أما العنصر المادي فيقصدون به الوقائع المادية أو الاحوال الواقعية التي يرتكز عليها الحكم ، وأمـا العنصر المعنوي فيقصدون به الحكم الذي تقرره القاعدة القانونية لتلك الوقـائع والاحوال •• انظر : القوتلي ١٠٥٨ •

القوة الالزامية للقاعدة القانونية : لقد رأينـا أن هـذه القوة الالزامية هي من أهم خصائص القاعدة القانونية ومن أبرز المعايير التي تميزها عن سواها من أنواع القواعد الاخرى • وهذه القوة الالزامية تعني في البلاد المتمدنة ، كما ذكرنا ، أن تكون القاعدة القانونية مؤيدة من قبل الدولة • إلا أنه ليس من العسير علينا ، مع هذا ، أن نتصور وجود مؤيدات فردية للقاعدة القانونية ، وذلك كما في المجتمعات البدائية حيث كان الشخص يقتص لنفسه بنفسه ، أو بواسطة أهله وعشيرته ، ممن كان يعتدي على حقه (عادة الثأر والانتقام) ، وكان هذا القصاص الفردي يقوم مقام العقوبة التي توقعها الدولة على من يخالف القاعدة القانونية • فالمهم في الامر أن يكون هناك جزاء دنيوي محدد يمكن إيقاعه بمن يخالف القاعدة القانونية ، لا أن يقتصر هذا الجزاء على تأنيب الضمير ، أو سخط المجتمع ، أو غضب الذات الالهية ••• هذا ونلاحظ أحيانا ، حتى بالنسبة للمجتمعات المتمدنة في عصرنا الحاضر ، وجود بعض المؤيدات الفردية للقاعدة القانونية في حالات استثنائيـة

دور القانون في التنظيم الاجتماعي :

إن المؤلفات التي تعالج هذا الموضوع عديدة لا يمكن حصرها ، ولهذا نكتفي بأن نشير منها الى المراجع التالية :

Beudant : Le droit individuel et l'Etat, éd. 1891.
Ripert : Aspects juridiques du capitalisme moderne 2e éd. 1951.
Le régime démocratique et le droit civil moderne, 2e éd. 1949.
Savatier : Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 2e éd. 1952.
Waline : L'individualisme et le Droit, 2 éd. 1949.

وانظر : بالنسبة لعبارة كانت (Kant) المذكورة في هذا البحث:

Del vecchio 119

مقارنة المذهب الفردي أو المذهب الحر بالمذهب الاشتراكي أو مذهب التدخل:

لم نحاول أن نعرض عن هذين المذهبين إلا صورة مبسطة جدا ومصغرة الى الحد الذي يعنينا بحثه في هذا الكتاب ، دون أن نتطرق الى النواحي العديدة المتشعبة التي يقتضيها البحث فيهما • وإذا كان لا بد لنا من رأي حول هذين المذهبين ، فإننا نميل الى الاخذ بموقف وسط بينهما ، معتبرين أن من حق الدولة أن تتدخل في شؤون الافراد كلما دعتها الضرورة أو المصلحة العامة الى ذلك ، على ألا تغالي الدولة في هذا التدخل وألا تنسى أن اتاحة أكبر قدر ممكن من الحرية لهؤلاء الافراد هو نفسه من أهم مقتضيات هذه الضرورة والمصلحة • فإيجاد توازن عادل بين الحرية الفردية من جهة وضرورة تدخل الدولة للحد من هذه الحرية حين الحاجة من جهة ثانية هو المهمة الاساسية التي يجب أن يسعى الى تحقيقها دوما القانون لبلوغ هدفه الذي يقوم على تأمين النظام في المجتمع •

الدولة المعتدية (كما كان يفعل الافراد أنفسهم في المجتمعات البدائية)، فضلا عن أن هناك محاولات متعددة لايجاد مؤيدات تتولاها وتشرف على تطبيقها الامم المتحدة والمؤسسات التابعة لها بالنسبة لقواعد القانون الدولي العام ... انظر : مرقس ١٠ ، وأيضا :
Dabin 54 et 67. Roubier 32. Del Vecchio 295.

الزمر والمؤسسات والنظم القانونية : ليست القواعد القانونية منفصلة بعضها عن بعض ، وإنما هي توجد عادة في فئات ومجموعات تضم كل منها عددا من هذه القواعد وتجمعها حول موضوع واحد تنظمه وتبين أحكامه ، وتسمى هذه الفئات والمجموعات التي تضم كل منها قواعد متماثلة تتعلق بموضوع مشترك بالزمر القانونية (Catégories juridiques) أو بالمؤسسات القانونية (Institutions juridiques) .

فالمسؤولية المدنية مثلا أو الملكية لا يمكن أن تنظم كلا منهما قاعدة واحدة ، بل لا بد أن تتناولهما بالبحث والتنظيم مجموعة من القواعد ، وهذه المجموعة تؤلف زمرة قانونية (زمرة قواعد المسؤولية) ، أو مؤسسة قانونية (مؤسسة الملكية) . والزمرة والمؤسسة تتشابهان من حيث أن كلا منهما تضم القواعد التي تنظم موضوعا معينا ، ولكن الاستاذ روبيه (Roubier) يميز بينهما من حيث أن المؤسسة يجب أن يتوافر فيها عنصران : عنصر الدوام (Caractère de durée) وعنصر التماسك (Caractère organique) .

والزمر والمؤسسات القانونية تتجمع أيضا في فئات ومجموعات أوسع تؤلف عددا من النظم أو الانظمة القانونية (Ordres juridiques) وهذه النظم يمكن أن تصنف باعتبارات عديدة ، كأن تقسم مثلا الى نظام قانوني مدني أو تجاري ، ونظام قانوني سوري أو فرنسي ونحو ذلك .. انظر : Roubier 51

بمنع هذه الارادات من مخالفة القواعد المعتبرة ، في زمن ما ، ضرورية لحماية تلك المصلحة » .

ويلاحظ أن هذا التعريف لا يبين لنا مضمون النظام العام ، لان هذا المضمون غير محدد ولا ثابت ، ولكنه يحدد لنا هدفه الذي هو حماية المصلحة العامة للمجتمع من تجاوز الارادات الفردية . والمصلحة العامة للمجتمع التي يحميها مفهوم النظام العام يمكن أن تتجلى في المجالات الخمس التي سبق أن عددناها في هذا البحث .

النظام العام والآداب العامة : يضيف الفقهاء عادة الى تعبير النظام العام تعبير الآداب العامة ويبحثون كلا منهما منفصلا عن الآخر ، وكذلك تفعل أغلب القوانين إذ تنص على عدم جواز مخالفة القواعد التي تتعلق بالنظام العام أو الآداب .

والواقع أن مفهوم الآداب العامة يعتبر جزءا من مفهوم النظام العام ، لان من المجالات التي تتجلى فيها المصلحة العامة للمجتمع مجال الاخلاق والآداب العامة . وعلى هذا فلا يجب أن نفهم من ذكر الآداب العامة الى جانب النظام العام أنهما مفهومان مختلفان ، بل علينا أن ننتبه الى أن مفهوم الآداب العامة يدخل في مفهوم النظام العام ولم يذكر على حدة إلا لابراز أهميته وشأنه .

القانون والاخلاق :

من أشهر المؤلفات في هذا الموضوع الكتاب التالي للاستاذ ريبير :

Ripert : La règle morale dans les obligations civiles, 4e éd. 1949.

وقد قصد الاستاذ ريبير من كتابه هذا الى اظهار مدى التأثير الكبير الذي تمارسه الاخلاق في نطاق علم القانون . ومن هذا الكتاب نقلنا عبارة الاستاذ ريبير المذكورة في البحث .

القواعد الآمرة والقواعد التكميلية أو المفسرة :

انظر بالنسبة لهذا البحث ، وبحث مفهوم النظام العام الذي يتصل به ، المراجع التاليـــة :

السنهوري : الوسيط — جزء ١ — طبعة ١٩٥٢ — ص ٣٩٩ .

Capitant 56 Dabin 30.

Juliot de la Morandière : La notion d'ordre public en droit privé, cours de doctorat, Paris 1950 - 1951.

Marmion : Etude sur les lois d'ordre public en droit civil, th Paris, 1924.

Malaurie : L'ordre public et le contrat, tome 1, 1953.

نوع ثالث من القواعد : يرى الاستـــاذ كابيتان (Capitant) أنه ، بالاضافة الى القواعد الآمرة والقواعد التكميلية أو المفسرة ، يوجد هناك نوع ثالث من القواعد يمكن أن تسمى بالقواعد المقررة (Règles dispositives) وهو يختلف عن كل من النوعين السابقين من حيث أنه لا علاقة لارادة الافراد به ولا مجال للبحث في امكانية مخالفته أو عدم مخالفته من قبلهم . انظر : Capitant 65 .

ونعتقد أن هذا النوع الثالث من القواعد من الممكن ادخاله في زمرة القواعد الآمرة ، وبذلك لا تكون هنالك حاجة لاعتماد هـــذا التقسيم الثلاثي .

تعريف النظام العام : ليس هنالك تعريف معين متفق عليه لمفهوم النظام العام ، لما يكتنف هذا المفهوم من الغموض وعدم الدقة . ولقد حاولنا في رسالة الدكتوراه التي أعددناها في هذا الموضوع أن نعطي عنه التعريف التالي :

« النظام العام هو المفهوم الذي يهدف الى حماية المصلحة العامة للمجتمع — أو الصالح العام — من تجاوز الارادات الفردية ، وذلك

الفصل الثاني

أسس القانون

Les fondements du droit objectif

منهج البحث : القواعد القانونية لا توجد بصورة عفوية أو اعتباطية بل هي تستند الى أسس تبنى عليها وتخضع الى عوامل ومؤثرات متعددة تعمل على ايجادها وتحدد روحها واتجاهها ، وهذه الاسس قد يختلف النظر اليهـا بحسب المذاهب والمدارس المختلفة التي تتولى البحث فيها .

ونحن سنحاول في هذا الفصل اعطاء لمحة موجزة عن أهم المذاهب والمدارس التي تولت البحث في أسس القانون وعرض آرائها ونظرياتها المختلفة عرضا سريعا وفقا للترتيب التالي :

الفرع الاول : المذاهب الشكلية .

الفرع الثاني : مدرسة القانون الطبيعي .

الفرع الثالث : المدرسة التاريخية .

الفرع الرابع : مذهب التضامن الاجتماعي .

الفرع الخامس : مذهب العلم والصياغة .

وأما عبارة الفقيه الروماني بول (Paul) فمذكورة في كتـاب الاستاذ روبيه عن النظرية العامة للقانون ، انظر : Roubier 41

وعبارة الفقيه الفرنسي بورتاليس (Portalis) قد وردت في خطابه التمهيدي عن القانون المدني الفرنسي (Discours préliminaire)

وعبارة الاستاذ جوسران قد وردت في الجزء الاول من كتابه في القانون المدني : انظر : Josserand No .3 .

ولعلنا نستطيع أن نعدد بصورة خاصة من بين الفلاسفة والفقهاء الذين يمكن اعتبارهم من أصحاب المذاهب الشكلية : الفقيه الانكليزي اوستن (Austin) الذي يستمد مذهبه من نظريات الفيلسوف الانكليزي هوبز (Hobbes) ، وعددا كبيرا من الفلاسفة والفقهاء الالمان وعلى رأسهم الفيلسوف هيجل (Hegel) ، وكذلك الفقيه النمسوي كيلسن (Kelsen) وبعض الفقهاء الفرنسيين أنصار النظرية الوضعية القانونية (Le positivisme juridique) وخاصة الاستاذين كاره ده مالبر (Carré de malberg) وفالين (Waline)

تقدير النظرية :

لا ريب أن المذاهب الشكلية تتضمن نصيبا من الصحة ، ولكنها في نفس الوقت قد يمكن أن تعتبر خطرة نوعا ما من جهة وغير كافية لتفسير أسس القانون من جهة ثانية .

أما أن المذاهب الشكلية تتضمن نصيبا من الصحة فلأن القانون في الواقع مرتبط بالدولة أشد الارتباط ومتصل بها كل الصلة ، ولا مناص من الاعتراف أنه ، بالنسبة للمجتمعات الحديثة على الاقل ، يجب أن يعتبر من زمرة القانون كل ما تعتبره الدولة كذلك وأن يعتبر خارجا عنها كل ما لا ترضى الدولة أن تقره . فتبني الدولة للقواعد القانونية أو اقرارها إياها هو المعيار الاكيد المباشر الذي يمكننا من معرفتها ويدلنا على وجودها .

وأما أنها خطرة نوعا ما ، فلأن المغالاة في الاخذ بهذه المذاهب قد يؤدي الى تبرير استبداد الدولة وسيطرتها المطلقة . وفي الواقع ، إذا قلنا ان القانون هو مشيئة الدولة ولا شيء غير هذا فلا مجال بعدئذ الى الشك في قيمة هذا القانون أو مناقشته ما دام قد صدر عن الدولة ذات السلطان المطلق وصاحبة الكلمة الاولى والاخيرة في هذا الشأن .

الفرع الاول

المذاهب الشكلية

Les doctrines formalistes

عرض النظرية التي تنادي بها المذاهب الشكلية — تقدير النظرية

عرض النظريـة :

الصفة الغالبة التي تجمع بين هذه المذاهب وتقربها بعضها من بعض هي أنها لا تحاول أن تبحث عن الاسس الخفية التي يقوم عليها القانون والعوامل العميقة التي تؤثر في وجوده ، بل هي تكتفي بأن تنظر الى القانون بوجهه الظاهر كمجموعة من القواعد التي تقرهـا وتفرضها السلطة العامة أو الدولة فتعالجه على هذا الاساس دون أن تحاول التغلغل الى ما وراء هذه القواعد للبحث في الاسباب والعوامل التي أدت الى نشوئها على النحو الذي نشأت عليـه والاسس التي تبنى عليهـا .

فالقواعد القانونية إذن ، بحسب هذه المذاهب ، هي تلك التي تتبناها الدولة فعلا وتفرضها (وتسمى بالقواعد القانونية الوضعيـة) (Droit positif) ، وعلى الباحث أن يقتصر في بحثه عليها بالشكل الذي وردت فيه دون أن يتعداها الى ما وراءها . إن الذي يجب اعتباره في هذا المجال هو أن هذه القواعد قد جاءت موافقة لارادة المشرع الممثلة لارادة الدولة إذ أن الدولة هي المصـدر الحقيقي للقواعـد القانونية وهي الاساس الذي تبنى عليه ، وكل ما تعتبره الدولة من زمرة القانون يدخل في نطاقه ، لان القانون ما هو إلا مشيئة الهيئـة الحاكمة أو الدولة ولا حاجة للبحث عن أسس اخرى له فيما عدا هذه المشيئـة .

الفرع الثاني

مدرسة القانون الطبيعي
L'Ecole du droit naturel

عرض نظرية القانون الطبيعي — تقدير النظرية
تطور النظرية : القانون الطبيعي ذو المضمون المتحول

عرض النظريـة :

نظرية القانون الطبيعي من أهم النظريات التي وجدت للبحث في أساس القانون ، وقـد لعبت في تاريخ الفكر القانوني دورا كبـيرا ولا تزال لها حتى الآن أهمية بالغة بالرغم من الانتقادات التي وجهت إليها • ونحن سنرى في الواقع ، حين البحث في مصادر القانون ، أن كثيرا من التشريعات الحديثة — ومن بينها قانوننا المدني — قد اعتبرت مبادىء القانون الطبيعي مصدرا أخيرا للقواعد القانونية يلجأ اليـه القاضي للحكم بموجبه حين فقدان المصادر الاخرى ، وهذا ما يجعل لمبادىء القانون الطبيعي فائدة عملية خاصة من حيث امكان تطبيقهـا مباشرة من قبل القاضي بالاضافـة الى فائدتها الاصلية كأسس مثالية ترتكز عليها القواعد القانونية الوضعية (أي القواعد التي تتبناها الدولة والتي تطبق فعلا في بلد من البلاد) •

ونظرية القانون الطبيعي يرجع تاريخها الى عهد بعيد ، فقد عرفها اليونان والرومان وعرفها القانون الكنسي في القرون الوسطى ، ولكنها اكتسبت أهميتها القصوى وشكلها العلمي الحديث منذ القرن السابـع عشر ، ثم في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ، حيث نادى بها عـدد كبير من الفلاسفة والفقهاء وعلى رأسهم الفقيه الهولندي غروسيوس (Grotius) ثم الالماني بيفنـدورف (Pufendorf) والسويسري

فالدولة بحسب هذه المذاهب — وخاصة المتطرفة منها كالمذاهب الالمانية — هي كل شيء ، وكل ما يصدر عنها من قواعد قانونية أيا كان نوعها لا سبيل الى الطعن فيه لانه إنما يستند الى أساس قوي متين هو ارادة الدولة نفسها ، وهذا مما قد يؤدي أحيانا الى تبرير بعض القواعد الصادرة عن الدولة التي قد لا تحقق العدل تماما او لا تحقق المصلحة العامة .

وأما أنها غير كافية لتفسير أسس القانون ، فلتوقفها حين البحث عن هذه الاسس عند ارادة الدولة فقط واعتبارها اياها الاساس الوحيد الذي يبنى عليه هذا القانون دون أن تحاول التعمق الى ما وراءها والبحث عن العوامل الحقيقية التي تؤدي الى نشوء القانون والاسس البعيدة التي يبنى عليها . وفي الواقع ، نحن لا يكفينا أن نعلم أن الدولة هي مصدر القواعد القانونية ، وإنما يهمنا أن نعرف أيضا بصورة خاصة ما الذي يدعو الدولة الى تبني هذه الطائفة من القواعد القانونية دون تلك وما الذي يؤثر على اختيارها ، أو ما هي الاعتبارات والاسس التي تبني الدولة القواعد القانونية عليها والتي تبرر نشوء هذه القواعد . وبعبارة اخرى إذا كانت الدولة هي الاساس المباشر الذي يبنى عليه القانون ، فمن المهم أن نعرف ما هي الاعتبارات والعوامل التي تؤثر على ارادة الدولة نفسها حين انتقائها للقواعد القانونية ، لان الدولة لا تضع هذه القواعد اعتباطا وإنما هي تقيمها على أسس ترتكز اليها وتبررها .

من هنا يتبين لنا عدم امكان الاكتفاء بالمذاهب الشكلية وضرورة البحث ، فيما وراء ارادة الدولة ، عن الاسس العميقة التي يبنى عليها القانون .

احترام الحرية والملكية والسلامة الانسانية ، احترام المواثيق والعهود والوفاء بها ، فرض تعويض عادل عن الاضرار التي يلحقها شخص بآخر بدون حق ... إلخ . فهذه كلها أمور نعتبرها طبيعية لان العقل يرشدنا إليها ويدلنا على عدالتها وصحتها ، حتى ولو لم تنص عليها القواعد القانونية الوضعية .

ومن الجدير بالذكر أن نظرية القانون الطبيعي تؤمن بأن هنالك حقوقا أساسية فطرية للانسان (Droits innés) يستمدها من طبيعته ذاتها كانسان أو ككائن بشري أهمها الحق في الحرية الذي تعتبره حقا مقدسا لا يجوز النيل منه أو التجاوز عليه حتى من قبل الدولة نفسها . وإذا تذكرنا أن المذهب الفردي إنما يدعو الى احترام الحرية الفردية وتقديسها ويعارض تدخل الدولة للحد منها ، وخاصة في النواحي الاقتصادية ، إلا بالقدر الضروري جدا الذي لا غنى عنه ، أمكننا أن ندرك نوع الصلة التي تربط بين المذهب الفردي من جهة ونظرية القانون الطبيعي من جهة ثانية . فالمذهب الفردي ، حين يدعو الى تقديس الحرية ، إنما يستمد حجته الرئيسية من نظرية القانون الطبيعي إذ يعتبر هذه الحرية حقا طبيعيا للانسان متصلا بصفته الانسانية وواجب الاحترام والتقديس .

تقدير النظرية :

مما لا شك فيه أن نظرية القانون الطبيعي نظرية ذات طابع انساني أو مثالي ، وقد ساعدت كثيرا حين نشأتها على مقاومة الطغيان والاستبداد . وفي الواقع ، إذا كانت المذاهب الشكلية ترى ، كما ذكرنا ، أن القانون هو مشيئة الهيئة الحاكمة ، معترفة بذلك لهذه الهيئة بالسلطان المطلق في اقرار ما تشاء من القواعد القانونية دون أن تحاول مناقشة هذه القواعد أو مقارنتها الى مثل أعلى تستلهمه وتتقيد به ، فإن نظرية

بيرلاماكي (Burlamaqui) والانكليزي كامبرلاند (Cumberland) كما يعتبر من أنصارها أيضا الفلاسفة لوك (Locke) الانكليزي ومونتسكيو (Montesquieu) وروسو (Rousseau) الفرنسيان وكانت (Kant) الالماني وكثيرون غيرهم • وكان مما زاد في أهمية هذه النظرية وانتشارها أن الثورة الفرنسية قد تبنتها وأخذت بها في مبادئها •

ويمكننا أن نلخص نظرية القانون الطبيعي في النقاط التالية :

أولا ـ تعتقد هذه النظرية أن هنالك ، الى جانب القواعد القانونية الوضعية المطبقة فعلا ، قواعد مثالية عادلة تسمو على القواعد الوضعية وتفرضها طبيعة الاشياء نفسها (La nature des choses) بالنسبة لعلاقات البشر فيما بينهم ، ومن هنا سميت النظرية بنظرية القانون الطبيعي •

ثانيا ـ هذه القواعد التي تفرضها الطبيعة نفسها إنما يدلنا عليها ويكشفها لنا العقل السليم (La droite raison) .

ثالثا ـ وتتميز هذه القواعد بأنها مطلقة ثابتة لا تتغير ولا تزول ، فهي عامة بالنسبة لجميع الشعوب وواحدة بالنسبة لجميع الازمنة (Universelles et immuables) .

رابعا ـ إن هذه القواعد هي التي يجب أن تفرض نفسها وأن تهيمن على القواعد القانونية الوضعية ، وهي الاساس التي يجب أن تستند اليه القواعد الوضعية وأن تستمد وجودها منه • فالقواعد القانونية الوضعية ، لكي تكون واجبة الاحترام ، عليها ألا تخالف أو تناقض أبدا مبادىء القانون الطبيعي وأن تحرص كل الحرص على تطبيقها •

ومن الامثلة التي تعتبر عادة من مبادىء وقواعد القانون الطبيعي

وقد حاولت النظرية الجديدة أن تبقي على فكرة وجود القانون الطبيعي ، ولكن دون أن تعتبرأن المبادىء التي يتضمنها هي بمثابةمبادىء مطلقة ثابتة لا تتغير ، بل اعترفت بنسبية هذه المبادىء وامكانيةتطورها. غير أن هذا التعديل الذي أدخله أنصار نظرية القانون الطبيعي عليها ، إذا كان من شأنه أن يدفع عنها الكثير من الانتقادات التي وجهت اليها ، فإنه من جهة ثانية يفقدها الكثير من أهميتها وقيمتها ، إذ أن النظرية الاصلية قد كانت تهدف منذ نشأت الى أن تقيم للقواعد القانونيـة الوضعية أسسا ثابتة تبنيها عليها ومبادىء مثلى مطلقة ترجعها اليها ، أما القول بأن هذه المبادىء والاسس نسبية قابلة للتغيير فإن من شأنه أن يبتعد بالنظرية عن هدفها الاصلي الذي كانت ترمي اليه .

ومهما يكن من أمر ، وبالرغم من الانتقادات التي وجهت اليها ، فإن نظرية القانون الطبيعي يظل لها الفضل الاكبر في أنها نبهت الاذهان الى ضرورة التمسك بمبادىء ومثل عليا تخضع لها القواعد القانونية الوضعية ، وهذه المبادىء والمثل إنما تدور كلها حول فكرة العـدالة ذاتها وتنصهر فيها .

الفرع الثالث

المدرسة التاريخية

L'Ecole Historique

عرض النظريـة :

اشتهرت هذه النظرية بصورة رئيسية في مطلع القرن التاسععشر، وهي تعتبر بمثابة رد فعل لنظرية القانون الطبيعي التي تبنتها الثورة الفرنسية ولحركة التشريع الواسعة التي أخذت بالتزايد والانتشار منذ مطلع ذلك القرن .

القانون الطبيعي ، إذ تعتبر أن هنالك مبادىء وقواعد عادلة تفرضها طبيعة الاشياء ويكتشفها العقل السليم ولا تتغير في الزمان أو المكان ، تحاول أن تجعل من فكرة العدالة مثلا أعلى منفصلا عن ارادة الدولة لا منبعثا عنها ، بل هي تحاول أن تحد من ارادة الدولة نفسها ومن سلطانها حين توجب عليها أن تستلهم في قواعدها القانونية التي تضعها مبادىء القانون الطبيعي المثالية العادلة وألا تخالفها بحال من الاحوال .

إلا أنه ، على الرغم من هذه الغاية النبيلة التي تهدف إليها نظرية القانون الطبيعي ، قد وجهت إليها بعض الانتقادات ، وأهمها أن الاعتقاد بوجود مبادىء مثالية مطلقة ثابتة في الزمان والمكان هو أمر فيه الكثير من الاغراق في التفاؤل والبعد عن الواقع . فالواقع يدلنا على أن هذه المبادىء نسبية لا مطلقة ، وأن ما يمكننا أن نعتبره قانونا طبيعيا في عصر من العصور أو بالنسبة لشعب من الشعوب قد لا يعتبر كذلك في عصر غيره ، أو بالنسبة لشعب آخر . فنظام الرق مثلا الذي نعتبره اليوم من أشد الانظمة مخالفة لمبادىء القانون الطبيعي قد ساد زمنا طويلا بالنسبة لاغلب شعوب العالم دون أن يستنكره العقل البشري آنذاك أو يأباه ، وفي هذا دليل واضح على أن المبادىء التي نسميها بمبادىء القانون الطبيعي هي أقرب ما تكون في الواقع الى معتقداتنا وآرائنا الشخصية التي نؤمن بها منها الى مثل عليا ثابتة لا تتغير .

تطور النظرية : القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير :

شعر المتأخرون من أنصار نظرية القانون الطبيعي بما في هذه الانتقادات التي وجهت الى نظريتهم من الصحة فحاولوا اجراء تعديل عليها في ضوء تلك الانتقادات منادين بما أسموه نظرية القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير (Droit naturel à contenu variable) التي يعتبر أكبر مؤسسيها الفيلسوف الالماني ستاملر (Stammler) .

من حيث أنها تبين أثر المجتمع في تكوين النظم القانونية وتطورها ومدى اختلاف هذه النظم باختلاف الازمنة والشعوب • إلا أن بعض الانتقادات قد وجهت اليها مع ذلك وأهمها التالية :

اولا ـ إن النظرية التاريخية إذ تعتبر أن النظم القانونية تنشأ وتتطور بصورة عفوية بفعل القوى الداخلية الكامنة في المجتمع إنما تنكر في الاوقت نفسه أثر الارادة الانسانية الواعية في إنشاء هذه وتطورها • غير أن الواقع — كما يقول ايهرنج (Ihering) صاحب النظرية الشهيرة : الكفاح في سبيل القانون (La lutte pour le droit) — هو أن التطور لا يتم دوما من تلقاء نفسه ، ولكن بعد صراع عنيف سعيا وراء غاية مرسومة يهدف اليها • ونحن ، في الواقع ، لو نظرنا الى أغلب المبادىء والقواعد القانونية المعروفة والسائدة في عصرنا الحاضر ، كالغاء الرق مثلا أو حماية حقوق الطبقة العاملة ، لوجدنا أنه لم يتم اكتسابها بصورة عفوية ولكن بعد صراع مرير من أجلها • فالانسان إنما يريد القانون أولا ثم يسعى اليه ويكافح من أجله ، وهو يلعب دورا ايجابيا في ايجاد هذا القانون وتطوره ولا يكتفي بأن يدع هذا التطور يتم من تلقاء نفسه •

ثانيا ـ إن النظرية التاريخية التي ترى بأن القواعد القانونية يجب أن تنشأ وتتطور بفعل المجتمع المباشر وتبعا لتطوره ذاته كما هو شأن اللغة والتقاليد ، تعتبر في الوقت نفسه أن خير مصدر لهذه القواعد هو العرف لانه يتبع المجتمع في تطوره ويخضع له ، وهي تنظر نظرة المستريب الى التشريع لانه ، باقراره قواعد ثابتة معينة ، يحد من التطور الطبيعي للقانون ويعيق تقدمه ، كما ترى أن دور التشريع يجب ألا يتجاوز اقرار ما تقضى به الاعراف وتبنيه • وسنرى ، حين البحث في مصادر القانون ، ميزات وعيوب كل من التشريع من جهة والعرف من جهة ثانية ، إلا أننا نبين ، منذ الآن ، أن هناك نوعا من المغالاة في

وقد اخذ بهذه النظرية عدد كبير من الفقهاء الالمان وعلى رأسهم الفقيه سافيني (Savigny) الذي أوضح مبادئه في رسالة شهيرة رد بها على الفقيه تيبو (Thibaut) ، حيث كان هذا يدعو الى تبني قانون مدني ألماني شبيه بالقانون المدني الفرنسي الذي كان حديث العهد في ذلك الحين ، فقام سافيني يعارض هذه الدعوة عن طريق التبشير بمذهبه الجديد .

وتقوم هذه النظرية على الاعتقاد بأن القانون من صنع الزمن ويتطور وفقا لتطور المجتمع وحاجاته ، وأنه لا توجد هناك قواعد طبيعية ثابتة عامة بالنسبة لجميع الشعوب وجميع العصور ، وإنما هنالك نظم قانونية مختلفة ، يختص كل منها بأمة من الامم ، وهو يتصل بماضيها وتاريخها ويتطور معها كما تتطور اللغة والتقاليد وسائر العلاقات الاجتماعية (وعلى هذا الاساس أخذ سافيني ينتقد دعوة تيبو الى تبني قانون مدني لالمانيا شبيه بالقانون الفرنسي) .

فالنظرية التاريخية إذن تعارض معارضة تامة نظرية القانون الطبيعي ولا تؤمن بوجود اسس ثابتة يدل عليها العقل ويرتكز إليها القانون الوضعي بل هي ترى أن القانون إنما ينشأ بصورة عفوية بفعل القوى الداخلية الكامنة في المجتمع

(Le produit des forces intérieures et silencieuses)

فالشعب نفسه على ممر أجياله المختلفة هو الذي ينشىء قواعده القانونية تبعا لحاجاته وضروراته وهو الاساس الذي تبنى عليه هذه القواعد ، والنظام القانوني في كل أمة من الامم إنما هو عصارة ماضيها ووليد تراثها التاريخي يتطور معها ويواكبها في سيرها وهو أشد مايمكن أن يكون ملاءمة لبيئتها ووفاء بحاجاتها المختلفة .

تقدير النظرية :

إن النظرية التاريخية تتضمن في الواقع جانبا كبيرا من الصحة

يعتبر من أنصار المدرسة الوضعية العلمية (Positivisme scientifique) التي يتزعمها الفيلسوف الفرنسي اوغيست كونت (Auguste Comte) وينطوي تحت لوائها عدد من كبار علماء الاجتماع وعلى رأسهم العلامة دير كهايم (Durkheim) وهي المدرسة التي حاولت أن تتبنى في دراسة العلوم الاجتماعية — ومن بينها علم القانون — الطريقة العلمية المتبعة في دراسة العلوم الطبيعية • فبهده الطريقة القائمة على المشاهدة والتجربة والاستقراء حاول ديجي ، في دراسته للعوامل التي تؤدي الى نشوء القواعد القانونية وتطورها ، أن يتوصل الى تقرير بعض الحقائق العلمية الملموسة ليستنتج منها نظريته عن التضامن الاجتماعي •

أما الحقائق الاولية التي أثبتها بالطريقة العلمية ليبني عليها نظريته فهي وجود مجتمع بشري لا يمكن للانسان أن يعيش منعزلا عنه أو بدونه من جهة ، ووجود تضامن بين أفراد المجتمع الواحد تفرضه عليهم طبيعة حياتهم المشتركة من جهة ثانية • وهذا التضامن هو ، بحسب رأي ديجي المستمد من نظرية دير كهايم ، على نوعين : تضامن بسبب التشابه في الحاجات (Solidarité par similitude) ، وتضامن بسبب التقسيم في العمل (Solidarité par division du travail) فتشابه حاجات الناس وتعددها ، وتوزيع العمل فيما بينهم لتأمين هذه الحاجات التي لا يستطيع كل منهم أن يؤمنها بمفرده ، هما السبب في تعاونهم على العيش المشترك وفي تضامنهم الذي يعتبر ضرورة واقعة يفرضها عليهم نمط حياتهم وطبيعتها •

ومن هنا يصل ديجي الى النتيجة التالية ، وهي أن القواعد القانونية إنما توجد وتتطور لتحقق هذا التضامن الاجتماعي في أحسن صوره ، وأن كل ما من شأنه أن يحافظ على هذا التضامن ويعززه يجب أن تتبناه القواعد القانونية الوضعية وتأمر به • ففكرة التضامن

اعتبار أن التشريع يعيق دوما تطور القانون وخاصة في عصرنا الحاضر الذي أصبح من السهل فيه اصدار التشريعات المختلفة في شتى المناسبات ووفقا لتطور الحاجات الاجتماعية ، كما أنه من الخطأ القول أن التشريع يجب أن يقتصر فقط على اقرار الاعراف وتبنيها ، إذ كثيرا ما نجد أن التشريع يأتي في بعض الاحيان ليعدل من هذه الاعراف أو ليلغيها حين يجد المشرع أنها لم تعد تتناسب مع مصلحة المجتمع الذي تسود فيه .

ثالثا ـ إن النظرية التاريخية ، إذ تؤكد أن هنالك لكل أمة من الامم نظاما قانونيا خاصا بها يخضع لمؤثراتها الداخلية وهو وحده الذي يمكن أن يلائمها ويفي بحاجاتها ومتطلبات حياتها ، تحاول في الوقت نفسه أن تحصر كلا من النظم القانونية السائدة في نطاقه المحدود الذي نشأ فيه وأن تنفي امكانية اقتباس الامم بعضها عن بعض بالنسبة لهذه النظم . وفي الواقع ، إذا كانت النظم القانونية تتأثر بعامل البيئة ، فإن هذا التأثر ليس كبيرا الى الحد الذي يصعب معه كل تقارب أو اقتباس بينها . بل ان التجارب قد أثبتت على العكس أن من الممكن في كثير من الاحيان أن تتبنى أمة من الامم قوانين أمة غيرها وأن تطبقها لديها وتفيد مما تتضمنه من مبادىء وقواعد ، كما فعلت بلادنا بالنسبة الى أغلب التشريعات الحديثة من مدنية أو تجارية أو جزائية أو غيرها ، والتي استمدتها من التشريعات الاجنبية .

الفرع الرابع

مذهب التضامن الاجتماعي

La doctrine de la solidarité sociale

عرض نظرية التضامن الاجتماعي ـ تقدير النظرية

عرض النظرية :

صاحب هذه النظرية هو الفقيه الفرنسي ديجي (Duguit) الذي

الفردي ، بحسب نظرية ديجي ، هو أقرب ما يكون الى وظيفة اجتماعية (Fonction sociale) تساهم في تدعيم التضامن الاجتماعي ، منه الى حق طبيعي مقدس تغلب عليه الصبغة الفردية .

تقدير النظريـة :

تمتاز نظرية ديجي في ناحيتين هما : أنها أظهرت أهمية اللجوء الى الطريقة العلمية في دراسة الوقائع والظواهر القانونية والكشف عن أسباب نشوئها وتطورها من جهة ، كمـا جعلت من فكرة التضـامن الاجتماعي الغاية الاساسية التي يجب أن تستند اليها القواعد القانونيـة الوضعية وتسعى الى تحقيقها من جهة ثانية . وإذا كانت نظرية القانون الطبيعي تعتبر الحجة الرئيسية التي اعتمدها المذهب الفردي واستنـد اليها ، فإن نظرية التضامن الاجتماعي التي نادى بها ديجي تصلح أن تكون أيضا مستندا قويا تعتمده المذاهب الاشتراكية .

إلا أن هذه النظرية كانت عرضة لبعض الانتقادات التي نوجز أهمها فيما يلي :

اولا ـ إن الاقتصار على الطريقة العلمية في الكشف عن الظواهر القانونية وتفسيرها أمر فيه الكثير من المغالاة والقصور ، إذ أن العلوم الاجتماعية ، ومنها علم القانون ، لا يمكن أن تتشابه في دراستها كل الشبه مع العلوم الطبيعية . فالعلوم الطبيعية تقوم دراستها على ملاحظة ما هو كائن ، بينما لا تقتصر العلوم الاجتماعية على البحث عما هو كائن بل هي تهدف الى معرفة ما يجب أن يكون ، أي أننا لا نستطيع ان نكتفي في دراستنا لعلم القانون مثلا باظهار القواعد التي تحكـم علاقات الافراد في المجتمع (كما نفعل بالنسبة للعلوم الطبيعية التي نحاول أن نكشف عن قوانينها التي تخضع لها) ، ولكننا نرمي أيضا الى تحديد القواعد التي يجب أن تسود في هذا المجتمع ، ولا بد لنا في بحثنا

الاجتماعي هي إذن الاساس الصحيح الذي يجب أن يبنى عليه القانون ويستلهم قواعده منه .

ولكي تتبين مدى ملاءمة قاعدة من القواعد لفكرة التضامن الاجتماعي أو مخالفتها إياها علينا ، بحسب نظرية ديجي ، أن نبحث عن ذلك في ضمير أفراد المجتمع الذي توضع من أجله هذه القاعدة حتى إذا تأكد لدينا شعور هؤلاء الافراد بضرورتها لدعم التضامن الاجتماعي اعتبرناها قاعدة قانونية واجبة الاحترام والتطبيق . فسبيلنا الى معرفة مدى مطابقة القاعدة القانونية لمفهوم التضامن الاجتماعي إنما يكون إذن عن طريق البحث في ضمير أفراد المجتمع أنفسهم ، لا بمقارنة هذه القاعدة الى مبادىء ومثل نفترضها ونسلم بها

وإذا نحن قارنا الآن نظرية التضامن الاجتماعي التي ينادي بها ديجي بنظرية القانون الطبيعي لامكننا أن ندرك الاختلاف الكبير بينهما . فنظرية القانون الطبيعي تؤمن ، كما نعلم ، بوجود مبادىء وقواعد طبيعية ثابتة وتعتبر من أهم هذه المبادىء والقواعد وجود حقوق فردية فطرية للانسان كالحرية مثلا أو الملكية التي ترى أن من الواجب المحافظة عليها وتقديسها أشد التقديس . أما بالنسبة لنظرية ديجي فالحقوق الفردية . كسائر الحقوق التي تقرها القواعد القانونية ، لا يمكن أن تبنى على مبادىء القانون الطبيعي التي هي عبارة عن مبادىء مفترضة لا تقوم على أساس علمي ، وإنما تبنى على فكرة التضامن الاجتماعي التي هي عبارة عن حقيقة واقعة يؤكد البحث العلمي وجودها . ونتيجة ذلك أن الحقوق الفردية ، بحسب مذهب ديجي ، لا يمكن أن تحترم إلا بالقدر الذي تحقق فيه هذا التضامن الاجتماعي ولا تتعارض معه ، أما إذا تعارضت وإياه فإنها لا تستدعي الاحترام ومن الواجب الحد منها وفقا لمقتضيات الضرورات الاجتماعية . وعلى هذا فالحق

أن فكرة التضامن الاجتماعي لا تكفي وحدها كأساس تستند اليه القواعد القانونية فأضاف اليها فكرة العدالة ، وفي هذا نراه يقول : « إن شعور الافراد في مجتمع من المجتمعات بأن قاعدة ما أخلاقية أو اقتصادية هي ضرورية لدعم التضامن الاجتماعي ، وشعورهم بأن من العدل تأييد هذه القاعدة ، هما العنصران الاساسيان في تكوين القاعدة القانونية وتطويرها » .

ثالثا ـ إن المعيار الذي وضعه ديجي لمعرفة مدى ملاءمة القاعدة القانونية لفكرة التضامن الاجتماعي ، وذلك باعتماده في سبيل هذه المعرفة على استجلاء شعور الافراد في المجتمع ، قد كان عرضة كذلك لبعض الانتقادات وبصورةخاصة من الفقيهالبلجيكي دابان (Dabin) الذي يرى أن « اتجاهات الشعور الشعبي غير ثابتة ولا متميزة ؛ وأن الشعور الشعبي ليس له في كثير من الاحيان رأي معين بالنسبة للامور القانونية ، وإذا وجد هذا الرأي فهو عبارة عن اتجاهات متعددة متعارضة فيما بينها لا يمكن أن يستخلص منها دوما مفهوم واضح .. » .

هذا ، الى جانب معرفة الوقائع التي يدلنا عليها العلم ، من التمسك بمثل أعلى يرشدنا اليه العقل .

لا شك أن ديجي لا ينكر وجود هذا المثل الاعلى الذي يجب أن نستلهمه خلال تحديدنا للقواعد القانونية التي ينبغي أن تسود في المجتمع، ولكن هذا المثل لا يفترضه ديجي افتراضا مبنيا على العقل ، وإنما يستنتجه استنتاجا بالطريقة العلمية التي تقوم على ملاحظة الوقائع وتفسيرها ، والمثل الاعلى الذي تدل عليه هذه الوقائع والذي يجب أن نستلهمه في قواعدنا القانونية هو ، بحسب رأي ديجي ، مفهوم التضامن الاجتماعي . ولكن هذه النتيجة التي وصل اليها ديجي هي التي تؤدي الى الانتقاد التالي .

ثانيا ـ إن الحقائق التي يحاول ديجي أن يثبتها بالطريقة العلمية، بالرغم من صحتها ، ليست هي كل شيء تدلنا عليه ملاحظة الوقائع الاجتماعية . فالانسان ، بالرغم من أنه كائن اجتماعي لا يستطيع أن يعيش منعزلا عن مجتمه أو بدونه ، لا ينصهر مع ذلك انصهارا تاما في هذا المجتمع وإنما هو يحتفظ بشيء من الكيان الذاتي والشخصية المستقلة . كما أن عامل التضامن الاجتماعي ، إذا كان من أقوى العوامل التي توجه البشر في حياتهم ، فإنه ليس العامل الوحيد بالنسبة اليهم ، بل تقوم الى جانبه عوامل أخرى يظهرها لنا الواقع كعامل التنافس مثلا أو تنازع البقاء . وإذا كان ديجي قد اختار عامل التضامن وحده ليبني عليه نظريته ، فإنه لم يقم بذلك استنادا الى دراسة الواقع فحسب ، لان الوقائع إنما تكشف لنا عن عوامل اخرى غيره ، بل تمشيا مع ما يفرضه المنطق والعقل ، وهو بهذا يثبت أنه لا يستطيع أن يستغني عن استلهام العقل بالاضافة الى دراسة الواقع .

هذا وقد شعر ديجي نفسه ، في مرحلة تالية من مراحل تفكيره ،

وأما عنصر الصياغة فهو الذي يتيح لنا أن نصوغ هذه القواعد القانونية بشكل معين يجعلها صالحة للتطبيق العملي •

ويبدو لنا جليا أن عنصر الصياغة لا علاقة له بموضوعنا المتعلق بأسس القانون ، ولهذا فسيقتصر بحثنا على دراسة عنصر العلم •

يرى الاستاذ جني أن عنصر العلم يتضمن أربعة أنواع من الحقائق استمد كلا منها من أحد المذاهب المعروفة في تحديد أسس القانون ، وهذه الانواع الاربعة من الحقائق تعتبر بمثابة عوامل تؤثر في تكوين القواعد القانونية وتطورها أو بمثابة أسس تبنى عليها هذه القواعد •

أما الحقائق التي عددها جني فهي التالية :

أولا ـ الحقائق الواقعية (Données réelles) ، وهي تتضمن جميع الظروف الطبيعية ، المادية أو المعنوية ، التي تحيط بنا • فمثلا يدخل في هذه الحقائق الاحوال الفيزيولوجية والاقتصادية والاجتماعية والدينية وغيرها •• وكلها أمور تجب مراعاتها حين وضع القواعد القانونية

ثانيا ـ الحقائق التاريخية (Donnés historiques) ، وهي تتضمن التطورات المختلفة التي مرت بها القواعد والمؤسسات القانونية •

الحقائق العقلية (Données rationnelles) ، وهي تتضمن المبادىء التي يوحي لنا بها العقل ويدلنا على صحتها •

رابعا ـ الحقائق المثالية (Données idéales) ، وهي تتضمن الاهداف التي يطمح اليها كل مجتمع من المجتمعات ويعمل على تحقيقها •

ولو أخذنا الآن على سبيل المثال أحكام الزواج ، لوجدنا أن

الفرع الخامس

مذهب العلم والصناعة

Science et technique

عرض النظريـة :

لقد لاحظنا . من خلال دراستنا للمذاهب المختلفة في أسس القانون التي أتينا على ذكرها ، أن كلا من هذه المذاهب يتضمن نصيبا من الصحة من جهة ويعتبر غير كاف وحده لتفسير هذه الاسس التي نبحث عنها من جهة ثانية ، وهذا ما يحدو بنا الى التفكـير بضرورة استخلاص هذه الاسس من أكثر من مذهب واحد وجمع النقـاط الصحيحة التي ينادي بها كل مذهب من المذاهب مع غيرها ممـا في المذاهب الاخرى لسبك نظرية موحدة منها .

وبالفعل فقد حاول بعض فقهاء القرن العشرين أن يقوموا بمثل هذا العمل ، ومن أشهرهم الاستاذ جني (Geny) الذي نادى في مطلع هذا القرن بمذهبه المسمى بمذهب العلم والصياغة (Science et technique) .

يرى الاستاذ جني أن علم القانون هو في طبيعته علم معقد ، وأن التحليل الدقيق يدلنا على أنه يقوم على عنصرين رئيسيين : عنصر العلم من جهة ، وعنصر الصياغة من جهة ثانية .

أما عنصر العلم فهو الذي يقدم لنا الحقائق التي تصلح أن تكون أساسا لاختيار القواعد القانونية الملائمة .

ننكر أثر كل من هذه العوامل التي عددها جني في تكوين القواعد القانونية وتطورها ، وقد كان وجه الخطأ في المذاهب الاخرى أن كلا منها قد تبنى عاملا واحدا من هذه العوامل واعتبره الاساس الذي يبنى عليه علم القانون ، أما نظرية جني فقد تحررت من هذا الخطأ باعترافها بأهمية هذه العوامل جميعا .

وقد وجهت الى نظرية جني بعض الانتقادات الطفيفة التي لا تتناولها من حيث الجوهر وإنما من حيث الشكل ، من ذلك ما يأخذه عليها الاستاذ روبيه (Roubier) من أنها جمعت تحت عنصر العلم عددا من الحقائق التي لا تنطوي جميعها تحت لوائه ، فبعضها (كالحقائق الواقعية والتاريخية) هو فعلا من قبيل الحقائق العلمية (Données scientifiques) أما البعض الآخر (كالحقائق العقلية والمثالية) فهو أقرب الى السياسة القانونية (Politique Juridique) التي تعتمد على العقل منه الى الحقائق العلمية التي تقوم على التجربة والواقع .

عامل الحقائق الواقعية يدفعنا الى أن نأخذ بعين الاعتبار بعض الامور الفيزيولوجية مثلا كاختلاف تركيب بنية الرجل والمرأة أو اشتراط البلوغ للزواج أو نحو ذلك • أما عامل الحقائق التاريخية فيدفعنا الى أن نأخذ بعين الاعتبار التطور التاريخي للعائلةأو الاسرة ومعرفة المراحل التي مرت بها والتي اكتسبت من خلالها صورتها الحالية • وأما عامل الحقائق العقلية فبه نستدل مثلا عن طريق العقل بأن الزواج يجب أن يكون وسيلة لانشاء الاسرة وايجاد الاستقرار فيها وتأمين الرعايةاللازمة للابناء • وأما عامل الحقائق المثالية فهو يتعلق بالاهداف البعيدة التي يرمي اليها المجتمع الذي توضع لاجله القواعد القانونية ، فمثلا إذا كانت هذه القواعد توضع من أجل مجتمع يهدف الى تحرير المرأة ومساواتها بالرجل اعتبر هذا الامر من الحقائق المثالية التي يجب مراعاتهـا •

ويبدو لنا من تعداد هذه العوامل التي أشار اليها جني أن عامل الحقائق الواقعية قد استمده من المدرسة الوضعية العلمية التي ينتسب اليها مذهب التضامن الاجتماعي والتي ترى أن علم القانون يجب أن يبنى على التجربة والواقع ، وعامل الحقائق التاريخية قد استمده من المدرسةالتاريخية، وعاملالحقائق العقلية قد استمده منمدرسة القانون الطبيعي ، وعامل الحقائق المثالية قد استمده من مذهب ايهرنج الذي يعتبر أن تطور القانون إنما يخضع لغاية مرسومة يجب السعي في سبيل تحقيقهـا •

تقدير النظريـة :

لا شك أن نظرية جني التي أتينا على شرحها تمتاز بالاعتدالوعدم المغالاة ، وبمحاولتها الافادة مما تتضمنه المذاهب المختلفة في أسس القانون من وجهات نظر صحيحة • وفي الواقع ، نحن لا نستطيع أن

لا عزوفا منها عن هذه الفكرة ، ولكن لانها تفترض ضمنا وتؤمن إيمانا راسخا لا يداخله الشك في أن هذه العدالة محققة فيه حتما ما دام صادرا عن الارادة الالهية • ولهذا فبينما يمكن للدولة أن تخطىء أو تصيب فيما تضعه من قواعد قانونية ، ومع ذلك فهذه القواعد هي التي يجب التمسك بها بالنسبة للمذاهب الشكلية لانها صادرة عن الدولة سواء أكانت على خطأ أم صواب ، نجد أن المذاهب الدينية إذ تبشر بالتمسك بالقانون المستند الى الارادة الالهية ، فما ذلك إلا اعتقادا منها بأن هذا القانون هو الامثل الذي لا يستطيع العقل البشري أن يرقى الى أفضل منـــه •

مدرسة الشرح على المتون والمذاهب الشكلية : يذكر كثـير من الفقهـاء في عداد المـذاهب الشكلية مدرسـة الشرح على المتون (L'école de l'Exégèse) التي تؤمن بضرورة التقيد بنصوص التشريع تقيدا تاما وتطبيقها كما وردت دون تحوير في معناها أو مخالفة له عن طريق التوسع في التفسير •

ونحن نعتقد أن الاهمية التي تسبغها هذه المدرسة على نصوص التشريع وارادة المشرع التي صدرت عنها إنما تبدو في نطاق تفسير التشريع وتطبيقه أكثر منها في نطاق فلسفة القانون • ففي نطاق فلسفة القانون ، وبصورة خاصة في نطاق البحث عن أسسه ، نجد أن أتباع هذه المدرسة هم من أنصار نظرية القانون الطبيعي ، أي أنهم يؤمنون بوجود مبادىء ومثل عليا من واجب المشرع أن يستلهمها في تشريعاته التي يسنها خلافا لانصار المذاهب الشكلية الذين لا يعترفون بقيمة هذه المبادىء والمثل ويعتبرون أن ارادة المشرع أو الدولة هي كل شيء وهي الاساس الوحيد الذي تبنى عليه القواعد القانونية ويبرر وجودها•

لهذا ، ولما كان من غير الملائم على ما نعتقد أن ندرج في عداد

للقراءة

المذاهب الشكليـة :

انظر بالنسبة لهذه المذاهب البحث الذي خصصه لها الاستاذ روبيه في كتابه عن النظرية العامة للقانون والذي ننقل منه هنا هذا المقطع : « الدولة هي أسمى شخصية قانونية ، وهي تتمتع بأكبر سلطة، سلطة الامر . والقانون ما هو لا مجموعة القواعد الالزامية التي تطبق في الدولة ، لانه لا يدخل في زمرة القواعد القانونية إلا تلك التي تسبغ عليها الدولة هذه الصفة : الدولة هي الاساس الوحيد للقانون،ولا حقّ للافراد إلا بفضل النظـام القانوني الذي تقيمـه الدولة .. » . : Roubier, 52 .

المـذاهب الدينيـة والمـذاهب الشكليـة : يلاحظ أن هنـاك شبها كبيرا بين المذاهب الدينية التي تعتبر أن الاساس الصحيح للقانون هو الارادة الالهية وبين المذاهب الشكلية التي تعتبر أن الاساس الذي يبنى عليه هذا القانون هو ارادة الدولة . فهذه المذاهب جميعهـا من دينية أو شكلية إنما تبني القانون على ارادة سلطة يصدر عنها ، هي السلطة الالهية في المذاهب الدينية والسلطة الحاكمة في المـذاهب الشكلية ، وتكتفي بهذه السلطة أساسا له دون أن تدع مجالا لمناقشته أو الشك فيه أو البحث عن أسس أخرى لمعرفة مدى مطابقته إياها ، ولذلك يدرج كثير من العلماء المذاهب الدينية في عداد المذاهب الشكلية.

إلا أن هناك مع هذا فارقا كبيرا بين هذين النوعين من المذاهب ، من حيث أن المذاهب الدينية ، إذا كانت تكتفي بأن تجعل الاساس الذي يبنى عليه القانون هو الارادة الالهية ، فما ذلك إلا لاعتقادها بأن ارادة الله معصومة عن الخطأ والزلل ولا يمكن أن تأمر إلا بما هو عـدل وصواب . ففكرة العدالة إذن ضرورية ورئيسية بالنسبة للمذاهب الدينية ، غير أن هذه المذاهب لا تحاول أن تناقش عدالة القانون ،

هذا الذي يلائم بالضرورة طبيعة وحالة الانسان ، والذي لا يمكن للافراد أو المجتمع ، في حالة عدم مراعاة مبادئه ، العيش في حالة شريفة ومفيدة • وبما أن هذا القانون يوافق بصورة جوهرية ناموس الطبيعة البشرية ، فإن من الممكن الوصول الى معرفته في ضوء العقل وحده : ولهذا فهو يسمى بالقانون الطبيعي » • انظر : Esmein, op. cit., 135

وقد بينا ، في معرض دراستنا لنظرية القانون الطبيعي ، أن هذه النظرية قد كان لها تأثير كبير على دساتير الثورة الفرنسية • ونورد هنا نص المادة الثانية من اعلان حقوق الانسان والمادة الثالثة من دستور عام ١٧٩١ لبيان مدى هذا التأثير :

المادة الثانية من اعلان حقوق الانسان : « إن هدف كل مجتمع سياسي هو المحافظة على حقوق الانسان الطبيعية التي لا تزول • هذه الحقوق هي الحرية ، الملكية ، الامن ومقاومة التعسف » •

المادة الثالثة من دستور عام ١٧٩١ : « إن السلطة التشريعية لا تستطيع أن تسن أية قوانين من شأنها أن تمس أو تعرقل الحقوق الطبيعية والمدنية ••• » •

هذا ونشير أيضا الى أن مشروع القانون المدني الفرنسي ، الذي أعد في أعقاب الثورة الفرنسية ، كان يتضمن في مادته الاولى النص التالي : « يوجد قانون عام لا يتغير ، هو مصدر كل القوانين الوضعية، وهذا القانون ليس إلا العقل من حيث أنه يحكم جميع البشر » • ولكن هذا النص حذف من القانون ، لا لاعتقاد واضعيه أنه غير صحيح ، ولكن باعتباره أقرب الى المبادىء الفلسفية منه الى النصوص القانونية•

نقد نظرية القانون الطبيعي : من العبارات المأثورة التي يستشهد بها عادة في نقد نظرية القانون الطبيعي ما قاله مونتهن (Montaigne) وباسكال (Pascal) .

المذاهب الشكلية مدرسه يؤمن اتباعها بنظرية القانون الطبيعي ، فقد آثرنا أن نرجىء الحديث عن هذه المدرسة الى موضعه من بحث تفسير التشريع .

مدرسة القانون الطبيعي :

المؤلفات التي عالجت نظرية القانون الطبيعي هي ، في اللغة الفرنسية ، أكثر من أن تحصى فنحيل لمعرفتها الى ما تذكره منها المراجع العامة .

إلا أننا نشير هنا الى محاضرة الاستاذ الدكتور عدنان القوتلي عن « الحقوق الطبيعية وأثرها في الحياة » المنشورة في مجموعة المحاضرات العامة للسنة الجامعية ١٩٥١ — ١٩٥٢ الصادرة عن الجامعة السورية سابقا (جامعة دمشق) — ص ١١٨ ، ومقال الاستاذ جورج سيوفي عن « الحق الطبيعي » المنشور في مجلة المحامين اللبنانية لعام ١٩٥٨ — ص ١ .

كما نشير أيضا الى محاضرتي الاستاذين إيسمن (Esmein) وجوليو ده لاموراندير (Julliot de la Morandière) المنشورتين في الجزء الاول من مجموعة المحاضرات التي ألقيت من قبل فئة من أساتذة كلية الحقوق بباريس على طلاب هذه الكلية تحت عنوان « المدخل الى علم القانون » .

(V. Les deux articles de Mm Esmein et Julliot de la Morandière, dans l'introduction à l'étude du droit - ensemble de conférences données à la faculté de droit de Paris - tome 1, P. 107 et 171, ed. 1951).

نظرية القانون الطبيعي وأثرها في عالم القانون : نورد من أقوال أقطاب هذه النظرية النص التالي لبيرلاماكي (Burlamaqui) وهو مذكور في محاضرة الاستاذ ايسمن المشار اليها آنفا : « القانون الطبيعي هو

ولكن فكرة العدالة بحد ذاتها فكرة خالدة ، وبحسبها تقدر قيمة هذا التنظيم » • انظر : Roubier, 190 .

المدرسة التاريخية :

أهم مراجع النظرية التاريخية هي مؤلفات الفقهاء الالمان الذين نادوا بها ، وبصورة خاصة هوغو (Hugo) وسافيني (Savigny) وبوشتا (Puchta).

ونقتطف من بيان سافيني الذي سبق أن أشرنا إليه خلال دراستنا لهذه النظرية المقطع التالي الذي يوضح مبادئها :

يقول سافيني : « ترى المدرسة التاريخية أن مادة القانون هي أعطية الماضي بكامله في أمة من الامم ، وعلى هذا فهي ليست أمرا اعتباطيا ، وإنما هي عصارة روح الامة وتاريخها • وللقانون ، في مختلف العصور ، علاقة جوهرية بطبيعة الامة وخصائصها بحيث يمكننا أن نقارنه بلغة البلاد ••• وعلى هذا ، فالقانون ينمو مع الامة ويتوسع معها ويذوي حين تفقد هذه الامة شخصيتها • وكلما توغلنا في التاريخ فإننا نجد أن القانون المدني له صبغته المحددة والخاصة بكل أمة من الامم ، كما هو الامر بالنسبة للغة الامة وعاداتها وكيانها •• » • انظر : Roubier, 143 .

ومن أقوال ايهرنج (Ihering) التي ينتقد فيها المدرسة التاريخية ويشرح مذهبه عن الكفاح في سبيل القانون نقتطف المقطع التالي :

« جميع الانتصارات الكبرى التي يسجلها تاريخ القانون : الغاء الرق والسخرة ، اعلان مبدأ حرية الملكية العقارية ، وحرية الصناعة ، وحرية المعتقدات ••• الخ ، لم تتحقق إلا بفضل الصراع العنيف ،

يقول مونتهن : « إنهم مضحكون أولئك الذين يقولون إنهنالك قوانين خالدة ، ثابتة ، مستقرة يسمونها بالقوانين الطبيعية .. ما أسوأ طالعهم حين لا نصادف في هذه القوانين التي لا تحصى حولنا ، قانونا واحدا قد طبقته أمم الارض أو وافق عليه الناس جميعا .. ألا فليدلوني على واحد كذلك » . انظر : Roubier, 139

ويقول باسكال : « حقيقة ما قبل البيرهنه ، خطأ ما بعدها . أية عدالة مضحكة هذه التي يحدها نهر أو جبل » . انظر : Roubier 139

ويوضح كابيتان (Capitant) النقد الذي يوجه الى نظرية القانون الطبيعي بقوله ان هذه النظرية تؤدي الى أن « يرفع كل انسان الى مصاف القانون الطبيعي معتقداته الشخصية ، دون أن يشعر بأنه مسوق الى ذلك بدافع آرائه ومشاعره ونظراته الاجتماعية والدينية وأفكاره المسبقة » . انظر : Capitant, 32 .

ويورد كابيتان في حاشية الصفحة أقوالا في المعنى نفسه لبنتام (Bentham) وبودان (Beudant)

تطور نظرية القانون الطبيعي : انظر بالنسبة لهذا البحث الدراسة التي قدمها عنه الاستاذ روبيه في كتابه (Roubier p. 182) ، والتي نقتطف منها هنا المقطع التالي حول نظرية ستاملر عن القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير .

يقول روبيه : « يرى هذا المؤلف (ستاملر) ، إثر الاعتراضات التي وجهت الى نظرية القانون الطبيعي ، أن من الواجب أن تهجر فكرة قانون طبيعي ثابت في مضمونه ، ولكن يبقى مع هذا شيء له صفة الديمومة فوق القواعد القانونية الوضعية وهو وجود « قانون عادل » يفرضه المثل الاعلى الاجتماعي .. لا شك أن مضمون العدالة ليس ثابتا دوما ، ولا توجد هناك مبادىء خالدة تحكم تنظيم المجتمع الانساني ،

بمقدار يختلف ضيقا وسعة بحسب اتجاه كل منهم . ولا يكاد يختلف أحد الآن في أن مضمون القاعدة القانونية يخضع في تحديده لعاملين : العلم من جهة ، وهو الذي يكشف لنا عن الحاجات والاوضاع القائمة في المجتمع والظروف التي تحيط به ، والعقل من جهة ثانية وهو الذي يرشدنا الى اعطاء القاعدة القانونية المضمون الذي يجعلها أكثر ملاءمة لهذه الحاجات والظروف وأقرب تحقيقا لمفهوم العدالة .

الذي كان يستمر غالبا خلال بضعة قرون ، ويؤدي في بعض الاحيان الى إراقة سيول من الدماء ... » . انظر : Roubier, 146 .

مذهب التضامن الاجتماعي :

شرح ديجي (Duguit) نظرية التضامن الاجتماعي في عدد من مؤلفاته ، وبصورة خاصة في كتابه عن القانون الدستوري (Traité de droit constitutionnel 3 ème éd.) ، وكتابين آخرين عنوانهما ، الاول :الدولة والقانون والقانون الوضعي (L'Etat le droit objectif et la loi positive, éd. 1901) والثاني : القانون الاجتماعي والحق الفردي وتطور الدولة (Le droit social, le droit individuel et les transformations de l'Etat, 1908).

وقد أوردنا في معرض دراستنا لنظرية التضامن الاجتماعي، فقرتين تتضمن الاولى منهما نبذة من أقوال ديجي في شرح مذهبه وتتضمن الثانية بعض عبارات من النقد الذي وجهه دابان الى هذا المذهب . انظر بالنسبة لهاتين الفقرتين : Dabin, 118 et 148 .

مذهب العلم والصياغة :

بسط جني (Geny) نظريته عن العلم والصياغة في مؤلف شهير جعل عنوانه : العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي (Science et technique en droit privé positif) وقد بين فيه أثر العوامل الاربعة التي سبق أن عددناها في نشوء القواعد القانونية وتطورها .

ونحب أن نشير الى أن أغلب الفقهاء المعاصرين هم ، على غرار جني ، لا يتقيدون بمذهب معين ، وإنما يأخذون من هذه المذاهب جميعها

الفرع الاول

القانون العام والقانون الخاص
Droit public et Droit privé

تعريف القانون العام والقانون الخاص — معيار التفريق بينهما

صعوبة هذا التفريق — تداخلهما وتأثيرهما المتبادل

تعريف القانون العام والقانون الخاص :

يختلف القانون العام عن القانون الخاص من حيث نوع العلاقات لتي ينظمها كل منهما •

فالقانون العام (Droit public) ينظم العلاقات التي تكون الدولة ، بصفتها صاحبة السيادة والسلطان ، طرفا فيها • فهو ينظم كيان الدولة وأجهزة الحكم فيها وعلاقات هذه الدولة مع غيرها من الدول ومع الافراد •

اما القانون الخاص (Droit privé) فينظم العلاقات التي لا تكون الدولة ، بصفتها صاحبة السيادة والسلطان طرفا فيها • فهو ينظم علاقات الافراد فيما بينهم ، أو ينظم أحيانا علاقاتهم مع الدولة ، حين ترضى الدولة بأن تتخلى عن امتيازاتها الخاصة وأن تضع نفسها بمنزلة الافراد أنفسهم الذين تعمد الى التعامل معهم ، أي حين لا تدخل الدولة في هذه العلاقات بصفتها صاحبة السيادة والسلطان بل كأي فرد عادي •

وفي الواقع إذا نظرنا الى أي مجتمع من المجتمعات التي تنظمها قواعد القانون فإن من السهل علينا أن نلاحظ وجود فئتين في هذا المجتمع : فئة حاكمة وتتمثل بالدولة ومؤسساتها وأجهزة الحكم فيها ، وفئة محكومة وتتمثل بالاشخاص العاديين من طبيعيين أو اعتباريين •

الفصل الثالث

اقسام القانون

Les divisions du droit objectif

منهج البحث : يقسم القانون الى زمرتين رئيسيتين وهما : زمرة القانون العام وزمرة القانون الخاص •

كما أن للقانون تقسيمات أخرى من أهمها تقسيمه الى قانون داخلي وقانون دولي ، وذلك تبعا لانعدام وجود عنصر أجنبي في العلاقات التي يبحثها أو لوجوده • إلا أننا سنكتفي في بحثنا هـذا بدراسة زمرتي القانون العام والقانون الخاص على أن ندخل فيهما أيضا كلا من القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص •

وسنحاول في هذه الدراسة التعريف بالقانون العام والقـانون الخاص والمقارنة بينهما من جهة ، ثم اعطاء لمحة خاطفة عن مختلف فروع القانون التي تضمها كل من هاتين الزمرتين من جهة ثانية •

وعلى هذا ، فإن الفروع التي يتألف منها هذا الفصل هي كما يلي:

الفرع الاول : القانون العام والقانون الخاص •

الفرع الثاني : فروع القانون العام •

الفرع الثالث : فروع القانون الخاص •

الرومان ما يشبه هذا التقسيم إذ اعتبروا من القانون العام كل ما يتعلق بتنظيم الشيء العام واعتبروا من القانون الخاص كل ما يتعلق بمصالح الافراد .

وقد حاول رجال القانون دوما البحث عن معيار أو ضابط دقيق (Critère) للتمييز بين هاتين الزمرتين والاستناد اليه في معرفة ما إذا كانت هذه الطائفة من القواعد القانونية أو تلك تدخل تحت زمرة القانون العام أو زمرة القانون الخاص ، ولكنهم فشلوا في أغلب محاولاتهم . ونكتفي بأن نعرض هنا معيارين من هذه المعايير التي جانبها التوفيق ، لننتقل منهما الى معيار ثالث هو ، على ما نعتقد ، أكثر المعايير نصيبا من الصحة والصواب .

المفهوم المالي (Notion de patrimonialité) ويرى القائلون بهذا المعيار أن القواعد المنظمة للعلاقات ذات الصفة المالية أو المتعلقة بالامور المالية (كعلاقات البيع والشراء مثلا) هي من القانون الخاص، وأن القواعد المنظمة للعلاقات الاخرى التي لا يظهر فيها هذا المفهوم المالي (كتنظيم جهاز الدولة مثلا) هي من القانون العام .

ولا شك أن هذا المعيار غير صحيح ، إذ أن كثيرا من القواعد التي تنظم أمورا لا أثر للمفهوم المالي فيها تعتبر من القانون الخاص لا العام (كالقواعد الرامية الى تنظيم العلاقات العائلية مثلا) ، كما أن كثيرا من القواعد التي تعتبر من القانون العام لها صلة بالامور المالية (كالقواعد المتعلقة بنظام الضرائب مثلا أو بنظام الاملاك العامة) .

٢ ـ المصلحة العامة والمصلحة الخاصة (Intérêt public et intérêt privé) : ويرى أصحاب هذا المعيار أن ما يميز القانون الخاص عن القانون العام هو الغاية الرئيسية التي تهدف إليها كل من قواعد هاتين الزمرتين . فالقانون الخاص ، بحسب رأيهم ، هو الذي يكون هدفه

كما أننا نلاحظ أيضا أن الفئة الحاكمة الممثلة بالدولة تتمتع ببعض الامتيازات الخاصة التي تقتضيها طبيعتها نفسها كهيئة حاكمة تتولى السهر على المصالح العامة في المجتمع وتعود إليها السيادة والسلطان فيه .

وعلى هذا ، فكل ما يتعلق بالدولة — بصفتها صاحبة السيادة والسلطان أو بصفتها صاحبة السلطة العامة في المجتمع (Titulaire de la puissance publique) — من قواعد قانونية يعتبر من القانون العام ، كالقواعد المتعلقة بتنظيم جهاز الحكم مثلا أو بجباية الضرائب أو بعلاقة الدولة مع موظفيها أو نحو ذلك . أما ما يتعلق بالافراد من قواعد قانونية تنظم علاقاتهم فيما بينهم ، كقواعد الزواج والطلاق مثلا أو البيع والايجار أو التجارة أو غيرها ، فيعتبر من القانون الخاص .

إلا أنه لا بد لنا أن نلاحظ أن الدولة لا تقيم دوما علاقاتها مع الافراد على أساس ما تتمتع به من سيادة وسلطان وامتيازات خاصة ، بل هي قد تتعامل وإياهم أحيانا على قدم المساواة كأي فرد منهم ، وحينئذ تطبق على العلاقات التي تدخل الدولة فيها بهذه الصفة قواعد القانون الخاص بالرغم من أن الدولة طرف فيها . مثلا حين تستأجر الدولة عقارا لتقيم فيه مدرسة من المدارس ، أو حين تؤجر العقارات الخاصة التي تملكها الى بعض الناس ، فإنها تقوم بذلك كما يقوم به أي فرد عادي يريد أن يستأجر أو يؤجر ، ولهذا قلنا في التعريف ان القانون الخاص ينظم علاقات الافراد فيما بينهم ، وينظم أيضا علاقاتهم مع الدولة حين لا تدخل الدولة في هذه العلاقات بصفتها صاحبة السيادة والسلطان بل كأي فرد عادي .

معيار التفريق بين القانون العام والقانون الخاص :

تقسيم القانون الى عام وخاص يعود الى عهد بعيد ، فقد عرف

صعوبة التفريق بين القانون العام والقانون الخاص :

بالرغم من هذا المعيار الذي اتخذناه للتفريق بين القانون العام والقانون الخاص ، فإننا نلاحظ أن التفريق بين هاتين الزمرتين ليس على حد كبير من السهولة من الوجهة العملية . ومما يدلنا على صعوبة هذا التفريق أن هناك بعض الفروع من القانون اختلف العلماء في تصنيفها وتحديد الزمرة التي تنتسب اليها ، ونضرب مثلا على ذلك القانون الجزائي وأصول المحاكمات المدنية والتجارية .

فالقانون الجزائي أو قانون العقوبات الذي يعتبر حاليا بالنسبة لاغلب علماء القانون من فروع القانون العام (باعتبار أن المجتمع هو المتضرر الاول من الجريمة ، والدولة الممثلة لهذا المجتمع هي التي تهتم ، بالدرجة الاولى ، بمكافحة الجريمة ومعاقبة المجرمين) ، يصنفه البعض الآخر منهم في زمرة القانون الخاص (باعتبار أن موضوع القانون الجزائي يتعلق ، في القسم الاكبر منه ، بحماية الافراد في حياتهم وأعراضهم وأموالهم ... الخ) . وكذلك أصول المحاكمات المدنية والتجارية التي جرت العادة على تصنيفها في زمرة القانون الخاص (باعتبار أنها تحدد الطرق التي يتوجب على الافراد سلوكها للوصول عن طريق القضاء الى حقوقهم الخاصة حين التنازع عليها) ، يرى الكثيرون من الفقهاء حاليا ضرورة تصنيفها في زمرة القانون العام (باعتبار أنها تتعلق بتنظيم وتحديد عمل سلطة من أهم سلطات الدولة وهي السلطة القضائية) . فهذا الاختلاف فيما يتعلق بتصنيف القانون الجزائي وأصول المحاكمات المدنية والتجارية في زمرة القانون العام أو في زمرة القانون الخاص يدلنا على صعوبة التفريق بين هاتين الزمرتين وعدم وضوحه ودقته ، إذ لو كان التمييز بينهما سهلا وواضحا لما وجد مثل هذا الاختلاف .

هذا ويرى بعض الفقهاء أن هناك بين زمرتي القانون العام والقانون

الرئيسي حماية المصلحة الخاصة للافراد ، والقانون العام هو الذي يهدف الى حماية المصلحة العامة للمجتمع •

وقد لاقى هذا المعيار ، الذي تمتد جذوره الى نظريات الفقهاء الرومان ، انتشارا كبيرا بين رجال القانون • إلا أنه يبدو لنا مع هذا بعيدا عن الصحة والصواب ، لان معرفة مدى ما تحققه القواعد القانونية من مصلحة عامة أو مصلحة خاصة ليس له حد واضح يمكننا من التمييز بين هذه القواعد من جهة ، كما أن هناك في نطاق القانون الخاص نفسه ، من جهة ثانية ، عددا كبيرا من القواعد التي تغلب فيها فكرة المصلحة العامة على فكرة المصلحة الخاصة والتي تدفعنا أهميتها البالغة بالنسبة لهذه المصلحة العامة الى أن نعتبرها قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها (من هذا القبيل مثلا أغلب القواعد المتعلقة بأمور العمل أو بأمور العائلة والتي تهدف بصورة رئيسية الى تحقيق المصلحة العامة وحمايتها وتصنف مع ذلك في زمرة القانون الخاص) •

٣ ـ صفة أطراف العلاقة القانونية (Le système des sujets) :

ويرى أصحاب هذا المعيار أن ما يجب أن نأخذه بعين الاعتبار للتفريق بين قواعد القانون العام والقانون الخاص هو صفة أطراف العلاقات التي تنظمها هذه القواعد • فإذا كانت الدولة بصفتها صاحبة السيادة والسلطان هي أحد أطراف تلك العلاقات اعتبرنا هذه القواعد من القانون العام ، وإذا لم تكن الدولة طرفا فيها ، أو كانت طرفا ولكن كفرد عادي لا بصفتها صاحبة سيادة وسلطان ، اعتبرنا هذه القواعد من القانون الخاص •

هذا المعيار هو ، كما يبدو ، أفضل المعايير جميعا • وهذا مادفعنا الى أن نختار ، من بين التعاريف المتعددة للقانون العام والقانون الخاص، التعريف الذي يتلاءم معه ويستند اليه •

ولعل أبرز صورة من صور التداخل بين القانون العام والقانون الخاص هي تلك التي تبدو لنا في الشركات أو المشاريع المؤممة (Entreprises nationalisées) • فقد كان من أثر حركة التأميم ، التي سادت أغلب بلاد العالم في أعقاب الحرب العالمية الثانية ، أن تحولت بعض المشاريع الكبرى في كثير من الدول من مشاريع خاصة يملكها الافراد الى مشاريع عامة تملكها الدولة • واعتبر بعض الفقهاء هذا التحول في صفة المشاريع المؤممة دليلا على توسع القانون العام على حساب القانون الخاص بسبب تدخل الدولة في مجالات كانت مقصورة في الماضي على النشاط الفردي • ولكن الواقع ، كما بينه فقهاء آخرون، هو أن القانون الخاص لم يفقد الكثير من أهميته في التطبيق بالنسبة للمشاريع المؤممة ، لان هذه المشاريع قد احتفظت ، بعد انتقالها الى الدولة ، بأغلب الاساليب والطرائق التي كانت تمارس بها فعاليتها في الماضي ، وهي أساليب وطرائق تنظمها قواعد القانون الخاص ، وذلك كما في طريقة اعداد ميزانيات هذه المشاريع أو تنظيم علاقاتها بعمالها أو علاقاتها بالمستهلكين • فالمشاريع المؤممة إذن ، إذا كانت دليلا على توسع نطاق القانون العام على حساب القانون الخاص ، فهي دليل في نفس الوقت على مدى تأثير القانون الخاص على القانون العام •

من هذا كله يتبين لنا ، أنه بالرغم من تقسيم القانون الى عام وخاص ، فإن التداخل بين هذين القسمين مستمر الى حد كبير ، وقواعد كل منهما ليست مختلفة كل الاختلاف عن قواعد القسم الآخر •

الخاص زمرة ثالثة هي زمرة القانون المختلط (Droit mixte) ، وهي تضم فروع القانون التي تمت الى كل من زمرتي القانون العام والقانون الخاص بوشائج قوية بحيث يصعب ادراجها تحت احدى هاتين الزمرتين دون الاخرى.

التداخل والتأثير المتبادل بين القانون العام والقانون الخاص :

إن تقسيم القانون الى عام وخاص هو تقسيم مصطنع بعض الشيء ، ولكننا نأخذ به مع ذلك بسبب الحاجة التعليمية التي تضطرنا الى تصنيف فروع القانون المختلفة وحصرها في زمر موحدة . وفي الواقع إن هذا التقسيم يجب ألا يوهمنا بوجود انفصال تام بين هاتين الزمرتين أو اختلاف كبير في قواعدهما ، بل هنالك على العكس شيء من التداخل والتأثير المتبادل (Compénétration) بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص ، وبين أنواع العلاقات والمجالات التي تطبق فيها كل من هذه القواعد .

ففي نطاق القانون العام ، نلاحظ أن كثيرا من القواعد والمبادىء التي تطبق فيه مستمدة الى حد كبير من قواعد ومبادىء القانون الخاص (وذلك كما في القواعد المنظمة للعقود الادارية مثلا أو للمسؤولية الادارية التي تعتبر من قواعد القانون العام ، ولكنها تستمد بصورة رئيسية من قواعد نظريتي العقد والمسؤولية في القانون المدني الذي هو أبرز فروع القانون الخاص ..) . كما أننا نلاحظ ، في نطاق القانون الخاص ، أن الكثير من العلاقات التي ينظمها هذا القانون توضع لها قواعد تفسح المجال الكبير لاشراف الدولة عليها وتدخلها فيها ، وهذه القواعد التي تجعل الدولة طرفا معنيا بالامر بالنسبة لهذه العلاقات هي شديدة الشبه بقواعد القانون العام (وذلك كما في القواعد التي تنظم تدخل الدولة فيما يتعلق بأمور العمل مثلا أو مراقبتها لبعض أنواع الشركات ..) .

والقواعد الدستورية تعتبر أكثر أنواع القواعد القانونية أهمية وأعلاها مرتبة • وما الدستور بالنسبة لامة من الامم إلا ثمرة الجهود والتضحيات الكثيرة التي تبذلها هذه الامة في سبيل مكافحة الطغيان والاستبداد والاعتراف لافرادها بحقوقهم الحيوية المشروعة واقامة نظام الحكم فيها على أساس عادل سليم •

القانون الاداري (والقانون المالي) :

القانون الاداري : يتضمن القانون الاداري (Droit administratif) القواعد التي تنظم نشاط السلطة التنفيذية وأعمالها ومهامها وعلاقاتها بالافراد •

والسلطة التنفيذية تمارس نشاطها في الدولة عن طريق الادارات العامة التابعة لها ، فالقانون الاداري هو الذي ينظم اذن عمل هـذه الادارات ويحدد علاقاتها فيما بينها ومع الافراد •

وقواعد القانون الاداري لا يجمعها تشريع موحد كما هو الامر بالنسبة لاغلب فروع القانون ، بل هي توجد في تشريعات متفرقـة (كقانون الموظفين مثلا وقانون البلديات وقـانون الاستملاك ••• الخ) ، كما أن الكثير من هذه القواعد يعود الفضل في ايجاده واقراره الى القضاء الاداري واجتهاداته الموفقة في أغلب الاحيان •

أما مباحث القانون الاداري فمتعددة :

فهو يبحث في التنظيمات الادارية وتقسيماتها وكيفية عملهـا (كتقسيم الدولة الى محافظات ومناطق ونواحي ، وكتقسيم الادارات العامة في الدولة الى مؤسسات تتمتع بشيء من الاستقلال الذاتي — كالجامعات مثلا — والى ادارات مرتبطة بالوزارات القائمة وخاضعة لها خضوعا تاما) •

الفرع الثاني

فروع القانون العام

Subdivisions du Droit public

القانون للدستوري — القانون الاداري (والقانون المالي)
القانون الجزائي (وأصول المحاكمات الجزائية) القانون الدولي العام

يضم قسم القانون العام الفروع التالية :

١ — القانون الدستوري •
٢ — القانون الاداري ، ويلحق به القانون المالي •
٣ — القانون الجزائي ، بما في ذلك أصول المحاكمات الجزائية •
٤ — القانون الدولي العام •

ونكتفي باعطاء لمحة موجزة عن كل من هذه الفروع التي تدرس بصورة مفصلة في المواد الخاصة بها •

القانون الدستوري :

يتضمن القانون الدستوري (Droit constitutionnel) المبادىء والقواعد الاساسية التي تحدد الحقوق والواجبات العامة للمواطنين في الدولة (كضمان حرياتهم العامة بمختلف أنواعها وحماية ملكياتهم الخاصة ضمن حدود القانون ، وتحقيق المساواة بينهم ، ومراعاة مبادىء العدالة الاجتماعية ونحو ذلك) ، وتبين نظام الحكم فيها (من حيث أنه جمهوري مثلا أو ملكي ••) • وكيفية تنظيم السلطات العامة فيها (من تشريعية أو تنفيذية أو قضائية) ، وعلاقة هذه السلطات بعضها ببعض ومع الافراد ، حتى أن الدستور يسمى أيضا بالقانون الاساسي •

قد تعقدها في بعض الاحيان • أما النفقات فمتعددة ، وأهمها ما يصرف من أجل رواتب الموظفين ، أو من أجل المشاريع التي تتطلبها مصلحة الدفاع الوطني كشراء الاسلحة وبناء الثكنات ، أو التي تقتضيها الاعمال الانشائية والانمائية التي تقوم بها الدولة كفتح الطرق ومد السكك الحديدية واقامة السدود ونحو ذلك •

والقانون المالي يمكن أن يلحق بالقانون الاداري لما بينهما من صلة شديدة ، إذ أن على وجود الميزانية في الدولة يتوقف قيام هذه الدولة بمهامها وممارستها لنشاطها الاداري كله •

القانون الجزائي (وأصول المحاكمات الجزائية) :

القانون الجزائي : يتضمن القانون الجزائي أو قانون العقوبات (Droit pénal) القواعد التي تنظم سلطة الدولة في معاقبة المجرمين ، فيبين الجرائم التي تستوجب العقوبة كما يبين حدود هذه العقوبة بالنسبة لكل نوع من أنواع الجرائم •

والقانون الجزائي يقسم الى قسمين : قسم عام وقسم خاص •

أما القسم العام فيبحث في الجريمة وأنواعها ، والجرائم تقسم عادة الى جنايات وجنح ومخالفات بحسب أنواع العقوبة المحددة لها •

وهو يبحث أيضا في عناصر الجريمة ، وهي على ثلاثة أنواع: عنصر قانوني وعنصر معنوي وعنصر مادي • فالعنصر القانوني هو أن يكون الفعل المرتكب محرما بنص القانون ، والعنصر المعنوي هو أن تتوافر لدى مرتكب الفعل الارادة الحرة والنية الجرمية أو أن يكون ارتكابه لهذا الفعل ناجما عن خطأ أو اهمال على أقل تقدير ، والعنصر المادي هو أن يكون الشخص قد قام فعلا بارتكاب هذا الفعل المحرم أو شرع فيه أو شارك في ارتكابه •

وهو يبحث في نشاط الدولة ومظاهره ، وفي أعمالها والقرارات التي تصدر عنها وفي تحديد طبيعة الاعمال الادارية وتمييزها عن غيرهـا .

وهو يبحث في الوظائف العامة والموظفين ، فيبين حقوق هؤلاء الموظفين وواجباتهم وكيفية تعيينهم ونقلهم وعزلهم ومراقبتهم وتأديبهم وما يتعلق بهم من أمور .

وهو يبحث في أملاك الدولة فيبين صفاتها ومميزاتها ويحـدد الوسائل التي تلجأ إليها الدولة لنزع ملكية الافراد عن الاموال العائدة اليهم واستملاكها لقاء تعويض عادل في سبيل المصلحة العامة (كالاستملاك في سبيل فتح الطرق مثلا أو اقامة المنشآت الحيوية) .

وهو يبحث في القضاء الاداري وتنظيمه وتحديد مهامه وكيفية عمله ، وفي مدى حق الافراد الذين يتضررون من أعمال الدولة في اللجوء اليه وتنظيم استعمال هذا الحق .

هذه لمحة موجزة جدا عن أهم الابحاث التي يتناولها القـانون الاداري . ولا بد لنا من الاشارة هنا الى أن هذا القانون ، بالرغم من حداثة عهده نوعا ما بالنسبة الى أغلب فروع القانون ، هو حاليا في توسع مستمر كما أن أهميته تتزايد يوما بعد يوم بسبب اتساع مهام الدولة وتزايدها في الدول الاشتراكية الحديثة .

القانون المالي : ويسمى غالبا بالتشريع المالي (Législation financiére) وهو يتضمن القواعد التي تحدد كيفية تنظيم الميزانية العامة في الدولة والموارد التي تتألف منها هذه الميزانية ووجوه الصرف التي تنفق فيها .

والموارد تتألف عادة من الضرائب التي تجبيها الدولة ، ويتولى القانون المالي تحديد أنواعها والاسس التي تبنى عليها وكيفية جبايتها، كما تتألف من الغلات التي تجنيها الدولة من أملاكها ومن القروض التي

القواعد التي تنظم علاقات الدول فيما بينها في حالات السلم والحرب والحياد ، كما يشمل أيضا القواعد المتعلقة بالمنظمات الدولية.

ففي حالة السلم يبين القانون الدولي العام شروط وجود الدولة واكتسابها الشخصية القانونية وتمتعها بالسيادة والاعتراف بها من الوجهة الدولية ، كما يبين الاسلوب الذي تلجأ اليه الدول للتعامل فيما بينها ، وتبادل التمثيل السياسي والقنصلي ، وأسلوب عقد المعاهدات والاتفاقات الدولية ، والطرق الودية التي يمكن للدول أن تلجأ إليها لفض منازعاتها كطريقة المفاوضات مثلا أو التحكيم .

وأما في حالة الحرب فإن القانون الدولي العام يتولى أيضا تنظيم علاقات الدول المتحاربة فيما بينها ، لان الحرب اذا كانت شرا لا ريب فيه فإن هذا الشر محتمل الوقوع دوما ، ولذلك فمن المفيد تنظيمه وتحديد قواعده للتخفيف من مساوئه بقدر الامكان ، وهذا ما يحاوله القانون الدولي العام (وإن كانت الدول المتحاربة لا تتقيد عمليا بقواعد هذا القانون في أغلب الاحيان) . وقواعد القانون الدولي العام بالنسبة لحالة الحرب تتضمن كيفية اعلان الحرب وكيفية انهائها عن طريق المفاوضة والصلح أو ايقافها بصورة غير نهائية عن طريق الهدنة ، كما تتضمن تحديد الاسلحة التي يحظر استعمالها ، وكيفية معاملة الاسرى والجرحى والسكان الآمنين ونحو ذلك .

كما يبحث القانون الدولي العام في حالة الحياد التي تكون عليها بعض الدول أثناء الحرب ، فيحدد علاقات هذه الدول المحايدة بكل من الفريقين المتحاربين ، ويبين الحقوق والواجبات والنتائج التي تترتب على حيادها .

وأخيرا فإن القانون الدولي العام يتضمن القواعد التي تتعلق بالمنظمات الدولية ، سواء من حيث تكوينها أو تحديد اختصاصاتها

وهو يبحث في العقوبة وأنواعها ، والعقوبة تحصر عادة بين حدين أعلى وأدنى • كما يبحث في حالات عدم المسؤولية عن الجريمة وفي حالات تشديد العقوبة وتخفيفها •••• الخ •

وأما القسم الخاص فيبحث في أنواع الجرائم المختلفة ، كجرائم القتل والسرقة والخيانة والتزوير وغيرها ، ويبين أركان هذه الجرائم وصفاتها وصورها المختلفة وأنواع العقوبة التي تحدد لكل منها •

وقد جاء قانون العقوبات المطبق حاليا في بلادنا والصادر بتاريخ ١٩٤٩/٦/٢٢ شاملا لمختلف هذه الابحاث •

أصول المحاكمات الجزائية : تلحق أصول المحاكمات الجزائية (Procédure Pénale) بالقانون الجزائي نفسه ، باعتبار أنها تتضمن القواعد التي تبين الاصول الواجب اتباعها فيما يتعلق بالتحقيق عن الجريمة ومحاكمة المتهم وطرق الطعن بالاحكام الجزائية الصادرة عن المحاكم وكيفية تنفيذها •

وقد بين قانون أصول المحاكمات الجزائية ، الصادر في سورية بتاريخ ١٩٥٠/٣/١٣ ، السلطات التي يعود إليها أمر التحقيق عن الجرائم وجمع أدلتها والقبض على فاعليها واحالتهم الى القضاء لمعاقبتهم ، وحدد كيفية قيام هذه السلطات بمهامها وأصول العمل لديها • وبين هذا القانون أيضا أنواع المحاكم التي يعاقب مرتكبو الجرائم لديها وأصول محاكمتهم • كما تضمن أخيرا عددا من القواعد المتعلقة بطرق الطعن بالاحكام الجزائية وكيفية تنفيذها وبعض الاصول الخاصة التي تتبع بالنسبة لعدد من الحالات التي نص عليها •

القانون الدولي العام :

يتضمن القانون الدولي العام (Droit international public)

الفرع الثالث

فروع القانون الخـاص

Subdivisions du Droit privé

القانون المدني : تعريفه وخصائصه ، تطوره في بلادنا ، أبحاثه ، قانون الاسرة أو العائلة — القانون التجـاري — أصول المحاكمات المدنية والتجارية — القانون الدولي الخاص — الفروع المستحدثة في نطاق القانون الخاص

يضم قسم القانون الخاص الفروع التالية :

١ — القانون المدني ، بما في ذلك قانون الاسرة أو العائلة .
٢ — القانون التجاري .
٣ — أصول المحاكمات المدنية والتجارية .
٤ — القانون الدولي الخاص .
٥ — بعض الفروع المستحدثة ، التي انشقت مؤخرا عن القانون المدني بسبب توسعها وازدياد أهميتها والطبيعة الخاصة للعلاقات التي تنظمها ، كقانون العمل والقانون الزراعي .

وسنستعرض كلا من هذه الفروع استعراضا سريعا ، مع التوسع بعض الشيء بالنسبة للقانون المدني ، لا باعتباره الفرع الرئيسي منها فقط ، ولكن باعتباره أيضا الفرع الذي تتصل به أبحاث هذا الكتاب .

القانون المـدني :

نبين أولا مفهوم القانون المدني وخصائصه ، ونستعرض تطوره بالنسبة لبلادنا ، ثم نعطي بعد ذلك لمحة موجزة عن أبحاثه . كما نشير

وكيفية ممارستها لمهامها أو تنظيم علاقاتها فيما بينها ومع الدول • وقد بدأت هذه المنظمات بالانتشار على النطاق العالمي في هذا القرن ، وأبرزها حاليا الامم المتحدة وما يتفرع عنها أو يرتبط بها من هيئات ومنظمات •

والقانون الدولي العام ، بالرغم من أنه يعتبر خطوة محمودة في طريق التقدم الانساني إذ يؤدي الى احلال فكرة القانون والعدل محل الظلم والفوضى اللذين كانا يسودان العلاقات الدولية ، فإنه لا يزال يبدو عاجزا عن أن يستطيع أداء مهمته الانسانية على الوجه الاكمل ، ونحن لا نزال نشاهد حاليا أن الظلم والاستغلال يسودان الكثير من العلاقات الدولية وبصورة خاصة علاقات الدول الاستعمارية بالدول الضعيفة •

وأهم ما يحتاج اليه القانون الدولي العام ، لكي يكون أكثر فعالية وفائدة ، هو وجود قوة دولية كافية لفرض احترام قواعده على الدول التي تحاول مخالفة هذه القواعد أو الخروج عليها ، إذ أن قواعد القانون الدولي العام بدون قوة تدعمها وتفرض احترامها على الدول تكون أشبه بمبادىء أخلاقية أو مثالية منها بقواعد قانونية ملزمة • وبالرغم من أن ميثاق الامم المتحدة يسمح بايجاد مثل هذه القوة (وقد عمدت الامم المتحدة الى تشكيلها فعلا في بعض الظروف) ، إلا أن عمل مثل هذه القوة لا يزال ضئيل الاثر في الوقت الحاضر وهو لا يمكن أن يكون فعالا ما لم تؤمن الدول الكبرى المسيطرة في العالم إيمانا كافيا بمبادىء القانون الدولي العام وضرورة دعمها وتأييدها •

هذا ، وتعتبر الاعراف الدولية المصدر الاول لقواعد القانون الدولي العام ، كما تعتبر من مصادرها أيضا الاتفاقات والمعاهدات الدولية التي من شأنها أن تولّد قواعد الزامية بالنسبة للدول الموقعة عليها •

وبالرغم من هذا ، فإن للقانون المدني بالنسبة الى بقية فروع القانون الخاص على الاقل ، أهمية بالغة تبدو في الامور التالية :

أولا ـ إن القانون المدني هو الاصل الذي تفرعت عنه بقيـة فروع القانون الخاص ، كالقانون التجاري مثلا أو قانون العمل .

ثانيا ـ إن القانون المدني لا يختص بفئات معينة من المواطنين (كما يختص القانون التجاري مثلا بفئة التجار أو يختص قانون العمل بفئة العمال وأرباب العمل) ، بل هو يطبق على جميع المواطنين دون استثنـاء .

ثالثا ـ إن قواعـد القانون المدني تعتبر القواعـد العامـة (Droit commun) التي يرجع إليها ويعمل بها عند عدم وجود قواعد خاصة في فروع القانون الاخرى . وهذا ما تشير إليه مثلا المادة الثانية من قانون التجارة التي تنص على أنه « إذا انتفى النص في هذا القانون فتطبق على المواد التجارية أحكام القانون المدني .. » .

تطور القانون المدني في بلادنا : ظلت سورية ، كغيرها من الاقطار العربية ، خاضعة خلال قرون طويلة لاحكام الشريعة الاسلامية التي كانت النظام القانوني الوحيد في بلادنا ، سواء بالنسبة للامور المدنيـة أو غيرها من الامور . ولم تكن أحكام الشريعة الاسلامية في بادىء الامر مدونة في تشريعات معينة تضمها وتجمعها ، وإنما كانت هـذه الاحكام تستقى من كتب الفقه الاسلامي في مذاهبه المختلفة ، وتعتمد على المصادر الاربعة المعروفة في الشريعة الاسلامية وهي : الكتـاب والسنة والاجماع والاجتهاد .

واستمر الامر على هذا الحال الى أن كان عهد الدولة العثمانية ، حيث شرع بوضع تشريعات حديثة استمد بعضها من التشريعات الغربية

أخيرا الى أهم أبحاث قانون الاسرة أو العائلة الذي يلحق عادة بالقانون المـدني •

تعريف القانون المدني وخصائصه : يتضمن القـانون المـدني (Droit civil) القواعد التي تنظم علاقات الافراد فيما بينهم ، إلا ما يتناوله بالتنظيم منها فرع آخر من فروع القانون الخاص •

والعلاقات التي تقوم بين الافراد تقسم الى نوعين :

فإما أن تكون علاقات عائلية ، وهذه يعود أمر تنظيمها في معظم الدول الى القانون المدني ، ولكنها في بلادنا العربية قد فصلت عنه وأصبح لها فرع مستقل قائم بذاته • والسبب في فصل قواعد قـانون العائلة عن القانون المدني يعود الى الطبيعة الخاصة لهذه القواعد من حيث أنها تتصل بالمعتقدات الدينية للافراد اتصالا وثيقا وتبدو فيها فكرة الحلال والحرام شديدة الوضوح ، ولهذا رؤي أن تنظم تنظيما مستقلا يراعى فيه اختلاف الاديان في بلادنا وضرورة خضوع كل طائفة من الطوائف الى قواعدها الدينية الخاصة بها في مجال أمور العائلة •

وإما أن تكون العلاقات التي تقوم بين الافراد علاقات ماليـة ، وهذه أيضا يعود أمر تنظيمها ، في الاصل ، الى القانون المدني • غير أن هنالك ، مع ذلك ، أنواعا من هذه العلاقات المالية قد انفصلت تدريجيا ، في معظم الدول ، عن القانون المدني وأصبحت لها فروع خاصة بهـا تنظمها وتحدد قواعدها ، كالعلاقات التجارية أو العمالية مثلا التي ينظمها حاليا قانون التجارة أو قانون العمل •

وهكذا ، فإن القانون المدني يقتصر حاليا في بلادنا العربية على تنظيم العلاقات المالية دون العلاقات العائلية • كما أنه لا يشمل من هذه العلاقات المالية إلا ما لا يعود أمر تنظيمه الى فرع آخر غيره •

حريتها واستقلالها ، أخذ التفكير يتجه الى وضع تشريع مدني سوري جديد يحل محل مجلة الاحكام العدلية والتشريعات الاخرى المتفرقة ، وتتلافى فيه العيوب والمساوىء التي تؤخذ على مجلة الاحكام العدلية . وقد ظهر في هذا المجال اتجاهان متعاكسان : أحدهما يرمي الى وضع تشريع مستمد من أحكام الشريعة الاسلامية بمختلف مذاهبها ، لا من مذهب معين فيها كما كان الحال بالنسبة للمجلة التي أخذت عن المذهب الحنفي ، والآخر يرى الاخذ بتشريع جديد مستمد من التشريعات الغربية على غرار القانون المدني المصري الذي صدر في تلك الاثناء .

وقد انتهى الامر بترجيح الرأي الثاني فصدر بتاريخ ١٨ أيار ١٩٤٩ المرسوم التشريعي ذو الرقم ٨٤ متضمنا القانون المدني السوري الحالي . وقضت المادة الاولى من هذا المرسوم بتطبيق القانون المشار اليه اعتبارا من ١٥ حزيران ١٩٤٩ ، كما قضت المادة الثانية منه بالغاء مجلة الاحكام العدلية والقرار ذي الرقم ٣٣٣٩ الصادر في ١٢ تشرين الثاني ١٩٣٠ ، وعدد آخر من التشريعات التي تتصل بالامور المدنية ، وبصورة عامة ، بالغاء « سائر أحكام القوانين والارادات السنية والمراسيم التشريعية والقرارات التي تخالف القانون المدني السوري أو لا تأتلف مع أحكامه » .

والقانون المدني السوري الحالي الصادر في عام ١٩٤٩ قد أخذ بكامله تقريبا عن القانون المدني المصري الذي صدر قبل ذلك بعام واحد . وليس هناك من اختلاف بين القانونين إلا في بعض الاحكام المحدودة ، وأهمها الاحكام العقارية التي احتفظ القانون المدني السوري بالنسبة إليها بما جاء به القرار ٣٣٣٩ المشار اليه آنفا ، والذي أدرجت أحكامه في مواضعها من القانون الجديد .

وقد استغرق اعداد القانون المدني المصري الذي أخذ عنه القانون

(كقانون التجارة وقانون الجزاء العثمانيين مثلا) ، واستمد البعض الآخر من أحكام الشريعة الاسلامية •

ومن أهم التشريعات التي صدرت في الامور المدنية في ذلك الحين ، التشريع الذي أطلق عليه اسم « مجلة الاحكام العدلية » •

فمجلة الاحكام العدلية ــ التي صدرت الارادة السلطانية سنة ١٢٩٣ هجرية بوجوب تطبيقها والعمل بها في المحاكم ــ كانت بمثابة تشريع مدني للدولة العثمانية في مختلف أرجائها ، بما في ذلك سورية التي كانت تعتبر آنذاك جزءا من تلك الدولة • وبالاضافة الى مجلة الاحكام العدلية ، وجدت بعض التشريعات الاخرى التي وضعت لتنظيم عدد من الامور المدنية ، وبصورة خاصة الامور المتعلقة بالعقارات وكيفية التصرف فيها •

وقد استقت مجلة الاحكام العدلية قواعدها من المذهب الحنفي في الشريعة الاسلامية الذي كان المذهب الرسمي للدولة العثمانية • وتعتبر مجلة الاحكام العدلية من أهم الاعمال التي استهدفت صياغة أحكام الشريعة الاسلامية في مواد قانونية على الاسلوب العصري الحديث •

وبعد زوال الحكم العثماني ، استمرت سورية على تطبيق مجلة الاحكام العدلية كتشريع مدني لها • كما صدر ، في عهد الانتداب الفرنسي ، عدد من التشريعات المنظمة لبعض النواحي المدنية ، وأهمها قانون الملكية العقارية الصادر في عام ١٩٣٠ بالقرار ذي الرقم ٣٣٣٩ ، والذي استعيض به عن عدد من التشريعات السابقة الصادرة خلال العهد العثماني •

وحين زال الانتداب الفرنسي عن البلاد واستعادت سورية

التشريعات اللاتينية (وفي مقدمتها القانون الفرنسي) والتشريعات الجرمانية (كالقانون الالماني والقانون السويسري) والتشريعات التي أخذت من كل من النوعين السابقين (كالقانون البولوني مثلا) • ولم يقتصر القانون المدني على الاخذ بتشريع معين من هذه التشريعات أو الالتزام بمذهب أو اتجاه محدد فيها ، وإنما هو قد أفاد منها جميعا واستقى أفضل ما في كل منها من أحكام •

وغني عن القول بعد هذا أن دراسة القانون المدني السوري تستوجب في الوقت نفسه الرجوع الى القانون المصري الذي أخذ عنه ، والاستعانة بالدراسات والابحاث والمناقشات التي جرت حول هذا القانون الاخير ، سواء في اللجان الفنية التي عهد اليها باعداد مشروعه ، أو في المجالس التشريعية (مجلسي النواب والشيوخ في ذلك الحين) التي قامت بدراسة هذا المشروع ومناقشته واجراء بعض التعديلات حوله تمهيدا للتصويت عليه واقراره كقانون مدني •

ابحاث القانون المدني : يعالج القانون المدني أبحاثا متعددةجمعها التشريع المدني ، السوري والمصري ، في باب تمهيدي وقسمين •

ويتضمن **الباب التمهيدي** ـ الذي هو موضوع دراستنا فيهذا الكتاب ـ بعض الاحكام العامة التمهيدية ، وهو يقسم الى ثلاثة فصول :

الفصل الاول : في القانون والحق وتطبيقهما •

الفصل الثاني : في الاشخاص (الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري) •

الفصل الثالث : في تقسيم الاشياء والاموال •

اما **القسم الاول** فقد خصص للالتزامات أو الحقوق للشخصية ، و يقسم الى كتابين :

المدني السوري اثني عشر عاما ، حيث شرع باعداده في عام ١٩٣٦ . ولم يتم اصداره ونشره إلا في شهر تموز من عام ١٩٤٨ (وقد بدأ نفاذه وتطبيقه في شهر تشرين الثاني من عام ١٩٤٩ ، أي بعد التاريخ الذي حدد كمبدأ لنفاذ وتطبيق القانون المدني السوري) .

ومصادر القانون المدني المصري الحالي ، التي تعتبر في نفس الوقت مصادر للقانون المدني السوري المأخوذ عنه ، هي :

١ — التشريع المدني المصري السابق المستمد من التشريع المدني الفرنسي ، والتعديلات والاحكام التي أدخلت عليه أو اضيفت اليه . إذ أن مصر ، بسبب ما كانت تتمتع به من استقلال ذاتي تجاه الدولة العثمانية وخاصة في أمورها التشريعية ، لم تكن خاضعة ، خلال عهد الدولة العثمانية ، لقوانين هذه الدولة ، ولم تطبق بالتالي مجلة الاحكام العدلية ، وإنما وضعت لنفسها قوانين خاصة بها ، ومن بينها قانونها المدني السابق الذي أخذ في عام ١٨٧٦ عن القانون المدني الفرنسي وظل مطبقا في مصر الى أن صدر القانون المدني الحالي وأصبح واجب التطبيق .

٢ — اجتهاد القضاء المصري في تطبيق نصوص ذلك التشريع وتفسيرها ، وهو اجتهاد غني بالحلول العملية والتطبيقات الملائمة لتطور الحاجات الاجتماعية .

٣ — الشريعة الاسلامية بما تحويه من مبادىء وأحكام لا تنكر قيمتها وقابليتها لمجاراة التطور الاجتماعي والحاجات المتجددة . فبالرغم من أن الشريعة الاسلامية ليست المصدر الوحيد للقانون المدني ، كما كان الامر بالنسبة لمجلة الاحكام العدلية ، فهي على كل حال من أهم المصادر التي اعتمد عليها هذا القانون .

٤ — التشريعات أو التقنينات الاجنبية الحديثة ، وتشمل

القانون التجاري :

يتضمن القانون التجاري (Droit commercial) القواعد التي تطبق بالنسبة للتجار وعلى الاعمال والامور التجارية •

ويعود السبب الاول في انفصال القانون التجاري عن القانون المدني الى ما تمتاز به المعاملات التجارية بالنسبة الى بقية المعاملات من طبيعة مختلفة تقوم على التبسيط والمرونة والسرعة والثقة التجارية مما يستوجب ايجاد قواعد خاصة بها تراعى فيها هذه الاعتبارات •

والقانون التجاري يقسم الى قسمين رئيسيين وهما : القانون التجاري البري والقانون التجاري البحري (ويضاف اليهما أيضا قسم جديد هو القانون التجاري الجوي) •

اما **القانون التجاري البري** (Droit commercial terrestre)

وينظمه حاليا في سورية قانون التجارة الصادر بتاريخ ١٩٤٩/٦/٢٢ فيشمل عدة أبحاث ، منها ما يتعلق بالتجارة بوجه عام والتجار والمؤسسات التجارية ، وما يتعلق بالشركات التجارية ، وبالاعمال والعقود التجارية ، وبالاسناد التجارية وغيرها من الاسناد القابلة للتداول ، وبالصلح الواقي والافلاس اللذين يطبقان على التجار حين توقفهم عن الدفع •

واما **القانون التجاري البحري** (Droit commercial maritime)

وينظمه حاليا قانون التجارة البحرية الصادر بتاريخ ١٩٥٠/٣/١٢ ، فيبحث في السفن وملكيتها وما يتعلق بها من أحكام ، وفي عقد العمل البحري ، وايجار السفينة وعقد النقل البحري ، والاخطار البحرية وضمانها •

الكتاب الاول ، ويتناول الالتزامات بوجه عام (أو نظرية الالتزام العامة) ، فيبحث في مصادر الالتزام ، وآثاره ، والاوصاف المعدلة له ، وانتقاله ، وانقضائه .

والكتاب الثاني ، وينظم أحكام العقود المسماة (التي هي من بعض مصادر الالتزام) ، كعقود البيع والهبة والايجار والوكالةوالوديعة ونحو ذلك .

وأما **القسم الثاني** فقد خصص للحقوق العينية ، وهو يقسم أيضا الى كتابين :

الكتاب الثالث ، ويتناول الحقوق العينية الاصلية . كحقوق الملكية والانتفاع والارتفاق والسطحية ونحوها .

والكتاب الرابع ، ويشمل الحقوق العينية التبعية وهي الرهن والتأمين العقاري والامتياز .

قانون الاسرة او العائلة : وينظمها حاليا بالنسبة للمسلمين فيسورية قانون الاحوال الشخصية الصادر بتاريخ ١٩٥٣/٩/١٧ ، وهو مستمد من الشريعة الاسلامية ويتضمن أحكام الزواج والطلاق والنسبالاهلية والنيابة الشرعية والوصية والمواريث ونحو ذلك .

أما بالنسبة لغير المسلمين فقد نصت المادة الاخيرة من هـذا القانون على أنه « يطبق بالنسبة الى الطوائف المسيحية واليهوديةما لدى كل طائفة من أحكام دينية تتعلق في الخطبة وشروط الزواج وعقده ، والمتابعة والنفقة الزوجية ونفقة الصغير وبطلان الزواج وحله وانفكاك رباطه وفي البائنة (الدوطة) والحضانة » . كما نصت المادة قبل الاخيرة من القانون على بعض الاحكام الخاصة بالطائفة الدرزية .

ب — محكمة القضاء الاداري .

ج — المحاكم الاداريـــة .

وتتولى كل من محكمة القضاء الاداري والمحاكم الادارية مهمة الفصل في الدعاوى الادارية التي تقدم اليها وفقا لاختصاصاتها المبينة في القانون . كما تتولى المحكمة الادارية العليا مهمة الفصل في الطعون التي ترفع اليها فيما يتعلق بالاحكام الصادرة من محكمة القضاءالاداري أو المحاكم الادارية . وتقوم الى جانب هذه المحاكم هيئة مفوضيالدولة التي تتولى تحضير الدعوى وتهيئتها للمرافعة .

أما المحاكم التي يتألف منهاالقضاء العادي فهي :

أ — محكمة النقض (التمييز سابقا) .

ب — محاكم الاستئناف .

ج — المحاكم البدائية .

د — المحاكم الصلحيـــة .

ويضاف الى هذه المحاكم أيضا المحاكم الشرعية والطائفية والمذهبية التي تختص بالفصل في أمور الاحوال الشخصيـــة (وكذلك بعض المحاكم والهيئات القضائية الاستثنائية الخاصة) . وتقوم — الى جانب المحاكم التي يتألف منها القضاء العادي والتي تتولى مهمة الحكم في الدعاوى المعروضة عليها — النيابة العامة التي لا تتولى مهمة الحكم ، وإنما يتجلى دورها ، بالنسبة للامور الجزائية بوجه خاص ، في اقامة الدعوى الجزائية ومباشرتها ، وتمثيل المجتمع لدى المحاكم ، ثم تنفيذ الاحكام الجزائية بعد اكتسابها الدرجة القطعية .

وتختص المحاكم التي يتألف منها القضاء العادي بالفصل في كافة المنازعات وجميع الجرائم إلا ما استثني منها بنص خاص .

اصول المحاكمات المدنية والتجارية :

تتضمن أصول المحاكمات المدنية والتجارية (Procédure civile et commerciale) القواعد التي تبين الاجراءات الواجب على المحاكم تطبيقها وعلى الافراد اتباعها في الدعاوى التي يقيمها هؤلاء فيما يتعلق بأمورهم المدنية والتجارية ، وأصول تنفيذ الاحكام الصادرة بشأنها .

وقد جاء قانون أصول المحاكمات الصادر بتاريخ ١٩٥٣/٩/٢٨ والمطبق حاليا في سورية مبينا لهذه القواعد فحدد اختصاص كل نوع من أنواع المحاكم بالنسبة للدعاوى التي يجوز عرضها عليها ، وبين كيفية رفع الدعوى واجراءات المحاكمة وتنظيم الاحكام وطرق الطعن فيها ، كما بين تنفيذ هذه الاحكام ونحو ذلك من الامور . ولعلنا نستطيع أن نلحق بهذه القواعد أيضا ما تضمنه قانون البينات الصادر بتاريخ ١٩٤٧/٦/١٠ من قواعد تنظم الوسائل التي يجب اعتمادها لاثبات الحقوق المدعى بها (وهذه القواعد التي يتضمنها قانون البينات تعتبر في كثير من النظم الاخرى من قواعد القانون المدني) .

التنظيم القضائي الحالي في سورية : يبدو لنا أن من المناسب اعطاء فكرة موجزة هنا عن التنظيمات القضائية القائمة حاليا في بلادنا . ونحن لن نقتصر بالنسبة لهذه التنظيمات على المحاكم المدنية والتجارية التي تتصل ببحثنا هذا ؛ بل سنعدد جميع أنواع محاكم القضاء الاداري والقضاء العادي بوجه عام .

يتمثل القضاء الاداري في مجلس الدولة الذي يتكون من قسمين وهما : القسم القضائي ، والقسم الاستشاري للفتوى والتشريع (ويقتصر دوره على اعطاء الآراء والفتاوى القانونية لا القضاء والحكم) .

ويتألف القسم القضائي الذي يهمنا بحثه هنا من :

أ — المحكمة الادارية العليا .

فلو أجري في فرنسا مثلا عقد باع بموجبه شخص سوري الى آخر ألماني عقارا يملكه في ايطاليا ، ثم حدث نزاع بعد ذلك حول هذا العقد . فإن القانون الدولي الخاص هو الذي يحدد ما إذا كانت المحاكم السورية مختصة للنظر في هذا النزاع أم لا ، كما يحدد من بين القوانين الفرنسية والسورية والالمانية والايطالية القانون الذي يجب تطبيقه .

وقواعد القانون الدولي الخاص داخلية أو وطنية ، بمعنى أنه لا توجد قواعد موحدة تسير عليها جميع الدول فيما يتعلق بمسائل هذا القانون ، وإنما لكل دولة قواعدها الخاصة بها في هذا الشأن . وهذه القواعد لا يضمها في الجمهورية العربية السورية تشريع موحد ؛ بل هي موزعة على عدد من التشريعات التي تتضمن بعض موادها الكثير منها ؛ وذلك كبعض مواد الباب التمهيدي من القانون المدني مثلا المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان والتي سنشير اليها خلال دراستنا لهذا البحث فيما بعد .

بعض الفروع المستحدثة في نطاق القانون الخاص :

من أهم هذه الفروع المستحدثة في نطاق القانون الخاص قانون العمل (Droit ouvrier) والقانون الزراعي (Droit rural) وهي فروع أخذت بالانفصال عن القانون المدني في عصرنا الحاضر بسبب اتساع العلاقات التي تقوم بتنظيمها وازدياد أهميتها وتعقدها تبعا لتطور المدنية الحديثة وانتشار المذاهب والآراء الاشتراكية .

وتتميز هذه الفروع في أن العلاقات التي تنظمها تؤثر بصورة مباشرة على المصالح الاقتصادية والاجتماعية للدولة ، ولذلك تتدخل الدولة في تنظيمها ومراقبتها ، كما تعتبر القواعد المتعلقة بها قواعد آمرة من النظام العام .

فالمحاكم الصلحية ، وتتألف كل منها من قاض منفرد ، يعود اليها أمر الفصل في بعض المنازعات المدنية والتجارية البسيطة التي يعينها القانون (وفي المخالفات وبعض الجنح) •

أما المحاكم البدائية ، وتتألف كل منها أيضا من قاض منفرد ، فهي تتولى امر الفصل في سائر المنازعات المدنية والتجارية (وفي الجنح) إلا ما عهد أمره الى غيرها بنص خاص •

وأما محاكم الاستئناف فتتألف كل منهـا من رئيس وأعضـاء يسمون مستشارين ويوزعون على عدد من الغرف المدنية والجزائيـة وتستأنف إليها أحكام المحاكم البدائية وبعض الاحكام الصلحية (كما تشكل من بعض مستشاري محاكم الاستئناف محاكم جنايات تختص بالنظر في القضايا الجنائية) •

وأما محكمة النقض ، وتوزع أيضا الى غرف متعددة ، فهي المرجع الاعلى الذي يعود اليه أمر مراقبة أحكام هذه الاحكام والنظر في مدى صحتها ومطابقتها للقانون والاصول • وتسمى المحاكم التي هي أدنى من محكمة النقض بمحاكم الاساس أو الموضوع ، لانهـا تنظر في أساس الدعوى وتمحص وقائعها ، أما محكمة النقض فلا يعود اليها ، من حيث المبدأ ، تمحيص الوقائع ، وإنما هي تسهر فقط ، كما ذكرنا ، على حسن تطبيق القانون من قبل المحاكم الاخرى •

القانون الدولي الخاص :

يتضمن القانون الدولي الخاص (Droit international privé) القواعد التي تبين ، بالنسبة لكل نوع من القضايا التي يكون فيهـا عنصر أجنبي ، ما إذا كانت محاكم الدولة مختصة للنظر فيه أم لا ، كما تحدد القانون الذي يجب تطبيقه عليه (وقد جرت العادة أيضا على أن تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص القواعد المتعلقة بالجنسية وبمركز الاجانب في الدولة) •

المساواة بين أطرافها ، أما العلاقات التي ينظمها القانون الخاص فتقوم على مبدأ المساواة بين هذه الاطراف .

هذا المعيار يقترب كثيرا من معيار صفة أطراف العلاقة القانونية من حيث أن كليهما يريان التفريق بين القانون العام والقانون الخاص بحسب وضع أطراف العلاقات التي ينظمها كل منهما . إلا أن من الافضل ، في هذا المجال ، النظر الى أطراف العلاقة القانونية من حيث وجود السيادة والسلطان لا من حيث وجود علاقة التبعية بينها ، لان بعض العلاقات التي ينظمها القانون العام ، كالعلاقات الدولية ، إنما تقوم بين دول ذات سيادة وسلطان ولا أثر لفكرة التبعية فيها .

صعوبة التفريق بين القانون العام والقانون الخاص ونقد هذا التقسيم :

انظر بالنسبة لهذا البحث : الوجيز في الحقوق الادارية للدكتور مصطفى البارودي — الطبعة الثالثة ١٩٥٦ — ص ٢٠ ، وانظر أيضا :

La conférence de M. Selle, dans l'introduction à l'étude du droit p. 23.

أما بالنسبة للقانون المختلط الذي يرى بعض الفقهاء اعتباره زمرة ثالثة مستقلة تضاف الى زمرتي القانون العام والقانون الخاص ، فقد تحدث عنه الاستاذ روبيه بشيء من التفصيل في كتابه المشار اليه آنفا .

أنظر : Roubier 304

التداخل المتبادل بين القانون العام والقانون الخاص :

انظر بالنسبة لهذا البحث :

Mazeaud : Défense du droit privé, D - 1946, Ch., p. 17
Savatier : Droit privé et droit public, D - 1946, Ch., p. 25.
Rivero : Droit public et droit privé : conquête ou statu quo, D - 1947, Ch., p. 59.

للقراءة

معيار التفريق بين القانون العام والقانون الخاص :

انظر بالنسبة لهذا البحث المقالين التاليين للاستاذ ريفيرو :

Rivero : Droit public et droit privé : conquête ou statut quo? D. 1947, ch., p. 69.

Rivero : Existe-t-il un critère du droit administratif? Revue du droit public, 1953, p. 279.

وفي هذين المقالين ، وعلى الاخص المقال الثاني منهما ، يبين الاستاذ ريفيرو أن من العسير الاكتفاء بمعيار واحد للتفريق بين القانون العام والقانون الخاص ، بل يجب اللجوء في سبيل ذلك الى عدد من المعايير .

بعض المعايير الاخرى : بالاضافة الى المعايير التي ذكرناها للتفريق بين القانون العام والقانون الخاص يعدد الاستاذ روبيه (Roubier) في كتابه معيارين آخرين نوجزهما فيما يلي :

١ ـــ درجة القوة الالزامية (dégré de coercivité) ويرى أصحاب هذا المعيار أن قواعد القانون العام هي أكثر الزاما للافراد من قواعد القانون الخاص ، من حيث أنها قواعد آمرة لا تدع مجالا للارادة الفردية في مخالفتها ، وذلك على عكس قواعد القانون الخاص التي تأخذ بعين الاعتبار على الغالب هذه الارادة الفردية .

ويكفي للدلالة على عدم صحة هذا المعيار أن نلاحظ أن القانون الخاص نفسه يتضمن عددا كبيرا من القواعد الآمرة التي لا تجوز مخالفتها ، وهو عدد آخذ بالتزايد يوما بعد يوم .

٢ — فكرة التبعية (Principe de subordination) : ويرى أصحاب هذا المعيار أن العلاقات التي ينظمها القانون العام تقوم على التبعية وعدم

وأما بالنسبة للقانون المدني المصري الحالي ، من حيث المراحل التي مر بها ومصادره وخصائصه ، فيرجع الى الجزء الأول من كتاب الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهوري ص ١ — ٩٩ (والدكتور السنهوري هو من أكبر علماء القانون في الوطن العربي ، واليه يعود الفضل الاول في اعداد القانون المدني المصري وانجازه) ، كما يرجع أيضا الى الجزء الاول من مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الصادرة عن وزارة العدل المصرية .

هذه المقالات الثلاث التي نشرت في مجلة داللوز خلال فترة متقاربة تبحث عن التوسع الحالي للقانون العام وعن مدى تأثير هذا التوسع على القانون الخاص ، وهي تعبر عن وجهات نظر مختلفة :

فالاستاذ مازو يرى في مقاله أن هذا التوسع لم يؤثر على القانون الخاص ولم يفقده شيئا من أهميته وسعة انتشاره .

أما الاستاذ سافاتيه فيرى أن هذا التوسع إنما يتم على حساب القانون الخاص ويؤدي الى تقليص نطاقه الذي يكتسحه شيئا فشيئا القانون العام (وللاستاذ سافاتيه ، بالاضافة الى المقال المشار اليه ، كتاب مفصل في دعم هذا الرأي وعنوانه : من القانون المدني الى القانون العـــام) .

Savatier : Du droit civil au droit public, 2ème, éd. 1950.

وأما الاستاذ ريفيرو فيتخذ موقفا وسطا بين الرأيين ويعتبر أن هناك تداخلا وتأثيرا متبادلا بين قواعد كل من زمرتي القانون العام والقانون الخاص . فقواعد القانون العام تتسرب باستمرار الى نطاق القانون الخاص من جهة ، وقواعد القانون الخاص تطبق بصورة متزايدة في نطاق القانون العام من جهة ثانية .

فروع القانون العام والقانون الخاص : لا مجال لتعداد المؤلفات الخاصة بهذه الفروع ، فهي كتب القانون كلها بمختلف موادها .

أما بالنسبة لتطور القانون المدني في سوريـــة ، فيرجع بصورة خاصة الى البحث المفصل الذي خصصه لذلك الدكتور عدنان القوتلي (انظر القوتلي ١٠ — ١٠٦) . كما يرجع أيضا الى كتاب نظرية الالتزام العامة للاستاذ مصطفى الزرقاء ص ١ — ٣٤ ، والى محاضرة الاستاذ أسعد الكوراني « مراحل وضع القانون المدني » في مجموعة محاضرات نقابة المحامين في حلب ١٩٤٩ — ١٩٥٠ ص ١٠٧ .

تمهيـــد

نظرة عامة حول مصادر القانون

المصدر المادي والمصدر الرسمي — تعداد المصادر الرسميةوبيان أهميتها

منهج البحث

المصدر المادي والمصدر الرسمي :

رأينا أن القاعدة القانونية عبارة عن حكم عام ومجرد له قوة الالزام ، سواء أكان هذا الحكم أمرا أو نهيا أو مجرد إباحة وترخيص .

والحكم الذي تتضمنه القاعدة هو الذي يكون موضوعها ومادتها، أما القوة الالزامية التي تتمتع بها فهي التي تضفي عليها الصبغـة الرسمية . ولا تكتمل القاعدة القانونية إلا إذا توافر لها هذان العنصران معا : مادتها أو موضوعها من جهة ، وصبغتها الرسمية من جهة ثانية .

والمصدر الذي تستمد منه القاعدة القانونية مادتها أو موضوعها يطلق عليه اسم المصدر المادي للقاعدة (Source materielle ou réelle) وأما المصدر الذي يوفر لها قوتها الالزامية أو صبغتها الرسمية فيطلق عليه اسم المصدر الرسمي (Source formelle) .

والمصادر المادية للقواعد القانونية عديدة ومتنوعة . فقد تكون القاعدة وليدة ظروف البيئة وأوضاع المجتمع فتكون هـذه الظروف

الباب الثاني

مصادر القانون

LES SOURCES DU DROIT OBJECTIF

منهج البحث : يتألف هذا الباب من تمهيد وفصلين وهما :

الفصل الاول : التشريع .

الفصل الثاني : المصادر غير التشريعية .

بين هذين المصدرين وبين المصادر الرسمية يبدو ، بالنسبة لاغلب النظم القانونية في عصرنا الحاضر ومن بينها نظامنا القانوني ، في أن الاجتهاد القضائي والفقه لا يؤديان الى ايجاد قواعد قانونية عامة قابلة للتطبيق بصورة الزامية ومطردة على جميع الحالات المتماثلة ، كما هو الامر بالنسبة للمصادر الرسمية ، بل إن دورهما يقتصر على تفسير وبيان كيفية تطبيق القواعد القانونية المنبثقة عن المصادر الرسمية دون أن يكون لما ينتج عنهما صفة القواعد القانونية الالزامية .

هذا ، ومن الجدير بنا في هذا المجال أن نبدي الملاحظات التالية :

اولا — إن المصادر الرسمية للقواعد القانونية لا تطبق جميعها دوما في مختلف الاحوال والظروف ، بل إن هناك بعض الامور — كالامور الجزائية مثلا — لا يمكن أن يطبق فيها سوى مصدر واحد هو التشريع . وفي الواقع ، إن من أهم مبادىء القانون الجزائي المبدأ الذي ينص على أنه « لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءعلى قانون » — وكلمة قانون هنا بمعنى التشريع — ، أي أن القاضي لا يستطيع أن يعاقب إلا على الجريمة التي نص عليها التشريع ، وهو لا يستطيع أن يتجاوز في هذه العقوبة الحد المقرر في التشريع نفسه ، وذلك لان الاحكام الجزائية إنما تتعلق بأرواح الناس وحرياتهم وسلامتهم ومن الواجب تنظيمها عن طريق التشريع تنظيما دقيقا فلا يترك أمر الناس فيها عرضة لاهواء القضاة وتقديراتهم الشخصية . وعلى هذا مثلا ، إذا كانلا يوجد نص تشريعي يعاقب الانسان على عدم تطوعه لانقاذ شخص معرض للخطر فإن القاضي لا يستطيع أن يفرض عليه عقوبة ما في هذه الحال استنادا الى ما قد يراه من مبادىء القانون الطبيعي أو قواعد العدالة مثلا ، كما أنه إذا كان التشريع قد حدد لجريمة من الجرائم عقوبة معينة فإن القاضي لا يستطيع أن يفرض عقوبة غيرها يقدرها بنفسه استنادا الى الاعراف مثلا أو الى غيرها .

والاوضاع مصدرها المادي • وقد يكون حكمها مقتبسا من قانون قديم كان سائدا في نفس المجتمع أو من قانون أجنبي يطبق في مجتمع آخر أو من الاجتهادات التي استقر عليها القضاء أو من آراء ونظريات الفقهاء فيكون مصدرها المادي — ويطلق عليه أيضا اسم المصدر التاريخي — هو ذاك القانون الوطني القديم أ و الاجنبي أو هذه الاجتهادات أو النظريـات •

والمصادر المادية كلها ، إذا كانت توفر للقاعدة مادتها ومضمونها وفحواها ، فإنها لا تكفي لجعلها قاعدة قانونية ، بل لا بد للقاعدة في نفس الوقت من مصدر رسمي يضفي عليها القوة الالزامية ويتيح لهـا المجال للعبور الى رحاب القانون • فالمصادر المادية لا تكشف لنا إذن عن وجود القواعد القانونية أو عدم وجودها ، وإنما الذي يرشدنا الى ذلك هو المصادر الرسمية •

وعلى هذا ، فإن المصادر الرسمية للقواعد القانونية هي وحدها التي تعنينا في دراستنا هذه لمصادر القانون •

تعداد المصادر الرسمية وبيان أهميتها :

هناك مصدران رسميان رئيسيان للقانون تأخذ بهما جميع لدول . وهما : التشريع (ويطلق عليه أيضا اسم القانون بمعناه الخاص ، كما ذكرنا سابقا) والعرف •

ويضاف الى هذين المصدرين في بعض البلاد — كبلادنا مثلا — مصدران آخران أو أحدهما وهما : القواعد الدينية من جهة ، ومبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة من جهة ثانية •

ويتصل بالمصادر الرسمية للقانون مصدران آخران يعتبران بمثابة مصدرين تفسيريين ، وهما الاجتهاد القضائي والفقه • ووجه الاختلاف

ثالثا ـ إذا كان الاجتهاد القضائي والفقه يعتبران حاليا بالنسبة لاغلب النظم القانونية من المصادر التفسيرية لا الرسمية ، فإنهما قد كانا فيما مضى يعتبران في كثير من الشرائع من المصادر الرسمية للقواعد القانونية ، كما أن الاجتهاد القضائي لا يزال يعتبر حاليا كذلك في بعض البلاد كانكلترا مثلا • وفي الواقع ، لم يقتصر دور الاجتهاد القضائي والفقه في كثير من الشرائع القديمة ، كالشريعة الرومانية مثلا ، على تفسير القواعد القانونية وتطبيقها فحسب ، بل كان لهما أيضا الاثر البالغ في إيجاد الكثير من هذه القواعد ، كما أن للاجتهاد القضائي مثل هذا الاثر حاليا في القانون الانكليزي حيث تعتبر الاحكام القضائية بمثابة سوابق ملزمة من الواجب اتباعها في القضايا المماثلة •

رابعا ـ إن الاجتهاد القضائي بصورة خاصة ، بالرغم من اعتباره من الوجهة النظرية من المصادر التفسيرية لا الرسمية بالنسبة لاغلب النظم القانونية الحالية ، له من الوجهة العملية تأثير كبير حتى بالنسبة لهذه النظم في تطوير القواعد القانونية بل وتعديلها • وسنرى في الواقع ، حين البحث في الاجتهاد القضائي ، كيف أن القضاء يعمد أحيانا الى شيء من التوسع أو التصرف في تفسير القواعد القانونية ليجعل هذه القواعد أكثر ملاءمة لمقتضيات التطور والبيئة فيؤدي بذلك ، لا الى ايجاد قواعد قانونية جديدة ، ولكن الى اعطاء هذه القواعد معنى آخر قد يختلف عن معناها السابق والى استخلاص بعض النتائج منها التي قد تختلف عما كان يمكن أن توحي به أصلا • وسنرى أيضا كيف أن الحلول التي تفرضها الاحكام القضائية ، بالرغم من أنها من الوجهة النظرية غير ملزمة إلا بالنسبة للقضايا نفسها التي فصلت فيها هذه الاحكام دون أن تكون واجبة التطبيق في القضايا المماثلة ، فإن لها مع ذلك في كثير من الاحيان تأثيرا كبيرا من الوجهة العملية في القضايا المماثلة لتلك التي صدرت فيها إذ يقيد القضاة أنفسهم بها ويحاولون

ثانيا ـ بالنسبة للامور التي يمكن أن تطبق فيها جميع المصادر الرسمية للقواعد القانونية — وهي بصورة خاصة الامور المدنية — ليست للقاضي حرية الاختيار بين هذه المصادر وتطبيق ما يراه مناسبا منها دون غيره ، بل هناك تسلسل وترتيب معين بينها يلزم القاضي باتباعه فلا يطبق مصدرا منها إلا بعد أن يكون قد استنفد بحثه في المصدر الذي يسبقه في الترتيب دون أن يجد فيه قاعدة يمكنه تطبيقها على القضية المعروضة عليه • وهذا ما تقضي به المادة الاولى من القانون المدني التي تنص :

« ١ — تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها •

٢ — فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة » •

فبحسب هذه المادة يعتبر التشريع المصدر الاول للقواعد القانونية، وفي حال عدم وجود نص يمكن تطبيقه في التشريع يعمد القاضي الى الحكم بمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ثم بمقتضى العرف وأخيرا بمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة • وعلى هذا ، فلو عرضت على القاضي مثلا قضية تتعلق بالقرض مع الفائدة فإنه لا يستطيع أن يقرر الحكم فيها بموجب مبادىء الشريعة الاسلامية التي تحرم هـذا النوع من القرض ، لان القاضي ملزم بأن يحكم أولا بموجب النصوص التشريعية المتعلقة بالموضوع الذي يطلب اليه الحكم فيه ولا يستطيع أن يطبق مبادىء الشريعة الاسلامية إلا في حال عدم وجود هذه النصوص ، وبالنسبة للقرض مع الفائدة توجد هنالك نصوص تشريعيـة تجيزه فلا يمكن إذن تطبيق قواعدها غيرها •

منهج البحث :

إن الاهمية الخاصة التي يتمتع بها التشريع بين المصادر المختلفة للقواعد القانونية في عصرنا الحاضر تستوجب منا أن نولي دراسته عناية خاصة وأن نتناولها بشيء من التفصيل • وعلى هذا فسنخصص الفصل الاول من هذا الباب لدراسة التشريع وحده ، وسنخصص الفصل الثاني لدراسة المصادر الاخرى غير التشريعية وهي العرف ، والشريعة الاسلامية ، ومبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، والاجتهاد القضائي والفقه •

ألا يخالفوا في هذه القضايا الجديدة الاحكام التي صدرت في القضايا السابقـة ٠

خامسا ـ إن مصادر القانون ـ الرسمية منها والتفسيرية ـ ليست منفصلة عن بعضها كل الانفصال ، بل هناك نوع من التداخل والتقارب بينها ٠ فالتشريع مثلا يستمد كثيرا من قواعده من الاعراف السائدة ، كما أن الاجتهاد القضائي من شأنه أن يوضح التشريع ويجلو غامضه كما من شأنه أن يظهر الاعراف ويثبتها ٠ فجميع هذه المصادر إذن تسهم مشتركة في إيجاد القواعد القانونية وتطويرها وفي اعطائهـا صورتها الاخيرة التي تجعلها صالحة للتطبيق العملي ٠

سادسا ـ إن هذه المصادر المختلفة لم تظهر جميعها دفعة واحدة في التاريخ ، بل ظهرت على مراحل متتالية تبعا لتطور المدنية وتقدمها ٠ ولعلنا نستطيع أن نقول إن العرف هو أمعن هذه المصادر قدما وأسبقها الى الظهور ثم تلته المصادر الاخرى كقواعد الدين ومبادىء القانون الطبيعي والاجتهاد واخيرا التشريع ٠ وفي الواقع ، نستطيع أن نتصور أنه في عهود المجتمعات البدائية الاولى التي لم تكن قد بلغت بعد مرحلة كافية من الحضارة والتنظيم كانت قواعد العرف هي المطبقة بين الناس يلجأون اليها بدافع فطرتهم وغريزتهم ويقيمونها على أساس التعامل الجاري بينهم ٠ أما التشريع فإنه لم يعرف إلا بعد أن اكتمل تنظيم المجتمعات الانسانية وقامت فيها دول وهيئات حاكمة تولت هي فرض القواعد القانونية على الناس والزامهم باتباعها ٠

وإذا كان التشريع قد تأخر في الظهور فإنه ولا شك يعتبر في عصرنا الحاضر أكثر مصادر القواعد القانونية أهمية وأوسعها انتشارا ، وان تكن المصادر الاخرى ذات قيمة لا تنكر وأثر بالغ في إيجاد القواعـد القانونية وتطويرها ٠

الفرع الاول

تعريف التشريع وسنه

Définition et confection de la loi

نبدأ أولا بتعريف التشريع وبيان أهميته ومزاياه وعوامل انتشاره ، ثم نتحدث بعد ذلك عن كيفية سنه ومراحل تكونه المختلفة .

المبحث الاول

تعريف التشريع

Définition de la loi

تعريف التشريع — أهميته ومزاياه — عوامل انتشاره

تعريف التشريع :

يطلق اسم التشريع على القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية المختصة في نصوص مكتوبة ووفقا لاصول معينة .

ونرى من هذا التعريف أن أهم ما يميز التشريع هو صدوره عن السلطة التشريعية المختصة من جهة واتباعه اصولا معينة في تكونه لا يتم بدونها وجوده واعتباره من جهة ثانية . وسنتولى في المبحث القادم المخصص لسن التشريع تحليل هذين العنصرين بشيء من التفصيل .

أهمية التشريع ومزاياه :

ذكرنا آنفا أن التشريع يعتبر في عصرنا الحاضر من أكثر مصادر القانون أهمية وأوسعها انتشارا ، وهو يحتل بين هذه المصادر المقام الاول حتى يكاد يذهب بعض الفقهاء الى اعتباره المصدر الاوحد

الفصل الأول

التشريع

(او القانون بالمعنى الخاص)

La législation ou la loi

منهج البحث : سنحاول في هذا الفصل الذي نخصصه لدراسة التشريع ، وهو المصدر الاول من مصادر القانون وأكثرها أهمية وانتشارا ، أن نستعرض تعريف التشريع وأهميته وكيفية سنه ومراحل تكونه المختلفة ، ثم نتحدث عن بعض النصوص القانونية الاخرى التي تتصل بالتشريع وتتشابه وإياه وهي الدستور والانظمة مبينين صلة كل منها به ودور القضاء في رقابة دستورية التشريع وقانونية الانظمة ، ثم نتناول بعد ذلك تفسير التشريع ، وتطبيقه من حيث الزمان والمكان ، والغاءه .

وعلى هذا فإن دراستنا في هذا الفصل تضم الفروع التالية :

الفرع الاول : تعريف التشريع وسنه .

الفرع الثاني : التشريع والدستور والانظمة .

الفرع الثالث : تفسير التشريع .

الفرع الرابع : تطبيق التشريع من حيث الزمان أو المكان أو تنازع القوانين .

الفرع الخامس : الغاء التشريع .

تعتبر مستمدة من إرادتهم نفسها ومحققة لرغباتهم وحاجاتهم • ومن هنا كان ما رأيناه من أنه بالنسبة لبعض الامور التي لها مساس مباشر وقوي بحياة الافراد وسلامتهم وحرياتهم ، كالامور الجزائية ، لا يقبل كمصدر من مصادر القواعد القانونية سوى التشريع وحده •

رابعا ـ التشريع يساعد على توحيد النظام القانوني في البلد الواحد ووضع قواعد قانونية عامة تطبق على المواطنين جميعا في مختلف مناطقهم وأنحائهم ، وذلك خلافا للعرف مثلا أو الاجتهاد القضائي اللذين قد يؤديان الى ايجاد قواعد قانونية تختلف في بعض المناطق عنها في البعض الآخر •

هذا وقد وجهت أحيانا بعض الانتقادات الى التشريع كمصدر من مصادر القانون ، ولعل أهمها الانتقاد الذي وجهته اليه المدرسةالتاريخية من أن التشريع من شأنه ، إذ يضع القواعد القانونية في نصوص ثابتة مستقرة ، أن يعرقل التطور الطبيعي لهذه القواعد وأن يعيق تقدمها ، في حين أن العرف ، وهو الذي يخضع لتأثير المجتمع المباشر ، يساعد على تحقيق هذا التطور في أحسن صوره وجعل القواعد القانونية أكثر ملاءمة لحاجات المجتمع وتمشيا معه في سيره • وقد سبق لنا أن أشرنا ، خلال دراستنا للمدرسة التاريخية ، الى أن هذا الرأي ، على صحته ، فيه الكثير من المبالغة ، خاصة وأن السهولة التي يتم بها سن التشريع والغاؤه تجعل من الممكن الى حد كبير أن يتابع المشرع تطور المجتمع وأن يعدل من تشريعاته ويغيرها بحيث يحقق فيها ملاءمة هذا التطور •

عوامل انتشار التشريع :

لعلنا نستطيع أن نعدد من بين هذه العوامل الامور التالية :

اولا ـ توطد سلطة الدولة وتمركزها ، مما أدى الى أن تجمع الدولة في يدها سلطة التشريع وأن تسن القواعد القانونية لجميع أنحاء

للقواعد القانونية ، ليس فقط بالنسبة للامور الجزائية كما هو الحال فعلا ولكن بالنسبة الى جميع الامور والمعاملات .

ويعود السبب في هذه الاهمية الخاصة للتشريع بالنسبة لسائر المصادر الاخرى ، وبصورة خاصة بالنسبة للعرف ، الى ما يتمتع به من مزايا عديدة أهمها ما يلي :

اولا ـ سهولة سنه من قبل السلطة التشريعية المختصة وسهولة الغائه ، فهذه السلطة تستطيع كلما دعت الضرورة أو المصلحة الى ذلك أن تسن ما تشاء من التشريعات الصالحة وأن تلغي ما يظهر لها فساده أو عدم صلاحه . أما العرف فهو ينشأ ويزول بصورة بطيئة ومن الصعب تغييره أو تعديله بسرعة لعدم وجود هيئة مختصة تتولى أمر إقراره والغائه ، إذ أنه ينبعث عن العادات والتعامل الذي يسري بين الناس ، والزمن عنصر أساسي في تكوينه .

ثانيا ـ سهولة معرفته والرجوع اليه وتحديد زمن ابتدائه وزواله، إذ أنه يصدر كما ذكرنا في نصوص مكتوبة ، ومن السهل الرجوع الى الوثائق والمستندات التي تتضمن هذه النصوص لمعرفته وتحديد تاريخه. أما العرف فلا بد فيه من اثبات التعامل الجاري بين الناس والعادات السارية فيهم للتأكد من وجوده ، وهو أمر فيه شيء من الصعوبة ، كما أنه لا يمكننا تحديد تاريخ دقيق لبدء انتشار العرف أو لزواله .

ثالثا ـ التشريع يساعد على حماية حريات الافراد وحفظ حقوقهم ، لانه يبين بصورة واضحة ما لهم وما عليهم ويحدد حقوقهم وواجباتهم ، وهو يعتبر ضابطا صحيحا يسير بموجبه القضاة أنفسهم فلا يترك الناس عرضة لاهوائهم وتقديراتهم المختلفة بل يعتبرون خاضعين لسلطة التشريع العليا التي يتوجب على القضاة احترامها في أحكامهم وهذه السلطة يسهل على الافراد الخضوع لها ويهون وطؤها عليهم لانها

في تكونه لا يتم بدونها اعتباره ووجوده من جهة ثانية • وسنحاول الآن أن نبـين :

أولا — السلطة التشريعية المختصة التي يعود إليها سن التشريع •

ثانيا — مراحل سن التشريع •

السلطة التشريعية المختصة التي يعود اليها سن التشريع :

يختلف النظر الى هذه السلطة باختلاف النظم القائمة في البلاد • ففي النظام الدكتاتوري الاستبدادي مثلا يعتبر الحاكم نفسه صاحب السلطان المطلق ، وإليه يعود أمر التشريع وسن القواعد القانونية التي ليست سوى مشيئته وارادته يمليها على شعبه ويفرض عليه احترامها • أما في النظام الديموقراطي — وهو النظام الذي يطبق حاليا في أغلب البلاد المتمدنة ومن بينها بلادنا — فالشعب ، على العكس ، هو الذي يعتبر مصدر السلطات جميعها ومن بينها السلطة التشريعية •

والاصل أن يتولى أمر سن التشريعات ومناقشتها والتصويت عليها أفراد الشعب أنفسهم مباشرة • ولكن هذه الطريقة ، إذا كانت تطبق أحيانا بصورة استثنائية في بعض البلاد ذات العدد الضئيل من السكان (كما في بعض المقاطعات السويسرية مثلا) ، لا يمكن اللجوء اليها أو تحقيقها بالنسبة لاغلب الدول ، لان جمع أفراد الشعب جميعا بالنسبة الى كل قضية يرغب في اصدار تشريع عنها وافساح المجال لهم لمناقشتها وتبادل الآراء حولها ثم عرضها عليهم للتصويت أمر عسير جدا أو هو أمر مستحيل •

ولهذا يعهد بأمر التشريع في الانظمة الديموقراطية الى مجلس خاص (وأحيانا الى أكثر من مجلس) يتولاه باسم الشعب ونيابة عنه ويطلق عليه اسم مجلس الشعب أو المجلس النيابي أو مجلس الامة •

البلاد ، الامر الذي لم يكن من السهل تحقيقه بصورة حسنة في القرون الوسطى حين كان الامراء والنبلاء الاقطاعيون من جهة والكنيسة من جهة ثانية ينازعون الدولة المركزية نفوذها وينتقصون من سلطانها .

ثانيا ـ قيام سلطة مختصة تتولى أمر التشريع في النظم الديموقراطية التي أخذت بمبدأ الفصل بين السلطات ، مما ساعد على أن تنصرف هذه السلطة الى عملها في سن التشريعات بنشاط متزايد ، وأن يتقبل الشعب هذه القوانين قبولا حسنا إذ يفترض فيها أنها تعبر عن مشيئته وتحقق رغباته .

ثالثا ـ انتشار النزعة الاشتراكية في عصرنا الحاضر التي تدعو ، كما رأينا ، الى تدخل الدولة في شؤون الافراد وتوليها أمر تنظيمها حين تقضي بذلك الضرورة ومصلحة المجتمع . وهذا التدخل من قبل الدولة إنما يتم عادة عن طريق الاكثار من سن التشريعات التي تتولى أمر تنظيم العلاقات الاجتماعية ، وهو مما يساعد بالطبع على تزايد هذه التشريعات وانتشارها .

المبحث الثاني

سن التشريع
Confection de la loi

السلطة التشريعية المختصة التي يعود اليها سن التشريع ،
المرسوم التشريعي — مراحل سن التشريع : الاقتراح ،
الاقرار ، الاصدار ، النشر

رأينا ، حين تعريف التشريع ، أنه يقوم على عنصرين رئيسيين وهما: صدوره عن السلطة التشريعية المختصة من جهة ، واتباعه أصولا معينة

٣ – في أثناء انعقاد دورات مجلس الشعب إذا استدعت ذلك الضرورة القصوى المتعلقة بمصالح البلاد القومية أو بمقتضيات الامن القومي .

ويلاحظ أن تولي رئيس الجمهورية سلطة التشريع في هـذه الحالات الاستثنائية الثلاث أمر طبيعي تقره معظم الدساتير في العالم . ففي الحالتين الاولى والثانية ، أي في الفترة الفاصلة بين ولايتي مجلسين وفي الفترات الواقعة خارج دورات انعقاد مجلس الشعب ، لا يمارس مجلس الشعب مهمة التشريع ولذلك لا بد أن يعهد بهذا الامر الى رئيس الجمهورية حتى لا تتوقف حركة التشريع في البلاد . أما في الحالة الثالثة فيكون مجلس الشعب موجودا ومنعقدا ، ولكن هناك ظروفا استثنائية بالغة الاهمية ، كنشوب حرب مثلا أو حدوث أزمة اقتصادية عنيفة ، وهذه الظروف قد تستدعي اتخاذ تدابير تشريعية عاجلة والى احاطة هذه التدابير بشيء من السرية قبل اصدارها ، فيكون من الاصلح أن يعهد الى رئيس الجمهورية باتخاذ هذه التدابير مباشرة واصدار المراسيم التشريعية الضرورية لمجابهة الازمة بصورة سريعة وحاسمة بدلا من اللجوء الى الاسلوب العادي في سن التشريع (ويشترط عدد من الدساتير أن يكون هناك تفويض من مجلس الشعب لرئيس الجمهورية باصدار المراسيم التشريعية في هذه الحالة الثالثة ، ولذا يطلق رجال القانون على هذه المراسيم اسم تشريعات التفويض بينما يطلقون على المراسيم التشريعية التي يصدرها رئيس الجمهورية في حالتي عدم وجود مجلس الشعب أو عدم انعقاده اسم تشريعات الضرورة) .

وقد نص دستورنا على أن المراسيم التشريعية التي تصدر خارج انعقاد دورات مجلس الشعب يجب أن تعرض على المجلس في أول دورة انعقاد له . كما أن المراسيم التشريعية التي تصدر في أثناء انعقاد دورات

على أن من الممكن ، مع ذلك ، أن يتولى رئيس الجمهورية في بعض الحالات الاستثنائية أمر التشريع أيضا ، فيسن التشريعات مباشرة التي يطلق عليها حينئذ اسم المراسيم التشريعية .

المرسوم التشريعي : المرسوم التشريعي (Decret-loi) هو تشريع يسنه رئيس الجمهورية في بعض الاحوال التي يتولى فيها سلطة التشريع .

ورئيس الجمهورية لا يصدر المرسوم التشريعي بصفته رئيسا للسلطة التنفيذية ، بل باعتباره يمارس أيضا ، في بعض الاحوال الاستثنائية التي نص عليها الدستور ، مهام السلطة التشريعية . ولذلك لا يعتبر المرسوم التشريعي عملا تنفيذيا كالمراسيم التنظيمية أو غير التنظيمية التي يصدرها رئيس الجمهورية عادة ، وإنما هو عمل تشريعي بحت .

ولا يختلف المرسوم التشريعي عن التشريع في شيء ، إلا في صدوره عن رئيس الجمهورية حين يمارس السلطة التشريعية بدلا عن مجلس الشعب . وهو يعتبر في منزلة التشريع الصادر عن مجلس الشعب ومرتبته ، فيمكن أن تنظم به الامور التي لا يجوز تنظيمها أصلا إلا بتشريع ، كالامور الجزائية مثلا ، كما يمكن تعديل التشريع به والغاؤه .

ويتولى رئيس الجمهورية سلطة التشريع ، بحسب دستورنا الحالي ، في الحالات الثلاث التالية :

١ — في المدة الفاصلة بين ولايتي مجلسين . أي خلال الفترة الواقعة بين انتهاء ولاية مجلس الشعب السابق وبدء ولاية مجلس الشعب الجديد .

٢ — خارج دورات انعقاد مجلس الشعب . أي خلال الفترات التي يكون فيها مجلس الشعب موجودا ولكنه غير منعقد .

الاقرار : يعود اقرار التشريع أو التصويت عليه (Le vote) الى مجلس الشعب ، وهو أهم مرحلة من مراحل تكونه على الاطلاق لانه هو الذي يؤدي الى ايجاده فعلا ، ولذا يعتبر التشريع من عمل السلطة التشريعية التي يتولاها هذا المجلس .

إلا أن التصويت على التشريع واقراره من قبل مجلس الشعب ، بالرغم من أنه هو العامل الاساسي والحقيقي في ايجاد التشريع وتكوينه ، لا يكفي وحده لجعله نافذا وملزما من الوجهة القانونية ، بل لا بد بعد ذلك من أن يمر بمرحلتين اضافيتين وهما : اصداره من قبل رئيس الجمهورية ليصبح قابلا للتنفيذ (Exécutoire) من جهة ، ونشره في الجريدة الرسمية ليصبح ملزما (Obligatoire) من جهة ثانية .

الاصـــدار : الاصدار (La promulgation) هو العمل الذي يتم به اثبات وجود التشريع بصورة رسمية — بعد أن يكون قد وجـد فعلا — والامر بتنفيذه . أو هو ، كما يقول بعض الفقهاء ، بمثابة شهادة الميلاد التي تعطى للتشريع من قبل رئيس السلطة التنفيذية ، وهو في بلادنا رئيس الجمهورية ، والتي تؤكد وجود هذا التشريع وصدوره عن السلطة التشريعية المختصة من جهة ، كما تتضمن أمر السلطة التنفيذية باحترامه وتطبيق أحكامه من جهة ثانية .

ولاصدار التشريع من قبل رئيس الجمهورية فائدتان رئيسيتان :

فهو أولا يمكّن رئيس الجمهورية من اصدار أمره الى السلطة التنفيذية ، التي يعتبر رئيسا لها ، بأن تطبق التشريع الذي أقرته السلطة التشريعية وأن تنفذ أحكامه ، وبذلك تكون السلطة التنفيذية قد تلقت أوامرها من رئيسها مباشرة وليس من قبل السلطة التشريعية ، وهذا مما ينسجم الى حد كبير مع مبدأ الفصل بين السلطات وبصورة خاصة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية .

المجلس بسبب حالة الضرورة القصوى المتعلقة بمصالح البلاد القومية أو بمقتضيات الامن القومي يجب أن تعرض على المجلس أيضا في أول جلسة له • ولمجلس الشعب الحق في الغاء المراسيم التشريعية المعروضة عليه في هاتين الحالتين أو تعديلها ، وذلك بأكثرية ثلثي أعضائه المسجلين لحضور الجلسة على الا تقل عن أكثرية أعضائه المطلقة ، دون أن يكون لهذا التعديل أو الالغاء أثر رجعي ، وإذا لم يلغها مجلس الشعب أو يعدلها اعتبرت مقرة حكما •

أما المراسيم التشريعية التي تصدر في الفترة الفاصلة بين ولاية مجلسين فلا تعرض على مجلس الشعب فيما بعد ، ولكن يمكن أن تعدل أو تلغى كما تعدل أو تلغى التشريعات عادة •

مراحل سن التشريع :

لا بد للتشريع لكي يتم وجوده وتكونه من أن يمر بعدة مراحل يصبح بعدها نافذا وملزما من الوجهة الرسمية ، وهذه المراحل يمكن تقسيمها الى أربعة أقسام وهي : ١ — الاقتراح ، ٢ — الاقرار ، ٣ — الاصدار ، ٤ — النشر •

الاقتراح : إن مرحلة اقتراح التشريع (La proposition) هي المرحلة الاولى التي يبدأ فيها هذا التشريع بأخذ طريقه الى الظهور والوجود • وهذه المرحلة تتم منذ اعداد المشروع الاولي للتشريع وتقديمه الى مجلس الشعب لمناقشته والتصويت عليه •

ويعود حق اقتراح التشريعات الى رئيس الجمهورية بصفته ممثلا للسلطة التنفيذية من جهة ، والى كل عضو من أعضاء مجلس الشعب من جهة ثانية • ويسمى الاقتراح الصادر عن رئيس الجمهورية في هذا الشأن مشروع قانون (Projet de loi) أما الاقتراح الصادر عن أحد الاعضاء فيسمى اقتراحا بقانون (Proposition de loi) .

أو غيرها ، وإن كان من الممكن اللجوء الى هذه الوسائل ، بالاضافة الى النشر في الجريدة الرسمية ، لاتاحة فرصة أكبر للناس للعلم بالتشريع .

ولا يغني أيضا عن النشر في الجريدة الرسمية العلم الشخصي بالتشريع . فإذا كان التشريع لم ينشر بعد فانه لا يطبق حتى على الاشخاص الذين يعلمون علما أكيدا بوجوده .

على أن التشريع بعد نشره ومرور الفترة المحددة لنفاذه ، أي بعد أن يصبح بامكان الناس العلم به والاطلاع عليه ، يكون واجب التطبيق عليهم ، ولو لم يعلموا بالفعل بوجوده . فليس المهم إذن العلم بالتشريع فعلا وإنما اتاحة الفرصة للعلم به ، ولولا ذلك لما أمكن تطبيق أي تشريع تطبيقا صحيحا ، ولكان بامكان الكثيرين من الناس مخالفة التشريع ثم التهرب من توقيع الجزاء عليهم بادعائهم جهلهم إياه ، لان معظم الناس يجهلون فعلا وجود أغلب التشريعات ولا يطلعون عليها .

ومن هنا جاءت القاعدة الهامة التي تقضي بأن « الجهل بالقانون لا يعتبر عذرا » . فلا يقبل من أحد أن يطلب عدم تطبيق التشريع عليه — أو عدم تطبيق أي مصدر آخر من مصادر القانون — بحجة جهله به نتيجة عدم معرفته القراءة أو الكتابة مثلا أو مرضه أو سفره أو غير ذلك من الاسباب .

وهو أيضا يمكّن رئيس الجمهورية من أن يراقب التشريعات الصادرة عن مجلس الشعب ويتيح له المجال لان يردها اليه ، إذا رأى أن الضرورة تدعو الى أن يعيد هذا المجلس النظر فيها •

ولا يستطيع رئيس الجمهورية تعطيل التشريعات التي ترسل اليه لاصدارها ، بل يحدد له الدستور عادة مهلة يتوجب عليه خلالها اصدار التشريع أو اعادته الى مجلس الشعب ليعيد فيه النظر من جديد • وحين يصر المجلس على التشريع ويقره مرة ثانية بأغلبية معينة فإن من واجب رئيس الجمهورية اصداره •

النشر : النشر (La publication) هو المرحلة الاخيرة التي يمر بها التشريع فيصبح بعدها نافذا وواجب التطبيق على جميع الاشخاص الذين تتناولهم أحكامه • وهو يختلف عن الاصدار في أنه لا يقصد به اثبات وجود التشريع والامر بتنفيذه ، وإنما اعلام الناس بهذا التشريع أو اتاحة الفرصة لهم للعلم به حتى يمكن فرض قواعده عليهم والزامهم بها ومؤاخذتهم عند عدم تطبيقها • فالتشريع إذن يوجد فعلا باقرار مجلس الشعب له ، ويثبت وجوده بصورة رسمية باصداره من قبل رئيس الجمهورية ، ولكنه لا ينفذ من حيث المبدأ الا بعد اعلانه للناس ويكون ذلك بنشره في الجريدة الرسمية •

ويبدأ نفاذ التشريع ، في بلادنا ، بعد انقضاء يومين كاملين من تاريخ استلام الجريدة الرسمية التي نشر فيها من قبل رئاسة مجلس الوزراء في محافظة دمشق ، ومن قبل رئيس ديوان المراسلات في المحافظات ، وذلك ما لم يحدد موعد آخر لنفاذه •

ولا تغني عن النشر في الجريدة الرسمية أية وسيلة أخرى من وسائل الاعلام ، كالنشر في الصحف العادية أو الاذاعة في الراديو أو التلفزيون

في الترتيب (Hiérarchie) ، فالدستور هو أعلى هذه النصوص جميعا ثم يأتي بعده التشريع وتليهما الانظمة • وهذا يعني أن التشريع يحتل بين الدستور والانظمة موقعا وسطا ، فهو يدنو عن الدستور منزلة ويخضع له وهو يعلو على الانظمة ويخضعها إليه ، ومن واجب التشريع ألا يخالف الدستور في أحكامه كما أن من واجب الانظمة ألا تخالف كلا من الدستور أو التشريع •

مقارنة الدستور بالتشريع :

يطلق اسم الدستور على مجموعة القواعد القانونية الصادرة عن سلطة خاصة تسمى بالسلطة التأسيسية ، والتي تتضمن النظام الاساسي للدولة والمبادىء العامة التي يقوم عليها اسلوب الحكم فيها •

من هذا التعريف نستطيع أن نتبين أن هناك اختلافا بين الدستور والتشريع من ناحيتين : ناحية الشكل ، وناحية الموضوع •

أما من ناحية الشكل ، فيتلخص الاختلاف بين الدستور والتشريع في أن الدستور يوضع من قبل سلطة خاصة هي السلطة التأسيسية (Pouvoir constituant) ، أما التشريع فهو من عمل السلطة التشريعية (Pouvoir législatif) وقد لا تختلف السلطة التأسيسية في كثير من الاحيان عن السلطة التشريعية من حيث تركيبها وطريقة تشكيلها ، ولكنها تختلف مع ذلك من حيث التسمية ونوع المهمة المعهود بها اليها ، والتي هي عبارة عن وضع دستور للبلاد لا سن التشريعات العادية • كما أنه كثيرا ما يعمد الى اجراء استفتاء شعبي عام حول الدستور لاقراره من قبل أفراد الامة مباشرة نظرا لاهميته الخاصة •

وأما من ناحية الموضوع ، فالدستور يتضمن ، كما ذكرنا ، النظام الاساسي للدولة والمبادىء العامة التي يقوم عليها أسلوب الحكم فيها ،

الفرع الثاني

التشريع والدستور والانظمة

La loi, la constitution et les règlements

الى جانب التشريع ، وهو النص المكتوب الصادر عن السلطة التشريعية المختصة متضمنا القواعد القانونية ، يوجد نوعان آخران من النصوص التي تتضمن مثل هذه القواعد وهما : الدستور من جهة والانظمة من جهة ثانية .

وبالرغم من أن دراستنا في هذا الفصل تنحصر بالتشريع وحده ، إلا أننا نرى من المناسب أن نشير هنا بايجاز الى هذين النوعين الآخرين من النصوص القانونية مقارنين بينهما وبين التشريع ومبينين مرتبة كل منهما بالنسبة إليه من جهة ، وشارحين دور القضاء في الحفاظ على التسلسل القائم بينها ومراقبة تقيد النص الادنى منها بالنص الاعلى من جهة ثانية .

وعلى هذا ، فسنبدأ أولا بمقارنة التشريع بالدستور والانظمة ، ثم نبحث بعد ذلك في رقابة دستورية التشريع وقانونية الانظمة .

المبحث الاول

مقارنة التشريع بالدستور والانظمة

Comparaison de la loi avec la constitution et les règlements

موقع التشريع بين الدستور والانظمة — مقارنة الدستور بالتشريع
مقارنة الانظمة بالتشريع

موقع التشريع بين الدستور والانظمة :

هناك بين الدستور والتشريع والانظمة نوع من التسلسل والتدرج

فمن ناحية الشكل ، يختلف المرسوم أو القرار التنظيمي عن التشريع في أنه يصدر عن السلطة التنفيذية Pouvoir exécutif لا السلطة التشريعية .

ومن ناحية الموضوع ، يختلف المرسوم أو القرار التنظيمي عن التشريع في أنه لا يتطرق الى الامور التي يعالجها بصورة رئيسية أصلية ، ولكن بصورة تبعية بغية تفسير التشريع وتفصيل أحكامه ، دون أن يستطيع مخالفة هذه الاحكام أو تعطيلها أو التعديل منها . وبهذا يختلف المرسوم التنظيمي عن المرسوم التشريعي أيضا ، إذ أن المرسوم التشريعي ، بالرغم من صدوره عن رئيس الجمهورية كالمرسوم التنظيمي، يعتبر بمثابة التشريع نفسه ويقوم مقامه ، وهو بذلك لا يخضع للتشريع أو يتقيد به بل يستطيع أن يخالف أحكامه أو يعدلها أو يلغيها كما سبق أن أشرنا من قبل .

ملاحظة : إن المراسيم والقرارات التي تصدر عن السلطة التنفيذية ليست كلها من قبيل الانظمة ، بل من الواجب التفريق بين نوعين من هذه المراسيم والقرارات وهما :

١ — المراسيم والقرارات التنظيمية ، وهي تلك التي أتينا على ذكرها آنفا .

٢ — المراسيم والقرارات العادية أو الفردية ، وهي تختلف عن الاولى في أنها لا تتضمن قواعد قانونية عامة ، بل هي عبارة عن أحكام فردية خاصة بشخص أو أشخاص معينين أو بواقعة أو وقائع محددة ، كما في قرار تعيين موظف مثلا أو اغلاق مقهى . وعن طريق هذه المراسيم والقرارات العادية تتولى السلطة التنفيذية تطبيق أحكام التشريعات والانظمة وتنفيذها بصورة افرادية ، وهو ما يدخل في حدود اختصاصها ومهمتها الاصلية كسلطة تنفيذية .

في حين لا يرمي التشريع الى شيء من ذلك بل تقتصر مهمته على تنظيم علاقات الدولة وأمور الافراد العادية ضمن حدود الدستور ونطاقه • فالدستور هو أشبه ما يكون بالاطار العام الذي يجب أن تدخل في نطاقه التشريعات العادية المنظمة لعلاقات الدولة وأمور الافراد وأن تدور في فلكه ، وهو الذي يرسم الحدود التي يجب ألا تتجاوزها هذه التشريعات أو تخرج عنها •

مقارنة الانظمة بالتشريع :

الانظمة عبارة عن نصوص تصدر عن السلطة التنفيذية متضمنة القواعد التي تفصّل أحكام التشريعات وتوضحها وتبين كيفية تنفيذها وتطبيقها •

والانظمة إما أن تصدر عن رئيس الجمهورية أو الوزراء المختصين أو الادارات العامة والمجالس البلدية • ويطلق على الانظمة الصادرة عن رئيس الجمهورية اسم المراسيم التنظيمية (Décrets règlementaires) كما يطلق على الانظمة الاخرى الصادرة عن بقية السلطات اسم القرارات التنظيمية (Arrêtés règlementaires) .

وتستمد السلطة التنفيذية صلاحيتها في اصدار المراسيم والقرارات التنظيمية إما من التشريع نفسه الذي تصدر لاجله هذه المراسيم والقرارات — حيث تعهد بعض التشريعات أحيانا الى السلطة التنفيذية باصدار الانظمة اللازمة لتفسير أحكامها وبيان كيفية تطبيقها — أو من المبدأ العام الذي يعترف لها بموجبه بحقها في اصدار الانظمة اللازمة لتنفيذ التشريعات ، ولو لم تفوض هذه التشريعات أمر ذلك إليها بنص خاص •

وإذا قارنا الآن بين التشريع من جهة وبين المرسوم أو القرار التنظيمي من جهة ثانية ، فإننا نلاحظ أن هناك اختلافا واضحا بينهما من ناحيتين أيضا : ناحية الشكل ، وناحية الموضوع •

مستوفيا لشرائطه الشكلية ، ولو خالف في أحكامه مبادىء الدستور ، وحجة أصحاب هذا الرأي فيما يذهبون اليه هي أن السماح للقضاء بمراقبة دستورية التشريع من شأنه أن يؤدي حتما الى تدخل السلطة القضائية في أعمال السلطة التشريعية ، وهذا مما يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات .

وأما أصحاب **الاتجاه الثاني** ـ وعلى رأسهم العميدان ديجي (Duguit) وهوريو (Hauriou) فيرون أن للقضاء الحق في مراقبة دستورية التشريع ، وأن عليه أن يمتنع عن تطبيق التشريع حيث يتأكد من مخالفة أحكامه للدستور الذي يتوجب عليه التقيد به واحترام مبادئه . وهم يوردون في سبيل تأييد رأيهم حججا عديدة نجمل أهمها فيما يلي :

أولا ـ إن مراقبة القضاء لدستورية التشريع أمر تحتمه الضرورة والمنطق ، لاننا لو رفضنا له هذا الحق لكان من نتيجة ذلك أن تستطيع السلطة التشريعية مخالفة الدستور على هواها دون أن يمكن منعها من هذه المخالفة ، ولاصبح المبدأ القائل بضرورة تقيد القوانين أو التشريعات بمبادىء وأحكام الدستور غير ذي قيمة ولا معنى من الوجهة العملية .

ثانيا ـ إن مراقبة القضاء لدستورية التشريع أمر يدخل في حدود مهامه واختصاصه ، لان القضاء ملزم باحترام نصوص الدستور والتشريع معا ، وحين وجود تعارض بين أحكام الدستور والتشريع عليه أن يطبق النص الاعلى مرتبة ، أي عليه أن يطبق الدستور وأن يمتنع عن تطبيق التشريع لمخالفته إياه .

ثالثا ـ إن رقابة القضاء لدستورية التشريع ليس فيها ما يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات ، ذلك لان السلطتين التشريعية والقضائية ملزمتان على السواء باحترام الدستور ، فإذا خالفت السلطة التشريعية

وقد اقتصرنا على مقارنة التشريع بالمراسيم والقرارات التنظيمية دون العادية ، لان الاولى هي وحدها التي تتصل ببحثنا عن مصادر القانون .

المبحث الثاني

رقابة القضاء لدستورية التشريع وقانونية الانظمة

Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité de la loi et de la légalité des règlements

رقابة القضاء لدستورية التشريع — رقابة القضاء لقانونية الانظمة

رقابة القضاء لدستورية التشريع :

إن موضوع رقابة القضاء لدستورية التشريع موضوع متعـدد الجوانب ويحتاج شرحه الى شيء من التفصيل الذي يضيق عنه هـذا الكتاب ، ولذلك نكتفي باعطاء فكرة موجزة عنه تتناول الموضوع بصورة عامة دون التطرق الى التفاصيل .

ويمكننا أن نلخص البحث الرئيسي من هذا الموضوع في السؤال التالي : هل يستطيع القاضي أن يمتنع عن تطبيق التشريع إذا وجد أن أحكامه تخالف المبادىء المقررة في الدستور وتتعارض معها ، أم أن من واجبه تطبيق التشريع دوما سواء أكان موافقا للدستور أم مخالفا له؟

لقد ظهر في الواقع ، في البلاد التي لم تنص دساتيرها على حل معين حول هذا الموضوع ، اتجاهان متعاكسان :

أما أصحاب **الاتجاه الاول** فيرون أنه لا حق للقضاء في مناقشة مسألة دستورية التشريع ، بل عليه أن يطبق التشريع كما هو إذا كان

تنظيمية يمكن الطعن فيها أمام القضاء إذا تجاوزت في أحكامها حدود الدستور أو التشريع أو خالفتهما .

وتعهد دول كثيرة بأمر هذه الرقابة القضائية لقانونية المراسيم والقرارات الادارية من أنظمة أو غيرها الى قضاء خاص مستقل عن القضاء العادي هو القضاء الاداري . وهذا هو الاسلوب المتبع في بلادنا ، حيث يتولى مجلس الدولة الذي يتمثل فيه القضاء الاداري أمر الفصل في الطلبات التي يقدمها الافراد والهيئات بالغاء القرارات الادارية ، وذلك ضمن شروط واجراءات معينة تبحثها كتب القانون الاداري بحثا مفصلا.

الدستور وامتنعت السلطة القضائية عن مشاركتها في هذه المخالفة فليس معنى ذلك أنها تدخلت في أعمالها ، وإنما يكون التدخل على العكس من قبل السلطة التشريعية في أعمال السلطة القضائية فيما إذا رفضنا السماح لهذه الاخيرة بالامتناع عن تطبيق التشريع المخالف للدستور ، لان معنى هذا أن السلطة التشريعية لم تخالف الدستور فحسب وإنما استطاعت أن تجر معها السلطة القضائية الى هذه المخالفة وأن تفرضها عليها .

وبالرغم من أن هذا الرأي الثاني — الذي يطالب بأن يكون للقضاء الحق في مراقبة دستورية التشريع — يبدو أقوى حجة وأكثر صوابا من الرأي الاول ، فإن القضاء في كثير من البلاد التي لم تمنحه دساتيرها صراحة مثل هذا الحق قد أخذ بالرأي الاول ورفض أن يعترف لنفسه بصلاحية مراقبة دستورية التشريعات ، وذلك حرصا منه على ألا يقحم نفسه في أمور وتقديرات قد تكون ذات صبغة سياسية أكثر منها قانونية ، إذ أن وضع التشريعات لا يعتبر فقط عملا قانونيا بل هو أيضا عمل سياسي يخضع لتأثيرات وعوامل مختلفة .

أما في بلادنا فيلاحظ أن القضاء العادي يرفض بصورة عامة أن يعترف لنفسه بحق مراقبة دستورية التشريع ، وأما القضاء الاداري فيستشعر من بعض قراراته أنه يعترف لنفسه بهذا الحق .

رقابة القضاء لقانونية الانظمة :

إن رقابة القضاء لقانونية الانظمة تعني في نفس الوقت رقابته لدستوريتها ، وهذه الرقابة قد أخذت بها معظم الدول المتمدنة في عصرنا الحاضر ، وهي لا تقتصر فقط على المراسيم والقرارات التنظيمية بل تتناول أيضا المراسيم والقرارات العادية أو الفردية . فجميع ما يصدر عن السلطة التنفيذية من مراسيم وقرارات سواء أكانت تنظيمية أم غير

فالتفسير إذن هو بيان المعنى الحقيقي الذي تدل عليه القاعدة التشريعية وإيضاحه ، واستنتاج الحكم الذي تنص عليه ليمكن تطبيقه تطبيقا صحيحا .

ولا مجال للتفسير إلا حيث يكون هناك نص يراد التعرف الى مضمونه وجلاء عبارته وتوضيحها ، ولذلك لا يلجأ إليه إلا بالنسبة للتشريع لانه وحده الذي يرد في نصوص مكتوبة وعبارات معينة (وكذلك يلجأ الى التفسير بالنسبة لنصوص الشريعة الاسلامية التي يتضمنها الكتاب الكريم أو السنة الشريفة) . أما العرف ومبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة فلا مجال لتفسير قواعدهما ، لعدم ورودها في نصوص مكتوبة ، وإنما تدعو الحاجة الى استقصائها فقط والتأكد من وجودها .

انواع التفسير :

تفسير التشريع قد يصدر عن المشرع نفسه الذي سنّه ، أو عن القضاة الذين يتولون أمر تطبيقه ، أو الفقهاء الذين يعكفون على دراسته . وبذلك يكون لدينا ثلاثة أنواع من التفسير : التفسير التشريعي والتفسير القضائي ، والتفسير الفقهي . ولعلنا نستطيع أن نضيف الى هذه الانواع الثلاثة نوعا رابعا هو التفسير الاداري ، وهو الذي تصدره السلطة التنفيذية وتلزم موظفيها باتباعه والتقيد به خلال تطبيقهم للتشريع .

التفسير التشريعي : ويكون عادة بأن يصدر المشرع الذي سنّ التشريع الاصلي تشريعا آخر لتفسيره يسمى بالقانون التفسيري حين يرى أن الضرورة تدعو لذلك . ولا شك في أن المشرع هو صاحب الحق الاول في تفسير التشريع الذي يصدر عنه ، ويعتبر القانون التفسيري الصادر عن المشرع بمنزلة التشريع نفسه الذي يراد تفسيره وجزءا منه ، ولذلك فالتفسير التشريعي هو أكثر أنواع التفسير أهمية وقوة من

الفرع الثالث

تفسير التشريع

Interprétation de la loi

ضرورة التفسير — أنواع التفسير : التشريعي ، القضائي ، الفقهي ، الاداري — حالات التفسير وأسبابه : الخطأ المادي، الغموض أو الابهام ، النقص أو السكوت ، التناقض أو التعارض — مدارس التفسير المختلفة : المدرسة التقليدية أو مدرسة الشرح على المتون ، المدرسة التاريخية ، المدرسة العلمية — طرق التفسير ووسائله : الطرق الداخلية ، الطرق الخارجية

ضرورة التفسير :

يتألف التشريع كما ذكرنا ، من قواعد عامة مجردة توضع من قبل المشرع لتطبق على الحالات الخاصة التي تتناولها أحكامها . فحين تعرض على القاضي مثلا قضية من القضايا يكون من واجب هذا القاضي أن يبدأ أولا فيبحث في نصوص التشريع عن القاعدة التي يمكن تطبيقها على القضية المعروضة عليه ، ثم يصدر حكمه في هذه القضية بمقتضى القاعدة المتعلقة بها بعد أن يتثبت من صحة انطباق هذه القاعدة عليها .

غير أن عمل القاضي لا يكون عادة على مثل هذا القدر من السهولة ، ولا يتم بهذا الشكل الآلي البسيط . فالقواعد التي يتضمنها التشريع ليست واضحة دوما كل الوضوح وليست خالية من كل عيب أو نقص ، بل كثيرا ما يجد القاضي نفسه مضطرا الى أن يتبين مضمون القاعدة التشريعية ويفسرها ويوضح معناها ويستخلص الحكم المطلوب منها قبل أن يعمد الى تطبيق هذا الحكم على الحالة الخاصة المعروضة عليه .

أما التفسير الذي تصدره محكمة من المحاكم فهو لا يلزم إلا في القضية التي فصل فيها ، ومن الجائز مخالفته وتبني تفسير معاكس له في القضايا المماثلة ، سواء من قبل المحاكم الاخرى أو من قبل المحكمة نفسها التي أصدرت التفسير الاول .

التفسير الفقهي : وهو الذي يصدر عن الفقهاء وذوي الاختصاص في القانون . وهذا التفسير يختلف عن التفسير القضائي في أن الطابع النظري هو الذي يغلب عليه أكثر من الطابع العملي ، لان الفقهاء يميلون عادة الى دراسة المواد القانونية دراسة مجردة بعيدة نوعا ما عن الحياة الواقعية . على أن هناك حاليا اتجاها قويا بين الفقهاء الى جعل دراساتهم ذات طابع عملي والى التعاون مع القضاة في هذا السبيل .

ومن أبرز صفات التفسير الفقهي أنه لا يتمتع بأية قوة الزامية ، وإنما هو عبارة عن مجرد رأي يصدره فقيه أو رجل قانون ، وقد يؤخذ به أو يهمل . إلا أنه يلاحظ أن لبعض الفقهاء ، ممن بلغوا في العلم شأنا كبيرا ، الاثر البالغ ، من الوجهة العملية ، في توجيه أحكام المحاكم التي تستمد غالبا تفسيرها للتشريع من آرائهم ونظرياتهم .

التفسير الاداري : وهو يتمثل عادة في البلاغات والتعليمات التي تصدرها الادارات العامة المختصة الى موظفيها لتفسر لهم فيها أحكام التشريعات التي يكلفون بتطبيقها وتبين كيفية هذا التطبيق ، وهذا التفسير لا يلزم إلا هؤلاء الموظفين وحدهم بسبب اضطرارهم الى التقيد بتعليمات رؤسائهم ، ولكنه لا يلزم القضاء مطلقا ولا يعتبر حجة يقضى بموجبها .

حالات التفسير وأسبابه : إن أهم العيوب التي تطرأ على النصوص التشريعية فتجعلها بحاجة الى التفسير هي : ١ — الخطأ

الوجهة القانونية وإن يكن قليل الوقوع من الوجهة العملية في عصرنا الحـاضر .

والقانون التفسيري الذي يصدره المشرع لا يطبق فقط منذ صدوره وإنما منذ صدور التشريع الاصلي الذي جاء ليفسره ، لان القـانون التفسيري لا يعتبر تشريعا جديدا وإنما هو إيضاح للتشريع السابق وبيان لمضمونه ومعناه .

التفسير القضائي : وهو من أكثر أنواع التفسير شيوعا وأشدها أهمية من الوجهة العملية ، وإن يكن من الوجهة القانونية أدنى في المرتبة من التفسير التشريعي . وهذا التفسير هو الذي يصدر عن القـاة في معرض تطبيقهم للقواعد التشريعية ، ويكون من شأنه أن يوضح معنى التشريع ويسهل فهمه ويبين أحكامه ، كما من شأنه أيضا أن يتلافى نواقصه ويساعد على توسعه وتطوره .

ومن مزايا التفسير القضائي أنه ذو طابع عملي ، لان القاضي إنما يعمد إليه بمناسبة قضية أو قضايا معينة يطلب إليه الحكم فيها ، فيحاول جهده أن يفسر التشريع في ضوء ظروف هذه القضية أو القضايـا وملابساتها ، ويكون تفسيره أشد صلة بالحياة العملية وأكثر ملاءمـة لضرورات الواقع من أي تفسير غيره . ولهذا ، فقد يكون من المصلحة الى حد ما أن تصدر التشريعات بعبارات عامة مجملة ، وأن يترك الى القضاة أمر تفسيرها وفقا للظروف الخاصة التي تحيط بالقضايا العملية المعروضة عليهم .

إلا أن التفسير القضائي يختلف عن التفسير التشريعي في أنه ليست له أية صفة إلزامية إلا بالنسبة للقضية التي صدر من أجلها . ومعنى ذلك أن التفسير الذي يصدره المشرع حول قاعدة من القواعد القانونية يجب أن يراعى بالنسبة لجميع القضايا التي تطبق فيها هذه القاعدة ،

ذي مصلحة ، وبصورة خاصة كل من العاقدين ، كما يمكن أن تقضي المحكمة ببطلانه من تلقاء نفسها ، أما العقد الباطل بطلانا نسبيا — وهو الذي يسمى في الاصطلاح القانوني العربي حاليا بالعقد القابل للابطال — فلا يستطيع أن يطالب ببطلانه إلا المتعاقد الذي تقرر الابطال لمصلحته .

وعلى هذا تساءل الفقهاء في فرنسا فيما إذا كانت المادة (١٥٩٩) المذكورة تقضي ببطلان بيع ملك الغير بطلانا مطلقا بحيث يستطيع أن يدعيه كل من المتعاقدين أو يحكم به القاضي من تلقاء نفسه ، أم أن هذا البطلان عبارة عن بطلان نسبي لا يمكن أن يطالب به إلا المشتري وحده . هذا التساؤل يبدي لنا كيف أن المادة المذكورة عبارة عن نص غامض يحتمل أكثر من معنى واحد — إذ يمكن أن يستدل منه على البطلان المطلق أو البطلان النسبي — وقد فسر الاجتهاد الفرنسي هذ النص بأن المقصود منه هو البطلان النسبي لمصلحة المشتري وحده .

النقص أو السكوت : يعتبر أن هنالك نقصا في النص فيما إذا جاءت عبارته خالية من بعض الالفاظ التي لا يستقيم الحكم إلا بها ، أو إذا أغفل التعرض لبعض الحالات التي كان يفترض أن ينص عليها .

فمثلا نستطيع أن نعتبر أن هنالك نقصا في عبارة المادة (١٥١) من القانون المدني المصري القديم — المستمدة من المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي — والتي تنص على أن « كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر ... » . فهذه المادة قد يفهم منها أن كل فعل للانسان أيا كان نوعه يستوجب الزام هذا الانسان بالتعويض عما ينشأ عنه من ضرر للآخرين . ولكن الواقع أن المرء لا يلزم بالتعويض إلا عن الاضرار التي تنجم عن أفعاله غير المشروعة أو الخاطئة ، أما أفعاله المشروعة التي لا يتعدى فيها على غيره فإنه لا يسأل التعويض عنها ولو سببت لهذا الغير بعض الاضرار . ولهذا

المادي ، ٢ — الغموض أو الابهام ، ٣ — النقص أو السكوت ، ٤ — التناقض أو التعارض .

الخطأ المادي : يعتبر أن هناك حالة خطأ مادي في النص فيما إذا كانت العبارة التي ورد بها هذا النص تتضمن خطأ فادحا في بعض ألفاظها بحيث لا يستقيم معنى النص إلا بتصحيحها . وهذا النوع من العيوب هو من أبسطها وأقلها شأنا ، لانه في الواقع لا يستوجب تفسير النص المعيب وإنما تصحيحه فقط . والتصحيح في هذه الحالة لا يثير أي خلاف حوله لبداهته ووضوحه .

الغموض أو الابهام :

يعتبر النص مشوبا بالغموض أو الابهام فيما إذا كانت عبارته غير واضحة كل الوضوح بحيث تحتمل التفسير والتأويل ، وبحيث يمكن أن يستنتج منها أكثر من معنى واحد . ومهمة القاضي في مثل هذه الحالة هي أن يختار من بين المعاني المختلفة التي يحتملها النص المعنى الاكثر صحة ، وأن يصطفي من بين المفاهيم المتعددة التي يمكن أن تنتج عنه أقربها الى الحق والصواب .

والحالات التي يعتبر فيها النص غامضا أو مبهما عديدة نذكر منها على سبيل المثال المادة (١٥٩٩) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن « بيع ملك الغير باطل ... » . فهذه المادة تقضي ببطلان البيع الذي يجريه البائع على شيء لا يملكه ، إلا أن هناك في الاصطلاح القانوني الفرنسي نوعين من البطلان بينهما اختلاف كبير في الاهمية والاحكام المترتبة عليهما وهما : البطلان المطلق (Nullité absolue) والبطلان النسبي (Nullité relative) ، ومن أبرز نقاط الاختلاف بين هذين النوعين أن العقد الباطل بطلانا مطلقا يمكن أن يدعي ببطلانه كل

(١١٥) من القانون المدني من جهة التي تنص على أنه « يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد شهر قرار الحجر .. » ، وبين المادة (٢٠٠) من قانون الاحوال الشخصية من جهة ثانية التي تنص على أن « المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما ويقام على كل منهما قيم بوثيقة » . فالمادة الاولى تشترط لاعتبار تصرفات المجنون والمعتوه باطلة أن يكون قد صدر قرار بالحجر عليهما ، بينما تعتبر المادة الثانية المجنون والمعتوه محجورين لذاتهما ، وبالتالي فإن تصرفاتهما تعتبر باطلة لمجرد الجنون أو العته حتى ولو لم يصدر قرار قضائي بالحجر عليهما . فالعقود التي يعقدها المجنون أو المعتوه قبل الحجر عليهما هي إذن صحيحة بحسب المادة (١١٥) من القانون المدني وباطلة بحسب المادة (٢٠٠) من قانون الاحوال الشخصية ، وهذا يدلنا على التناقض الواضح بين المادتين ، فتعتبر المادة الثانية منهما ناسخة للاولى لصدورها بعدها .

مدارس التفسير المختلفة :

إن أهم المدارس التي تبحث في كيفية تفسير التشريع وطرقه ، وتبين المبادىء التي يجب أن يرتكز عليها هي : ١ — المدرسة التقليدية أو مدرسة الشرح على المتون ، ٢ — المدرسة التاريخية ، ٣ — المدرسة العلمية .

المدرسة التقليدية او مدرسة الشرح على المتون (L'Ecole de l'exegese) :

نستطيع أن نجمل مبادىء المدرسة التقليدية في أنها تقوم على التقيد بنصوص التشريع تقيدا تاما وعدم الخروج عنها مطلقا . وقد ظهرت هذه المدرسة في فرنسا في مطلع القرن التاسع عشر وانتشرت فيها انتشارا كبيرا ، كما أنه لا تزال لمبادئها حتى الآن قيمة كبرى بالرغم من ظهور النظريات الحديثة في تفسير التشريع .

والسبب الرئيسي في ظهور هذه المدرسة وانتشارها هو صدور

نجد أن عبارة المادة المشار اليها ناقصة إذ كان يجب أن تنص على أن « كل فعل (غير مشروع) نشأ عنه ضرر للغير .. » أي باضافة صفة عدم المشروعية الى الفعل الذي يستوجب التعويض .

ومن أمثلة النقص الذي هو عبارة عن اغفال لذكر بعض الحالات التي كان يفترض أن يبين القانون حكمها ما جاء به قانون الايجار الصادر عام ١٩٤٤ الذي نص على جواز اخلاء المأجور إذا طلب مالك العقار سكناه بنفسه وكان ليس له سواه وكان مالكا له بالاستقلال . فهذا النص لم يتعرض لحالة الزوجين المالكين للعقار بصورة مشتركة ، ولم يبين فيما إذا كان يجب اعتبارهما بحكم الشخص الواحد بحيث يطبق عليهما الحكم المشار إليه ، أو إذا كانا بمثابة الشخصين المنفصلين بحيث لا يستطيعان طلب اخلاء العقار لان كلا منهما ليس مالكا له على وجه الاستقلال ، وإنما هو شريك للآخر فيه . إن التفسير الاول هو الذي أخذ به الاجتهاد لدينا وتبنته قوانين الايجار الصادرة بعد عام ١٩٤٤ .

التناقض أو التعارض: يكون هنالك تناقض أو تعارض بين نصين فيما إذا كان الحكم الذي يدل عليه أحدهما يخالف تماما الحكم الذي يمكن أن يستنتج من الآخر . ومهمة القاضي في مثل هذه الحالة هي أن يحاول التوفيق بقدر الامكان بين النصين فيسعى الى أن يطبق كلا منهما في زمرة معينة من الحالات ، كأن يكون أحدهما خاصا والآخر عاما فيطبق النص الخاص بالنسبة للحالات التي وضع من أجلها ويطبق النص العام بالنسبة لبقية الحالات التي لم يستثنها من أحكامه النص الخاص . أما إذا لم يستطع القاضي أن يطبق النصين معا فإنه يعتبر أحدهما حينئذ ناسخا للآخر ، كما سنرى في بحث الغاء التشريع .

ومن أمثلة هذا النوع من العيوب لدينا التناقض الموجود بين المادة

يجب على القاضي أو المفسر أن يتقيد بها خلال تفسيره لنصوص هذا التشريع دون أن يكون له مطلقا أن يخرج عنها أو أن يتبنى تفسيرا خاصا مغايرا لها يرتئيه بنفسه .

ونلاحظ هنا أن المدرسة التقليدية ، بتمسكها بنية المشرع أو ارادته تمسكا مطلقا حين تفسيرها للتشريع ، يمكن أن تعتبر قريبة الشبه من المذاهب الشكلية التي ترى أن ارادة المشرع هي الاساس الذي يرتكز عليه القانون والمبرر الوحيد له ، حتى أن بعض الفقهاء يبحثون عادة هذه المدرسة خلال بحثهم في المذاهب الشكلية في أسس القانون .

ولا شك أن المدرسة التقليدية في تفسير التشريع تؤدي الى وضع ضوابط واضحة محددة لهذا التفسير ، فتبعد بذلك احتمال كل تفسير اعتباطي أو كيفي من قبل القضاة وتؤمن وجود نوع من الاستقرار في المعاملات القانونية ، إذ يطبق على هذه المعاملات دوما التفسير الذي يستنتج من ارادة المشرع نفسها لا التفسير الذي يقدره القضاة بأنفسهم والذي قد لا يستقر أبدا . ولكن العيب الرئيسي في هذه النظرية هو أنها تؤدي حتما الى الجمود لان تفسير النصوص دوما وفقا لنية المشرع الذي صدرت عنه مهما مر عليها من الزمن لا يتيح المجال لتكييف هذه النصوص وجعلها ملائمة لضرورات الحياة المتجددة وما يقتضيه تطور المجتمع المستمر .

المدرسة التاريخية (L'Ecole historique) إن الفكرة الرئيسية التي تقوم عليها المدرسة التاريخية فيما يتعلق بتفسير التشريع هي ضرورة تفسير هذا التشريع تفسيرا جريئا واسعا ، فلا تتبع بالنسبة إليه دوما ارادة المشرع نفسه الذي صدر عنه ، بل تراعى فيه ضرورات المجتمع والتطور الحالي ، لان النصوص يجب ألا تجمد عند ارادة واضعها الاصلي وإنما عليها أن تتبع الزمن في تطوره وسيره . ولعل من أهم

عدد من التشريعات في فرنسا في مطلع القرن التاسع عشر ، وبصورة خاصة صدور القانون المدني الفرنسي في عهد نابوليون ، وهو أضخم قانون عرف في ذلك العصر • ومن شأن التشريعات الحديثة أن تحتل في نفوس رجال القانون منزلة خاصة حتى ليكادون يحسبون أحيانا أنها بلغت مرحلة الكمال وأن فيها كل ما قد يحتاجون اليه من القواعد القانونية فيؤدي بهم هذا الاعتقاد الى التقيد بها تقيدا تاما واتباع نصوصها اتباعا دقيقا ، وهكذا كان شأن الفقهاء الفرنسيين من أنصار المدرسة التقليدية حتى أن أحدهم وهو بونية Bugnet كان يقول : « إنني لا أعرف القانون المدني وإنما أدرس قانون نابوليون » ، كما أن فقيها آخر من كبار فقهاء هذه المدرسة وهو ديمولومب (Demolombe) كان يصرح بقوله : « إن شعاري وملتي التي أؤمن بها هي النصوص قبل كل شيء » •

أما المبادىء التي نادت بها هذه المدرسة في تفسير التشريع فيمكن ايجازها فيما يلي :

— على القاضي أن يستمد أحكامه كلها من نصوص التشريع ، لان التشريع يتضمن كل ما تدعو الحاجة إليه من القواعد القانونية •

— ليس على القاضي أن يتوقف في تفسيره للتشريع عند ألفاظه ، بل عليه أن يبحث عن نية المشرع التي تبدو من خلال عباراته •

— هذه النية على القاضي أن يبحث عنها لدى المشرع الذي أصدر التشريع وفي الزمن الذي أصدره فيه • وإذا لم يكن من الممكن معرفة نية المشرع الذي وضع التشريع بالنسبة لامر من الامور فعلى القاضي أن يفترض هذه النية افتراضا ، أي عليه أن يبحث عما يمكن أن يكون قد أراده المشرع في وقت صدور التشريع بالنسبة لهذا الامر • فنية المشرع الذي وضع التشريع سواء أكانت حقيقية أم مفترضة هي التي

وفي الواقع ، إذا سمحنا للقضاة أن يبحثوا خلال تفسيرهم للنصوص عما يحتمل أن تكون عليه حاليا نية المشرع ، فمعنى ذلك أننا نكون قد سمحنا لهم الى حد ما أن يتبعوا في التفسير آراءهم ووجهات نظرهم الشخصية ، لان النية المحتملة للمشرع ليس لها معيار أو ضابط صحيح يحددها ومن الممكن لكل قاض أن يفسرها بحسب ما يقدره بنفسه من ضرورات البيئة والمجتمع ، وبذلك لا يدري الناس ما هو التفسير الصحيح الذي سيطبق عليهم ويصبحون عرضة لشيء من عدم الاستقرار في معاملاتهم وأمورهم القانونية .

المدرسة العلمية (L'Ecole scientifique) يعتبر مؤسس هذه المدرسة الفقيه الفرنسي جني (Geny)وقد حاول فيها أن يوفق الى حد ما بين نظريات المدرستين السابقتين وأن ينشيء مذهبا جديدا في التفسير قائما على أساس علمي .

ومن أهم مبادىء المدرسة العلمية التي نادى بها جني ما يلي :

على القاضي أن يتمسك أولا بالنصوص وأن يفسرها وفقا لارادة المشرع الذي صدرت عنه . وهذا المبدأ يتفق الى حد بعيد مع وجهة نظر المدرسة التقليدية .

ولكن البحث عن ارادة المشرع الذي وضع التشريع لا يمكن أن يستمر بصورة مطلقة بل هناك ظروف وحاجات متجددة لا بد من الاعتراف معها بأن نية المشرع غير معلومة بالنسبة اليها ، وعندئذ ليس على القاضي أن يجهد نفسه في البحث عن هذه النية وأن يفترضها افتراضا قد يكون مصطنعا في أغلب الاحيان ، بل هو يستطيع أن يطبق على هذه الحالات الجديدة الحكم الذي يرى أنه أدعى الى المصلحة والصواب وأكثر ملاءمة لهما دون الاستناد الى أي نص تشريعي ، وبمعنى آخر هو يستطيع أن يطبق على هذه الحالات الجديدة الحكم

ما يوضح فكرة هذه المدرسة الجملة التي يأخذ بها أحد كبار أنصارها في فرنسا الاستاذ سالي (Saleilles) والتي تقول : « من القانون المدني . ولكن الى ما وراء القانون المدني .. » .

فالمدرسة التاريخية تجعل نقطة انطلاقها في التفسير نصوص التشريع ذاتها ، وهي لا تستطيع إلا أن تبدأ من هذه النصوص لان التشريع واجب الاحترام دوما ولا يمكن للقاضي قط أن يهمله أو يمتنع عن تطبيقه . ولكنها ، وهذا هو وجه اختلافها الرئيسي مع المدرسة التقليدية، لا ترى أن تفسر هذه النصوص دوما وفقا لارادة المشرع الذي صدرت عنه وأن يتمسك بهذه الارادة مهما تغيرت الظروف أو مر عليها من الزمن ، بل هي تعتبر أن النصوص القانونية بعد صدورها عن المشرع تصبح ذات وجود مستقل قائم بذاته منفصل عن ارادة المشرع نفسه بحيث يمكن تكييفها وتفسيرها وفقا للتطورات المختلفة التي تطرأ على المجتمع . فالنص التشريعي ، بحسب هذه النظرية ، لا يفسر بحسب ما يمكن أن يكون المشرع قد أراده في الماضي حين صدوره عنه ، بل بحسب ما يمكن أن تكون عليه نية المشرع حاليا حين تطبيق هذا النص ، وهذا ما يعبر عنه بأنه لا يبحث عن النية المفترضة للمشرع بل عن النية المحتملة . أي لا يبحث عما يفترض أن المشرع قد أراده وإنما يبحث عما يحتمل حاليا أن يريده .

هذه النظرية من شأنها كما نرى أن تتلافى العيب الذي تتصف به النظرية التقليدية إذ تؤدي الى جعل النصوص التشريعية مرنة متطورة وتحول دون جمودها ، وبذلك تكون هذه النصوص أكثر ملاءمة لضرورات المجتمع وتمشيا مع حاجاته المتجددة . ولكن عيبها الرئيسي هو في أنها ، على عكس النظرية التقليدية ، تؤدي الى شيء من الكيفية في التفسير ، وبالتالي الى شيء من عدم الاستقرار في المعاملات القانونية .

ولكن القاضي مع هذا ليس ملزما باتباع النص حرفيا والتقيد بألفاظه بل عليه أن يسعى الى التعرف على معناه الحقيقي وأن يتبين فحواه عن طريق عباراته بصورة عامة . وهذا ما تقضي به المادة الاولى من قانوننا المدني التي تنص على أنه « تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها » .

ويلجأ القاضي في سبيل معرفة مضمون النص وايضاح معناه واستنتاج الحكم الذي يقضي به الى عدد من الوسائل والطرق التي تساعده في تفسيره لهذا النص . ونقتصر فيما يلي على بيان بعض الطرق التي اعتمدتها بصورة رئيسية المدرسة التقليدية وأخذت بها وأبرزت أهميتها ، وهي على نوعين : طرق داخلية ، وطرق خارجية .

أولا ـ طرق التفسير الداخلية : وتقوم هذه الطرق على تحليل النص تحليلا منطقيا واستنتاج الحكم المطلوب منه مباشرة ، دون اللجوء لايضاحه الى وسائل ومستندات أخرى خارجة عنه .

ومن أهم طرق التفسير الداخلية : الاستنتاج بطريق القياس ، الاستنتاج من باب أولى ، الاستنتاج بمفهوم المخالفة .

الاستنتاج بطريق القياس : الاستنتاج بطريق القياس (L'analogie, ou l'argument à pari) يلجأ إليه لتطبيق حكم وارد بشأن حالة معينة على حالة أخرى لم ينص عليها في التشريع ، وذلك لوجود الشبه الاكيد بين الحالتين ، أو لوجود ما يسمى بالاتحاد بينهما في السبب أو العلة .

ففي هذا النوع من الاستنتاج يكون لدينا حالة أوجد التشريع لها حكما معينا لسبب من الاسباب ، وحالة أخرى لم ينص التشريع على حكم لها ولكنها تشابه الحالة الاولى ويتوافر فيها السبب نفسه الذي وضع المشرع من أجله ذلك الحكم ، فحينئذ يطبق الحكم الوارد بشأن

الذي يعتقد أن المشرع نفسه سيقضي به لو عرضت عليه • وهذا المبدأ يتفق بدوره الى حد بعيد مع وجهة نظر المدرسة التاريخية التي ترى وجوب مراعاة التطور الحالي لدى تطبيق القواعد القانونية •

ويضيف جني الى ذلك أن القاضي إذا كان حرا في انتقاء الحلول الملائمة للحالات الجديدة فانتقاؤه لها يجب ألا يكون كيفيا بل علميا ، ولهذا تسمى طريقته بالبحث العلمي الحر (Libre recherche scientifique) وقد حاول جني في مؤلفاته أن يبين طريقة هذا البحث العلمي الحر وأن يقيم لها ضوابط تخضع لها سلطة القاضي فتجعلها بعيدة عن التفسير الكيفي الاعتباطي، من أهمها ضرورة تقيد القاضي بروح التشريع القائم وبضرورات التنظيم الاقتصادي والاجتماعي وبفكرة العدالة ومقتضيات المنطق والعقل •

طرق التفسير ووسائله :

كيف يقوم القاضي عمليا بتفسير النص التشريعي واستنتاج الحكم الصحيح منه الذي سيقضي بموجبه ؟ هذه هي المسألة الاخيرة التي نريد أن نتعرض لها الآن محاولين أن نبين بعض الطرق والاساليب التي يلجأ إليها القاضي في تفسيره للتشريع وأن نعطي فكرة موجزة عنها •

ولا بد لنا أن نؤكد قبل كل شيء أن النص الصريح الواضح لا مجال لتفسيره ، وأنه ليس على القاضي بالنسبة إليه إلا أن يطبقه بحذافيره دون أن يحاول تغيير معناه أو مخالفة الحكم الذي ينص عليه• فالتفسير لا يجوز أن يتخذ وسيلة لتغيير معنى النصوص الصريحة الواضحة وتعديل مضمونها ، لان القاضي ملزم باتباع هذه النصوص ولا يستطيع بحجة تفسيرها الخروج عنها ولو الى حكم أعدل • وعلى هذا يقال في عالم القانون أنه « لا مساغ للاجتهاد في مورد النص » ، أي في مورد النص الصريح الواضح •

القياس . في الاستنتاج بطريق القياس رأينا أن الحالة الثانيـة غير المنصوص عليها تشابه الحالة الاولى التي ورد بشأنها النص التشريعي وتتحد معها في السبب أو العلة ، ولهذا طبقنا نفس الحكم الوارد بشأن الحالة الاولى . أما في الاستنتاج بمفهوم الخالفـة فإن الحالة غـير المنصوص عليها هي عكس الحالة الاولى التي ورد بشأنها النص ، ولهذا فإن من الضروري أن نطبق عليها حكما معاكسا .

وعلى هذا مثلا لو نظرنا الى المادة (٤٠٥) من قانوننا المدني التي تنص على أنه : « إذا هلك المبيع قبل التسليم .. انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن » لرأينا من الممكن أن يستنتج منها بمفهوم المخالفة أنه إذا هلك المبيع بعد التسليم لا قبله فلا ينفسخ البيع ولا يكون للمشتري الحق في استرداد الثمن .

هذه هي أهم الطرق الداخلية في التفسير ، وهي تقوم كما رأينا على تحليل النص التشريعي تحليلا منطقيا مباشرا واستنتاج الحكم المطلوب منه ، دون اللجوء الى أية أدلة أو وثائق أخرى خارجة عنه . ونلاحظ هنا أننا في جميع هذه الامثلة التي عددناها كنا نهدف دوما الى البحث عن أحكام لحالات لم ترد بشأنها نصوص تشريعية بصـورة مباشرة . وفي الواقع ، إن طرق الاستنتاج — سواء بطريق القياس ، أم من باب أولى ، أم بمفهوم المخالفة — إنما يلجأ إليها عادة لتلافي النقص في التشريع وإيجاد الحلول للحالات التي لم ينص عليها بمقارنتها الى الحالات التي بيّن أحكامها .

ومن الضروري جدا أن ننبه الى أنه من الواجب حين اللجوء الى طرق الاستنتاج أن يتم ذلك بحذر شديد ، حيث أن الاستنتاج قد لا يؤدي الى الحكم الصحيح في كثير من الاحيان . وبصورة خاصـة لا بد أن نشير الى أن طريقة الاستنتاج بمفهوم المخالفة طريقة خطرة نوعا

الحالة المنصوص عليها على الحالة غير المنصوص عليها ، لهذا التشابه بينهما وهذا الاتحاد في السبب أو العلة .

ونضرب على القياس المثال التالي الذي نستمده من أحكام الشريعة الاسلامية : جاء في أحد الاحاديث النبوية الشريفة أن قاتل مورثه لا يرث . فالحكم هنا هو حرمان الوارث الذي يقتل مورثه من نصيبه في الارث ، والسبب هو قتله لهذا المورث . وقد قيست على هذه الحالة حالة مماثلة تتعلق بالموصى له الذي يقتل الموصي فطبق عليها نفس الحكم وهو حرمان الموصى له من حقه في الوصية ، لتشابه الحالتين واتحادهما في السبب أو العلة .

الاستنتاج من باب أولى : الاستنتاج من باب أولى (Argument à fortiori) يلجأ إليه لتطبيق حكم وارد بشأن حالة معينة على حالة أخرى لم ينص عليها في التشريع ، لا لان علة الحكم الوارد بشأن الحالة الاولى أو سببه متوافران في الحالة الثانية فحسب — كما هو الامر بالنسبة للاستنتاج بطريق القياس — ولكن لانهما أكثر توافرا في هذه الحالة الثانية منهما في الحالة الاولى .

فمن الآية الكريمة التي تأمر الانسان بحسن معاملة أبويه بقولها « ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما » ، نستطيع أن نستنتج من باب أولى مثلا أن من واجبه أيضا ألا يضربهما .

الاستنتاج بمفهوم المخالفة : الاستنتاج بمفهوم المخالفة (Argument a contrario) يلجأ إليه لتطبيق عكس الحكم الوارد بشأن حالة معينة على حالة أخرى لم ينص عليها في التشريع ، لان هذه الحالة الثانية تختلف كل الاختلاف عن الاولى بحيث تعتبر معاكسة لها تماما .

فطريقة الاستنتاج بمفهوم المخالفة هي عكس الاستنتاج بطريق

وعلى هذا مثلا حين يشدد التشريع العقوبة في حالة « السرقة ليلا » ، فإننا نستطيع أن نفسر هذه العبارة بأنها السرقة التي تقع أثناء الظلام وليس ليلا بالمعنى الفلكي الذي يمتد من الغروب الى الشروق ، اذ أن المشرع لا يقصد في الواقع أن يشدد العقوبة لجريمة السرقة التي تقع خلال ساعات معينة وإنما خلال ظروف معينة هي وجود الظلام ، لان السرقة التي تقع في مثل هذه الحالة هي أشد خطرا من السرقة التي تقع في وضح النهار وتستوجب بالتالي تشديد العقوبة .

الاعمال التحضيرية : تشمل الاعمال التحضيرية (Les travaux préparatoires) جميع الاعمال التي سبقت صدور التشريع عن السلطة التشريعية أو رافقته . فالتشريع قبل أن يقر بصورة نهائية يمر بمراحل وأدوار متعددة يناقش فيها وتدرس نصوصه ، ويكون من شأن هذه الدراسات والمناقشات التي تسبق اقراره أن تزيد معناه جلاء ووضوحا .

وأهم الوثائق التي تتضمنها هذه الاعمال التحضيرية هي :

أ — المذكرة الايضاحية أو لائحة الاسباب الموجبة التي ترفق عادة بالتشريع لبيان الاسباب التي دعت الى اصداره والغاية المتوخاة منه وأهم ما يتضمنه من قواعد قانونية بارزة . ب — الدراسات التي تقوم بها اللجان التشريعية المختصة حول هذا التشريع بعد إحالته إليها .

ج — مناقشات أعضاء مجلس الامة المتعلقة بهذا التشريع حين عرضه عليهم للتصويت عليه واقراره والايضاحات التي يدلى بها حوله ... إلخ .

فمن العودة الى هذه الوثائق (وهي تذكر عادة في محاضر جلسات مجلس الشعب) يمكن في كثير من الاحيان معرفة المعنى الحقيقي للنصوص التشريعية كما أراده واضعوها ، ولهذا كان الرجوع الى الاعمال التحضيرية من أهم الطرق التي يلجأ اليها القاضي لتفسير التشريع .

ما ولا تصيب دوما (مثلا اذا قلنا انه يجب على الموظف أن يكون أمينا فلا يصح أن نستنتج من ذلك بمفهوم المخالفة أنه لا يجب على غير الموظف أن يتصف بالامانة أيضا) ، وكذلك فإن الاستنتاج بطريق القياس يجب ألا يطبق بصورة مطلقة ، وبصورة خاصة يجب ألا يطبق على الاحكام الاستثنائية والحصرية لان هذه الاحكام تختص بالحالات التي وضعت من أجلها ولا يجوز القياس عليها (فالاحكام المتعلقة بتحديد سلطات رئيس الجامعة مثلا لا يمكن تطبيقها عن طريق القياس على عمداء الكليات ، لانها وردت بالنسبة لرئيس الجامعة وحده على سبيل الحصر) .

ثانيا ـ طرق التفسير الخارجية : ونعني بذلك مجموعة الادلة والوثائق والوسائل التي يستعين بها القاضي على تفسير النص التشريعي وبيان معناه . فالقاضي حين يعمد الى هذه الطرق ، لا يكتفي بتحليل النص تحليلا منطقيا واستنتاج الحكم المطلوب منه كما هو الحال بالنسبة للطرق الداخلية ، وإنما هو يحاول أن يستعين على تفسير النص بوسائل أخرى ذات صلة وثيقة به ولكنها مع ذلك خارجة عنه ولا تدخل في مضمونه .

ومن أهم الطرق الخارجية التي يستعين بها القاضي على تفسير التشريع : حكمة التشريع وغايته ، الاعمال التحضيرية ، المصادر أو السوابق التاريخية .

حكمة التشريع وغايته : لا شك أن المشرع حين يضع نصا من النصوص لا يفعل ذلك بصورة عفوية أو اعتباطية ، وإنما هو يختار هذا النص سعيا وراء غاية يحرص عليها أو تحقيقا لحكمة يراها . فمعرفة غاية النص التشريعي (Le but de la loi) والحكمة التي يتضمنها تساعد إذن على تفسير هذا النص حين غموضه وعلى استنتاج الحكم الصحيح منه .

لتفسير نصوصه ، كما يمكن أيضا بالنسبة لتشريعاتنا الحديثة المستمدة من التشريعات الاجنبية الرجوع الى هذه التشريعات لايضاح معناها ، وإن تكن النصوص الاجنبية لا تقيد القاضي في تفسيره للتشريع ولا تلزمه ، بل يعود إليها القاضي على سبيل الاستئناس لا لانه مجبر على اتباعهـا .

وتعلق المدرسة التقليدية أهمية بالغة على الاعمال التحضيريـة ، لانها تعتقد أن هذه الاعمال تمكن من معرفة ارادة المشرع الاصلي الذي صدر عنه التشريع • غير أن الاعمال التحضيرية حاليا ، وان يكن يستفاد منها كثيرا على سبيل الاستئناس في تفسير التشريع ، لم تعد لها نفس الاهمية التي تراها المدرسة التقليدية ، لان المدارس الحديثةلا ترى التقيد بارادة المشرع الى الحد الذي تنادي به المدرسة التقليدية من جهة ، ولان هذه الاعمال من جهة ثانية لا تخرج على الغالب عن كونها مجرد آراء ووجهات نظر شخصية لمن صدرت عنهم وليس لها أية صفة رسمية أو الزاميـة •

وعلى هذا فلا يجوز مطلقا أن يخـالف القاضي النص الصريح الواضح استنادا الى ما قد يستنتجه من الاعمال التحضيرية المتعلقة به ، كما أنه لا يجبر على اتباع هذه الاعمال التحضيرية في تفسيره للنص الغامض وإنما له أن يستأنس بها استئناسا لان القوة الالزامية للتشريع تتعلق بنصوصه وحدها لا بما يدور حولها من دراسات ومناقشات •

المصادر أو السوابق التاريخية : يقصـد بالمصادر أو السوابـق التاريخية (Les sources ou précédents historiques) المصادر التي أخذ عنها التشريع قواعده واستمد منها أحكامه • فالتشريعات الاجنبية تعتبر بمثابة مصادر تاريخية لاغلب تشريعاتنا الحديثة التي استمـدت أحكامها منها ، كما أن الشريعة الاسلامية تعتبر أيضا المصدر التاريخي لقانون الاحوال الشخصية المعمول بها لدينا والمأخوذ عنها •

فبامكان القاضي ، حين يجد نفسه أمام نص تشريعي غامض ، أن يرجع الى المصدر الاصلي الذي استمد منه هذا التشريع أحكامه وأن يفسر النص في ضوئه • وعلى هذا مثلا ، يمكن بالنسبة لقانون الاحوال الشخصية المعمول بها لدينا الرجوع الى احكام الشريعة الاسلاميـة

المكان يقع التنازع بين القواعد القانونية المعمول بها في احدى الدول من أي مصدر كانت وبين القواعد القانونية لدولة أخرى • وإذا كنا قد تعرضنا لتنازع القوانين بصدد دراستنا للتشريع فلأن التنازع بين التشريعات المختلفة في الزمان أو المكان هو أبرز وأوسع مظاهر هذا التنازع •

وتتناول أولا فيما يلي تطبيق التشريع من حيث الزمان أو تنازع القوانين في الزمان ، ثم ننتقل الى تطبيق التشريع من حيث المكان أو تنازع القوانين في المكان •

المبحث الاول

تطبيق التشريع من حيث الزمان

Application de la loi dans le temps

أولا — المبدأ العام : عرض المبدأ — ضرورته — صعوبة تطبيقه •
ثانيا — النظريتان التقليدية والحديثة : النظرية التقليدية ، عرض النظرية ، استثناءاتها ، نقدها — النظرية الحديثة •
ثالثا — بعض الحلول المتبعة في نظامنا القانوني : في القانون الجزائي ، في أصول المحاكمات المدنية والتجارية ، في القانون المدني (الاهلية ، التقادم ، الادلة التي تعد مسبقا ، العقود)

اولا ـ المبدا العام :

عرض المبدا :

حين صدور تشريعات متعاقبة تتضمن أحكاما مختلفة فيما بينها ،

الفرع الرابع

تطبيق التشريع من حيث الزمان والمكان
او تنازع القوانين

Application de la loi dans le temps et dans l'espace
(Conflits des lois)

قد تصدر في فترات متعاقبة تشريعات ضمن حدود الدولةالواحدة يخالف بعضها أو يناقض البعض الآخر ، ويحل اللاحق منها محل السابق. ومن المهم في هذه الحالة تحديد مدى امكانية تطبيق كل من هـذه التشريعات على الوقائع القانونية التي تحدث خلال تلك الفترات المتعاقبة، وهذا ما نعبر عنه بتطبيق التشريع من حيث الزمان .

وقد تحدث وقائع قانونية تجاوز في بعض عناصرها حدود الدولة الواحدة وتمتد الى دول متعددة . ومن المهم في هذه الحالة أيضا تحديد مدى امكانية تطبيق كل من تشريعات هذه الدول المختلفة عليها ، وهذا ما نعبر عنه بتطبيق التشريع من حيث المكان .

وفي كلتا الحالتين يكون هناك تشريعان — أو أكثر — يتنازعان الواقعة أو القضية الواحدة ، ويحاول كل منهما أن يشملها بحكمه . فإذا كان هذا التنازع بين تشريعات متعاقبة ضمن الدولة الواحدة كان تنازعا من حيث الزمان ، وأما إذا كان بين تشريعات دول متعددة فهو تنازع من حيث المكان .

والتنازع ، سواء أكان من حيث الزمان أو المكان ، لا يقع فقط بين التشريعات وحدها ، وإنما هو يقع بين القواعد القانونية المختلفة أيا كان مصدرها . فمن حيث الزمان مثلا قد يقع التنازع بين تشريع سابق وتشريع لاحق أو بين عرف سابق وعرف أو تشريع لاحق . ومن حيث

على شراء السيارات ، فإن هذه الضريبة يجب أن تستوفى من كل من يشتري سيارة بعد نفاذه (الاثر المباشر) ولكنها لا تترتب على الاشخاص الذين سبق لهم أن اشتروا سيارات قبل نفاذ هذا التشريع الجديد (عدم الرجعيـة) .

ولو فرضنا مثلا أن تشريعا جديدا يشترط لصحة هبة العقار أن تكون بسند رسمي ، فإن كل هبة عقار لا تتم بسند رسمي بعد نفـاذ التشريع الجديد تعتبر باطلة وغير صحيحة (الاثر المباشر) ، ولكن الهبات التي تكون قد تمت قبل نفاذ التشريع الجديد دون أسناد رسمية تعتبر صحيحة (عدم الرجعية)

ضرورة هذا المبـدأ :

إن ضرورة تطبيق التشريع الجديد فورا بالنسبة للمستقبل أمر لا يكاد يحتاج الى تبرير ، لان التشريع الجديد إنما يصدر ليلغي التشريع السابق ويحل محله في التطبيق ، ومن البديهي إذن أن يترك للتشريع الجديد أمر تنظيم العلاقات والحوادث التي تقع بعد صدوره .

أما ضرورة عدم سريان التشريع الجديد على الماضي أو عدم رجعية التشريع فمبدأ هام يستند الى مبررات كثيرة من المنطق والعدل والمصلحة.

وفي الواقع ، ليس من المنطق أو العدل في شيء أن نحاسب الناس على أفعال لم تكن محرمة حين قاموا بارتكابها أو نطلب اليهم اتباع قواعد لم توجد بعد في تصرفاتهم وأعمالهم . ولقد سبق لنا أن أشرنا الى أن التشريعات يجب أن تنشر على الناس لاعلامهم بها قبل مطالبتهم باتباعها ، وما دام الناس لا يعلمون بالتشريعات بعد فليس من الممكن ارغامهم على تطبيقها . كما أنه ليس المصلحة أيضا أن نطبق التشريعات الجديدة على الافعال والتصرفات السابقة لصدورها ونفاذها ، وإلا لفقدت

فأي هذه التشريعات يجب تطبيقه على الحوادث الواقعة ، وكيف يمكننا أن نحدد نطاق تأثير كل منها من حيث الزمان ؟

المبدأ الذي يتبع في هذا الموضوع يبدو سهلا وواضحا ومنطقيا في نفس الوقت : التشريع يطبق منذ صدوره ونفاذه الى حين إلغائه ، فهو لا يسري على ما تم من أفعال وتصرفات قبل نفاذه ، وهو لا يتناول في حكمه ما ينشأ من هذه الافعال والتصرفات بعد زواله ، وإنما ينحصر تأثيره ومفعوله فيما بين هاتين النقطتين : نقطة مبدئه ونقطة منتهاه .

ينتج عن هذا أن التشريع الجديد يطبق فورا منذ نفاذه بالنسبة للمستقبل ، ولكنه لا يسري على الماضي . وتطبيقه الفوري بالنسبة للمستقبل معناه أن التشريع الجديد قد أحدث أثره مباشرة وهذا ما يسمى بالاثر المباشر للتشريع (Effet immédiat) ، أما عدم سريانه على الماضي فيسمى بعدم رجعية التشريع (Non-rétroactivité)

المبدأ إذن يقوم على فكرتين رئيسيتين : أولا — الاثر المباشر للتشريع ، وهذا يقتضي تطبيق التشريع الجديد فورا ووقف العمل بالتشريع السابق . ثانيا — عدم رجعية التشريع ، وهذا يقتضي عدم سريان التشريع الجديد على الماضي ، بل تطبيق التشريع القديم على ما تم من أفعال وتصرفات قبل نفاذ التشريع الجديد .

فلو فرضنا مثلا أن تشريعا جديدا قد نص على عقوبة معينة لفعل لم يكن محرما من قبل — كتهريب الذهب خارج البلاد مثلا — ، فإن هذا التشريع يطبق فورا بالنسبة لجميع الافعال التي ترتكب بعد نفاذه (الاثر المباشر) ، ولكنه لا يطبق على ما تم قبله من أفعال (عدم الرجعية) .

ولو فرضنا مثلا أن تشريعا جديدا قضى باحداث ضريبة استثنائية

شخص تزوج في ظل تشريع يبيح الطلاق ، ثم صدر بعد ذلك تشريع جديد بتحريمه • هل يستطيع هذا الشخص أن يطلق امرأتـه استنادا الى التشريع الاول الذي تزوج في ظله ، أم يحرم عليه ذلك تطبيقا لاحكام التشريع الجديد ؟

شخص بلغ سن الاهلية في ظل تشريع يعتبر أن سن الاهلية هو (١٨) سنة ، ثم بعد بلوغه سن الاهلية بعام واحد مثلا (أي حين اتمامه التاسعة عشرة من عمره) صدر تشريع جديد يجعل سن الاهلية (٢١) سنة • هل يعود هذا الشخص ناقص الاهلية تطبيقا لاحكام التشريع الجديد أم يظل يعتبر كامل الاهلية استنادا الى التشريع القديم ؟

شخص وضع يده على عقار بنية تملكه مدة من الزمن في ظل تشريع يجيز تملك العقار بوضع اليد عليه مدة (١٥) سنة (وهذا ما يسمى بالتقادم أو مرور الزمن) • ثم صدر بعد ذلك تشريع جديد يجعل مدة التقادم في هذه الحال (٢٠) سنة مثلا ، فأي التشريعين يطبق عليه ؟

هذه الامثلة ، الى جانب غيرها من الامثلة الكثيرة ، تدلنا على صعوبة إيجاد الحلول الملائمة لمسألة تطبيق التشريع من حيث الزمان • وقد ظهرت نظريات متعددة في هذا الموضوع حاولت وضع معايـير وضوابط للتفريق بين الحالات التي يمتنع فيها تطبيق التشريع الجديد (لأن هذا التطبيق يناقض مبدأ عدم رجعيته) والحالات التي يجب فيها تطبيقه (لان هـذا التطبيق لا يناقض مبـدأ عدم رجعيته بل هو من قبيل الاثر المباشر له) ، كما أن نظامنا القانوني يتضمن بعض القواعد التي تبين الحلول الواجب اتباعها بالنسبة لتطبيق التشريع من حيث الزمان في طائفة من الامور • وسنحاول فيما يلي إعطاء فكرة موجزة عن النظريتين الرئيسيتين : التقليدية والحديثة ، اللتين بحثتا مسـألة

الطمأنينة من نفوس الناس ولكانت معاملاتهم وأمورهم عرضة للاضطراب وعدم الاستقرار .

صعوبة تطبيق هذا المبدأ :

المبدأ القاضي بتطبيق التشريع الجديد فورا بالنسبة للمستقبل وعدم رجعيته على الماضي يبدو سهلا لاول وهلة ، إلا أننا لو تعمقنا فيه ونظرنا الى مختلف الحالات التي تعرض بشأنه لوجدنا أن تطبيقه على جانب كبير من الصعوبة ، وأننا في كثير من الاحيان نكاد لا ندري تماما أي التشريعين يجب أن يعتبر ساري المفعول ، القديم أم الجديد .

وفي الواقع ، هناك حالات لا يثير فيها تطبيق المبدأ أية صعوبة ، وذلك كما في الامثلة التي سبق لنا أن ذكرناها . ففي هذه الامثلة (ارتكاب فعل محرم ، شراء سيارة ، هبة عقار) أمكننا أن نلاحظ أن الحادثة التي حاولنا أن نطبق التشريع بصددها قد جرت وتمت خلال فترة قصيرة محدودة واقعة ، إما بعد نفاذ التشريع الجديد (وحينئذ عمدنا الى تطبيق هذا التشريع عليها) أو قبل نفاذه (وحينئذ امتنعنا عن تطبيق التشريع الجديد وأخضعناها لحكم التشريع القديم) .

ولكن هناك حالات كثيرة لا تنقضي فيها الوقائع والتصرفات دفعة واحدة ، وإنما هي تمتد فترة من الزمن بحيث تبدأ في ظل التشريع القديم ثم تستمر الى ما بعد نفاذ التشريع الجديد،وحينئذ تبدو الصعوبة في انتقاء أحد هذين التشريعين لتطبيقه عليها ، كما يتبين لنا من الامثلة التاليـة :

شخص أوصى بثلث ماله في ظل تشريع يجيز الوصية بثلث المال ، ثم صدر بعد ذلك تشريع يحرم الوصية بأكثر من الربع ، فأي التشريعين يطبق بالنسبة لهذه الوصية ؟

له ، بمجرد وفاة الموصي ، يصبح ذا حق مكتسب في الوصية وتؤول إليه ملكية ما أوصي له به ، وعلى هذا لا يجوز أن يطبق التشريع الجديد على هذه الوصية ، لان تطبيقه يؤدي الى المساس بحق الموصى له ، وهو حق مكتسب .

أما إذا كان الموصي لم يمت بعد حين صدور التشريع الجديد ، فإن هذا التشريع يجب أن يطبق فورا على الوصية المذكورة فلا تجوز إلا بمقدار ربع التركة فقط . والسبب في تطبيق التشريع الجديد في هذه الحالة هو أن تطبيقه لا يؤدي الى المساس بحق مكتسب ، لان الموصى له ليس له حق مكتسب في الوصية قبل موت الوصي ، وإنما له مجرد أمل فيها إذ أن الموصي يستطيع أن يرجع عن وصيته في أي وقت يشاء ، ولا ضير في تطبيق التشريع الجديد إذا أدى الى التأثير على الآمال فقط لا الحقوق المكتسبة .

نلاحظ من هاتين الحالتين أننا امتنعنا عن تطبيق التشريع الجديد على الحق المكتسب إذ اعتبرنا أن تطبيقه في هذه الحالة هو من قبيل المفعول الرجعي الذي لا يجوز ، بينما عمدنا الى تطبيقه على مجرد الامل لاننا لم نجد في ذلك ما يخالف مبدأ عدم رجعية التشريع .

الاستثنـاءات من هـذه القاعدة التي تقرها النظرية التقليدية :

تعترف النظرية التقليدية بوجود بعض الاستثناءات من هذه القاعدة بحيث يطبق فيها التشريع الجديد ويسري مفعوله على الماضي حتى ولو كان الامر لا يتعلق بمجرد الآمال وإنما ببعض الحقوق المكتسبة ، وهذه الاستثناءات هي :

اولا ـ إذا نص التشريع الجديد صراحة على سريان أحكامه على الماضي ، لان مبدأ عدم رجعية التشريع لا يقيد المشرع وإنما يقيد القاضي

تطبيق التشريع من حيث الزمان ، ثم نعرض بعد ذلك بعض الحلول المتبعة لدينا بالنسبة لهذه المسألة .

ثانيا ـ النظرية التقليدية والنظرية الحديثة :

النظرية التقليدية :

عرض النظرية : المعيار الذي تتخذه هذه النظرية للتفريق بين الحالات التي يمتنع فيها تطبيق التشريع الجديد (تحقيقا لمبدأ عدم الرجعية) والحالات التي يجب فيها تطبيقه (تحقيقا لمبدأ الاثر المباشر) يقوم على التمييز بين ما تسميه بالحق المكتسب (Droit acquis) ومجرد الامل (Simple expectative) .

وهي ترى أنه يجب الاستمرار في تطبيق التشريع القديم والامتناع عن تطبيق التشريع الجديد إذا كان الامر يتعلق بحق مكتسب ، لان تطبيق التشريع الجديد على الحق المكتسب يؤدي الى اعطائه مفعولا رجعيا وهذا غير جائز بحسب مبدأ عدم رجعية التشريع . أما إذا كان الامر لا يتعلق بحق مكتسب وإنما بمجرد أمل فليس في تطبيق التشريع الجديد في هذه الحالة ما يمس بمبدأ عدم رجعية التشريع ، ولذلك يجب أن يعمد الى تطبيق التشريع الجديد فورا على مجرد الامل هذا ، تحقيقا لمبدأ الاثر المباشر .

ومن أهم الامثلة التي يمكننا بها إيضاح النظرية التقليدية المثال التالي المتعلق بالوصية :

فلو أن إنسانا أوصى بثلث تركته في ظل تشريع يجيز الوصية بالثلث ثم صدر بعد ذلك تشريع جديد يحرم الوصية بأكثر من الربع ، فإن علينا التفريق بين حالتين :

إذا كان الموصي قد توفي قبل صدور التشريع الجديد ، فإن الموصى

الجديد ، ولذلك لا تعتبر هذه الحالة من الوجهة النظرية من حالات سريان التشريع الجديد على الماضي لان التشريع الجديد ليس هو الذي يطبق وإنما يطبق التشريع القديم ، وإن يكن من الظاهر عمليا أن التفسير الذي جاء به التشريع الجديد يبدو كأنه ذو مفعول رجعي إذ يعتبر من الواجب اتباعه والاخذ به بالنسبة للحالات السابقة لصدوره •

رابعا ـ إذا كان التشريع الجديد من التشريعات الجزائية التي تلغي عقوبة سابقة أو تتضمن عقوبة أخف للمتهم • ففي هذه الحالة يطبق على المتهم ، الذي لم يصدر الحكم عليه نهائيا بعد ، التشريع الجديد فتمتنع معاقبته أو يقضى عليه بالعقوبة الجديدة الاخف بالرغم من ارتكابه الفعل في ظل التشريع القديم •

والسبب في ذلك هو أن التشريع الجديد ما دام قد ألغى العقوبة أو خفف منها فمن الضروري أن يستفيد منه المتهم لانه أرحم بالنسبة إليه وأعدل ، حيث أن التشريع الجديد لا يقضي بالغاء العقوبة أو بتخفيفها إلا لشعوره بشدة وقسوة العقوبة السابقة • كما أن تطبيق التشريع الجديد في هذه الحالة على الماضي ليس على أساس طمأنينة المتهم ، بل هو على العكس من أجل مصلحته • (وذلك بخلاف ما لو كان التشريع الجديد يعاقب على فعل لم يكن معاقبا عليه من قبل أو يتضمن عقوبة أشد من العقوبة المقررة سابقا فيجب عدم تطبيقه على الافعال السابقة لصدوره ، لانه ليس من العدل أن نفرض عقوبة على إنسان بسبب فعل لم يكن معاقبا عليه حين ارتكابه إياه أو أن نعاقبه بأشد من العقوبة التي كانت مقررة حين ارتكابه الفعل الذي يستوجب العقوبة) •

نقد النظرية التقليدية : لقد سادت النظرية التقليدية فترة طويلة من الزمن ولا يزال القضاء حاليا يرجع إليها في كثير من الحالات فيفرق بين الحق المكتسب ومجرد الامل ليمنع تطبيق التشريع الجديد في الحالة

فقط • ومعنى ذلك أن القاضي لا يستطيع أن يجعل للتشريع مفعولا رجعيا ويطبقه بالنسبة للحقوق المكتسبة السابقة لصدوره ، في حين يستطيع المشرع ذلك بأن يضمن التشريع الجديد نصا يجيز تطبيقه على الماضي • على أنه يلاحظ أن على المشرع ألا يغالي كثيرا في استعمال هذه الصلاحية المعطاة إليه فلا يجعل للتشريعات التي يصدرها مفعولا رجعيا إلا عند الضرورة القصوى حفظا لاستقرار المعاملات •

ثانيا ـ إذا كان التشريع الجديد يتعلق بالنظام العام • والنظام العام مفهوم مرن دقيق تتصل به كما رأينا القواعد القانونية التي تؤثر تأثيرا مباشرا وقويا على مصالح المجتمع الحيوية فيكون من الواجب تطبيقها بدقة وعدم الخروج عليها حفظا لهذه المصالح • فالتشريع الجديد إذا كان من هذه التشريعات التي تتعلق بالنظام العام قد يسمح في كثير من الاحيان باعطائه مفعولا رجعيا وتطبيقه بالنسبة للماضي (مثلا إذا صدر تشريع بمنع التعامل بالذهب ، وهذا يعتبر من التشريعات التي تتعلق بالنظام العام ، فانه لا يطبق فقط بالنسبة للعقود الجارية بعد صدوره وإنما بالنسبة للعقود السابقة عليه أيضا (فلا يجوز بعد صدور التشريع الجديد أن يتم الدفع بالذهب مطلقا ، ولو كان الدفع بالذهب قد اتفق عليه في عقد سابق لصدوره) •

ثالثا ـ إذا كان التشريع الجديد تشريعا تفسيريا ، فإنه يطبق اعتبارا من تاريخ التشريع الذي جاء لتفسيره وليس من تاريخ صدوره فقط •

ولقد سبق أن اشرنا الى هذا الامر ، حين البحث في تفسير التشريع ، وقلنا إن التشريع الجديد لا يعتبر جديدا في الواقع ، وإنما هو متمم للتشريع السابق يبين معناه ويفسره • فالذي يطبق في هذه الحالة هو التشريع السابق ، ولكن بالمعنى الذي دل عليه التشريع

في حالة الاهلية مثلا • فالاهلية هي الحالة التي يمنح فيها القانون للانسان صلاحية اجراء التصرفات والاعمال القانونية بنفسه ، وهي بهذا المعنى ليست حقا مكتسبا بالنسبة اليه ولا مجرد أمل ، وإنما هي أقرب الى أن تكون بمثابة صفة (Qualité) يسبغها القانون عليه أو قابلية (Aptitude) يمنحه إياها •

ثانيا ـ عدم صحة هذا المعيار في بعض الاحيان ، إذ يلاحظ أن هنالك بعض الحالات التي تتعلق بحق مكتسب لا بمجرد أمل ومع ذلك يطبق عليها التشريع الجديد لا القديم ، كما أن هنالك بعض الحالات الاخرى التي تتعلق بمجرد أمل لا بحق مكتسب ومع ذلك يطبق عليها التشريع القديم لا الجديد ، وهذا ما لا ينسجم مع المعيار الذي تتبناه النظرية التقليدية في هذا الشأن •

وقد سبق لنا أن ذكرنا الاستثناءات التي يطبق فيها التشريع الجديد لا القديم بالنسبة للحق المكتسب ، ونكتفي هنا بأن نضرب مثالا واحدا عن الحالات التي يطبق فيها التشريع القديم لا الجديد على مجرد الامل •

قلنا إن الوصية لا تنشىء ، في حال حياة الموصي ، حقا مكتسبا للموصى له ، وإنما هي عبارة عن مجرد أمل لا ينقلب الى حق مكتسب إلا بعد وفاة من أنشأ الوصية ، ولهذا فقد طبقنا التشريع الجديد الذي يعدل من حدود هذه الوصية إذا صدر قبل وفاة الموصي • ولكن لو أن تشريعا جديدا صدر في حال حياة الموصي ، لا ليعدل من حدود الوصية وإنما ليضيف بعض الشروط الجديدة لصحة انشائها — كأن يشترط انشاءها بسند رسمي لدى الكاتب بالعدل مثلا — فإن هذا التشريع لا يطبق على الوصية السابقة لصدوره حتى ولو كان الموصي لا يزال على قيد الحياة • فالوصية في هذه الحالة تظل صحيحة استنادا

الاولى ويجيز تطبيقه بالنسبة للثانية • إلا أنه قد وجهت مع ذلك بعض الانتقادات الى النظرية التقليدية وقامت هنالك نظرية حديثة تدعو الى الاخذ بمعيار آخر غير معيار الحق المكتسب ومجرد الامل •

ويمكننا أن نلخص النقد الذي وجه الى النظرية التقليدية ، والى معيارها في التفريق بين الحق المكتسب ومجرد الامل ، في النقطتين التاليتين :

أولا ـ غموض هذا المعيار ، إذ يصعب التفريق في الواقع بين ما يجب أن يعتبر حقا مكتسبا فلا يطبق عليه التشريع الجديد أو مجرد أمل فيطبق عليه هذا التشريع •

وقد حاولت النظرية التقليدية إيجاد بعض التعريفات للتفريق بين الحق المكتسب ومجرد الامل ، لعل أكثرها قبولا هو القول بأن الحق المكتسب هو ما يدخل في ذمتنا وثروتنا بصورة نهائية ويصبح جزءا منها لا يمكن انتزاعه بدون ارادتنا ، أما مجرد الامل فهو عبارة عن أمنية أو احتمال قد يتحقق أو لا يتحقق •

وبالرغم من هذه التعريفات ، فالذي يلاحظ أنه لا يمكن عمليا أن يستنتج من أحكام القضاء ضابط دقيق للتفريق بين الحق المكتسب ومجرد الامل • ولعل عدم وجود هذا الضابط هو الذي يحدو بالقضاء الى الاخذ غالبا بالنظرية التقليدية محاولا أن يفرق بين الحق المكتسب ومجرد الامل في ضوء الحالات الخاصة المعروضة عليه ووفقا لمقتضيات العدالة والمصلحة • فحين يرى القضاء ضرورة تطبيق التشريع الجديد يعتبر أن هنالك مجرد أمل ، وحين يرى عدم تطبيقه يعتبر أنه أمام حق مكتسب •

ويلاحظ كثير من الفقهاء ، فوق هذا ، أن هناك بعض الحالات التي يصعب إدراجها في أي من زمرتي الحق المكتسب أو مجرد الامل كما

وترى هذه النظرية أن الوقائع والتصرفات التي تؤدي الى انشاء الاوضاع القانونية أو زوالها يجب أن تتم وفقا لشروط التشريع الذي تمّت في ظله • وعلى هذا ، فلو جاء تشريع جديد يعدل من شروط تكوين أو صحة واقعة أو تصرف ما ، فإن هذا التشريع يجب ألا يطبق على الوقائع والتصرفات التي تمت قبل صدوره ونفاذه ، إلا إذا نص المشرع على خلاف ذلك ، لان تطبيق التشريع الجديد على الوقائع والتصرفات السابقة يؤدي الى اعطائه المفعول الرجعي ، وهذا يخالف مبدأ عدم رجعية التشريع الذي لا تجوز مخالفته الا استثناء من قبل المشرع •

أما لو كان التشريع الجديد لا يعدل من شروط أو صحة الوقائع والتصرفات التي تؤدي الى انشاء وضع من الاوضاع القانونية ، وإنما يعدل من آثار هذا الوضع القانوني فقط ، فهنا يجب التفريق بين حالتين:

بالنسبة للآثار التي نجمت سابقا عن هذا الوضع القانوني لا يمكن تطبيق التشريع الجديد عليها ، إلا إذا نص المشرع على خلاف ذلك ، عملا بمبدأ عدم رجعية التشريع •

وأما بالنسبة للآثار التي ستنجم عن هذا الوضع القانوني في ظل التشريع الجديد ، فإن هذا التشريع هو الذي يطبق عليها عملا بمبدأ الاثر المباشر •

على أن الآثار التي ستنجم عن هذا الوضع القانوني ، في ظل التشريع الجديد إذا كانت آثارا تعاقدية فلا يطبق عليها هذا التشريع الجديد وإنما تخضع لحكم التشريع السابق حرصا على استقرار المعاملات (ويرى الاستاذ روبيه أن الآثار التعاقدية تخضع للتشريع القديم ، ولو كان التشريع الجديد من النظام العام • ولكننا نؤثر استبعاد هذا الرأي وتطبيق التشريع الجديد المتعلق بالنظام العام على الآثار التعاقدية التي ستترتب في ظله) •

الى التشريع الذي نشأت في ظله ، ولا يطبق عليها التشريع الجديد بالرغم من أن تطبيقه لا يتعلق بحق مكتسب وإنما بمجرد أمل .

هذه الانتقادات قد أظهرت ضرورة الاخذ بمعيار آخر غير معيار الحق المكتسب ومجرد الامل للتفريق بين الحالات التي يمتنع فيها تطبيق التشريع الجديد (لان تطبيقه يخالف مبدأ عدم رجعية التشريع) والحلات التي يجب فيها تطبيقه (لان هذا التطبيق لا يخالف مبدأ عدم رجعية التشريع وإنما هو تحقيق وإعمال لمبدأ الاثر المباشر) . وقد حاول بعض الفقهاء وخاصة الاستاذ روبيه (Roubier) إيجاد نظرية جديدة في هذا الشأن يطلق عليها عادة اسم النظرية الحديثة .

النظرية الحديثة :

تفرق هذه النظرية بين ما يسمى بطرق انشاء أو زوال الوضع القانوني — أو المركز القانوني كما اصطلح على تسميته الفقهاء المصريون — من جهة (Procédés de constitution ou d'extinction d'une situation juridique) ، وبين آثار ذلك الوضع أو المركز القانوني من جهة ثانية (Effets d'une situation juridique).

فكل وضع قانوني (كالوضع القانوني للمالك مثلا أو للموصى له أو للدائن أو نحو ذلك ..) إنما ينشأ أو يزول بطرق مختلفة هي عبارة عن وقائع وتصرفات قانونية ، كما أن كل وضع قانوني تنتج عنه بعض الآثار (كالآثار التي تترتب على الملكية أو الوصية أو حق الدائن تجاه الدين أو غيرها من الاوضاع والمراكز القانونية) . وهذا التفريق بين الوقائع والتصرفات التي تؤدي الى انشاء أو زوال الاوضاع القانونية من جهة ، وبين آثار هذه الاوضاع القانونية من جهة ثانية هو الذي تعتمده النظرية الحديثة كمعيار للتفريق بين الحالات التي يمتنع فيها تطبيق التشريع الجديد والحالات التي يجب فيها تطبيقه .

تركة الموصي ، لا استنادا الى أن الموصى له ليس له سوى مجرد أمل قبل وفاة الموصي كما تقول النظرية التقليدية ، ولكن لان أثر الوصية قد ترتب في ظل التشريع الجديد ، والتشريع الجديد يطبق ، بحسب النظرية الحديثة ، على الآثار التي تترتب في ظله .

ونلاحظ في هذا المثال أن النتائج التي توصلنا اليها فيما يتعلق بآثار الوصية هي نفسها بالنسبة للنظريتين التقليدية والحديثة ، ولكن معيار النظرية الحديثة يبدو أكثر دقة ووضوحا من معيار النظرية التقليدية وخاصة من حيث تعليل عدم خضوع الوصية السابقة لاحكام التشريع الجديد التي تعدل من شروط تكوينها أو صحتها سواء أصدر هـذا التشريع الجديد قبل وفاة الموصي أو بعدها .

ثالثا ـ الحلول المتبعة في نظامنا القانوني :

إن مسألة تطبيق التشريع من حيث الزمان مسألة معقدة وعلى حد كبير من الصعوبة من الوجهة العملية بالرغم من المعايير التي وضعتهـا بشأنها النظريتان التقليدية والحديثة ، ولهذا يحرص المشرع على أن يبين كيفية تطبيق التشريع من حيث الزمان بالنسبة لكثير من الامور تلافيا لما قد ينشأ حولها من صعوبات .

وسنحاول فيما يلي أن نبين بعض الحلول المتبعة في نظامنـا القانوني بالنسبة لهذه المسألة .

في القانون الجزائي :

بالنسبة للقانون الجزائي يجب التفريق بين حالتين :

أ ـ أن يتضمن التشريع الجديد إحداث عقوبة لفعل لم يكن

هذه لمحة موجزة عن النظرية الحديثة في خطوطها العامة • ونختار ، لتوضيح هذه النظرية ، مثال الوصية نفسه الذي سبق أن ذكرناه في معرض دراستنا للنظرية التقليدية تسهيلا للمقارنة بين هاتين النظريتين :

الوصية تصرف ينشىء وضعا أو مركزا قانونيا للموصى له ، وهذا التصرف يجب ، بحسب النظرية الحديثة ، أن يكون موافقا من حيث تكوينه وصحته لقواعد التشريع الذي جرى في ظله ، وعلى ذلك فالتشريع الجديد الذي يعدل من شروط صحة الوصية لا يطبق بالنسبة للوصية التي أجريت قبل صدوره ونفاذه وإنما يطبق على هذه الوصية التشريع القديم ؛ سواء أصدر التشريع الجديد بعد وفاة الموصى أو في حال حياتـه •

الآثار الناجمة عن الوصية لا تترتب بالنسبة للموصى له إلا بعد وفاة الموصي • وعلى هذا ففي حالة الوصية بثلث التركة في ظل تشريع يجيز ذلك ثم صدور تشريع جديد لا يجيز الوصية بأكثر من الربع نفرق ، كما فعلنا بصدد النظرية التقليدية ، بين ما إذا كان الموصي قد توفي قبل صدور التشريع الجديد أم بعده :

فإذا كان الموصي قد توفي قبل صدور التشريع الجديد لا يسري هذا التشريع على تلك الوصية ، لا استنادا الى وجود حق مكتسب للموصى له كما ترى النظرية التقليدية ، ولكن لان أثر الوصية قـد ترتب قبل نفاذ التشريع الجديد ، وهو يعتبر صحيحا بحسب التشريع السابق الذي ترتب في ظله ؛ فلا مجال بعدئذ لتعديله وفاقا للتشريع الجديد لان التشريع الجديد لا يطبق ، بحسب النظرية الحديثة ، على الآثار التي ترتبت قبل صدوره ونفاذه •

أما إذا توفي الموصي بعد نفاذ التشريع الجديد ، فإن التشريع الجديد يجب أن يطبق على تلك الوصية بحيث لا تنفذ إلا في حدود ربع

جديدة غير المحكمة التي كانت هذه القضايا معروضة عليها من قبل ، فإن التشريع الجديد يطبق فورا وتحال هذه القضايا من المحكمة السابقة الى المحكمة الجديدة .

على أن هنالك بعض الاستثناءات من هذه القاعدة ، نذكر منها مثلا أن التشريعات المعدلة للاختصاص لا تطبق إذا كان تاريخ العمل بها يبدأ بعد تاريخ ختام المرافعة في الدعوى ، وبذلك لا تنقل الدعوى في هذه الحالة الى المحكمة الجديدة المختصة بحسب التشريع الجديد وإنما يبت بها من قبل المحكمة السابقة . كما نذكر أيضا أن التشريعات المعدلة للمواعيد لا تطبق إذا كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها ، بل يطبق بالنسبة لهذا الميعاد التشريع القديم الذي بدأ في ظله (مثلا لو صدر حكم عن المحكمة البدائية وكانت مدة الاستئناف بالنسبة اليه « ١٥ » يوما ، ثم صدر في خلال فترة الاستئناف هذه تشريع جديد يجعل هذه المدة « ١٠ » أيام فقط ، فإن مدة الاستئناف تظل تعتبر بالنسبة لهذا الحكم « ١٥ » يوما وفقا للتشريع القديم لا « ١٠ » أيام وفقا للتشريع الحديد ، وذلك بخلاف ما لو صدر التشريع قبل صدور الحكم حتى تسري عليه أحكام التشريع الجديد بالنسبة الى الحكم بعد صدوره) .

[illegible] يلي في تطبيق التشريع من حيث الزمان بالنسبة لكل من هذه الحالات الثلاث . ثم نخصص بعد ذلك بحثا آخر لدراسة تطبيق التشريع من حيث الزمان بالنسبة للعقود ، وهو بحث لا نعالجه

يعاقب عليه التشريع السابق ، أو تشديد العقوبة التي كان يحددها هذا التشريع لاحد الافعال •

ب — أن يتضمن التشريع الجديد الغاء العقوبة التي كان يقضي بها التشريع السابق بالنسبة لفعل من الافعال أو تخفيفها •

ففي الحالة الاولى ، لا يمكن تطبيق التشريع الجديد على الافعال السابقة لصدوره ونفاذه ، لان من الظلم معاقبة الناس على أفعال لم تكن محرمة حين قاموا بارتكابها أو تشديد العقوبة عليهم بالنسبة لهـذه الافعـال • بل إن المشرع نفسه ، الذي يستطيع من حيث المبدأ إعطاء التشريعات التي يسنها المفعول الرجعي ، لا يجوز له ، بمقتضى المادة ٣٠ من الدستور ، اعطاء المفعول الرجعي لهذا النوع من التشريعـات الجزائيـة •

وأما في الحالة الثانية ، فإن التشريع الجديد هو الذي يجب أن يطبق بالنسبة للافعال السابقة لصدوره ونفاذه إذا لم يصدر بشأنها حكم مبرم لانه ، كما ذكرنا سابقا ، هو التشريع الارحم بالنسبة للمتهم • وقد تبنى هذا الحل أيضا قانون العقوبات في المادة الثامنة منه التي تنص 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 » •

في أصول المحاكمات المدنية والتجارية :

نصت المادتان الاولى والثانية من قانون أصول المحاكمات على أحكام تنازع قوانين الاصول من حيث الزمان ، ومنها نستنتج أن قوانين الاصول تطبق مبدئيا فورا « على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها » • فمثلا لو صدر تشريع جديد يجعل أمر النظر في نوع معين من الدعاوى من اختصاص محكمة

الانسان كامل الاهلية هي سن الثامنة عشرة ، وأن انسانا أتم هذه السن في ظل ذلك التشريع ثم وهب جزءا من أمواله ، فإن هبته هذه تعتبر صحيحة لصدورها عن شخص كامل الاهلية .

فلو صدر تشريع جديد بعد ذلك يعدل هذه السن ويعتبر أن الانسان لا يصبح كامل الاهلية إلا بعد اتمامه سن الحادية والعشرين مثلا ، فإن الانسان الذي اعتبرناه كامل الاهلية بحسب التشريع القديم يعود ناقص الاهلية بحسب التشريع الجديد الى أن يتم الحادية والعشرين ، وإذا وهب هذا الانسان شيئا من أمواله بعد صدور التشريع الجديد وقبل أن يتم الحادية والعشرين من عمره فإن هبته تعتبر باطلة لصدورها عن شخص ناقص الاهلية .

أما هبته السابقة التي أجراها بعد بلوغه سن الاهلية بحسب التشريع القديم وقبل صدور التشريع الجديد الذي أعاده ناقص الاهلية فإنها تظل صحيحة ، لانه يعتبر في هذه الفترة كامل الاهلية . والتشريع الجديد لا يستطيع أن يؤثر على تصرفاته التي أجراها خلالها .

التقادم : يجب التفريق بالنسبة للتقادم بين نوعين من الحالات :

الحالة الاولى : أن يقرر النص الجديد مدة للتقادم أطول من المدة التي يقررها النص القديم .

الحالة الثانية : أن تكون مدة التقادم التي يقررها النص الجديد أقصر من المدة التي يقررها النص القديم .

الحالة الاولى : لنفرض أن مدة التقادم بالنسبة لحق من الحقوق كانت بحسب تشريع قديم (١٥) سنة ثم صدر تشريع جديد يجعل هذه المدة (٢٠) سنة . فلو أن تقادما بدأ في ظل التشريع القديم وكانت قد انقضت منه مثلا مدة (١٤) سنة حين صدور التشريع الجديد ،

استنادا الى النصوص التشريعية ، لان القانون المدني لم يتعرض له ، وإنما وفقا للاجتهاد القضائي المستقر بهذا الشأن .

الاهليـة : نصت المادة السابعة من القانون المـدني على أن « النصوص المتعلقة بالاهلية تسري على جميع الاشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص . وإذا عاد شخص توافرت فيه الاهلية ، بحسب نصوص قديمة ، ناقص الاهلية بحسب نصوص جديدة، فإن ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة » .

ومعنى هذا أن التشريع الجديد المتعلق بالاهلية يطبق فورا على جميع الاشخاص الذين تتناولهم أحكامه سواء أكانوا قد بلغوا سن الاهلية بحسب التشريع القديم أم لم يبلغوها . فلو أن شخصا بلغ سن الاهلية الكاملة في ظل تشريع قديم يحدد هذه السن بـ (١٨) سنـة ، ثم بعد بلوغه هذه السن بعام واحد مثلا صدر تشريع جديد يحدد سن الاهلية الكاملة بـ (٢١) سنة ، فإن التشريع الجديد يطبق فورا على هذا الشخص الذي يعود ناقص الاهلية بحسبه الى أن يتم سن الحادية والعشرين .

غير أنه ، في الفترة الواقعة بين بلوغ هذا الشخص سن الاهلية الكاملة بحسب التشريع القديم و[illegible]لة بحسب التشريع الجديد ، يعتبر هذا الشخص كامل الاهلية وتظل خلال هذه الفترة صحيحة ومعتبرة دون أن يؤثر فيها التشريع الجديد .

وزيادة في الايضاح نذكر ما يلي :

إن بعض التصرفات ، كالهبة مثلا ، لا تصح إذا صدرت عن شخص ناقص الاهلية ، في حين تعتبر صحيحة إذا صدرت عن شخص كامل الاهلـة .

فلو فرضنا أن التشريع القديم يعتبر أن السن التي يصبح فيهـا

يقررها التشريع الجديد فيعتبر أن التقادم يكتمل بانتهاء هذه المدة الباقية ولا حاجة لتطبيق مدة التقادم الجديد . فلو كانت قد انقضت من التقادم مدة (١٣) سنة مثلا وبقيت مدة سنتين فقط ، ثم صدر تشريع جديد يجعل مدة التقادم خمس سنوات ، فإنه لا تطبق مدة السنوات الخمس هذه بل يكتفى باتمام السنتين الباقيتين من المدة السابقة ليعتبر أن التقادم قد اكتمل .

وهذا ما تقضي به المادة التاسعة من القانون المدني التي تنص على أنه : « إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرر النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة بدأت قبل ذلك . أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي » .

الادلة التي تعد مسبقا : نصت المادة العاشرة من القانون المدني على أنه « تسري في شأن الادلة التي تعد مقدما النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل ، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه اعداده » .

ومثال ذلك أنه لو فرضنا أن شخصين قد تعاقدا على مبلغ مائة ليرة سورية مثلا وكان يجوز اثبات التعاقد على هذا المبلغ بشهادة الشهود ، ثم صدر بعد ذلك تشريع جديد لا يجيز اثبات التعاقد بشهادة الشهود إلا على ما لا يتجاوز الخمسين ليرة سورية مثلا،ويوجب أن يكون الاثبات بسند خطي إذا كان المبلغ المتعاقد عليه يتجاوز هذا المقدار ، فإن من الممكن اثبات العقد السابق بشهادة الشهود بالرغم من أن التشريع الجديد لا يجيز ذلك ، لانه في الوقت الذي تم فيه هذا العقد لم تكن هناك من حاجة لاعداد دليل خطي بل كانت الشهادة وحدها دليلا كافيا .

فإن هذا التشريع يطبق فورا بالنسبة اليه بحيث يجب لاكتمال هذا التقادم أن يبلغ السنين العشرين التي ينص عليها التشريع الجديد لا السنوات الخمس عشرة التي نص عليها التشريع القديم • أما لو تمت مدة السنوات الخمس عشرة التي نص عليها التشريع القديم ثم صدر بعد ذلك تشريع جديد يجعل مدة التقادم عشرين سنة فإن هذا التشريع لا يطبق بالنسبة للتقادم السابق لانه كان قد اكتمل قبل صدوره • وهذا ما تقضي به المادة الثامنة من القانون المدني التي تنص على أنه « تسري النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل • على أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة » •

الحالة الثانية : لنفرض أن مدة التقادم كانت بحسب تشريع قديم (١٥) سنة ثم أصبحت بحسب التشريع الجديد (٥) سنوات • فلو أن تقادما بدأ في ظل التشريع القديم واستمر مدة (٣) سنوات فقط مثلا ، ثم صدر التشريع الجديد ، فإن التشريع الجديد هو الذي يطبق منذ صدوره ونفاذه بالنسبة لهذا التقادم لان المدة التي يقررها التشريع الجديد هي أقصر مما بقي من المدة التي كان يقررها التشريع القديم • وعلى هذا ، لا حاجة لاكتمال التقادم في هذه الحالة الى اتمام مدة السنوات الاثنتي عشرة الباقية ، بل يكتفى بمدة السنوات الخمس التي نص عليها التشريع الجديد على أن تبدأ هذه المدة اعتبارا من صدور التشريع الجديد لا من بدء التقادم السابق ، أي تطبق مدة السنوات الخمس بكاملها اضافة الى مدة السنوات الثلاث التي مرت من التقادم السابق •

أما إذا كانت المدة الباقية من التقادم السابق أقل من المدة التي

بالنسبة للآثار المقبلة التي ستنجم بعد نفاذه عن هذه العقود . وعلى هذا إذا كان البائع والمشتري قد اتفقا في عقد بيع مثلا على أن يتم وفاء الثمن بالعملة الذهبية ، ثم صدر بعد ذلك تشريع جديد يمنع التعامل بالعملة الذهبية ويقضي بأن يتم كل وفاء بالعملة السورية ، فإذا كان وفاء الثمن قد تم بالعملة الذهبية قبل صدور التشريع الجديد ونفاذه فإن هذا التشريع لا يطبق بالنسبة لذلك الوفاء الذي تم قبله . أما إذا كان وفاء الثمن لم يتم قبل نفاذ التشريع الجديد وإنما سيجري في ظله ، فإن هذا التشريع الذي يعتبر من النظام العام يطبق بالنسبة اليه فورا ويكلف المشتري بأن يؤدي الثمن بالعملة السورية بدلا من العملة الذهبية ، بالرغم من أن الوفاء بالعملة الذهبية كان جائزا بحسب التشريع القديم الذي أجري العقد في ظله .

هذه هي الحالات التي نص عليها قانوننا المدني مبينا كيفية تطبيق التشريع من حيث الزمان بالنسبة اليها • ونرى أن نبين الآن كيفية تطبيق التشريع من حيث الزمان بالنسبة للعقود ، والحل الذي يتبع في هذا الشأن لم ينص عليه قانوننا المدني ولكنه متفق عليه في الفقه والقضاء •

العقود : يطبق بالنسبة للعقود دوما التشريع الذي جرت في ظله ، سواء فيما يتعلق بشروط انعقادها أو صحتها أو فيما يتعلق بآثارها • على أنه يطبق التشريع الجديد على الغالب بالنسبة للآثار التي تنجم بعد نفاذه عن العقود السابقة ، إذا كان هذا التشريع من النظام العام •

فالتشريع الجديد لا يستطيع أن يعدل إذن من شروط انعقاد أو صحة العقود السابقة لصدوره ونفاذه ، بل يطبق بالنسبة لهذه الشروط التشريع الذي أجريت في ظله تلك العقود • وعلى هذا مثلا إذا كان التشريع القديم لا يشترط لانعقاد الزواج أن يتم عقده من قبل موظف رسمي ، ثم صدر تشريع يقضي بذلك ، فإن الزواج الذى يكون قد صحا

أما لو كان التشريع الجديد من النظام العام فهو لا يطبق على الآثار التي ترتبت على العقود قبل نفاذه ، ولكنه يطبق على الغالب

مواطنين أم أجانب ، ولكنها لا تطبق على غيره من الاقاليم احتراما لسيادة الدول الاخرى عليها .

فهذا المبدأ يقوم إذن على الفكرتين الآتيتين :

١ — تطبق تشريعات الدولة ضمن حدود إقليمها على جميع من يقيمون فيه سواء أكانوا مواطنين أم أجانب .

٢ — لا تطبق هذه التشريعات ضمن حدود أقاليم الدول الاخرى بالنسبة لمواطني الدولة التي صدرت عنها ، بل يخضع هؤلاء المواطنون لتشريعات الدول صاحبة السيادة على الاقاليم التي يقيمون فيها .

مبدأ شخصية القوانين :

إن العنصر البـارز في الدولة — بحسب مبدأ شخصية القوانين (Principe de la personnalité des lois) — هو مجموعة الاشخاص الذين ينتسبون اليها والذين تجمعهم روابط واحدة وعقلية وحضارة وعادات مشتركة ، أما الاقليم فليس سوى المكان الذي يقيم عليه هؤلاء الاشخاص ، والدولة إنما تضع التشريعات للمواطنين لا للاقليم ، وهي تحاول أن تطبعها بطابعهم وأن تجعلها ملائمة لرغباتهم وحاجاتهم . لذلك كان من المستحسن أن تطبق التشريعات الصادرة عن الدولة على جميع المواطنين الذين ينتسبون اليها ، سواء أكانوا يقيمون على أرضها وضمن حدودها أم كانوا يقيمون ضمن حدود الاقاليم الاخرى الخاضعة لسيادة غيرها من الدول ، أما غير المواطنـين فتطبق عليهم تشريعاتهم الخاصة لا تشريعات الدولة التي يقيمون على أرضها .

وهذا المبدأ يقوم أيضا على فكرتين تناقضان الفكرتين اللتين يقوم عليهما المبدأ السابق وهما :

١ — تطبق تشريعات الدولة على جميع المواطنين الذين ينتسبون

المبحث الثاني

تطبيق التشريع من حيث المكان

Application de la loi dans l'Espace

مبدأ اقليمية القوانين — مبدأ شخصية القوانين — مبررات كل من المبدأين — تطبيق التشريع من حيث المكان بحسب نظامنا القانوني : الامور التي يطبق بالنسبة اليها المبدآن معا ، الامور التي يطبق بالنسبة اليها مبدأ إقليمية القوانين ، الامور التي يطبق بالنسبة اليها مبدأ شخصية القوانين ، العقود

مسألة تطبيق التشريع من حيث المكان تفترض ، كما ذكرنا ، وجود تنازع بين تشريعات مختلفة صادرة عن دول متعددة ، فيكون من الواجب انتقاء أحد هذه التشريعات لتطبيقه على القضايا التي يراد الحكم فيها . وهذه المسألة يعود بحثها الى علم القانون الدولي الخاص، ولكننا سنحاول أن نعرض لها هنا بايجاز اتماما لبحثنا عن تنازع القوانين .

لقد ظهر هناك مبدآن متناقضان لبيان كيفية تطبيق التشريعات ومدى شمولها من حيث المكان والاشخاص وهما : مبدأ إقليمية القوانين ومبدأ شخصية القوانين .

مبدا اقليمية القوانين :

تعتبر الدولة ، بحسب مبدأ اقليمية القوانين (Principe de la territorialité des lois) ، صاحبة السلطان المطلق والسيادة التامة في حدود اقليمها ، وعلى ذلك فجميع التشريعات الصادرة عن الدولة تطبق ضمن حدود هذا الاقليم على الاشخاص الذين يقيمون فيه ، سواء أكانوا

ولعلنا نستطيع القول إن مبدأ اقليمية القوانين هو الغالب بالنسبة لنظامنا القانوني ، وهو يعتبر مبدئيا بمثابة القاعدة الاصلية ، بينما يطبق مبدأ شخصية القوانين على سبيل الاستثناء بالنسبة لبعض الحالات الخاصة .

ونعدد فيما يلي بعض القواعد المنصوص عليها في التشريعات السورية والتي نبين نطاق تطبيق كل من المبدأين :

الامور التي يطبق بالنسبة اليها المبدآن معا : تدخل في هذه الزمرة في الواقع، الامور الجزائيةحيث يطبق بالنسبة اليها مبدأ اقليمية القوانين ، كما يطبق أيضا مبدأ شخصية القوانين .

ومعنى ذلك أن التشريعات الجزائية السورية تطبق بالنسبةلجميع الجرائم التي ترتكب ضمن حدود الارض السورية ، سواء أكانمرتكبو هذه الجرائم من السوريين أو الاجانب (مبدأ اقليمية القوانين) ، وهي تطبق أيضا بالنسبة للجرائم التي يرتكبها المواطنون السوريون في أي مكان وجدوا فيه ، ولو كان هذا المكان واقعا خارج نطاق الارض السورية (مبدأ شخصية القوانين) . والسبب في ذلك هو أن الدولة تحرص على أن تعاقب جميع ما يرتكب من جرائم على أرضها لتهديدها سلامتها وأمنها ، كما تحرص على أن تعاقب المجرمين من أبنائها وفقا لقواعدها القانونية ، ولو ارتكبوا جرائمهم خارج أرضها،لانها لا ترضى لهم اقتراف الجرائم .

وهذا هو ما تقضي به المادتان (١٥ و ٢٠) من قانون العقوبات ، فالاولى وهي التي تحدد الصلاحية المكانية للقانون الجزائي السوري تنص على أنه « يطبق القانون السوري على جميع الجرائم المقترفة في الارض السورية » . أما الثانية وهي التي تحدد الصلاحية الشخصية لهذا القانون فتنص على أنه « يطبق القانون السوري على كل سوري..

اليها ، سواء أكانوا يقيمون ضمن حدود اقليمها أم خارج هذا الاقليم •

٢ — لا تطبق هذه التشريعات على الاجانب الذين يقيمون ضمن اقليم الدولة الصادرة عنها ، بل يخضع هؤلاء لتشريعاتهم الوطنية •

مبررات كل من المبدأين :

إن مبدأ اقليمية القوانين ينسجم الى حد كبير مع فكرة سيادة الدولة وسلطانها ضمن حدود اقليمها ، ولهذا ساد هذا المبدأ في فترات طويلة وخاصة في العصور الاقطاعية حيث كانت التشريعات المطبقة على الافراد تحدد تبعا لصلتهم بالارض وارتباطهم بها •

إلا أن مبدأ اقليمية القوانين لا يشجع كثيرا على نمو العلاقات بين أفراد الدول المختلفة ، لان الاجنبي الذي تدفعه تجارته أو مهنته الى العيش في بلد غريب قد يكون حريصا على ألا يخضع لتشريعات هذا البلد كلها ، كما أنه قد يكون من العدل أحيانا ألا تخضعه لها ، أو ألا نخضعه لبعضها ، وأن نطبق عليه تشريعاته الوطنية وفقا لمبدأ شخصية القوانين • وتبدو أهمية مبدأ شخصية القوانين بصورة خاصة بالنسبة لامور الاحوال الشخصية من زواج أو طلاق أو نسب أو نحوها ، إذ أن أغلب الناس حريصون بالنسبة لهذه الامور على أن تطبق عليهم تشريعاتهم الوطنية لانها أقرب الى طبائعهم وعاداتهم وتقاليدهم •

تطبيق التشريع من حيث المكان بحسب نظامنا القانوني :

أغلب النظم القانونية في عصرنا الحاضر ، ومن بينها النظام المطبق في بلادنا ، تأخذ بالمبدأين معا ، فهي تطبق تارة مبدأ اقليمية القوانين وتارة مبدأ شخصية القوانين بحسب نوع العلاقات التي يراد تطبيق التشريع عليها •

المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين (المادة ١٧) .

الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت . (المادة ١٨) .

تطبيق التشريع من حيث المكان بالنسبة للعقود : نصت المادة(٢٠) من القانون المدني على ما يلي :

« يسري على الالتزامات التعاقدية ، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا ، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه .

على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأن هذا العقار » .

فبالنسبة للعقود يطبق إذن التشريع الذي يختاره المتعاقدان ، فإذ لم يتفقا على تشريع معين يطبق التشريع النافذ في موطنهما المشترك ، فاذا لم يكن لهما موطن مشترك يطبق التشريع النافذ في الدولة الذي تم فيها العقد . أما العقود التي تتعلق بعقار ما فيطبق عليها تشريع موقع هذا العقار .

هذا عرض موجز جدا لبعض الحالات التي نصت عليها تشريعاتنا فيما يتعلق بتطبيق القانون من حيث المكان ، وهو عرض لا يقصد منه دراسة هذه الحالات دراسة تفصيلية وإنما إعطاء لمحة خاطفة عنها تبين لنا بصورة عامة مدى تطبيق كل من المبدأين ، مبدأ إقليمية القوانين ومبدأ شخصية القوانين ، في نظامنا القانوني . ولا بد لنا أن نشير الى أن كثيرا من هذه الاحكام حوله قيود واستثناءات نصت عليها مفصلا المواد القانونية المتعلقة بالموضوع .

أقدم خارج الارض السورية على ارتكاب جناية أو جنحة يعاقب عليها القانون السوري » .

الامور التي يطبق بالنسبة اليها مبدأ اقليمية القوانين : وتدخل في هذه الزمرة أنواع مختلفة من الامور أهمها ما يلي :

القواعد المتعلقة بالضابطة (بالبوليس) ، كتنظيم المرور ومراقبة الاسواق والمحلات الخطرة أو المقلقة للراحة أو الضارة بالصحة العامة ونحو ذلك .

القواعد المتعلقة بالاشياء ، من عقارات او منقولة ، وبما يترتب عليها من حقوق عينية . (المادة ١٩ من القانون المدني) .

القواعد المتعلقة بالالتزامات غير التعاقدية . (المادة ٢٢ من القانون المدني) .

القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي واجراءات المحاكمة . (المادة ٢٣ من القانون المدني) .

القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة . (المادة ٣٠ من القانون المدني) .

الامور التي يطبق بالنسبة اليها مبدأ شخصية القوانين : عدد القانون المدني طائفة من الامور التي يطبق بالنسبة اليها مبدأ شخصية القوانين ، وهي تتصل بصورة رئيسية بالاحوال الشخصية ، وأهمها ما يلي :

الحالة المدنية للاشخاص وأهليتهم . (المادة ١٢) .

الشروط الموضوعية لصحة الزواج . (المادة ١٣) ، وآثار الزواج . (المادة ١٤) .

الطلاق . (المادة ١٤) .

الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب . (المادة ١٦) .

السابق ، أو جزئيا بحيث يقتصر على بعض هذه الاحكام دون بعضها الآخر •

السلطة التي تملك حق الغاء التشريع :

لالغاء نص تشريعي يجب أن يكون النص الجديد الذي يتضمن هذا الالغاء صادرا عن السلطة نفسها التي أصدرت النص السابق ، أو عن سلطة أعلى منهـا •

فهناك ، كما نعلم ، تسلسل بين أنواع النصوص التي تتضمن قواعد قانونية وتسلسل بين السلطات التي تصدر عنها هذه النصوص ، وقد رأينا أن الدستور الذي يصدر عن السلطة التأسيسية هو أعلى النصوص القانونية مرتبة ، ثم يأتي بعده التشريع الذي يصدر عن السلطة التشريعية ، ثم المراسيم والقرارات التي تصدرها السلطـة التنفيذية • فكل واحد من هذه النصوص يمكن أن يلغى بنص مماثل له من حيث المرتبة أو بنص أعلى منه ، ولكنه لا يمكن أن يلغى بنص أدنى • وعلى هذا مثلا فالنص التشريعي يمكن أن يلغى بنص تشريعي آخر أو بنص دستوري ، ولكنه لا يلغى بقرار اداري •

وكذلك لا يمكن ، بحسب الرأي الراجح ، أن يعتبر النص التشريعي ملغى بسبب عدم الاستعمال (La desuétude) ، أي بسبب التوقف عن تطبيقه فترة من الزمن • فعدم الاستعمال إنما يعني في الواقع وجود عرف مخالف لهذا النص أدى الى التوقف عن تطبيقه ، والعرف المخالف للنص التشريعي لا يؤدي الى إلغائه ، بحسب الرأي الراجح ؛ إذ أن العرف أدنى في المرتبة من نصوص التشريع ، كما أن المادة الثانية من القانون المدني التي تبين كيفية إلغاء التشريع تنص صراحة على أنه « لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريـع لاحق ••• » • فالنص

الفرع الخامس

الغاء التشريع
ABROGATION DE LA LOI

تعريف الالغاء — السلطة التي تملك حق الالغاء —
أنواع الالغاء : الالغاء الصريح ، الالغاء الضمني •

تعريف الالغاء :

الغاء التشريع يعني زواله وانهاء العمل به • فالمشرع ، كما أنه يستطيع أن يسن ما يشاء من التشريعات حين تدعو الضرورة أو المصلحة الى ذلك ، فإن باستطاعته أيضا أن يلغي التشريعات التي يرى أنها لم تعد ملائمة للمصلحة العامة أو لم تعد قادرة على مجاراة التطور الاجتماعي وأن من الضروري الاستغناء عنها أو استبدال غيرها بها •

والتشريع إما أن يلغى دون أن يعقبه تشريع جديد يحل محله في التطبيق ، لان الظروف التي دعت الى إيجاد التشريع السابق لم تعد قائمة ولانه لم تعد هناك حاجة الى تنظيم الامور التي كان ينظمها ذلك التشريع ، وذلك كأغلب التشريعات التي تصدر خلال الظروف الاستثنائية — كظروف الحرب مثلا — والتي تلغى بانتهاء هذه الظروف التي وجدت من أجلها دون أن يسن غيرها من التشريعات ليقوم مقامها ، وإما أن يستبدل بالتشريع الملغى تشريع جديد يحل محله في التطبيق فينتهي العمل بالتشريع السابق لعدم ملاءمته للمصلحة العامة وحاجات المجتمع ، ويعمل بالتشريع الجديد الذي يحرص فيه على تلافي أخطاء التشريع الملغى واصلاح ما فيه من عيب وقصور •

والالغاء إما أن يكون عاما بحيث يشمل جميع أحكام التشريع

الالغـاء الضمني : يقع الالغاء الضمني (Abrogation tacite) في احدى الحالتين التاليتين اللتين أشارت إليهما المادة الثانية من القانون المدني المذكورة آنفا ، وهمـا :

١ — أن يشتمل التشريع اللاحق على نص يتعارض مع نص التشريع القديم .

٢ — أن ينظم التشريع اللاحق من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده التشريع القديم .

الحالة الاولى : إذا اشتمل التشريع اللاحق على نص يتعارض مع نص التشريع القديم بحيث يتعذر تطبيق النصين في آن واحد والعمل بهما كليهما ، فيعتبر أن النص اللاحق قد ألغى ضمنا النص القديم .

اما إذا أمكن التوفيق بين النصين القديم والجديد ، فلا يعتبر أن النص اللاحق قد ألغى السابق ، وإنما يطبقان معا كل منهما بالنسبـة للحالات التي تتناولها أحكامه . ومثال ذلك أن يكون النص القديم نصا عاما والنص الجـديد نصا خاصا ، فيعتبر النص الخاص بمثابة استثناء من النص العام ويعمد الى تطبيقه بالنسبة للامور التي جـاء لتنظيمها ، ثم يطبق النص العام فيما عدا ذلك .

الحالة الثانية : إذا كان التشريع اللاحق ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده التشريع القديم ، فيعتبر أن التشريع اللاحق قد حل محل التشريع القديم وألغاه ، وإن لم ينص صراحة على هذا الالغـاء .

وفي الواقع ، حين يعمد المشرع الى وضع تشريع جديد ينظـم بصورة كاملة شاملة موضوعا من الموضوعات ، فمعنى ذلك أنه أراد أن يستغني عن التشريع السابق الذي ينظم هذا الموضوع وأن يستعيض

التشريعي يمكن الاحتجاج به وطلب تطبيقه في كل وقت ما دام المشرع لم يعمد الى الغائه ، لانه يظل قائما وساري المفعول ولو أهمل استعماله أو نشأ عرف مخالف له .

أنواع الالغـاء :

نصت المـادة الثانيـة من القانون المدني المشار إليها آنفا على ما يلي :

« لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الالغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع النص التشريعي القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع » .

فهناك بحسب هذه المادة نوعان من الالغاء : الالغاء الصريح ، والالغاء الضمني .

الالغاء الصريح : يكون هنالك الغاء صريح (Abrogation expresse) حين يتضمن التشريع الجديد نصا يقضي بالغاء التشريع السابق أو بالغاء بعض مواده ، وهذا الالغاء هو أبسط أنواع الالغاء وأشدها وضوحا وأكثرها استعمالا إذ أن أغلب التشريعات تتضمن عادة نصا خاصا يقضي بالغاء أحكام التشريعات المخالفة لها أو التي جاءت لتحل محلها .

ولعلنا نستطيع أن نعتبر من صور الالغاء الصريح أيضا الحالة التي يحدد فيها التشريع أحيانا المدة التي يطبق خلالها ، إذ يعتبر التشريع حين انقضاء هذه المدة بحكم الملغى صراحة استنادا الى نصه نفسه ، وذلك كما لو نص التشريع مثلا على أن الاحكام التي يتضمنها تطبق خلال مدة سنة فقط ، فحين انتهاء هذه السنة يتوقف العمل بهذا التشريع ويعتبر بحكم الملغى صراحة استنادا الى نصه نفسه الذي يحدد مدة العمل بأحكامـه .

للقراءة

تعريف التشريع وسنه :

نقد المدرسة التاريخية للتشريع : ذكرنا أن المدرسة التاريخية تنتقد التشريع وترجح عليه العرف باعتباره أكثر ملاءمة لتطور المجتمع وتعبيرا عن حاجاته ، ويقول زعيم هذه المدرسة الفقيه سافيني (Savigny) في هذا الصدد :

« إن التشريعات من شأنها أن تحدد القانون على الحالة التي يكون عليها حين وضعها ، فهي تؤدي الى جموده وتحرمه من كل ما يؤدي إليه تطور الزمن والعلم من تحسينات ضرورية متتالية » . انظر :

Beudant, Le droit individuel et l'Etat, 191.

وقد رد الاستاذ بودان (Beudant) في كتابه الذي نقلنا منه هذا المقطع ردا مفصلا على هذا الرأي ، مبينا أن التشريعات لا تحول دون التقدم والتطور وإنما هي تمثل مراحل متتالية من مراحلهما .

الاصدار والنشر : الاصدار والنشر هما مرحلتان مختلفتان من مراحل تكوين التشريع ، ومن الضروري عدم الخلط بينهما . وفي هذا يقول الاستاذ كابيتان (Capitant) مثلا :

« الاصدار هو ، كما قيل ، بمثابة شهادة الميلاد للتشريع ، فهو يجعل وجوده أكيدا ورسميا وغير متنازع فيه ، كما أنه يمنح التشريع القوة الالزامية التي لم يكن يتمتع بها قبل ذلك .

والتشريع بعد الاصدار يكون قابلا للتنفيذ ، ولكن من الضروري

عنه بالتشريع الجديد • وعلى هذا ، لا تطبق أحكام التشريع السابق ، حتى تلك التي لا تتعارض مع التشريع الجديد ، لان الالغاء الضمني لا يستنتج هنا من التعارض بين النصوص القديمة والجديدة ، ولكن من مجرد تنظيم الموضوع السابق تنظيما جديدا شاملا • فهذا التنظيم الجديد الشامل للموضوع نفسه يستنتج منه أن التشريع السابق الذي كان ينظمه قد ألغي ضمنا برمته : سواء منه الاحكام التي تتعارض مع التشريع الجديد أو التي لا تتعارض •

ومن أمثلة هذا النوع من الالغاء حالة الدستور السوري الذي صدر عام ١٩٥٠ ، فهو — بالرغم من أنه لم ينص صراحة على الغـاء الدستور السابق له — يعتبر قد ألغاه ضمنا ، حتى بالنسبة لما يتضمنه من أحكام لا تعارض أحكامه ، لان وضع دستور جديد للبلاد يستدل منه ضمنا أن هذا الدستور هو وحده الذي يجب أن يتبع وأنالدستور السابق قد الغي ، ولو لم يكن الامر كذلك لما كانت هنالك حاجةلاصدار دستور جديد ولاكتفي فقط بمجرد تعديل الدستور السابق •

ويلاحظ في أغلب الاحيان أن التشريع اللاحق الذي يصدر لينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده تشريع قديم يتضمن عادة نصا صريحا بالغاء هذا التشريع القديم • ولا شك أن الالغاء الصريح في مثل هذه الحالة لا ضرورة له ، إذ أن التشريع اللاحق ، ولو لم ينص صراحة على الغاء التشريع السابق ، يعتبر أنه قد ألغاه ضمنـا لمجرد تنظيمه الموضوع الذي كان ينظمه ذلك التشريع تنظيما جديدا •

السابقين) • أما من حيث المبدأ ، فإن مهمة السلطة التشريعية تقتصر على إصـــدار القواعد القانونية العامة والمجردة لا الاحكام الفردية الخاصـــة •

القانون والدستور والانظمـــة :

رقابة القضاء لدستورية التشريع : انظر بالنسبة لهذا البحث المقالات التاليـــة :

الدكتور منير العجلاني : الرقابة القضائيةعلى دستوريةالقوانين — مجلة القانون لعام ١٩٥٦ — ص ١٣١ •

الدكتور مكرم القوتلي : رقابة القضاء على دستورية القوانين — مجلة القانون لعام ١٩٥٧ — ص ٤١ ، ومجلة نقابة المحامين بدمشـــق لعام ١٩٥٧ — عدد ١ — ص ١ •

الاستاذ مصطفى البرادعي : رقابة المحاكم لدستورية القوانين — كتاب المؤتمر الرابع لاتحاد المحامين العرب ــ ص ٢٢٨ •

الدكتور سيد صبري : الرقابة على دستوريـــة القوانين — كتاب المؤتمر الرابع لاتحاد المحامين العرب — ص ٢٤٥ •

الدكتور عدنان القوتلي : رقابة القضاء على التشريـــع : مجلة الحق اللبنانية — السنة الاولى ــ عدد ٧ و ٨ ص ٢٣ •

الاستاذ ادمون نعيم : مراقبة دستورية القوانين — مجلة المحامي اللبنانية — ١٩٥٨ — ٢٦ •

وانظر أيضا البحث المتعلق بهذا الموضوع في كتب القـــانون الدستوري ومنهـــا :

الدكتور مصطفى البارودي : الحقوق الدستورية ــ جزءا — طبعة ١٩٥٢ — ص ٢٦٥ •

أيضا ليصبح ملزما اعلام من يهمهم الامر به ، وهذا هو دور النشر » •
انظر : Capitant 17 .

وللقضاء الفرنسي قرارات متعددة في التفريق بين الاصدار والنشر، نذكر منها على سبيل المثال القرار التالي :

Cass. (ch. réun.), 22 juin 1874, D. P. 1847, 1, 322, Sirey, 1874, 1, 336.

مضمون التشريع : قلنا ان التشريع عبارة عن القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية المختصة في نصوص مكتوبة ووفقا لاصول معينة •

فالتشريع يجب أن يتضمن إذن قواعد قانونية • ومن صفات القاعدة القانونية ، كما رأينا عند تحليلها ، أن تكون عامة ومجردة ، أي أن تتناول الاشخاص بصفاتهم لا بذواتهم ، وأن يشمل تطبيقها جميع الحالات التي تتوافر فيها الشروط المنصوص عليها في هذه القاعدة ، لا حالة أو حادثة معينة •

غير أن من الممكن ، مع ذلك ، أن يصدر المشرع أحيانا بعض التشريعات التي لا تتضمن قواعد قانونية بالمعنى الذي بيناه ، بل أحكاما خاصة بأفراد معينين • ومثال ذلك القانون رقم ٢٣٣ الصادر بتاريخ ١٨/٤/١٩٥٦ والمرسوم التشريعي رقم ٢١ المؤرخ في ٩/٦/١٩٦٢ (وقد قضى الاول منهما بقبول أولاد المرحوم سليمان المعصراني ، والثاني بقبول أشقاء الشهيد جول جمال في مدارس الدولة ومعاهدها بصورة مجانية) •

ويلاحظ أن السلطة التشريعية لا تصدر مثل هذه التشريعات إلا في حالات استثنائية ولاسباب وجيهة ، كالرغبة في تقدير الخدمات الوطنية والتضحيات التي قام بها شخص من الاشخاص (كما في المثالين

إنما يتعلق بحالة نظر القضاء في أمر هذه الدستوريـة بطريق الدفع (Par voie d'exception) لا بطريـق الدعوى (Par voie d'action) فإذا اقيمت دعوى أمام القضاء يطلب إليه فيها النظر في أمر مخالفـة التشريع للدستور واصدار الحكم الذي يترتب على وجود هذه المخالفة (كأن يقضي مثلا بابطال التشريع أو تعديله أو اعادته الى السلطة التشريعية لتصحيحه أو نحو ذلك) ، فان القضاء لا يملك في هذه الحالة أن يبت في موضوع هذه الدعوى ، إذا لم يكن قد عهد إليه بأمر رقابة دستورية التشريع بنص خاص ، لان عمله هذا يعتبر من قبيل التدخل السافر في أعمال السلطة التشريعية . أما إذا لم ترفع دعوى أصلية الى القضاء موضوعها النظر في دستورية تشريع من التشريعات ، وإنما كانت هنالك دعوى تتعلق بأمر من الامور المدنية أو التجارية أو الجزائية أو نحو ذلك ، وطلب أحد الخصوم تطبيق تشريع معين في هذه الدعوى ، فدفع الخصم الآخر طلبه هذا مطالبا بدوره بعدم تطبيق ذلك التشريع عليه بحجة مخالفته للدستور ، فهنا يكون الخلاف حول حق القضاء في الاستجابة لهذا الدفع والنظر بأمر دستورية التشريع المشار اليه ليقرر الامتناع عن تطبيقه إذا ثبت له وجود المخالفة الدستورية فيه .

موقف القضاء اجمالا من مسألة رقابـة دستوريـة التشريـع :

ذكرنا أن القضاء العادي يرفض ، بصورة عامة ، الاعتراف لنفسه بحق رقابة دستورية التشريع بينما يعترف القضاء الاداري لنفسه بهذا الحق .

ونشير في هذا المجال الى قرار لمحكمة استئناف مصـر الاهلية تخالف فيه ما ذهبت إليه محكمة مصر الابتدائية الاهلية في قرارهـا الصادر بتاريخ ١٩٤١/٥/١ حول حقها في مراقبة دستورية التشريع . وقد جاء في قرار محكمة الاستئناف هذا ما يلي :

« ومن حيث أن هذه المحكمة ترى — خلافا لما ذهبت إليه محكمة

موقف القضاء اجمالا من مسالة رقابة دستورية التشريع :

لقد أعطينا عن المسألة صورة مبسطة جدا توخيا للسهولة والايجاز ، إلا أن هنالك في الواقع بعض الملاحظات التي تجدر الاشارة إليها في هذا المجال ، وهي :

١ — إن الخلاف حول حق القضاء في مراقبة دستورية التشريع إنما ينحصر في حالة مخالفة التشريع للدستور من حيث الموضوع لا من حيث الشكل . أما إذا كانت هذه المخالفة من حيث الشكل (وذلك في حال عدم توافر الاصول والشرائط الشكلية التي يحددها الدستور في التشريع ، كأن يصدر التشريع مثلا عن رئيس الجمهورية دون أن يحوز على أغلبية الاصوات اللازمة لاقراره في مجلس الشعب) فلا خلاف في أن للمحاكم على اختلاف أنواعها الحق في هذه الحالة في الامتناع عن تطبيق التشريع ، لان التشريع لا يكون واجب الاحترام والتطبيق إلا إذا كان مستوفيا لشرائطه الشكلية التي يتم بها وجوده واعتباره ، أما إذا خالف الشرائط والاصول التي نص عليها الدستور فيعتبر كأنه لم يوجد أصلا ولا يرغم أحد على العمل به .

٢ — إن الخلاف حول حق القضاء في مراقبة دستورية التشريع إنما يبدو في حالة كون الدستور الذي يخالفه التشريع من حيث الموضوع من الدساتير الصلبة (أي لا يتم تعديلها إلا بأسلوب خاص يتميز عن الاسلوب الذي يتم به سن التشريعات العادية) . أما إذا كان الدستور من الدساتير المرنة (أي التي تعدل بالاسلوب نفسه الذي يتم به سن التشريعات) فيعتبر أن التشريع المخالف لهذا الدستور قد عدله ، وبذلك لا يعود هنالك تعارض بينهما يستوجب مراقبة القضاء لدستورية هذا التشريع .

٢ — إن الخلاف حول حق القضاء في مراقبة دستورية التشريع

الشارع عند اصداره القوانين ومن القاضي عند تطبيقه إياها على حد سواء » . انظر : قرار المحكمة الادارية العليا في مجلس الدولة الصادر بتاريخ ١٩٦٠/٤/٢٦ والمنشور في مجلة نقابة المحامين بدمشق — ١٩٦٠ — عدد ٢ — ص ٦ .

تفسير التشريع :

انظر بالنسبة لهذا البحث مقالا للاستاذ جورج سيوفي بعنوان : تفسير القوانين ، وهو منشور في مجلة الحق اللبنانية — السنة الثانية — ص ٥ .

أما في اللغة الفرنسية فالمراجع كثيرة نذكر منها :

Bonnecase : L'Ecole de l'exégèse, éd. 1919.

Gaudemet : L'Interprétation du code civil en France depuis 1804, éd. 1935.

Geny : Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 vol. ed., 1932.
Science et technique ..., 4 vol. éd. 1915 - 1924.

انواع التفسير : من أمثلة التفسير التشريعي القانون رقم ٢ تاريخ ١٩٥٤/١١/٢٣ والقانون رقم ٤ تاريخ ١٩٥٤/١٢/٢٥ . ويتضمن الاول منهما تفسيرا للنص الوارد في قانون الانتخابات العامة السابق والقاضي بأن يكون المرشح للنيابة محسنا القراءة والكتابة ؛ كما يتضمن الثاني تفسير عبارة وردت في القانون الاول .

أما أمثلة التفسير القضائي (وكذلك الفقهي والاداري) فلا حصر لها ، إذ هي تشمل جميع ما يصدر عن القضاة من اجتهادات .

مدارس تفسير التشريع : انظر بالنسبة لمدرسة الشرح على المتون مؤلف الاستاذ بونكاز (Bonnecase) المشار إليه آنفا ، ومؤلفات

أول درجة — أن المحاكم غير مختصة بالفصل في دستورية القوانين وعدم دستوريتها إلا من حيث الشكل ، وأن عليها أن تتحقق من أن الاوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور لنفاذ القانون المطلوب منها تطبيقه قد استوفيت ، فإذا ما تحقق لديها ذلك وجب عليها تطبيقه دون البحث في مطابقته أو عدم مطابقته للمبادىء المقررة في الدستور نصا أو روحا • وذلك لان مبدأ الفصل بين السلطات مبدأ مقرر في الدستور المصري •• وهذا الفصل يستتبع استقلال كل سلطة في عملها عن غيرها من السلطات وعدم خضوعها لمراقبتها واشرافها كما يقضي بعدم تدخلها في عمل ليس من المبين بالدستور » • انظر : محاضرة الدكتور سيد صبري المشار إليها آنفا ص ٢٧٨ •

ونشير أيضا الى القرار الصادر عن محكمة التمييز السورية (محكمة النقض) بتاريخ ١٩٣٧/١٢/٧ والذي ذكره الاستاذ عدنان القوتلي في الحاشية رقم ٢ من الصفحة ٢٣٠ من كتابه •

أما بالنسبة للقضاء الاداري ، فهنالك قرارات متعددة صادرة عنه تؤكد جميعها حق القضاء في رقابة دستورية التشريع ، ونكتفي بأن نشير منها الى قرار صادر عن المحكمة الادارية العليا في مجلس الدولة ، وقد جاء فيه :

« ••• ويستتبع ذلك أنه إذا تعارض قانون عادي مع الدستور في أية منازعة من المنازعات التي تطرح على المحاكم فقامت بذلك لديها صعوبة مثارها أي القانونين هو الاجدر بالتطبيق ، وجب عليها عند قيام هذا التعارض أن تطرح القانون العادي وتهمله وتغلب عليه الدستور وتطبقه بحسبانه القانون الاعلى الاجدر بالاتباع • وإذا كان القانون العادي يهمل عندئذ فمرد ذلك في الحقيقة الى سيادة الدستور العليا على سائر القوانين ، تلك السيادة التي يجب أن يلتزمها كل من

دون أن يعمد الى التوسع في تفسير نصوصه ، وإنما بطريقة البحث العلمي الحر التي ينادي بها • انظر :

Gaudemet, l'œuvre de Saleilles et l'œuvre de Geny, dans «Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny», tome 2, ch. 1, p. 6.

والقاضي أو الفقيه إذا كان حرا في البحث عن الحلول الملائمة للحاجات والامور المتجددة فإن حريته ليست مطلقة وإنما هي مقيدة بأن يكون بحثه موضوعيا أو علميا لا كيفيا • وفي هذا يقول الاستاذ جني : « ••• ولهذا يبدو لي أن عمل القاضي يمكن أن يسمى بالبحث العلمي الحر • فهو بحث حر لانه لا يخضع هنا لتأثير أية سلطة وضعية، وهو بحث علمي في نفس الوقت لانه لا يمكن أن يجد أسسه المتينة إلا في العناصر الموضوعية التي يكشفها له العلم » انظر :

Geny, Méthode d'interprétation et sources. p. 78.

ونحن نعلم ، من دراستنا لمذهب جني عن العلم والصياغة ، أن العناصر الموضوعية التي يكشفها العلم هي الحقائق الواقعية والتاريخية والعقلية والمثالية التي أشرنا إليها آنفا • فالقاضي ، حين يضطر بحسب مذهب جني الى البحث العلمي الحر ، عليه ألا يدع لمعتقداته الشخصية مجالا للتأثير عليه ، بل من واجبه أن يكون موضوعيا فيبني حلوله على هذه الحقائق التي يكشفها له العلم ويحاول أن يستلهمها من روح التشريع القائم •

رأي المذكرة الايضاحية للقانون المدني في تفسير التشريع :

جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري ، وهو الذي أخذ عنه القانون المدني السوري ، ما يلي :

« ••• وليس للتشريع في حكم هذه الفقرة ذلك السلطان الجامع

فقهاء هذه المدرسة وهم الاغلبية الساحقة من الفقهاء الفرنسيين خلال القرن الماضي •

وأما بالنسبة للمدرسة التاريخية فقد شرح الاستاذ سالي مبادئها في عـدد من الابحـاث أهمهـا : كتابـه عـن « اعـلان الارادة » (Saleilles, Déclaration de la volonté, ed. 1901) ومقدمته لكتاب الاستـاذ جني (Méthode d'interprétation et sources) .

وأما بالنسبة للمدرسة العلمية فقد أوضح طريقتها في التفسير وأقام أسسها الاستاذ جني في مؤلفاته التي أشرنا إليها ضمن مراجع هـذا البحث •

ويتفق الاستاذان سالي وجني في أنهما يأخذان بعين الاعتبار أثر الظروف الاجتماعية وتطور الحاجات في تفسير التشريع ، إلا أن الاستاذ سالي يرى أن يتلافى القاضي أو الفقيه قصور التشريع عن طريق التشريع نفسه وذلك بتفسيره تفسيرا واسعا جريئا يراعي فيه التطور الحالي لظروف المجتمع وحاجاته ، بينما يرى الاستاذ جني أن يحتفظ للنصوص التشريعية بمعناها الاصلي الذي أراده واضعوها ، على أن يعمد بالنسبة للحاجات والامور المتجددة الى ايجاد الحلول الملائمـة لها بطريقة البحث العلمي الحر •

وقد ذكرنا أن الاستاذ سالي يقول : من القانون المدني ، ولكن الى ما وراء القانون المدني • والواقع أن الاستاذ سالي يحور بعض الشيء في صياغة هذه العبارة ويرى أن يقال : الى ما وراء القـانون المدني ولكن من القانون المدني • وهو بذلك يرى أن يتجاوز القاضي أو الفقيه أحكام التشريع ولكن على أن يكون ذلك عن طريق التشريع نفسه ، خلافا للاستاذ جني الذي يأخذ بهذه العبارة بصيغتها الاصليـة التي توحي بضرورة البدء بالتشريع ثم تجاوزه بعد ذلك إذا دعت الحاجة

النكول عن القضاء • وهي تقتضيه في اجتهاده هذا أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتي خاص فتحيله الى مبادىء أو قواعد كلية تنسبها تارة الى القانون الطبيعي وتارة الى العدالة وتارة الى قانون الدولة أو الى القانون بوجه عام دون نعت أو تخصيص » • مجموعة الاعمال التحضيرية ص ١٨٨ •

يتبين لنا من هذه العبارات أن المذكرة الايضاحية لا ترى أن يتقيد القاضي في تفسيره للتشريع بمدرسة معينة من مدارس التفسير المختلفة ، وإنما هي تعترف بأهمية هذه المدارس جميعها وترى أن يؤخذ من كل منها بنصيب • فهي تعتمد على نصوص التشريع أولا ولكنها لا تذهب في ذلك الى حد المغالاة ولا تغفل أثر الظروف الاجتماعية في تحديد نطاق التشريع ومراميه ، كما أنها تتيح أيضا للقاضي ، حين تعوزه المصادر ، أن يبحث بنفسه عن الحلول الملائمة للقضايا التي تعرض عليه على أن يكون بحثه مبنيا على اعتبارات موضوعية لا ذاتية ، وذلك باستلهامه مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة •

الاعمال التحضيرية : ذكرنا أن الاعمال التحضيرية لا تفيد إلا على سبيل الاستئناس في تفسير التشريع ، وهي غير ملزمة للقاضي • كما أن من الثابت فقها وقضاء أن القاضي لا يستطيع عن طريق الاعمال التحضيرية أن يخالف النص الصريح الواضح في التشريع •

انظر في هذا المجال الامثلة التي أوردها الاستاذ الدكتور سليمان مرقس في الصفحة ١٩٧ من كتابه والتي يتبين منها ضرورة عدم الاخذ بالاعمال التحضيرية بالنسبة إليها وترجيح نص التشريع على هذه الاعمال لمخالفتها اياه • وانظر أيضا بعض الاجتهادات الفرنسية بهذا الشأن ، ومنها القرار التالي :

Civ., 22 nov. 1933, D. H. 1933, 2.

المانع الذي آمن به فقهاء الشرح على المتون في مطلع القرن التاسع عشر . وإنما هو من أهم مصادر القانون دون منازع ولا سيما في ظل نظام التقنين . ولذلك يخلق بالقاضي أن يلتمس الحكم الذي يطبق على النزاع في نصوص التشريع أولا ومتى وجد الحكم فيه أو استخلصه منه تعين أن يمضيه وامتنع عليه الاخذ بأسباب الاجتهاد .

ونصوص التشريع تسري على جميع المسائل التي ينسحب عليها حكمه سواء استخلص هذا الحكم من عبارة النص أم من روحه . وليس أدعى الى اسلاس تطبيق القواعد التشريعية وتيسير أسباب المرونة لها من تقصي روح النص إما بالرجوع الى مصادره التاريخية أو أعماله التحضيرية ، وإما باستنباط لوازمه أو بالكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالته بطرق التفسير المختلفة . والاشارة الى روح النص أو فحواه أفضل في هذا المقام من اشارة المادة (٣) من التقنين المدني الايطالي الصادر في سنة (١٩٣٨) الى نية المشرع . فهذه النية أمر مستتر ، يفترض وجوده في الغالب ، قد لا يطابق الحقيقة في كثير من الاحيان وقد لا يتاح الوقوف عليه في أحيان أخرى .

فالواقع أن النص متى خرج من يد واضعيه اتصل بالحياة وتفاعل معها وأصبح للظروف الاجتماعية في تحديد نطاقه ومراميه شأن يجاوز في خطره تلك النية التي تقدم ذكرها » . مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني ص ١٧٨ .

كما جاء في موقع آخر من المذكرة الايضاحية ، بالنسبة لحق القاضي في الرجوع الى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة ليقضي بموجبها حين فقدان المصادر الاخرى ، ما يلي :

« ... إلا أن الواقع أن هذه العبارات جميعا لا ترد القاضي الى ضابط يقيني وإنما هي تلزمه أن يجتهد برأيه حتى يقطع عليه سبيل

لما تقتضيه المصلحة ، ولما يتسع له التفسير من حلول تفي بحاجات البلد ، وتساير مقتضيات العدالة .. » مجموعة الاعمال التحضيرية ص ٣٢ .

فالمصادر الاجنبية التي أخذت عنها النصوص التشريعية غير ملزمة إذن في تفسيرها وإنما يرجع إليها على سبيل الاستئناس . ونلاحظ من الوجهة العملية أن المحاكم كثيرا ما تعمد الى تفسير النص التشريعي الغامض في ضوء النص الاجنبي الذي أخذ عنه (انظر على سبيل المثال : قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز (محكمة النقض حاليا) الصادر بتاريخ ١٨/٤/١٩٥٧ والمنشور في مجلة القانون لعام ١٩٥٧ ص ٣٥٢) .

بعض الامثلة القضائية حول تفسير التشريع : من بين الاجتهادات القضائية التي لا تحصى نكتفي بذكر القرارات التالية :

القرار رقم ٢١٥٦ الصادر عن الغرفة الجزائية لدى محكمة التمييز (محكمة النقض) بتاريخ ٢٠/١٢/١٩٥٨ والمنشور في مجلة القانون لعام ١٩٥٩ ص ١٨٣ (اللجوء الى الاستنتاج بطريق القياس والى حكمة المشرع) .

القرار رقم ١٠٦ تاريخ ٢٦/١١/١٩٤٩ الصادر عن محكمةالتمييز (محكمة النقض) والمنشور في مجلة القانون لعام ١٩٥٠ ص ٤ (عدم جواز اللجوء الى القياس لان النص ورد على سبيل الحصر) .

القرار رقم ٤٧٧ تاريخ ٨/١٠/١٩٦٢ الصادر عن محكمة النقض والمنشور في مجموعة المبادىء القانونية المقررة في محكمة النقض — الدائرة المدنية الاولى في أعوام ١٩٥٩ — ١٩٦٣ ، الجزء الاول ، ص ١٩٨ (عدم جواز اللجوء الى القياس لان النص استثنائي لا يمكن التوسع فيه .. ويعتمد القرار أيضا على الاستنتاج بالمفهوم المخالف) .

القرار رقم ١٠٣٩ الصادر في ١٤/٤/١٩٦٤ عن الدائرة الجزائية

هذا ويرى أغلب الفقهاء الانكليز عـدم اللجوء الى الاعمـال التحضيرية لتفسير التشريع • ويجاريهم في ذلك بعض الفقهاء الفرنسيين وخاصة الاستاذ كابيتان • انظر للاستاذ كابيتان المقال التالي :

Capitant, l'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires, D. H. 1935, chr.. p. 77.

أما أغلب الفقهاء الفرنسيين فلا يرون حرجا من اللجوء الى هذه الاعمال التحضيرية ، على أن يفرق بالنسبة إليها بين الاعمال التي هي أقرب الى التعبير عن نية المشرع (كالمذكرة الايضاحية مثلا) والاعمال التي تغلب عليها صفة الآراء الشخصية (كمناقشات أعضاء مجلس الامة أو نحوها) • فالاولى يمكن الاطمئنان إليها الى حد كبير في تفسـير التشريع ، أما الثانية فيشك كثيرا في أهميتها وقيمتها •

المصادر التاريخيـة : جاء في التقرير الذي وضعته حول مشروع القانون المدني المصري اللجنة التشريعية في مجلس النواب المصري سابقا ما يلي :

« ولا يسع اللجنة وهي تختتم تقريرها إلا أن تسجل الكلمة القيمة التي أدلى بها مندوب الحكومة بعد الانتهاء من بحث المشروع وهي :

إن النصوص التشريعية الواردة في هذا المشروع لها من الكيان الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها • ولم يكن الغرض من الرجوع الى التقنينات الحديثة أن يتصل المشروع بهذه التقنينات المختلفة اتصال تبعية في التفسير والتطبيق والتطور ، فإن هذا حتى ولو كان ممكنا ، لا يكون مرغوبا فيه ••• ولكل من القضاء والفقه ، بل على كل منهما عند تطبيق النص أو تفسيره ، أن يعتبر هذا النص قائما بذاته ، منفصلا عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعا

في الزمان — مجلة القانون لعام ١٩٥٢ ص ٢٧ ، ومجلة المحامي اللبنانية لعام ١٩٥٢ ص ٢٣ .

تنازع القوانين من حيث الزمان — مجلة القانون لعام ١٩٥٥ ص ٢٣ .

الاستاذ جورج سيوفي : تنازع القوانين في الزمان — النشرة القضائية اللبنانية لعام ١٩٥٦ ص ٤٩ .

الاستاذ درويش الحسن : رجعية القوانين — النشرة القضائية اللبنانية . لعام ١٩٥٨ ص ٤٦ .

الاستاذ خليل جريج : تنازع القوانين في الزمان — مجلة المحامي اللبنانية لعام ١٩٥٥ ص ٥ .

الاستاذ فتح الله أسيون : تنازع القوانين في الزمان — محاضرات نقابة المحامين في حلب لعام ١٩٤٧ — ١٩٤٨ ص ٣٢٧ .

الاستاذ نصرة منلا حيدر : تنازع القوانين الجزائية في الزمان والمكان — كتاب المؤتمر الرابع لاتحاد المحامين العرب ص ٥٥١ ، ومجلة نقابة المحامين بدمشق لعام ١٩٥٨ ص ٤٨ .

وانظر أيضا ، باللغةالفرنسية ، كتاب الاستاذ روبيه الشهير التالي :

Roubier : Le droit transitoire - Conflits des lois dans le temps 2e éd., 1960.

نظرية الحق المكتسب ومجرد الامل : هنالك عدة تعاريف للحق المكتسب ومجرد الامل تدور كلها حول معنى واحد ، هو المعنى الذي بيناه في هذا البحث . ونذكر من هذه التعاريف ، نقلا عن كتاب الاستاذ روبيه حول تنازع القوانين في الزمان المشار اليه آنفا ما يلي :

تعريف مرلان (Merlin) : « الحقوق المكتسبة هي الحقوق التي

العسكرية في محكمة النقض والمنشور في مجموعة اجتهادات الدائرة الجزائية العسكرية للنصف الاول من عام ١٩٦٤ ، ص ١٢٦ (اللجوء الى الاستنتاج بالمفهوم المخالف) .

القرار رقم ٤٩٠ تاريخ ١٤/١٠/١٩٦٢ الصادر عن محكمة النقض والمنشور في مجموعة المبادىء القانونية المقررة في محكمة النقض .. ؛ الجزء الثاني ، ص ١٠٦ (عدم صحة الاستنتاج بالمفهوم المخالف) .

القرار رقم ٤٩٨ تاريخ ١٩/٦/١٩٦١ الصادر عن محكمة النقض والمنشور في مجموعة المبادىء القانونية المقررة في محكمة النقض ... الجزء الاول ، ص ١٩٧ (الاستناد الى حكمة المشرع وغايته) .

القرار رقم ٤١ تاريخ ١٦/١/١٩٦١ الصادر عن محكمة النقض والمنشور في مجموعة المبادىء القانونية المقررة في محكمة النقض .. الجزء الثاني ، ص ١٧ (الرجوع الى الاعمال التحضيرية) .

القرار رقم ٨٣٦ الصادر عن محكمة استئناف بيروت بتاريخ ١٩/٦/١٩٥٣ والمنشور في مجلة القانون لعام ١٩٥٣ ص ٨٠٨ (الرجوع الى المصادر الاجنبية) . وينظر أيضا القرار المشار اليه آنفا في فقرة المصادر التاريخية .

القرار رقم ٢٤٨ تاريخ ٢٧/٤/١٩٦٣ الصادر عن محكمة النقض والمنشور في مجموعة المبادىء القانونية المقررة في محكمة النقض ... الجزء الاول ، ص ٨٦ (ترجيح النص الخاص على النص العام عند تعارضهما) .

تطبيق التشريع من حيث الزمان :

انظر بالنسبة لهذا البحث المقالات التالية :

الدكتور عدنان القوتلي : نظرية الحقوق المكتسبة وتنازع القوانين

أن نستخلص من مجموع هذه القرارات مفهوما عاما للحق المكتسب فلا نجد سوى أنه عبارة عن الحق الذي لا يمكن آن يمسه التشريع الجديد » انظر : Planiol et Ripert, p. 112 .

انظر أيضا الصفحة ١١٣ من كتاب الاستاذين بلانيول وريبير بالنسبه للحالات التي يصعب ادراجها في أي من زمرتي الحق المكتسب أو مجرد الامل ، وبصورة خاصة بالنسبة لمثال الاهلية الذي أشرنا إليه خلال البحث .

أما الاستاذ روبيه فينتقد نظرية الحق المكتسب ومجرد الامل نقدا مفصلا مبرهنا على عدم صحتها بعدد من الامثلة نكتفي بأن نذكر منها مثال الوصية الذي سبق أن أشرنا إليه .

يقول الاستاذ روبيه متسائلا — والتساؤل هنا يقصد به النقد — : « لو أن التشريع الجديد يلغي شكلا من أشكال الوصية المعترف بها بحسب التشريع السابق ، فهل يجب القول بأنه ، إذا لم تكن تركة الموصي قد فتحت بعد ، فالتشريع الجديد يسلب القوة الالزامية للوصيه التي أجريت سابقا ، باعتبار أن الوصية لا ينتج عنها حق مكتسب قبل وفاة الموصي ؟ » انظر : Roubier, op. cit. No. 36, p. 170.

نظرية الاستاذ روبيه : انظر بالنسبة لهذه النظرية الصفحات ١٧٧ وما بعدها من كتاب الاستاذ روبيه حول تنازع القوانين في الزمان وفيها دراسة مستفيضة عن المعيار الذي يأخذ به . ونقتطف من هذه الصفحات بعض المقاطع التي يلخص فيها الاستاذ روبيه نظريته :

« ... في هذه الاحوال ، من الواضح أن التشريع الجديد الذي ينظم شروط إنشاء (أو زوال) وضع قانوني لا يمكنه ، دون أن يكون ذا مفعول رجعي ، التصدي الى الوقائع السابقة لنفاذه ..

دخلت في حوزتنا والتي لا يستطيع أن ينزعها منا من آلت إلينا منه » .

تعريف شابو دي لاليه (Chabot de l'Allier) « يقصد بتعبير الحقوق المكتسبة تلك الحقوق التي كانت قد اكتسبت بصورة نهائية غير قابلة للنقض قبل صدور التشريع الذي يراد تطبيقه عليها للحد منها. ومن الواضح أن الحق الذي يمكن نقضه من قبل الشخص الذي أعطاه ليس حقا مكتسبا وإنما هو عبارة عن مجرد أمنية أو أمل » .

تعريف ديمولومب (Demolombe) : « الحق المكتسب هو الحق الذي أصبح فعلا ملكا لنا ، والذي نتمتع به دون أن يستطيع شخص آخر انتزاعه منـا » .

تعريف بودري لاكانتنري (Baudry - Lacantinerie) : « الحق المكتسب هو الحق الذي يخصنا ، والذي يدخل في ذمتنا المالية دون أن يمكن انتزاعه منا بفعل من آل إلينا منه أو بفعل أي شخص آخر » .

انظر بالنسبة لهذه التعاريف :

Roubier : op. cit., No. 23 et 26, p. 95 et 113.

نقد نظرية الحق المكتسب ومجرد الامل : انظر بالنسبة لهذا النقد كتاب الاستاذ روبيه المشار إليه آنفا ، ف ٣٦ ، ص ١٦٦ وما بعد ، وانظر أيضا بعض المراجع العامة التي أشرنا إليها وخاصة كتاب الاستاذين بلانيول وريبير ص ١١٢ و ١١٣ ، وننقل فيما يلي بعض المقاطع من هذين الكتابين :

يقول الاستاذان بلانيول وريبير : « مفهوم الحق المكتسب هو بحد ذاته مفهوم واضح ، ولكن يكفينا أن ننظر الى الاجتهاد القضائي لندرك أن هذا المفهوم لا يتوافق لديه مع المفهوم الذي أعطاه الفقهاء عنه . وليس له أي معنى محدد ... فالقرارات القضائية تردد دوما أن التشريع الجديد لا يمكنه أن يمس الحقوق المكتسبة ، ولكن إذا حاولنا

هذه المادة حذفت أيضا من النص النهائي للقانون المدني لورود حكمها في الدستور المصري السابق • ويتبين من هذه المادة المحذوفة ومذكرتها الايضاحية أن اللجنة التي وضعت المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كانت ترى أن « ثمة أوضاع يجب أن تظل من حيث تكوينها وآثارها خاضعة لسلطان التشريع القديم ولو أنه قد نسخ ، وفي طليعة هذه الاوضاع كل ما يرجع الى سلطان الارادة كالاحكام المتممة التي تطبق على العقد عند سكوت المتعاقدين • وثمة أوضاع لا يحول نشوؤها في ظل تشريع قديم دون سريان التشريع الجديد فورا في شأنها وأبرز مثل لهذه الاوضاع ما تغلب فيه مصلحة الدولة أو اعتبارات الآداب والنظام العام » •

انظر في هذا الصدد الصفحة ٢١٢ وما بعد من مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني وخاصة ص ٢١٥ و ٢١٦ •

بعض القرارات القضائية حول مسالة تنازع القوانين من حيث الزمان :

إن القرارات القضائية بالنسبة لهذه المسألة أكثر من أن تحصى ، فنكتفي بأن نشير هنا الى بعض ما صدر منها عن محكمة النقض السورية •

القرار الصادر بتاريخ ١٣/٤/١٩٥٠ عن الهيئة العامة لمحكمة التمييز السورية سابقا (محكمة النقض) — مجلة القانون لعام ١٩٥٠ ص ٣٩١ (بالنسبة لتطبيق قوانين الاصول المتعلقة بتعديل الاختصاص فورا على الدعاوى التي لا تزال قيد النظر) • وكذلك القرار الصادر بتاريخ ٢٧/٧/١٩٥٤ عن محكمة التمييز السورية سابقا في نفس الموضوع — مجلة القانون لعام ١٩٥٥ ص ٧٥٩ •

القرار الصادر عن الهيئة العامة لمحكمة التمييز السورية سابقا

أما إذا لم يكن الامر يتعلق بانشاء (أو زوال) وضع قانوني ، وإنما بتحديد الآثار التي تنشأ عن هذا الوضع فالمسألة سهلة : جميع الآثار التي نجمت عن هذا الوضع قبل التشريع الجديد تدخل في نطاق التشريع السابق ، ولا يمكن أن نخرجها منه إلا إذا جعلنا للتشريع الجديد مفعولا رجعيا • فإذا فرضنا أن وضعا قانونيا ينتج آثاره خلال مدة من الزمن فإن التشريع الجديد هو الذي ينظم الآثار التي ستنجم بعد نفاذه ، وليس في هذا سوى تطبيق لمبدأ الاثر المباشر ، ولكنه لا يستطيع أن يمس الآثار السابقة سواء بتعديلها أو بزيادتها أو بانتقاصها دون أن يكون له مفعول رجعي •• » انظر :

Roubier, op. cit., No. 39, p. 182 et 183.

انظر بالنسبة للعقود وعدم خضوعها حتى بالنسبة لآثارها المقبلة للتشريع الجديد الصفحات ٣٦٠ وما بعدها من كتاب الاستاذ روبيه •

تنازع القوانين من حيث الزمان بحسب المشروع التمهيدي للقانون المدني :

كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يتضمن عددا من المواد التي تبين حلول تنازع القوانين من حيث الزمان بالنسبة لطائفة من الامور منها ما يتعلق بالاهلية والوصاية والقوامة والالتزامات غير التعاقدية والتقادم وقوانين الاجراءات وأهلية التقاضي والتنظيم القضائي واختصاص المحاكم والاثبات والاحكام وآثارها • ولكن أغلب هذه المواد قد حذف بعد ذلك من النص النهائي للقانون تجنبا للتفصيل ، ولم يحتفظ منها إلا بالمواد المتعلقة بالاهلية والتقادم والادلة التي تعد مسبقا ، وهي التي أشرنا إليها خلال البحث •

كما أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري كان ينص في احدى مواده على المبدأ العام في تنازع القوانين من حيث الزمان ، ولكن

انظر : Capitant, 83 et84 وانظر أيضا : القرار التالي الصادر عن الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية :

Cass., ch. réun., 31 - 1 - 1901, D. P., 1901, 1, 169, Sirey 1902, 1, 157.

كما أن المذكرة الايضاحية للمشـروع التمهيدي للقانون المدني تشير الى عدم امكان الغاء التشريع بالعرف المخالف له بقولها « وغني عن البيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق » انظر : مجموعة الاعمال التحضيرية ص ١٩٦ •

هذا وقد ناقش الفقهاء مسألة الغاء التشريع بسبب تغير أو زوال الظروف التي دعت الى إيجاده ، ويرى الاستاذ كابيتان أن من الممكن أن نعتبر بصورة استثنائية جدا أن هنالك الغاء في هذه الحالة • انظر :

Capitant, 82

الالغاء الصريح والالغاء الضمني : جاء في المذكرة الايضاحيةلمشروع القانون المدني المصري ما يلي : « والاصل في نسخ التشريع أن يتم بنص صريح يتضمنه تشريع لاحق ، وهذا هو النسخ الصريح • إلا أن النسخ قد يكون ضمنيا • وللنسخ الضمني صورتان : فإما أن يصدر تشريع جديد يشتمل على نص يتعارض تعارضا تاما مع نص في التشريع القديم ، وفي هذه الحالة يقتصر النسخ على الحدود التي يتحقق فيها التعارض • وإما أن يصدر تشريع جديد ينظم تنظيما كاملا وضعا من الاوضاع أفرد له تشريع سابق ، وفي هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخا جملة وتفصيلا ولو انتفى التعارض بين نصوص هذا التشريع ونصوص التشريع الذي تلاه •• » انظر مجموعة الاعمال التحضيرية ص ١٩٦ •

بتاريخ ١٩٥٥/١٠/٢ — مجلة القانون لعام ١٩٥٦ ص ٩٢ (بالنسبة لعدم تطبيق التشريع الجديد المعدل للاختصاص إذا كان تاريخ نفاذه يبدأ بعد ختام المرافعة) ٠

القرار الصادر عن محكمة التمييز السورية سابقا بتاريخ ١٩٥١/٣/١٠ — مجلة القانون لعام ١٩٥١ ص ٢٥١ (بالنسبة للتقادم) ٠ وكذلك القرار الصادر بتاريخ ١٩٥٣/٢/٢٢ والقرار الصادر بتاريخ ١٩٥٣/٣/٢٩ — مجلة القانون لعام ١٩٥٣ ص ٣٤١ و ٤٣٩ ، وهما في الموضوع نفسه ٠

القرار الصادر عن محكمة التمييز السورية سابقا بتاريخ ١٩٥٥/٣/٢ — مجلة القانون لعام ١٩٥٥ ص ٤٦١ (بالنسبة لعدم سريان التشريع الجديد على العقود المبرمة قبل نفاذه) ٠ ويلاحظ في هذا القرار أن محكمة التمييز قد استندت الى فكرة الحقوق المكتسبة لتبرير عدم تطبيق التشريع الجديد ، كما يلاحظ أيضا أن محكمة الاستئناف قد تعرضت بصورة مفصلة في قرارها المطعون فيه لمسألة تنازع القوانين من حيث الزمان في نطاق العقود ٠

والقرار رقم ٢٠٨ تاريخ ١٩٥٩/٥/٢٦ الصادر عن محكمة النقض والمنشور في مجموعة المبادىء القانونية المقررة في محكمة النقض ٠٠٠، الجزء الاول ، ص ٢٠ (بشأن تطبيق التشريع القديم علي الوصية التي أجريت وتمت آثارها في ظل نفاذ أحكامه) ٠

الغاء التشريع :

عدم الاستعمال واثره في الغاء التشريع : هناك عدد من الاجتهادات القضائية الفرنسية التي تؤكد أن التشريع لا يلغى بعدم الاستعمال ، وقد أشار الى بعضها الاستاذ كابيتان في حاشية الصفحة ٨٤ من كتابه ٠

الفصل الثاني

المصادر غير التشريعية

LES SOURCES NON LEGISLATIVES

منهج البحث : تحدثنا في الفصل السابق عن التشريع وهو المصدر الاول من المصادر الرسمية للقواعد القانونية . ونخصص الفصل الحالي لدراسة بقية المصادر سواء منها المصادر الرسمية وهي العرف والشريعة الاسلامية ومبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، أو المصدران التفسيريان وهما الاجتهاد القضائي والفقه .

وعلى هذا ، فإن الفصل الحالي يتشعب الى الفروع التالية :

الفرع الاول : العرف .

الفرع الثاني : الشريعة الاسلامية .

الفرع الثالث : مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

الفرع الرابع : الاجتهاد القضائي والفقه .

انظر أيضا ، بالنسبة لتعارض النص العام مع النص الخاص ، القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بدمشق بتاريخ ١٩٥١/٨/١ والمنشور في مجلة القانون لعام ١٩٥١ ص ٢٠٩ ، وبحثا لنا بعنوان « النص العام والنص الخاص وأثر التناقض أو التعارض بينهما من حيث الالغاء » ، وهو منشور في مجلة « المحامون » السورية لعام ١٩٦٤ ، العدد الرابع ، ص ٣٢ .

جامعة دمشق Damascus University

وهـذه القواعد التي تصدر بشكل تشريعات تعتبر المصدر الاول للقـانون .

على أن العرف يعتبر من الوجهة التاريخية أشد قدما من التشريع ففي المجتمعات البدائية الاولى التي لم يبلغ التنظيم السياسي فيهـا مرحلة كافية كانت الاعراف هي السائدة بين الناس يتبعونها في معاملاتهم ويسيرون عليها في أمورهم وشؤون حياتهم ، ثم بدأ التنظيم السياسي يكتمل شيئا فشيئا ، وبدأت السلطات المختصة المنبثقة عنه تتولى أمر سن القواعد القانونية وفرضها على الناس ، فحل التشريع تدريجيـا محل العرف واحتل مكان الصدارة بين سائر المصادر .

مزايا العرف ومساوئـه :

لا شك أن للعرف كمصـدر من مصادر القانون بعض المزايـا الهامة ، وهذه المزايا هي التي حدت بالمدرسة التاريخية الى تبنيه وتقديمه على سائر المصادر الاخرى .

وأهم مزية يتمتع بها العرف هي أنه ، بسبب نشأته الخاصة عن طريق التعامل بين الناس ، يعتبر منبثقا عن المجتمع نفسه ، وهو يبدو بالتالي أشد المصادر ملاءمة لرغبات هذا المجتمع وحاجاته وأكثرهـا تمشيا معه في سيره وتطوره . كما أن الخضوع الى العرف يعتبر ، من جهة أخرى ، أكثر سهولة من الخضوع الى غيره من المصادر ، لان العرف لا يفرض على الناس فرضا من قبل هيئات خارجة عنهم وإنما هم الذين يخلقونه بأنفسهم ويتبعونه بمحض ارادتهم (فالتشريع مثلا ، وإن يكن يعتبر من الوجهة النظرية كأنه صادر عن الامة نفسها بواسطة الهيئات التشريعية المختلفة التي تمثلها ، يبدو من الوجهة العملية بالنسبة للافراد العاديين كأنه مفروض عليهم فرضا من قبل هذه الهيئات ، خلافا للعرف الذي يعتبرونه صادرا عنهم مباشرة) .

الفرع الاول

العرف
LA COUTUME

مكانة العرف بالنسبة لبقية المصادر — مزاياه ومساوئه — تعريفه
وعناصره — أثره بالنسبة لمختلف فروع القانون — مستند
قوته الالزامية — دور القضاء بالنسبة اليه — صلته
بالتشريع : توافق العرف مع التشريع ، تعارض
العرف مع التشريع

مكانة العرف بالنسبة لبقية المصادر :

اعتبر القانون المدني السوري العرف بمثابة مصدر ثالث من مصادر القانون يأتي في المرتبة بعد التشريع ومبادىء الشريعة الاسلامية . أما القانون المدني المصري فقد قدم العرف على مبادىء الشريعة الاسلامية معتبرا إياه المصدر الثاني ، وكذلك فإن العرف يأتي بالنسبة لاغلب الشرائع بعد التشريع مباشرة في المكانة والمنزلة والاهمية . وهذا ما يحدو بنا الى أن نقدم بحث العرف هنا على بحث مبادىء الشريعة الأسلامية ، بالرغم من أنه ، بالنسبة للقانون المدني السوري ، يعتبر متأخرا عنها .

وإذا كان تقديم العرف على مبادىء الشريعة الاسلامية أو تأخيره عنها محل خلاف بين القانونين السوري والمصري ، فان مما لا خلاف فيه أبدا أن العرف يعتبر متأخرا في المرتبة عن التشريع بالنسبة لاغلب الشرائع حاليا . ففي الدول المتمدنة هناك هيئات ومجالس مختصة تعود إليها مهمة التشريع في البلاد وسن القواعد القانونية الملزمة .

تعريف العرف وعناصره :

يطلق اسم العرف على القواعد التي درج الناس على اتباعها في أمورهم ومعاملاتهم ، والتي يعتبرون أنها ملزمة لهم من الوجهة القانونية .

أو هو بتعريف آخر : عادة يشعر الناس بأنها ملزمة لهم من الوجهة القانونية .

وللعرف ، كما يبدو من التعريف نفسه ، عنصران : مادي ومعنوي . أما العنصر المادي فهو وجود عادة أو تعامل بين الناس على وجه مخصوص ، وأما العنصر المعنوي فهو شعور الناس بأن هذه العادة أو هذا التعامل ملزم لهم من الوجهة القانونية .

العنصر المادي : إن العادة التي تنشأ بين الناس والتي تشكل العنصر المادي للعرف يجب أن تتوافر فيها الشروط التالية :

اولا ـ يجب أن تكون هذه العادة عامة ، أي أن تطبقها فئة كبيرة من الناس . وليس ضروريا أن تكون العادة شاملة بالنسبة للمواطنين جميعا . بل يكفي ان تطبقها فئة محدودة منهم كأبناء حرفة واحدة أو منطقة معينة ، وعلى هذا يمكن أن تنشأ هناك عادات مهنية أو محلية على أن تكون هذه العادات متبعة بصورة عامة من قبل أفراد المهنة أو المحلة التي تطبق فيها .

ثانيا ـ يجب أن تكون العادة قديمة ، ليمكن التأكد أن الناس قد درجوا عليها وأنها قد استقرت بينهم وليست أمرا عارضا .

ثالثا ـ يجب أن تكون العادة ثابتة مستقرة ، بحيث تتبع بصورة مستمرة لا متقطعة ويتأكد تعامل الناس بها وخضوعهم لها .

وهذه الشرائط الثلاث : العموم والقدم والاستقرار ، عبارة عن

على أن للعرف ، بالرغم من هذه المزايا ، مساوىء عديدة قد تفوقها • وهذه المساوىء هي عكس ما يتمتع به التشريع من مزايا ، وأهمها :

اولا ـ بطؤه في الانتشار وصعوبة تغييره ، فالعرف يتطلب فترة من الزمن ريثما يثبت ويستقر • وهو متى تأصل في المجتمع صعب انتزاعه منه واستبدال غيره به ، وهذا من شأنه أن يعيق تطور المجتمع نفسه •

ثانيا ـ صعوبة معرفته واثباته وتحديد تاريخه ، فالعرف لا يوجد في نصوص مكتوبة يمكن الرجوع إليها للتأكد من قواعده ومعرفة تاريخ بدء العمل بها أو زواله ، بل يجب الرجوع فيه الى التعامل الجاري بين الناس ، وقد يصعب غالبا استخلاص قواعد ثابتة أكيدة من هذا التعامل ، كما يصعب بصورة خاصة تحديد تاريخ صحيح لموعد بدء العمل بهذه القواعد أو انتهائه •

ثالثا ـ اختلاف الاعراف في الدولة الواحدة ، فالعرف لا يصدر عن هيئة عليا تتولى وضع قواعد موحدة لجميع أفراد الامة ، وإنما هو ينشأ عن تعامل الناس كما ذكرنا ، وهذا التعامل قد يختلف باختلاف الفئات التي يصدر عنها أو المناطق التي يطبق فيها مما يؤدي الى اختلاف القواعد القانونية وتعددها في الدولة •

وبالرغم من هذه المساوىء التي تضعف من قيمة العرف وتدعو الى تقديم التشريع عليه ، فلا تزال للعرف حاليا أهمية كبرى بين مصادر القانون وهو لا يمكن الاستغناء عنه ، لان التشريع لا يستطيع أن يحوي جميع القواعد القانونية اللازمة ، كما أن من المصلحة أحيانا ترك بعض الامور الى الاعراف لتنظيمها وايجاد القواعد الملائمة لها •

والتمييز بين العادة والعرف أمر دقيق يصعب تحديده ، إذا أن من العسير جدا في الواقع معرفة المرحلة التي يتوافر فيها للعادة العنصر المعنوي لتنقلب الى قاعدة عرفية • وكثيرا ما يخلط بين التعبيرين ويستعملان كمترادفين سواء من قبل المشرع نفسه أو من قبل القضاء •

إلا أن هنالك مع هذا بعض النتائج القانونية التي تترتب على التمييز بين العادة والعرف ، وهي تبنى جميعا على فكرة أن العرف يعتبر أحد مصادر القواعدالقانونية كالتشريع نفسه، بينما لا تعتبر العادةمصدرا لهذه القواعد وإنما تطبق أحيانا إذا تبين أن قصد المتعاقدين كان ينصرف الى تبنيها والاخذ بها •

أثر العرف بالنسبة لمختلف فروع القانون :

إن العرف ، بالرغم من اعتباره بصورة عامة أحد المصادر الرئيسية للقانون ، لا يطبق بصورة واحدة بالنسبة لجميع فروعه بل يختلف تأثيره بالنسبة اليها قوة وضعفا :

فبالنسبة لبعض فروع القانون ، كالقانون الجزائي مثلا ، لا مجال لتطبيق العرف أبدا ، بل التشريع هو وحده واجب التطبيق إذ لا جريمة ولا عقوبة بدون نص تشريعي •

وبالنسبة لفروع أخرى من القانون ، كالقانون الدولي العام مثلا، هناك مجال كبير جدا لتطبيق العرف ، إذ أن الاعراف الدولية تعتبر من أهم مصادر القانون الدولي العـام •

أما بالنسبة للقانون الخاص ، فإن أثر العرف قوي أيضا ، وتبدو أهميته بصورة خاصة في القانون التجاري أكثر منها في القانون المدني لان القانون التجاري يتطلب شيئا من المرونة والسهولة ، وهو لذلك

أمور موضوعية يقدرها قاضي الاساس ، فهو الذي يرى فيما إذا كان الامر الذي يسير عليه الناس يعتبر عاما بينهم وقديما ومستقرا بحيث يستحق أن يعتبر عادة ، أو إذا كانت بعض هذه الشرائط أو كلها لا تتوافر فيه • وتقدير قاضي الاساس في هذا المجال مطلق ولا مجال لمراقبته ، إذ ليست هناك حدود معينة للعموم والقدم والاستقرار يجب عليه أن يتقيد بها ، بل هو الذي يقدر ذلك بنفسه •

هذا ، وقد يمكن أن تضاف الى هذه الشرائط الثلاث شريطة رابعة ، وهي ضرورة عدم مخالفة العادة للنظام أو الآداب العامة ، فإذا خالفتهما (كعادة الاخذ بالثأر مثلا) لم تكن واجبة الاحترام •

العنصر المعنوي : لا بد لكي تعتبر العادة عرفا بالمعنى الصحيح من أن يتوافر فيها أيضا عنصر معنوي، وهو شعور الناس بأنها ملزمة لهم من الوجهة القانونية (Juridiquement obligatoire) .

وبهذا تفترق العادة (L'usage) عن العرف (La coutume) فالعرف ، كما ذكرنا ، عبارة عن عادة يشعر الناس بأنها ملزمة لهم من الوجهة القانونية ، أما إذا خلت العادة من العنصر المعنوي ، أي من شعور الناس بأنها ملزمة لهم من الوجهة القانونية ، فإنها تكون مجردة عادة لا عرفا •

ومن أمثلة العادات التي لم تبلغ مرحلة العرف ، لان الناس لا يشعرون بأنها ملزمة لهم من الوجهة القانونية ، عادة تقديم الهدايا في الافراح مثلا •

والعادة كثيرا ما تنقلب الى عرف ، وذلك حين يتوافر لها هذا العنصر المعنوي • فمثلا عادة دفع نسبة معينة لقاء الخدمة علاوة على الثمن أو الاجرة في المطاعم أو الفنادق قد يمكن أن تعتبر في كثير من البلاد بمثابة عرف لشعور الناس بأنهم ملزمون بذلك •

الثاني فيعتبرون أن الامة — وإن تكن في الاصل هي صاحبة الحق في التشريع وسن القواعد القانونية — قد تخلت عن هذا الحق الى الهيئات المختصة التي تمارسه باسمها ولا يجوز لها أن تعود الى ممارسته بنفسها ، بل ينحصر حق اقرار القواعد القانونية اللازمة بالمشرع نفسه، ولا تعتبر القواعد العرفية بمثابة قواعد قانونية إلا إذا أقرها المشرع صراحة أو ضمنا • فليس صدور هذه القواعد العرفية عن الامة هو الذي يكسبها صفتها الالزامية إذن ، وإنما قبول المشرع بها ورضاه •

دور القضاء بالنسبة للعرف :

القواعد العرفية عبارة عن قواعد تنشأ عن العادات والتعامل ، وهذه القواعد تظل مبهمة وغير محددة تماما الى أن تتبناها المحاكم وتأخذ بها وتطبقها •

وقد حسب بعض الفقهاء أن تطبيق القضاء للاعراف هو الذي يسبغ عليها صفتها الالزامية ويعتبر مستندا لها • فالقواعد العرفية ، بحسب هذا الرأي ، لا تعتبر قواعد قانونية بالمعنى الصحيح إلا بعد تطبيق المحاكم لها وتبنيها إياها لانها منذ ذلك الحين فقط تعتبر قواعد ملزمة • إلا أن الرأي الراجح والاكثر صوابا هو أن القواعد العرفية تعتبر قواعد قانونية ملزمة من قبل أن تطبقها المحاكم ، وليس تطبيق المحاكم لها هو الذي يسبغ عليها هذه الصفة ، بل ليس لهذا التطبيق من أثر إلا في اظهارها وبيانها • وبمعنى آخر ، ليس تطبيق القضاء للقواعد العرفية هو الذي يجعل منها قواعد قانونية بل هي تعتبر كذلك من قبل أن يطبقها القضاء ، والقضاء لا يطبقها إلا لانها عبارة عن قواعد قانونية•

صلة العرف بالتشريع :

إن الصلة بين العرف والتشريع إما أن تقوم على التوافق والتقارب أو على التعارض والاختلاف •

يرى أن يترك تنظيم الكثير من أموره الى ما ينشأ بين التجار من تعامل وأعراف .

مستند القوة الالزامية للعرف :

ما الذي يعطي العرف قوته الالزامية ويدعو الى اعتباره مصدرا من مصادر القانون ؟ أو بمعنى آخر لماذا تعتبر القواعد العرفية قواعد قانونية ملزمة ومن أين تستمد هذه الصفة ؟ .

لقد اختلفت الآراء في هذا الموضوع ، ولعلنا نستطيع أن نجمل أهمها في الرأيين التاليين :

الرأي الاول : العرف يستمد قوته الالزامية من نفسه باعتباره صادرا عن الامة مباشرة ، لان الامة هي صاحبة الحق الاصلي في التشريع وبامكانها أن تضع ما تشاء من القواعد القانونية مباشرة كما بامكانها أن تعهد بذلك الى الهيئات التشريعية المختصة .

فنشوء العرف في المجتمع واستقراره واطراده فيه يعتبر ، بحسب هذا الرأي ، دليلا على رضا أفراد المجتمع بهذا العرف رضاء ضمنيا ، وهذا الرضاء الضمني هو أساس قوته الالزامية .

الرأي الثاني : العرف يستمد قوته من ارادة المشرع الصريحة أو الضمنية ، لان المشرع هو صاحب الحق الوحيد بالتشريع نيابة عن الامة ، وقد حصر هذا الحق به فلا يجوز للامة أن تمارسه بنفسها إلا برضاه .

ووجه الاختلاف بين الرأيين ، أن الامة ، بحسب الرأي الاول ، تستطيع أن تنشىء ما تشاء من القواعد القانونية عن طريق الاعراف ، لانها هي صاحبة الحق الاصلي في التشريع وليست الهيئات التي تتولى التشريع فيها سوى هيئات ممثلة لها أو نائبة عنها . أما أصحاب الرأي

من القواعد التي نص عليها التشريع ، فما الذي يجب ترجيحه والاخذ به في هذه الحالة : القاعدة التشريعية أم العرف ؟

وقد سبق لنا أن تعرضنا لهذه المسألة حين البحث في الغاء التشريع ودور عدم الاستعمال في هذا الالغاء ، ونرى الآن أن نتناولها بشيء من التفصيل .

ومن الضروري قبل كل شيء أن نستبعد من نطاق بحثنا الحالة التي يقضي فيها التشريع نفسه بترجيح العرف المخالف لحكم القاعدة التي ينبناها على هذا الحكم ، فهنا لا شك في أن العرف هو الذي يتبع استنادا الى نص التشريع نفسه . ومن ذلك مثلا المادة (٤٣٢) من القانون المدني السوري التي تنص على أن « نفقات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك » ؛ فالقاعدة مبدئيا هي أن المشتري هو الذي يتحمل نفقات تسلم المبيع ، ولكن لو فرضنا أن العرف في منطقة من المناطق أو بالنسبة لمهنة من المهن يقتضي بأن يتحمل البائع والمشتري مناصفة نفقات تسلم المبيع مثلا فإن العرف هو الذي يتبع في هذه الحالة ويهمل حكم القاعدة الاصلية الذي يقضي بأن تقع النفقات على عاتق المشتري وحده ، وذلك استنادا الى المادة (٤٣٢) المذكورة نفسها التي توجب ترجيح العرف على الحكم الذي نصت عليه .

أما لو كان العرف يخالف قاعدة تشريعية دون أن ينص التشريع نفسه على ترجيحه عليها ، فهنا يجدر التفريق بين حالتين :

الحالة الاولى : أن تكون القاعدة التشريعية التي يخالفها العرف من القواعد الآمرة التي تتعلق بالنظام . وفي هذه الحالة يكاد يكون الاجماع منعقدا بين الفقهاء على ضرورة تطبيق القاعدة واهمال العرف ، لان القواعد التي تتعلق بالنظام العام تؤثر على المجتمع تأثيرا مباشرا ولا يجوز الحد منها عن طريق الاعراف أو غيرها .

توافق العرف مع التشريع : يبدو هذا التوافق بين العرف والتشريع في حالتين وهما :الحالة التي يستمد فيها التشريع قواعده من العرف ، والحالة التي يكمل العرف فيها أحكام التشريع •

الحـالة الاولى : إن الكثير من القواعد التشريعية مستمد في الواقع من العرف ، فالمشرع حين يعمد الى سن تشريعاته يحرص في أغلب الاحيان على أن يتبنى الاعراف السائدة التي أثبت التطبيق صلاحها ، فتنقلب القواعد التي تتضمنها هذه الاعراف من عرفية الى تشريعية ويستمر الناس على اتباعها لانهم ألفوها من جهة ولان التشريع قـد تبناها من جهة ثانية ، ويكون التوافق بذلك تاما بين العرف والتشريع •

الحـالة الثانية : إن التشريع لا يستطيع أن يتضمن جميع الاحكام التي يحتاج إليها الناس في أمورهم ومعاملاتهم ، بل إن الكثير من المسائل التفصيلية قد يترك أمر تنظيمه الى العرف ، الذي يكمل التشريع في هذه الحالة ويسد النقص فيـه •

والتشريع نفسه يقر للعرف بهذه السلطة ويعتبر أن القواعد العرفية تقوم مقام القواعد التشريعية حين فقدانها • فالمادة الاولى من القانون المدني تجعل العرف ، كما نعلم ، مصدرا من مصادر القواعد القانونية التي يلجأ إليها القاضي في حال عدم وجود نصوص تشريعية يمكن تطبيقها ، كما أن هناك ، بالاضافة الى هذه المادة ، كثيرا من المواد التشريعية الاخرى التي تحيل على العرف بنص خاص بالنسبة لبعض الموضوعـات •

والتشريع حين يحيل على العرف كأنما هو يتبنى قواعده ويقرها ، وبذلك نجد أن التوافق تام بينهما في هذه الحالة ، لان تطبيق العرف هنا ما هو في الواقع إلا عبارة عن تطبيق للتشريع نفسه الذي يحيل عليه •

تعارض العرف مع التشريع : قد ينشأ هناك عرف مخالف لقاعدة

إليه لا الى القاعدة التشريعية المفسرة • وحينئذ يطبق هذا العرف بدلا من القاعدة إذ يفترض أنه أصدق تعبيرا عن ارادة المتعاقدين •

الرأي الثاني : وفيه ترجح القاعدة التشريعية التكميلية أو المفسرة على العرف الذي يخالفها • وحجة أصحاب هذا الرأي أن نص التشريع مقدم على العرف ، لان العرف لا يجوز تطبيقه إلا في حالة عدم وجود نص تشريعي (أو إذا قضى التشريع نفسه بترجيحه على القاعدة التي جاء بها) ، أما إذا وجد هناك نص تشريعي وعرف مخالف فإن النص التشريعي هو الذي يطبق أولا ، استنادا الى نص المادة الاولى من القانون المدني ، ولا عبرة لهذا العرف المخالف ما لم ينص التشريع نفسه على ترجيحه • ويضيف أصحاب هذا الرأي لى قولهم هذا حجة ثانية ، وهي أنه إذا جاز لنا أن نهمل القاعدة التشريعية وأن نطبق العرف المخالف لها ، فإن هذا يعتبر كأنه الغاء للقاعدة التشريعية بالعرف المخالف، وهو يناقض ، كما يبدو ، المادة الثانية من القانون المدني السوري التي تنص على أنه « لا يجوز الغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ••• » ، والتي يستنتج منها ، كما تقول المذكرةالايضاحية ، « عدم جواز نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق » •

ولنحاول الآن أن نوضح كلا من هذين الرأيين بالمثال التطبيقي التـالي :

بينت المادة (٥٣٥) من القانون المدني السوري بعض الالتزامات المترتبة على المؤجر بالنسبة للشيء المأجور ، ومن ذلك ما نصت عليـه الفقرة الثانية منها مثلا من أن على المؤجر « أن يجري الاعمال اللازمة للاسطح من تجصيص أو بياض وأن يقوم بنزح الآبـار والمراحيض ومصارف الميـاه » •

هذه القاعدة ليست من النظام العام بل هي تكميلية أو مفسرة ،

وعلى هذا ، لو فرضنا مثلا أن العرف قد جرى في بلد ما على أن الفائدة تكون بمعدل ١٢٪ من قيمة القرض بينما تقضي القاعدة التشريعية بألا تتجاوز ٩٪ ، فإن هذا العرف لا يجوز اعتباره وتعتبر كل فائدة تزيد عن الحد المذكور باطلة لمخالفتها قاعدة آمرة من النظام العام.

الحالة الثانية : أن تكون القاعدة التشريعية التي يخالفها العرف من القواعد التكميلية أو المفسرة . وفي هذه الحالة يجب التفريق بين ما إذا كانت مخالفة العرف للقاعدة التشريعية واقعة في الامور التجارية أو الامور المدنيـة .

ففي الامور التجارية : إذا خالف العرف القاعدة التشريعية التكميلية أو المفسرة ، وجب الاخذ بالعرف وإهمال القاعدة التشريعية استنادا الى نص المادة الرابعة من قانون التجارةالسوري التي تقضي بأن « على القاضي ، عند تحديد آثار العمل التجاري ، أن يطبق العرف المتوطد إلا إذا ظهر أن المتعاقدين قصدوا مخالفة أحكام العرف ، أو كان العرف متعارضا مع النصوص التشريعية الالزامية » . فمن هـذا النص يمكن أن نستنتج بمفهوم المخالفة أن العرف إذا لم يكن متعارضا مع النصوص التشريعية الالزامية ـ والمقصود بهذا التعبير هنا النصوص الآمرة ـ وإنما كان متعارضا فقط مع النصوص التشريعية التكميلية أو المفسرة ، فان من الواجب تطبيقه .

اما في **الامور المدنية :** فهناك رأيان :

الرأي الاول : وفيه يرجح العرف المخالف للقاعدة التشريعيـة التكميلية أو المفسرة على هذه القاعدة . وحجة أصحاب هذا الرأي أن القاعدة المفسرة إنما تطبق على اعتبار أنها تفسر ارادة المتعاقدين ، أي أنها تطبق لانه يفترض أن المتعاقدين قد أراداها ، ولكن ما دام قد وجد العرف المخالف ، فمن الاصح أن نعتبر أن ارادتهما قد انصرفت

الفرع الثاني

الشريعة الاسلامية

(LE DROIT MUSULMAN)

أثر الدين كمصدر للقواعد القانونية : أثر الدين المسيحي ، أثر الدين الاسلامي — لمحة موجزة عن التطور التاريخي للشريعة الاسلامية : عصر الرسول ، عصر التوسع والازدهار ، عصر الركود والجمود ، عصر الحكم العثماني ، أثر الشريعة الاسلامية كمصدر للقواعد القانونية في نظامنا الحالي

أثر الدين كمصدر للقواعد القانونية :

يعرف الدين بأنه « وحي من عند الله ينزل على نبي من أنبيائه لارشاد الناس في معاشهم وفي معادهم » ، أو هو بعبارة أخرى « كل ما يستمد من وحي القوة غير المنظورة وينسب إليها » . وهذا التعريف الاخير أعم من الاول إذ تدخل فيه الاديان كافة من سماوية منزلة ، أو غير سماوية كالبوذية مثلا .

وتحدد الاديان للانسان ثلاثة أنواع من الواجبات المترتبة عليه وهي : واجبه نحو ربه ، وواجبه نحو نفسه ، وواجبه نحو مجتمعه . والقواعد الدينية التي تبين واجبات الانسان في المجتمع ما هي في الواقع إلا عبارة عن قواعد قانونية دينية .

والاديان تختلف فيما بينها في مقدار الاخذ بهذه القواعد القانونية ، فمنها ما لا يحاول أن يتعرض لها إلا بصورة بسيطة جدا ،

إذ يجوز للمؤجر والمستأجر ، بحسب الفقرة الرابعة منها ، أن يتفقا على خلاف ما جاء فيها من أحكام . كما أن هذه القاعدة لا تبين فيما إذا كان يجب ترجيح العرف المخالف لها عليها أم لا .

لنفرض الآن أنه نشأ في بلد من البلدان عرف مخالف لهذه القاعدة ، كأن يقضي هذا العرف مثلا بأن تقع نفقات تخصيص وبياض الاسطح على عاتق المستأجر لا المؤجر . ثم لنفرض أن خلافا نشب بين المستأجر والمؤجر حول هذه النفقات ، فما الذي نقضي به : هل نكلف المؤجر بأن يتحمل هذه النفقات استنادا الى نص المادة (٥٣٥) المذكورة ، أم نكلف المستأجر بذلك استنادا الى العرف ؟

بحسب الرأي الاول يطبق العرف ، إذ يفترض أن المتعاقدين — المؤجر والمستأجر — قد أرادا تبنيه عندما تعاقدا ، ويكون العرف في هذه الحالة مرجحا على القاعدة التشريعية لانه أصدق منها تعبيرا عن ارادة المتعاقدين .

أما بحسب الرأي الثاني فيجب تطبيق القاعدة التشريعية لا العرف ، إذ لا مجال لتطبيق العرف مع وجود نص تشريعي حول الموضوع (المادة الاولى من القانون المدني) ، كما أن في الاخذ بالعرف واهمال النص التشريعي في هذه الحالة نوعا من الالغاء لهذا النص بالعرف المخالف ، وليس من الجائز الغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق (المادة الثانية من القانون المدني) .

لعل هذا الرأي الثاني هو الاكثر انسجاما مع نصوص القانون المدني ، ولهذا يبدو لنا أن القاعدة التشريعية التكميلية أو المفسرة هي التي يجب أن ترجح على العرف المخالف لها ، إلا إذا تبين أن المتعاقدين قد قصدا فعلا حين التعاقد الى تبني العرف فيطبق هذا العرف حينئذ استنادا الى إرادتهما الضمنية .

لها صلة مباشرة بمعنى الحلال والحرام كأمور الزواج ونحوها .

وعلى هذا نشأت في البلاد المسيحية قواعد قانونية هي من وضع رجال الكنيسة ، ومن الطبيعي أن يحرص هؤلاء ، حين وضعهم لتلك القواعد ، على التقيد بالمبادىء الاخلاقية والمثل العليا التي تضمنتها تعاليم السيد المسيح . وقد استمرت كل من الكنيستين الغربية والشرقية بعد انفصالهما على التشريع وسن القواعد القانونية ، وكانت هذه القواعد هي السائدة في البلاد المسيحية خلال فترة طويلة من الزمن ، وبصورة خاصة خلال القرون الوسطى ، كما أن من الممكن اعتبارها من جملة المصادر التاريخية بالنسبة لكثير من التشريعات الغربية الحديثة ، ومن بينها القانون الفرنسي .

فهناك إذن قواعد قانونية تتضمنها الديانة المسيحية ، ولكن هذه القواعد لم تعرفها المسيحية منذ نشأتها الاولى ، وإنما هي من وضع رجال الكنيسة ، ولهذا يطلق عليها عادة اسم القانون الكنسي .

اثر الدين الاسلامي : لم يقتصر الاسلام على الدعوة الى عبادة الله وطاعته والحث على الفضيلة والصلاح ، وإنما جاء ناظما لامور الدنيا والآخرة معا ، وحاول منذ بداية عهده اقامة نظام اجتماعي وقانوني شامل يسير الناس عليه في دنياهم ويتبعونه في معاملاتهم وأمورهم . ولعل الحاجة كانت تدعو آنذاك الى ايجاد مثل هذا النظام ، بسبب ظروف البيئة والحياة الاجتماعية التي كانت تختلف عن الظروف التي أنزلت خلالها الديانة المسيحية .

فالاسلام يختلف إذن عن المسيحية في أن حركة التشريع فيه قد رافقت الدعوة الاسلامية نفسها منذ فجرها ، وليس عمل الصحابة والفقهاء فيما بعد سوى امتداد لهذه الحركة وتوسع فيها ، في حين تعتبر القواعد القانونية المسيحية في مجموعها تقريبا من عمل رجال

ومنها ما يحاول على العكس أن يتناولها بشيء من التفصيل • ولعل من المستحب أن نقارن في هذا المجال بين الدين المسيحي من جهة وبين الدين الاسلامي من جهة ثانية •

أثر الدين المسيحي : لعلنا نستطيع أن نقول ان المسيحية لم تحاول حين نشأتها تنظيم العلاقات الاجتماعية بين الناس وايجاد نظام قانوني لهم يسيرون عليه ، بل اكتفت بدعوتهم الى التمسك بالمثل العليا التي نادت بها وحثهم على الفضيلة والصلاح دون التعرض لامورهم الدنيوية وشؤون حياتهم • ولعل السبب في ذلك يعود الى أن القوم الذين أنزل اليهم الدين المسيحي كانت لهم من قبل قواعد قانونية يتبعونها وتنظم أمورهم ، وهي قواعد مستمدة في أغلبها من الديانة اليهودية التي كانت مقررة بينهم أو من الشريعة الرومانية ، فلم تكن هناك إذن من حاجة الى ايجاد نظام قانوني جديد لهم يتبعونه في أمور دنياهم ، بل كان هم المسيحية منصرفا الى اصلاح شؤون آخرتهم بتهذيب ما فسد من أهوائهم وحثهم على الفضيلة والاحسان ودعوتهم الى محبة الله وطاعته •

وفي أقوال السيد المسيح عليه السلام بعض ما يدل على ذلك ، ومنها جملته الشهيرة في أن يعطى « ما لله لله وما لقيصر لقيصر » ، وكذلك جوابه الى الشخص الذي جاءه شاكيا إليه أخاه وطالبا أن يأمره بمقاسمته الميراث بقوله : « يا انسان من أقامني عليكما قاضيا أو مقسما » •

وإذا كانت المسيحية لم تحاول حين نشأتها تنظيم العلاقات الاجتماعية بين الناس من الوجهة القانونية ولم تجد حاجة الى ذلك ، فإن الكنيسة قد حرصت ، منذ أن اشتد نفوذها وقوي سلطانها ، الى أن تتولى بنفسها تنظيم الكثير من هذه العلاقات وبصورة خاصة تلك التي

فعل أو تقرير (التقرير هو أن يرى الرسول صلى الله عليه وسلم أحد صحابته أو بعضهم يتصرفون على وجه من الوجوه فيقرهم عليه أو لا ينهاهم عنه) • وكان المسلمون ، كلما عرض لهم أمر من الامور ، يلجأون الى الرسول صلى الله عليه وسلم يسألونه عن الحكم الواجب اتباعه ، فيبين لهم هذا الحكم إما عن طريق القرآن الكريم أو الاحاديث الشريفـة •

عصر التوسع والازدهار : وهو يمتد خلال القرون الاولى للاسلام وحتى القرن الخامس للهجرة تقريبا ، وفيه نشطت الحركة الفقهية نشاطا كبيرا وانصرف العلماء والفقهاء الى استنباط الاحكام الشرعية ودراستها وتدوينها ، وكانت دراسه الفقه خلاله تعتبر من أهم أنواع الدراسات التي ينصرف إليها كل راغب في العلم •

ومن أهم خصائص هذا العصر ما يلي :

جمع القرآن جمعا صحيحا ، ومحاولة الكثيرين من الفقهاء جمع السنة والتحري عن صحتها وصدق روايتها • والقرآن والسنة يعتبران المصدرين الرئيسيين من مصادر الشريعة الاسلامية •

لجوء الفقهاء ، بالاضافة الى القرآن والسنة ، الى مصدرين آخرين هما : الاجماع والاجتهاد • والسبب في ذلك هو أن أحكام القرآن والسنة أصبحت محدودة بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم لعدم امكان الزيادة عليها ، بينما ظهرت هناك حاجات وعلاقات اجتماعيةجديدة أوجدتها الفتوحات الاسلامية فكان لا بد للفقهاء من اللجوء الى الاجماع والاجتهاد للبحث عن حلول لهذه الحاجات والعلاقات الجديدة •

وفي هذا العصر أيضا ظهرت مذاهب فقهية متعددة ، وعلى رأسها المذاهب الاربعة المعروفة : الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي ، كما

وفقهاء الكنيسة • ولعل من الملائم أن نقارن في هذا المجال قول السيد المسيح عليه السلام « يا انسان من أقامني عليكما قاضيا أو مقسما » بالآية القرآنية الكريمة التي تخاطب الرسول صلى الله عليه وسلم بقولها « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما » •

ولقد كان لاعتبار مهمة التشريع وتنظيم الحياة الاجتماعية من بعض أمور الدين نفسه الاثر الكبير في توسع الشريعة الاسلامية وانتشارها وايجاد ثروة فقهية غزيرة • وسنحاول الآن ، قبل أن نبين أثر الشريعة الاسلامية بالنسبة لنظامنا القانوني الحالي ، اعطاء لمحة تاريخية موجزة عن تطور هذه الشريعة ومراحلها الرئيسيـــة •

لمحة موجزة عن التطور التاريخي للشريعة الاسلامية :

من الممكن أن نقسم المراحل التي مرت بها الشريعة الاسلامية في تطورها الى أدوار متعددة لكل دور منها خصائصه ومميزاته • إلا أننا ، حرصا على الاختصار ، سنحاول أن نجمل هذه الادوار في الاربعـة الرئيسية التالية وهي : عصر الرسول صلى الله عليـه وسلم ، عصر التوسع والازدهار ، عصر الجمود والركود ، عصر الحكم العثماني •

عصر الرسول : لقد كان الرسول صلى الله عليه وسلم يتولى بنفسه جميع أمور الدولة الاسلامية التي أنشأها من دينية أو دنيوية • وكانت تعود اليه بصورة خاصة مهمة التشريـع والقضاء ، وبيان القواعـد القانونية التي يجب على الناس اتباعها •

والقواعد القانونية الاسلامية في هذا العصر كان لها مصـدران وهما القرآن والسنة • أما القرآن فهو الوحي المنزل على الرسول من عند الله ، وأما السنة فهي كل ما صدر عن الرسول نفسه من قول أو

القرن الماضي متضمنة الاحكام والقواعد القانونية المتعلقة بأمور المعاملات المدنية وفقا للمذهب الحنفي ، والتي كانت تعتبر بمثابة قانون مدني للدولة العثمانية كما سبق أن رأينا .

ثانيا ـ محاولة وضع تشريعات حديثة مستمدة من التشريعات الاجنبية . ويعتبر هذا الاتجاه نقطة تحول بارزة في تاريخ الشريعة الاسلامية ، فقد ظلت هذه الشريعة هي وحدها المطبقة في البلاد الاسلامية خلال عصور طويلة استمرت منذ بدء الدعوة حتى العهد العثماني ، ولكن تطور المدنية وتعقد أساليب الحياة من جهة وازدياد العلاقات والصلات مع البلاد الاجنبية من جهة ثانية أديا الى تبني عدد من التشريعات الحديثة المستمدة من التشريعات الاجنبية .

ففي خلال العهد العثماني إذن بدأت الشريعة الاسلامية تفقد شيئا فشيئا من أهميتها كمصدر للقواعد القانونية المعمول بها ، وظهرت حركة جديدة تدعو الى الاقتباس من الغرب والاستفادة من تشريعاته بالنسبة لطائفة كبرى من الاحكام من تجارية وجزائية وأصول محاكمات وغيرها .

أثر الشريعة الاسلامية كمصدر للقواعد القانونية في نظامنا الحالي :

بعد انقضاء العهد العثماني ، أخذت التشريعات الحديثة المستمدة من التشريعات الاجنبية تنتشر وتتزايد بينما أخذ نفوذ الشريعة الاسلامية بالتقلص والانكماش ، حتى كان صدور القانون المدني الحالي عام ١٩٤٩ آخر وأهم مرحلة من مراحل هذا الاتجاه إذا استعيض به عن مجلة الاحكام العدلية .

هذا وينحصر أثر الشريعة الاسلامية حاليا كمصدر للقانون الوضعي في الجمهورية العربية السورية في الناحيتين التاليتين :

أولا ـ الشريعة الاسلامية هي وحدها المطبقة بالنسبة للمسلمين

ظهر أيضا عدد كبير من الفقهاء المجتهدين الذين كان لهم الاثر البعيد في انتشار الفقه وازدهاره • أما القضاء فكان يتولاه كبار الفقهاء ، وكانوا يجرونه وفقا لمذاهبهم التي ينتسبون إليها •

عصر الركود والجمود : وهو يبدأ منذ نهاية العصر السابق الى ما بعد نشوء الامبراطورية العثمانية ويرافق فترة الانحطاط والتدهور التي مرت بها الدولة الاسلامية • وفي هذا العصر اشتد التقيد بالمذاهب والتعصب لها ، وضعفت الحركة الفقهية والفكرية ، وتوقف الاجتهاد تقريبا ، وصار الفقهاء يكتفون بدراسة المذاهب السابقة المنتشرة بينهم وشرحها والتعليق عليها بأسلوب عويص •

عصر الحكم العثماني : وهو يعتبر امتدادا للعصر السابق ، إلا أنه قد بدت خلاله ، وخاصة في مرحلته الاخيرة ، ظاهرتان جديدتان تجعلان من الضروري ذكره بصورة منفصلة ، وهما :

أولا ـ محاولة تقنين الفقه الاسلامي على الاسلوب الحديث • وفي الواقع لم تكن الاحكام الفقهيه في السابق موضوعة بشكل تشريعات ذات مواد مسلسلة يسهل الرجوع اليها ، وإنما كانت منثورة في الكتب الفقهية • وكان لا بد للقاضي الذي يريد أن يقضي في أمر من الامور من الرجوع الى هذه الكتب واستخلاص الاحكام منها ، وكثيرا ما كان الرجوع الى هذه الكتب الفقهية صعبا والبحث فيها عسيرا ؛ كما كانت الآراء فيها متضاربة يصعب الترجيح بينها •

ولهذا رؤي في عهد الدولة العثمانية أن تجمع الاحكام الفقهية وأن تصدر في مواد متسلسلة على الشكل الحديث المتبع في التشريعات ، تسهيلا لعمل القضاة الذين يعهد إليهم القضاء بموجبها وليكون لهم فيها غناء عن الرجوع الى الكتب الفقهية المطولة • وأضخم عمل في هذا الشأن هو « مجلة الاحكام العدلية » التي صدرت في النصف الثاني من

الفرع الثالث

مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة
LE DROIT NATUREL ET LES REGLES DE L'EQUITE

مفهوم القانون الطبيعي وقواعد العدالة — أثرهما بالنسبة للمشرع وللقاضي — تطبيقهما من قبل القضاء في بلانا

مفهوم القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

رأينا حين البحث في أسس القانون ، أن مدرسة القانون الطبيعي تقول بوجود مبادىء وقواعد قانونية مثالية ثابتة تفرضها طبيعة الاشياء ويكتشفها المنطق والعقل السليم ، وهي التي يجب أن تبنى عليها القواعد القانونية الوضعية وأن تستمد منها أحكامها .

ورأينا أيضا أن مدرسة القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير تعتبر أن فكرة وجود قانون طبيعي هي وحدها الثابتة ولكن قواعد هـذا القانون يمكن أن تتغير ، وبذلك تندمج فكرة القانون الطبيعي لدى هذه المدرسة مع فكرة العدالة ذاتها .

وهذه القواعد ، سواء أكانت ثابتة كما تراها نظرية القـانون الطبيعي الاصلية أم متغيرة كما تراها نظرية القانون الطبيعي ذي المضمون المتغير ، هي تلك التي أراد المشرع أن يحيل القاضي إليها حين نص في المادة الاولى من القانون المدني على اعتبارها كمصدر أخير من مصادر القانون يلجأ إليه القاضي للحكم بموجبه عند عدم كفاية المصـادر الاخرى .

ويرى بعض الفقهاء أن هنالك نوعين من القانون الطبيعي : القانون الطبيعي المبدئي (Droit naturel primaire) ويشمل مجموعة قليلة

في أمور الاحوال الشخصيه من زواج وطلاق ونسب ونفقة وحضانة وارث ونحوها ، كما أنها تطبق أيضا بالنسبة لغير المسلمين في بعض الامور كالارث مثلا • وفي الواقع ، إن من الصعب الاستعاضة عن الاحكام الشرعية المتعلقة بالاحوال الشخصية بأحكام غيرها مستمدة من التشريعات الاجنبية ، إذ أن قضايا الاحوال الشخصية تعتبر ذات صلة وثقى بعادات الامة وتقاليدها ومعتقداتها الدينية وفكرة الحلال والحرام عندهـا •

ثانيا ـ اعتبر القانون المدني السوري الحديث الشريعةالاسلامية بمثابة مصدر ثان من مصادر القانون يأتي بعد نصوص التشريع مباشرة ، وهذا يعني أن الشريعة الاسلامية ، وإن لم تعد هي المصدر الرئيسي للقواعد القانونية المطبقة في بلادنا كما كانت من قبل ، فإن من الممكن مع هذا الافادة منها فائدة كبرى كمصدر مكمل أو متمم للتشريع ، على أن يحاول الرجوع إليها بمختلف مذاهبها لا الى مذهب واحد منها •

كما أن الشريعة الاسلامية تعتبر أيضا من المصادر التاريخيةللقانون المدني نفسه ، وهناك أحكام كثيرة في هذا القانون مستمدة من الشريعة الاسلامية مباشرة ، بالاضافة الى أن معظم أحكامه الاخرى لا تتعارض مع مبادئها وقواعدهـا •

مباشرا من مصادر هذه القواعد . ومعنى ذلك أن أثر مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العالة لا يتناول فقط المشرع حين وضعه للقواعد التشريعية ، بل يشمل أيضا القاضي الذي يستطيع أن يستند عليها مباشرة وأن يقضي بموجبها عند فقدان المصادر الاخرى .

فمبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة يمكن أن يستفاد منها إذن في مجالين : مجال التشريع ومجال القضاء . أما في مجال التشريع فمهمتها أن ترشد المشرع الى القواعد العادلة التي يتوجب عليه أن يتبناها في تشريعاته ، وأما في مجال القضاء فمهمتها أن تلهم القاضي الحلول الملائمة التي يتوجب عليه أن يطبقها في أحكامه عند عدم وجود حلول أخرى يعتمد عليها .

ولا شك في أن السماح للقاضي بأن يستند في أحكامه ، حين عدم كفاية المصادر الاخرى ، الى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة وأن يقضي بموجبها ، من شأنه أن يخوله سلطة كبيرة في الاجتهاد والحكم ، ولكنها سلطة مقيدة نوعا ما على كل حال . إذ يعتبر — من الوجهة النظرية على الاقل — أن القاضي لا يستطيع أن يقضي على هواه وإنما وفقا لهذه المبادىء والقواعد .

ومن الضروري أن نؤكد من جديد أن القاضي لا يستطيع أن يلجأ الى هذه المبادىء والقواعد إلا حين استنفاده البحث في المصادر الاخرى، وخاصة في النصوص التشريعية . أما إذا وجد هناك نص تشريعي فليس للقاضي أن يخالفه أبدا بحجة تطبيقه مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

تطبيق القضاء في بلادنا لمبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة :

لم يجد القضاء بعد في ظل القانون المدني الجديد ضرورة ، على

من المبادىء الاساسية العامة ، والقانون الطبيعي الثانوي (Droit naturel secondaire) ويشمل القواعد التفصيلية التي يفرعها العقل على تلك المبادىء لتحقيق العدالة في الحالات الخاصة مع مراعاة كل منها ، وهذه القواعد التي يتألف منها القانون الطبيعي الثانوي هي التي يسميها القانون المدني بقواعد العدالة . فالاحالة الى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة هي ، بحسب هؤلاء الفقهاء ، عبارة عن احالة الى مفهوم القانون الطبيعي بنوعيه : القانون الطبيعي المبدئي والقانون الطبيعي الثانوي ، بما يتضمنه الاول منهما من مبادىء ثابتة خالدة ، وما يتضمنه الثاني من قواعد تفصيلية مرنة ومتطورة .

ومهما يكن من أمر هذا التمييز بين مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، فالذي يلاحظ أن القضاء لا يحاول أن يميز عمليا بينهما ، بل هو يستعمل التعبيرين على الغالب كمترادفين ، شأنه في ذلك شأن القانون المدني نفسه .

أثر مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة بالنسبة للمشرع وبالنسبة للقاضي :

إن مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة يمكن أن ينظر إليها باعتبارين مختلفين : كأساس فلسفي تبنى عليه القواعد القانونية الوضعية من جهة ، وكمصدر من مصادر هذه القواعد من جهة ثانية .

فهي كأساس فلسفي للقواعد القانونية ذات أثر كبير على المشرع نفسه الذي يتوجب عليه أن يستلهم منها قواعده وأن يتبناها في تشريعاته . وكثير من القواعد القانونية لدينا يمكن أن تعتبر مستمدة من مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

ولكن مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العالة لا تعتبر فقط أساسا مثاليا فلسفيا تبنى عليه القواعد القانونية ، وإنما تعتبر أيضا مصدرا

الفرع الرابع

الاجتهاد القضائي والفقه

LA JURISPRUDENCE ET LA DOCTRINE

الاجتهاد القضائي : سبب اعتباره من المصادر التفسيرية ،
أهميته من الوجهة العملية — الفقه

إلى جانب المصادر الرسمية للقواعد القانونية التي عددناها سابقا — وهي التشريع والعرف ومبادىء الشريعة الاسلامية ومبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة — يوجد هناك مصدران آخران يعتبران حاليا ، بالنسبة لاغلب النظم القانونية ، بمثابة مصدرين تفسيريين وهما : الاجتهاد القضائي والفقه .

الاجتهاد القضائي :

الاجتهاد بصورة عامة هو اعمال الرأي أو بذل الجهد العقلي للتعرف الى الحكم . فإذا كان هذا الاجتهاد يمارس من قبل الفقهاء فهو اجتهاد فقهي ، وأما إذا كان يمارس من قبل القضاء فهو اجتهاد قضائي . كما يطلق اسم الاجتهاد القضائي على الاحكام التي تتضمن مبادىء قانونية توصل إليها القضاء بعد اعمال الرأي وبذل الجهد العقلي .

وقد كان للاجتهاد القضائي في بعض الشرائع القديمة ، وبصورة خاصة في الشريعة الرومانية ، الاثر الكبير في ايجاد الكثير من القواعد القانونية . كما أن الاجتهاد القضائي لا يزال يتمتع حتى الآن بأهمية بالغة في الشريعة الانكليزية كمصدر رسمي للقواعد القانونية ، حيث

ما نعلم ، للاستناد في أحكامه الى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة . أما قبل صدور هذا القانون ، فقد عمدت بعض المحاكم في مصر الى تطبيق هذه المبادىء والقواعد في طائفة من أحكامها بغية اقرار بعض النظريات القانونية التي لم تأخذ بها نصوص القانون المدني المصري السابق ، كنظرية التعسف في استعمال الحق مثلا ونظرية الحوادث الطارئة .

وبالرغم من أن أغلب هذه الاحكام التي تستند الى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة لم تظفر بتأييد محكمة النقض وموافقتها ، إلا أن من الممكن ، على كل حال ، أن تعتبر بمثابة محاولة من قبل بعض المحاكم لتطبق هذه المبادىء والقواعد والافادة منها لتبرير الاخذ ببعض النظريات القانونية الحديثة التي لم تكن تتضمنها نصوص التشريع .

ومن الجدير بالذكر أن القانون المدني المصري الجديد ، وكذلك القانون المدني السوري ، قد تبنيا فيما بعد الكثير من النظريات التي أخذت بها تلك الاحكام ، فأصبحت تعتبر بمثابة قواعد تشريعية بعد أن كانت عبارة عن مجرد تطبيقات قضائية لمبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة . وهذا يدلنا على أن تطبيق القضاء لهذه المبادىء والقواعد قد يؤثر أحيانا على المشرع نفسه إذ يؤدي به الى تبنيها والاخذ بها في تشريعاته .

من شأنه أن يؤدي الى شيء من الطمأنينة والاستقرار في الحياة القانونية ، إذ يكون الناس على ثقة من نتائج أعمالهم ومعرفة بالقواعد التي تطبق عليها دون أن يكون هناك مجال لمجابهتهم بقواعد لا يعلمونها يترك أمر تقريرها الى القضاء .

أهمية الاجتهاد القضائي من الوجهة العملية ليس من الممكن بحال من الاحوال أن يقتصر القاضي في عمله على تطبيق القواعد القانونية تطبيقا آليا ، بل لا بد من خلال تطبيقه لهذه القواعد على القضايا التي يتولى الفصل فيها من أن يلعب دورا ايجابيا هاما في إنماء القانون وتطويره . حتى أن من العسير على الباحث أن يتعرف الى قانون أمة من ألامم دون أن يعرف ما فيها من اجتهادات قضائية .

فالاجتهاد القضائي هو الذي يفسر التشريع ويحدد معناه ، وهو يؤدي من خلال تفسيره لنصوص التشريع الى التوسع في تطبيقه بل والى تعديل معناه الاصلي أحيانا بحيث يصبح أكثر ملاءمة لظروف البيئة وتطور المجتمع .

والاجتهاد القضائي هو الذي يدلنا على وجود العرف ويظهر لنا قواعده ، وهو الذي يحدد النظريات التي يرى أنها توافق مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

وإذا كان الاجتهاد القضائي لا يستطيع ، من الوجهة النظرية ، انشاء قواعد قانونية عامة ، فإن باستطاعته من خلال تطبيقه لهذه القواعد المنبعثة عن المصادر الرسمية واستنباطه للاحكام التي تتفرع عنها ، أن يؤدي الى إيجاد ثروة قانونية غزيرة يتمثل فيها القانون الوضعي في بلد من البلاد بصورته النهائية العملية .

ويتمتع هذا الاجتهاد القضائي ، من الوجهة العملية ، بقوة الزامية لا تكاد تقل شأنا وأثرا عن تلك القوة التي تتمتع بها المصادر الرسمية

تعتبر الاحكام القضائية فيها بمثابة قواعد واجبة التطبيق في القضايا المماثلة .

إلا أن أغلب النظم في العصر الحاضر ، ومن بينها نظامنا القانوني، لا تعتبر الاجتهاد القضائي من المصادر الرسمية للقانون ، بل من المصادر التفسيرية . ومعنى ذلك أن الاحكام القضائية التي تصدر عن المحاكم لا تعتبر بمثابة قواعد قانونية عامة كقواعد التشريع أو العرف مثلا ، وإنما هي عبارة عن تطبيق عملي للقواعد القانونية الموجودة وليس لها أية صفة الزامية إلا بالنسبة للقضايا التي تفصل فيها .

سبب اعتبار الاجتهاد القضائي من المصادر التفسيرية :

إن اعتبار الاجتهاد القضائي من المصادر التفسيرية هو من نتائج مبدأ الفصل بين السلطات ، وبصورة خاصة بين السلطتين التشريعية والقضائية . فكما أن السلطة التشريعية لا تستطيع أن تتولى الفصل مباشرة في الدعاوى ، كذلك لا تستطيع السلطة القضائية أن تتولى مهمة التشريع ووضع قواعد قانونية عامة . لكل من السلطتين حدود ليس لها أن تتجاوزها : فالاولى هي التي تضع القواعد القانونية اللازمة ، والثانية ليس لها إلا أن تفسر هذه القواعد وتطبقها فيما يعرض عليها من منازعات .

ولقد اعتبر رجال الثورة الفرنسية مبدأ الفصل بين السلطات ، وبصورة خاصة بين السلطتين التشريعية والقضائية ، من المبادىء الرئيسية التي يقوم عليها نظامهم الجديد ، وكانوا يهدفون من وراء ذلك الى إيجاد نوع من التوازن بين هذه السلطات ، والى منع السلطة القضائية من التجاوز على اختصاص وصلاحيات السلطة التشريعية وعرقلة أعمالها ، كما كان الامر عليه قبل الثورة .

ولا شك في أن عدم السماح للقضاة باصدار قواعد قانونية عامة

اجتهادها ، إلا إذا وجدت هناك اعتبارات قوية تبرر ذلك ، كأن يصبح الاجتهاد القديم غير ملائم لتطور المجتمع وظروفه الحالية . وعلى هذا نجد أن الاجتهاد القضائي يحقق عاملي الاستقرار والمرونة في آن واحد: فهو يحقق عامل الاستقرار لان المحاكم تحاول أن تلزم نفسها به وأن تتبعه بصورة مطردة في القضايا المتماثلة ، وهو يحقق عامل المرونة لان من الممكن تعديله وتطويره كلما دعت الحاجة الى ذلك .

الفقـــه :

يختلف الفقه عن الاجتهاد القضائي في أنه لا يصدر عن هيئـات رسميه هي المحاكم ، بل هو لا يعدو أن يكون مجرد آراء شخصية تصدر عن رجال القـانون .

ولذا نرى أن الفقه ، من الوجهة الرسمية ، أقل أهمية من الاجتهاد القضائي وأضعف شأنا . فبينما يستطيع الاجتهاد القضائي ، متى ثبت واستقر ، أن يؤدي الى تطوير القانون نفسه ، نجد أن الفقه لا يستطيع، مهما بلغ من المكانة والاهمية ، أن يؤثر شيئا في النظام القانوني المطبق في بلد من البلاد ما لم يأخذ به المشرع أو يتبناه القضاء .

فليس للفقه إذن في عصرنا الحاضر سوى أثر غير مباشر في تطوير القانون يمارسه عن طريق المشرع أو القاضي . وهو مع هذا أثر كبير ، لان المشرع والقاضي كليهما يسترشدان في أغلب الاحيان بآراء الفقهاء ورجال القانون ويحاولان تبنيها سواء فيما يضعه الاول من قواعـد تشريعية أو ما يصدره الثاني من أحكام واجتهادات .

للقانون ، بالرغم من أنه لا يعتبر ملزما ، من الوجهة النظرية ، إلا بالنسبة للقضايا التي يفصل فيهـا .

ويعود السبب في هذه القوة الالزامية التي يتمتع بها الاجتهـاد القضائي من الوجهة العملية الى عاملين رئيسيين : أولهما حرص المحاكم على أن تلتزم في القضايا المتماثلة نفس الاجتهاد ، وأن تتجنب تعديـل هذا الاجتهاد بصورة مستمرة لئلا توصم بالتردد وعدم الاستقرار بل وبالتحيز في بعض الاحيان . وثانيهما وجود تسلسل بين أنواع المحاكم ، ووجود محكمة النقض بصورة خاصة التي تتولى توحيد الاجتهاد في البلد الواحد مما يدفع سائر المحاكم على مختلف أنواعها الى أن تتقيد بما يصدر عن محكمة النقض هذه من اجتهادات وأن تتوافق معها في أحكامها لئلا تكون هذه الاحكام عرضة للنقض والرد .

وعلى هدا ، فإن الاجتهاد القضائي إذا استقر بالنسبة لموضوع من المواضيع ، وخاصة إذا كان هذا الاجتهاد صادرا عن محكمة النقض ، فإن المحاكم تحاول عمليا أن تتقيد به في أحكامها وتعتبر نفسها ملزمة باتباعه في جميع القضايا التي تعرض عليها ، وإن يكن هذا الاجتهاد ، كما ذكرنا ، غير ملزم من الوجهة النظرية إلا بالنسبة للقضايا التي صدر بشأنهـا .

وإذا كان للاجتهاد القضائي هذه القوة الالزامية من الوجهة العملية، فليس معنى ذلك أن هذا الاجتهاد لا يمكن تعديله قط أو الخروج عليه . بل من الممكن أن تعدل المحاكم من اجتهادها إذا وجدت أن هنالك ضرورة تدعوها الى ذلك . وهذا التعديل ، إذا كان صادرا عن محكمة النقض ، يصبح هو الاجتهاد الجديد الذي تحاول سائر المحاكم أن تتقيد به لانه يمثل الاتجاه الاخير لتلك المحكمة .

على أن المحاكم ، وخاصة محكمة النقض ، لا تلجأ الى تعديـل

لذي المصلحة من التمسك بها ومطالبة المحكمة بتطبيقها وإلا فإن المحكمة لا تستطيع العمل بها من تلقاء نفسهـا .

لا حاجة لاثبات العرف من قبل صاحب المصلحة ، لان من المفروض أن يكون القاضي على علم به كما هو الامر بالنسبة للتشريع ، أما العادة فإن من واجب من يتمسك بها أن يثبت وجودها . (يلاحظ عمليا مع ذلك أن من مصلحة الطرف الذي يتمسك بالعرف إثباته أمام القضاء لصعوبة التحقق من وجوده) .

وأخيرا تستطيع محكمة النقض أن تراقب حسن تطبيق القضاة للعرف كما تستطيع أن تراقب حسن تطبيقهم للتشريع ، أما بالنسبة للعادة فلا رقابة لمحكمة النقض على حسن تطبيقها .

مستند القوة الالزامية للعرف : الرأي الاول ، الذي يعتبر أن العرف يستمد قوته الالزامية من نفسه باعتباره صادرا عن الأمة مباشرة ، هو الذي تأخذ به المدرسة التاريخية وأغلب الفقهاء المعاصرين . أمـا الرأي الثاني ، الذي يعتبر أن العرف يستمد قوته الالزامية من ارادة المشرع الصريحة أو الضمنية ، فهو الذي يأخذ به فقهاء المذاهب الشكلية وكذلك فقهاء مدرسة الشرح على المتون .

ونحن نعتقد ، مع أصحاب الرأي الاول ، أن العرف ليس بحاجة الى موافقة صريحة أو ضمنية من المشرع ليكتسب صفته الالزامية ، بل هو يستند الى ارادة الامة المباشرة كما يستند التشريع الى ارادتها التي تعبر عنها الهيئات التشريعية الممثلة لها . ولكننا نعتبر ، في نفس الوقت ، أن العرف لا يقف مع التشريع على قدم المساواة وإنما هو يليه في المرتبة والمكانه ، وهذا يعني أن العرف ، إذا لم يكن بحاجة الى موافقة المشرع الصريحة أو الضمنية ليكتسب صفته الالزامية ، فهو لا يستطيع على كل حال أن يكون مرجحا على ما يضعه هذا المشرع من قواعد قانونية .

للقراءة

العرف :

انظر بالنسبة للعرف :

Geny : Méthode d'interprétation et source, op. cit., t. 1, P. 316 et suiv.

Lebrun : La coutume en droit privé, th. Caen, 1932.

Carbonnier : La genèse de l'obligatoire dans l'apparition de la coutume. Annales de l'Université de Poitiers, nouvelles série, No. 2, 1961.

نتائج التمييز بين العرف والعـادة : تبنى نتائج التمييز بين العرف والعادة ، كما ذكرنا ، على فكرة أن العرف يعتبر مصدرا من مصادر القانون كالتشريع نفسه ، بينما لا تعتبر العـادة مصدرا القواعـد القانونية وإنما تطبق أحيانا إذا تبين أن قصد المتعاقدين كان ينصرف الى تبنيها والاخذ بهـا .

وأهم نتائج التمييز بين العرف والعادة ما يلي :

إن أحكام العرف تلزم المتعاقدين ولو كانوا يجهلونها ، لان العرف كالتشريع يطبق لا لان المتعاقدين قد أرادوه ولكن باعتباره مصدرا للقواعد القانونية ، أما العادة فلا تلزم المتعاقدين إلا إذا قصدوا الاخذ بها صراحة أو ضمنا حين التعاقد ، لان العادة لا تتضمن قواعد قانونية ملزمة وإنما تقتصر مهمتها على تفسير وتكميل ارادة المتعاقدين .

تستطيع المحكمة أن تطبق العرف من تلقاء نفسها ، كما تطبق التشريع ، ولو لم يطلب إليها ذلك أحد المتخاصمين ، أما العادة فلا بد

التشريع مصدرا تكميليا خصبا لا يقف انتاجه عند حـدود المعاملات التجارية بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء » • مجموعـة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ص ١٨٧ •

الشريعـة الاسلاميـة :

إن المؤلفات التي تبحث في الشريعة الاسلامية غزيرة لا حصر لها ؛ ولا مجال لتعدادها في هذا الكتاب • ولذلك نكتفي بأن نشير منها الى كتاب الاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء وعنوانه « المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنيـة » •

أما الآية الكريمة التي ذكرناها في هذا البحث فهي الآية الرابعة والستون من سورة النساء ، وأما عبارة السيد المسيح عليه السلام فقد أشار إليها الدكتور سليمان مرقس في حاشية الصفحة ٢٣٨ من كتابه وأما التعريف الذي أوردناه عن الدين فقد أخذناه عن السنهوري وأبو ستيت ف ٨٦ ، ص ١٠٠ •

مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة :

انظر بالنسبة لهذا البحث المراجع التي أشرنا إليها بالنسبة لمدرسة القانون الطبيعي في الفصل المخصص لدراسة أسس القانون •

بعض التطبيقات القضائية لمبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة :

انظر بالنسبة للاحكام الصادرة عن القضاء المصري في هـذا المجال : السنهوري وأبو ستيت ١١١ مرقس ٢٦٢ •

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي ، فهنالك بعض الاحكام التي تستند الى مبادىء القانون الطبيعي ، بالرغم من أن القانون المدني الفرنسي لا يحيل القاضي صراحة الى هذه المبادىء كما فعل قانوننا المدني • ونشير من هذه الاحكام الى ما يلي :

تعارض العرف مع التشريع : يرى أغلب الفقهاء أن العرف المخالف للقواعد التشريعية يرجح على هذه القواعد إذا كانت تكميلية أو مفسرة (كما يرى بعضهم أيضا أن العرف يرجح على القواعد الآمرة كذلك إلا إذا كانت هذه القواعد تتعلق بالمبادىء الاساسية التي يتكون منها النظام العـام) .

ونحن ، كما ذكرنا خلال البحث ، لا نعتقد أن نصوص التشريع المدني تساعد على الاخذ بهذا الرأي ، ولهذا يبدو لنا أن القواعـد التشريعية هي التي يجب أن ترجح على العرف المخالف لها سواء أكانت هذه القواعد آمرة أم تكميلية ومفسرة .

إلا أن العرف المخالف للقاعدة التشريعية التكميلية أو المفسرة هو الذي يطبق بين المتعاقدين إذا تبين أن ارادتهما قد انصرفت اليه، وتطبيق العرف في هذه الحالة ليس نتيجة لترجيحه على القاعدة التشريعية التكميلية أو المفسرة وإنما هو نتيجة لترجيح ارادة المتعاقدين الموافقة له على هذه القاعدة . أما إذا لم يتبين لنا أن ارادة المتعاقدين قد انصرفت الى هذا العرف المخالف فلا نستطيع ، على ما نعتقد ، أن نفترض ذلك افتراضا لنقرر ترجيح العرف على القاعدة التشريعية ، بل علينا على العكس أن نقرر تطبيق القاعدة التشريعية في هذه الحالة .

نظرة المذكرة الايضاحية للقانون المدني الى العرف : جاء في المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني ما يلي : « الواقع أن العرف هو المصدر الذي يلي التشريع في المرتبة فمن الواجب أن يلجأ اليه القاضي مباشره إن افتقد النص ... فالعرف هو المصدر الشعبي الاصيل الذي يتصل اتصالا مباشرا بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص . ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل الى جانب

العامة في القانون المصري وأخذت ببعض أحكام الشريعة الاسلامية واتبعت بعض القواعد المقررة في تشريعات أجنبية أو معاهدات دولية بل وعمدت الى استحداث أحكام اقتضتها طبيعة الروابط الاجتماعية دون أن يكون لها سند في سوابق التشريع أو العرف . وعلى هذا النحو لم يتقيد القضاء بضرورة التزام المبادىء العامة في القانون المصري فحسب وإنما استعان بهذه المبادىء كما استعان بغيرها متوخيا اختيار أصلح القواعد وأكثرها ملاءمة لطبيعة الاوضاع التي قصر القانون عن تنظيمها » . مجموعة الاعمال التحضيرية ص ١٨٨ .

الاجتهاد القضائي والفقه :

انظر بالنسبة لهذا البحث مقالا للاستاذ عبد القادر الاسود بعنوان « القانون بين الفقه والقضاء » ، وهو منشور في مجلة القانون لعام ١٩٥٠ ص ٢٨ ، ومحاضرة لنا بعنوان « أثر الاجتهاد القضائي في تطوير القانون » ، وهي منشورة في مجموعة محاضرات الموسم الثقافي لجامعة الكويت للعام الجامعي ١٩٦٧ — ١٩٦٨ ، ص ٢٨٧ ، وفي مجلة القضاء والقانون الكويتية ، السنة الاولى ، العدد الثاني ، ص ١٠ ، وفي مجلة القانون السورية لعام ١٩٦٨ ، ص ١١٣ .

Geny : Méthode d'interprétation et sources, op. cit, notamment tome 2.

Maury : Observations sur la Jurisprudence en tant que source de droit, dans «Le droit privé français aumilieu du XXème siècle. Etudes offertes à G. Ripert». t. 1, p. 28.

أثر الاجتهاد القضائي بالنسبة للشريعتين الرومانية والانكليزية :

ذكرنا أن الاجتهاد القضائي يعتبر بالنسبة لبعض الشرائع من

Cass., 7 - 2 - 1846. Sirey, 1847, 1, 816.
Cour d'appel d'Agen, 5 - 11 - 1948, D, 1949, 87.
Cour de Chambéry, 22 - 7 - 1947, Sirey, 1948, 2, 122.

نظرة المذكرة الايضاحية للقانون المدني الى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة : ترددت اللجان التي عهد إليها بوضع مشروع القانون المدني المصري بين الاخذ بمبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر أخير تحيل اليه القاضي عند عدم كفاية المصادر الاخرى أو الاخذ بالمبادىء العامة التي يتضمنها القانون المصري بما في ذلك الشريعة الاسلامية والمبادىء العامة المشتركة بين الدول .

وقد ترجح أخيرا ، كما نعلم ، الاخذ بمبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة . وفي ذلك تقول المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني ما يلي :

« .. ولم يشأ المشروع كذلك أن يحيل القاضي الى المبادىء العامة في قانون الدولة أو الى مبادىء القانون العامة فحسب بل احتفظ بعبارتي القانون الطبيعي والعدالة . وإذا كانت عبارة التقنينات الحديثة تفضل هاتين العبارتين من بعض الوجوه بسبب ما يؤخذ عليهما عادة من الابهام إلا أن الواقع أن هذه العبارات جميعا لا ترد القاضي الى ضابط يقيني وإنما هي تلزمه أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء وهي تقتضيه في أجتهاده هذا أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتي خاص فتحيله الى مبادىء أو قواعد كلية تنسبها تارة الى القانون الطبيعي وتارة الى العدالة وتارة الى قانون الدولة أو الى القانون بوجه عام دون نعت أو تخصيص .

وإزاء ذلك آثر المشروع أن يبقي على التعبير الذي استعمل في نصوص التشريع القائم ويسر للقضاء أسباب الاجتهاد في أرحب نطاق . ففي كنف مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة طبقت المحاكم المبادىء

من جمود القانون العام والقضاء بينهم بمقتضى قواعد العدالة دون تقيد بتقاليد القانون العام وأشكاله وقيوده . وكانت الاحكام التي تصدرها هذه المحاكم — وهي أحكام اجتهادية محضة — تعتبر أيضا بمثابة سوابق قضائية ملزمة ؛ مما أدى الى نشوء قانون جديد الى جانب « القانون العام — Common law » يطلق عليه اسم : « قانون العدالة — Equity » .

وفي نهاية القرن التاسع عشر امتزجت محاكم القانون العام بمحاكم قانون العدالة وتوحد القانونان معا في قانون واحد . وهناك بين المحاكم حاليا في النظام القضائي الانكليزي تسلسل في الترتيب ؛ ولا تزال الاحكام القضائية التي تصدر عنها تعتبر بمثابة سوابق ملزمة في القضايا المماثلة تتقيد بها على الاخص المحكمة التي أصدرتها والمحاكم الادنى .

أثر الفقه بالنسبة للشريعتين الرومانية والاسلامية : لقد كان للفقه دور كبير كمصدر منشىء للقواعد القانونية في بعض الشرائع ، ونختار كمثال على هذه الشرائع الشريعة الرومانية والشريعة الاسلامية .

أما بالنسبة **للشريعة الرومانية** ، فقد اعتبر الفقه في بعض عهودها بمثابة مصدر رسمي للقواعد القانونية وجعل لبعض الفقهاء المشهورين حق اعطاء فتاوى قانونية تلزم القضاة في أحكامهم . وقد نبغ من هؤلاء الفقهاء في الشريعة الرومانية خمسة كان لهم أكبر الصيت وأعظم الاثر وهم : جاييس (Gaius) وبابينيان (Papinien) والبيان (Ulpien) وبول (Paul) ومودستين (Modestin) .

وأما بالنسبة **للشريعة الاسلامية** ، فقد كان للفقه نصيب كبير في تنميتها وتوسيعها واستنباط القواعد اللازمة التي كان يقتضيها اتساع رقعة البلاد الاسلامية وتزايد حاجاتها . ولم تكن آراء الفقهاء ملزمة مبدئيا بالنسبة للقضاة ، إلا أن أغلب القضاة كانوا يتقيدون مع ذلك

المصادر الرسمية لا التفسيرية • وقد اخترنا كمثال على هذه الشرائع الشريعة الرومانية والشريعة الانكليزية •

أما في الشريعة الرومانية ، فقد بدأت الحركة القضائية منذ بدأ البريتور (Prétor) يتولى شؤون القضاء • وكان البريتور يعين لمدة سنة ، وعند ولايته القضاء كان يعلن للناس « منشورا » يبين فيه القواعد التي اعتزم السير عليها في قبول كل من الدعاوى أو الدفوع ، وعن طريق هذه القواعد التي يعلنها في منشوره كان البريتور يرمي الى تخفيف شدة القانون وادخال بعض التعديلات الجوهرية عليه التي تقتضيها ظروف المجتمع ومستلزمات العدالة • وكان كل بريتور يتولى شؤون القضاء يستبقي من منشور سلفه القواعد التي أظهر التطبيق العملي صلاحها ويضيف إليها ما تقضي الضرورة باضافته حتى تكون من ذلك « المنشور الدائم » الذي استمر العمل به الى عهد الامبراطورية، ثم جمع بعد ذلك تجميعا رسميا عرف باسم القانون البريتوري •

وأما بالنسبة **للشريعة الانكليزية ،** فقد كان للاجتهاد القضائي الاثر الاكبر في تكوينها ولا تزال له حتى الآن أهمية كبرى كمصدر رسمي للقواعد القانونية • ويرجع دور القضاء في تكوين القانون الانكليزي الى بداية عهد الفتح النورماندي حيث انشئت محاكم عامة كانت تتولى تطبيق الاعراف والعادات الموجودة ، وحين عدم وجود عادات محددة واضحة كانت هذه المحاكم تضع القواعد القانونية اللازمة بنفسها • وكانت أحكام هذه المحاكم تعتبر بمثابة سوابق قضائيـة Précédents ملزمة في القضايا المماثلة ، ومن هذه السوابق القضائية تألف القانون الانكليزي الاصلي المعروف باسم « القانون العام » •

وبالاضافة الى هذه المحاكم فقد انشئت في القرن الرابع عشر محاكم خاصة تدعى بمحاكم المستشارية أو العدالة مهمتها انصاف الناس

تنص على أن يستلهم القاضي خلال تطبيقه للمصادر الرسمية « الاحكام التي أقرها القضاء والفقه مصريا كان أو أجنبيا » ، معتبرا بذلك أن هذه الاحكام من العناصر التي يستأنس بها القاضي في استخلاص القواعد القانونية من مصادرها وتقصي مفهومها دون أن يكون لها قوة في الالزام.

ولكن هذه الفقرة قد حذفت بعد ذلك من النص النهائي للقانون خشية أن تتخذ منها محكمة النقض سببا « لنقض كل حكم يخالف أحكامها وبذلك يقيد القاضي بهذه الاحكام وهذا لا يجوز » . انظر مجموعة الاعمال التحضيرية ص ١٠٢ .

بقواعد المذاهب التي ينتمون إليها ، كما أن بعض هذه المذاهب كانت تعتبر أحيانا بمثابة مذاهب رسمية للاقطار الاسلامية التي تطبق فيها مما يؤدي الى اعتبار الآراء الراجحة في تلك المذاهب بمثابة قواعد قانونية ملزمـة •

نظرة رجال الثورة الفرنسية الى الاجتهاد القضائي : كان رجـال الثورة الفرنسية يخشون كثيرا من خطر تدخل القضاة في أعمال السلطة التشريعية ، كما كان عليه الامر قبل ثورتهم ، وهذا ما دفعهم الى أن ينكروا كل قيمة للاجتهاد القضائي وألا يروا فيه سوى مجرد تطبيق لنصوص التشريـع •

وفي هذا يقول روبسبيير (Robespierre) : « إن كلمة الاجتهاد القضائي يجب أن تمحى من لغتنا • ففي دولة لها دستور وتشريع لا يمكن أن يكون الاجتهاد القضائي شيئا آخر سوى التشريع نفسه • وعلى هذا فهناك دوما وحدة في الاجتهاد القضائي » انظر :

Morin, La loi et le contrat, éd. 1927, p. 13, et Gaudmet, l'interprétation du code civil en France, éd. 1935, P. 12.

وقد حظرت المادة الخامسة من القانون المدني الفرنسي الصادر في اعقاب الثورة الفرنسية على القضاة أن يصدروا قواعد قانونية عامة في القضايا المعروضة عليهم •

ولكن الواقع أن القضاء ، سواء في فرنسا أم في غيرها من الدول التي يعتبر فيها من المصادر التفسيرية ، لم يقتصر ، ولا يستطيع أن يقتصر ، على تطبيق نصوص التشريع تطبيقا آليا ، وإنما هو يؤدي ، كما ذكرنا ، دورا هاما في انماء القانون وتطويره •

الاجتهاد القضائي والفقه بحسب مشروع القانون المدني : كـان مشروع القانون المدني المصري يتضمن في مادته الاولى فقرة خاصة

تمهيـــد

تعريف الحق — نسبيته — أقسامه — أركانه

تهدف دراستنا في هذا التمهيد الى اعطاء فكرة عامة عن الحق قبل البدء بدراسة ركنيه الاساسيين ، الاطراف والمحل ، دراسة مفصلة. وسنخصص لكل من المواضيع التي يتناولها هذا التمهيد مبحثا مستقلا فنبدأ أولا بالتذكير بالتعريف الذي سبق أن أعطيناه للحق ، ثم نتحدث بعد ذلك عن نسبية هذا الحق وعدم جواز التعسف في استعماله فنقدم في هذا المجال عرضا موجزا لنظرية التعسف في استعمال الحق ، وننتقل في مبحث ثالث الى بيان أقسام الحق ، وخاصة قسميه الرئيسيين : الحق العيني والحق الشخصي ، وننهي هذا التمهيد أخيرا بتعداد الاركان التي يقوم عليها الحق والتي سنخصص لدراسة الركنين الاولين منها بقيـــة أبحاث هذا القسم الثاني من الكتاب .

القسم الثاني

الحـــق

DROIT SUBJECTIF

منهج البحث : إن دراسة الحق تتناول بصورة رئيسية ركنيه الاساسيين وهما : الاطراف من جهة ، والمحل من جهة ثانية .

على أنه لا بد لنا ، قبل دراسة هذين الركنين الاساسيين بصورة مفصلة من أن نستهل هذه الدراسة ببحث تمهيدي يتناول الحق نفسه من حيث تعريفه ونسبيته وأقسامه وأركانه .

ولذا ، فإن دراستنا للحق في هذا القسم ستكون على النحو التـالي :

تمهيد : تعريف الحق ، ونسبيته ، وأقسامه ، وأركانه .

الباب الاول : أطراف الحق ، أو الاشخاص .

الباب الثاني : محل الحق ، أو الاشياء .

التي هي عبارة عن سلطات وقدرات يمنحها القانون لاشخاص يجد أن لهم مصالح واجبة الرعاية والاحترام ما دامت تتوافر فيها الصفات والشروط التي يفرضها .

وقد عرف بعض الفقهاء من أنصار المذهب الفردي الحق بأنه « سلطة أو قدرة إرادية (Pouvoir de volonté) يتسلط بها الشخص على أعمال الغير بموافقة السلطات العامة ومساعدتها » ، كما عرفه ايهرنج (Ihering) وبعض الفقهاء الآخرين بأنه « مصلحة يحميها القانون Un intérêt juridiquement protégé » ولكن التعريف الاول انتقد من عدة وجوه ، وخاصة لما يمكن أن يوحيه من أن الحق — الذي هو بحسب هذا التعريف سلطة أو قدرة ارادية — لا يمكن أن يمنح إلا للشخص الذي تتوافر فيه الارادة ، في حين أن الاشخاص جميعا ، حتى الذين تنعدم لديهم الارادة والتفكير كالصغير غير المميز والمجنون ، يمكن أن يكتسبوا الحقوق ويتمتعوا بما تتضمنه من سلطات ، وإن كان عديمو الارادة لا يمارسون هذه السلطات بأنفسهم وإنما يتولى غيرهم ممن تتوافر لهم الارادة ممارستها باسمهم ولحسابهم . كما أن التعريف الثاني قد انتقد أيضا من حيث أنه لا يبين مفهوم الحق وكنهه وإنما يقتصر على بيان غايته فقط ، لان المصلحة ليست هي الحق نفسه وإنما هي الغاية التي يهدف الى تحقيقها صاحب الحق ، أما حقه نفسه فيتمثل في السلطة الممنوحة له لتمكينه من تحقيق هذه المصلحة المشروعة التي أقرتها له القواعد القانونية .

والتعريف الذي أوردناه آنفا للحق هو التعريف الذي حاول فيه بعض الفقهاء التوفيق بين التعريفين السابقين ، وذلك ببيان كنه الحق وغايته في آن واحد .

هذا ونرى من المفيد أخيرا أن نشير من جديد الى الصلة الوثيقة

المبحث الاول

تعريف الحق

DEFINITION DU DROIT SUBJECTIF

لكل فرد في هذا المجتمع مصالح مختلفة يسعى الى تحقيقها لتحقيق وجوده وبلوغ أهدافه ومآربه • وقد تتعارض مصالح الفرد مع مصالح غيره من الافراد الآخرين وتتصادم ، فينتج عن تصادمها الخلل والفوضى في الحياة الاجتماعية • ولذا وجد القانون ليكون سبيلا الى تحقيق التوازن الاجتماعي بتحديده الظروف والشروط التي تكون فيها مصلحة الفرد أولى بالرعاية من مصالح غيره من الافراد الآخرين ولمنحه بالتالي السلطة أو القدرة التي تمكنه من تحقيق مصلحته المشروعة وتحول دون تعدي الآخرين عليهـا •

والحق هو هذه « السلطة (Pouvoir) أو القدرة (Faculté) التي يمنحها القانون لشخص من الاشخاص تحقيقا لمصلحة مشروعة يعترف له بها ويحميها » •

فالمالك مثلا صاحب حق هو حق الملكية الذي يعود إليه ، وهذا الحق عبارة عن سلطة منحه إياها القانون على الشيء المملوك تحقيقا لمصلحته التي يعتبرها هذا القانون مشروعة طالما قد توافرت فيها الشروط التي يفرضها ، والتي تجعلها أجدر بالرعاية من مصالح غيره من الاشخاص الآخرين التي لا تتوافر فيها نفس الشروط • وكذلك فإن المستأجر هو صاحب حق في الانتفاع بالمأجور ؛ والبائع في استيفاء الثمن ؛ والعامل المسرح في الحصول على تعويض التسريح ، الى غير ذلك من الحقوق

المبحث الثاني

نسبية الحق

أو نظرية التعسف في استعمال الحق

LA RELATIVITE DU ROIT SUBJECTIF

عدم مسؤولية الشخص مبدئيا عن استعماله لحقه — وجوب عدم التعسف في استعمال الحق — تطور نظرية التعسف ومناقشتها — موقف قانوننا المدني من نظرية التعسف — حالات التعسف التي نص عليها القانون المدني : قصد الاضرار بالغير ، التفاوت بين المصلحة والضرر ، تحقيق مصالح غير مشروعة

عدم مسؤولية الشخص مبدئيا عن استعماله لحقه :

رأينا أن الحق عبارة عن سلطة يمنحها القانون للشخص تحقيقا لمصلحة مشروعة يعترف له بها ويحميها ، وهذه السلطة تنظمها قواعد القانون وتحدد مضمونها ومداها .

وصاحب الحق يستطيع — مبدئيا — أن يستعمل هذه السلطة الممنوحة إليه بالشكل الذي يروق له ، وأن يمارسها كما يشاء ، دون أن يكون مسؤولا عما ينجم عنها من ضرر للآخرين طالما أنه لا يتعدى حدودها المرسومة ولا يتجاوز نطاقها المشروع .

ومما لا شك فيه أن استعمال الحق ، إذا كان يحقق مصلحة صاحبه التي منح لاجلها هذا الحق ، فهو قد يتعارض في أغلب الاحيان مع مصالح الاشخاص الآخرين وقد يؤدي الى الحاق الضرر بهم ، وليس

التي تربط بين القانون والحق . فالحقوق إنما تتولد في الواقع عن القانون ، بحيث لا يمكن أن ينشأ حق لشخص من الاشخاص إلا إذا كانت هنالك قاعدة قانونية تقر للشخص بهذا الحق وتحدد له مضمونه. كما أن القانون يتمثل عمليا بالحقوق التي تنبعث عنه ، وهو لا يوجد إلا لينشىء وينظم هذه الحقوق .

حقه في استغلال الارض المأجورة والانتفاع بثمارها دون أن يكون له حق قطع الاشجار المزروعة أو بيعها ، ولو فرضنا ، على سبيل المثال ، أن مستأجرا قام بقطع هذه الاشجار . فإنه يكون مسؤولا عن الاضرار التي تصيب المالك من جراء ذلك ، لتجاوزه حدود حقه ، ولان التجاوز هو من قبيل العمل غير المشروع الذي يستوجب المسؤولية .

وجوب عدم التعسف في استعمال الحق :

بالاضافة الى الحدود والقيود التي يرسمها القانون بالنسبة لكل حق من الحقوق ، فإن هنالك قيدا عاما تخضع له هذه الحقوق جميعها ويتوجب على أصحابها مراعاته واحترامه ، وهو ضرورة استعمال هذه الحقوق استعمالا مشروعا يخلو من الاساءة والتعسف .

فلا يكفي إذن أن يستعمل الشخص حقه ضمن حدوده المرسومة لتنتفي عنه المسؤولية ، وإنما يجب أن يكون هذا الاستعمال نفسه مشروعا . أما لو تعسف الشخص في استعمال حقه ولو كان ذلك دون تجاوز منه أو خروج عن حدود هذا الحق ، فإن تعسفه هذا يكون سببا لمسؤوليته عن الاضرار التي تنجم عنه للغير ، لان مجرد التعسف يعتبر نوعا من الخطأ وخروجا عن القيد العام الذي تخضع له الحقوق جميعا ، وهو قيد الاستعمال المشروع .

ومن هنا يتبين لنا ما تعنيه عبارة نسبية الحق . فكل حق ، مهما بلغت السلطة التي يتضمنها من السعة والمدى ، لا يمكن أن يكون حقا مطلقا لصاحبه يستعمله حسب مشيئته وهواه دون أي قيد أو ضابط ، وانما هو حق نسبي مقيد بوجوب عدم التعسف في استعماله .

فحق الملكية مثلا ، وهو من أوسع أنواع الحقوق مدى وأعظمها أهمية ، يخول صاحبه سلطة استعمال الشيء واستغلاله والتصرف بـه

من المعقول أن يسأل صاحب الحق عن هذا الضرر الذي يلحق بغيره من جراء استعماله لحقه ، وإلا لما أمكن لاحد أن يستعمل حقه على الوجه الصحيح ولفقدت الحقوق قيمتها وجدواها •

فصاحب الارض الذي يستعمل حقه في البناء عليها قد يؤدي الى الاضرار بأصحاب الابنية المجاوره بهذا البناء الذي يحدثه على أرضه ، والدائن الذي يستعمل حقه في الحجز على أموال مدينه واستيفاء دينه منها قد يؤدي الى الاضرار بهذا المدين وأسرته ودائنيه الآخرين بانقاصه لتلك الاموال ، والتاجر الذي يستعمل حقه بممارسته تجارته في محلة معينة قد يؤدي الى الاضرار بزملائه التجار الآخرين في هذه المحلة بمنافسته لهم في أعمالهم • ولكن أحدا من هؤلاء لا يسأل — من حيث المبدأ — عن الاضرار التي يسببها لغيره لانه لم يرتكب عملا غير مشروع يستوجب مسؤوليته ، وإنما هو قد استعمل حقه المشروع الذي أقرته له القواعد القانونيـة •

وعلى هذا يقال في عالم القانون أن « الجواز الشرعي ينـافي الضمان » ومعنى ذلك أن الذي يقوم بما هو جائز له من الوجهـة الشرعية أو القانونية لا يكون ضامنا للاضرار التي تنجم للآخرين عن هذا العمل الذي يقوم به ، إذ لا يعقل أن يمنح الشخص السلطة أو الحق وأن يباح له استعماله ثم يحاسب في نفس الوقت على هذا الاستعمال •

إلا أن استعمال الشخص لحقه يجب أن يكون ضمن الحـدود والقيود المرسومة لهذا الحق كما بينا آنفا • والقانون هو الذي يرسم نطاق كل حق من الحقوق ويبين حدوده والقيود المفروضة على استعماله، فاذا تجاوز الشخص هذه الحدود والقيود فان تجاوزه هذا يخرج من دائرة الحق ويعتبر عملا غير مشروع يستوجب مسؤولية صاحبه عن الاضرار التي يسببها للغير • فمستأجر الارض الزراعية مثلا ينحصر

وفي الواقع ، لقد تنازع الفقـه والقضاء بصورة عامة اتجاهان متعاكسـان :

الاتجاه الاول : وهو يرفض الاخذ بفكرة التعسف في استعمال الحق ، ويرى عدم مؤاخذة الشخص الذي يستعمل حقه عن الاضرار التي يسببها للغير بأي حال من الأحوال ، حتى ولو كان استعماله لهذا الحق يتضمن معنى الاساءة والتعسف ، لان صاحب الحق الذي يمارس السلطة التي يخوله إياها حقه لا يمكن أن يعتبر كمن يتصرف بـدون حق أو كمن يرتكب عملا غير مشروع • ويضيف الى ذلك أصحـاب هذا الاتجاه أن « الحق هو بحكم تعريفه قدرة الارادة على النشاط في دائرة معينة ، وكل حد من هذا النشاط ينطوي على اساءة أشد خطورة من اساءة استعمال الحق » •

ويمكن أن نعتبر أن النظم القانونية التي تغلب عليها النزعةالفردية هي أميل الى الاخذ بهذا الاتجاه • وهذا ما يفسر لنا ، على ما يبدو ، عدم النص على مبدأ عام عن التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الفرنسي المشبع بالروح الفردية •

أما الاتجاه الثاني : وهو الاتجاه الذي تغلب عليـه النزعـة الاجتماعية ، فلا يرى أن ينظر الى الحقوق هذه النظرة التقديسية التي تنظرها إليها المذاهب الفردية ، وإنما هو يؤمن بضرورة تقييدها ومراقبه استعمالها ، لان هذه الحقوق لم تمنح لاصحابها إلا لتمكينهم من تحقيق مصالحهم المشروعة لا لتتخذ معولا للهدم والاساءة وسبيلا الى الاضرار والايذاء • فلا يكفي إذن ، بحسب هذا الاتجاه ، أن يكون الشخص قد استعمل حقه لينجو من المسؤولية ، وإنما يجب أيضا أن يكون استعماله لهذا الحق مشروعا وأن يخلو من الاساءة والتعسف ، لان من

بشتى أنواع التصرف • وعلى هذا ، فإن مالك الارض مثلا يستطيع ، بمقتضى حقه في الملكية ، أن يقيم ما يشاء من الابنية على الارض التي يملكها دون أن ينازعه أحد في ذلك ودون أن يكون مسؤولا عما يصيب الغير من ضرر لانه إنما يستعمل حقه المشروع • ولكن لو حاول هـذا المالك أن يستغل الحق الممنوح له ، لا لتحقيق المصلحة التي منحه من أجلها وإنما بقصد الحاق الضرر والاذى بالغير ، فأقام في أرضه جدارا لا يعود عليه بأية منفعة لمجرد الاضرار بجاره وحجب النور والهواء عنه ، فإنه في هذه الحالة ، وإن يكن قد استعمل حقه الممنوح اليـه . يكون قد تعسف في استعمال هذا الحق ويعتبر بالتالي مسؤولا عن الاضرار التي تلحق بجاره من جراء ذلك ، لان التعسف في استعمال الحق يسلب هذا الاستعمال صفة المشروعية ويحيله الى عمل غـير مشروع يستوجب مسؤولية صاحبه والزامه بالتعويض عما ينشأ عنه من أضرار •

تطور نظرية التعسف ومناقشتها :

نظرية التعسف في استعمال الحق حديثة العهد نسبيا ، فهي لم تبرز بشكل نظرية كاملة واضحة ، ولم تأخذ بها التشريعات ويطبقها القضاء كمبدأ عام ، إلا منذ نهاية القرن التاسع عشر ومطلع القرن الحاضر • أما في القانون الروماني وقانون القرون الوسطى في أوربا ، فقد كانت هنالك بعض الآراء المتفرقة والتطبيقات القضائية المتناثرة التي تعتمد على هذا المفهوم دون أن تنشأ من ذلك نظرية كاملة واضحة يتفق عليهـا ويؤخذ بها في جميع الاحوال • وفي الشريعة الاسلامية ، هناك أيضا مبادىء عامة عديدة وأحكام فقهية متنوعة يمكن أن تبنى عليها نظرية كاملة في التعسف في استعمال الحق ، وإن كان يوجد ، الى جانب ذلك ، عدد من الآراء الفقهية الاخرى التي تشعر بعدم الاخذ بهذه النظرية •

ان يطبق فكرة التعسف في استعمال الحق في أحكامه واجتهاداته استنادا الى نظرية العمل غير المشروع (وأحيانا استنادا الى مبادىء القانون الطبيعي) . وهذا يؤكد أن نظرية العمل غير المشروع قد تغني عن نظرية التعسف .

إلا أن الرأي الراجح مع ذلك ، والذي أخذت به أغلب التشريعات الحديثة ، هو ضرورة النص على مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق بصورة مستقلة ، تأكيدا لهذا المبدأ وابرازا لاهميته من جهة ، خاصة وأن هنالك اتجاها يدعو الى عدم الاخذ به وتبنيه ، وتسهيلا لتطبيقه في بعض الحالات من جهة ثانية ، وهي الحالات التي يكون التعسف فيها مبنيا على معيار موضوعي مادي والتي قد يصعب تخريجها والاخذ بها على أساس نظرية العمل غير المشروع .

الناحية الثانية : اختلف الفقهاء ، وكذلك القضاء والتشريع، من جهة أخرى بالنسبة لتعيين الحالات التي يعتبر استعمال الحق فيها مشوبا بالتعسف ، أو بعبارة أوضح ، بالنسبة لتحديد معيار التعسف في استعمال الحق . فبينما يرى البعض الاقتصار على معيار شخصي للتعسف ، وهو المعيار الذي يقوم على قصد الاضرار ونية الاساءة (L'intention dolosive) نجد البعض الآخر يتوسع في مفهوم التعسف ويضيف الى المعيار الشخصي معيارا آخر ذا صفة مادية أو موضوعية ، فيقر بوجود التعسف في حالات أخرى يسبب فيها استعمال الحق الضرر للغير ، ولو لم يكن صاحب الحق قد قصد احداث هذا الضرر .

فأصحاب الرأي الاول يعتبرون أن التعسف لا يوجد إلا إذا توافر قصد الاضرار بالغير لدى صاحب الحق ، وهم يعددون صورا مختلفة للحالات التي يرون أن قصد الاضرار متوافر فيها والتي يعتبر استعمال الحق فيها مشوبا بالتعسف . أما أصحاب الرأي الثاني فيأخذون ،

يسيء أو يتعسف في استعمال حقه هو ، كمن يعمل بدون حق ، مخطىء ومسؤول .

وهذا الاتجاه هو الاتجاه السائد في العصر الحاضر ، وقد أخذت به أغلب التشريعات الحديثة وسار عليه القضاء . ولا يكاد يوجد من ينازع في صحته حاليا من رجال القانون .

إلا أن هناك اختلافا ، مع هذا ، بين الفقهاء الذين يأخذون بفكرة التعسف في استعمال الحق ويرضون بتطبيقها ، وهو يتجلى في ناحيتين :

الناحية الاولى : يرى بعض الفقهاء عدم ضرورة وجود نظرية خاصة أو مبدأ مستقل لتقرير عدم جواز التعسف في استعمال الحق ، باعتبار أن هذه النظرية ليست سوى تطبيق لنظرية أعم منها وأوسع ، وهي نظرية العمل غير المشروع (L'acte illicite) فالعمل غير المشروع يجعل مرتكبه مسؤولا عن الاضرار التي يسببها لغيره ، والتعسف في استعمال الحق ما هو إلا نوع من العمل غير المشروع الذي يرتكبه الشخص بمناسبة استعماله أو ممارسته لحق من حقوقه . ويعتقد هؤلاء الفقهاء أن هناك شيئا من التنافر بين لفظي « التعسف » و«الحق» لان التعسف يخرج العمل من دائرة الحق وينقلب به الى عمل غير مشروع ، ولانه لا يصح أن نعتبر الشخص متعسفا وممارسا لحقه في آن واحد وإنما هو شخص يعمل خارج دائرة الحق ونطاقه . ولهذا فإن نظرية العمل غير المشروع تغني عن نظرية التعسف في استعمال الحق التي هي من بعض تطبيقاتها .

هذا الرأي يمكن أن تدعمه حالة الاجتهاد القضائي في فرنسا ، وكذلك في مصر قبل القانون المدني الجديد . فبالرغم من عدم وجود نص خاص بالتعسف في استعمال الحق في القانون المدني الفرنسي وفي القانون المدني المصري السابق ، فقد استطاع القضاء ، في كلا البلدين ،

هذا المبدأ ومجال تطبيقه يتجاوز نطاق القانون المدني ليشمل جميع فروع القانون الخاص ، وحتى القانون العام .

وقد أفرد القانون المدني مادتين من مواده لتنظيم أحكام التعسف في استعمال الحق ، وهما المادتان ٥ و ٦ من القانون المدني السوري (والمادتان ٤ و ٥ من القانون المصري) .

فجاء في المادة الخامسة من القانون المدني السوري ما يلي :

« من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر » .

وبذلك تكون هذه المادة قد أقرت المبدأ القاضي بعدم مسؤولية الشخص الذي يستعمل حقه استعمالا مشروعا عن الاضرار التي يسببها للغير ، كما تكون قد دلت في نفس الوقت ، بمفهوم المخالفة ، على أن الاستعمال غير المشروع للحق ، أو بمعنى آخر التعسف في استعمال الحق ، موجب للمسؤولية .

وعددت المادة السادسة من القانون المدني السوري بعد ذلك الحالات التي يكون استعمال الحق فيها غير مشروع ، أو مشوبا بالتعسف ، فنصت على ما يلي :

« يكون استعمال الحق غير مشروع في الاحوال الآتية :

أ — إذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير .

ب — إذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها قليلة الاهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

ج — إذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها غير مشروعة » .

هذا ، وقد تضمنت بعض التشريعات الاخرى تطبيقات خاصة

بالاضافة الى المعيار الشخصي الذي يبنى على قصد الاضرار ، بمعيار آخر مادي أو موضوعي لا يبنى على هذا القصد .

والمعيار المادي أو الموضوعي الذي يأخذ به أصحاب الرأي الثاني هو أيضا غير متفق على مضمونه ومفهومه . فقد أخذ تارة بمعيار « الخروج عن الهدف الاجتماعي للحق (Le but social) » كمعيار مادي أو موضوعي للتعسف ، بحيث يعتبر الشخص الذي يخرج في استعماله لحقه عن الهدف الاجتماعي لهذا الحق متعسفا في استعماله ومسؤولا عن الاضرار التي يسببها للغير من جراء ذلك ، ولو لم يقصد الى احداثها . ولكن هذا المعيار ظهر أنه غير واضح ولا محدد فاستعيض عنه بمعايير أخرى من نفس النوع كمعيار « الخروج عن السبب الشرعي للحق (Le motif légitime) » مثلا أو معيار « تحقيق المصلحة غير المشروعة (L'intérêt illégitime) » . الا أن هذه المعايير كلها تفتقر أيضا الى الوضوح والتحديد .

ولا تزال نظرية التعسف في استعمال الحق بحاجة الى المزيد من الدراسات الفقهية والتطبيقات القضائية ليتبلور مفهومها ويتحدد مجال تطبيقها بصورة أوضح . وخاصة بالنسبة للحالات التي لا يبنى فيها التعسف على قصد الاضرار .

موقف قانوننا المدني من نظرية التعسف .

أخذ القانون المدني المصري . وكذلك السوري ، بنظرية التعسف في استعمال الحق ونظما أحكامها في الباب التمهيدي لكل منهما . وقد رؤي ادراج أحكام هذه النظرية في الباب التمهيدي من القانون ابرازا لاهميتها باعتبارها تقرر مبدأ عاما يشمل جميع أنواع الحقوق التي تقررها قواعد القانون المدني ولا يقتصر على نوع معين منها . بل إن أثر

إلا أنه قد يصدف ، في كثير من الاحيان ، أن يجني الشخص الذي يستعمل حقه بقصد الاضرار بالغير بعض المنفعة بمناسبةاستعماله لهذا الحق . وهنا يرى أغلب الفقهاء أن يعتبر التعسف حاصلا إذا كان قصد الاضرار هو العامل الرئيسي أو الاصلي الذي دفع صاحب الحق الى استعمال حقه وكان جلب المنفعة عاملا ثانويا بالنسبة اليه . وذلك كمن يقيم في أرضه برجا للحمام الى جانب حظيرة للمواشي تعود الى جاره بقصد الاضرار بهذا الجار الناتج عن تساقط ريش الحمام في علف مواشيه . حيث يعتبر صاحب البرج متعسفا في استعمال حقه ما دام قصد الاضرار هو العامل الرئيسي الذي دفعه الى اقامة البرج بقرب الحظيرة المجاورة . وبالرغم من المنفعة الثانوية التي تحققها له اقامة هذا البرج وتربية الحمام فيـه .

ب ـــ التفاوت الكبير بين المصلحة والضرر : وفي هذه الحـالة . إذا كان استعمال الحق يؤدي الى تحقيق مصلحة قليلة الاهمية لصاحبه ويسبب في نفس الوقت ضررا للغير لا يتناسب البتة مع هذه المصلحة الناجمه عنه ، فإن هذا الاستعمال يكون مشوبا بالتعسف ويستوجب مسؤولية صاحب الحق . ولو لم يثبت لديه قصد الاضرار والايذاء .

فالتعسف هنا يستخلص من مجرد التفاوت الكبير بين المصلحة والضرر . ودون النظر الى النية والقصد . إلا أن التفاوت الكبير بين المصلحة والضرر ، إذا نظر إليه مجردا عن قصد الاضرار واعتبر وحده كافيا لتقرير التعسف ، فإن من الممكن أن يعتبر في نفس الوقت بمثابة قرينة أو دليل على وجود قصد الاضرار لدى صاحب الحق . لان من يستعمل حقه فيسبب للغير ضررا بالغا ، مع ضآلة المصلحة التي تعود عليه . إما أن يكون عابثا مستهترا لا يبالي بما يصيب الغير من أضرار ، أو يكون - وهذا هو الغالب ـــ متعمدا احداث الضرر الذي أصاب الغير بسبب استعماله لحقه .

لنظرية التعسف في استعمال الحق بالنسبة لبعض المواضيع كالتسريح التعسفي والنقل التعسفي مثلا اللذين نص عليهما القانون المدنيوقانون العمل ، والعزل التعسفي لمديري الاعمال في شركات التضامن الذي نص عليه قانون التجارة ، والطلاق التعسفي الذي نص عليه قانون الاحوال الشخصية ونحو ذلك • وبالاضافة الى هذه التطبيقات الخاصة ، فإن المبدأ العام القاضي بوجوب الامتناع عن التعسف في استعمال الحق الذي نص عليه القانون المدني في بابه التمهيدي يمكن أن يطبق بالنسبة لجميع انواع الحقوق •

حالات التعسف التي نص عليها القانون المدني :

رأينا أن القانون المدني قد نص على ثلاث حالات يعتبر صاحب الحق فيها متعسفا في استعماله ، وهي : أ — قصد الاضرار بالغير • ب — التفاوت الكبير بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يصيب الغير • ج — تحقيق مصالح غير مشروعة •

أ — **قصد الاضرار بالغير :** هذه الحالة هي أبرز حالات التعسف في استعمال الحق ، وفيها يكون الشخص قد استغل الحق الممنوح له ، لا لتحقيق مصلحته التي منح هذا الحق لاجلها ، ولكن ليلحق الضرر بالغير ويسيء اليـه •

وقد يكون الشخص الذي يستعمل حقه بقصد الاضرار بالغير لا يجني من استعماله لحقه أية منفعة،وهنا لا خلاف على وجود التعسف• وذلك كما في المثال الذي أعطيناه سابقا عن الشخص الذي يقيم جدارا عاليا في أرضه ، لا يعود عليه بأية فائدة ، لمجرد حجب النور والهواء عن جاره ، إذ يكون هذا الشخص مسؤولا عن الاضرار التي تصيب جاره بسبب تعسفه في استعمال حقه الذي يستنتج من وجود قصد الاضرار لديه ، مع عدم وجود مصلحة له في هذا الاستعمال •

النظام العام والآداب • ويمكن أن ينتقد هذا التفسير للمصلحة غير المشروعة من حيث أنه يسلب هذه الحالة الثالثة من حالات التعسف في استعمال الحق الكثير من قيمتها وجدواها ، لان الخروج على أحكام القانون أو مبادىء النظام العام والآداب يمكن أن يعتبر بحد ذاته سببا مباشرا لمؤاخذة الشخص الذي يستعمل حقه بهذه الغاية دون حاجة للجوء الى نظرية التعسف • وبهذا لا تكون الحالة الثالثة المشار اليها قد أضافت شيئا جديدا سوى التأكيد على مبدأ قانوني سابق •

ومن الامثلة التي يكون التعسف فيها ناتجا عن استعمال الحق في سبيل تحقيق مصالح غير مشروعة ، مثال رب العمل الذي يسرح أحد عماله بسبب انتمائه الى احدى النقابات ، أو مثال صاحب الارض المجاورة لاحد المطارات الذي يقيم الاعمدة العالية على أرضه أو يحيطها بالاسلاك الشائكة لعرقلة هبوط الطائرات وارغام أصحاب المطار بالتالي على شراء أرضه بأسعار مرتفعة • فرغبة التخلص من عامل نقابي ، ومحاولة ارغام الجار على شراء الارض ، تعتبران من المصالح غير المشروعة التي تدل على وجود التعسف •

هذه هي الحالات الثلاث التي اعتبر القانون المدني استعمال الحق فيها غير مشروع ، أو مشوبا بالتعسف • وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني ينص على حالتين اضافيتين ، وهما : حالة تعارض استعمال الحق مع مصلحة عامة جوهرية ، وحالة تعارضه مع حقوق الآخرين بحيث يؤدي الى تعطيلها تعطيلا يحول دون استعمالها على الوجه المألوف •

ولكن هاتين الحالتين حذفتا بعد ذلك من النص النهائي للقانون المدني • باعتبار أن مجال تطبيقهما لا يتسع لكافة أنواع الحقوق ، وإنما هو خاص بنواح محددة منها • فالحالة الاولى أقرب الى أن تكون

وليس هنالك من حد معلوم أو ضابط واضح لتقدير التفاوت الكبير بين المصلحة والضرر الذي يجعل استعمال الحق مشوبا بالتعسف. والضابط الذي يضعه القانون المدني في هذا المجال هو ألا تتناسب المصلحه البتة مع الضرر الذي يصيب الغير ، ويعود تقدير ذلك الى القاضي الذي يتوجب عليه أن يوازن بين المصلحة والضرر في كل حالة من الحالات ، حتى إذا بدا له انهما لا يتناسبان اطلاقا — أو البتة — قضى عندئذ بوجود التعسف .

ويرى بعض الفقهاء أن الحكم المنصوص عنه في الفقرة الثانية من المادة (٨١٨) من القانون المدني المصري ، والقاضي بمنع مالك الحائط من « أن يهدمه مختارا دون عذر قوي إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط » يمكن أن يعتبر بمثابة تطبيق لهذه الحالة ، باعتبار أن مصلحة المالك ، الذي لا يستند في هدم حائطه الى عذر قوي ، تعتبر ضئيلة بالنسبة الى ضرر الجار من هدمه .

جـ — تحقيق مصالح غير مشروعة : وفي هذه الحالة يعتبر التعسف قائما ، لا بسبب قصد الاضرار بالغير لدى صاحب الحق أو بسبب التفاوت الكبير بين المصلحة التي يجنيها من استعماله لحقه والضرر الذي يصيب الغير من جراء ذلك ، ولكن بسبب استعماله لحقه ابتغاء تحقيق مصلحة غير مشروعة .

وقد حرص القانون المدني على الاستعاضة بتعبير « المصلحة غير المشروعة » عن التعابير الاخرى التي يرى أنها أقل وضوحا منه كالهدف الاجتماعي للحق مثلا أو السبب الشرعي . إلا أن تعبير المصلحة غير المشروعة نفسه يظل مع ذلك غير واضح كل الوضوح .

ويستنتج من المذكرة الايضاحية للقانون المدني أن المصلحة تعتبر غير مشروعة إذا كانت تخالف حكما من أحكام القانون أو تتعارض مع

المبحث الثالث

أقسام الحق

CLASSIFICATION DES DROITS SUJECTIFS

تعداد أقسام الحق — الحق العيني — الحق الشخصي — المقارنة بين الحق العيني والحق الشخصي : من حيث الاطراف ، من حيث المضمون ، من حيث النتائج والآثار — الحق الادبي أو المعنوي

تعداد أقسام الحق :

يمكن أن تصنف الحقوق باعتبارات متعددة ، نختار منها التصنيف التالي :

١ ـــ الحقوق العامة والحقوق الخاصة : ويقابل هذا التقسيم للحقوق التقسيم الرئيسي الذي سبق أن أعطيناه للقانون • فالحقوق العامة (Droits publics) هي السلطات التي تقررها قواعد القانون العام للدولة أو الافراد ، والحقوق الخاصة (Droits privés) هي السلطات التي تقررها لهم قواعد القانون الخاص •

ويدخل في زمرة الحقوق العامة نوعان هامان من الحقوق يطلق عليهما اسم الحقوق السياسية وحقوق الشخصية •

أما الحقوق السياسية (Droits politiques) فهي الحقوق التي تمنح للشخص باعتباره عضوا في الدولة لتمكينه من الاسهام في

خطة تشريعية ينهج المشرع على مقتضاها في وضع تشريعات استثنائيـــة تقتضيها ظروف خاصة . والحالة الثانية لا يجري تطبيقها إلا في الملكية وحقوق الجوار ، ومن الممكن أن يغني عنها القيد الذي تفرضه المادة (٧٧٦) من القانون المدني السوري (والمادة ٨٠٧ من القانون المدني المصري) ، والذي يوجب على المالك « بألا يغلو في استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار » .

ذلك . وهذه الحقوق تدخل في ذمة الشخص المالية ويجوز التعامل فيها والحجز عليها ، بخلاف حقوق الاسرة أو حقوق الشخصيةأو الحقوق السياسية .

٣ — **الحقوق العينية والحقوق الشخصية (والحقوق الادبية أو المعنوية) :** تقسم الحقوق المالية الى قسمين رئيسيين وهما : الحقوق العينية من جهة والحقوق الشخصية من جهة ثانية . ويضاف إليهما قسم ثالث هو الحقوق الادبية أو المعنوية .

ونرى أن نتولى دراسة هذا التقسيم فيما يلي بشيء من التفصيل نظرا لاهميته الخاصة وصلته الوثيقة بالقانون المدني .

الحق العيني :

يعرف الحق العيني (Droit réel) بأنه سلطة مباشرة لشخص على شيء معين بالذات يستطيع هذا الشخص ممارستها دون واسطة .

والجدير بالملاحظة في هذا التعريف أن السلطة التي يتمتع بها صاحب الحق العيني هي سلطة مباشرة على الشيء الذي يتعلق به هذا الحق ، فصاحب حق الملكية مثلا — وحق الملكية هو أهم أنواع الحقوق العينية — له سلطة مباشرة على الشيء الذي يملكه ، وهو يستطيع أن يمارس هذه السلطة باستعمال الشيء أو استغلاله أو التصرف فيه دون وساطة أي شخص آخر .

والحقوق العينية تقسم الى نوعين : حقوق عينية أصلية ، وحقوق عينية تبعية .

اما **الحقوق العينية الاصلية** ، فهي التي يكون لها وجود مستقل بحيث لا ترتبط أو تتعلق بأي حق آخر ، وأهمها : حق الملكية ، وحق الانتفاع ، وحق الارتفاق .

حكم بلاده وادارتها ، كحق الانتخاب والترشيح مثلا أو حق تولي الوظائف العامـــة •

وأما حقوق الشخصية (Droits de la personnalité) فهي عبارةعن حقوق تتصل بالشخصية الانسانية وتعتبر ضرورية لحماية الفرد في ذاته ومقومات وجوده وتمكينه من العيش بصورة حرة كريمة ، وذلك كحق الانسان في الحياة وفي الحرية بمختلف صورها • وقد أطلق على هذه الحقوق أيضا اسم حقوق الانسان (Droits de l'homme) والحقوق الطبيعية (Droits naturels) باعتبار أن الطبيعة نفسها تفرض منحها للانسان لمجرد كونه انسانا ، كما أطلق عليها كذلك اسم الحقوق العامة ، على ان يفهم هذا التعبير هنا بمعنى خاص يتناول هذه الطائفة من الحقوق العامة فقط ولا يشملها كلها •

٢ ـــ **حقوق الاسرة والحقوق المالية :** تقسم الحقوق الخاصةعادة الى قسمين وهما : حقوق الاسرة من جهة ، والحقوق المالية من جهة ثانيـــة •

فحقوق الاسرة (Droits de famille) عبارة عن مراكز ممتازة أو سلطات تعترف بها قواعد الاحوال الشخصية ـــ وهي من بعض قواعد القانون الخاص ـــ للافراد بسبب صـــلة القرابة أو الزواج أو المصاهرة القائمة بينهم وبين سائر أفراد أسرتهم ، كسلطة الاب على ابنه في تربيته ورعايته والاشراف على شؤونه مثلا ، أو كسلطة الزوج تجاه زوجته والزوجة تجاه زوجها فيما يتمتعان به من حقوق عائلية •

وأما الحقوق المالية (Droits patrimoniaux) فهي سلطات تمنحها قواعد القانون الخاص الاخرى لاصحابها تمكينا لهم من تحقيق مصالح تعود اليهم يمكن تقويمها بالمال ، كحق المالك مثلا والدائن والبائع ونحو

الشخصي لا تنصب مباشرة على شيء معين كما هو الامر في الحق العيني ، وإنما تتمثل هذه السلطة في قدرة صاحب الحق الشخصي على اجبار شخص آخر على القيام له بعمل أو الامتناع عن عمل • وعلى هذا فلا بد في كل حق شخصي من وجود علاقة بين شخصين تتضمن حقا لاحدهما هو الحق الشخصي ، والتزاما على الآخر هو التزام القيام بعمل أو الامتناع عن عمل الذي يقابل هذا الحق الشخصي • فالحق الشخصي والالتزام هما إذن مفهومان متلازمان متقابلان ، لان كل حق شخصي لاحد الطرفين لا بد وأن يقابله التزام على الطرف الآخر ، وكل التزام لا بد وأن يقابله حق شخصي •

فللبائع مثلا حق شخصي على المشتري فيما يتعلق بدفع الثمن ، وللمشتري حق شخصي على البائع فيما يتعلق بتسليم المبيع ، وللمتضرر من فعل غير مشروع حق شخصي على مرتكب الفعل بالتعويض عليه ، وللتاجر الذي يتعهد له زميله بألا يفتح محلا تجاريا بالقرب منه حق شخصي على هذا الاخير فيما يتعلق بعدم فتح المحل التجاري • وبالمقابل، فإن على المشتري في المثال الاول والبائع في المثال الثاني ومرتكب الفعل غير المشروع في المثال الثالث التزاما بالقيام بعمل ، وهو أداء الثمن بالنسبة للمشتري وتسليم المبيع بالنسبة للبائع ودفع التعويض بالنسبة لمرتكب الفعل غير المشروع ، كما أن على التاجر الثاني في المثال الاخير التزاما بالامتناع عن عمل، وهو الامتناع عن فتح المحل التجاري• وهكذا نرى في هذه الامثلة أن كل حق شخصي لاحد الطرفين لا بد وأن يقابله التزام على الطرف الآخر ، وأن السلطة التي يخولها الحق الشخصي لصاحبه إنما تتمثل في قدرته على اجبار الطرف الملتزم على تنفيذ التزامه الذي يختلف موضوعه ومضمونه من حق الى حق أو من التزام الى التزام ، ولكنه مع ذلك لا يعدو أن يكون قياما بعمل أو امتناعا عن عمل •

وحق الملكية هو أهم أنواع الحقوق العينية اطلاقا وأوسعها مدى، لان صاحبه يتمتع — كما رأينا آنفا — بسلطة استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه بشتى أنواع التصرف ، وهذه المكنات الثلاث لا تجتمع كلها إلا في حق الملكية وحده • أما حق الانتفاع فتقتصر سلطة صاحبه على الاستعمال والاستغلال دون التصرف ، وحق الارتفاق ليس لصاحبه سوى سلطة محدودة في استعمال الشيء بحسب ما يقتضيه نوع حقه كحق المرور في أرض الغير مثلا •

وأما **الحقوق العينية التبعية** ، فهي التي لا يمكن أن توجد بصورة مستقلة ، وإنما تتبع حقا آخر ترتبط به وتكون ضامنة له •

والحق الذي يتبعه الحق العيني التبعي هو دوما حق شخصي •

ومن أهم أنواع الحقوق العينية التبعية حق الرهن مثلا • فهو حق عيني لان لصاحب حق الرهن سلطة مباشرة على المال المرهون ، وهو تبعي لانه لا يمكن أن يوجد بصورة مستقلة إذ لا يمكن أن ينشأ حق الرهن إلا إذا كان هناك دين يراد إيجاد ضمان للوفاء به • فالرهن يتبع إذن الدين ، أو هو يتبع الحق الشخصي الذي يكون للدائن على المدين ويرتبط به ، وهو لهذا يدخل في عداد الحقوق العينية التبعية التي تتبع الحقوق الشخصية ضمانا للوفاء بها •

الحق الشخصي :

يعرف الحق الشخصي (Droit personnel) بأنه سلطة مقررة لشخص تجاه آخر تخول الاول ، وهو صاحب الحق الشخصي أو الدائن أو الملتزم له ، أن يجبر الثاني ، وهو المكلف أو المدين أو الملتزم، على أن يقوم له بعمل أو يمتنع من أجله عن عمل •

ويلاحظ في هذا التعريف أن السلطة التي يتمتع بها صاحب الحق

اعتبارهم الطرف السالب في الحق العيني لانهم مكلفون أو ملزمون بالامتناع عن عمل ، وهو الامتناع عن كل ما من شأنه عرقلة ممارسة هذا الحق • وإذا كان الالتزام المقابل للحق الشخصي عبارة عن التزام بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل ، فإن الالتزام المقابل للحق العيني لا يتضمن سوى الامتناع عن عمل ، ولكنه التزام على كل حال شبيه بالالتزام الذي نلقاه في الحق الشخصي •

إلا أنه يمكن أن يرد على هذا الرأي ، بأن التزام الناس بالامتناع عن عرقلة ممارسة الحق العيني لا يشابه التزام المدين أو المكلف في الحق الشخصي • فالتزام المدين أو المكلف في الحق الشخصي ، حتى ولو كان التزاما بالامتناع عن عمل ، هو نفسه موضوع هذا الحق ، أما التزام الناس بعدم عرقلة ممارسة الحق العيني فليس هو موضوع هـذا الحق وإنما هو من قبيل الواجب السلبي العام الذي يقضي على الناس بعدم الاعتداء على الحقوق أو عرقلة استعمالها • وهذا الواجب السلبي العام لا يصادف فقط بالنسبة للحقوق العينية وإنما يوجد أيضا بالنسبة للحقوق الشخصية ، إذ أن الناس مكلفون بعدم عرقلة استعمال الحقوق الشخصية أو الاعتداء عليها كما أنهم مكلفون بذلك بالنسبة للحقوق العينية • وعلى هذا فالاختلاف يظل قائما من حيث الاطراف بين الحق العيني والحق الشخصي : فإذا اعتبرنا أن أطراف الحق العينيهم صاحب الحق العيني من جهة والناس كافة الملزمون بعدم المساس بهذا الحق من جهة ثانية ، فإن أطراف الحق الشخصي هم صاحب الحق الشخصي من جهة ، والناس كافة الملزمون بعدم المساس بهذا الحق من جهة ثانية ، وأيضا الملتزم أو المدين المكلف تجاه صاحب الحق الشخصي بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل من جهة ثالثة •

ب ـــ **من حيث المضمون :** يتبين اختلاف الحق العيني عن الحق

المقارنة بين الحق العيني والحق الشخصي :

يمكننا أن نفرق بين الحق العيني والحق الشخصي من ثلاثة وجوه : أ — من حيث الاطراف ، ب — من حيث المضمون ، ج — من حيث النتائج والآثار .

ا — من حيث الاطراف : يختلف الحق العيني عن الحق الشخصي من حيث أن الحق العيني لا يوجد فيه سوى طرف واحد موجب ، هو صاحب الحق ، بينما لا بد من وجود طرفين بالنسبة للحق الشخصي ، أحدهما موجب (Sujet actif) هو صاحب الحق أو الدائن أو الملتزم له ، والآخر سالب (Sujet passif) هو الملتزم أو المكلف أو المدين .

فصاحب الحق العيني ، كالمالك مثلا ، لا علاقة له بأي شخص آخر وانما هو يتمتع بسلطة مباشرة يستطيع ممارستها دون واسطة على الشيء الذي يقع عليه حقه ، وليس هناك من طرف سواه بالنسبة لهذا الحق . أما صاحب الحق الشخصي ، كالدائن أو المتضرر مثلا ، فلا تقع سلطته على شيء معين ليعتبر الطرف الوحيد في الحق ، وإنما هي سلطة مقررة له تجاه شخص آخر يقع عليه عبء الالتزام المقابل لحقه كالمدين أو المسؤول عن الضرر . ويعتبر هذا الشخص الآخر الذي يقع عليه عبء الالتزام المقابل للحق الشخصي طرفا ثانيا فيه ، هو الطرف السالب ، بالاضافة الى صاحب الحق نفسه الذي يعتبر الطرف الموجب .

ولقد حاول بعض الفقهاء أن يزيلوا هذا الفارق بين الحق العيني والحق الشخصي ، معتبرين أن الحق العيني يوجد فيه أيضا ، كالحق الشخصي ، طرفان : موجب وسالب . أما الطرف الموجب فهو صاحب الحق ، وأما الطرف السالب فيتمثل في الناس كافة الذين يقع عليهم واجب احترام الحق العيني والامتناع عن كل ما من شأنه عرقلة استعماله من قبل صاحبه . فالناس جميعا ، بحسب أصحاب هذا الرأي ، يمكن

وقد يمكن أن ينشأ أحيانا حول شيء واحد حق عيني وحق شخصي معا • فالشخص الذي غصب منه شيء يملكه له حق عيني على هـذا الشيء لانه يظل مالكا له بعد اغتصابه منه ، وله في نفس الوقت حق شخصي على الغاصب يخوله اجباره على القيام بعمل وهو اعادة الشيء المغصوب اليـه •

جـ ـ من حيث النتائج والآثار : إن اختلاف الحق العيني عن الحق الشخصي من حيث النتائج والآثار يبدو بصورة رئيسية في أن الحق العيني يخول صاحبه امتيازين هامين لا يخولهما الحق الشخصي لصاحبه وهما : حق التتبع من جهة وحق الاولوية أو الرجحان من جهة ثانيـة •

فحق التتبع : (Droit de suite) من مقتضاه أن يستطيع صاحب الحق العيني تتبع الشيء الذي يقع عليه حقه واللحاق به لاسترداده من أي يد وقع فيها وذلك نتيجة لسلطته المباشرة عليه • فالمـالك مثلا يستطيع إذا غصب منه الشيء الذي يملكه أن يتتبعه ويسترده من أي شخص يقع تحت يده ؛ أما صاحب الحق الشخصي فليس له حق التتبع لأن سلطته على الشيء غير مباشرة •

وحق الاولوية والرجحان (Droit de préférence) **معنـاه أن** صاحب الحق العيني يستطيع أن يتقدم على غيره للحصول على حقه وهو يرجح على سائر الدائنين العاديين • وهذه الاولوية التي يتمتع بها صاحب الحق العيني تبدو بصورة خاصة في الحقوق العينية التبعيـة ، فالدائن الذي استحصل مثلا على رهن من مدينه يكون له حق عيني تبعي على المال المرهون ، وهو لهذا يرجح على سائر الدائنين الآخرين في استيفاء دينه من هذا المال لان له عليه سلطة مباشرة • فوجود الحق العيني إذن هو الذي كان السبب في ترجيح هذا الدائن •

الشخصي من حيث المضمون من التعريف الذي أوردناه لكل منهما ، فقد رأينا أن الحق العيني عبارة عن سلطة مباشرة لشخص على شيء معين بالذات ، أما الحق الشخصي فعبارة عن سلطة مقررة لشخص تجاه شخص آخر موضوعها القيام بعمل أو الامتناع عن عمل .

وقد يتعلق الحق الشخصي بأشياء مادية معينة ، ولكن سلطة صاحب الحق لا تنصب مباشرة على هذه الاشياء كما في الحق العيني . فمثلا حق البائع على المشتري في استيفاء الثمن هو حق متعلق بمبلغ من النقود ، ولكن البائع ليست له سلطة مباشرة على هذا المبلغ وإنما يتعلق حقه بالمشتري وحده حيث يكون له اجبار هذا المشتري على القيام بعمل وهو دفع الثمن إليه . فإذا دفع المشتري الثمن أصبح المبلغ المدفوع ملكا للبائع وحينئذ تصبح له عليه سلطة مباشرة يستمدها من حق ملكيته له ، أما قبل ذلك فسلطته على الثمن غير مباشرة لانها لا تتحقق إلا عن طريق المشتري .

وعلى هذا نلاحظ أن الحق الشخصي قد يزول ويحل محله حق عيني ، وذلك حين يكون الالتزام المقابل لهذا الحق الشخصي يتعلق باعطاء شيء ويقوم المدين أو الملتزم باعطاء ما التزم به ، وحينئذ تنتهي العلاقة التي كانت بين الدائن والمدين وتحل محلها علاقة جديدة بين الدائن والشيء الذي تم اعطاؤه فيصبح الدائن مالكا لهذا الشيء ، كالبائع الذي كان دائنا للمشتري بالثمن في مثالنا السابق ثم أصبح مالكا للمبلغ من النقود الذي دفعه اليه المشتري وفاء لدينه . كما أن من الممكن أيضا أن يزول الحق العيني أحيانا ويحل محله حق شخصي ، كالمالك الذي أتلف له شخص آخر الشيء الذي يملكه ، إذ تزول ملكية المالك عن الشيء بعد تلفه وزواله وينشأ له بدلا عن ذلك حق شخصي تجاه المتلف بالتعويض عليه .

بالنسبة للكتاب الذي يؤلفه ، والمخترع له أيضا حق الملكية الادبية أو المعنوية بالنسبة الاختراع الذي يبتكره ، وهذه الملكية لا تقع هنا على عين الكتاب أو الآلة المخترعة وإنما هي تقع على الافكار التي يتضمنها هذا الكتاب والابتكار الذي أدى الى هذا الاختراع ، أي أنها تقع على أشياء معنوية لا يدركها الحس المادي ، ولذلك سمي هذا النوع من الحقوق بالحق الادبي أو الفكري أو المعنوي .

إلا أن بعض الفقهاء يرون مع هذا أن بالامكان تصنيف الحقوق الادبية أو المعنوية في زمرة الحقوق العينية وعدم جعلها نوعا ثالثا مستقلا عنها ، على اعتبار أن الحقوق العينية يمكن أن تقع على أشياء مادية أو معنوية ، بينما يرى البعض الآخر أن يقصر الحقوق العينية على الحقوق التي تقع على أشياء مادية ، وأن يعتبر الحق الادبي أو المعنوي نوعا ثالثا من أنواع الحق متميزا عن كل من الحق العيني والحق الشخصي .

ومن خصائص هذا الحق أن له طابعا ماليا ومعنويا في نفس الوقت. فهو من جهة يخول صاحبه استثمار نتاجه الفكري واستغلاله والتصرف فيه وجني الارباح التي تنتج عنه ، كأن ينشر المؤلف كتابه تحقيقا للربح أو يبيع المخترع حق اختراعه لقاء مبلغ من المال . وهو من جهة ثانية يخول صاحبه نسبة هذا النتاج اليه وعدم الاعتداء عليه أو انتحاله من قبل غيره حفظا لسمعته أو شهرته الادبية أو العلمية أو الفكرية .

وقد نص قانوننا المدني في المادة (٨٩) منه على أن « الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » . وهناك بعض التشريعات الخاصة التي تنظم هذه الحقوق وتكفل حمايتها ، كما أن القضاء ، وخاصة في مصر ، لم يتأخر ، حين كانت تعوزه النصوص التشريعية ، عن حماية هذه الحقوق لاصحابها استنادا الى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

وبالاضافة الى هذين الاثرين الهامين اللذين يختلف بهما الحق العيني عن الحق الشخصي ، فإن هنالك بعض الآثار الاخرى التي هي موضع اختلاف بينهما • من ذلك مثلا أن التنازل عن الحق العيني يكفي فيه اتفاق صاحب الحق والمتنازل له وهو ينتج أثره دون حاجة الى وساطة أي شخص آخر ، أما التنازل عن الحق الشخصي فلا بد على الاقل من تبليغه الى المدين ليعتبر ساريا بحقه • ومن ذلك أيضا أن التقادم يؤدي أحيانا الى اكتساب الحق العيني ولكنه لا يؤدي من حيث المبدأ الى زواله وانقضائه ، بعكس الحق الشخصي الذي لا يكتسب بالتقادم ولكن من الممكن أن يسقط به •

بقي أن نشير أخيرا الى أن القانون المدني قد اعتمد في تنظيم أحكامه وتصنيفها هذا التقسيم للحقوق الى عينية وشخصية • فقد تضمن القانون المذكور ، كما سبق أن بينا ، قسمين رئيسيين خصص أولهما للاحكام المتعلقة بالحقوق الشخصية أو الالتزامات وخصص الثاني للاحكام المتعلقة بالحقوق العينية ، ولعلنا نستطيع أن نتبين من ذلك أهمية هذا التقسيم بالنسبة للقانون المدني •

الحق الادبي أو المعنوي :

يعرف الحق الادبي أو المعنوي (Droit intellectuel) بأنه سلطة مخولة لشخص على نتاجه الفكري أو الادبي أو الفني ••• إلخ، لتمكينه من الاحتفاظ بنسبة هذا النتاج الى نفسه واحتكار المنفعة المالية التي تنتج عن استغلاله ، وذلك كحق المؤلف على مؤلفه والمخترع على اختراعه والفنان على مبتكراته ••• ويدخل في هذه الزمرة أيضا حق صاحب الاسم التجاري على اسم محله وصاحب العلامة الفارقة على علامتـه ••

وهذا الحق في الواقع كحق الملكية إلا أنه لا يقع على شيء مادي بل على شيء معنوي • فالمؤلف مثلا له حق الملكية الادبية أو المعنوية

طرفا سالبا وهو الملتزم أو المدين ، بينما لا يوجد هناك طرف سالب في الحق العيني ، لأن الحق العيني ليس له إلا طرف واحد موجب هو صاحب هذا الحق الذي يتمتع بالسلطة المباشرة على الشيء الذي يقع عليه حقه ، وإن كان بعض الفقهاء يحاولون أن يجعلوا له طرفا سالبا هم الناس كافة الملزمون باحترامه وعدم عرقلة استعماله ، كما سبق أن بينـا .

المحل : محل الحق (Objet du droit) هو الشيء المادي أو المعنوي الذي يتعلق به هذا الحق ، سواء مباشرة كما في الحقوق العينيـة (والمعنوية) ، أو بصورة غير مباشرة كما في الحقوق الشخصية .

فمحل الحق بالنسبة للمالك مثلا هو الشيء المادي الذي تقع عليه ملكيته كالارض أو الكتاب أو السيارة أو نحو ذلك . ومحل الحق بالنسبة للمؤلف أو المخترع هو الافكار أو المبتكرات أو الاختراعات التي تتعلق بها حقوقهما المعنوية والتي هي عبارة عن أشياء غير مادية .

أما بالنسبة للحق الشخصي الذي يقابله التزام على الطرف السالب للقيام بعمل أو امتناع عن عمل . فمن الجدير أن نفرق بين حالتين :

إذا كان الالتزام المترتب على الطرف السالب يتضمن اعطاء شيء ، كالتزام البائع باعطاء المبيع مثلا والمدين بدفع مبلغ من النقود ، فان هذا الشيء هو المحل الذي يقع عليه الحق الشخصي والذي تكون لصاحب هذا الحق عليه سلطة غير مباشرة لانه لا يستطيع الوصول إليه إلا عن طريق الطرف السالب الملتزم باعطائه . وفي هذه الحالة يمكن التمييز بين محل الحق ومضمونه ، إذ يكون المحل هو الشيء والمضمون هو الاعطاء الذي يتوجب على الملتزم القيام به .

أما إذا كان الالتزام المترتب على الطرف السالب لا يتضمن اعطاء

المبحث الرابع

أركان الحق

(ELEMENTS DU DROIT SUBJECTIF)

تعداد أركان الحق : الاطراف ، المحل ، المضمون
السبب ، المؤيد أو الجزاء — منهج البحث

تعداد أركان الحق :

اختلف الفقهاء في تحديد أركان الحق ، فبينما يرى البعض أن للحق ركنين أساسيين هما : الاطراف من جهة والمحل من جهة ثانية ، يضيف البعض الآخر الى هذين الركنين أركانا ثلاثة أخرى أو بعضها وهي : المضمون ، والسبب ، والمؤيد أو الجزاء •

الاطراف : أطراف الحق (Sujets du droit) هم الاشخاص ، سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين ، لان الاشخاص هم أصحاب الحقوق وأربابها ، وهم الذين تقع الواجبات على عاتقهم •

وأطراف الحقوق على نوعين : أطراف ايجابيون (Sujets actifs) وهم أصحاب هذه الحقوق ، وأطراف سلبيون (Sujets passifs) وهم الاشخاص الذين تقع عليهم الالتزامات المقابلة لهذه الحقوق • وكل حق، أيا كان نوعه ، لا بد له من طرف موجب يعود إليه هذا الحق ويعترف له به • أما بالنسبة للطرف السالب ، فهو يبدو واضحا في الحق الشخصي، كما رأينا ، لان كل حق شخصي إنما يستوجب قيام علاقة بين شخصين يكون أحدهما طرفا موجبا فيه وهو صاحب الحق الشخصي ، والآخر

ومصادر الحقوق متعددة ، بعضها عبارة عن وقائع مادية كالولادة والوفاة والفعل الضار ونحو ذلك ، وبعضها الآخر عبارة عن تصرفات ارادية يستهدف أصحابها من ورائها انشاء هذه الحقوق كالعقود مثلا .

فسبب حق الوارث في التملك بطريق الارث مثلا هو وفاة المورث الذي تربطه به قرابة معينة يحددها القانون ، وسبب حق المتضرر في التعويض عليه هو الفعل الضار الذي ارتكبه الملتزم بالتعويض ، وسبب حق البائع في الثمن هو عقد البيع الذي تم باتفاق ارادته وارادة المشتري . وهكذا نجد أن كل حق لا بد لنشوئه من سبب تحدده قواعد القانون وتعترف معه بشرعية الحق المتولد عنه .

ودراسة أسباب أو مصادر الحقوق تتصل أيضا بدراسة هذه الحقوق نفسها التي تتعرض لها أبحاث القانون الاخرى ، ولا مجال لها في هذا المدخل .

المؤيد أو الجزاء : المؤيد أو الجزاء (La sanction) هو الحماية التي يسبغها القانون على الحقوق لتمكين أصحابها من التمتع بها وممارستها ، ومنع الغير من الاعتداء عليها .

وقد رأينا ، في دراستنا لنظرية القانون ، أن من عناصر القاعدة القانونية وجود مؤيد أو جزاء لها يكفل حمايتها واحترامها . واحترام القاعدة القانونية إنما يعني في نفس الوقت احترام الحق المنبعث عنها ، لان كل اخلال أو اعتداء على هذا الحق عبارة عن اخلال أو اعتداء على القاعدة القانونية نفسها التي اعترفت به لصاحبه وأقرته . ومن هنا نجد أن المؤيد أو الجزاء الذي يتمتع به الحق هو نفس المؤيد أو الجزاء المقرر بالنسبة للقاعدة القانونية .

وقد سبق لنا أن أشرنا بصورة عابرة الى هذا المؤيد أو الجزاء في

شيء وإنما مجرد القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، كالتزام شركة النقل بنقل المسافر مثلا أو التزام الممثل بالامتناع عن التمثيل لدى فرقة أخرى ، فإن القيام بالعمل أو الامتناع عنـه هو نفسه محل الحق الشخصي في هذه الحالة • وهنا يندمج محل الحق الشخصي بمضمونه حتى لا يكاد يمكن التفريق بينهما ، إذ يكون كلاهما عبارة عن قيام بعمل أو امتناع عن عمل •

وسنقتصر في دراستنا لمحل الحق على بحث الاشياء وبيان أنواعها وخصائصها • أما الاعمال التي تؤلف محل الحق الشخصي في بعض الحالات فليس من المألوف بحثها في هذا المجال ، وإنما يتعرض الى بحثها عادة من خلال دراسة نظرية الحقوق الشخصية أو الالتزامات •

المضمون : مضمون الحق (Contenu du droit) هو السلطة التي يخولها هذا الحق لصاحبه • وهذه السلطة تختلف من حق الى آخر إلا أننا نستطيع أن نجملها في الحقوق العينية الاصلية بأنها سـلطة استعمال الشيء واستغلاله والتصرف به أو بعض ذلك ، وفي الحقوق العينية التبعية بأنها سلطة من نوع خاص تهدف الى ضمان الوفاء بالحق الشخصي بمنح صاحبه الآثار التي تترتب على الحق العيني وبصورة خاصة حق التتبع وحق الاولوية أو الرجحان ، كما نستطيع أن نجملها في الحقوق الشخصية بأنها سلطة إجبار المدين على القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل •

ودراسة مضمون الحق إنما تعني في الواقع دراسة الحقوق نفسها، وهو ما يخرج عن نطاق هذا المدخل ويدخل في نطاق دراسة القانون بمختلف أبحاثه الاخرى •

السبب : سبب الحق أو مصدره (Cause ou source du droit) هو الواقعة القانونية التي تولد عنها هذا الحق وأدت الى نشوئه •

للقراءة

تعريف الحق :

عرفنا الحق بأنه « سلطة أو قدرة يمنحها القانون للشخص تحقيقا لمصلحة مشروعة يعترف له بها ويحميها » ، وقد بينا أن هذا التعريف عبارة عن محاولة عمد إليها عدد من الفقهاء للتوفيق بين التعريفين الآخرين اللذين اشتهر بهما الحق .

ويعرف الاستاذ الدكتور شفيق شحاته الحق بأنه « الصلة التي تقوم بين طرفين وتنطوي على مصلحة يحميها المشرع » ، ويرى أننا بهذا التعريف « نكون قد ابتعدنا عن التعريفين التقليديين ولم نقع في المحظور الذي وقع فيه من أخذ بهما » . انظر شحاته ص ٩ (يلاحظ أن الدكتور شحاته من الذين يعتبرون أن للحق العيني طرفا سالبا كما للحق الشخصي) .

إلا أن هذا التعريف قد انتقد من حيث أن « العلاقة أو الصلة القانونية هي رابطة بين طرفين يوجد كل منهما في مركز مقابل لمركز الآخر بحيث يكون أحدهما صاحب حق والثاني مكلفا بواجب . فالحق والواجب مركزان متقابلان لطرفين في علاقة قانونية . فالصلة القانونية وهي رابطة بين طرفين تنطوي على حق لاحدهما يقابله واجب على الآخر فلا يصح القول بأن الحق هو الصلة القانونية إلا على سبيل التعبير بالجزء عن الكل . ويكون عيب هذا التعبير — إذا جاز — أنه يجعل لفظي الحق والواجب مترادفين بينما هما في الاصل ضدان أو متقابلان » انظر مرقس ص ٣١٥ الحاشية رقم ٤ .

معرض بحثنا للقاعدة القانونية ، ونكتفي من ذلك بهذا القدر تاركين الدراسة المفصلة للمؤيد أو الجزاء الى مواضعها الاصلية في أبحاث السنين المقبلة .

منهج البحث :

يتبين لنا من هذا العرض السريع لاركان الحق أن بعض هذه الاركان لا تدخل في نطاق بحثنا لهذا العام لاتصالها بموضوعات أخرى تعالجها بقية أبحاث القانون المدني أو غيره من فروع القانون . ولذلك فسيقتصر بحثنا للحق على دراسة ركنيه الاساسيين وهما : الاطراف من جهة ، والمحل من جهة ثانيـــة .

وستتناول دراستنا للركن الاول الاشخاص الذين يؤلفون أطراف الحق ، كما ستتناول دراستنا للركن الثاني الاشياء التي تؤلف الجزء الاكبر والاهم من محل هذا الحق .

صبحي المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، بيروت ١٩٤٨ .

مناقشة النظرية : رأينا أن هناك وجهات نظر مختلفة فيما يتعلق بالاخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق ، وأن بعض الفقهاء يرفضون الاخذ بهذه النظرية ويعتبرون الحقوق مطلقة لا يتحدد استعمالها إلا بالقيود المفروضة بالنسبة لكل حق على حدة والتي تستوجبها طبيعة هذا الحق ، دون أن يكون هنالك مجال لفرض قيد عام عليها مبني على فكرة التعسف .

والعبارة التي استشهدنا بها في بحثنا لهذا الاتجاه من أن الحق « بحكم تعريفه قدرة الارادة على النشاط في دائرة معينة ، وكل حد من هذا النشاط ينطوي على اساءة أشد خطورة من اساءة استعمال الحق » مستقاة من مناقشات لجنة كامل صدقي باشا ، وهي احدى اللجان التي كلفت باعداد المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري (مجموعة الاعمال التحضيرية ،الجزء الاول ، ص ٢٠٥) .

ويمكننا أن نعتبر من هذا الرأي من الفقهاء المسلمين الامام الشافعي الذي يقول في كتابه الام : « لا يحمل على رجل في ماله ما ليس بواجب عليه، وإن الرجل له أن يفعل في ماله ما له أن يفعل ولو أضر هذا بغيره ، بل ولو أضر بنفسه أيضا » وكذلك الفقيه ابن حزم الظاهري الذي يقول « لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره ، فهذا هو الضرر حقا » القوتلي ص ٨٣٤ والمحمصاني ص ٤٠ .

أما الفقهاء الفرنسيون فقد عارض عدد منهم هذه النظرية معارضة شديدة ، تأثرا بالنزعة الفردية التي كانت سائدة في القرن الماضي ، ومن أهم خصومها الاستاذان اوبري وروAubry et Rau والاستاذ بلانيول Planiol والاستاذ اسمن Esmein .

التعسف في استعمال الحق :

انظر بالنسبة لهذا البحث : عبد السلام الترمانيني : نظرية اساءة استعمال الحق — محاضرات نقابة المحامين في حلب لعام ١٩٤٩ ص١١ ٠

حسين عامر : نظرية سوء استعمال الحقوق — القاهرة ١٩٤٧ ٠

Josserand : De l'abus des droits, 1905.
: De l'esprit des droits et de leur relativité, 1927.
Karkovitch : La théorie de l'abus du droit en droit comparé, th. Lyon, 1936.
Saleilles : De l'abus du droit, Bulletin de la société d'études législatives, 1905.
Campion : La théorie de l'abus du droit, Bruxelles, 1925.
Congrès de l'association H. Capitant, Québec, 1939, p. 613 et suiv.

هذا ، وإن أغلب الفقهاء يعمدون الى بحث موضوع التعسف في استعمال الحق في المؤلفات التي تتناول بحث المسؤولية التقصيرية للصلة الوثيقة بين البحثين ، ولذا يجدر الرجوع في هذا الصدد الى المؤلفات المذكورة ٠

تطور نظرية التعسف : لقد أفرد الاستاذ الدكتور عدنان القوتلي في بحثه القيم لنظرية التعسف في استعمال الحق (المدخل ص ٨٢٥ وما بعد) فصلا خاصا لبحث أصل هذه النظرية وتاريخها ، ومنه يتبين مدى الاخذ بمفهوم التعسف في استعمال الحق في النظم القانونية المختلفة ، وخاصة في الشريعة الاسلامية التي جاءت « بكثير من المبادىء والقواعد التي يمكن أن تعتبر بحق أساسا لنظرية التعسف في استعمال الحق ، وقد أقامتها ليس على اعتبار النية والقصد في الاساءة معيارا للتعسف فحسب ، بل انها أخذت كذلك بالمعيار المادي القائم على مجرد الحاق الضرر الفاحش بالغير ، بصرف النظر عن النية والقصد ، وهو غاية ما وصلت اليه النظريات الحديثة » ٠ القوتلي ٨٤٠ ، يراجع أيضا :

ولكن هذه الانتقادات كلها لم تحل كما ذكرنا دون انتشار نظرية التعسف في استعمال الحق وتوسعها ، وخاصة بعد انتشار النزعة الاشتراكية في العالم .ولقد قيض لهذه النظرية أن يتولى الدفاع عنها فقهاء عتيدون ، وفي مقدمتهم الاستاذ جوسران (Josserand) الذي تعتبر مؤلفاته وأبحاثه من أهم المراجع حول هذه النظرية ، وأخذ هؤلاء الفقهاء يؤكدون أن الحقوق ، مهما بلغت من الاهمية والسعة . لا يمكن أن تكون حقوقا مطلقة ، وإنما هي حقوق نسبية يحدها قيد عام هو ضرورة عدم التعسف في استعمالها .

اساس التعسف : يبدو لنا أن التعسف في استعمال الحق ، بمختلف حالاته ومعاييره ، يمكن أن يبنى على أساس مستمد من مفهوم الحق نفسه الذي هو عبارة عن سلطة يخولها القانون للشخص تحقيقا لمصلحة مشروعة يعترف له بها ويحميها .

فالمصلحة المشروعة هي الغاية التي يهدف إليها الحق والمبرر الحقيقي لوجوده . وسواء أكانت هذه المصلحة المشروعة ذات صبغة فردية كما يرى أصحاب الاتجاه الفردي أو ذات صبغة اجتماعية كما يؤكد أصحاب الاتجاه الاجتماعي ، فان من واجب الشخص أن يتقيد بها حين استعماله لحقه وألا يخرج عليها ، كما أن من واجبه أيضا أن يحافظ على نوع من التوازن بين مصلحته ومصالح الاشخاص الآخرين التي تحميها لهم حقوقهم . وكل خروج على المصلحة المشروعة التي يهدف إليها الحق ، أو كل مساس بمصالح الاشخاص الآخرين ضمن شروط معينة تؤدي الى الاخلال بالتوازن الواجب توافره بين هذه المصالح المختلفة ، يعتبر تعسفا في استعمال الحق يستوجب مسؤولية صاحبه عما ينجم عنه للغير من أضرار .

فالاساس الذي يبنى عليه مفهوم التعسف في استعمال الحق يرتبط

على أن بعض هؤلاء الفقهاء ينكرون اصلا وجود مسؤولية مبنية على مفهوم التعسف في استعمال الحق ، ويرون أن هذه النظرية تتناقض مع المبادىء القانونية ، لان ركن الخطأ الواجب توافره لقيام المسؤولية التقصيرية « لا يتوافر إلا في حالة العمل غير المشروع ، في حين أن استعمال الحق في الحدود التي وضعها القانون لا يمكن أن يكون غير مشروع مهما كانت نية صاحبه عند استعماله ، لاننا لو أردنا البحث عن النية وسلمنا بأن الحق إذا استعمل بسوء نية يؤدي الى قيام المسؤولية ، فقد ينتهي هذا بنا الى احلال الخطأ الادبي محل الخطأ القانوني ، والى المزج بين علم القانون وعلم الاخلاق ، فضلا عما قد يجره هذا البحث من تحكم القضاة » . انظر المقال المشار اليه آنفا للاستاذ الترمانيني وعرضه لآراء خصوم النظرية ص ١٨ .

ولكن البغض الآخر من الفقهاء لا ينكرون وجود مسؤولية ناشئة عن التعسف في استعمال الحق ، وإنما هم يستنكرون هذه التسمية ويعتبرون أن المسؤولية في هذه الحالة ما هي إلا عبارة عن نوع من المسؤونية التقصيرية. فالاستاذ بلانيول يقول: « ينتهي الحق حيث يبدأ التعسف ، ولا يمكن أن يكون ثمة تعسف في استعمال حق ما ، لسبب غير قابل للدحض هو أن العمل الواحد لا يصح أن يكون في نفس الوقت متفقا مع القانون ومخالفا له » . ويرى الاستاذ الدكتور السنهوري أن هذا النقد شكلي « إذ يكفي لرده أن نقول ان هناك نوعين من الخروج عن الحق : خروج صريح عن حدود الحق ، وخروج عن الحق بالتعسف في استعماله . ولا يعترض بلانيول على امتداد المسؤولية الى هذا النوع الثاني ، وكل ما ينكره هو أن يسمى هذا تعسفا في استعمال الحق ولا يسمى خروجا عن الحق ، لان التعسف في رأيه هو خروج عن حدود الحق . فالفرق إذن في التسمية لا في الحكم .. » السنهوري ، الوسيط ، الجزء الاول ، ص ٨٣٨ .

الى حجب النور أو الرؤية عن جاره ، طالما أنه يتقيد بالقوانين والانظمة المرعيـة Req. 31 juillet 1855, S., 1956, 1, 393 .

كما نشير أيضا الى أن الفقهاء الفرنسيين يرون أن هناك طائفةقليلة من الحقوق لا مجال لتطبيق نظرية التعسف عليها ، لان استعمالها منوط بارادة صاحبها المطلقة دون أن تكون هنالك رقابة عليه في ذلك ، وهي الحقوق التي يسميهـا الاستـاذ جوسران بالحقوق غـير المسببـة (Droits non causés) ويسميها الاستاذ رواست (Rouast) بتعبير أدق بالحقوق التقديرية (Droits discrétionnaires) كحق الآباء في معارضة زواج أبنائهم في القانون الفرنسي أو في الموافقة على هـذا الزواج في بعض الحالات • انظر :

Mazeaud : Responsabilité civile, t. 1, 4e éd., No. 549 — 2.
Rouast : Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, Rev. tr. dr. civ., 1944, p. 1 et suiv.

ولنأت الآن على ذكر نماذج من الامثلة القضائية عن التعسف في استعمال الحق :

١ — في الملكية وعلاقات الجوار :

اعتبر متعسفا في استعمال الحق :

أ — المالك الذي يقيم على أرضه حائطا أو مدخنة أو نحو ذلك من الابنية والمنشآت ، بقصد حجب النور والهواء عن جاره ، ودون أن تكون له فائدة حقيقية أو منفعة جدية •

قرار محكمة النقض السورية رقم ١٨٦ تاريخ ١٩٥٣/٢/٢٥ المنشور في مجلة القانون لعام ١٩٥٣ ص ٣٤٤ •

وقرار المحكمة المذكورة رقم ٣٤٠ تاريخ ١٩٥٤/٩/٢٧، المنشور في مجلة القانون لعام ١٩٥٤ ص ٩١٢ •

إذن ارتباطا وثيقا بفكرة المصلحة المشروعة التي يهدف إليها هذا الحق. ويتجلى لنا هذا الاساس في الصورتين اللتين أتينا على ذكرهما وهما : لخروج عن المصلحة المشروعة من جهة ، والاخلال بالتوازن الواجب توافره بين هذه المصلحة ومصالح الاشخاص الآخرين من جهة ثانية .

وعلى هذا نستطيع أن نعتبر أن الحالات التي ينشأ فيها التعسف عن قصد الاضرار بالغير أو السعي لتحقيق مصالح غير مشروعة أو الخروج عن الهدف الاجتماعي للحق أو عن سببه الشرعي هي من قبيل الحالات التي يبنى فيها التعسف على فكرة الخروج عن المصلحة المشروعة التي يهدف الحق الى تحقيقها . كما نستطيع أن نعتبر أن الحالات التي ينشأ فيها التعسف عن التفاوت الكبير بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يصيب الغير أو عن تعطيل استعمال الآخرين لحقوقهم على الوجه المألوف هي من قبيل الحالات التي يبنى فيها التعسف على فكرة الاخلال بالتوازن الذى يجب توافره بين المصالح المختلفة لاصحاب الحقوق .

بعض التطبيقات القضائية لنظرية التعسف : الاجتهادات القضائية التي تأخذ بمفهوم التعسف في استعمال الحق عديدة لا تحصى . وإذ كان حق الملكية وما يتصل بعلاقات الجوار هو المجال الارحب للتعسف في استعمال الحق ، فإن مفهوم التعسف لا يقتصر على ذلك المجال وحده، وإنما هو يتجاوزه الى مجالات أخرى عديدة . وسنقتصر في هذه الفقرة على ذكر بعض الامثلة القضائية عن التعسف في مختلف مجالاته .

على أنه لا بد لنا أن نشير أولا الى أن هناك بعض القرارات التي تدل على عدم الاخذ بمفهوم التعسف في حالات كان من الممكن أن ينفسح المجال فيها لتطبيقه ، كالقرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية عام ١٨٥٥ والذي يعتبر مالك الارض غير مسؤول عن الاضرار الناجمة عن الابنية التي يقيمها على أرضه أو الاشجار التي يغرسها ، ولو أدت

ب — المؤجر الذي يرفض الموافقة على التنازل عن الايجار المعقود بين المستأجر والمتنازل له ، إذا كان ذلك بقصد الاضرار •

Civ. 16 novembre 1927, D. P. 1928 1, 61, rapport de M. le conseiller Bricout.

انظر أيضا الفقرة الثانية من المادة ٥٦١ من القانون المدني

جـ — رب العمل الذي يفصل عاملا بعامل الانتقام •

انظر القرارات المشار اليها في الوسيط ، الجزء الاول ، نبذة ٥٦٧ ، ص ٨٥٤ وانظر أيضا المادتين ٦٦١ و ٦٦٢ من القانون المدني •

د — رب العمل الذي يسرح عامله لانه اضطر الى التغيب عن عمله بضعة أيام بسبب مرضه •

Civ. 2 janvier 1924, S. 1924, 1, 268.

٣ — في التقاضي واجراءات التنفيذ :

اعتبر تعسفا في استعمال الحق •

أ — الدعاوى والدفوع الكيدية ، التي يشوبها خبث النية وسوء القصد ، أو التي تتضمن على الاقل نوعا من الغلط الفاضح أو التدليس•

انظر القرارات المشار إليها في الوسيط ، الجزء الاول ، نبذة٥٥١، ص ٨٣١ و ٨٣٢ • وقرار محكمة النقض السورية رقم ٧٤١ تاريخ ١٩٦٠/١١/٧ المنشور في مجموعة المبادىء القانونية ••• ، الجزء ١ ، ص ٩٨ ، وانظر أيضا :

Req. 7 mai 1924, D.H. 1924, 454 et S., 1925, 1, 217, note Brethe
Req. 16 novembre 1934, S., 1937, 1, 97.

ب — متابعة طرق المراجعة القانونية بغير حق •

Req. 27 mai 1884, D., 1884, 1, 537.

والقرارات التي أشار إليها السنهوري في الوسيط ، الجزء الاول، نبذة ٥٦٧ ص ٨٥٣ •

وقرار صادر عن محكمة استئناف كولمار عام ١٨٥٥ ، وهو من أوائل القرارات التي أخذت بمفهوم التعسف وأشهرها •

Colmar 2 mai 1855, D. 1856, 2, 9.

ب — المالك الذي يضع في أرضه أكواما من الخشب والقضبان لعرقلة طيران المناطيد من الارض المجاورة المعدة لذلك ، وبقصد ارغام أصحاب هذه الارض على شراء أرضه بسعر مرتفع •

Req. 3 août 1915, D., 1927, 1. 79 et S., 1920, 1, 300.

جـ — المالك الذي يسبب أضرارا فاحشة ، أو غير طبيعية ، للجوار بسبب الدخان والروائح الكريهة الصادرة عن فرن الآجر العائد إليه •

Civ. 18 février 1907, 1, 385, note Ripert.

د — الشخص الذي يضع في داره جهازا كهربائيا خاصا ، بقصد احداث ضجيج في أجهزة الراديو العائدة الى الجيران ، أو بقصد عرقلة أعمال جاره الذي يتاجر في هذه الاجهزة •

Amiens 22 novembre 1932 (sous-note b, sous Versailles 8 février 1933) Gaz. Pal., 1933, 1, 599.

٢ — في العلاقات التعاقدية :

اعتبر متعسفا في استعمال الحق :

أ — رب العمل الذي يرفض التعاقد مع العمال وتشغيلهم ، إذا كان سبب الرفض انتسابهم الى نقابة مهنيـــة •

Civ. 9 mars 1915, D. P., 1916, 1, 25.

تصنيفا يختلف عن التصنيف الذي أخذنا به • فهم يرون أن الحقوق تقسم أولا الى حقوق سياسية وحقوق غير سياسية ، والحقوق غير السياسية تقسم الي عامة وخاصة ، والخاصة تقسم الى حقوق أسرة وحقوق مالية ، والحقوق المالية تقسم الى حقوق عينية وحقوق شخصية وحقوق أدبية (مرقس ٣٢٣ ، القوتلي ٣١٤) •

إلا أننا آثرنا الاخذ بالتصنيف الذي اعتمدناه في بحثنا ، والذي يتلاقى الى حد كبير مع تصنيف الدكتور شحاته للحقوق (شحاته ١٧)، لاعتقادنا أن الحقوق السياسية تعتبر جزءا من الحقوق العامة من جهة ، ولان هذا التصنيف هو الاكثر تمشيا مع تصنيف القانون من جهة ثانية • فكما أن القانون يقسم أولا الى قانون عام وقانون خاص ، كذلك ترجح لدينا البدء بتقسيم الحقوق الى هذين القسمين •

تعريف الحق الشخصي : يعرف الحق الشخصي عادة بأنه « رابطة ما بين شخصين ، دائن ومدين ، يخول الدائن بمقتضاها مطالبة المدين باعطاء شيء أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل » • الوسيط ، الجزء الاول ، ص ١٠٣ •

ولم نر الاخذ بهذا التعريف ، بالرغم من شيوعه في المؤلفات العربية والفرنسية ، لنفس الملاحظة التي أوردها الدكتور مرقس فيما يتعلق بتعريف الحق بوجه عام والتي أشرنا إليها آنفا • انظر مرقس ص ٣١٥ الحاشية رقم ٤ ، وأيضا الزرقا ، نظرية الالتزام العامة — المصادر الارادية ، ص ٦٦ وما بعد •

وهناك بالنسبة للحق الشخصي والالتزام مذهبان : شخصي ومادي • ونحن لم نقصد من التعريف الذي أخذنا به للحق الشخصي الانحياز الى أحد هذين المذهبين ، وإنما بيان حقيقة الحق الشخصي

جـ — المماطلة في تقديم الاستئناف الى آخر يوم من المدة المحددة لتقديمه ، دون مبرر بالنسبة للمستأنف ، وبقصد الاضرار بالمستأنف عليه •

انظر قرارا لمحكمة الاتحاد السويسري في هذا الصدد أشار اليه الدكتور القوتلي في المدخل ص ٨٥١ •

د — الحجوز الكيدية ، كالحجوز التي يقصد منها الاضرار بالدائنين الآخرين ، أو الحجوز التي تقع على أموال للمدين تزيد كثيرا عن الدين المطلوب •

انظر قرارا لمحكمة استئناف لبنان أشار اليه الدكتور القوتلي في المدخل ص ٨٥٢ •

وانظر أيضا السنهوري ، الوسيط ، الجزء الاول ، نبذة ٥٥١ ، ص ٨٣٢ ، وكذلك : Req. 5 janvier 1876, S., 1876, 1, 104.

التعسف في استعمال الحق في نطاق القانون العام : الامثلة التي أتينا على ذكرها آنفا عبارة عن نماذج متنوعة من التطبيقات التي أوجدها القضاء العادي لمفهوم التعسف في استعمال الحق • وبالاضافة الى هذه التطبيقات التي أخذ بها القضاء العادي ، فإن مفهوم التعسف يطبق على نطاق واسع من قبل القضاء الاداري ، وإن كان التعسف في مجال القانون العام يتخذ شكلا خاصا وطابعا متميزا تبرزهما نظرية من أهم نظريات القانون الاداري ، هي نظرية اساءة استعمال السلطة (Détournement du pouvoir) التي تدرس بصورة مفصلة في المؤلفات التابعة لهذه المادة •

اقسام الحق :

تعداد اقسام الحق : يتبع أغلب الفقهاء ، في تعدادهم لاقسام الحق ،

الباب الأول

الاشخاص

LES PERSONNES

منهج البحث : الاشخاص ، كما رأينا ، هم أطراف الحق ، سواء أكانوا يمثلون الطرف الموجب فيه أم الطرف السالب . فكل من يصلح لان يكون صاحب حق أو مكلفا بالتزام يعتبر شخصا من الوجهة القانونية .

والشخص على نوعين : طبيعي واعتباري .

أما الشخص الطبيعي فهو الانسان نفسه . وأما الشخص الاعتباري أو المعنوي فهو ينشأ عن تكتل مجموعة من الاشخاص أو رصد مجموعة من الاموال لغرض معين وضمن شروط معينة ، فتكون لهذه المجموعة من الاشخاص أو الاموال شخصية مستقلة عن الاشخاص الذين يؤلفونها أو يديرونها ، وهي تدخل بهذه الصفة — بصفتها شخصية مستقلة — كطرف موجب أو سالب من أطراف الحق .

ودراستنا ، في هذا الباب ، تتناول هذين النوعين من الاشخاص معا ، وهي بالتالي تقسم الى فصلين ، وهما :

الفصل الاول : الشخص الطبيعي .

الفصل الثاني : الشخص الاعتباري أو المعنوي .

كسلطة مقررة لشخص تجاه شخص آخر ، سواء أكان العنصر البارز في هذا الحق هو طرفاه أو مضمونه ومحله المادي •

المقارنة بين الحق العيني والحق الشخصي : رأينا أن الحق العيني والحق الشخصي هما من أقسام الحق ، كما أن هنالك فوارق متعددة بين النوعـين •

ولقد رأى عدد من الفقهاء التقريب بين الحقين ، فاعتبر بعضهم أن الحق العيني قريب الشبه من الحق الشخصي باعتبار أن كلا منهما ما هو إلا عبارة عن رابطة بين طرفين ، بينما رأى البعض الآخر تقريب الحق الشخصي من الحق العيني باعتبار أن العنصر البارز في كل منهما هو قيمته المالية مجردة عن طرفي الحق •

ولكن كلا من الرأيين قد انتقد لمغالاته ، ولم يستطيع أي منهمـا أن يهدم التمييز التقليدي بين الحق العيني والحق الشخصي • انظر السنهوري ، الوسيط • الجزء الاول ص ١٠٣ وما بعد ، وشحاتـه ص ٢٩ وما بعـد •

الفرع الاول

وجود الشخص الطبيعي

EXISTENCE DE LA PERSONNE PHYSIQUE

تمهيد : ارتباط الشخصية الطبيعية بالصفة الانسانية — بدء الشخصية : الولادة — حالة الجنين — انتهاء الشخصية : الوفاة — حالة المفقود — اثبات الشخصية

تمهيد : ارتباط الشخصية بالصفة الانسانية :

الانسان ، لمجرد كونه انسانا ، يعتبر شخصا طبيعيا من الوجهة القانونية ، ويكون بذلك صالحا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات. والشخصية الطبيعية لا تكون إلا للانسان وحده دون سواه ، كما أنها تلازمه في وجوده لا تفارقه ما دام حيا ولا تنفك عنه .

وعلى هذا ، فالحيوان والجماد لا يتمتعان بالشخصية القانونية ، لا الطبيعة ولا الاعتبارية أيضا ، ولا يمكن بالتالي أن يكونا طرفا من أطراف الحق ، ولو تناولتهما بعض القواعد القانونية أحيانا بشيء من الاحكـام .

وكما أن الشخصية الطبيعية لا تكون إلا للانسان وحـده ، فكذلك لا يمكن أن يحرم إنسان في عصرنا الحاضر من هذه الشخصية . ونقول في عصرنا الحاضر لان هذا المبدأ ، على بداهته وضرورته ، لم يكن مقررا في جميع العصور . فقد عرفت البشرية في بعض عهودها ، أنواعا من الرق لم يكن يعترف فيها للارقاء أو العبيد بالشخصية من

الفصل الاول

الشخص الطبيعي

LA PERSONNE PHYSIQUE

منهج البحث : إذا كان الشخص الطبيعي هو الانسان أو الكائن البشري (L'être humain) ، فإن دراسة الشخص الطبيعي إنما هي في الواقع دراسة لهذا الانسان نفسه في حياته ووجوده ، وفي الخصائص التي تتصل بشخصيته وتحدد معالمها •

وخصائص الشخصية تشمل الاسم الذي يعرف الانسان بـه ويؤدي الى تمييزه عن غيره ، **وحالة الشخص** التي تبين مركزه في أسرته من حيث القرابة ومركزه في الدولة التي ينتسب إليها من حيث الجنسية، **والاهلية** التي تبين قابليته لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات كما تحدد قدرته على ممارسة التصرفات القانونية بنفسه ، **والذمة المالية** التي تمثل ثروته ومقدرته المالية وتضم جميع حقوقه والتزاماته التي يمكن تقويمها بالمال ، **والموطن** الذي يرتبط به عادة ويتحدد بواسطته مكان وجوده من الوجهة القانونية •

وعلى هذا ، فإن دراستنا للشخص الطبيعي تشمل الفروع التالية :

الفرع الاول : وجود الشخص الطبيعي •

الفرع الثاني : الاسم •

الفرع الثالث : حـالة الشخص •

الفرع الرابع : الاهليـة •

الفرع الخامس : الذمة الماليـة •

الفرع السادس : الموطن •

أخيراً الى اثبات وجود الشخصية أو زوالها ، وذلك باثبات واقعتي الولادة والوفـاة .

بدء الشخصية : الولادة

قلنا ان شخصية الانسان تبدأ من الوجهة القانونية بالولادة ، أي في نفس اللحظة التي ينفصل فيها عن أمه ويصبح ذا وجود مستقل .

إلا أن مجرد الولادة لا يكفي ، بل لا بد من أن يولد الانسـان حيا ولو كان سيموت بعد لحظات . أما إذا ولد ميتا ، سواء أكان ذلك دون جناية أو نتيجة جناية أدت الى إجهاض الام ، فلا يكتسب المولود في هذه الحالة الشخصية القانونيـة .

ولكن متى يعتبر أن الانسان قد ولد حيا ؟. اختلف الفقهـاء المسلمون في ذلك ، فذهب بعضهم الى أن هذا الشرط يتحقق في المولود إذا ظهر أكثره حيا ولو مات قبل تمام ولادته ، بينما يرى البعض الآخر أنه لا بد من ولادته كله حيا . وقد أخذ قانوننا المدني بهذا الرأي الاخير إذ نصت المادة ٣١ منه على أن شخصية الانسان تبدأ « بتمام ولادته حيـا » .

وتتأكد الحياة في المولود بالاعراض التي تدل عليها كالبكاء والشهيق ونحو ذلك ، وإذا لم تثبت هذه الاعراض فإن من الممكن الرجوع الى الخبرة الطبية في هذا الشأن .

هذا ، وتشترط بعض القوانين ، كالقانون الفرنسي مثلا ، شرطين لاكتساب المولود الشخصية القانونية ، وهما : أن يولد حيا (Vivant) من جهة ، وأن يكون قابلا للحياة (Viable) من جهة ثانية . فإذا ولد حياً ، وكانت وفاته محتومة لنقص في أعضائه وتكوينه ، فلا يكتسب — بحسب تلك القوانين — الشخصية القانونيـة .

الوجهة القانونية ، بل كان ينظر إليهم باعتبارهم أشياء تصلح أن تكون محلا يقع عليه الحق لا طرفا من أطرافه • وكذلك عرفت البشرية أيضا ، الى عهد غير بعيد، نوعا من العقوبة سميت بالموت المدني (La mort civile) كان يعتبر المحكوم بها بمثابة الميت وهو لا يزال على قيد الحياة ، فتسلخ عنه شخصيته القانونية ويحرم من أمواله وحقوقه دون أن يقضى بموته حقيقة أو تنزع منه حياته • إلا أن الرق قد تلطفت أحكامه بعد ذلك وأصبح الارقاء يتمتعون بالشخصية القانونية الى أن الغي الرق نهائيا من العالم وغدا الناس جميعا سواسية لا فرق بينهم ، وكذلك ألغيت عقوبة الموت المدني ، ولم يعد بين الناس من أحد لا يتمتع حاليا بالشخصية القانونية •

ولكن الانسان لا يتمتع بالشخصية إلا خلال فترة حياته ووجوده • ووجود الانسان إنما يتحدد بواقعتين هامتين هما : الولادة من جهة ، الوفاة من جهة ثانية •

وإذا كانت الولادة تعتبر منطلقا لحياة الانسان ووجوده بصورة مستقلة وبدءا لشخصيته ، فإن هذه الولادة تسبقها وتمهد لها مرحلة هامة من مراحل تكوينه هي مرحلة الحمل • وكذلك ، إذا كانت الوفاة هي الدليل الاكيد على انتهاء وجود الانسان وزوال شخصيته ، فإن هذا الانسان قد يمر أحيانا في حالة لا تثبت فيها الوفاة ، وإنما يترجح معها عدم الوجود بالنسبة اليه الى الحد الذي يسمح باعتباره في عداد الاموات ، وتلك هي حالة الفقدان •

وسنستعرض في بحثنا هذه الحالات الاربع : الولادة التي يظهر فيها الانسان الى الوجود وتبدأ معها شخصيته ، والحمل الذي يمهد لهذه الولادة ، والوفاة التي تنهي حياة الانسان وشخصيته معا ، والفقدان الذي قد يؤدي في بعض الاحيان الى الحكم بالوفاة • كما سنتعرض

ملكية الاموال التي احتفظ له بها وهو جنين ، أما إذا مات قبل الولادة ولم يكتسب الشخصية القانونية ، اعتبر كأنه لم يكن موجودا قط ، ولا يكون له أي حق في ملكية تلك الاموال .

ومن هنا تتبين لنا فائدة معرفة ما إذا كان المولود قد اكتسب الشخصية أم لا . فلو ولد الانسان حياً واكتسب الشخصية بحسب قانوننا المدني ثم مات بعد لحظات ، فإن الاموال التي حفظت له في مرحلة الحمل تكون قد آلت إليه وأصبحت ملكا له بصورة نهائية ، وهي توزع بالتالي على ورثته . أما إذا لم يكتسب المولود الشخصية ، كأن ولد ميتا مثلا بحسب قانوننا أو ولد حيا وكان غير قابل للحياة بحسب القانون الفرنسي ، فإنه لا يعتبر قد اكتسب شيئا من الاموال التي حفظت له ، ولا يكون لورثته بالتالي أي حق فيها ، وإنما ترد هذه الاموال الى من كان يستحقها لو تحقق من الاصل انعدام الجنين .

انتهاء الشخصية : الوفاة

تنتهي الشخصية عادة بالوفاة التي تضع حدا لحياة الانسان ووجوده . وقد رأينا أن بعض الانظمة القانونية السابقة قد عرفت أسبابا أخرى لزوال الشخصية غير الوفاة ، كالرق مثلا أو عقوبة الموت المدني ، إلا أن هذه الاسباب لم تعد قائمة في عصرنا الحاضر ، ولم يعد هنالك من سبيل لسلخ الشخصية عن الانسان ما دام على قيد الحياة .

وكما أن من الضروري تحديد زمن الولادة لمعرفة تاريخ بدء الشخصية للانسان ، فكذلك من الضروري تحديد زمن الوفاة لمعرفة تاريخ زوال شخصيته ، وليمكن بالتالي حصر ورثته الذين سيخلفونه في تركته وأمواله . وتحديد تاريخ الوفاة أمر سهل في الاحوال الطبيعية. إلا أن هناك بعض الحالات الاستثنائية التي يصيب الموت فيها عددا من الاشخاص في آن واحد دون أن يمكن تحديد زمن وفاة كل منهم

وإن معرفة ما إذا كان المولود قد اكتسب الشخصية أم لا أمر بالغ الاهمية بالنسبة لتحديد مصير الحقوق التي حفظت له في مرحلة الحمل . كما سنرى في الفقرة التاليـة .

حالة الجنين :

الجنين يعتبر جزءا متصلا بأمه ولا يتمتع بشخصية مستقلة ، ولهذا لا يكون أهلا ، من حيث المبـدأ ، لاكتساب الحقوق أو تحمل الالتزامـات .

إلا أن الجنين سينفصل عن أمه ذات يوم ليصبح شخصا مستقلا من الوجهة القانونية . ولا شك أن المصلحة تقضي بأن يحتفظ له ، وهو في مرحلة الحمل ، ببعض الحقوق التي يمكن أن تؤول إليه ، فيعتبر أهلا لاكتسابها وإن لم يكتسب بعد الشخصية القانونيـة .

والحقوق التي يعترف بها للجنين هي ، بحسب الشريعةالاسلامية وقانون الاحوال الشخصية المستمد منها ، أربعة فقط : أحدها عائلي وهو النسب ، والثلاثة الاخرى مالية وهي الارث والوصية والوقف . فللجنين الحق في أن ينسب الى أبيه ، كما أن له الحق في الارث الذي يؤول إليه والوصية التي يوصى له بها والوقف الذي يوقف عليـه . ويفترض الجنين ذكرا حين تكون له مصلحة في ذلك ، ففي الارث الشرعي مثلا حيث للذكر مثل حظ الانثيين يحتفظ له بنصيب الذكر ، فإذا ظهر ذكرا بعد الولادة أعطي النصيب الذي حفظ له ، وإذا ظهر انثى أعيد توزيع التركة على هذا الاساس ووزع الفرق على مستحقيه .

واكتساب الجنين لما يؤول إليه عن طريق الارث أو الوصيـة أو الوقف لا يكون تاما أو منجزا ، وإنما هو معلق على شرط ولادته حيا واكتسابه الشخصية القانونية . فإذا تم ذلك ، اكتسب المولود نهائيا

بينما نصت المادة ٢٠٣ من القانون المذكور على أن الغائب هو الشخص « الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع الى مقامه أو ادارة شؤونه بنفسه أو اقامة وكيل عنه ، مدة أكثر من سنة ، وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره » .

ويلاحظ أن الحالة الاولى من حالتي الفقدان اللتين نص عليهما قانون الاحوال الشخصية هي التي ينطبق عليها التعريف الذي أعطيناه للمفقود ، أما الحالة الثانية فهي أقرب الى حالة الغياب منها الى حالة الفقدان .

كما أن الاحكام التي تتعلق بالمفقود — من حيث الحكم بوفاته بعد فترة معينة من الزمن وانهاء شخصيته وتوزيع تركته على ورثته — لا تطبق إلا في الحالة الاولى فقط ، وهي حالة الفقدان الذي يبنى على الشك حول حياة المفقود أو مماته ، بينما لا مجال لتطبيق هذه الاحكام في الحالة الثانية التي تكون حياة المفقود فيها محققة ولكن مكانه غير معلوم ، وإن تكن بعض الاحكام الاخرى المتعلقة بالمفقود — من حيث تعيين وكيل له لادارة أمواله — إنما تطبق على المفقود في الحالتين معا ، كما تطبق أيضا على الغائب .

والذي يعنينا من هذا البحث ، بالدرجة الاولى ، هو تحديد مصير المفقود من حيث انتهاء حياته وزوال شخصيته . ولهذا فسيكون مدار بحثنا حول المفقود بالمعنى الذي عرفناه والذي تنطبق عليه الحالة الاولى من حالتي الفقدان المنصوص عنهما في قانون الاحوال الشخصية.

أحكام المفقود : يظل مصير المفقود مجهولا والشك قائما حول حياته أو مماته الى أن يعود هذا المفقود الى الظهور ثانية أو يثبت موته بدليل قاطع .

بالنسبة للآخرين ، وتلك هي حالات الكوارث كالزلازل والغرق والحريق ونحو ذلك • وقد اعتبرت الشريعة الاسلامية ، وكذلك قانون الاحوال الشخصية ، أنه إذا تعذر ، في هذه الاحوال ، تحديد من مات أولا ومعرفة ترتيب الوفاة بينهم ، فيجعلون كأنهم ماتوا جميعا في وقت واحد، ولا يرث أحد منهم الآخر •

وإذا كانت شخصية الانسان تنتهي بصورة طبيعية بوفاته ، فإنها تمتد بصورة اعتبارية ، وعلى سبيل الاستثناء ، الى ما بعد الموت ريثما توفى ديونه وتصفى تركته • فخلال فترة التصفية ، يفترض أن التركة لا تزال على حكم ملك المتوفى ، كما يفترض بالتالي أن شخصيته قد استمرت ، خلال هذه الفترة ، واستمرت معها بعض خصائصها كالذمة المالية مثلا وأهلية الوجوب • وبانتهاء التصفية ، تنتقل التركة الى الورثة وتزول كل أثر لشخصية المتوفى •

حالة المفقود :

أحكام المفقود : المفقود (Le disparu) هو الشخص الذي غاب وانقطعت أخباره ولا يعرف أحي هو أم ميت •

والمفقود بهذا المعنى يختلف في مفهومه عن الغائب(L'absent) ذلك أن الغائب هو الشخص الذي غاب عن موطنه ولكن حياته محققة لا يقوم حولها الشك • فكل مفقود يعتبر غائبا ، بينما لا يعتبر الغائب مفقودا إلا إذا انقطعت أخباره وقام الشك حول حياته أو موته •

غير أن قانون الاحوال الشخصية قد أقام التفريق بين المفقود والغائب على أساس آخر • إذ نصت المادة ٢٠٢ منه على أن الانسان يعتبر مفقودا في حالتين :

١ — إذا كان لا تعرف حياته أو مماته •

٢ — إذا كانت حياته محققة ولكن لا يعرف له مكان •

فإن الاحكام التي تنظم وضعه القانوني خلالها إنما تبنى على هذا الاعتبـــار :

أ — فالآثار والنتائج القانونية التي تترتب على انتهاء حيـــاة الانسان وزوال شخصيته — كانحلال زواجه مثلا أو تصفية تركته وتوريث امواله — لا يقع شيء منها بالنسبة للمفقود ، باعتبار أن وفاته لم تتحقق بعد • وعلى هذا فإن زواج المفقود يظل قائما ، كما تظل حقوقه وأمواله محفوظة له طوال هذه الفترة •

وهذا الحكم ، بالرغم من انسجامه مع المنطق القانوني ، يبدو على جانب من القسوة ، وخاصة بالنسبة لزوجة المفقود التي قد لا يعود زوجها الى الظهور أبدا فتضطر الى انتظار بلوغه سن الثمانين ريثما يحكم بوفاته وتتمكن من الزواج بغـــيره • غير أن قانون الاحوال الشخصية قد راعى هذا الامر ، سواء بالنسبة للمفقود أو الغائب اطلاقا ولو لم يكن مفقودا ، فأجاز للزوجة ، التي غاب عنها زوجها بدون عذر مقبول ، أن تطلب الى القاضي ، بعد سنة من غيـــاب الزوج ، الحكم بالتفريق بينها وبينه ولو كان له مال تستطيع الانفاق منـــه • فالزوجة غير مضطرة إذن الى انتظار الحكم بوفاة زوجها المفقود حتى تتحلل من رابطتها الزوجية معه ، بل هي تستطيع التحلل من هـــذه الرابطة عن طريق طلب التفريق لعلة الغياب • أما إذا لم تطلب الزوجة التفريق لهذا السبب ، فإن زواجها يظل قائما ومستمرا ما دام لم يثبت موت المفقود أو لم يحكم بوفاته بعد •

ب — وأما بالنسبة للآثار والنتائج القانونية التي يشترط لحدوثها وجود الشخص الذي تترتب لمصلحته على قيد الحياة — كحقه في الارث من غيره مثلا أو الوصية أو نحو ذلك — فإنها تترتب بالنسبة للمفقود ، ولكن معلقة على شرط التحقق من حياته • فالمفقود لا يحرم

إلا أن المفقود قد لا يعود أبدا ، كما قد لا يقوم هناك أي دليل على موته ، ولا بد في هذه الحالة من أن يبت بمصير المفقود يومـا ما وأن يحسم الشك القائم حوله ، ليصار الى تسوية أوضاعه العائلية والمالية وتصفية حقوقـه .

وعلى هذا ، فإن التشريعات والنظم القانونية تحدد سنا معينةللمفقود يسمح بعدها باعتباره ميتا ، ولو لم يقم الدليل على موته . وتختلف هذه السن باختلاف التشريعات والنظم ، وهي بحسب قانون الاحوال الشخصية المطبق لدينا سن الثمانين . فإذا غاب الشخص وانقطعت أخباره ولم تتحقق حياته أو موته ، فإن الشك يظل قائما حول مصيره الى أن يبلغ الثمانين من عمره ، حيث يسمح بعد ذلك باعتباره في عداد الاموات . ووفاة المفقود في هذه الحالة إنما تتقرر بحكمقضائي استنادا الى رجحان احتمالها لا الى ثبوتها ثبوتا قاطعا .

هذا ، وقد يصدف أن يعود المفقود الذي حكم بوفاته الى الظهور ثانية في بعض الاحيان ، فتتأكد حياته من جديد ، ويتعارض بذلك الحكم القاضي بوفاته مع الامر الواقع الذي يدل على وجوده .

ولا بد لنا ، في دراستنا لاحكام المفقود ، من تحديد وضعـه القانوني في هذه الحالات الثلاث : حالة الشك حول حياته أو مماته ، وحالة الحكم بوفاته ، وحالة عودته الى الظهور أحيانا بعد الحكم بوفاتـه .

١ ـ **حالة الشك حول حياة المفقود أو مماته :** تستمر هذه الحالة منذ غياب المفقود وانقطاع أخباره الى أن يظهر ثانية للوجود ، أو يثبت موته ، أو يحكم باعتباره في عداد الاموات .

وما دام الشك حول حياة المفقود أو مماته قائما في هذه الفترة.

لأموال التي آلت إليه بعد وفاته فلا يعتبر مالكا لها ، وإنما ترد الى من كان يستحقها حين آلت إليـه .

فإذا لم تتأكد حياة المفقود ولم تثبت وفاته ، واستمر الشك قائما حول مصيره ، فإنه يحكم باعتباره ميتا ، كما رأينا ، حين بلوغه سن الثمانـين .

والحكم بالوفاة يؤدي الى زوال شخصية المفقود وتصفيةعلاقاته وحقوقه ، فينقضي زواجه – إذا لم تكن زوجته قد طلبت التفريق سابقا لعلة الغياب — وتوزع تركته وأمواله على ورثته .

وحين صدور الحكم بالوفاة ، هل تعتبر الوفاة واقعة بتاريخ هذا الحكم ، أم بتاريخ غياب المفقود وانقطاع أخباره ؟. لا شك أن هنالك فارقا كبيرا بين الحالتين . فإذا حكمنا بالوفاة واعتبرناها واقعة بتاريخ الفقدان ، فإن تركة المفقود يجب أن توزع في هذه الحالة على من كان يستحقها بذلك التاريخ ، كما أن الاموال التي آلت إليه من غيره وأوقفت على ذمته خلال فقده ، لا تدخل في التركة ، وإنما ترد الى من كان يستحقها حين آلت الى المفقود . أما إذا اعتبرنا أن تاريخ الحكم هو تاريخ الوفاة ، فإن تركة المفقود توزع حينئذ على ورثته الموجودين بتاريخ الحكم ، كما أن الاموال التي أوقفت على ذمته خلال فقده تعتبر ملكا خالصا له وتدخل بالتالي في تركته .

ولقد اختار الفقهاء المسلمون حلا وسطا في هذا الشأن أخذ بـه أيضا قانون الاحوال الشخصية ، فقرروا أن الحكم بالوفاة يؤدي الى اعتبار المفقود ميتا منذ تاريخ فقده بالنسبة لبعض الامور ، ومنذ تاريخ الحكم بالنسبة لامور أخرى . ففيما ينفعه ويضر غيره ، كاستحقاقه الارث أو الوصية مثلا ، يعتبر المفقود ميتا من تاريخ الفقد ، أما فيما

من الحقوق التي تؤول إليه خلال هذه الفترة ، لعدم ثبوت موته ، كما أنه لا يكتسبها بصورة نهائية منجزة ، لان حياته غير محققة ، بل تحفظ له هذه الحقوق ، بصورة موقتة . ريثما يتبين مصيره ويزول الشك حول حياته أو مماته ، وشأنه في هذا يشابه الى حد كبير شأن الجنين .

ولما كانت حقوق المفقود وأمواله محفوظة له خلال هذه الفترة ، سواء منها ما كان قد اكتسبه قبل فقده أو ما آل إليه في أثنائه ، فلا بد أن يتولى أحد تمثيله والنيابة عنه في ادارة أمواله وشؤونه والاشراف عليها حفظا لمصلحة المفقود نفسه أو لمصالح غيره ممن تكون لهم صلات قانونية به . فإذا كان المفقود قد ترك قبل فقده وكيلا عاما معينا من قبله فإن المحكمة تحكم بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي ، وإلا عينت المحكمة للمفقود وكيلا تختاره يدعى بالوكيل القضائي .

٢ ـ **حالة الحكم بوفاة المفقود :** إذا عـاد الشخص الى الظهور حيا بعد فقده ، فإن حالة الفقدان تنتهي بالنسبة إليه ويزول الشك الذي كان قائما حول مصيره ، ويعود بالتالي الى استلام أمواله وممارسة حقوقه ، كما تثبت له بصورة نهائية ملكية الاموال التي آلت إليه خلال فقـده .

وكذلك تنتهي حالة الفقدان فيما إذا ثبتت وفاة المفقود بالدليل القاطع ، إذ يتحدد مصيره بتاريخ حدوثها ، وتصفى حقوقه وعلاقاته وأمواله تبعا لذلك . فالاموال التي كان قد اكتسبها قبل فقده توزع على من كان يستحقها من ورثته بتاريخ الوفاة . كما أن الاموال التي آلت إليه من غيره بعد فقده وقبل تاريخ وفاته تثبت ملكيتها له بصورة نهائية وتدخل بالتالي في تركتـه مع أمواله المكتسبة سابقا . أمـا

كاملة دون نقصان • أما المفقود الذي يظهر بعد الحكم بوفاته ، فإنه يجد أن حقوقه وأمواله قد تمت تصفيتها ووزعت على من يستحقها نتيجة لصدور الحكم بالوفاة ، وربما تصرف الذين آلت إليهم أموال المفقود بهذه الاموال كلها أو بعضها ، أو ربما هلكت لديهم أو استهلكت من قبلهم ، فلا يستطيع المفقود استعادتها كاملة ، بل يكون له الحق فقط في استرداد ما بقي منها في يد من آلت إليهم • أما ما تصرف به هؤلاء أو استهلكوه فلا يسألون عنه ، لانهم لم يستولوا عليه اغتصابا من تلقاء أنفسهم ، وإنما هم استحقوه وتملكوه بموجب حكم قضائي ، وهو الحكم بالوفاة •

اثبات الشخصية :

إن اثبات وجودالشخصية أو انتهائها أمر بالغ الاهمية ، لما يترتبعلى ذلك من نتائج وآثار من الوجهة القانونية • كما أن الاثبات لا يقتصر فقط على هاتين الناحيتين ، وإنما يتناول أيضا بعض خصائصالشخصية وصفاتها كالاسم واللقب أو النسب أو الجنسية أو الاهلية أو نحو ذلك•

واثبات وجود الشخصية القانونية للانسان يكون باثبات واقعة الولادة ، كما أن اثبات انتهاء شخصيته يتم باثبات واقعة الوفاة •

ولم تكن هنالك في القديم سجلات منتظمة أو قيود للاحوال المدنية تدون فيها بالنسبة للمواطنين وقائع الولادة أو الوفاة أو نحوهما من الوقائع التي تتصل بشخصياتهم • فكان الاثبات آنذاك يقوم على الشهادة وحدها وفقا لاحكام الشريعة الاسلامية •

غير أن موجة التنظيمات الادارية التي انتشرت فيالعهد العثماني وما بعده قد تناولت فيما تناولته من أمور قضايا الاحوال المدنيـة • فصدرت تشريعات متعاقبة تتضمن انشاء سجلات للاحوال المدنيـة وتبين كيفية تنظيمها وأصول الاثبات بواسطتهـا •

يضره وينفع غيره ، كاستحقاق غيره الارث منه ، فيعتبر ميتا بتاريخ الحكم .

وعلى هذا ، فإن الاموال التي آلت الى المفقود بعد فقده والتي أوقفت على ذمته ريثما تتحقق حياته ، لا يكتسب المفقود منها شيئا لانه يعتبر ميتا حين آلت إليه ، ولا تدخل هذه الاموال بالتالي في تركته بل ترد الى من كان يستحقها لو تأكدت من الاصل وفاة المفقود .

أما الاموال التي كان المفقود قد اكتسبها قبل فقده ، فإنها توزع على من يستحق الارث منه بتاريخ الحكم لا بتاريخ الفقد ، لان المفقود يعتبر حيا بالنسبة إليها خلال فقده ولا يعتبر ميتا إلا بتاريخ الحكم .

٢ ـ حالة عودة المفقود الى الظهور أحيانا بعد الحكم بوفاته :

قلنا ان الحكم القاضي باعتبار المفقود ميتا لا يقرر الوفاة استنادا الى دليل قاطع ، وإنما هو يفترضها افتراضا لرجحان احتمالها بعد بلوغ المفقود سن الثمانين .

ولكن قد يصدف أحيانا أن يعود المفقود ثانية الى الظهور بعد الحكم بوفاته ، فينهار الافتراض الذي بني عليه الحكم وتتأكد حياة المفقود من جديد .

وفي هذه الحالة تعاد الى المفقود حقوقه وأمواله ، كما لو ظهر حيا قبل الحكم بالوفاة . غير أن هنالك ، مع هذا ، بعض الاختلاف بين الحالين . ذلك أن المفقود الذي يعود الى الظهور قبل الحكم بوفاته ، لا تكون حقوقه قد صفيت بعد ، ولا تكون أمواله قد وزعت على غيره بل تبقى هذه الحقوق والاموال — سواء منها ما اكتسبه قبل فقده أو ما آل إليه بعده — محفوظة له انتظارا للبت في مصيره ، فيستعيدها

الفرع الثاني

الاســم

Le nom

الاسم العائلي أو اللقب : تعريفه وفائدته ، اكتسابه ، طبيعته القانونية ، حمايته ، خصائصه ، تصحيحه وتغييره

— الاسم الشخصي أو الاسم الصغير — الاسم المستعار

لكل شخص اسم يعرف به ويتميز بواسطته عن غيره • ويتألف اسم الشخص عادة من اسمه العائلي أو لقبه (Le nom patronymique) ومن اسمه الشخصي أو الصغير (Le prénom) .

وبالاضافة الى هذين الاسمين ، العائلي والشخصي ، قد يتخذ الانسان لنفسه أحيانا اسما يختلف عنهما يدعى بالاسم المستعار (Le pseudonyme) .

الاسم العائلي أو اللقب :

تعريفه وفائدته : الاسم العائلي أو اللقب هو اسم العائلة التي ينتسب إليها الشخص وينحدر منها ، وهو اسم مشترك يحمله جميع أفراد العائلة الواحدة •

ولم يكن الاسم العائلي أو اللقب منتشرا بين العرب في عصورهم الماضية ، بل كان الشخص يعرف باسمه واسم أبيه ، وربما أضيف الى ذلك أحيانا اسم القبيلة التي ينتسب إليها والذي يقوم الى حد كبير مقام الاسم العائلي •

وقد نصت هذه التشريعات على ضرورة تسجيل وقائع الولادة والوفاة ، وكل ما يتصل بأمور الاحوال المدنية ، في السجلات التي أحدثتها ، فأوجبت على بعض الاشخاص — وخاصة والد المولود والطبيب والقابلة والمختار — التبليغ عن الولادة ، كما أوجبت مثل ذلك بالنسبة للوفاة ، حيث لا يسمح بدفن المتوفى إلا بعد استكمال اجراءات التبليغ القانونية والحصول على إذن بالدفن •

وتظل سجلات الاحوال المدنية بما تحويه من قيود وبيانات ، وكذلك الصور الرسمية المستخرجة منها ، معتبرة الى أن يثبت عكسها أو بطلانها أو تزويرها بحكم قضائي •

وعلى هذا ، فإن اثبات الولادة أو الوفاة إنما يتم حاليا بواسطة القيود المدرجة في هذه السجلات • ومن الممكن تصحيح تلك القيود بحكم نهائي يصدر عن محكمة الصلح المختصة بناء على طلب من ذوي الشأن أو من النيابة العامة أو من أمين السجل المدني •

وقد تبنى قانوننا المدني في المادة ٣٢ منه هذه الطريقة في اثبات الولادة والوفاة بواسطة سجلات الاحوال المدنية • إلا أنه — نظرا لكثرة عدد المكتومين في بلادنا وعدم دقة هذه السجلات — قد أجاز ، في الفقرة الثانية من المادة المذكورة ، الاثبات بأية طريقة اخرى ، إذا تعذر الحصول على دليل من سجلات الاحوال المدنية ، أو تبين عدم صحة ما أدرج فيها •

أما الاولاد الطبيعيون أو غير الشرعيين فلا يعترف لهم ، بحسب نظامنا القانوني ، بأية حقوق تجاه آبائهم الذين ولدوا منهم ، وليس لهم بالتالي اكتساب ألقابهم .

والابن الشرعي يكتسب حكما لقب أبيه بمجرد ولادته ، وهذا اللقب ليس منحة يمنحها الاب لابنه ويستطيع إذا شاء أن يحجبها عنه ، وإنما هو حق مباشر للابن يستمده من القانون ويتفرع عن حقه في النسب . أما الولد غير الشرعي ، وكذلك اللقيط الذي لا يعرف أبواه ، فيمنح لقبا منتحلا يطلقه عليه أمين السجل المدني ، الى أن تثبت بنوته الشرعية ، سواء باقرار الاب أو بحكم قضائي .

ولا تشترط بعض النظم القانونية الاخرى ، كالنظام الفرنسي مثلا ، البنوة الشرعية لاكتساب اللقب بل تعتمد الى جانب هذه البنوة الشرعية البنوة الطبيعية أيضا . فالبنوة الطبيعية تنشأ عنها ، بحسب تلك النظم ، بعض الآثار القانونية لمصلحة الابن غير الشرعي الذي لم يقترف ذنبا يؤاخذ عليه ، ومن هذه الآثار حقه في اكتساب لقب من تثبت بنوته إليه أولا من أبويه .

وكذلك تأخذ هذه النظم بطريقتين اضافيتين في اكتساب اللقب لا مجال للاخذ بهما بحسب نظامنا القانوني القائم ، وهما التبني من جهة والزواج من جهة ثانية .

ففي التبني ، يكتسب المتبنى لقب الشخص الذي تبناه اضافة الى لقبه الاصلي أحيانا أو بدلا عنه في أحيان أخرى . أما في بلادنا ، فإن التبني لا ينتج أي أثر من الوجهة القانونيـة ، وهو لا يكسب المتبنى بالتالي أي حق في حمل لقب الشخص الذي تبناه ، بل يحتفظ هذا المتبنى بلقبه الاصلي وحده .

وكذلك الامر بالنسبة للزواج . فقد جرت العادة في فرنسا مثلا

ولا نزال نجد في عصرنا الحاضر أثرا من هذه الطريقة في التسمية ، حيث نلاحظ أن عددا كبيرا من الاسماء في البلاد العربية يقتصر على اسم الشخص واسم أبيه فقط دون ذكر الاسم العائلي • كما أن هذه الطريقة في التسمية ، التي تخلو من ذكر الاسم العائلي ، لم تكن خاصة بالامة العربية وحدها ، بل اتبعتها شعوب أخرى عديدة ، كشعوب اليونان مثلا أو غيرها من الشعوب •

ولعل أول من اهتم بالاسم العائلي وعمد الى استعماله في تسمية الاشخاص وتمييزهم هم الرومان • وقد كانت لهم في ذلك طريقة معقدة بعض الشيء ، ثم تهذبت هذه الطريقة وانتقلت الى غيرهم من الشعوب حتى وصلت إلينا بشكلها الحالي •

واستعمال الاسم العائلي أو اللقب يساعد على تمييز الاشخاص بعضهم عن بعض تمييزا يتصف بالكثير من الدقة والوضوح ، خاصة وأن الاسماء الفردية في أية لغة من اللغات لا يمكن أن تستوعب جميع الاشخاص الذين تطلق عليهم بحيث يستقل كل منهم باسم خاص به ، بل كثيرا ما تتشابه أسماء الاشخاص وتلتبس فتدعو الضرورة الى التمييز فيما بينهم باضافة ألقابهم أو أسمائهم العائلية • كما أن الاسم العائلي يتيح ، من جهة أخرى ، تعزيز أواصر القرابة وشعور التضامن بين أفراد العائلة الواحدة الذين يحملون نفس الاسم •

وهذا ما دعا قانوننا المدني الى الاخذ بالاسم العائلي أو اللقب ، وفرض استعماله — في المادة ٤٠ منه — بالاضافة الى الاسم الشخصي•

اكتسابه : تنص المادة ٤٠ من القانون المدني المشار إليها آنفا على أنه « يكون لكل شخص اسم ولقب ، ولقب الشخص يلحق أولاده » •

والاولاد الذين تعميهم المادة المذكورة هم الاولاد الشرعيون فقط،

دعواه ، لان مجرد الاعتداء على لقبه هو اعتداء على حق الملكية العائد إليه يجب منعه وازالته •

غير أن هذه النظرية قد انتقدت من عدة وجوه ، لاختلاف الحق في اللقب عن حق الملكية سواء من حيث مفهومهما أو طرق اكتسابهما أو خصائصهما •

فمن حيث المفهوم ، نجد أن ملكية الاشياء تثبت للشخص إما على وجه الاستقلال أو على وجه الشيوع • أما بالنسبة للقب،فلا يمكن أن يعتبر حق الشخص فيه من قبيل الملكية المستقلة ، لان هذا الشخص لا يملكه وحده وإنما يشاركه فيه جميع أفراد عائلته الذين يحملون نفس اللقب ويتمتعون به ، بل وجميع أفراد العائلات الاخرى التي تتشابه ألقابها مع لقب عائلته • كما لا يصح اعتبار الحق في اللقب من قبيل الملكية الشائعة ، لان الملكية الشائعة يكون عدد المالكين فيها محصورا ويتمتع كل منهم بنصيب من الشيء المملوك يتناسب مع حصته منه ، بينما لا سبيل الى حصر الاشخاص الذين يحق لهم اكتساب اللقب والتمتع به ، بالاضافة الى أن كل واحد ممن يحملون هذا اللقب يتمتع به كاملا لا بنسبة حصته منه كما هو الامر في الملكية الشائعة •

أما من حيث الاكتساب ، فلا يمكن أن يعتبر اكتساب اللقب أول مرة نوعا من التملك بالاستيلاء أو الحيازة ، كما هو الحال في اكتساب ملكية الاشياء ، لان اللقب إنما يستمد ويكوّن من حروف اللغة ، ولا يستطيع أحد أن يدعي أنه سبق غيره الى الاستيلاء على هذه الحروف التي يتكون منها لقبه أو الى حيازتها ، وأنه قد استأثر بها دون غيره وأصبح بالتالي مالكا لها • كما أن انتقال اللقب العائلي الى الابناء لا يمكن أن يعتبر ، من ناحية ثانية ، نوعا من الارث الذي تنتقل

على أن تحمل الزوجة لقب زوجها اضافة الى لقبها الاصلي ، وهي عادة تأيدت بالقانون المدني الفرنسي الذي جاء في بعض نصوصه ما يشعر ضمنا بأن استعمال الزوجة لقب زوجها بالاضافة الى لقبها الاصلي هو حق لها وواجب في نفس الوقت . وقد كان مشروع القانون المدني المصري يتضمن بأن يلحق لقب الزوج زوجته في حال حياته ، وكذلك بعد مماته ، إلا إذا انفصمت عرى الزوجية قبل الوفاة فعندها تسترد الزوجة لقب أسرتها . غير أن هذا النص قد حذف من القانون حين مناقشته من قبل المجالس التشريعية المختصة ، باعتبار أن العرف في بلادنا لم يستقر بعد على الحاق لقب الزوج بزوجته بصورة الزامية .

وقد نجد بعض النساء المتزوجات في بلادنا يستعملن ألقاب أزواجهن بالاضافة الى ألقابهن الاصلية ، إلا أن هذا الاستعمال ليست له أية صبغة رسمية ، ولا يعتبر إلا على سبيل الدلالة والتأكيد .

طبيعته القانونية : اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة الاسم العائلي أو اللقب ونوع حق الشخص فيه . وقد نشأت تبعا لذلك النظريات التالية :

النظرية الاولى : تستمد هذه النظرية جذورها من اجتهادات القضاء الفرنسي العادي التي تميل الى اعتبار وجود حق للشخص على لقبه ، هو حق الملكية . فكل فرد من أفراد العائلة الواحدة يكتسب ، بحسب هذه النظرية ، لقب عائلته ويتمتع به ، ويعتبر بالتالي مالكا له ملكية تامة بكل ما تتيحه له هذه الملكية من حقوق وامتيازات .

ينتج عن هذا أن الشخص يستطيع أن يطالب بمنع الغير من الاعتداء على لقبه وانتحاله لنفسه ، دون أن يكون مضطرا لاثبات الضرر الذي يلحق به من جراء ذلك أو المصلحة التي تعود عليه من

وما دام الشخص لا يتمتع بأي حق من الحقوق على لقبه ، فهو لا يستطيع بالتالي أن يطالب بمنع الغير من الاعتداء عليه وانتحاله لنفسه إلا إذا أثبت وجود الضرر الذي يلحق به من جراء ذلك وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية • وبهذا تختلف هذه النظرية في نتائجها عن النظرية السابقة التي لا يشترط فيها ، كما رأينا ، مثل هذا الشرط •

وسبب هذا الاختلاف في النتائج بين النظريتين يعود الى مفهوم المصلحة في الدعوى • ذلك أن الدعوى لا تسمع إلا إذا اقيمت من صاحب مصلحة • فإذا اعتبرنا اللقب ملكا لصاحبه ، بحسب النظرية الاولى ، فإن مصلحة صاحب اللقب الذي يطالب بمنع الاعتداء على لقبه لا تحتاج الى اثبات ، وإنما تتأكد لمجرد أنه صاحب حق يدافع عنه • فالاعتداء على الملكية هو بحد ذاته نوع من الضرر ، ومن مصلحة كل مالك أن يطالب برفعه وازالته • أما إذا لم نعتبر الشخص مالكا للقبه أو صاحب حق عليه ، بحسب النظرية الثانية ، فلا يمكن أن تثبت مصلحته في منع الغير من انتحال هذا اللقب إلا إذا أثبت وجود الضرر الذي يلحق به من جراء ذلك ، والذي يهدف من دعواه الى ازالته ودفعه •

على أن هذه النظرية قد انتقدت أيضا بسبب مغالاتها في تجريد الشخص من كل رابطة قانونية تربطه بلقبه • فالشخص لا ينظر الى لقبه على أنه مجرد رقم أصم يحمله لتمييزه عن غيره ، وإنما هو يشعر أن هذا اللقب جزء من كيانه الشخصي ، أو من كيانه العائلي ، وأن له مصلحة في التمسك به والدفاع عنه كأي حق من حقوقه •

النظرية الثالثة : دفعت الانتقادات التي وجهت الى النظريتين السابقتين أغلب الفقهاء المعاصرين الى الابتعاد عن كل منهما والبحث عن تفسير جديد لطبيعة اللقب القانونية •

به الملكية ، لان الارث لا يقع إلا بعد وفاة المورث ، بينما يكتسب الابناء لقب أبيهم بمجرد ولادتهم ، وهم يحملون هذا اللقب وإياه في آن واحد ، ولا يتوقف اكتسابهم له على موته فيخلفونه فيه كما يخلفونه في تركته .

وأما من حيث الخصائص ، فهناك اختلاف كبير بين خصائص الحق في اللقب وخصائص حق الملكية . ويبرز هذا الاختلاف بوجه خاص في قابلية التعامل أو عدمها بالنسبة لكل منهما ، إذ أن من أهم خصائص اللقب ، كما سنرى ، أنه غير قابل للتعامل لانتفاء الصفة المالية عنه ، بينما يعتبر حق الملكية في طليعة الحقوق المالية التي يجوز التعامل فيها واجراء كافة أنواع التصرف عليها .

النظرية الثانية : وقد نادى بها بعض خصوم نظرية الملكية في اللقب وخاصة الاستاذان بلانيول (Planiol) وريبير (Ripert) وهي ترى أن اللقب ، أو الاسم بصورة عامة العائلي والشخصي ، ليس ملكا لصاحبه ولا حقا من حقوقه ، وإنما هو عبارة عن طريقة ادارية تأخذ بها الدولة لتسهيل تمييز الناس بعضهم عن بعض وتعريف كل منهم ، أو هو بمثابة مؤسسة أمن (Institution de police et de sécurité) تساعد على حسن سير المجتمع باقامة تنظيم اداري فيه يتيح تمييز كل فرد من أفراده تمييزا واضحا ، سواء في علاقة هذا الفرد مع الدولة نفسها أو مع غيره من أفراد المجتمع . فاللقب أشبه ما يكون إذن بلوحة ادارية أو رقم مميز يعطى للشخص ، دون أن يكون لهذا الشخص عليه من الحقوق أكثر مما يكون للجندي على رقمه العسكري مثلا أو للطالب على رقمه الجامعي . فكما أن الجندي أو الطالب لا يعتبر مالكا لرقمه ولا يتمتع ازاءه بأي حق من الحقوق ، فكذلك لا يكون للشخص ، بحسب هذه النظرية ، أي حق على لقبه الذي يحمله أيا كان نوع هذا الحق .

واستعماله والتمتع بكافة السلطات التي يخوله إياها . ولان القانون يعترف له بهذه المصلحة ويحميها من كل اعتداء كما سنرى في الفقرة التاليـة .

حمايته : قلنا إن اللقب يعتبر حقا لصاحبه ، فضلا عن أنه واجب عليه . ويبدو لنا من المذكرة الايضاحية للقانون المدني ، ومن مقارنة المادتين ٥٢ و ٥٣ منه ، أن القانون ينظر الى اللقب باعتباره من الحقوق الملازمة لشخصية الانسان .

فقد قررت المادة ٥٢ من القانون المذكور المبدأ العام المتضمن حماية الحقوق الملازمة لشخصية الانسان من كل اعتداء ، إذ نصت على أن « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » . ثم جاءت المادة ٥٣ من القانون نفسه بتطبيق خـاص لهذا المبدأ فيما يتعلق بالاسم واللقب ، فنصت على أن « لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه أو لقبه أو كليهما بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه أو لقبه أو كليهما دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » .

فصاحب اللقب يستطيع إذن أن يطلب وقف الاعتداء الواقع من الغير على لقبه ، لانه صاحب حق فيه . وقد نصت المادة ٥٣ من القانون المدني المشار إليها آنفا على صورتين مختلفتين للاعتداء على اللقب ، وهما المنازعة في هذا اللقب من جهة ، وانتحاله من جهة ثانية . أمـا المنازعة في اللقب فهي اعتراض الغير بلا مبرر على حمل اللقب من قبل صاحبه ، وأما الانتحال فهو حمل الغير لهذا اللقب دون حق . وفي هاتين الحالتين معا ، لا حاجة لاثبات وقوع الضرر ، وإنما يكتفى بثبوت

ويقر هؤلاء الفقهاء — خلافا للنظرية الثانية — بوجود حق للشخص على لقبه ، غير أنهم لا يرون الاخذ بما ذهبت إليه النظرية الاولى من اعتبار هذا الحق من قبيل حق الملكية .

والرأي الراجح بين الفقهاء حاليا هو اعتبار حق الشخص في لقبه من الحقوق الملازمة لشخصيته الانسانية ، والتي تدعى بحقوق الشخصية (Droits de la personnalité). على أن هناك رأيا آخر ، نادى به الاستاذان كولان وكابيتان (Colin et Capitant) ، يميل الى اعتبار الحق في اللقب من الحقوق التي تتصل بحالة الشخص المدنية (L'état civil) والتي تدخل في زمرة حقوقه العائلية (Droits de famille) .

ويتقارب هذان الرأيان في نتائجهما مع نظرية الملكية ، من حيث عدم ضرورة اثبات الضرر أو المصلحة للمطالبة بمنع الغير من الاعتداء على اللقب وانتحاله لنفسه ، وإن كانا يختلفان عنها في التكييف القانوني لحق الشخص في لقبه تجنبا للانتقادات التي وجهت الى هذه النظرية .

ومهما يكن من أمر هذه النظريات ، فإن مما لا شك فيه أن اللقب ذو طبيعة مزدوجة : فهو واجب من جهة ، وحق من جهة ثانية .

فهو واجب من جهة ، لان الشخص ملزم بحمله لا يستطيع التخلي عنه ما لم يعمد الى تصحيحه أو تغييره وفاقا للاصول القانونية. وإذا كان هذا الشخص يستطيع أن يتخذ لنفسه اسما مستعارا يشتهر به بين الناس ، فإن ذلك لا يعفيه من استعمال لقبه الحقيقي في علاقاته الرسمية على أقل تقدير ، ومن الاعتراف بصحة التبليغات التي تجرى اليه بهذا اللقب .

وهو حق من جهة ثانية ، لان للشخص مصلحة مشروعة في حمله

واما **عدم خضوع اللقب للتقادم** (Imprescriptibilité) ، فمن مقتضاه عدم سقوط حق صاحبه فيه مهما مر من زمن على توقفه عن حمله واستعماله ، كما أن من مقتضاه أيضا عدم امكان اكتسابه بمجرد حمله فترة معينة من الزمن ممن لا حق له أصلا فيه .

وعدم سقوط اللقب بالتقادم أمر لا خلاف عليه . فصاحب اللقب الذي أهمل استعماله وحمله يستطيع أن يطالب باستعادته في أي وقت من الاوقات . وطريقة استعادته لهذا اللقب إنما تكون بطلب تصحيح لقبه الجديد الذي حمله في أثناء اهماله لقبه السابق والاستعاضة عنه بهذا اللقب السابق الذي يرغب في العودة إليه .

غير أن عدم اكتساب اللقب بالتقادم محل خلاف ونظر . ذلك أن المصلحة تقضي بتثبيت الالقاب التي اشتهر بها أصحابها وحملوها فترة طويلة من الزمن ، ولو كانت مخالفة لالقابهم الحقيقية ، باعتبار أن هذه الالقاب التي اشتهروا بها هي أصدق تعريفا بهم وأقرب الى الامر الواقع المنبثق عن الاستعمال المستمر . ولهذا فإن الاجتهاد الفرنسي يقر ، ضمن شروط خاصة ، اكتساب الالقاب بالتقادم ، كما أن ذلك ممكن أيضا في بلادنا عن طريق التصحيح والتغيير ، حيث يطالب الشخص باضافة لقبه الذي اشتهر به الى لقبه الاصلي أو استبداله به .

وعدم خضوع اللقب للتقادم لا يشمل على كل حال إلا اللقب الذي يتصل بشخصية الانسان ويدخل في تسميته . أما الاسم التجاري الذي يتخذ عنوانا للمتجر ويؤلف عنصرا من عناصره المالية ، فهو يخضع للتقادم بصفته حقا ماليا كمثل خضوعه للتعامل .

واما **عدم قابلية اللقب للتغيير** (Immutabilité) فهو نتيجة كما رأينا ، لما يتخلل طبيعته من مفهوم الواجب بالاضافة الى مفهوم الحق . على أن ذلك لا يعني استحالة تغيير اللقب اطلاقا ، وإنما يقصد به فقط

حق صاحب اللقب في لقبه ، لتسمع دعواه ويحكم بوقف الاعتـداء الواقع عليـه •

وبالاضافة الى طلب وقف الاعتداء — الذي لا حاجة معه الى اثبات الضرر — يستطيع صاحب اللقب أيضا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر من جراء هذا الاعتداء ، ولا بد له في هذه الحالة من اثبات الضرر الذي أصابه ليمكن الحكم له بالتعويض عنه • فاثبات الضرر إذن ليس شرطا لطلب وقف الاعتداء ، وإنما هو شرط فقط لطلب التعويض •

خصائصه : يعتبر الحق في اللقب حقا غير مالي ولهذا لا يجوز التعامل فيه ، كما أنه لا يخضع ، من حيث المبدأ ، للتقادم والتغيير •

وعدم قابلية اللقب للتعامل (Inaliénabilité) تقتضي منع صاحبه من التنازل عنه للغير أو التصرف فيه ، سواء أكان هذا التصرف بعوض كالبيع مثلا ، أو بدون عوض كالهبة أو الوصية •

على أن الشخص قد يستعمل لقبه أحيانا بمثابة اسم تجاري له (Nom commercial) يطلقه على محله• وهذا الاسم التجاري، بالرغم من أنه مستمد من لقب الشخص ، أو من اسمه ولقبه معا ، ينسلخ الى حد ما عن شخصية صاحبه ويصبح عنصرا من عناصر متجره ، كمـا يصبح بالتالي حقا ماليا له يدخل في ذمته ويجوز التعامل فيه • وعلى هذا ، فإن بامكان صاحب الاسم التجاري التفرغ عنه الى الغير تبعا للمتجر الذي يرتبط به ، ومن حق ذلك الغير أن يستعمل الاسم المتفرغ له عنه بهذه الصفة فقط ، بصفته اسما تجاريا وعنوانا للمتجر الذي انتقل إليه ، مع مراعاة ضرورة تجنب كل التباس يقع في استعماله ، وذلك بأن يضيف مثلا الى هذا الاسم ما يدل على انقطاع صلة صاحبه الاصلي به •

يرغب بتغيير لقبه بعدم صحة هذا اللقب لاستصدار حكم بتصحيحه والاستعاضة عنه باللقب الجديد الذي يرغب في استبداله به .

الاسم الشخصي أو الصغير :

الاسم العائلي أو اللقب لا يكفي لتمييز الشخص تمييزا صحيحا، بل لا بد من أن يحمل الشخص بالاضافة اليه اسما خاصا به ، يميزه عن سواه ممن يحملون نفس لقبه من أفراد عائلته ، وهو ما يسمى بالاسم الشخصي أو الصغير .

وإذا كان لقب الاب يلحق حكما بابنه دون أن يكون هناك ثمة اختيار في ذلك ، فإن الاسم الشخصي إنما يختار للمولود اختيارا من قبل أبيه من غير أن تحد من حريته في هذا الاختيار أية قيود بحسب نظامنا القانوني . ويكفي اسم شخصي واحد يطلق على الانسان ، إلا أن من الممكن أن تطلق عليه مع ذلك عدة أسماء يعتبر كل منها جزءا من اسمه الشخصي .

ومن المفروض مبدئيا أن يستعمل الشخص اسميه معا ، الشخصي والعائلي ، للتعريف بنفسه في علاقاته ومعاملاته . على أن استعمال أحد الاسمين قد يعتبر كافيا للدلالة عليه ، إذا كان هناك من القرائن والظروف ما يثبت شخصيته بهذا الاسم وحده ويميزه عن غيره تمييزا واضحا لا يدع مجالا للشك أو الالتباس .

وينطبق على الاسم الشخصي ما ينطبق على الاسم العائلي من حيث طبيعته القانونية وحمايته وخصائصه وتصحيحه وتغييره ، باستثناء ما ينجم عن اختلاف مفهومهما باعتبار أن أحدهما ذو صبغة فردية والآخر ذو صبغة عائلية .

أن الشخص لا يستطيع أن يغير لقبه على مشيئته وهواه ، بل هو يخضع في ذلك لبعض القيود والشروط ، كما سنرى في الفقرة التالية .

تصحيحه وتغييره : هنـاك فارق دقيق بين تصحيـح اللقب وتغييره . فالتصحيح يكون في حالة وجود خطأ في سجل الاحوال المدنية يتعلق باللقب ، سواء أسجل هذا اللقب بصورة محرفة ، أو سجل لقب آخر بدلا عنه . أما التغيير فيكون في حالة رغبة الشخص في الاستعاضة عن لقبه الاصلي ، المسجل تسجيلا صحيحا ، بلقب غيره لاسباب متنوعة، منها الرغبة في تثبيت لقب اشتهر به يخالف لقبه الاصلي أو التخلص من لقب سابق يدعو الى السخرية والاستهزاء أو يؤذي الكرامة والشرف.

أما التصحيح فيجري ، بحسب قانون الاحوال المدنية ، بحكم قضائي تصدره محكمة الصلح المختصة بعد أن تثبت من خطأ القيد المدون في سجل الاحوال المدنية . وتقبل في ذلك كافة وسائل الاثبات ، بما فيها البينة الشخصية (الشهادة) .

وأما التغيير ، فلا يتم بحسب بعض القوانين ، كالقانون الفرنسي مثلا ، إلا في حالات استثنائية محددة ، وضمن شروط واجراءات خاصة تتيح لمن تتأثر مصالحه بهذا التغيير الفرصة للاعتراض عليه .

وقد نصت المادة ٤١ من قانوننا المدني على أنه « ينظم بتشريع خاص كيفية اكتساب الالقاب وتغييرها » ، إلا أن هذا التشريع لم يصدر بعد ، ولم تتحدد بالتالي في بلادنا الكيفية التي يتم بها تغيير الالقـاب .

على أننا نلاحظ ، مع هذا ، أن فقدان النصوص التشريعية المتعلقة بتغيير الالقاب لم يحل ، من الوجهة العملية ، دون اجراء هذا التغيير تحت ستار التصحيح . فقد جرت العادة على أن يدعي الشخص الذي

الفرع الثالث

حالة الشخص

L'état de la personne

الحالة المدنية للشخص (الاسرة والقرابة) : أنواع القرابة ، درجاتها آثارها — الحالة السياسية للشخص (الجنسية) : تحديد الجنسية واكتسابها ، زوالها ، آثارها

يوجد الشخص في المجتمع مرتبطا باسرته من جهة ، وبالدولةالتي ينتمي إليها من جهة ثانية • وصلات الشخص باسرته عن طريق القرابة التي تربطه بأفرادها هي التي تحدد ما يسمى في الاصطلاح القانوني بالحالة المدنية لهذا الشخص (L'état civil) ، كما أن صلاته بالدولة التي ينتمي إليها ويحمل جنسيتها هي التي تحدد حالته السياسية (L'état politique) . ولكل من هاتين الحالتين ، المدنيةوالسياسية، أهمية بالغة بالنسبة للشخص من حيث تأثيرها على حقوقه وواجباته •

وقد تؤثر على حقوق الشخص وواجباته أيضا بعض الصلات الاخرى التي تكون له أو الصفات التي يتصف بها وأهمها ، بالنسبة لبلادنا ، الدين والجنس • غير أننا سنقتصر هنا على اعطاء لمحة موجزة عن الاسرة والقرابة من جهة والجنسية من جهة ثانية ، وهما العنصران البارزان من عناصر حالة الشخص المدنية والسياسية •

الاسرة والقرابة :

انواع القرابة : تتألف الاسرة من الاشخاص الذين تجمع بينهم

رابطة القرابة • وهذه الرابطة قد تكون رابطة الزوجية أو النسب أو المصاهرة •

أما رابطة الزوجية ، فهي التي تجمع بين الزوجين وتعين مركز كل منهما بالنسبة للآخر وتحدد حقوقهما وواجباتهما المتبادلة • فالزوجان يؤلفان فيما بينهما أسرة مشتركة ، بل هما عماد كل أسرة •

وأما رابطة النسب ، فهي التي تنشأ بين كل من يجمعهم أصل مشترك ، سواء أكانت صلتهم فيما بينهم عبارة عن قرابة مباشرة أو قرابة غير مباشرة وهي التي يسميها قانوننا المدني بقرابة الحواشي •

فالقرابة المباشرة هي ، بحسب الفقرة الاولى من المادة ٣٧ من القانون المدني ، « الصلة ما بين الاصول والفروع » ، أي هي قرابة الآباء والامهات والاجداد والجدات مهما علوا بالابناء والبنات والاحفاد والحفيدات مهما نزلوا ، لانهم إنما ينحدرون بعضهم بعض بصورة مباشرة وعلى خط مستقيم • فقرابة الشخص بجده • هي قرابة مباشرة لانه ينحدر منه انحدارا مباشرا ويجمعهما عمود نسب واحد هو العمود الذي يربط بين الشخص وأبيه ثم جده وكذلك قرابة الشخص بابن حفيدته مثلا هي أيضا من هذا النوع لان ابن حفيدته إنما ينحدر منه انحدارا مباشرا على خط مستقيم يصل بين الشخص وابنه ثم حفيدته ثم ابن حفيدته •

أما القرابة غير المباشرة أو قرابة الحواشي فهي ، بحسب الفقرة الثانية من المادة ٣٧ المشار إليها ، « الرابطة بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك ، دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر » • وهي القرابة التي تكون بين الاخوة والاخوات فيما بينهم ، أو بين كل منهم وذرية الآخر ذكورا كانوا أم اناثا ، أو بين ذرية كل منهم وذرية الآخر

وقد سميت هذه القرابة بالقرابة غير المباشرة أو قرابة الحواشي لان الاقارب فيها لا ينحدرون بعضهم عن بعض على خط مستقيم ، وإنما هم يوزعون على عمودين مستقلين للنسب يلتقيان معا عند الاصل المشترك — فقرابة ابن الاخ بعمته مثلا هي قرابة حواشي لان أحدهما لا ينحدر عن الآخر وإنما هما يلتقيان عند أصل مشترك هو جد الاول ووالد الثانية ، ولا بد لكي تتبين القرابة بينهما من أن نصعد على عمود النسب الاول الذي يربط ابن الاخ بأبيه ثم بجده ثم نهبط على عمود النسب الثاني الذي يربط الجد بالعمة . وكذلك مثلا قرابة ابن العم بابن عمه حيث يصعد على عمود النسب الاول الذي يربط أحدهما بأبيه ثم بجده ثم يهبط على عمود النسب الثاني الذي يربط الجد بالعم ثم بابنه وهكذا ...

وقرابة النسب سواء أكانت مباشرة أو غير مباشرة إنما تكون على نوعين وهما : قرابة العصبات أو القرابة العصبية ، وقرابة الارحام أو القرابة الرحمية . أما القرابة العصبية فهي التي تكون عن طريق الاب كقرابة الشخص لجده لابيه مثلا أو لعمه ، وأما القرابة الرحمية فهي التي تكون عن طريق الام كقرابته لجده لامه أو لخاله مثلا .

واما رابطة المصاهرة ، فهي التي تنشأ بين كل من الزوجين وأقارب الزوج الآخر ، إذ أن أقارب أحد الزوجين يعتبرون ، بحسب المادة ٣٩ من القانون المدني ، « في نفس القرابة والدرجة بالنسبة الى الزوج الآخر » . وتقتصر هذه القرابة على صلة كل من الزوجين بأقارب زوجه ، دون أن تكون هنالك صلة تربط أقارب هذين الزوجين فيما بينهم . فابن عم الزوجة مثلا هو قريب بالمصاهرة بالنسبة للزوج ، ولكن ليست هنالك أية قرابة مصاهرة بينه وبين والد الزوج أو أخيه .

درجات القرابة : نصت المادة ٣٨ من القانون المدني على أنه « يراعى في حساب درجة القرابة المباشرة ، اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للاصل بخروج هذا الاصل • وعند حساب درجة الحواشي تعد الحواشي صعودا من الفرع للاصل المشترك ، ثم نزولا منه للفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الاصل المشترك يعتبر درجة » •

فلمعرفة درجة القرابة المباشرة التي تربط بين شخصين ينحدر أحدهما من الآخر ، يصعد إذن من الفرع الى الاصل ويعطى كل فرع درجة عند الصعود ولا يعطى الاصل أية درجة • فالقرابة التي تربط الابن بأبيه أو بامه مثلا هي من الدرجة الاولى لاننا إذا صعدنا من الفرع وهو الابن الى الاصل وهو الاب أو الام فإننا نعطي الفرع درجة واحدة دون أن نعطي الاصل أية درجة ، فلا يكون لدينا إلا درجة واحدة هي درجة قرابة الابن بأبيه وأمه • وقرابة ابن الحفيد مثلا بوالد جده هي من الدرجة الثالثة ، لاننا إذا صعدنا من الاول الى الثاني فسنلتقي بثلاثة فروع يأخذ كل منهم درجة وهم ابن الحفيد نفسه ثم أبوه ثم جده ، أما والد جده فهو الاصل الذي نبحث عن درجة قرابته إليه فلا يعطى أية درجة ، وبذلك تكون لدينا ثلاث درجات فقط هي التي تحدد قرابة ابن الحفيد بوالد جده على أنها من الدرجة الثالثة وهكذا ••

أما تحديد درجة القرابة غير المباشرة أو قرابة الحواشي التي تربط بين شخصين يجمعهما أصل مشترك فيكون بالصعود من أحد الشخصين الى الاصل المشترك ثم النزول من الاصل المشترك الى الشخص الآخر مع اعطاء كل فرع صعودا ونزولا درجة واحدة دون اعطاء الاصل المشترك أية درجة • فقرابة الاخ بأخيه مثلا هي قرابة

غير مباشرة من الدرجة الثانية ، لاننا إذا صعدنا من الاخ الاول الى الاب وهو الاصل المشترك تكون لدينا درجة واحدة هي الدرجة التي نعطيها للاخ الاول ، ثم إذا نزلنا من الاب الى الاخ الثاني تكون لدينا درجة ثانية هي الدرجة التي نعطيها للاخ الثاني ، أما الاب ، وهو الاصل المشترك ، فلا يعطى أية درجة ، وبذلك تكون لدينا درجتان فقط وتكون قرابة الاخ بأخيه قرابة غير مباشرة من الدرجة الثانية . وهكذا نستطيع أن نعتبر مثلا أن قرابة العم بابن أخيه هي من الدرجة الثالثة وابن الخال بابن عمته من الدرجة الرابعة ، وهلمجرا ..

وأما درجة قرابة المصاهرة التي تكون بين أحد الزوجين وأفراد أسرة الزوج الآخر فهي ، بحسب المادة ٣٩ من القانون المدني المشار إليها آنفا ، نفس الدرجة التي تكون عليها قرابة هذا الزوج الآخر بأفراد أسرته . فإذا كانت قرابة الزوجة بأبيها مثلا هي قرابة مباشرة من الدرجة الاولى فإن قرابة الزوج بوالد زوجته هي قرابة مصاهرة من الدرجة الاولى أيضا ، وإذا كانت قرابة الزوج بابن عمه هي قرابة غير مباشرة من الدرجة الرابعة فإن قرابة الزوجة بابن عم زوجها هي قرابة مصاهرة من الدرجة الرابعة أيضا وهكذا ..

آثار القرابة : إن لمعرفة القرابة وتحديد درجاتها أهمية بالغة وآثارا عديدة من الوجهة القانونية . ونكتفي هنا بأن نشير بايجاز الى بعض هذه الآثار التي تدرس بصورة مفصلة في مواضعها من أبحاث القانون .

فمن الآثار التي تنشأ عن رابطة الزوجية : حق الزوج في طاعة زوجته ومتابعتها له ، وحق الزوجة في النفقة على زوجها ، وحق كل منهما في أن يرث الآخر . كما أن من آثارها أيضا منع الزوج إذا

كان قاضيا من النظر في الدعوى التي تكون لزوجته مصلحة فيها ، وعدم جواز شهادة أحد الزوجين للآخر •

ومن الآثار التي تترتب على رابطة النسب : حق الابن في حمل لقب أبيه أو اسمه العائلي ، وحق الولاية للاب أو الجد على الابن أو الحفيد ، وأفضلية الاقرباء في الوصاية على من كان قاصرا منهم أو مصابا بعارض من عوارض الاهلية ، وتحريم الزواج بين الاصول والفروع أيا كانت درجة قرابتهم وتحريمه بين الاخوة والاخوات وبين كل منهم وذرية الآخر ، وحق القريب الفقير في النفقة على قريبه الموسر ، وحق الاقارب في أن يرث بعضهم بعضا وفقا لترتيب محدد بينهم بمقتضى قواعد الارث • كما أن من آثارها أيضا منع القاضي من النظر في الدعوى التي تكون له مع أحد الخصوم فيها قرابة حتى الدرجة الرابعة ، وعدم جواز شهادة الاصول للفروع أو الفروع للاصول في القضايا المدنية (أما في القضايا الجزائية فهنالك تفصيل آخر) •

أما قرابة المصاهرة فلا تترتب عليها سوى بعض الآثار المحدودة، لعل أهمها بعض أنواع التحريم من الزواج كتحريم زواج الزوجة بابن زوجها مثلا أو زواج الزوج بأم زوجته ، وكذلك منع القاضي من النظر في الدعوى التي تكون له مع أحد الخصوم فيها قرابة مصاهرة حتى الدرجة الرابعة • أما الحق في الارث والنفقة والولاية والوصاية ونحو ذلك من الآثار الهامة التي تتصل بالقرابة فلا يترتب شيء منها على قرابة المصاهرة •

الجنسيـة :

تحديد الجنسية واكتسابهـا : تعرف الجنسية بأنها « الرابطة التي تقوم بين الشخص ودولة معينة وتجعله تابعا لها » •

ولا بد لكل شخص مبدئيا من أن تكون له جنسية محـددة ، كما لا تكون للشخص إلا جنسية واحدة • على أن من الممكن وجود أشخاص لا يحملون أية جنسية ، كأن يفقد الشخص جنسيته الاصلية مثلا دون أن يكتسب غيرها فيطلق عليه عندئذ اسم عديم الجنسية (Apatride ou heimatlos) • وكذلك قد يحمل بعض الاشخاص استثناء أكثر من جنسية واحدة ، فإذا كانت احدى الجنسيات التي يحملونها هي الجنسية السورية ، رجحت هذه الجنسية على غيرها واعتبروا مواطنين سوريين •

وتكتسب الجنسية إما بصورة أصلية بحكم الولادة، أو بصورة استثنائية بطريق التجنس •

واكتساب الجنسية بحكم الولادة يخضع الى أحد المبـدأين التاليين أو كليهما ، وهما : مبدأ الدم ، ومبدأ الارض •

فبحسب مبدأ الدم يكتسب الشخص جنسية دولة معينة لولادته من أب يحمل جنسية هذه الدولة • أما بحسب مبدأ الارض فيعتبر من رعايا الدولة ويحمل جنسيتها كل من يولد على أرضها دون النظر الى جنسية أبيـه •

وقد نصت المـادة ٣٥ من القانون المـدني السوري على أن « الجنسية السورية ينظمها قانون خاص » ، وصدرت في بلادنا قبل القانون المدني وبعده تشريعات متعاقبة لتنظيم أحكام الجنسيـة ، كان آخرها المرسوم التشريعي ٢٧٦ الصادر بتاريخ ١٩٦٩/١١/٢٤ •

وتدل أحكام هذا المرسوم التشريعي على أن مبـدأ الدم هو الاصل الغالب في اكتساب الجنسية ، إذ تقضي الفقرة آ من مادتـه الثالثة بأن يعتبر عربيا سوريا حكما « من ولد في القطر أو خارجه من والد عربي سوري » •

على أن المرسوم التشريعي المشار إليه يفسح المجال أيضا لتطبيق مبدأ الارض في اكتساب الجنسية في بعض الحالات الاستثنائية التي بينها ، كأن يولد الشخص في سورية من أبوين مجهولين ، أو يولد في سورية من والدين مجهولي الجنسية أو لا جنسية لهما ، أو يولد في سورية ولا يحق له عند ولادته أن يكتسب بصلة البنوة جنسية أجنبيـة .

أما اكتساب الجنسية بطريق التجنس فيخضع لبعض الشروط المبينة في الفصل الثالث من المرسوم التشريعي المشار اليه آنفا ، كما أن اكتساب الجنسية بالزواج يخضع أيضا للشروط المبينة في الفصل الرابع من المرسوم نفسه (مع مراعاة الاحكام الخاصة بأبناء البلاد العربية المنصوص عليها في الفصل السادس من هذا المرسوم التشريعي، سواء بالنسبة للتجنس أو بالنسبة لاكتساب الجنسية بالزواج) .

زوال الجنسيـة : تزول الجنسية عن صاحبها إما بفقدانه إياها أو تجريده منها .

وأهم حالات فقدان الجنسية هي حالة تجنس المواطن بجنسيـة أجنبية (المادة ١٠ من المرسوم التشريعي الخاص بالجنسية) ، وكذلك حالة رغبة المرأة السورية التي تتزوج بأجنبي في التخلي عن جنسيتها الاصلية لاكتساب جنسية زوجها (المادة ١٢ من المرسوم التشريعي المذكور) .

أما التجريد من الجنسية فيكون إما بحكم قضائي أو بمرسوم بناء على اقتراح معلل من وزير الداخلية وذلك في بعض الحالات التي عددها المرسوم التشريعي المشار إليه آنفا ، وأهمها دخول المواطن باختياره في الخدمة العسكرية لدى دولة أجنبية دون ترخيص سابق يصدر عن وزير الدفاع أو ثبوت مغادرته الاراضي السورية بصورة غير مشروعة الى بلد هو في حالة حرب مع القطر .

آثار الجنسيـــة : تترتب على الجنسية التي يتمتع بها الشخص والتي تحدد ارتباطه بدولة معينة آثار قانونية هامة بالنسبة إليه . وأهم هذه الآثار إنما تظهر في نطاق القانون العام ، ولذا اعتبرت رابطة الجنسية تعبيرا عن الحالة العامة أو السياسية للشخص بمقارنتهـا برابطة الأسرة والقرابة التي هي مظهر من مظاهر حالته المدنية .

وأهم آثار الجنسية في نطاق القانون العام عدم قبول غير المواطن للاشتراك في الحكم والعمل السياسي سواء عن طريق الانتخـاب والتصويت أو الترشيح والتمثيل ، وعدم السماح له بتولي الوظائف العامة في الدولة ، وعدم تكليفه بالخدمة العسكريةالالزامية، وخضوعه لشروط اقامة معينة ، ونحو ذلك .

على أن بعض آثار الجنسية.تنعكس أيضا على حياة الشخص المدنية ، من ذلك مثلا تقييد حرية الاجانب في تملك العقارات والتصرف بها ، وتقييد حريتهم في اقامة الشركات واستثمارها وفي مزاولة أعمالهم، بالاضافة الى ما مر معنا سابقا من أثر الجنسية في تنازع القوانين من حيث المكان وخاصة في قضايا الاحوال الشخصية .

الفرع الرابع

الاهليـــة

LA CAPACITE

نوعا الاهلية : أهلية الوجوب ، وأهلية الاداء — مراحل تطورها : طور الحمل ، طور عدم التمييز ، طور التمييز ، طور الرشد — عوارضها : المجنون والمعتوه ، السفيه والمغفل ، المحكوم عليه بعقوبة جنائيـــة ، الاصم الابكم الاعمى — النيابة الشرعية : أنواعها ، صلاحيات النائب الشرعي — ملاحظتان أخيرتان : الاصل في الشخص كمال أهليته ، أهلية الشخص من النظام العـــام

تعتبر الاهلية من أهم خصائص الشخصية ، إذ يتوقف عليها تحديد نشاط الشخص وفعاليته من حيث قدرته على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات من جهة ، وعلى ممارسة الاعمال والتصرفات المتعلقة بهذه الحقوق والالتزامات على وجه يعتد به من الوجهة القانونية من جهة ثانية .

وأحكام الاهلية قـــد نظمها بصورة رئيسيـــة قانون الاحوال الشخصية ، وهي مستمدة الى حد كبير من مبادىء الشريعة الاسلامية. على أن القانون المدني تعرض أيضا لهذه الاحكام ونظمها ، وخاصة في بابه التمهيدي ، لما لها من صلة وثيقة بالشخصية .

وسنحاول في هذا البحث أن نبين أولا مفهوم الاهلية بنوعيها ،

وهما : أهلية الوجوب وأهلية الاداء ، ثم نستعرض مراحل تطور الاهلية من جهة ، والعوارض التي قد تطرأ عليها وتؤثر فيها من جهة ثانية ، مع بيان أحكام هذه الاهلية ومدى ما يتمتع به الشخص منها في كل من هذه الحالات المختلفة ، كما نتطرق بعد ذلك بايجاز الى بحث النيابة الشرعية الذي يتصل ببحث الاهلية ويتممه .

نوعا الاهليـة :

تنقسم الاهديـة الى نوعـين : أهليـة وجوب أو تمتـع (Capacité de jouissance) ، وأهليـة أداء أو ممـارسـة (Capacité d'exercice).

أهلية الوجوب : تعرف أهلية الوجوب بأنها « صلاحية الشخص لثبوت الحق له أو عليه ، أو بتعبير آخر ، صلاحيته لاكتساب الحقوق والتمتع بها والالتزام بالواجبات وتحملها » .

وتقوم أهلية الوجوب هذه على عنصرين ، وهما :

صلاحية الشخص أو قدرته على التمتع بالحقوق ، أي صلاحيته لان يكون صاحب حق ، كأن يكون صاحب حق ملكية أو انتفـاع على عقار من العقارات مثلا أو دائنا لآخر بمبلغ من المال أو نحو ذلك .

وصلاحية الشخص أو قدرته على الالتزام بالواجبـات ، أي صلاحيته لان يكون مكلفا بالتزام ، كأن يكون مدينا لآخر بمبلغ من المال مثلا أو ملتزما تجاهه بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل .

وتثبت أهلية الوجوب للانسان لمجرد كونه انسانا دون أن يتوقف اعتبارها على أي أمر آخر . فهي تبدأ ناقصة محدودة بالنسبة للجنين، ثم تتم لدى الشخص بعنصريها منذ ولادته وتلازمه طوال حياتـه . وعلى هذا فليس هناك من شخص لا يتمتع بأهلية الوجوب الكاملة ،

أي بالصلاحية لان يكون صاحب حق أو مكلفا بالتزام ، وإن يكن من الممكن أحيانا أن تتوقف أهلية الانسان لاكتساب بعض لحقوق على توافر بعض الشروط الخاصة فيه كاشتراط أن يكون الشخص مثلا من المواطنين لا الاجانب للسماح له بتملك بعض العقارات .

أهليـة الاداء : تعرف أهلية الاداء بأنها « صلاحية الشخص لممارسةالاعمال والتصرفاتالقانونية بنفسه علىوجه يعتد به قانونا » .

وهذه الاهلية ، خلافا لاهلية الوجوب ، لا تثبت كاملة بالنسبة لجميع الاشخاص ، بل قد تكون بالنسبة لبعضهم معدومة أو ناقصة.

والسبب في هذا أن صلاحيه الشخص لاجراء الاعمالوالتصرفات ذات النتائج القانونية ومباشرتها بنفسه لا تتعلق بصفته الانسانيـة وحدها بل يتوجب لثبوتها أن يكون هذا الشخص على قدر كاف من العقل والادراك يسمح له بمعرفة نتائج أعماله والتبصر فيها . ولذا تختلف أهلية الاداء لدى الشخص من حال الى حال وتتطور تبعا لمراحل تطوره ونموه واكتمال ملكاته العقلية ، كما أن هـذه الاهلية قد يصيبها ، بعد اكتمالها ، بعض العوارض التي تطرأ عليها وتؤثر فيها .

وبهذا تختلف أهلية الوجوب عن أهلية الاداء . فالاولىلا يشترط لتمامها وجود العقل أو الادراك لدى الانسان ، بل هي تتم لديه بمجرد ولادته ولا يمكن أن يؤثر فيها بعد ذلك أي عارض من العوارض . وأما أهلية الاداء فيتوقف اكتمالها على اكتمال العقل وهي تختلف قوة وضعفا تبعـا له . وعلى ذلك قـد لا يتمتع الانسان في بعض الحالات بأهلية الاداء بينما تكون له أهلية وجوب كاملة ، فيستطيع مثلا أن يكون مالكا أو مدينا دون أن يكون قادرا على اجراء التصرفات القانونية بنفسه .

مراحل تطور الاهليـة :

تمر الاهلية بأطوار متعددة تختلف فيهـا سعة وضيقا بحسب مراحل تطور الانسان ونموه • وهذه المراحل يمكن تقسيمها الى أربعة أقسام وهي : الحمل ، وعدم التمييز ، والتمييز ، والرشد •

وتكون أهلية الوجوب بالنسبة لهذه المراحل الاربع إما ناقصة أو كاملة ، فهي ناقصة في طور الحمل وكاملة بالنسبة لسائر الاطوار • أما أهلية الاداء فتكون معدومة في طوري الحمل وعدم التمييز ، وناقصة في طور التميز ، وكاملة في طور الرشد •

طور الحمل : في هذه المرحلة يكون الانسان جنينـا في بطن أمه لم يخرج بعد الى عالم الوجود • ومن العبث ولا شك أن نبحث عن أهلية الاداء بالنسبة إليه ، وعن مدى صلاحيته لممارسة الاعمال والتصرفات القانونية بنفسه •

أما بالنسبة لاهلية الوجوب ، فمن المفروض مبدئيا ألا يكون لها وجود أيضا بالنسبة للجنين ، لان الاهلية بعنصريها ، سواء أكانت أهلية وجوب أو أهلية أداء ، تعتبر صفة من صفات الشخصية • والجنين لا يتمتع بالشخصية القانونية إذ أنها ، تبدأ ، كما رأينا ، بالولادة •

إلا أن عدم الاعتراف للجنين بالشخصية يجب ألا يؤدي الى إهمال أمره اهمالا تاما وهدر مصالحه ، وإنما يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار أن هذا الجنين سينفصل في يوم من الايام عن أمه وسيصبح له وجود مستقل وشخصية كاملة ، فيعترف له ، منذ كونه جنينا ، ببعض الحقوق الضرورية حرصا على مصالحه المقبلة ، كما سبق أن رأينا •

لهذا يعتبر أن للجنين أهلية وجوب بالقدر الذي يستلزمه الحفاظ على مصالحه الضرورية • ونحن نعرف بأن أهلية الوجوب بوجه عام تقوم على عنصرين وهما صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق من جهة

وصلاحيته لتحمل الالتزامات من جهة ثانية • أما أهلية الوجوب التي تثبت للجنين فلا تتضمن العنصر الثاني من هذين العنصرين ، بل هي تقتصر على العنصر الاول المتعلق بصلاحية اكتساب الحقوق ، كما أنها، حتى بالنسبة لهذا العنصر ، لا تثبت للجنين بصورة مطلقة وإنما تحدد ببعض الحقوق الضرورية له • ولهذا تعتبر الاهلية التي يتمتع بها الجنين أهلية وجوب ناقصة •

والحقوق الضرورية التي يعتبر الجنين أهلا لاكتسابها أربعة وهي : النسب والارث والوصية والوقف • ويحفظ نصيب الجنين من الارث والوصية والوقف الى حين ولادته حيا على نحو ما بيناه في بحث وجود الشخص الطبيعي •

طور عدم التمييز : وهو يبدأ منذ الولادة ويمتد حتى سن السابعة •

وبالولادة تكتمل أهلية الوجوب لدى الانسان ، كما ذكرنا فيصبح صالحا لاكتساب كافة أنواع الحقوق وتحمل الالتزامات بعد أن لم يكن صالحا في طور الحمل إلا لاكتساب حقوق أربعة محدودة كما تظل أهلية الوجوب بعد الولادة كاملة لديه في مختلف أطوار حياة دون أن يزيلها أو ينتقص منها شيء • وعلى هذا فالانسان ، ولو كان طفلا غير مميز ، يستطيع أن يكون صاحب حق ، كأن يكون مالكا لما يشترى له أو يوهب إليه ، كما يستطيع أن يكون مكلفا بالتزام ، كأن يكون مدينا لغيره بثمن ما اشتري له منه أو مسؤولا عن نفقة أقاربه الفقراء •

وأما أهلية الاداء فتكون معدومة لدى الطفل غير المميز ، لان هذه الاهلية تبنى كما ذكرنا على العقل والادراك ، والطفل غير المميز يفترض فيه انعدام العقل والادراك في الامور والمعاملات القانونية

وعلى هذا فجميع ما يباشره الطفل غير المميز بنفسه من الاعمال والتصرفات القانونية ، أيا كان نوعها ، لا عبرة له مطلقا لانه ليس أهلا لاجرائه ، فهو لا يستطيع مثلا أن يهب شيئا من أمواله الى غيره ، كما لا يستطيع أن يبيع أو يشتري أو يؤجر أو يستأجر أو يقوم بما شابه ذلك من التصرفات، بل هو لا يستطيع أيضا أن يقبل الهبة التي توهب له.

لهذا يمكننا القول إذن ان الطفل غير المميز أهل للتمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات ولكنه ليس أهلا لان يمارس بنفسه الاعمال والتصرفات القانونية المتعلقة بحقوقه والتزاماته (وإنما يمارسها عنه ولحسابه نائبه الشرعي من ولي أو وصي كما سنرى) . فهو يستطيع أن يكون مالكا مثلا ولكنه لا يستطيع أن يتصرف بنفسه فيما يملكه ، وهو قد يستحق الهبة من غيره ولكنه لا يستطيع أن يعلن عن قبولها بنفسه . وإذا قام الطفل غير المميز بشيء من هذه الاعمال والتصرفات فإنها تعتبر باطلة ولا تنتج آثارها القانونية ، وهذا ما تقضي به المادة ١١١ من القانون المدني التي تنص على أنه « ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة » .

طور التمييز : وهو يمتد من سن السابعة حتى الثامنة عشرة .

وفي هذا الطور يعتبر الانسان في مرحلة وسط بين الادراك التام من جهة وعدم الادراك المطلق من جهة ثانية . فهو يستطيع أن يعي الامور والمعاملات القانونية بصورة مجملة وأن يميز بينها ويدرك الى حد ما نتائجها التي تترتب عليها ، ولكن صغر سنه وقلة خبرته لا يجعلان له مع ذلك بصيرة تامة بالنسبة لهذه الامور أو إدراكا كافيا .

ويراعى بالنسبة لاهلية الصغير المميز هذان الاعتباران معا : فالقدر الذي يتمتع به هذا الصغير من الادراك يدعو الى ألا تحجب عنه كل ثقة ، وأن يسمح له مبدئيا باجراء الاعمال والتصرفات القانونية ليستطيع

أن يكتسب منذ هذا الطور خبرة ومرانا يساعدانه في حياته المقبلة . إلا أن عدم اكتمال إدراكه ووعيه يدعو الى ألا يطمأن الى أعماله وتصرفاته اطمئنانا تاما وألا يسمح له باجرائها بصورة كاملة ومطلقة ، وذلك لحمايته من سوء تصرفاته ومما قد يلحقه بنفسه من ضرر من جرائها .

ولهذا يعتبر أن للانسان في طور التمييز أهلية أداء ناقصة : فهو لا يمنع عن كل تصرف كالصغير غير المميز ، كما أنه لا يستطيع اجراء كافة التصرفات بنفسه كالكبير الراشد ، وإنما تختلف حدود أهليته ومداها تبعا لانواع التصرفات والاعمال القانونية التي يرغب في اجرائها .

والتصرفات القانونية تقسم الى ثلاثة أنواع :

تصرفات ضارة ضررا محضا : وهي التي تعود على صاحبها بضرر أكيد دون أن تكسبه نفعا لقاءه ، وذلك كتبرع الانسان لغيره بهبة أو نحوها مثلا .

تصرفات نافعة نفعا محضا : وهي التي تعود على صاحبها بنفع أكيد دون مقابل يخسره ، وذلك كقبول الانسان مثلا للهبة التي يتبرع له بها .

وتصرفات دائرة بين النفع والضرر : وهي التي يحتمل أن تجلب لصاحبها الربح كما يحتمل أن تجلب له الخسارة دون أن يدل نوعها بصورة أكيدة على نتائجها ، وذلك كالبيع أو الاجارة أو غيرها من عقود المعاوضة التي يعطي الشخص فيها مقابلا لما يأخذ ، والتي قد يكون فيها رابحا أو خاسرا بحسب ما إذا كان الذي يعطيه أقل مما يأخذه أو أكثر .

والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر يمكن أن تقسم بدورها الى قسمين : فمنها ما يرمي الى المحافظة على المال وصيانته أو استثماره

والانتفاع به دون استهلاكه والتخلي عنه ، ويسمى هـذا النوع من التصرفات **باعمال الادارة** • ومنها ما يؤدي الى التصرف بالمال على وجه يجاوز حدود استثماره العادي ، وقد يعرض صاحبه بالتالي الى ضرر يفوق الضرر الذي تعرضه إليه أعمال الادارة ، ويسمى هذا النوع من التصرفـات **باعمال التصرف** • فيعتبر الانفاق على ترميم العقار مثلا بقصد صيانته والمحافظة عليه أو تأجيره بقصد استثماره والانتفاع به من أعمال الادارة ، بينما يعتبر بيع العقار مثلا من أعمال التصرف لانـه لا يقتصر على مجرد الاستثمار وإنما يؤدي الى التخلي عن العقار نفسه بعوض •

أما حدود أهلية الصغير المميز بالنسبة لهذه الانواع من التصرفات فهي كما يلي :

أولا ـ بالنسبة للتصرفات الضارة ضررا محضا : لا يستطيـع الصغير المميز اجراءها بحال من الاحوال ، وإذا صدرت عنه تعتبر باطلة ولا يترتب عليها أي أثر • أي أن أهليته بالنسبة لهذه التصرفات معدومة كأهلية الصغير غير المميز •

ثانيا ـ بالنسبة للتصرفات النافعة نفعا محضا : يحق للصغـير المميز اجراؤهـا اطلاقا وتعتبر صحيحة ونافذة متى صدرت عنه دون التوقف على أي أمر آخر • أي أن أهليته بالنسبة لهذه التصرفات كاملة كأهلية الكبير الراشد •

ثالثا ـ بالنسبـة للتصرفـات الدائرة بـين النفـع والضرر : يستطيع الصغير المميز مبدئيا اجراءها لان له حدا من العقل والادراك يؤهله لذلك ، إلا أن عدم خبرته في الامور والمعاملات القانونيـة وقلة بصيرته توجبان حمايته مما قد تلحقه به هذه التصرفات من ضرر ، ولهذا يحفظ له الحق في أن يعيد بعد بلوغه سن الرشد واكتمال أهليته

النظر في تصرفاته هذه وأن يطلب إبطالها إذا شاء (كما أن لنائبه الشرعي الحق في اجازة هذه التصرفات فتصبح صحيحة بصورة نهائية وغير قابلة للابطال من قبل الصغير المميز بعد بلوغه سن الرشد ، أو ابطالها فتنعدم ولا يعود هنالك مجال لاجازتها من أحد) .

فأهلية الصغير المميز بالنسبة لهذه التصرفات تختلف إذن عن أهلية الصغير غير المميز ، كما تختلف في نفس الوقت عن أهلية الكبير الراشد . فهي تختلف عن أهلية الصغير غير المميز من حيث أن التصرفات المحتملة للنفع والضرر التي يجريها الصغير المميز تعتبر منعقدة لا باطلة، بينما تعتبر تصرفات الصغير غير المميز باطلة أصلا ولا ينتج عنها أي أثر قانوني . وهي تختلف عن أهلية الكبير الراشد من حيث أن هذه التصرفات تكون قابلة للابطال ، سواء من قبل نائبه الشرعي خلال نيابته عنه في فترة نقص أهليته أو من قبل الصغير المميز نفسه بعد بلوغه سن الرشد ، بينما لا يحق لاحد أن يطلب لنفس السبب ابطال التصرفات التي يجريها الشخص بعد رشده واكتمال أهليتـــه .

ويزول حق الصغير المميز في طلب ابطال تصرفاته المحتملة للنفع والضرر بعد سنة من بلوغه سن الرشد ، حرصا على استقرار المعاملات القانونية وعدم ابقائها عرضة للابطال أمدا طويلا . كما أن الصغير المميز يستطيع ، منذ بلوغه سن الرشد ، اجازة تصرفاته القابلة للابطال وتثبيتها فيفقد حقه في أن يطلب ابطالها بعد ذلك ، ولو جاء طلبه هذا ضمن مهلة السنة المحددة له .

وإذا كانت أهلية الاداء لدى الصغير المميز ناقصة بالنسبة للتصرفات المحتملة للنفع والضرر بحيث تكون هذه التصرفات ، رغم انعقادها ، قابلة للابطال ، فإن هناك نوعين من الحالات تعتبر فيهما أهلية الاداء كاملة لديه بالنسبة لطائفة من هذه التصرفات :

فقد منحت المادة ١٦٩ من قانون الاحوال الشخصية للصغير المميز الذي بلغ **الثالثة عشرة** من عمره الحق في أن يتولى ادارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص ، وتكون تصرفاته في هذا الشأن كتصرفات الكبير الراشد غير قابلة للابطال • على أن الصغير في هذه الحالة لا يكون ضامنا لديونه التي نشأت عن هذه الادارة إلا بقدر ذلك المال الذي كسبه من عمله الخاص •

كما منحت المادتان ١١٣ من القانون المدني و ١٦٤ من قانون الاحوال الشخصية للصغير المميز الذي بلغ **الخامسة عشرة** من عمره الحق في ادارة أمواله ، أيا كان منشؤها ، متى أذن له بذلك من قبل القاضي ، ويعتبر الصغير المأذون كامل الاهلية فيما أذن له به فلا يستطيع فيما بعد بحجة نقص أهليته ابطال التصرفات التي كان أجراها في حدود الاذن الممنوح له • وكذلك يستطيع الصغير الذي بلغ الخامسة عشرة من عمره مزاولة التجارة ، وهي من أعمال التصرف لا الادارة ، شريطة أن يحوز على موافقة القاضي بالسماح له بمزاولتها •

على أن أهلية الصغير الذي بلغ الثالثة عشرة من عمره والصغير الذي بلغ الخامسة عشرة لا تكون كاملة إلا بالنسبة للتصرفات التي يحددها لهما القانون وضمن الحدود التي يرسمها • أما أهليتهما بالنسبة للتصرفات المحتملة للنفع والضرر الخارجة عن هذا النطاق فتظل ناقصة ، بحيث تكون هذه التصرفات قابلة للابطال ، كما تظل أهليتهما بالنسبة للتصرفات الضارة ضررا محضا معدومة بحيث لا يحق لهما اجراؤها بحال من الاحوال •

طور الرشد : وهو يبدأ لدى الشخص في تمام الثامنة عشرة من عمره ويستمر بقية حياته •

وفي هذا الطور يعتبر أن ملكات الانسان العقلية قد اكتملت وأن

ادراكه قد نما الى حد يجعله قادرا على اجراء التصرفات والاعمال القانونية على اختلاف أنواعها لما فيه مصلحته وخيره ، ولهذا يمنح الانسان منذ اتمامه الثامنة عشرة أهلية أداء كاملة لممارسة كافة التصرفات والاعمال .

فهو يستطيع في هذا الطور أن يجري التصرفات النافعة نفعا محضا كما كان يستطيع ذلك في الطور السابق .

وهو يستطيع أيضا أن يجري التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بنوعيها ، سواء ما كان منها أعمال ادارة أو أعمال تصرف .

بل هو يستطيع فوق ذلك ان يجري التصرفات لضارةضررامحضا التي كان يمتنع عليه اجراؤها سابقا فيهب أو يتبرع بما يشاء من أمواله.

وجميع ما يجريه من هذه التصرفات لا يكون باطلا أبدا بسبب يستند الى أهليته ولا قابلا للابطال .

كما ان الانسان في طور الرشد يستطيع ، كما رأينا ، أن يبت في أمر تصرفاته المحتملة للنفع والضرر التي كان قد أجراها في طور التمييز، ولم يبت بها نائبه الشرعي ، فيقرر اجازتها والابقاء عليها أو يطالب بابطالها .

ولا حاجة بالانسان بعد بلوغه تمام الثامنة عشرة من عمره الى اثبات رشده واكتمال عقله ليستطيع التمتع بأهليته الكاملة ، بل يعتبر كامل الاهلية حكما بمجرد بلوغه هذه السن ما لم يكن قد طرأ عليه عارض من عوارض الاهلية على نحو ما سنراه حين بحثنا لهذه العوارض .

ومما تجدر الاشارة إليه أن سن الثامنة عشرة التي اختارها القانون المدني السوري كمبدأ لطور الرشد تختلف عن السن التي اختارها

القانون المدني المصري والتي حددت بالحادية والعشرين • ولعل سن الثامنة عشرة التي اختارها القانون السوري هو الاكثر ملاءمة خاصة وأنها هي السن التي يحق فيها للانسان تولي الوظائف العامة في الدولة ، إذ قد لا يكون من اللائق أن يسمح للانسان بتولي الوظائف العامة والتصرف في أمور الناس وأن يعتبر في نفس الوقت ناقص الاهلية وغير قادر على التصرف في أموره الخاصة •

عوارض الاهلية :

قد تطرأ على الانسان بعد اكتمال أهليته بعض العوارض التي تؤثر فيها فتحد منها أو تزيلها • وينحصر أثر هذه العوارض في أهلية الاداء دون أهلية الوجوب التي لا يمكن أن يؤثر فيها بعد اكتمالها بالولادة أي عارض كما سبق أن ذكرنا •

وهذه العوارض منها ما يستند الى اضطراب في عقل الانسان أو ضعف في ملكاته وتفكيره كالجنون والعته والغفلة ، ومنها ما ينبعث عن عدم اتزان في تصرفاته وسوء ادارته لشؤونه وأمواله كالسفه ، ومنها ما ليس يستند الى اضطراب في العقل أو عدم اتزان في التصرفات وإنما يطرأ على الانسان كاجراء تأديبي نتيجة للحكم عليه بعقوبة جنائية •

وسنستعرض فيما يلي هذه العوارض ، فنبحث أولا في حالتي الجنون والعته اللتين تؤديان الى انعدام أهلية الاداء ، ثم في حالتي السفه والغفلة اللتين تؤديان الى الانتقاص من هذه الاهلية ، ثم في حالة المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، وهي ذات طابع خاص يختلف عن العوارض الاربعة الأخرى •

ونشير بعد ذلك الى حالة الاصم الابكم الاعمى التي تلحق عادة

ببحث عوارض الاهلية ، وإن تكن في حقيقتها لا تعتبر من هذه العوارض .

المجنون والمعتوه : المجنون أو المعتوه هو الشخص الذي أصابه خلل في توازنه العقلي وانعدم تمييزه . ويختلف أحدهما عن الآخر من حيث أن العته لا يرافقه اضطراب الجنون ، فهو أشبه ما يكون بنوع من الجنون الهادىء .

والمجنون والمعتوه يعتبران في حكم الصغير غير المميز وتنعدم لديهما أهلية الاداء تبعا لانعدام تمييزهما ، فلا يستطيع أي منهما اجراء أي نوع من التصرفات بنفسه ، وكل ما يجريه منها يعتبر باطلا ولا يعتد به من الوجهة القانونيـــة .

وتشترط المادة ١١٥ من القانون المدني ، لتطبيق حكم الصغير غير المميز على المجنون والمعتوه واعتبار تصرفاتهما باطلة ، أن يكون التصرف قد صدر بعد صدور قرار بالحجر عليهما وشهره . أما إذا صدر التصرف قبل شهر قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها .

ولكن المادة ٢٠٠ من قانون الاحوال الشخصية اعتبرت أن المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما دون أن تكون هنالك حاجة لصدور قرار بالحجر عليهما ، وبالتالي فإن تصرفاتهما تعتبر باطلة كتصرفات الصغير غير المميز لمجرد حدوث الجنون أو العته لا اعتبارا من شهر قرار الحجر كما تشترط المادة ١١٥ من القانون المدني . وهذا الحكم الذي نصت عليه المادة ٢٠٠ من قانون الاحوال الشخصية هو الذي يجب ترجيحه ، إذ أن هذه المادة قد صدرت بعد المادة ١١٥ من القانون المدني المشار إليها وتعتبر ناسخة لها .

السفيه والمغفل : السفيه هو ، بحسب تعريف المـادة ٢٠٠ من قانون الاحوال الشخصية ، الشخص الذي « يبذر أمواله ويضعها في غير مواضعها بانفاقه ما يعد من مثله تبذيرا » .

وليس يشترط في السفيه أن يبذر أمواله في وجوه الشر فقط ، بل يعتبر الانسان سفيها سواء أكان تبذيره لامواله في وجوه الشر أو في وجوه الخير . وعلى هذا فقد يكون الانسان صالحا وسفيها في نفس الوقت فيما إذا كان يبذر أمواله من غير حكمة أو تعقل ، وقد يكون على العكس فاسقا دون أن يعتبر سفيها من الوجهة القانونية فيما إذا كان يحسن التصرف بأمواله ولا يبددها .

أما المغفل فهو ، بحسب تعريف المادة ٢٠٠ المشار إليها ، الشخص الذي « تغلب عليه الغفلة في أخذه وعطائه ولا يعرف أن يحتاط في معاملته لبلاهته » .

والسفيه والمغفل كلاهما لا يعتبران فاقدي التمييز والوعي كالصغير غير المميز أو المجنون أو المعتوه ، وإنما هما يدركان الامور والمعاملات القانونية ويميزان بينها ، ولكنهما لا يحسنان التصرف في أمورهمـا وأموالهما إما بسبب الطيش كما في السفيه أو البلاهة كما في المغفل .

وعلى هذا يعتبر السفيه والمغفل في حكم الصغير المميز لان حالتهما أقرب ما تكون الى حالته من حيث وجود الوعي والادراك لديهما من جهة وقلة البصيرة التي تستوجب حمايتهما من سوء تصرفاتهمـا من جهة ثانيـة .

غير أنه يشترط لاعتبار السفيه والمغفل ناقصي الاهلية كالصغير المميز أن يكون قد صدر قرار بالحجر عليهما من قبل القاضي الشرعي ، أما قبل صدور قرار الحجر وشهره فتكون جميع تصرفاتهما صحيحة

وغير باطلة أو قابلة للابطال ، إلا إذا كانت هذه التصرفات قد تمت نتيجة استغلال أو تواطؤ • وهذا الحكم الذي نصت عليه المادة ١١٦ من القانون المدني وأيدتها فيه المادة ٢٠٠ من قانون الاحوال الشخصية يخالف ، كما نرى ، الحكم الذي جاءت به المادة الاخيرة بالنسبة للمجنون والمعتوه من حيث اعتبارها إياهما محجورين لذاتهما •

وتطبيق حكم الصغير المميز على السفيه والمعتوه يقتضي بطلان تصرفاتهما الضارة ضررا محضا ، وصحة تصرفاتهما النافعة نفعا محضا ؛ وقابلية تصرفاتهما الدائرة بين النفع والضرر للابطال •

إلا أن للسفيه والمغفل ، خلافا للصغير المميز ، الحق في اجراء الوصية أو الوقف متى أذنتهما المحكمة في ذلك (الفقرة الاولى من المادة ١١٧ من القانون المدني) •

هذا ، وقد قضت الفقرة الثانية من المادة ١١٧ من القانون المدني المشار إليها باعتبار « أعمال الادارة الصادرة من المحجور عليه لسفه ، المأذون له بتسله أمواله ، صحيحة في الحدود التي رسمها القانون » ، فساوت بذلك بين حالة السفيه من جهة والصغير الذي أتم الخامسةعشرة من عمره من جهة ثانية ، ثم جاءت بعد ذلك المادة ٢٠١ من قانون الاحوال الشخصية فاعترفت بهذا الحق للسفيه والمغفل معا، وأزالت الفارق الوحيد الذي كان يوجد بينهما بالنسبة لحدود أهليتهما •

المحكوم عليه بعقوبة جنائية : نصت المادة ٥٠ من قانون العقوبات أن كل محكوم عليه بالاشغال الشاقة أو بالاعتقال — والحد الادنى لهذه العقوبة هو مبدئيا ثلاث سنوات — يكون في حالة الحجر خلال تنفيذ عقوبته ، وكل عمل وادارة وتصرف يقوم به المحكوم عليه ، ما عدا لاعمال المتعلقة بممارسته لحقوقه الملازمة لشخصه ، يعتبر باطلا •

فالمحكوم عليه بعقوبة جنائية لا يستطيع إذن خلال تنفيذ عقوبته اجراء أي نوع من أنواع التصرفات والاعمال القانونية ، وإذا أجرى شيئا منها تعتبر تصرفاته وأعماله باطلة كتصرفات عديم الاهلية. ويستثنى من ذلك التصرفات المتعلقة بالحقوق الملازمة لشخص المحكوم عليه كالطلاق مثلا والاقرار بالبنوة ، حيث تعتبر صحيحة متى صدرت عنه وتكون أهليته كاملة بالنسبة إليها .

وسبب انعدام الاهلية لدى المحكوم عليه بعقوبة جنائية لا يعود الى اضطراب ملكاته العقلية أو سوء ادارته لاموره وأمواله ، كما هو الحال بالنسبة لعوارض الاهلية بصورة عامة ، وإنما هو بمثابة اجراء تأديبي يتفرع عن عقوبته الاصلية . ولا شك أن هذا الاجراء ينطوي على شيء من القسوة والمغالاة ، وخاصة من حيث اعتبار المحكوم عليه بعقوبة جنائية في منزلة الصغير غير المميز والمجنون والمعتوه .

الاصم والابكم والاعمى : نصت المادة ١١٨ من القانون المدني على ما يلي :

« إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك . ويكون قابلا للابطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها متى صدرت من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائيا بغير معاونة المساعد ، إذا صدر التصرف بعد شهر قرار المساعدة » .

هذه الحالة ليست في الواقع من حالات عوارض الاهلية ، لان العاهات التي تصيب الانسان فيها لا تؤثر على ادراكه وتمييزه أو حسن تصرفه في أمواله وأموره لتستلزم الحد من أهليته وانتقاصها ، بل ينحصر أثر هذه العاهات في قدرة الانسان على التعبير عن ارادته فقط واظهارها

على حقيقتها • ولهذا يعتبر الانسان في هذه الحالة ذا أهلية أداء كاملة بحيث يستطيع أن يجري ، بمحض ارادته ومشيئته ، كافة التصرفات والاعمال القانونية ، أيا كان نوعها بما في ذلك التصرفات الضارة ضررا محضا ، على أن يساعده في التعبير عن ارادته مساعد قضائي • وهذا المساعد القضائي هو أشبه ما يكون بالمترجم الذي يبين ارادة من تقررت مساعدته دون أن يكون له أي تأثير بالنسبة لهذه الارادة ، فالذي تقررت مساعدته هو وحده الذي يختار تصرفاته ويجريها، وتنحصر مهمة المساعد القضائي في معاونته على اظهارها والتعبير عنها فقط •

والتصرفات التي يجريها المصاب بعاهتين من هذه العاهات الثلاث بغير معاونة المساعد القضائي تكون قابلة للابطال فيما إذا صدرت بعد شهر قرار المساعدة وكانت داخلة في حدود التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها • أما إذا كانت التصرفات قد تمت قبل صدور قرار المساعدة وشهره أو كان لا يشملها هذا القرار فلا مجال لابطالها لنفس السبب •

النيابة الشرعية :

رأينا أن الانسان لا يستطيع أبدا في حالة انعدام أهليته أن يتولى بنفسه ادارة شؤونه وأمواله أو اجراء أي نوع من التصرفات والاعمال القانونية المتعلقة بها ، وهو يستطيع ذلك في حالة نقص أهليته ولكن ضمن حدود وقيود ، كما سبق لنا أن رأينا أن الانسان قد يغيب أحيانا وتنقطع أخباره فيعتبر مفقودا ، ولا يكون بالتالي قادرا عمليا على ممارسة حقوقه بنفسه والتصرف فيها •

والانسان في جميع هذه الحالات بحاجة الى أن يتولى شخص آخر كامل الاهلية رعاية مصالحه وشؤونه والاشراف عليها ، وأن ينوب عنه في اجراء التصرفات والاعمال القانونية أو أن يجيز ما يجريه منها إذا كانت من التصرفات التي تصح اجازتها • ويسمى الشخص الذي يعهد إليه

بالاشراف على شؤون غـيره في هذه الحالات بالنائب الشرعي (أو القانوني) .

انواع النيابة الشرعية : النيابة الشرعية عن الغير تكون ، بحسب المادة ١٦٣ من قانون الاحوال الشخصية ، إما ولاية أو وصاية أو قوامة أو وكالة قضائيـة .

الولاية : تكون الولاية على الصغير القاصر ، وهو الذي لم يبلغ سن الرشد سواء أكان مميزا أو غير مميز .

وهي تقسم الى قسمين : **ولاية على النفس** ، وتهدف الى **الاشراف** على شؤون القاصر الشخصية كتعليمه وتطبيبه وتأديبـه ونحو ذلك . **وولاية على المال** وتهدف الى الاشراف على شؤون القاصر المالية كادارة ممتلكاته وأمواله مثلا واستثمارها .

وتعود الولاية على النفس والمال معا الى الاب ، وفي حال عـدم وجوده الى الجد العصبي (الجد لاب) .

وفي حال عدم وجود الاب أو الجد العصبي تنفصل الولايـة على النفس عن الولاية على المال فتنقلب الولاية على المال الى وصاية ، وتبقى الولاية على النفس فقط التي تعود حينئذ الى الاقارب العصبات بأنفسهم (وهم نوع من الاقارب من جهة الاب) بحسب ترتيبهم بالنسبة للارث من الصغير ، فمن كان مقدما على غيره في الارث كان مقدما عليه في الولاية على النفس .

الوصاية : وتكون على القـاصر بالنسبـة لاموره الماليـة فقط لا الشخصية . ولا تسمى الوصاية بهذا الاسم إلا إذا كانت لا تعود الى الاب أو الجد العصبي ، أما بالنسبة إليهما فتسمى بالولاية على المال كما رأينـا .

وتعود الوصاية على مال القاصر الى الشخص الذي يعينه الاب أو الجد قبل وفاتهما — ويسمى بالوصي المختار — على أن تثبت المحكمة بعد الوفاة هذه الوصايـة •

وإذا لم يكن هناك وصي فإن المحكمة الشرعية هي التي تعـين الوصي •

وليس ضروريا أن يكون الوصي على مال القاصر هو الولي نفسه، وإن يكن من الممكن في أغلب الاحيان أن يعين الولي على النفس وصيا في نفس الوقت •

ويجوز بحسب المادة ١٩ من قانون الاحوال الشخصية ، تعيـين ناظر مع الوصي المختار أو مع وصي القاضي لمراقبته في شؤون القاصر •

هذا ، ويسمى الشخص المكلف بالاشراف على شؤون المحكوم عليه بعقوبة جنائية وفقا لاحكام المادة ٥٠ من قانون العقوبات بالوصي أيضا

القوامة : وتكون على المجنون والمعتوه والسفيه والمغفل -

الوكالة القضائية : وتكون على المفقود والغائب •

ويسري على القيم والوكيل القضائي ، بحسب المادة ٢٠٦ من قانون الاحوال الشخصية ، ما يسري على الوصي من أحكام إلا ما يستثنى بنص خـاص •

صلاحيات النائب الشرعي : تختلف حـدود هذه الصلاحيـات بحسب أنواع التصرفات والاعمال القانونية التي يرغب النائب الشرعي في اجرائها لحساب من ينوب عنه من جهة ، وبحسب ما إذا كان هـذا النائب الشرعي وليا أو وصيا أو قيما أو وكيلا قضائيا من جهة ثانية •

فبالنسبة للتصرفات النافعة نفعا محضا يستطيع النائب الشرعي

أيا كان ، اجراءها ، بينما لا يستطيع أحد من النواب الشرعيين اجراء التصرفات الضارة ضررا محضا بحال من الاحوال .

وأما بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيستطيع النواب الشرعيون جميعا اجراءها ، إلا أن بعض هذه التصرفات يحتاج النائب الشرعي لاجرائه الى إذن من المحكمة .

والتصرفات التي لا يستطيع النائب الشرعي اجراءها بمفرده بل لا بد لاجلها من إذن المحكمة هي أكثر بالنسبة للوصي والقيم والوكيل القضائي منها بالنسبة للولي على المال الذي هو الاب أو الجد العصبي . فالاب أو الجد العصبي ، لما يفترض فيهما من زيادة الشفقة والرحمة بالنسبة للقاصر وشدة الحرص على مصالحه ، يستطيعان بحكم ولايتهما المالية عليه أن يجريا من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بمفردهما أكثر مما يستطيعه الوصي أو القيم أو الوكيل القضائي ، فهما يستطيعان مثلا أن يجريا مبدئيا بمفردهما ودون حاجة الى إذن المحكمة أعمال التصرف بالنسبة لاموال القاصر بينما لا يستطيع الآخرون ذلك إلا بإذن من المحكمة .

وكما يستطيع النائب الشرعي اجراء التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بنفسه ، فإنه يستطيع أيضا اجازتها في حال صدورها عن ناقص الاهلية ، سواء أكانت هذه الاجازة سابقة لاجراء التصرف أو لاحقة عليه . أما التصرفات التي يحتاج النائب الشرعي لاجرائها الى إذن من المحكمة فإن اجازتها في حالة صدورها عن ناقص الاهلية تعود أيضا الى هذه المحكمة . وأما التصرفات التي يجريها عديم الاهلية ، فلا يملك النائب الشرعي أو غيره اجازتها لان هذه التصرفات ، مهما كان نوعها ، تعتبر باطلة لا قابلة للابطال وهي بالتالي لا تقبل الاجازة .

وعلى هـذا نلاحظ :

أولا ـ إن التصرفات النافعة نفعا محضا يحق للنائب الشرعي اجراؤها ، كما يحق أيضا لناقص الاهلية ، أما عديم الاهلية فليس له مثل هـذا الحق .

ثانيا ـ إن التصرفات الضارة ضررا محضا لا يحق لاحد اجراؤها مطلقا ، ويتساوى في ذلك عديم الاهليـة وناقصهـا والنائب الشرعي والمحكمة . فلا بد إذن للتبرع من مال الشخص من أن يكون هـذا الشخص كامل الاهلية فيجري التبرع بنفسه . أما عديم الاهلية وناقصها فلا مجال أبدا للتبرع من مالهما لعـدم وجود من يعود إليه مثل هـذا الحق .

ثالثا ـ إن التصرفـات الدائرة بين النفع والضرر يحق للنائب الشرعي اجراؤها (على أن يحوز بالنسبة لبعضها على إذن من المحكمة) ، ولا يحق لعديم الاهلية ذلك . وأما ناقص الاهلية فيحق له اجراء هذه التصرفات ، غير أنها تكون قابلة للابطال إلا إذا أجازها النائب الشرعي أو المحكمة أو ناقص الاهلية نفسه بعد رشده ، أو مرت سنة كاملة على بلوغ ناقص الاهلية سن الرشد دون أن يبطلها .

فبالنسبة لعديم الاهلية إذن يتولى نائبـه الشرعي بنفسه اجراء التصرفات النافعة نفعا محضا بدلا عنه ، وكذلك التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، دون أن يستطيع عديم الاهلية اجراء شيء منها . وأما بالنسبة لناقص الاهلية فإن نائبه الشرعي يستطيع أن يتولى عنه اجراء هذه التصرفات ، كما يستطيع ناقص الاهلية اجراءها بنفسه تحت اشراف نائبه الشرعي الذي يكون له الحق في اجازتها أو إبطالها فيما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر .

وإذا أجاز النائب الشرعي (أو المحكمة المختصة) التصرفات

الدائرة بين النفع والضرر التي يكون ناقص الاهلية قد أجراها بنفسه فان هذه التصرفات تصبح صحيحة ونافذة بصورة نهائية وباتة ، وأما إذا رفض النائب الشرعي اجازتها فانها تصبح باطلة ، ولا يعود لناقص الاهلية بعد اكتمال رشده الحق في ابطال تصرفاته التي أجيزت أو اجازة تصرفاته التي أبطلت . فناقص الاهلية لا يستطيع إذن أن يبت بعد رشده في أمر تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر فيقرر اجازتها أو ابطالها إلا إذا لم يكن قد سبق لنائبه الشرعي أن بت فيها .

والتصرفات التي يجريها النائب الشرعي إنما تعود آثارها ونتائجها على عديم الاهلية أو ناقصها الذي تجري هذه التصرفات لمصلحته وحسابه . فعديم الاهلية أو ناقصها هو وحده الذي يكتسب ما ينشأ عن هذه التصرفات من حقوق ويتحمل ما يترتب عليها من التزامات ، بينما تنحصر مهمة النائب الشرعي في اجراء هذه التصرفات لحساب من ينوب عنه فقط دون أن يكون له نصيب في نتائجها وآثارها .

ملاحظتان أخيرتان :

أولا ـ الاصل في الشخص كمال أهليته : نصت المادة ١١٠ من القانون المدني على أن « كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون » .

وهذا يعني أن كمال الاهلية لدى الشخص هو الحالة الطبيعية التي تعتبر فيه بصورة عامة ، وأن عدم الاهلية أو نقصانها عبارة عن حالات استثنائية لا توجد إلا إذا نص القانون عليها .

كما أنه يعني أيضا أن التصرفات التي يجريها الشخص يفترض مبدئيا أنها قد صدرت عنه وهو كامل الاهلية ، واذا ادعى أحد خلاف ذلك ، سواء أكان المدعي هو الشخص نفسه الذي أجرى

التصرفات أو غيره ، فان عليه يقع عبء اثبات ما يدعيه • مثـلا إذا طالب شخص بابطال تصرف من تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر بحجة أنه كان حين اجرائه اياه ناقص الاهلية ، وادعى المتعاقد الآخر معه أن هذا التصرف قد أجراه صاحبه وهو كامل الاهلية ، فيؤخذ مبدئيا بقول مـن يدعي كمال الاهلية لأن هـذا هـو الاصل في الشخص ، ويكلف من يدعي نقصان الاهلية باثبات صحة ادعائه ، كأن يثبت أنه كان حين اجراء التصرف صغيرا مميزا أو محجورا عليه لسفه أو غفلة •

ثانيا ـ أهلية الشخص من النظام العام : إن للمجتمع، في الواقع مصلحة حيوية أكيدة في تحديد أهلية كل فـرد من أفراده ومدى صلاحيته لاجراء التصرفات والاعمال القانونية بنفسه ، كما أن من مصلحة المجتمع أيضـا أن تطبق أحكام الاهلية بحذافيرها تطبيقا دقيقا ، وهي التي تهدف في أغلبها الى حماية القاصرين وضعيفي الادراك من أبنائه ورعاية مصالحهم •

ولهذا تعتبر الاهلية ، بحسب المادة ٥٠ من القانون المدني ، من النظام العام بحيث لا يجوز لاحد التنازل عنها أو التعديل في أحكامها • فلا يستطيع كامل الاهلية مثلا أن يتفق مع آخر على التنازل عن أهليته واعتبار تصـرفاته التي يجريها باطلة أو قابلـة للابطال لأن الشخص لا يملك الحق في أن يتصرف في أهليته كما يشاء ، كما انه لا يستطيع أيضا أن يقرر أنه إذا حكم عليه بالحجر مثلا واعتبر ناقص الاهلية فلا تكون تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر التي يجريها بعد الحجر قابلة للابطال لان هذا يعتبر بمثابة تعديل لاحكام الاهلية وهو ما لا يجوز لاحد القيام به •

الفـرع الخامس

الذمـــة الماليـــة

LE PATRIMOINE

مفهوم الذمة المالية — صلتها بالشخصية وخصائصها

— فائدتها وآثارها — انقضاؤها

مفهوم الذمة المالية .

يمكن أن تعرف الذمة المالية بأنها « مجموعة الحقوق والالتزامات المالية الحاضرة والمستقبلة التي تعود للشخص » .

فهي تتألف اذن من عنصرين :

عنصر ايجابي : ويتضمن الحقوق المالية التي تكون للشخص ، سواء أكانت هذه الحقوق عينية كملكية أشياء معينة مثلا ، أو شخصية كالديون التي تترتب لصاحبها لدى غيره من الاشخاص .

وعنصر سلبي : وهو يتضمن الالتزامات المالية التي تترتب على الشخص ، كالالتزام مثلا بمبلغ من المال أو بالقيام بعمل .

والذمة المالية ليست عبـارة عن الرصيد بـين عنصري الحقوق والالتزامات وإنما هي عبارة عن مجموعهما معا . فكأن هذه الحقوق والالتزامات جميعا تؤلف وحدة قائمة بذاتهـا أو مجموعة قانونية (Une universalité Juridique) يطلق عليها اسم الذمة المالية .

كما أن الذمة المالية لا تقتصر على الحقوق والالتزامات المالية العائدة للشخص في وقت من الاوقات فقط ، بل تتضمن أيضا الحقوق والالتزامات المقبلة • فهي أشبه ما تكون بوعاء تنصب فيه الحقوق والالتزامات المالية التي تعود للشخص أو باطار يحيط بها ، وهذه الحقوق والالتزامات قد تتغير باستمرار فيزول بعضها ويحل غيرها محلها دون أن يؤثر ذلك على مفهوم الذمة المالية نفسها • ولعلنا نستطيع أن نقرب مفهوم الذمة المالية من أذهاننا بتشبيهها بالجمعية مثلا ، فكما أن الجمعية قد يدخل فيها أعضاء جدد ويخرج منها سواهم دون أن يؤثر ذلك على مفهومها باعتبارها مجموعة من الاشخاص ، كذلك قد تتغير عناصر الذمة المالية فتدخلها حقوق والتزامات جديدة وتنقضي منها سواها دون أن يؤثر ذلك على مفهومها باعتبارها مجموعة الحقوق والالتزامات المالية التي تعود للشخص •

والذمة المالية لا تشمل ، كما نرى ، سوى جانب من الحقوق والالتزامات التي تعود للشخص ، وهي الحقوق والالتزامات ذات القيمة المالية فقط • أما الحقوق والالتزامات غير المالية ، كحق الانتخاب مثلا أو حق الأب في تربية أبنائه أو واجب الابن في طاعة أبيه أو واجب المرأة في متابعة زوجها فلا تعتبر من عناصر الذمة المالية •

صلة الذمة المالية بالشخصية وخصائصها :

ترتبط الذمة المالية بالشخصية ارتباطا وثيقا وتعتبر خاصة من خصائصها ، وهي تمثل الجانب المالي والاقتصادي من هذه الشخصية •

ومن الترابط بين الذمة المالية والشخصية يمكن أن نستخلص بعض النتائج التي تعتبر بمثابة خصائص لهذه الذمة المالية ؛ وإن يكن

هذا الترابط نفسه والخصائص التي تتصف بها الذمة المالية نتيجة لذلك هما موضع خلاف بين المذاهب القانونية المختلفة .

وأهم خصائص الذمة الماليـة ما يلي :

أولا ـ الذمة المالية لا توجد إلا تبعا لوجود الشخصية ، وليس هناك من ذمة مالية بدون شخص تتعلق بـه وتعود اليـه الحقوق والالتزامات التي تحويها .

وقد ناقش بعض الفقهاء، وخاصة الالمان منهم ، هـذا الرأي مبينين أنه قد توجد هناك مجموعات من الاموال تؤلف ذمما مالية مستقلة دون أن تعود لشخص من الاشخاص . وبالرغم من افتراض وجود شخصية اعتبارية في أغلب الاحيان بالنسبة لهذه المجموعات من الاموال كيما تتعلق بها الذمة المالية الناشئة عنها ، كما هو الحال بالنسبة للمؤسسات مثلا أو الوقف ، فان من الممكن أحيانا اعتبارها ذات ذمة مالية دون حاجة الى منحها الشخصية القانونية ، كأن يمنح مشروع من المشاريع التجارية أو الصناعية مثلا ذمة مالية مستقلة تضم حقوقه والتزاماته المالية دون اعتباره في نفس الوقت متمتعا بالشخصية الاعتبارية .

ثانيا ـ كما أنه لا يمكن وجود ذمـة ماليـة دون شخصية قانونية ترتبط بها وتعود اليها ، فكذلك لا يمكن وجود شخصية قانونية دون ذمـة ماليـة تضم حقوقها والتزاماتها وتمثـل الجانب المالي منهـا .

وفي الواقع ، لا بد لكل شخص من أن يتمتع حتما بالذمة المالية ، كما لا يمكن أبدا انعدام هذه الذمة لدى أحد من الاشخاص . فمن الوجهة العملية نلاحظ أن الشخص ، مهما قلت موارده وتناقصت

الحقوق التي يتمتع بها أو الالتزامات التي تترتب عليه، لابد له لاستمرار بقائه ووجوده من أن تكون له أو عليه بعض الحقوق أو الالتزامات مهما تضاءلت • وأما من الوجهة النظرية ، فالذمة المالية ، ولو فرضنا جدلا أنها كانت في فترة من الفترات خالية تماما من الحقوق والالتزامات المالية التي تشغلها ، لا تنعدم بانعدام هذه الحقوق والالتزامات لأنها ، كما يتضح من تعريفها ، لا تتعلق بالحقوق والالتزامات القائمة وحدها فقط بل تشمل أيضا الحقوق والالتزامات المقبلة • فالذمة المالية ، كما سبق أن ذكرنا ، أشبه ما تكون بوعاء افتراضي يحوي ما يمكن أن يترتب للشخص أو عليه من حقوق والتزامات مالية ، ويبقى قائما ولو افترضنا خلوه أحيانا منها •

ثالثا ـ وإذا كان لا بد لكل شخص من ذمة مالية ، فان هذه الذمة لا يجوز بالتالي التنازل عنها بكاملها أو عن جزء شائع منها ، وان يكن من الممكن التنازل عن بعض أعيانها ومفرداتها أو عن جميع هذه الاعيان والمفردات دفعة واحدة •

فالشخص لا يستطيع أن يتخلى عن ذمته المالية ويعيش بدونها ، كما أنه لا يستطيع أن يتخلى عن جزء شائع منها ، كأن يتخلى عن ربعها مثلا ويحتفظ لنفسه بثلاثة أرباعها • إلا أن الشخص يستطيع مع هذا أن يتخلى عن جزء من الحقوق والالتزامات التي تحويها ذمته ، بل عن جميع هذه الحقوق والالتزامات القائمة في وقت من الاوقات ، دون أن يكون قد تخلى بذلك عن ذمته أو جزء منها ، لأن الذمة المالية ، كما رأينا ، تبقى قائمة بالرغم من خلوها من محتوياتها ومفرداتها •

ومن هنا يظهر أن الشخص لا يمكن أن يكون له في حياته إلا خلف خاص ، أما بعد موته فيمكن أن يكون له خلف عام كما قد يكون له أيضا خلف خاص •

والخلف الخاص (Ayant cause à titre particulier) هو الذي يتلقى عن سلفه ملكية شيء معين ، مادي أو معنوي ، أو حقا عينيا على هذا الشيء. أما الخلف العام (Ayant cause à titre universel) فهو الذي يخلف السلف في ذمته المالية أو في جزء شائع منها .

ولما كان لا يجوز التنازل عن الذمة المالية أو عن جزء شائع منها أثناء حياة صاحبها ، فان الشخص لا يكون له خلال حياته خلف عام ، وإنما يكون له خلف خاص فقط ، كالمشتري الذي يعتبر خلفا خاصا للبائع في ملكية الشيء المبيع أو الموهوب له الذي يعتبر خلفا خاصا للواهب في ملكية المال الموهوب . أما بعد الوفاة ، فتتحدد الذمة المالية وتنقلب الى تركة تؤول الى مستحقيها من الورثة والموصى لهم . فالوارث والموصى له بجزء شائع من التركة ، كالموصى له بربع التركة مثلا أو ثلثها ، يعتبران بمثابة خلف عام للمورث لأنهما يخلفانه في ذمته المالية التي انقلبت الى تركة أو في أجزاء شائعة منها . أما الموصى له بأعيان معينة من التركة أو ببعض مفرداتها فيعتبر خلفا خاصا للمتوفى لأنه لا يخلفه في ذمته المالية أو في جزء شائع منها ، وإنما هو يخلفه في بعض أعيانها ومفرداتها .

رابعا ـ وكما أن الشخص لا يمكن أن يكون بدون ذمة مالية أو بذمة مالية ناقصة ، فكذلك لا يمكن أن تكون له أكثر من ذمة مالية واحدة . فهو قد تتعدد أوجه فعالياته ونشاطه القانوني ، ويقيم لنفسه المشاريع الاقتصادية المختلفة ، دون أن تتعدد ذممه المالية بحيث يختص كل واحد من مشاريعه بذمة منها ، وإنما تكون له ذمة واحدة تنصب فيها جميع حقوقه والتزاماته المالية أيا كان مصدرها .

ولكن بعض الفقهاء ، وخاصة الالمان ، يعارضون هذه النتيجة ويرون أنه لا مانع من تعدد الذمم لدى الشخص الواحد ، كـأن

تكون له مثلا ذمة مالية خاصة تتعلق بمتجره وذمة غيرها تتعلق بمشروعه الصناعي دون أن يكون هناك تداخل بين هاتين الذمتين .

ويرد أصحاب النظرية الاولى على هذا بقولهم : ان تعدد أوجه النشاط الاقتصادي لدى الشخص ووجود حقوق والتزامات مالية خاصة بكل وجه من هذه الاوجه ومستقلة بعضها عن بعض لا يخرج هذه الحقوق والالتزامات عن كونها مجموعات مالية مستقلة تدخل أخيرا في ذمة الشخص العامة وتؤلف بعض عناصرها ومفرداتها .

غير أن نقاد هذه النظرية يرون ، مع هذا ، أن مجرد الاعتراف بوجود مجموعات مستقلة من الحقوق والالتزامات المالية لدى الشخص هو بمثابة اعتراف بوجود ذمم مالية متعددة له ، وإن تكن هذه الذمم ستنطوي جميعا آخر الأمر في ذمته العامة .

فائدة الذمة المالية وآثارها :

الذمة المالية ليست سوى افتراض وتجريد قانوني يهدف الى ضم جميع حقوق الشخص والتزاماته المالية في مجموعة مستقلة ووحدة قائمة بذاتها تمثل ثروة هذا الشخص ، بما لها وما عليها ، وتوضح الجانب المالي من شخصيته القانونية .

وبالاضافة الى فائدة هذه الذمة المالية في تمثيل ثروة الشخص ، فان هناك بعض الآثار القانونية الهامة التي تنجم عن افتراضها . وان تكن فائدة الذمة المالية موضع شك بالنسبة لبعض الفقهاء الذين يعتقدون بامكانية الوصول بدونها الى نفس هذه النتائج والآثار .

ويستخلص أنصار فكرة الذمة المالية من افتراض وجودها الاثرين التاليين :

أولا — ان الديون والالتزامات التي تترتب على الشخص

لا تتعلق بقسم معين من أمواله بل هي تتعلق بذمته كلها التي تعتبر ضامنة لوفائها ، أو بعبارة أصح وأوضح ، إن ديون الشخص أو التزاماته المالية التي تؤلف العنصر السلبي من ذمته إنما تكون مضمونة كلها بجميع أمواله التي تشكل العنصر الايجابي من هذه الذمة .

ولما كانت الذمة المالية ، كما نعلم ، تشمل أموال الشخص جميعا الحاضرة والمستقبلة ، فان حق الدائن في استيفاء دينه لا يقتصر على مال معين للمدين ، وانما هو يشمل أمواله جميعا أيا كان تاريخ ترتب ذلك الدين أو اكتساب هذه الاموال ، كما يشاركه في هذا الحق جميع أصحاب الديون الاخرى . وهذا هو معنى القاعدة القانونية القائلة ان للدائنين حق ضمان عام على أموال المدين (انظر المادة ٢٣٥ من القانون المدني) .

فلو فرضنا أن أموال المدين تنقص عن ديونه ، فان هذه الاموال توزع على الدائنين جميعا بنسبة ديونهم دون أن يكون لاحد منهم مبدئيا حق استيفاء دينه بكامله مقدما على غيره ، لأن أموال الشخص ، كما ذكرنا ، تكون ضامنة لجميع ديونه .

على أنه إذا كان لاحد الدائنين حق عيني تبعي على بعض أموال مدينه كحق الرهن مثلا ، فان لصاحب الحق العيني التبعي الافضلية في استيفاء دينه من المال الذي يقع عليه حقه العيني ، باعتبار أن دينه ، بالاضافة الى تعلقه بذمة المدين المالية بصورة عامة قد تعلق أيضا ببعض مفردات أو أعيان هذه الذمة وأصبح مضمونا بها .

ثانيا — لما كانت الديون والالتزامات التي تترتب على الشخص عدا الديون الموثقة بحقوق عينية تبعية طبعا) إنما تتعلق بذمته المالية لا بأعيانها ومفرداتها ، فان الشخص يستطيع أن يتصرف

بأمواله كما يشـاء دون أن تحد ديونـه والتزاماته من حريته في هذا التصرف .

غير أن المدين ، الذي يملك حرية التصرف بأمواله ، قد يسيء أحيانا هذا التصرف فيؤدي ، إما عن تهاون منـه أو تواطؤ مع غيره الى افقار نفسه والانقاص من ذمته المالية ، وهـذا من شأنه أن يؤثر على حقوق الدائنين المتعلقة بهذه الذمة ، ولذا يحفظ لهؤلاء الحق في مثل تلك الحالات باتخـاذ بعض التدابير التي تكفل لهم المحافظة على حقوقهم وصيانتها (انظر المواد ٢٣٦ وما بعـد من القانون المدني) .

انقضاء الذمة الماليـة :

تنقضي الذمة الماليـة مبدئيا بوفـاة صاحبها التي تؤدي الى انقضاء شخصيته القانونية . وبالوفاة تتحدد نهائيا أموال الشخص وديونه ، فتخصص هذه الاموال لوفاء ديون المتوفى أولا ، ثم يوزع الفائض على الموصى لهم والورثة ويؤول اليهم بشكل تركة . أما إذا كانت أموال المتوفى تنقص عن ديونه فتوزع هذه الاموال على الدائنين بنسبة ديونهم ، ولا يتحمل الورثة بحسب الشريعة الاسلامية المطبقة في هذا المجال شيئا من تلك الديون .

وتعتبر أموال المتوفى خلال الفترة التي يستلزمها سداد الديون وتصفية التركة كأنها باقية علـى حكم ملكه ، ولـذا يقال بامتداد شخصيته وذمته المالية امتدادا اعتباريا خلال تلك الفترة .

الفرع السادس

الموطـن

LE DOMICILE

تعريفه وأهميته — تحديد الموطن العادي وتغييره — الموطن القانوني : بالنسبة للموظفين العامين ، بالنسبة لكاملي الاهلية الذين يشتغلون عند الغير ويقيمون معه ، بالنسبة للقاصرين ومن في حكمهم — موطن الاعمال — الموطن المختار : تعريفه وأهميته ، آثاره ، اثباته .

تعريف الموطن وأهميته :

يعرف الموطن بأنه « مكان معين تكون للشخص صلة به تسمح باعتباره موجودا فيه بصورة دائمة ، بحيث يجوز لمن يريد أن يعامله قانونيا أو قضائيا أن يوجه اليه الخطاب في ذلك المكان فيعتبر عالما بذلك الخطاب ولو لم يعلم به بالفعل » .

أو هو بتعبير آخر « المقر الذي يكون للشخص في نظر القانون » .

ويقسم الموطن الى : موطن عام يشمل كافة أمور الشخص ومعاملاته القانونية ، وموطن خاص يقتصر على بعض هذه الامور والمعاملات . كما أن الموطن العام إما أن يكون موطنا عاديا للشخص

يحدد استنادا الى بعض الاعتبارات ، كتحديده بالنظر الى اقامة هذا الشخص مثـلا ، أو موطنا قانونيا يفرضـه القانون بالنسبة لبعض الاشخاص ، بينما يقسـم الموطن الخاص الى موطن أعمال وموطن مختـار .

ويعتبر الموطن عنصرا هاما من عناصر الشخصية إذ أنه يمكن من تحديدها بصورة دقيقة وتعيين مقرها . وتبدو فائـدة الموطن من الوجهة القانونية في نواحي عديدة ، من أهمها مايلي :

١ — ان المحكمة المختصة للنظر في الدعاوى المتعلقة بالمنقولات أو بالحقوق الشخصية هي في الاصل المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه (المادة ٨١ من قانون أصول المحاكمات) . وعلى هذا لو أراد الدائن مثلا أن يرفع الدعوى على مدينه فعليه أن يرفعها أمام محكمة موطن هذا المدين .

٢ — إن التبليغات القانونية ، كالمذكرات والانذارات ونحوها ، تبلغ عادة الى الشخص الموجهة اليه في موطنه فيعتبر عالما بها ولو لم تسلم اليه بالذات « المادتان ٢٢ و ٢٣ من قانون أصول المحاكمات » .

٣ — وهناك الى جانـب هاتين الفائدتين الرئيسيتين فوائـد أخرى للموطن ، منها مثلا أن استيفاء الديون وتأديتها يجريان في الاصل في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء (المادة ٣٤٥ من القانون المدني) ، وأن التركات والتفليسات يجري فتحها أمام السلطة المختصة التي يقع في دائرتها موطن المتوفى أو موطن أعمال التاجر المفلس ، ونحو ذلك ..

تحديد الموطن العادي وتغييره :

اختلفت الشرائـع في كيفية تحـديد الموطن ، وفي جواز تعدده أو عدمه :

فالشرائع الانكلوساكسونية تعتبر ان لكل شخص موطنا أصليا (Domicile d'origine) وهو الموطن الذي ينسب اليه بحكم القانون منذ ولادته ، ويظل هذا الشخص محتفظا بموطنه الاصلي ما لم يتخذ لنفسه موطنا جديدا غيره ، فاذا اتخذ لنفسه موطنا جديدا فقد موطنه السابق . كما ترى هذه الشرائع أيضا أنه لا بد لكل شخص من موطن ينسب اليه ، وأن الشخص لا يمكن أن يكون له — إلا في بعض الحالات الاستثنائية — أكثر من موطن واحد .

أما الشرائع اللاتينية ، وخاصة الفرنسية منها ، فتعتبر أن موطن الشخص هو المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله الرئيسي (Son principal établissement) ، وهي بذلك تفرق بين الموطن من جهة ومحل الاقامة والسكن من جهة ثانية . كما أن هذه الشرائع تعتبر أيضا أن الشخص لا يمكن أن يكون له أكثر من موطن واحد ، وان يكن القضاء قد حاول مع ذلك التخفيف من شدة هذه القاعدة والاعتراف بتعدد المواطن في بعض الحالات .

وأما الشريعة الجرمانية أو الالمانية — وتشابهها في ذلك أيضا الشريعة الاسلامية — فهي أكثر واقعية من الشرائع السابقة إذ تعتبر أن موطن الشخص هو المكان الذي يقيم فيه عادة ، أي هو محل الاقامة نفسه . وترى هذه الشريعة أيضا ، خلافا للشرائع الانكلوساكسونية واللاتينية ، أنه ليس من المحتم أن يكون لكل شخص موطن معين (فالبدو الرحل مثلا ليس لهم موطن ثابت) ، كما أن من الممكن أن يكون للشخص الواحدة عدة مواطن .

وقد تبنى القانون المدني السوري ، وكذلك المصري ، هذا المبدأ الذي أخذت به كل من الشريعتين الجرمانية والاسلامية ، فنص في المادة ٤٢ منه على أن « الموطن هو المكان الذي يقيم فيه

الشخص عادة . ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن ، كما يجوز أن لا يكون له موطن ما » .

وعلى هذا فقانوننا المدني يربط بين الموطن ومحل الاقامة من جهة ، كما أنه يجيز تعدد المواطن بالنسبة للشخص الواحد من جهة ثانية .

ويلاحظ أنه لا يكفي أن يقيم الشخص في مكان ما ليعتبر هذا المكان موطنا له ، بل يجب أن تكون لديه أيضا نية الاستيطان أو الاقامة . فالشخص الذي يذهب لقضاء عطلة الصيف مثلا في مكان معين لا يعتبر أنه قد اتخذ من هذا المكان موطنا له ما دام لا يبغي فيه سوى الاقامة الموقتة .

غير أن اقامة الشخص بنية الاستيطان في مكان معين لا تعني أن هذا الشخص عليه أن يقيم في ذلك المكان بصورة مستمرة ودائمة دون أن يغادره أبدا . فالشخص قد يتغيب عن محل اقامته بين فتره واخرى ، كالتاجر مثلا الذي قد تضطره تجارته الى التنقل والاسفار ومع ذلك يظل يعتبر هذا المحل موطنا له . بل إن الشخص قد يتخذ لنفسه أكثر من محل اقامة واحد ، كالمزارع مثلا الذي قد يقيم تاره في مزرعته وتارة في دار يسكنها في المدينة . فيعتبر كل من هذه المحلات التي يقيم فيها موطنا له بالرغم من أنه لا يقيم فيها باستمرار ، لان المهم كما ذكرنا ، هو نية الاقامة لا الاقامة الدائمة المستمرة .

أما إذا لم يعد الشخص يقيم فعلا في المكان الذي كان يقيم فيه ، أو لم تعد لديه نية الاستيطان ، فتزول حينئذ عن هذا المكان صفة الموطن .

فتغيير الموطن يكون اذن بأن يترك الشخص محل اقامته

السابق ، أو يصرف النظر عن الاستيطان فيه ، وأن ينتقل الى مكان جديد يقيم فيه بنية الاستيطان • أما إذا انتقل الشخص الى موطن جديد ، ولكن دون أن يترك الاقامة في موطنه السابق ، أو دون أن يصرف النظر عن الاستيطان فيه ، فلا يعتبر أنه قد غير موطنه القديم ، بل يكون قد اتخـذ لنفسه موطنا جديدا بالاضافـة الى هذا الموطن السـابق •

الموطن القانوني :

للشخص ، كما رأينا ، ملء الحرية مبدئيا في أن يختار لنفسه الموطن الذي يريده ، وفي أن يغير هـذا الموطن متى شاء ، وليس عليه في هـذا السبيل إلا أن يحدد محـل اقامته فيعتبر هذا المحل موطنا عاديا لـه •

إلا أن القانون قـد يتولى أحيانا ، بالنسبة لبعض الاشخاص تحديد مواطن لهم يفرضها عليهم ويلزمهم بها • وهذه المواطن لا يستند القانون في تحديدها الى محل اقامة هؤلاء الاشخاص ، كما أن الاشخاص الذين تفرض عليهم لا يستطيعون تغييرها من تلقـاء أنفسهم ، بل تظل هذه المواطن مفروضة عليهم ما داموا في الظروف التي يوجب القانون فيها تحديدها لهم •

وتحديد الموطن القانوني (Le domicile légal) أمر استثنائي لا يجوز أن يتم إلا بنص صريح في القانون • وهذا النص يجب أن يطبق بالنسبة للحالات المذكورة فيـه فقط دون أن يمكن التوسع فيه أو القياس عليـه •

وتفرض الشـرائع المختلفة المواطن القانونية عـلى الاشخاص استنادا الى اعتبارات متعددة • ومنها بصورة خاصة ارتباط الشخص

بمكان معين (كارتباط الموظف بمكان وظيفته) ، أو ارتباطه بشخص آخر يتولى شؤونه (كارتباط القاصر بنائبه الشرعي) ، كما أن بعض هذه الشرائع تعتبر أن الموطن القانوني للزوجة هو موطن زوجها .

وقد أخذ القانون المدني المصري بفكرة الموطن القانوني للشخص في حالة واحدة فقط هي حالة ارتباطه بشخص آخر ينوب عنه ويتولى شؤونه ، أما القانون السوري فقد أضاف الى ذلك حالتين جديدتين تبنى أولاهما على ارتباط الشخص بمكان معين ، وتبنى الثانية على ارتباطه بشخص آخر ومكان معين في نفس الوقت . ولم يأخذ أي من القانونين بفكرة اعتبار موطن الزوج بمثابة موطن قانوني لزوجته ولذلك فليس للزوجة — بحسب نظامنا القانوني — موطن قانوني ، وإنما لها موطن عادي فقط يتحدد تبعا لمحل اقامتها ، وهو بطبيعة الحال موطن زوجها طالما هي تقيم واياه في مكان واحد ، أما إذا انفصلت عنه وأقامت في غير منزل الزوجية فموطنها هو المكان الذي تقيم فيه لا موطن زوجها .

والاشخاص الذين فرض عليهم القانون المدني السوري المواطن القانونية هم : ١ — الموظفون العامون ٢ — الاشخاص الحائزون على كامل الاهلية الذين يشتغلون عند الغير ويقيمون معه ٣ — القاصرون ومن في حكمهم .

١ — الموطن القانوني بالنسبة للموظفين العامين : نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٣ من القانون المدني على أن « موطن الموظفين العامين هو المكان الذي يمارسون فيه وظائفهم » .

ويبنى الموطن في هذه الحالة على ارتباط الموظف بمكان معين ، هو المكان الذي يمارس فيه وظيفته ، ولو لم يكن يقيم فيه

بالفعل • فالموظف المعين في دوما مثلا يعتبر أن موطنه القانوني هو مكان وظيفته فيها ، ولو كان يقطن في دمشق لا في دوما •

ويلاحظ أن هذا النص لا يشمل إلا الموظفين العامين ، أي موظفي الدولة فقط • أما موظفو الشركات والمؤسسات الخاصة فليس لهم موطن قانوني ، وإنما لهم موطن عادي يحدد تبعا لمحل اقامتهم •

كما يلاحظ أيضا أن من الممكن الاستغناء عن هذا النص ، كما فعل القانون المصري ، باعتبار أن الموظفين العامين غالبا ما يقيمون في نفس المناطق التي يمارسون فيها وظائفهم فتغني بذلك مواطنهم العادية عن مواطنهم القانونية •

٢ ـ بالنسبة لكاملي الاهلية الذين يشتغلون عند الغير ويقيمون معه : تضمنت الفقرة الثالثة من المادة ٤٣ من القانون المدني المشار اليها آنفا النص التالي : « الاشخاص الحائزون على كامل الاهلية الذين يخدمون أو يشتغلون عند الغير يعتبر موطنهم موطن من يستخدمهم إذا كانوا يقيمون معه في منزل واحد » •

ويبنى الموطن في هذه الحالة على ارتباط المستخدم الحائز على الاهلية الكاملة بشخص آخر هو الشخص الذي يشتغل عنده من جهة وعلى اقامته معه في منزل واحد من جهة ثانية • أما إذا كان هذا المستخدم لا يقيم مع الشخص الذي يشتغل عنده في منزل واحد ، فلا يكون له موطن قانوني عند هذا الشخص ، وإنما يكون له موطن عادي في المحل الذي يقيم فيه •

ويلاحظ في هذه الحالة أيضا أن نص الفقرة الثالثة من المادة ٤٣ من القانون المدني السوري ليست له فائدة كبيرة من الوجهة العملية ، ومن الممكن الاستغناء عنه كما فعل القانون المصري ، ذلك

أن تحديد الموطن القانوني ، بحسب النص المذكـور ، إنما يتوقف على اقامـة المستخدم مـع من يعمل عنده في منزل واحـد . فلو لم نفترض وجود موطن قانوني للمستخدم في هذه الحالة لكان له موطن عادي هو نفس المحل الذي يقيم فيه مع من يشتغل عنده ، ولأغنى هذا الموطن العادي عن الموطن القانوني الذي يحدد له .

٣ ـ بالنسبة للقاصرين ومن في حكمهم : نصت المـادة ٤٤ من القانون المدني على ما يلي :

« ١ ـ موطن القاصر والمحجور عليـه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا .

٢ ـ ومع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ خمس عشرة سنة ومن في حكمه موطن خاص بالنسبة الى الاعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها » .

ويلاحظ من هذا النص أن الاشخاص المذكورين فيـه (وهم عديمو الاهلية وناقصوها ـ سواء أكان انعدام أهليتهم أو نقصها بسبب السن أو بسـبب عارض أصابهـا ـ وكذلـك المفقودون والغائبون) قد حدد القانون لهم موطنا الزاميا هو موطن من ينوب عنهم ويمثلهم من ولي أو وصي أو قيم أو وكيل قضائي ، وذلك لارتباط هؤلاء الاشخاص بأولئك الذيـن ينوبون عنهـم ويتولون أمورهم .

ولا شك أن هذا الحكم منطقي ومعقول . ذلك أن الاشخاص المشار اليهم لا يستطيعون ، كما نعلم ، ممارسة التصرفات بأنفسهم وإنما يتولى اجـراء هـذه التصرفات عنهم وادارة أموالهم نائبهم الشرعي . ومن الطبيعي أن يعتبر موطن هذا النائب الشرعي موطنا

قانونيا لهم تجري اليه التبليغات الموجهة اليهم وترفع أمام محاكمه الدعاوى المقامة عليهم ، ما دام هذا النائب الشرعي هو الذي سيمثلهم في ذلك كله .

على أن الفقرة الثانية من المادة ٤٤ المذكورة آنفا قد تضمنت استثناء محدودا يتعلق بالقاصر الذي بلغ خمس عشرة سنة ومن في حكمه ، حيث اعتبرت أن له موطنا خاصا بالنسبة للاعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها .

فقد مر معنا سابقا في بحث الاهلية أن القاصر الذي بلغ الخامسة عشرة من عمره قد يؤذن له باستلام أمواله أو بعضها ، وباجراء بعض التصرفات الدائرة بين النفع والضرر عليها بنفسه مباشرة دون مساعدة نائبه الشرعي . فيعتبر أن للقاصر في هذه الحالة (ولمن في حكمه ، كالسفيه والمغفل المأذون لهما بتسلم أموالهما ، وكذلك القاصر الذي بلغ الثالثة عشرة من عمره بالنسبة لادارة أمواله التي اكتسبها من عمله الخاص) موطنا خاصا مستقلا عن موطن نائبه الشرعي فيما يتعلق بهذه الاعمال والتصرفات التي يعتبر أهلا لمباشرتها بنفسه . ويقتصر هذا الموطن ، كما هو واضح ، على هذه الاعمال والتصرفات فقط ، أما الاعمال والتصرفات الاخرى التي لا يشملها الاذن الشرعي فيظل للقاصر الذي بلغ الخامسة عشرة من عمره ومن في حكمه موطن قانوني بالنسبة اليها هو موطن نائبه الشرعي .

موطن الاعمال :

نصت الفقرة الاولى من المادة ٤٣ من القانون المدني على أنه « يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة الى إدارة الاعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة » .

ومعنى ذلك أن التجار وأصحاب الحرف لهـم ، بالاضافة الى موطنهم العادي العام الذي يحدد في محل اقامتهم ، موطن خاص في المكان الذي يباشرون فيـه تجارتهم أو حرفتهم بالنسبة الى إدارة الاعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة ، وهو مايسمى بموطن الاعمال أو الموطن التجاري (Le domicile d'affaires ou commercial) .

فلو فرضنا أن شخصا يقيم في دمشق مثلا وله متجر في الزبداني ، فيكون لهذا الشخص موطنان ، موطن خاص في الزبداني فيما يتعلق بأعمال تجارته فقط ، وموطن عام في دمشق بالنسبة لسائر شؤونه ومعاملاته • وعلى هذا فان القانون المدني لم يجز فقط تعدد الموطن ، بأن يكون للشخص أكثر من موطن واحد ، بل أجاز أيضا تجزئته ، بأن جعل بعض المواطن قاصرة على نوع معين من الاعمال دون غيره •

ويلاحظ هنا أن موطن الاعمال إنما يثبت بنص القانون بسبب ارتباط الشخص بمكان معين هو المكان الذي يمارس فيه تجارته أو حرفته • وهذا الموطن يشابه من هذه الناحية الموطن القانوني ، ولكنه يختلف عنه في أنه ليس موطنا عاما بالنسبة لجميع شـؤون الشخص وأموره ، وإنما هو خاص بنوع معين من الاعمال يقتصر أثره عليها ، ولا يكون له من أثر بالنسبة لغيرها •

الموطن المختـار :

تعريفه وأهميته نصت المادة ٤٥ من القانون المدني على أنـه « يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين » •

فالموطن المختار (Le domicile élu) عبارة عـن موطن خاص يتعلق بعمل معـين ، وهو بهذا يشـابه موطن الاعمال الذي يعتبر بدوره مـن المواطن الخاصة • غـير أن الموطن المختار يختلف عن

موطن الاعمال في أن صاحبه هـو الـذي يعينه بمحض إرادتـه ومشيئته ، ولا يتدخل القانـون في تعيينه وفرضـه إلا استثناء في بعض الحالات المحدودة .

وللموطن المختار فائدة كبرى في تسهيل الاجراءات والمعاملات القانونية . فقد يعقد شخصان مثلا صفقة تجارية ، ويخشى أحدهما أن يضطر فيما إذا قام نزاع حول هذه الصفقة فيما بعد ، الى ملاحقة المتعاقد الآخر أمام محاكم موطنه الاصلي أو توجيه التبليغات اليه في هذا الموطن ، فيحتاط للامر بأن يتفق وإياه حين التعاقد على موطن مختار بالنسبة لهذه الصفقة يمكن أن تجرى التبليغات اليه أو ترفع الدعاوى أمام محاكمه . كما لو عقد تاجر من دمشق مثلا مع آخر من حلب صفقة لشراء كمية من القطن ، واتفقا في العقد على أن موطن شخص معين في دمشق يعتبر الموطن المختـار بالنسبة لهذه الصفقة . فحين يقوم نزاع قانوني فيما بعد بـين التاجرين الدمشقي والحلبي حول الصفقة المذكـورة لا يكون التاجـر الدمشقي مضطرا الى أن يجري التبليغات القانونية الى موطن التاجر الآخر في حلب أو أن يرفع عليـه الدعوى أمام محاكمها ، بل يستطيع أن يجري التبليغات الى الموطن المختـار لدى الشخص المعـين في دمشق ، كما يستطيع أن يرفع الدعوى أمام محاكم دمشق باعتبارها المحاكم التي يقع في دائرتها هذا الموطن المختار .

آثار الموطن المختـار : نصت الفقرة الثالثة من المادة ٤٥ المشـار اليها آنفا على أن « الموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الموطن بالنسبة الى كل ما يتعلق بهذا العمل ، بما في ذلـك اجراءات التنفيذ الجبري ، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى » .

فالموطن المختار بالنسبة لعمل معين يشمل أثره إذن كل ما يتعلق بهذا العمل إلا ما استثني صراحة منه • وأهم آثار الموطن المختار الأثران اللذان لاحظناهما في المثال السابق وهما :

١ — إن المحكمة التي يقع في دائرتها الموطن المختار تكون مختصة للنظر في الدعاوى المتعلقة بالعمل الذي اختير لأجله هذا الموطن•

٢ — إنالتبليغات القانونية والقضائية المتعلقة بهذا العمل يمكن أن تجري في الموطن المختار بدلا من الاصلي •

أما بالنسبة للاثر الاول ، فيلاحظ أن الدعاوي المتعلقة بعمل معين يمكن أن ترفع أمام المحاكم التي يقع في دائرتها الموطن المختار لهذا العمل ، كما يمكن أن ترفع أيضا أمام محاكم موطن المدعى عليه باعتبار أنها هي المختصة أصلا للنظر فيها ، ما لم يتبين أن تعيين الموطن المختار كان يقصد به حصر اختصاص النظر في الدعاوى بالمحاكم التي يقع في دائرتها هذا الموطن دون المحاكم التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه • ففي مثالنا السابق ، يستطيع التاجر الدمشقي إذا شاء أن يرفع الدعوى على التاجر الحلبي في دمشق ، باعتبار أن الموطن المختار يقع فيها ، أو في حلب ، باعتبار أنها الموطن الاصلي للمدعى عليه ، ما لم يتبين أن تعيين دمشق كموطن مختار قد قصد منه حصر اختصاص النظر في الدعاوى الناشئة عن صفقة القطن في محاكمها وحدها دون محاكم حلب •

وأما بالنسبة للاثر الثاني ، فهو ليس محتم الوقوع دوما ، بمعنى أن تعيين الموطن المختار قد ينجم عنه امكان اجراء التبليغات الى هذا الموطن ، وقد لا ينجم عنه ذلك فيظل من الضروري اجراء هذه التبليغات الى الموطن الاصلي لمن توجه اليه • ففي المثال السابق ،

لو عين التاجران الدمشقي والحلبي محلا معينا في دمشق موطنا مختارا ، كأن اعتبرا أن الموطن المختار هو لدى التاجر الفلاني و المحامي الفلاني ، فان من الممكن اجراء التبليغات التي يريد التاجر الدمشقي أن يوجهها الى التاجر الحلبي في هذا الموطن المختار ، كما أن من الممكن اقامة الدعاوى أمام محاكم دمشق التي يقع في دائرتها . أما لو اكتفى التاجران الدمشقي والحلبي بأن عينا مدينة دمشق موطنا مختارا دون أن يحددا محلا معينا فيها ، فان فائدة هذا التعيين تنحصر في أن محاكم دمشق تكون مختصة للنظر في الدعاوى التي يقيمها التاجر الدمشقي على التاجر الحلبي ، وأما التبليغات من انذارات ومذكرات ونحوها فلا يمكن اجراؤها في مدينة دمشق ، لعدم تعيين من توجه اليه ، بل يجب توجيهها الى التاجر الحلبي في موطنه الاصلي في حلب .

هذا ويلاحظ أن من الممكن تعيين الموطن الاصلي للمدين موطنا مختارا له (كأن يشترط التاجر الدمشقي على التاجر الحلبي مثلا تعيين مدينة حلب موطنا مختارا له) ، وفائدة ذلك أن الدائن لا يكون مضطرا فيما إذا غيّر المدين موطنه الاصلي الى ملاحقته في موطنه الجديد ، بل يستطيع ملاحقته في موطنه السابق باعتباره موطنا مختارا (فلو انتقل التاجر الحلبي من مدينة حلب الى مدينة اللاذقية مثلا وأقام فيها ، فان التاجر الدمشقي لا يكون مضطرا ــ إذا كانا اتفقا على أن حلب هي الموطن المختار ــ الى ملاحقته أمام محاكم اللاذقية باعتبار أن موطنه قد أصبح فيها ، بل يستطيع ملاحقته أمام محاكم حلب باعتبارها محاكم الموطن المختار) .

والموطن المختار الذي يتم تعيينه باتفاق المتعاقدين لا يمكن العدول عنه إلا باتفاق مماثل بينهما . كما أن هذا الموطن لا ينقضي

بموت صاحبه ، بل ينتقل الى ورثته الذين يلتزمون به تبعا لالتزامهم بعقد مورثهم الذي اشترط فيه هذا الموطن • وكذلك لا تؤدي اصابة العاقد بعارض من عوارض الاهلية بعد اجراء العقد الذي تم فيه تعيين الموطن المختار الى انقضاء هذا الموطن ، لأن العقد الذي نص على تعيينه قد تم اجراؤه حين كان العاقد كامل الاهلية ، وهو لا يتأثر بما يصيب هذا العاقد بعد ذلك من عوارض •

اثبات الموطن المختـــار :

نصت الفقرة الثانيـــة من المادة ٤٥ من القانون المـــدني على أنه « لا يجوز اثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة » • وعلى هـــذا فلا يمكن أن يثبت الموطن المختار بالشهادة مثلا ، كما لا يمكن استنتاجه من الوقائع والظروف ، بل لا بد لاثباته من وثيقة خطية مهما تكن قيمة العمل الذي اختير لأجله هذا الموطن •

للقراءة

وجود الشخص الطبيعي :

إن أغلب أبحاث الشخص الطبيعي هي من مسائل الاحوال الشخصية فيستحسن الرجوع بشأنها الى قانون الاحوال الشخصية والى المؤلفات الخاصة بهذه المادة .

الجنين : ذكرنا أن الشخصية الطبيعية للانسان لا تبدأ إلا بتمام ولادته حيا . أما الجنين أو الحمل فلا تثبت له الشخصية ، وإنما يعترف له ببعض الحقوق المحدودة وهي النسب والارث والوصية والوقف .

ولا بد أن نشير الى أن الوقف ، وإن يكن من الحقوق التي يعترف بها في الاصل للجنين بحسب أحكام الشريعة الاسلامية التي تطبق في هذا المجال ، فهو لم يعد جائزا في بلادنا بعد أن ألغيت الاوقاف الذرية سواء بالنسبة للجنين أو لغيره .

والشريعة الاسلامية لا تعترف للجنين إلا بالحقوق التي ذكرناها ، وهي لا تجيز أن يوهب الجنين شيئا ، بينما تجيز الشرائع الاخرى الهبة الصادرة لمنفعة هذا الجنين وتعين له وصيا يقبلها عنه .

ولعل الاولى أن يعترف للجنين بكل ما هو نافع له نفعا محضا بما في ذلك الهبة التي تصدر لمصلحته ، وأن ينصب وصي على المال الذي يحتفظ له به خلال فترة الحمل . انظر شحاته ص ٤٣ و ٤٤ .

هذا وإن تحديد مدة الحمل من الامور الهامة التي يتوقف عليها

ثبوت صحة النسب والحقوق المتفرعة عنه ، كالحق في الارث • ويرى أغلب الفقهاء المسلمين أن أقل الحمل هو ستة أشهر ، أما أكثره فقد اختلفوا حوله فبعضهم يعتبر أن أكثر الحمل هو تسعة أشهر ، وهو رأي أهل الظاهر ، والبعض يرى أنه سنة هلالية ، وهو رأي بعض الحنابلة ، والاحناف يرون أنه سنتان بينما يرى الامام الشافعي أنه أربع سنوات الخ ••

وقد أخذ قانون الاحوال الشخصية لدينا بحل أقرب الى الواقع العلمي فنصت المادة ١٢٨ منه على أن « أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوما وأكثرها سنة شمسية » • ويعتبر القانون الفرنسي أن أقل هذه المدة مائة وثمانون يوما وأكثرها ثلاثمائة يوم •

المفقود : ذكرنا أن التعريف الذي أعطته المادة ٢٠٢ من قانون الاحوال الشخصية للمفقود ينطبق على المفقود والغائب معا ، وإن الذي يهمنا بالدرجة الاولى هو المفقود فقط •

وقد كان المشرع التمهيدي للقانون المدني المصري يتضمن مادتين تتعلقان بالمفقود ، ثم حذفت المادتان بعد ذلك واستعيض عنهما بمادة واحدة تكتفي بالاحالة بالنسبة للمفقود والغائب الى أحكام القوانين الخاصة المتعلقة بهما والى أحكام الشريعة الاسلامية (المادة ٣٢ من القانون المصري و ٣٤ من القانون السوري) •

وقد عرف المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري المفقود بأنه « كل شخص اختفى بحيث لا يعلم أحي هو أو ميت » ، وهذا التعريف ينسجم ولا شك مع المفهوم الحقيقي للمفقود • انظر مجموعة الاعمال التحضيرية •• ص ٣٢٧ •

أما المدة التي يمكن أن يحكم بعدها باعتبار المفقود ميتا ، فقد

اختلف فيها الفقهاء المسلمون أيضا ، ويرى المذهب الحنفي أن يحكم بموت المفقود إذا انقرضت أقرانه في بلده فإذا تعذر الفحص من الاقران أو لم تعلم أقرانه حكم بموته حين بلوغه سن التسعين، أما قانون الاحوال الشخصية لدينا فقد اكتفى ببلوغه سن الثمانين للحكم بموته كما سبق أن بينـا .

وقد فرقت مصر استنادا الى المذهب الحنبلي بين المفقود الذي يغلب عليه الهلاك ، كالمفقود في ساحة حرب مثلا أو في كارثة من الكوارث والمفقود الذي لا يغلب عليه الهلاك ، كالذي ينتقل الى بلد آخر ثم تنقطع أخباره . ففي الحالة الاولى يحكم بموت المفقود بعد مرور أربع سنوات على فقده ، وفي الحالة الثانية يترك للقاضي أمر تقدير المدة التي يحكم بعدها بوفاة المفقود على ألا تقل هذه المدة عن أربع سنوات وعلى ألا يحكم بموت المفقود إلا بعد التحري عن حياته بجميع الوسائل . انظر مرقس ٣٣٩ و ٣٤٠ .

اثبات الشخصية : جاء في المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني المصري ما يلي : « والاصل أن شهادة الميلاد وشهادة الوفـاة كافيتان للاثبات حتى يقيم ذو الشأن الدليل على عدم صحة ما أدرج في السجلات فعندئذ يجوز اثبات الولادة والوفاة بجميع طرق الاثبـات ، كذلك يجوز اثباتهما بجميع الطرق إذا لم توجد شهادة الميلاد أو شهادة الوفاة لاي سبب من الاسباب ، وليس من الضروري اثبات أن هاتـين الشهادتين قد فقدتا ، بل يكفي ألا يوجدا حتى يسمح لذي الشأن أن يثبت الولادة أو الوفاة بجميع الطرق .

على أنه يلاحظ في اباحة اثبات الولادة والوفاة بجميع الطرق أن قانون الاحوال الشخصية هو الذي يحدد قوة الاثبات للطرق المختلفة ، فتتبع أحكام الشريعة الاسلامية في ثبوت النسب ...

.. ومن طرق الاثبات التي تسمح بها القواعد العامة ما يعرف في القانون الفرنسي بحيازة النسب «Possession d'état» ، فيعرف الولد أمام الناس وبين أفراد الاسرة منسوبا لامه وأبيه ومعترفا له بهـذا النسب من الجميع ، فهذه قرينة كافية لاثبات النسب ما لم يقم ذو الشأن الدليل على العكس ، وفي التقنين الفرنسي (م ٣٢٢) إذا تأيدت شهادة الميلاد بحيازة النسب صارت القرينة قاطعة لا يقبل الدليل على عكسها » .

ونعتقد أن الطرق التي أشارت إليها المذكرة الايضاحية في هذا المجال ، وخاصة حيازة النسب أو حيازة الحالة المدنية ، إنما تتعلق باثبات النسب والقرابة أكثر من تعلقها باثبات الولادة أو الوفاة . وقد رأينا مع هذا أن نجاري المذكرة الايضاحية فأوردنا هنا المقاطع التي نقلناها آنفـا .

ويلاحظ أن حيازة النسب التي أخذ بها القانون الفرنسي كوسيلة للاثبات أحيانا ، تأخذ بها أيضا بعض المذاهب الاسلامية . انظر القوتلي ص ٤٦٦ وما بعـد .

الاسـم :

اكتساب اللقب : انظر بالنسبة لموقف المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري من ذلك ، وخاصة فيما يتعلق باكتساب الزوجة لقب زوجها — وهو الحكم الذي حذف فيما بعد — مجموعة الاعمال التحضيرية .. ص ٣٣٧ وما بعـد .

طبيعة اللقب القانونية : من الاجتهادات الفرنسية التي تعتبر أن الحق في اللقب هو من قبيل حق الملكية ، وأن الشخص لا يحتاج الى اثبات الضرر ليطالب بمنع الاعتداء الواقع على لقبه ، القراران التاليان :

Cass., 9 janv. 1950, Bull Cass. 1950, 2. 6.

Trib. Civ. Seine 10 août 1897, sur Paris 16 mai 1900, D. 1902, 2, 172.

وأما بالنسبة لرأي الاستاذ بلانيول : فانظر :

Planiol, Ripert et Boulanger, t. 1, No. 525 et suiv.

وانظر أيضا القرار التالي لمجلس الدولة الفرنسي :

Conseil d'Etat 24 oct. 1952, Gaz. Pal. 1952, 2, 366.

وانظر بالنسبة للنظرية التي ترى أن اللقب حق من حقوق الشخصية Mazeaud, No. 565 • وبالنسبة لرأي كولان وكابيتان انظر :

(Colin et Capitant, t. 1, No. 590).

حماية اللقب : إن حماية اللقب لا تقتصر فقط على منع الغير من الاعتداء عليه بمنازعة صاحبه فيه او انتحاله لنفسه ، وإنما تشمل أيضا حالة استعمال هذا اللقب من قبل مؤلف روائي مثلا لاطلاقة على أحد أشخاص روايته بصورة تلحق الضرر بسمعة صاحبه • ففي هذه الحالة الاخيرة يمكن لصاحب اللقب المطالبة بالتعويض بشرط اثبات الضرر الذي لحق به من جراء ذلك •

وللقضاء الفرنسي بعض الاجتهادات في هذا الموضوع نشير منها الى القرارين التاليين :

Trib. Civ de la Seine 28 mars 1944, Gaz. pal., 1944, 2, 14.

(الحكم بالتعويض بسبب ثبوت الضرر) •

Trib. Civ. de la Seine 18 Juil. 1941, D.A., 1942, 30.

(رد طلب الحكم بالتعويض لعدم ثبوت الضرر) •

وكذلك يشترط القضاء الفرنسي اثبات وجود الضرر لحماية اللقب في حالة استعماله من قبل الغير كاسم مستعار له • انظر :

Mazeaud No. 564.

عدم قابلية اللقب للتعامل : ذكرنا أن الحق في اللقب (وفي الاسم الشخصي أو الصغير أيضا) يعتبر حقا غير مالي ، ولذلك لا يجوز التعامل في هذا اللقب وتعتبر العقود التي تقع عليه باطلة .

غير أن الاجتهاد الفرنسي قد أجاز بصورة استثنائية جدا التعاقد على اللقب ، وذلك حماية للزوجة المطلقة ، حيث اعتبر صحيحا لا باطلا الاتفاق الذي تجريه هذه الزوجة مع زوجها بشأن السماح لها بعد الطلاق بحمل لقبه الذي سبق أن اشتهرت به .

انظر مثلا : Civ. 20 fév. 1924, D., 1824, 1, 19.

أما بالنسبة للاسم التجاري فقد بينا أنه من الحقوق المالية ، ومن الجائز التفرغ عنه تبعا للمتجر الذي يرتبط به . ونحب أن نوضح هنا أن قانوننا التجاري لا يجيز التفرغ عن الاسم التجاري بصورة مستقلة عن المتجر ، كما أنه يعتبر أن التفرغ عن المتجر بمجموعه لا يشمل الاسم التجاري ما لم ينص على ذلك صراحة أو ضمنا (انظر المادة ٤٧ من قانون التجارة) .

كما ذكرنا أيضا أن من الراجح فقها وقضاء اعتبار الاسم المستعار حقا ماليا لصاحبه قابلا للتعامل . ومن القرارات القضائية التي تدل على الاخذ بوجهة النظر هذه القرار التالي :

Req. 11 fév. 1935, D.H., 1935, 177.

حالة الشخص :

القرابة : لا تعترف الشريعة الاسلامية إلا بنوع واحد من القرابة هي القرابة الشرعية . أما القرابة الطبيعية أو غير الشرعية ، وكذلك قرابة التبني فلا تأخذ بهما الشريعة الاسلامية ، وليس لهما أي أثر من الوجهة القانونية بالنسبة إليها .

على أن الشريعة الاسلامية قد سهلت لقاء ذلك إثبـات البنوة الشرعية ، واعتبرت بصورة خاصة الاقرار بالبنوة كافيا لالحاق المقر له بنسب المقر فيما إذا كان يولد مثله لمثله سنا • غير أن الاقرار هنـا لا تثبت به إلا البنوة الشرعية ، أما الاقرار بالبنوة غير الشرعية فليس له من أثر •

حساب درجات القرابة : الاسلوب الذي أخذ به قانوننا المدني في حساب درجات القرابة غير المباشرة أو قرابة الحواشي، وهو الاسلوب الذي استمده القانون الفرنسي أيضا من الشريعة الرومانية ، يختلف عما تأخذ به أغلب المذاهب الاسلامية •

فالاسلوب السائد في الشريعة الاسلامية هو حساب درجـات القرابة في أحد عمودي النسب الاكثر بعدا عن الاصل المشترك فقط • فقرابة العم بابن أخيه مثلا هي بحسب الشريعة الاسلامية من الدرجـة الثانية ، لان أحد عمودي النسب ، وهو العمود الذي يربط ابن الاخ بالجد ، فيه درجتان ، بينما يوجد في العمود الآخر ، وهو العمود الذي يربط العم بالجد ، درجة واحدة ، فيكتفى بالعمود ذي الدرجات الاكثر • وكذلك فإن درجة قرابة الشخص بابن عمه هي من الدرجة الثانية أيضا لان كلا من العمودين اللذين يربطانهما بالاصل المشترك ، وهو الجد ، يحوي درجتين فيكتفى بأحدهما •• ولا شك أن أسلوب القانون المدني هو أكثر سهولة ووضوحا من هذا الاسلوب •

الجنسية : يتصل بحث الجنسية بمادة القانون الدولي الخاص، فيجدر الرجوع بشأنه الى المؤلفات المتعلقة بهذه المادة • ونشير منهـا بصورة خاصة الى كتاب الوجيز في الحقوق الدولية الخاصة — الجزء الاول للدكتور ماجد الحلواني •

الدين والجنس : ذكرنا أن الدين والجنس يعتبران من عنـاصر

حالة الشخص في بلادنا ، ولم نجد ضرورة للبحث فيهما بصورة مفصلة.

على أننا نشير هنا الى أن عنصر الدين له تأثير كبير من حيث تحديد أحكام الاحوال الشخصية التي تطبق على الشخص والمحاكم التي يخضع لها بالنسبة لهذه الامور ، بالاضافة الى أن اختلاف الدين يعتبر من موانع الارث بحسب الشريعة الاسلامية . أما أهم آثار عنصر الجنس فهو في اختلاف نصيب المرأة عن نصيب الرجل في الارث الشرعي .

الاهليـة :

نظم أحكام الاهلية كل من القانون المدني من جهة وقانون الاحوال الشخصية من جهة ثانية . وهذه الاحكام مستمـدة جميعهـا من الشريعة الاسلامية ، سوى بعض الاختلافات البسيطة بالنسبة لما ورد منها في القانون المدني (كما في حالة المجنون والمعتوه التي أشرنا إليها خلال البحث والتي يرجح بالنسبة إليها الحكم الوارد في قانون الاحوال الشخصيـة) .

فمن أهم مراجع بحث الاهليـة إذن المؤلفات المتصلة بالشريعـة الاسلامية . ونشير منها بصورة خاصة الى المدخل الفقهي العام للاستاذ مصطفى الزرقاء — الجزء الاول — الباب الرابع — نبذة ٤٠١ وما بعد، وشرح قانون الاحوال الشخصية للدكتور مصطفى السباعي — الجزء الاول — الكتاب الرابع — ص ٧٦ وما بعد .

الذمة الماليـة :

مفهومهـا : الذمة المالية مفهوم عرفته الشرائع الغربية وقوانيننا الحديثة المستمدة من تلك الشرائع . أما الشريعة الاسلامية فقد عرفت مفهوما للذمة يختلف عن المفهوم الذي بيناه .

وقد اختلف الفقهاء المسلمون في تعريف الذمة ، ولعل أصح هذه

التعاريف وأقربها الى الحقيقة هو أن الذمة عبارة عن « محل اعتباري مقدر في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه » . انظر الزرقاء ، المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي ، طبعة ١٩٥٨ ، نبذة ١٢٢ ، ص ٢١٨ .

ونستخلص من مقارنة مفهوم « الذمة » في الشريعة الاسلامية بالمفهوم الذي بيناه « للذمة المالية » بعض الفوارق ومنها ما يلي :

الذمة في الشريعة الاسلامية عبارة عن محل أو وعاء افتراضي تثبت فيه الالتزامات المترتبة على الشخص فقط دون الحقوق العائدة إليه ، أما الذمة المالية في الشرائع الغربية فتضم أيضا حقوق الشخص بالاضافة الى التزاماته المالية .

الالتزامات التي تقع في ذمة الشخص بحسب الشريعة الاسلامية لا تقتصر فقط على الالتزامات المالية ، وإنما تشغلها أيضا الالتزامات غير المالية بل والواجبات الدينية التي يكلف بها كالصلاة أو الصيام مثلا أما الذمة المالية في الشرائع الغربية فلا تشمل إلا الحقوق والالتزامات التي يمكن تقويمها بالمال .

على أن هناك بعض أوجه الشبه بين المفهومين ، وخاصة من حيث أن الذمة في كليهما عبارة عن أمر افتراضي أو اعتباري وليست حقيقة واقعية ، ومن حيث ارتباط الذمة في كل منهما بالشخصية كخاصة من خصائصها .

ويرى الدكتور القوتلي بأن ترجمة الكلمة الفرنسية (Patrimoine) بالذمة المالية هي السبب في الالتباس بين هذا المفهوم وبين مفهوم الذمة في الشريعة الاسلامية وفي « الظن بوجود الشبه والتطابق في الموضوع . والحقيقة أن هذه الترجمة التي اصطلح عليها أكثر المؤلفين والفقهاء

المعاصرين — ولا سيما في مصر — لا تؤدي المعنى الغربي تماما ، وربما أمكن أن يقال ، كما جاء في الحقوق الالمانية والتعبير الالماني (Vermögen) ، المقدرة أو الثروة المالية للشخص أو بتعبير آخر مالية الشخص » • القوتلي ص ٥٣٣ وما بعد ، وخاصة ٥٣٦ و ٥٣٧ •

صلتها بالشخصية وخصائصها : تعتقد النظرية التقليدية — التي تنسب بصورة خاصة الى الاستاذين أوبري ورو (Aubry et Rau) — أن هنالك مجموعة مالية قانونية واحدة هي الذمة المالية التي تضم جميع حقوق الشخص والتزاماته المالية ، وهي تتصل بالشخصية اتصالا تاما تنتج عنه الخصائص التي بيناها للذمة المالية •

غير أن الفقهاء الحديثين يعارضون هذا الرأي ، ويعتبرون أن من الممكن وجود مجموعات مالية مستقلة (Universalités juridiques) غير الذمة المالية ، ودون أن ترتبط هذه المجموعات بالشخصية• فالاموال التي تؤلف الذمة المالية اعتبرت بمثابة مجموعة مالية قانونية بسبب تخصيصها لغرض مشترك هو الشخص الذي تتعلق به وتؤلف وسائل نشاطه « ففكرة التخصيص (Affectation) هي التي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار ، وحيثما وجدت أموال مخصصة لغرض مشترك ، فإن من الواجب بالضرورة أن يوجد ارتباط فيما بينها ، وأن تكون لها حياة مشتركة ، وأن تؤلف مجموعة قانونية مستقلة » Mazeaud 318 .

الموطن :

تحديد الموطن العادي وتغييره : جاء في المذكرة الايضاحيةللقانون المدني المصري ما يلي :

« الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة • ومجرد الوجود أو السكن في مكان ما لا يجعل منه موطنا ما لم تكن الاقامة

مستقرة فيه . وإذا كان المشروع جعل من الاقامة الفعلية أساسا للتصوير الذي اتبعه إلا أن عنصر الاستقرار ضروري لتوافر معنى التوطن ولا يقصد بالاستقرار اتصال الاقامة دون انقطاع وإنما يقصد استمرارها على وجه يتحقق معه شرط الاعتياد ولو تخللتها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة . ويترتب على ذلك نتيجتان : الاولى أن الشخص قد لا يكون له موطن ما ومن هذا القبيل البدو الرحل الذين لا يقر لهم قرار في مكان معين . والثانية أنه يجوز ان يكون للشخص أكثر من موطن ويتحقق ذلك إذا كان الشخص يقيم اقامة معتادة في الريف واحدى المدن معا أو كانت له زوجتان يقيم مع كل منهما في مكان منفصل عن مكان الاخرى .. » مجموعة الاعمال التحضيرية ... ص ٣٤١ و ٣٤٢ .

وبينت المذكرة الايضاحية بعد ذلك أن مشروع القانون المدني « قد اختار في شأن الموطن التصوير الذي اختاره التقنين المدني الالماني دون التصوير الانجلو سكسوني أو الفرنسي تمشيا مع مقتضيات الحياة العملية ومبادىء الشريعة الاسلامية .. والموطن وفقا لهذا التصوير حالة واقعية ، لا مجرد رباط صناعي يخلقه القانون ويصل به ما بين شخص معين ومكان معين . ولذلك يكون من الميسور أن يتعدد موطن الشخص أو أن ينتفي على وجه الاطلاق » المرجع السابق ص ٣٤٢ .

وبعد أن ناقشت المذكرة الايضاحية تصوير الموطن في كل من القانون الانجليزي والفرنسي وأظهرت فساد هذا التصوير ومجانبته للواقع ولجوء القضاء الى تخطيه نزولا عند حكم الضرورات العملية ، انتهت الى القول : « وقد آثر المشروع أن يرفع عن القضاء هذا العنت فصور الموطن تصويرا واقعيا يستجيب للحاجات العملية ويتفق مع المبادىء المقررة في الشريعة الاسلامية فقد جاء في البدائع — ج ١ ص ١٠٣ — ١٠٥ — نقلا عن الفقيه أبي أحمد العياض أنه : يجوز أن

يكون الموطن الاصلي واحدا أو أكثر من ذلك بأن كان له أهل ودار في بلدتين أو أكثر ولم يكن من نية أهله الخروج منها وإن كان هو ينتقل من أهل الى أهل في السنة حتى أنه لو خرج مسافرا من بلدة فيها أهله ودخل في أية بلدة من البلاد التي فيها أهله فيصير مقيما من غير نيـة الاقامة .. » المرجع السابق ص ٣٤٣ .

وقد ذكرنا أن تغيير الموطن يكون بانتقال الشخص الى مكان جديد يقيم فيه بنية البقاء مع صرف النظر عن الاقامة في موطنه السابق .

أما إذا لم تتوافر الاقامة الحقيقية في المكان الجديد أو لم تتوافر لدى الشخص نية البقاء والاستيطان فيه ، فلا يعتبر هذا المكان موطنا له . انظر :

قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ١٩٥١/٥/٩ والمنشور في مجلة القانون لعام ١٩٥٣ ص ٨٦٩ .

وقرار محكمة بداية البقاع الغربي رقم ٢١١ تاريخ ١٩٥٦/٧/٣ المشار إليه في كتاب الدكتور القوتلي ص ٥٠٥ الحاشية ١ (لا يعتبر موطنا المحل الذي يقيم فيه الشخص فترة من الزمن لتمضية فصل الصيف أو لتعليم أولاده) .

وكذلك فإن اتخاذ الشخص لنفسه موطنا جديدا لا يؤدي الى تغيير موطنه السابق وإنما يعتبر هذا الموطن الجديد موطنا ثانيا له بالاضافة الى موطنه السابق ما لم يصرف النية عن الاحتفاظ بموطنه السابق ويقطع صلته به . انظر :

قرار محكمة النقض السورية رقم ٣٢٩ تاريخ ١٩٦٣/٦/١٠ ، المنشور في مجموعة المبادىء القانونية ... ص ٢٣٧ ، وفي مجلة نقابـة المحامين بدمشق لعام ١٩٦٣ العدد ٦ ص ١٠٨ .

موطن الاعمال والموطن القانوني والموطن المختار : جـاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني بالنسبة لهذه المواطن ما يلي :

« .. وعلى هذا النحو يوجد الى جانب الموطن الذي يعينـه الشخص باختياره من جراء اقامته فيه ثلاثة أنواع من الموطن :

أولا : موطن أعمال يكون مقصورا على ناحية معينة من نواحي نشاط الشخص ، ويعتبر النص الخاص بموطن الاعمال أظهر تطبيق لفكرة تعدد المواطن ، وقد استرشد المشروع في تقريره بأحكام المادة ٢٣ من التقنين المدني السويسري . فالمكان الذي يباشر فيه الشخص تجـارة أو صناعة أو حرفة يعتبر بالنسبة الى الغير موطنا له فيما يتعلق بادارة أعمال هذه التجارة أو الصناعة أو الحرفة ، وكذلك القاصر إذا بلغ ثماني عشرة سنة (خمس عشرة سنة بحسب القانون المدني السوري) ولم يمنع من مباشرة بعض أعمال الادارة يجوز أن يتخذ موطنا بالنسبة لهذه الاعمال دون غيرها يكون غير موطن وليه أو وصيه ، وفي ايراد النص على هذا الوجه كل التيسير على المتعاملين فضلا عما فيه من مطابقـة للواقع ...

ثانيا : موطن قانوني ينسبه القانون للشخص ولو لم يقم فيـه عادة ... وفي هذه الحدود يحتفظ المشروع لفكرة الموطن بنصيب من طابعها الحكمي ..

ثالثا : موطن مختار يتخذه الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين كما إذا اختار موطنا له مكتب محاميه ، وكما يختار الدائن المرتهن موطنا في دائرة محكمة العقار عند قيد الرهن ، وكما إذا اشترى شخص أرضا بعيدة عن موطنه فيتفق معه البائع على أن يكون له موطن قريب من الارض بالنسبة لهذا البيع ، ولا يثبت هذا الاتفاق إلا بالكتابة، ويكون الموطن في هذه الحالة مقصورا على الاعمال المتعلقة بتنفيذ البيع كاستيفاء

أقساط الثمن ومطالبة المشتري بسائر التزاماته ومقاضاته بشأن البيع واتخاذ اجراءات التنفيذ الجبري ، هذا ما لم يقصر الموطن المختار صراحة على بعض هذه الاعمال دون أخرى • وغني عن البيان أن فكرة الموطن المختار تتمشى مع التصوير الحكمي والتصوير الواقعي للموطن على حد سواء •• » مجموعة الاعمال التحضيرية •• ص ٣٤٤و٣٤٥ ••

وانظر أيضا : بالنسبة لصحة الاتفاق على موطن مختار وامكان اقامة الدعوى أمام محاكمه ، فيما إذا كانت من الدعاوى الشخصية العقارية، قرار محكمة النقض السورية رقم ٤٧٢ تاريخ ١٤/١٠/١٩٥٩، المنشور في مجلة القانون لعام ١٩٥٩ ، ص ٦٤٠ •

وبالنسبة لجواز رفع الدعوى أمام محكمة الموطن الاصلي للمدعى عليه بالاضافة الى محكمة الموطن المختار ، قرار محكمة استئناف الرباط الصادر بتاريخ ٢٧/١/١٩٥١ ، والمنشور في مجلة القانون لعام ١٩٥٣ ص ٤٢٦ •

وبالنسبة لعدم تأثير عوارض الاهلية التي تصيب الشخص على الموطن المختار الذي كان قد اتخذه لنفسه وهو كامل الاهلية ، وامكان اقامة الدعوى عليه أمام محاكم هذا الموطن المختار في الامور التي اختير لاجلها بالرغم من وجود موطن قانوني له بعد الحجر عليه هو موطن نائبه الشرعي ، قرار محكمة التمييز (النقض) السورية رقم ٧٥ تاريخ ٢/٤/١٩٥٥ ، المنشور في مجلة القانون لعام ١٩٥٥ ص ٤٦١ •

الفصل الثاني

الشخص الاعتباري

LA PERSONNE MORALE

منهج البحث : إذا كان كل إنسان يتمتع في عصرنا بالشخصية القانونية التي تؤهله لان يكون طرفا موجبا أو سالبا من أطراف الحق، فإن هذه الشخصية لا تثبت للانسان وحده. بل هناك الى جانب الانسان، كشخص طبيعي ، شخص من نوع آخر يطلق عليه اسم الشخص الاعتباري أو المعنوي ، وهو ينشأ عن تكتل جماعات من الناس حول هدف معين كالجمعيات والشركات أو تخصيص مجموعات من الاموال لغرض محدد كالمؤسسات .

وسنحاول فيما يلي دراسة هذا الشخص الاعتباري الذي يؤلف النوع الثاني من الاشخاص أطراف الحق . فندرس أولا مفهومه وفائدته وطبيعته القانونية ومقوماته ووجوده ، ثم نعرض بعد ذلك الحقوق والخصائص التي يتمع بها والتي تستلزمها شخصيته ، كما نبين أخيرا أنواعه المختلفة وخاصة ما يتصل منها بالقانون المدني .

وبذلك يتشعب هذا الفصل الى الفروع التالية :

الفرع الاول : مفهوم الشخص الاعتباري وطبيعته ووجوده .

الفرع الثاني : حقوق وخصائص الشخص الاعتباري .

الفرع الثالث : أنواع الشخص الاعتباري .

الفرع الاول

مفهوم الشخص الاعتباري وطبيعته ووجوده

NOTION, NATURE ET EXISTENCE DE LA PERSONNE MORALE

مفهوم الشخص الاعتباري وفائدته — طبيعته القانونية : نظرية الافتراض القانوني ، نظرية الشخصية الحقيقية ، نظرية الملكية المشتركة — مقوماتـه ووجوده

مفهوم الشخص الاعتباري وفائدته :

منذ بدأ الانسان يتدرج في معالم الحضارة أخذ يشعر أنه عاجز بمفرده عن بلوغ الكثير من أغراضه وأهدافه وتأمين سعادته ورفاهـه فسعى الى التكتل مع غيره وضم جهوده الى جهود الآخرين منشئـا بذلك الدول والمدن والجمعيات والشركات التي تستطيع ، بما يتوافر لها من امكانات وقوة ، بلوغ الاهداف الكبـيرة وتحقيق المشاريع الضخمة التي يعجز الفرد عن بلوغها .

كما أن الانسان قد رغب منذ زمن بعيد في تخصيص بعض أمواله لمشاريع معينة يحرص على تحقيقها وعلى استمرارها بعد موتـه فأقام المؤسسات والاوقاف التي تحقق له ذلك .

وكان لا بد لهذه المجموعات من الاشخاص أو الاموال ، كي تستطيع الاضطلاع بمهامها وتحقيق الاهداف المحددة لها ، من تملك الاموال التي تؤمن بها نفقاتها واجراء الاعمال والتصرفات التي تحتاج اليها في ممارسة نشاطها ، أو بمعنى آخر كان لا بد لها من الدخول في الحياة

القانونية كطرف موجب أو سالب من أطراف الحق ، ولا يتوافر لها ذلك كله إلا إذا اعترف لها بالشخصية القانونية التي تضعها على قدم المساواة مع الاشخاص الطبيعيين .

وعلى هذا تنشأ عن بعض التكتلات التي يقيمها الافراد بينهم شخصية مستقلة عن شخصياتهم لها حقوقها والتزاماتها الخاصة بها التي لا تختلط مع حقوقهم والتزاماتهم ، كما تنشأ لبعض المجموعات من الاموال المرصدة لاغراض معينة شخصية خاصة تكون لها حقوق وعليها التزامات . فالجمعية مثلا لها شخصية مستقلة عن شخصيات الافراد الذين تتألف منهم ، وكذلك للمؤسسة شخصية خاصة بها بحيث تستطيع كل منهما أن تمارس باسمها الشخصي نشاطا قانونيا شبيها بالنشاط لذي يمارسه الافراد العاديون .

فالشخص الاعتباري يسمى شخصا لانه في نظر القانون بمثابة الشخص العادي من حيث أنه يستطيع أن يكون طرفا موجبا أو سالبا من أطراف الحق ، ولكنه اعتباري أو معنوي لان شخصيته ليست حقيقية أو طبيعية كشخصية الانسان .

وتظهر فائدة فكرة الشخصية الاعتبارية التي تسبغ على مجموعات الاشخاص أو الاموال من حيث أنها تحقق لهذه المجموعات كيانا مستقلا قائما بذاته وتمكنها من اجراء الاعمال والتصرفات القانونية باسمها مباشرة لا باسم أعضائها أو مؤسسيها . فلو لم تكن الجمعية مثلا شخصا اعتباريا لكان من الواجب أن تجرى التصرفات باسم أعضائها جميعا وأن ترفع الدعاوى من قبل هؤلاء الاعضاء أو عليهم جميعا ، ولاختلطت أموال الجمعية بأموال أعضائها واعتبرت جزءا من ذممهم المالية يستطيع دائنوهم الشخصيون الحجز عليها واستيفاء ديونهم منها ، وهذا كله يؤدي الى تعقيد وتشابك كبيرين في معاملات الجمعية وعلاقاتها

القانونية لا سبيل الى تجنبهما إلا بمنحها الشخصية المستقلة • وكذلك الامر فيما لو لم يعترف للمؤسسة بالشخصية حيث تظل اموال المؤسسة في تلك الحالة ملكا لمنشئها ثم تنتقل بعده الى ورثته ، ويضيع الهدف الاساسي من انشاء المؤسسة وهو ديمومة المشروع الذي خصصت لاجله الاموال واستمراره بعد وفاة صاحبه •

على أن فكرة الشخصية الاعتبارية ، إذا كانت لها هذه الفوائد الهامة التي لا تنكر والتي دعت الى الاعتراف بها واقرارها ، فإنها تنطوي في نفس الوقت على شيء من الخطورة التي جعلت المشرع في كثير من الاحيان يقف تجاهها موقف الحذر والشك ويعمل على الحد منها وتضييقهـا •

ذلك أن التكتلات التي تنشأ عن اجتماع عدد من الاشخاص حول هدف معين قد تؤدي ، إذا بلغت حدا كبيرا من الضخامة والقوة ، الى التأثير في الحياة الاجتماعية ، بل والحياة السياسية نفسها داخل الدولة (كتأثير الشركات الكبرى في الانتخابات التي تجري في بعض الدول مثلا ، أو تأثير الاحتكارات الاجنبية على السياسة الخارجية للدول الاستعمارية) ، والمشرع لا ينظر بعين الارتياح دوما الى هذه القوى الكبرى في المجتمع التي قد تنافس الدولة نفسها في قوتها وتؤثر على سياستها • كما أن تخصيص أموال ضخمة أحيانا الى بعض الجمعيات أو المؤسسات لممارسة نشاطها ، الدي يخرج بحسب هدفهذه الجمعيات والمؤسسات عن نطاق النشاط الاقتصادي ، قد يؤدي الى تعطيل هذه الاموال وانتزاعها من حاجات التنمية والانتاج •

ولذا فإن الاعتراف بالشخصية الاعتبارية الذي تفرضه ضرورات التنظيم القانوني بالنسبة لمجموعات الاشخاص أو الاموال ، إنما يرافقه دوما الحق المعترف به للدولة ، بصفتها الهيئة الحاكمة في المجتمع ، في

مراقبة هذه المجموعات والاشراف عليها ، ويختلف مدى المراقبة والاشراف باختلاف الاتجاه الذي تسير عليه الدولة من حيث التوسع أو التضييق .

الطبيعة القانونية للشخص الاعتباري :

اختلفت آراء العلماء فيما يتعلق بطبيعة الشخص الاعتباري القانونية اختلافا واسعا ، وثار حول ذلك ، في مطلع القرن الحالي بصورة خاصة ، جدل كبير تعددت فيه وجهات النظر التي كان للعوامل والاعتبارات السياسية أثر غير ضئيل فيها .

ونستطيع أن نجمل الآراء المختلفة حول طبيعة الشخص الاعتباري في نظريات ثلاث : النظرية التقليدية التي تنفي الوجود الحقيقي للشخص الاعتباري وتعتبر أن هذا الشخص ما هو إلا مجرد وهم وافتراض ، والنظرية الحديثة التي حاولت ، بأشكالها المتعددة ، اثبات الوجود الواقعي للشخص الاعتباري وشخصيته الحقيقية ، ونظرية ثالثة أرادت أن تبتعد عن المشكلة فنفت وجود الشخصية الاعتبارية أصلا ونادت بعدم ضرورة هذا المفهوم .

نظرية الافتراض القانوني (Théorie de la fiction) تعتبر هذه النظرية ، التي نادى بها الفقيه الالماني سافيني (Savigny) وتبناها رجال القانون من أنصار المذهب الفردي في مطلع القرن التاسع عشر ، أول نظرية وجدت لتفسير الطبيعة القانونية للشخص الاعتباري .

وتقوم هذه النظرية على الاعتقاد بأن الشخصية الطبيعية التي يتمتع بها الأنسان هي وحدها التي تعتبر حقيقة واقعة ، أما الشخصية الاعتبارية فليس لها وجود حقيقي وإنما هي مجرد افتراض قانوني مفيد .

فالشخص الذي يصلح أن يكون طرفا من أطراف الحق هو ، بحسب أنصار المذهب الفردي ، الكائن ذو الارادة ، لان الحق نفسه

هو ، بحسب تعريفهم ، قدرة ارادية • وليس هنالك من كائن يتمتع بالارادة الحقيقية سوى الانسان وحده ، ولذلك فالشخصية الحقيقية لا يمكن أن تثبت إلا له •

وإذا كانت الشخصية الحقيقية لا تثبت إلا للانسان وحده ، فإن المشرع يستطيع مع هذا ، حين يرى فائدة من ذلك ، أن يخلق هـذه الشخصية خلقا ويفترضها افتراضا بالنسبة لبعض المجموعـات من الاشخاص أو الاموال التي يرى أن يمنحها كيانا مستقلا وأن يتيح لها الدخول في الحياة القانونية كطرف موجب أو سالب من أطراف الحق • وهذه الشخصية التي يمنحها المشرع لمجموعات الاشخاص أو الاموال ما هي إلا شخصية وهمية مفترضة أوجدها المشرع نفسه تلبية لضرورات الحياة العملية دون أن يكون لها أي وجود واقعي كما هو الحال بالنسبة للشخصية الطبيعية التي يتمتع بها الافراد •

ينتج عن هذا أن أمر الشخصية الاعتبارية منوط بكامله بإرادة المشرع وحده ، سواء من حيث نشوء هذه الشخصية أو مداهـا أو زوالهـا :

فالمشرع هو الذي يوجد الشخصيه الاعتبارية ويفترضها ، وإذا لم يقرر المشرع منح هذه الشخصيه لمجموعة من الاشخاص أو الاموال فلا يمكن أن تعتبر هذه المجموعة شخصا اعتباريا •

والمشرع يستطيع أن يحدد مدى هذه الشخصية الاعتبارية ونشاطها وحقوقها وأهليتها ، وهي لا تتمتع من ذلك مبدئيا إلا بمقدار ما يمنحها إياه هذا المشرع •

كما أن المشرع يستطيع أخيرا أن يسلب هذه الشخصية الاعتبارية بعد منحها وأن يمحوها ويزيلها من الوجود •

وللمشرع في هذا كله السلطة المطلقة ، لان الشخصية الاعتبارية هي من صنعه وافتراضه ، فله أن يتحكم في أمرها كما يشاء ، وكما تمليه عليه العوامل المختلفة من سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو نحوها .

وقد وجهت الى نظرية الافتراض القانوني انتقادات عديدة من أهمها ما يلي :

أ — إن الاساس الذي قامت عليه هذه النظرية واستخلصت منه مفهومها عن الشخص الاعتباري أساس خاطىء . فهي قد اعتبرت أولا أن الشخص من الوجهة القانونية هو الكائن ذو الارادة ، ورفضت بالتالي اعتبار الشخص الاعتباري شخصا حقيقيا لعدم توافر هذه الارادة لديه . بينما نجد في الواقع أن عنصر الارادة ليس ضروريا لاكتساب الشخصية ، فالمجنون والصغير غير المميز يتمتعان بالشخصية الكاملة بالرغم من انعدام ارادتهما .

ب — إن هذه النظرية تبدو غير صحيحة فيما إذا حاولنا أن نفسر بها كيف اكتسبت الدولة شخصيتها الاعتبارية . فنحن لا نستطيع أن نقول ان المشرع هو الذي منحها اياها ، لان الدولة تتمتع بهذه الشخصية من قبل ان يوجد المشرع ، بل إن المشرع نفسه لا يمكن أن يوجد وأن يتولى مهمة التشريع باسمها إذا لم تكن للدولة شخصية اعتبارية سابقة على وجوده . وما دامت الشخصية الاعتبارية التي تتمتع بها الدولة لا يمكن أن تكون نتيجة لافتراض المشرع وارادته ، فإن هذا يناقض ما تراه النظرية المذكورة من أن الشخصية الاعتبارية ما هي إلا مجرد افتراض قانوني وأن ارادة المشرع هي التي تنشئها أو تزيلها .

جـ — إن هذه النظرية تؤدي الى منح الدولة سلطات مطلقة للتحكم في أمر الشخص الاعتباري . وهذا من شأنه التضييق والحد من انتشار هذا الشخص الاعتباري الذي تزداد أهميته وضرورته بصورة مستمرة في عصرنا الحاضر .

نظرية الشخصية الحقيقية (Théorie de la personnalité réelle) :

حاول الفقهاء في مطلع هذا القرن ، وخاصة الالمان منهم ، دحض نظرية الافتراض القانوني التقليدية واستبدال نظرية معاكسة بها ، تقوم على أساس تأكيد حقيقة الشخص الاعتباري ووجوده الواقعي .

فالشخص الاعتباري ، بحسب هؤلاء الفقهاء ، ليس مجرد وهم وافتراض لا يقوم إلا بارادة المشرع ، وإنما هو حقيقة واقعة تفرض نفسها على هذا المشرع نفسه ، وتعتبر موجودة من تلقاء ذاتها دون أن تنتظر منه الاعتراف بوجودها . وليس هناك من اختلاف بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي ، فكلاهما حقيقي لا افتراضي ، غير أن الشخص الطبيعي له جسم وكيان ملموس والشخص الاعتباري غير مجسم ولا يدخل تحت الحس المادي ، ولذلك فهو من قبيل الحقائق المعنوية لا المادية ، ولكنه من قبيل الحقائق على كل حال .

وقد سلك أنصار نظرية الشخصية الحقيقية في تبرير نظريتهم سبيلين مختلفين يعتبر كل منهما مذهبا من مذاهب هذه النظرية ، وهما مذهب الارادة المشتركة ، ومذهب المصالح المشتركة .

١ ـ مذهب الارادة المشتركة (La volonté collective) : نادى بهذا المذهب العلماء الالمان أمثال جيرك (Gierke) وجلليبك (Jellinek) وتابعهم فيه بعض الفقهاء الفرنسيين كالاستاذ متر (Mestre) . وهم يرون أن تعريف الشخص بحسب المذهب الفردي على أنه الكائن ذو الارادة لا ينطبق فقط على الانسان وحده وإنما هو يصدق أيضا بالنسبة للشخص الاعتباري الذي يتمتع بالارادة الحقيقية كما يتمتع بها الشخص الطبيعي تماما .

فالشخص الاعتباري له كيان قائم بذاته وارادة مستقلة هي الارادة

المشتركة لمجموع أعضائه • وهذه الارادة المشتركة ليست ارادة كل منهم ولا مجموع اراداتهم ، وإنما هي ارادة خاصة بالشخص الاعتباري تختلف عن كل ارادة سواها • ذلك أن هناك في الحياة الاجتماعية ، الى جانب الارادات الفردية التي تعود الى الافراد ، ارادات مشتركة هي ارادات الجماعات ، وكل من هذه الارادات المشتركة إنما تعبر عن رأي الجماعة كمجموعة قائمة بذاتها لا عن ارادة كل فرد من أفرادها •

وعلى هـذا فالشخص الاعتباري ، بحسب هـذا المذهب ، هو شخص حقيقي لا افتراضي ، لان له ، كالشخص الطبيعي تماما ، ارادة حقيقية مستقلة خاصـة به • وهـذه الارادة التي تعود الى الشخص الاعتباري يعبر عنها ممثلوه من هيئات ومجالس ومديرين ، إذ أن هؤلاء جميعا حين يتخذون القرارات باسم الشخص الاعتباري لا يعبرون عن ارادتهم الشخصية فيها وإنما عن ارادة هذا الشخص الاعتباري مباشرة •

وقد غالى بعض أنصار هذا المـذهب في التقريب بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي ، فلم يقتصروا على تشبيه ارادة الشخص الاعتباري بارادة الشخص الطبيعي ، وإنما حاولوا تأكيد الشبه بينهما من حيث التركيب والتكوين أيضا ، فاعتبروا أن أجهزة الشخص الاعتباري والهيئات التي تعمل باسمه والافراد الذين يمثلونه ويعبرون عن ارادته هم بمثابة أعضاء الانسان وأجهزته التي يعمل بواسطتها وتؤمن له حياته ووجوده •

٢ ـ **مذهب المصالح المشتركة** (Les intérêts collectifs) ينطلق أنصار هذا المذهب ، وأغلبهم من الفقهـاء الفرنسيـين كالاستاذ ميشو (Michoud) والاستاذ سالي (Saleilles) وسواهما من تعريف آخر للحق يختلف عن تعريف أصحاب المذهب الفردي ليخلصوا من ذلك الى اثبات الوجود الواقعي والحقيقي للشخص الاعتباري •

فالحق ، بحسب أنصار هذا المذهب ، ليس القدرة الارادية وإنما هو ، كما عرفه ايهرنج (Ihering) ، مصلحة مشروعة يحميها القانون • فحيثما توجد مصلحة مشروعة يكون هناك حق لصاحب هذه المصلحة ، ويكون صاحب هذه المصلحة نفسه شخصا من الاشخاص باعتباره صاحب حق أو طرفا من أطرافه •

وعلى هذا يعتبر الانسان شخصا من الوجهة القانونية ، لا لانه يتمتع بالارادة الحقيقية (إذ قد تنعدم هذه الارادة لدى بعض الناس ، كما رأينا ، دون أن يؤثر ذلك على شخصياتهم) ، ولكن لان لهذا الانسان مصالح مشروعة يحميها له القانون بمنحه الحقوق التي تمكنه من تحقيقها ، والتي تستلزم توافر الشخصية لدى الانسان ليكون صالحا لاكتساب هذه الحقوق •

غير أن المصالح القائمة في المجتمع ليست كلها مصالح فردية تعود الى الشخص الطبيعي ، وإنما هناك أيضا مصالح مشتركة يحرص على تحقيقها الشخص الاعتباري • وهذه المصالح المشتركة ليست عبارة عن مجموع المصالح الفردية للاشخاص الذين يؤلفون الشخص الاعتباري أو يستفيدون منه وإنما هي مصالح خاصة بهذا الشخص الاعتباري نفسه ومتميزة عن مصالح أفراده ، بل هي قد تخالف مصالح هؤلاء الافراد أحيانا وتناقضها • فالمواطن كفرد مثلا قد تكون مصلحته في أن يتهرب من دفع الضريبة ، ولكن مصلحة الدولة كشخص اعتباري هي في فرض هذه الضريبة وتحصيلها من جميع أفرادها ، وهذا يظهر أن المصلحة المشتركة هي مصلحة مستقلة ومتميزة عن المصلحة الفردية أو عن مجموع المصالح الفردية •

وما دامت هنالك مصالح مشتركة فيجب أن تكون لمجموعة الاشخاص أو الاموال التي تعود إليها هذه المصالح شخصية مستقلة

كشخصية الانسان التي تقتضيها مصالحه الفردية • وعلى هذا فليس هناك اختلاف بين الشخصية الاعتبارية التي تعود الى مجموعة من الاشخاص أو الاموال وبين الشخصية الطبيعية التي يتمتع بها الانسان ، لان كلا منهما تبنى على فكرة المصلحة ، وهذه المصلحة حقيقية وواقعية في الحالين غير أنها في الحالة الاولى مصلحة مشتركة وفي الحالة الثانية مصلحة فرديـــة •

يظهر لنا من هذا العرض السريع لنظرية الشخصية الحقيقية بصورتيها أو مذهبيها المختلفين أن هذه النظرية تحرص على التقريب بين الشخصية الطبيعية للانسان والشخصية الاعتبارية التي تكون لمجموعة من الاشخاص أو الاموال ، وهي تهدف من ذلك الى أن تفصل مفهوم الشخصيـــة الاعتبارية عن ارادة المشرع وأن تعتبرها حقيقة واقعة قائمة بذاتهـــا ، كشخصية الانسان نفسه ، لا افتراضا وهميا من صنع المشرع وابتكاره •

والنتيجة الرئيسية التي تسعى هذه النظرية للوصول إليها هي الاعتراف بوجود الشخصية الاعتبارية بمجرد توافر عناصرها دون أن يتوقف ذلك على ارادة المشرع • فكما أن شخصية الانسان تثبت له بصورة طبيعية لمجرد كونه انسانا دون تدخل المشرع ، فكذلك يجب أن تثبت الشخصية الاعتبارية لمجموعات الاشخاص أو الاموال لمجرد تحقق مقومات وجودها واستكمال العناصر المكونة لها •

والشخص الاعتباري يتمتع مبدئيا ، بحسب هذه النظرية ، بجميع الحقوق التي يتمتع بها الشخص الطبيعي ما عدا الحقوق الملازمـــة للصفة الانسانية أو الحقوق التي حرمها عليه المشرع • فالاصل إذن هو الاباحة لا التقييد ، مع الاعتراف في نفس الوقت للمشرع بسلطة فرض القيود التي يراها بالنسبة للشخص الاعتباري •

وقد وجهت الى نظرية الشخصية الحقيقية بمذهبيها بعض الانتقادات

التي تأخذ على هـذه النظرية بصورة رئيسية مغالاتها في تشبيـه الشخص الاعتباري بالشخص الطبيعي من جهة ومحاولتها تقييد سلطة المشرع تجاه هذا الشخص الاعتباري من جهة ثانيـة .

نظرية الملكية المشتركة : (Théorie de la propriété collective)

لا تستهدف هذه النظرية ايجاد تفسير لطبيعة الشخص الاعتباري ، وإنما هي تنفي وجود هذا الشخص من أساسه وتعتبر أنه مفهوم غير ضروري يمكن الاستغناء عنـه .

ففكرة الشخص الاعتباري قد افترضت ، كما يرى أصحاب هذه النظرية وعلى رأسهم الاستاذ بلانيول (Planiol) ، لكي يمكن أن تسند الى هذا الشخص الاموال المخصصة لغرض معين . غير أن افتراض وجود مثل هذا الشخص أمر مخالف للواقع ، وهو غير ضروري في نفس الوقت ، إذ يمكن الاستعاضة عنه بتفسير واقعي يقوم على اعتبـار هذه الاموال ملكا مشتركا للافراد الذين خصصت لمنفعتهم ، فيكون هؤلاء الافراد ، لا الشخص الاعتباري المفترض ، هم مالكوها الحقيقيون المباشرون . وعلى هذا مثلا نستطيع ، بدلا من أن نعتبر المستشفى ملكا لشخص اعتباري هو شخص الجمعية التي أنشأته أو المؤسسة التي خصصت لاجله ، أن نقول بأن هناك ملكية مشتركة لهذا المستشفى تعود الى جميع المرضى الذين يستفيدون من المعالجة فيه .

ويبـّن أصحاب هذه النظرية ، أن فكرة الملكية المشتركة التي يأخذون بها في هذا المجال هي فكرة مختلفة عن الملكية الفردية من جهة والملكية الشائعة من جهة ثانية . ففي الملكية الفردية يستطيع المـالك أن يتصرف بأمواله كما يشاء بيعا أو هبة أو رهنا أو غير ذلك ، وفي الملكية الشائعة يستطيع المالك أيضا أن يتصرف بحصته الشائعة كمـا

يستطيع أن يطالب بقسمة المال لانهاء حالة الشيوع والاستعاضة عنها بالملكية الفردية ، أما في الملكية المشتركة فليس لاحد من المالكين شيء من ذلك .

وقد وجهت الى هذه النظرية انتقادات عديدة أهمها ما يلي :

أ — أخطأت هذه النظرية حين اقتصرت في نظرتها الى الشخص الاعتباري على ناحيته المالية فقط . ولم تجد فيه إلا مالكا لمجموعة من الاموال . فعنصر المال ، وإن يكن هاما بالنسبة للشخص الاعتباري إلا أنه ليس العنصر الاساسي في تكوينه ، كما أنه لا يعتبر الهدف الدافع الى انشائه في جميع الاحوال . فهناك أشخاص اعتبارية متعددة تنشأ لاغراض غير مادية في الاصل ، وتكون لها حقوق وواجبات لا تتصل بأمور المال — كحق النقابة في الدفاع عن شرف المهنة وسمعتها مثلا — وهذه الحقوق والواجبات تعود الى الاشخاص الاعتبارية نفسها كأشخاص اعتبارية لا الى أفرادها أو المنتفعين منها . وكذلك نستطيع أن نقول مثل هذا القول بالنسبة للدولة ، فهي لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية ليمكن أن تسند إليها أموال معينة ، وإنما لتستطيع أن تمارس بصورة رئيسية حقوق السلطة العامة التي تبتعد بطبيعتها عن المفهوم المالي .

ب — لو فرضنا أن من الممكن الاستعاضة عن فكرة الشخص الاعتباري بفكرة الملكية المشتركة فإن هذه الفكرة الاخيرة نفسها غامضة وغير واقعية . إذ كيف نستطيع أن نحصر أو نحدد الاشخاص المالكين ملكية مشتركة للاموال التي تخصص لغرض معين . هل نقول ان كل من يمكن أن يستفيد من هذه الاموال هو مالك لها أم أن مالكيها هم الاشخاص الذين يستفيدون منها بالفعل وخلال استفادتهم منها فقط . فبالنسبة للمستشفى مثلا ، هل نقول ان المرضى الموجودين فيه هم الذين لهم عليه ملكية مشتركة فقط ، فإذا خرجوا منه زالت

ملكيتهم وأصبح غيرهم مالكا له أم نقول ان ملكيتهم تستمر بعد خروجهم من المستشفى بالرغم من انقطاع استفادتهم منه • وبالنسبة للدولة اذا قلنا ان اموالها هي ملك لافرادها ، فما هو وضع الاجانب في هذه الحالة ، وهم الذين يستفيدون من مرافق الدولة العامة كالطرقات والمتاحف والجسور استفادة كاملة لا تقل عن استفادة المواطنين • لا شك أن فكرة الملكية المشتركة فكرة غريبة في هذا المجال ، وهي لا تستطيع أن تعطي الحلول المنطقية الواقعية لجميع هذه الامور •

جـ — إن التخلي عن فكرة الشخص الاعتباري والاستعاضة عنها بفكرة الملكية المشتركة يعني التخلي عن جميع المزايا والفوائد التي تبنى على الاعتراف بوجود هذا الشخص الاعتباري • ذلك أن اعتماد مفهوم الشخص الاعتباري لم يقصد به اسناد ملكية بعض الاموال إليه فقط وإنما قصد أيضا وبصورة رئيسية ايجاد كيان مستقل قائم بذاته لمجموعة الاشخاص أو الاموال التي يربط بينها هدف مشترك بحيث تستطيع هذه المجموعة أن تدخل في الحياة القانونية بهذه الصفة وباسمها الشخصي كما هو شأن الافراد العاديين • فإذا قلنا انه لا توجد للجمعية مثلا شخصية اعتبارية وإنما يعتبر أعضاؤها مالكين بصورة مشتركة لاموالها ، لكان من الواجب أن تجرى التصرفات القانونية باسم هؤلاء الاعضاء جميعا وأن يعتبر كل منهم طرفا في الدعاوى التي تقام من الجمعية أو عليها ، وهذا يؤدي الى تعقيد كبير في علاقات هذه الجمعيةلا سبيل الى تجنبه إلا عن طريق مفهوم الشخص الاعتباري •

يتبين من هذا كله أن مفهوم الشخص الاعتباري تفرضه مقتضيات الحياة العملية والتنظيم القانوني، وهو مفهوم ضروري ومفيد لا يجوز الاستغناء عنه •

مقومات الشخص الاعتباري ووجوده :

مقومات الشخص الاعتباري : لكل شخص اعتباري سواء اعتبرناه حقيقة واقعة أو مجرد افتراض قانوني ، مقومات لا يتم كيانه ووجوده بدونها ، وهذه المقومات هي :

اولا : وجود مجموعة من الاشخاص كما في الجمعيات مثلا ؛ أو مجموعة من الاموال كما في المؤسسات .

ثانيا : أن يكون لهذه المجموعة من الاشخاص أو الاموال غرض ثابت معين يتكتل حوله أفراد المجموعة أو ترصد الاموال لتحقيقه ، ويجعل من هذه المجموعة وحدة متماسكة تشكل كيانا قائما بذاته .

ثالثا : أن يكون لهذه المجموعة تنظيم خاص تعين بموجبه الهيئة أو الهيئات التي تمثلها وتعبر عن ارادتها وتعمل باسمها ولحسابها ، وبدون هذا التنظيم لا تستطيع هذه المجموعة من الاشخاص أو الاموال الدخول في الحياة القانونية واجراء التصرفات بصورة مستقلة .

فإذا توافرت للشخص الاعتباري هذه المقومات بحسب نظرية الشخصية الحقيقية ، وتوافر له فوق ذلك اعتراف المشرع به بحسب نظرية الافتراض القانوني ، نشأ هذا الشخص صحيحا وكان له كيان مستقل قائم بذاته يخوله الدخول في الحياة القانونية كطرف موجب أو سالب من أطراف الحق .

نشوء الشخص الاعتباري وزواله : يستعمل بعض الفقهاء أحيانا تعبير ولادة الشخص الاعتباري ووفاته ، بدلا من نشوئه وزواله، وذلك مغالاة منهم في تشبيه الشخص الاعتباري بالشخص الطبيعي إذ يفترضون أنه يولد ويموت مثله ويعيش حياة قريبة الشبه من حياته . ولا شك أن هذا التعبير فيه بعض التطرف ولذلك آثرنا استبعاده وعدم الاخذ به.

ولا يوجد هناك أسلوب واحد أو طرق متماثلة لنشوء كافة أنواع الشخص الاعتباري وزوالها ، وإنما يختلف ذلك باختلاف هذه الانواع ، ومن الجدير دراسته بالنسبة لكل واحد منها على حدة • وبالرغم من أننا سنتعرض لهذه الدراسة حين استعراض أنواع الشخص الاعتباري المختلفة ، فقد رأينا أن نقدم عنها هنا لمحة عامة موجزة نبين فيها الخطوط العريضة والمبادىء الاولية فيما يتعلق بهاتين الناحيتين •

أولا ـ نشوء الشخص الاعتباري : نلاحظ بصورة عامة أن هذا النشوء يتم بعمل ارادي يتبعه اعلان وشهر ويتخلله تدخل من قبل الدولة في كثير من الاحيان •

١ ـ دور الارادة في انشاء الشخص الاعتباري : بالنسبة للاشخاص الاعتبارية العامة — ما عدا الدولة طبعا — تكون الارادة التي تؤدي الى انشائها هي ارادة المشرع • فالمحافظات والبلديات مثلا والمؤسسات العامة لا تنشأ وتكتسب الشخصية الاعتبارية إلا بتشريع ، أي برغبة المشرع وارادته • أما الدولة نفسها فليست هنالك ارادة معينة تؤد الى انشائها ، وإنما تنشأ بحكم الضرورة والواقع العملي وبداف الشعور الشعبي العام •

وأما بالنسبة للاشخاص الاعتبارية الخاصة ، فالارادة الفردية هي العنصر الاساسي في انشائها ، ذلك أن هذه الاشخاص الاعتبارية إما أن تكون عبارة عن مجموعة أشخاص يتكتلون حول غرض معين ، ولا بد من اتفاق ارادات هؤلاء الاشخاص لينشأ التكتل الذي يهدفون الى اقامته ، أو تكون مجموعة أموال ترصد لهدف ما ، ولا بد من ان يرصد هذه الاموال شخص من الاشخاص بمشيئته وارادته •

وقد تسبق نشوء الشخص الاعتباري أحيانا مرحلة تمهيدية

أو تأسيسيـــة (Une periode constitutive) تستلزم القيـــام ببعض الاعمال القانونية المؤدية الى تكوين هذا الشخص الاعتباري • وتظهر ضرورة هذه المرحلة التأسيسية بصورة خاصة في الشركات المساهمة مثلا حيث لا بد فيها من طرح الاسهم على الاكتتاب الشعبي واجراء بعض النفقات الضرورية ، كالنفقات التي تبذل للدعاية لهذه الشركة المزمع انشاؤها أو نحو ذلك • ويعتبر أن الاموال التي تجمع في هذه الحالة والنفقات التي تبذل تعود للشخص الاعتباري مباشرة الذي هو فيدور التكوين وتتم لحسابه • بحيث يعتبر هو المالك لهذه الاموال والملتزم بتلك النفقات (وقد يشبه الفقهاء أحيانا دور التكوين هذا بدور الحمل بالنسبة للشخص الطبيعي) •

٢ ـ **الاعلان والشهر :** يكون الاعلان أو الشهر بالنسبة للاشخاص الاعتبارية العامة بنشر التشريع الذي يقضي بانشائها في الجريـــدة الرسمية وفقا للمبدأ العام في نشر التشريعات • وأما بالنسبة للاشخاص الاعتبارية الخاصة فيكون الشهر عادة بتسجيل هذه الاشخـــاص في سجلات رسمية خاصة بها بحسب نوع كل منهـــا •

ويختلف مفعول شهر الاشخاص الاعتبارية الخاصة من الوجهة القانونية باختلاف النظام القانوني المتبع ومدى أخذه بمبدأ حريـــة تكوين الشخص الاعتباري أو تقييده لهذه الحرية •

فبالنسبة للانظمة التي تأخذ بحرية انشاء الشخص الاعتبـــاري ، لا يعتبر الشهر شرطا لنشوء هذا الشخص ، وإنما هو شرط لامكان الاحتجاج بشخصيته تجاه الغير فقط • فالشخص الاعتباري ينشأ بحسب هذه الانظمة بمجرد الاتفاق عليه حيث تثبت له الشخصيةبالنسبة لمؤسسيه وأعضائه على أقل تقدير ، ولا يكون للشهر من أثر سوى اعلام الناس بنشوئه حتى يكونوا على بينة من أمره حين التعامل معه ولكي يمكن الاحتجاج تجاههم بشخصيتـــه •

أما بالنسبة للانظمة التي تقيد حرية انشاء الشخص الاعتبـاري ، فالشهر هو احدى الوسائل التي تحقق تدخل الدولة ومراقبتها في هذا المجال كما سنرى في الفقرة التالية ، وهو شرط أساسي لنشوء الشخص الاعتباري واكتسابه الشخصية القانونيـة .

٣ ـ **تدخل الدولة** : إن تدخل الدولة بالنسبة لانشاء الاشخاص الاعتبارية العامة أمر بديهي . فهذه الاشخاص لا تنشأ ، كما رأينا ، إلا بتشريع يعبر عن موافقة الدولة على احداثها ، أو عن موافقة المشرع في هذه الدولة .

أما بالنسبة للاشخاص الاعتبارية الخاصة فقد يكون تدخل الدولة في نشوئها ضروريا أو غير ضروري تبعا لاختلاف النظم القانونية في ذلك . وحين يكون هذا التدخل ضروريا فهو يتم بأشكال متعددة ، من أهمها تعليق أمر نشوء الشخص الاعتباري واكتسابه الشخصية القانونية على شهره وذلك بقيد نظامه من قبل السلطات الادارية المختصة في سجلات مخصوصة مع منح السلطات المذكورة الحق في اجراء هـذا القيد أو رفضه (كما هو الحال ، بحسب نظامنا الحالي ، بالنسـبة للجمعيات والمؤسسات مثلا) ، أو تعليق أمر نشوء هـذا الشخص الاعتباري على صدور ترخيص بتأسيسه من قبل السلطات المختصـة (كما هو الحال بالنسبة للشركات المساهمة في بلادنا مثلا حيث لا يتم انشاؤها ولا تبدأ شخصيتها إلا بعد صدور مرسوم جمهوري يرخص بتأسيسهـا) .

ثانيا ـ زوال الشخص الاعتباري : كما أن الاشخاص الاعتبارية العامة ـ عدا الدولة ـ لا تنشأ إلا بنص تشريعي فهي لا يمكن أن تزول إلا بنص تشريعي مماثل يعبر فيه المشرع عن ارادته في ازالتهـا وسلبها الشخصية القانونية . أما الدولة نفسها فلها ، من حيث المبدأ ،

صفة الديمومة والاستمرار ولا يمكن أن تزول شخصيتها إلا في حالات استثنائية جدا ، كأن تتحد هذه الدولة مع غيرها مثلا فتزول الشخصية القانونية لكل من الدولتين وتحل محلها شخصية واحدة هي شخصية الدولة الموحـــدة .

أما الاشخاص الاعتبارية الخاصة فتزول إما بصورة طبيعية أو اختيارية أو اجباريـــة .

فالشخص الاعتباري يزول بصورة طبيعية فيما إذا فقد أحـــد عناصره أو مقوماته الاساسية ، كأن ينقرض الاشخاص الذين يتألف منهم هذا الشخص مثلا إذا كان عبارة عن مجموعة أشخاص أو تنفـــد الاموال المرصدة لاجله إذا كان عبارة عن مجموعة أموال ، أو كأن يزول الهدف الذي أنشىء هذا الشخص لتحقيقه ، سواء لان هذا الهدف قد تم تحقيقه وانجازه أو لانه أصبح غير ممكن التحقيق (وفي هذه الحالة الاخيرة قد يحتاج حل الشخص الاعتباري الى صدور حكم قضائي بـــذلك) .

وهو يزول بصورة اختيارية ، إذا كان مجموعة أشخاص ، باتفاق مجموع أعضائه على حله أو باتفاق أغلبية معينة منهم يحددها القانون ، أو يحددها النظام الاساسي للشخص الاعتباري وفقا لاحكام القانون. أما إذا كان مجموعة أموال، كالمؤسسات مثلا ، فلا يمكن انهاء شخصيته بارادة منشئه ، وإنما يمكن للشخص الذي أنشأه العدول عنه قبل شهره ، أي قبل اكتسابه الشخصية القانونية بحسب نظامنا الحالي .

وهو يزول أخيرا بصورة اجبارية إما بتشريع ، أو بقرار اداري بالنسبة لبعض أنواع الاشخاص الاعتبارية كالجمعيات والمؤسسات ، أو بحكم قضائي تصدره المحكمة المختصة في الاحوال وبالشروط التي يحددها القانون . ومن أهم الحالات التي تدعو الى حل الشخص

الاعتباري خروجه عن الاهداف المبينة في نظامه أو عجزه عن الوفـاء بتعهداته أو تخصيص أمواله لاغراض غير التي أنشىءلاجلها أو ممارسته نشاطا مخالفا للنظام العام والآداب •

وحين يزول الشخص الاعتبـاري وتنقضي شخصيته فإن من الواجب تصفية ذمته المالية ووفاء الالتزامات المترتبة عليه من أمواله • وتعتبر الشخصية الاعتبارية بحكم المستمرة ريثما تتم أعمال التصفية ثم تزول نهائيا بعد ذلك وتوزع الاموال الفائضة على الجهات التي تستحقها بحسب كل نوع من أنواع الشخص الاعتباري •

الفرع الثاني

حقوق وخصائص الشخص الاعتباري

DROITS ET ATTRIBUTS DE LA PERSONNE MORALE

تعداد حقوق وخصائص الشخص الاعتباري ــ اسمه ــ جنسيته ــ ذمته المالية ــ موطنه ــ أهليته : أهلية الوجوب واهلية الاداء ، نائبه ودوره في التعبير عن ارادته ، حق التقاضي بالنسبة للشخص الاعتباري

تعداد حقوق وخصائص الشخص الاعتباري :

نصت المادة ٥٥ من القانون المدني :

« ١ ــ الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق الا ماكان منها ملازما لصفة الانسان الطبيعية ، وذلك في الحدود التي قررها القانون.

٢ ــ فيكون له :

أ ــ ذمة مالية مستقلة .

ب ــ أهلية في الحدود التي يعينها سند انشائه أو التي يقررها القانون .

ج ــ حق التقاضي .

د ــ موطن مستقل . ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز ادارته . والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها

نشاط في سورية يعتبر مركز ادارتها بالنسبة الى القانون الداخلي ، المكان الذي توجد فيه الادارة المحلية .

٣ — ويكون له نائب يعبر عن ارادته » .

ففيما عدا الحقوق الملازمة لصفة الانسان الطبيعية ، كحقوق الاسرة مثلا من زواج أو طلاق أو قرابة أو نسب أو نحو ذلك ، فان الشخص الاعتباري يتمتع بكافة الحقوق والخصائص التي يتمتع بها الشخص الطبيعي والتي تستلزمها شخصيته القانونية .

على أن الشخص الاعتباري لا يتمتع بهذه الحقوق والخصائص إلا ضمن الحدود التي يقررها القانون . وتختلف الحدود التي يقررها القانون بالنسبة للشخص الاعتباري عنها بالنسبة للشخص الطبيعي ويختلف تبعا لذلك مدى ما يتمتع به الشخص الاعتباري من هذه الحقوق والخصائص ، فهو بصورة عامة أقل سعة وشمولا من المدى الذي يتمتع به منها الشخص الطبيعي .

وسنستعرض بإيجاز فيما يلي الحقوق والخصائص التي يتمتع بها الشخص الاعتباري . فبالاضافة إلى ما عددته منها المادة ٥٥ من القانون المدني المذكورة آنفاً ، وهو تعداد ورد على سبيل المثال لا الحصر ، تتناول بالبحث أيضاً اسم الشخص الاعتباري وجنسيته .

اسم الشخص الاعتباري :

لما كان الشخص الاعتباري يتمتع بشخصية مستقلة وكيان قائم بذاته ، فلا بد له من اسم يساعد على تعيينه وتمييزه ، ويستطيع هذا الشخص الاعتباري بواسطته اجراء الاعمال والتصرفات القانونية .

ويختلف اسم الشخص الاعتباري بالبداهة عن اسم الشخص الطبيعي من حيث عدم وجود لقب أو اسم عائلي يدخل في تكوينه ، فاسم الشخص الاعتباري يحدد له من قبل مؤسسيه ، وهو يستمد

غالباً من غايته أو غرضه الذي انشىء لاجله ، أو من أسماء مؤسسيه أو غير ذلك من الاعتبارات المختلفة .

ولا يحد من حرية مؤسسي الشخص الاعتباري في اختيارهم لاسمه ، سوى ضرورة عدم مخالفة هذا الاسم للنظام العام ، أو تضمنه مايرمز إلى غاية تختلف عن غاية الشخص الاعتباري الذي يطلق عليه ، أو وجود ما يدعو إلى الالتباس بينه وبين اسم شخص أعتباري آخر .

ويتمتع اسم الشخص الاعتباري بالحماية القانونية التي يتمتع بها اسم الشخص الطبيعي . كما أن اسم الشركات ، وهو اسم تجاري ، يعتبر حقاً مالياً قابلا للتعامل كالاسم التجاري للافراد العاديين .

ويمكن تغيير اسم الشخص الاعتباري . على أن تغييره يعتبر بمثابة تعديل لنظام الشخص الاعتباري الذي حدد فيه اسمه ، ويجب أن يتم وفقاً للاصول القانونية التي يمكن أن يجري بها هذا التعديل.

جنسية الشخص الاعتباري :

اختلف الفقهاء حول امكان تمتع الشخص الاعتباري بالجنسية أو عدم امكان ذلك . فالبعض يرى أن الجنسية لا تثبت إلا للشخص الطبيعي فقط ، باعتبار أن هذه الجنسية هي الرابطة القانونية التي تربط بين الدولة ورعاياها أو مواطنيها والتي تحدد حالتهم السياسية، والاشخاص الاعتبارية لا تعتبر من مواطني الدولة ورعاياها ولا تضيف عنصراً جديداً إلى العناصر التي تتألف منها هذه الدولة . فالشخص الاعتباري عبارة عن تركيب قانوني وليس فرداً من الافراد ، وقد يخضع هذا الشخص الاعتباري لقوانين دولة من الدول دون أن يكتسب جنسيتها نتيجة لذلك ، كما لا تكتسب العقارات مثلا جنسية الدولة التي تكون واقعة فيها وخاضعة لقوانينها .

غير أن بعض الفقهاء الآخرين يرون أنه ما دام لا بد من وجود رابطة ما تربط بين الشخص الاعتباري ودولة من الدول وتجعله خاضعاً لانظمتها وقوانينها ، فليس هنالك ما يمنع من أن نطلق على هذه الرابطة اسم الجنسية • وجنسية الشخص الاعتباري تختلف ولا شك عن جنسية الشخص الطبيعي ولكن لها فائدة أكيدة بالنسبة اليه ، وخاصة من حيث معرفة ما إذا كان الشخص الاعتباري قد استوفى شرائط تكوينه ووجوده بحسب نظام الدولة التي ينتسب اليها ومن حيث تحديد وضعه القانوني بالنسبة لهذه الدولة أو غيرها من الدول • وبعبارة أخرى ، إذا كانت آثار الجنسية التي يتمتع بها الشخص الطبيعي لا يمكن أن تتحقق كلها بالنسبة للشخص الاعتباري، فان ما يترتب منها بالنسبة اليه يعتبر كافياً للاعتراف له بالجنسية •

وقد أخذت بعض التشريعات بهذا الرأي الثاني فاعترفت بوجود جنسية للشخص الاعتباري وذكرتها في عداد خصائصه • ولم يشر قانوننا المدني ، كما يتبين لنا من نص المادة ٥٥ منه المذكورة آنفاً ، الى جنسية الشخص الاعتباري ، غير أن قانون التجارة السوري قد اعترف بهذه الجنسية بالنسبة للشركات التجارية ، كما أن الفقه والقضاة المصريين يعتبران الجنسية من خصائص الشخص الاعتباري بصورة عامة • ويمكن الاخذ بمثل هذا الرأي بالنسبة للقانون المدني السوري ، وخاصة وان حقوق وخصائص الشخص الاعتباري التي عددتها المادة ٥٥ قد وردت على سبيل المثال لا الحصر ، وأن الاصل هو تمتع الشخص الاعتباري بكافة حقوق الشخص الطبيعي الا ما كان منها ملازماً لصفة الانسان الطبيعية •

وإذا كان الشخص الاعتباري يتمتع بالجنسية كالشخص الطبيعي فكيف يمكن أن تحدد هذه الجنسية بالنسبة اليه ؟

النصوص التشريعيـة التي تنظم هـذا الموضوع لدينـا تتعلق بالشركات التجارية فقط ، وهي تدل على أن هذه الشركات تكتسب جنسية الدولة التي تؤسس فيها . فمن هذه النصوص مثلا المادة ٩٩ من القانون التجاري التي تعتبر أن « جميع الشركات التي تؤسس في سورية تكون جنسيتها سورية رغم كل نص مخالف » ، ومنهـا أيضا المرسوم التشريعي رقم ١٥١ الصادر بتاريخ ٣ آذار ١٩٥٢ الذي يعتبر جميع الشركات التي تؤسس خـارج سورية أياً كان نوعهـا شركات أجنبية .

أما بالنسبة للشخص الاعتباري بصورة عامة فليس هناك نص قانوني يحدد كيفية اكتسابه الجنسية ، ذلك أن القـانون المدني لم يتعرض لجنسيته أصلا ، كما سبق أن ذكرنا ، كما أن قانون الجنسية قد اقتصر على تنظيم جنسية الشخص الطبيعي فقط دون الشخص الاعتباري .

على أن هنـاك نصا تضمنته الفقرة ٢ من المادة ١٢ من القـانون المدني ، وهو يقضي بأن « النظام القانوني للاشخاص الاعتباريـة الاجنبية ، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، يسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الاشخاص مركز ادارتها الرئيسي الفعلي ، ومع ذلك فاذا باشرت نشاطهـا الرئيسي في سورية ، فان القانون السوري هو الذي يسري » .

وقد حاول بعض الفقهاء المصريين أن يستخلصوا من ذلك أن الشخص الاعتباري يكتسب جنسية الدولة التي يتخذ فيها مركـز ادارته الرئيسي الفعلي ، بينما يرى غيرهم أن من الاصح تحديد جنسية الشخص الاعتباري تبعاً للدولة التي يؤسس فيها ولو مارس أعماله ونشاطه واتخذ مركز ادارته خارج هذه الدولة .

الذمة المالية للشخص الاعتباري :

للشخص الاعتباري ، كما للشخص الطبيعي ، ذمة مالية مستقلة تتألف من مجموع حقوقه والتزاماته الحاضرة والمستقبلة التي يمكن تقويمها بالمال .

وضرورة الاعتراف لمجموعات الاشخاص والاموال بذمة مالية مستقلة عن ذمم أعضائها أو القائمين عليها هي ، كما سبق أن رأينا ، من أهم العوامل التي دفعت إلى ايجاد فكرة الشخصية الاعتبارية واطلاقها على هذه المجموعات . ذلك أن الذمة المالية ترتبط ، كما نعلم، بالشخصية القانونية ، وما دام من الضروري ايجاد ذمة مالية مستقلة لمجموعات الأشخاص والأموال ، فان من الضروري في نفس الوقت منحها الشخصية الاعتبارية ليمكن أن ترتبط بها هذه الذمة المالية . حتى أن بعض الفقهاء ، ممن يرون امكان وجود ذمة مالية لا ترتبط بشخص من الاشخاص ، قد ذهبوا إلى أن من غير الضروري منح الشخصية الاعتبارية لمجموعات الاشخاص والاموال ، وإنما يكفي منحها الذمة المالية فقط .

والذمة المالية من أهم خصائص الشخص الاعتباري ، ولها فائدة كبيرة بالنسبة اليه من حيث أنها تؤدي إلى الفصل بين أمواله والتزاماته من جهة ، وأموال والتزامات أعضائه أو مؤسسيه أو القائمين على ادارته من جهة ثانية .

فأموال الشخص الاعتباري تعود الى هذا الشخص الاعتباري نفسه لا إلى أعضائه مثلا ، وبذلك لا يستطيع دائنو هؤلاء الأعضاء ، ما دام الشخص الاعتباري قائماً ، الحجز على أمواله واستيفاء ديونهم منها ولو تم دفعها اليه من قبل مدينيهم أو حتى ولو كان هؤلاء المدينون قد ساهموا بها في رأسماله . ففي الجمعية مثلا تعتبر الاموال التي تقدم اليها من قبل أعضائها ملكا لهذه الجمعية نفسها وجزءاً من

ذمتها المالية ، ولا يعود للاعضاء أية علاقة بهذه الاموال التي قدموها ، كما لا يكون لدائنيهم أية سلطة عليها . بل إن الاموال التي يساهم بها الشركاء في الشركة تصبح كذلك ملكا لهذه الشركة مباشرة وجزءاً من ذمتها المالية ، ما دامت الشركة قائمة ، ولا يكون للشريك إلا حصة في رأسمالها ولكنه لا يملك ما يقابل هذه الحصة من رأس المال خلال وجود الشركة ، بل تملكه هذه الشركة نفسها . أما حصة الشريك فتخوله اقتسام أموال الشركة وموجوداتها بما يعادل هذه الحصة بعد حل الشركة وتصفيتها أو حين انسحابه منها ، كما تخوله الحصول على نصيب من أرباح الشركة ، وهذا النصيب من الارباح هو وحده الذي يعتبر ملكا للشريك وجزءاً من ذمته المالية خلال قيام الشركة ، وهو وحده الذي يستطيع دائنوه استيفاء ديونهم منه . وهذا ماتقضي به المادة ٤٩٣ من القانون المدني التي تنص على أنه « إذا كان لأحد الشركاء دائنون شخصيون ، فليس لهم أثناء قيام الشركة أن يتقاضوا حقوقهم مما يخص ذلك الشريك في رأس المال، وإنما لهم أن يتقاضوها مما يخصه في الارباح . أما بعد تصفية الشركة فيكون لهم أن يتقاضوا حقوقهم من نصيب مدينهم في أموال الشركة بعد استنزال ديونها . ومع ذلك يجوز لهم قبل التصفية توقيع الحجز التحفظي على نصيب هذا المدين » .

وأما بالنسبة لالتزامات الشخص الاعتباري فهي تقع على هذا الشخص الاعتباري وحده دون أن يشاركه في تحملها أحد ، إلا استثناء في شركات التضامن حيث يعتبر الشركاء المتضامنون مسؤولين بأموالهم الشخصية أيضاً عن ديون الشركة . ولذلك فان دائني الشخص الاعتباري لا يستطيعون من حيث المبدأ استيفاء ديونهم إلا من أمواله فقط ؛ واذا لم تكف هذه اموال فانهم يتوازعونها بنسبة ديونهم دون

يعودوا بالباقي على أعضائه أو سواهم ، لأن ذمم هؤلاء الاعضاء منفصلة عن ذمة الشخص الاعتباري .

وتترتب على الذمة الماليـة للشخص الاعتباري نفس الآثـار والنتائج التي تنجم عن الذمة المالية للشخص الطبيعي . كما أن هذه الذمة المالية ترافق الشخص الاعتباري طوال وجوده ، ثم تنقضي بانقضائه وزواله . وتصفى الذمة المالية للشخص الاعتباري كما تصفى ذمة الشخص الطبيعي ، وتعتبر الذمة مستمرة حكماً خلال فترة التصفية وتستمر معها الشخصية الاعتبارية نفسها كما هو الحال بالنسبة لذمة الشخص الطبيعي وشخصيته ، ثم تزول الشخصية الاعتباريـة نهائيا والذمة المالية المرتبطة بها بعد انتهاء أعمال التصفية .

موطن الشخص الاعتباري :

موطن الشخص الاعتباري ، كجميع الخصائص التي تتصـل بشخصيته ، هو ضرورة تقتضيها هذه الشخصية نفسها التي يتمتـع بها الشخص الاعتباري . فما دام لهذا الشخص وجود مستقل وكيان قائم بذاته ، فان من الضروري أن يكون له موطن يحدد مكان وجوده من الوجهة القانونية وتترتب عليه نفس الآثار التي تترتب على الموطن بصورة عامة كتعيين المحاكم المختصة مكانياً للنظر في الدعاوى التي ترفع عليه ، أو تعيين المكان الذي يمكن أن تجرى فيه التبليغـات الموجهة اليه أو نحو ذلك .

وتعتبر الفقرة الثانية من المادة ٥٥ من القانون المدني أن موطن الشخص الاعتباري بصورة عامة هو « المكان الذي يوجد فيه مركز ادارته . والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولهـا نشاط في سورية يعتبر مركز ادارتها بالنسبة الى القانون الداخلي ، المكان الذي توجد فيه الادارة المحلية » .

على أنه اذا كان للشخص الاعتباري فروع متعددة ، كما هـو الحال أحياناً بالنسبة للشركات أو الجمعيات أو المؤسسات ، فان من الجائز أن ترفع الدعوى ، بحسب الفقرة الثانية من المادة ٨٣ مـن قانون أصول المحاكمات ، « الى المحكمة التي يقع في دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة وذلك في المسائل المتصلة بهذا الفرع» • فالمكان الذي يوجد فيه هذا الفرع يمكن أن يعتبر اذن بمثابة موطن خاص بالنسبة للاعمال المتصلة به •

وكما يمكن أن يكون للشخص الاعتباري مواطن خاصة بالنسبة للاعمال المتصلة بفروعه ، فليس هنالك ما يمنع من أن يكون له موطن مختار يتخذه هذا الشخص الاعتباري بارادته بالنسبة لعمل معين من الاعمال • وتكون لهذا الموطن المختار الذي يتخذه الشخص الاعتباري نفس الاحكام والآثار التي تتعلق بالموطن المختار للشخص الطبيعي •

أهلية الشخص الاعتباري :

أهليـة الوجوب وأهليـة الاداء بالنسبـة الشخص الاعتباري : للشخص الاعتبـاري أهليـة وجوب من جهـة وأهلية أداء من جهة ثانية ، فهو يعتبر صالحا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامـات كمـا يعتبر صالحاً لمباشرة التصرفات القانونية وممارستها بنفسه •

غير أن اهلية الشخص الاعتباري تختلف بنوعيها عن أهليـة الشخص الطبيعي وتنقص عنها مدى واتساعاً • فأهلية الشخص الطبيعي هي ، من حيث المبدأ وفيما عدا بعض الاستثناءات القليلة ، مطلقة غير محدودة إذ أنها تخوله اكتساب جميع أنواع الحقوق وممارسة مختلف أنواع التصرفات • أما أهلية الشخص الاعتباري فلا تثبت له إلا ضمن الحدود التي يعينها سند انشائه أو التي يقررها القانون

بالاضافة إلى القيود التي تنجم عن طبيعته الخاصة من حيث عدم توافر الصفة الانسانية فيه .

وقد ذهب بعض الفقهاء من أنصار نظرية الافتراض القانوني إلى أن الشخص الاعتباري لا يتمتع من الاهلية إلا بما يمنحه إياه القانون منها ، أما الفقهاء المعاصرون من أنصار نظرية الشخصية الحقيقية فيعتبرون أن الاصل لدى الشخص الاعتباري هو وجود الأهلية وأن مهمة القانون ليست تعيين ما يتمتع به منها وانما تحديد ما لا يتمتع بـه .

على أن القيود التي تحد من أهلية الشخص الاعتباري هي غير ضئيلة ، وهذه القيود تصيب أهلية الوجوب لديه كما تصيب أهلية الاداء ، لان عدم أهلية الشخص الاعتباري لاكتساب بعض الحقوق تجعله في نفس الوقت غير أهل لاجراء التصرفات المتعلقة بها .

وتقييد أهلية الشخص الاعتباري في اكتساب بعض الحقوق وفي ممارسة التصرفات المتعلقة بها ينشأ كما ذكرنا :

إما بسبب عدم ملاءمة هذه الحقوق والتصرفات لطبيعته الخاصة كما في حقوق الاسرة مثلا (فمن البديهي أن الشخص الاعتباري لا يستطيع اكتساب لقب عائلي مثلا أو الاقرار بالبنوة) .

أو بسبب منافاة هذه الحقوق والتصرفات للغرض الذي انشىء هذا الشخص الاعتباري لتحقيقه وتخصص به ـ وهذا ما يسمى بمبدأ التخصص (Principe de spécialité) ، كعدم امكان امتلاك الجمعية مثلا لاموال مخصصة لغير الغرض الذي تهدف الى تحقيقـه أو قيامها بأعمـال وتصرفات قانونية خارجة عن نطاق هذا الغرض (فالجمعية الخيريـة لا تستطيع مثلا امتلاك مشروع تجاري أو صناعي أو زراعي تقوم على ادارته وتسييره ، كما لا تستطيع اجراء المضاربات أو الصفقات التجارية ونحو ذلك من الاعمال والتصرفات التي تستهدف الربح المالي) .

أو بسبب الاعتبارات الاخرى التي تدفع المشرع الى تقييد أهلية الشخص الاعتباري ، كرغبة المشرع في عدم تمكين بعض الاشخاص الاعتبارية من تجميد أموال ضخمة تخرجها من نطاق التعامل الاقتصادي أو عدم تمكينها من جمع أموال طائلة يزداد بها نفوذها وسيطرتها أو غير ذلك من الاعتبارات (كمنع بعض الجمعيات مثلا من تملك العقارات إلا بالقدر الضروري لتحقيق الغرض الذي انشئت لاجله ، أو منعها من الاحتفاظ برصيد نقدي يزيد عن حد معين في القانون بدون اذن الجهة الادارية المختصة) .

نائب الشخص الاعتباري ودوره في التعبير عن ارادته :

أهلية الاداء التي يتمتع بها الشخص الاعتباري تجعله قادرا على مباشرة التصرفات والاعمال القانونية واجرائها بنفسه . غير أن الشخص الاعتباري ليس له وجود مادي محسوس كالشخص الطبيعي ، وهو لذلك لا يستطيع اجراء هذه الاعمال والتصرفات إلا بواسطة من ينوب عنه أو يمثله من الاشخاص الطبيعيين .

وكيفية تمثيل الشخص الاعتباري وتعيين الهيئات أو الاشخاص الذين ينوبون عنه تختلف باختلاف أنواع الاشخاص الاعتبارية ، على أن هذا التمثيل يتم في أغلب الاحوال عن طريق نوعين من الهيئات أو المجالس وهما : الهيئة العامة من جهة التي يعود اليها اتخاذ بعض القرارات الهامة المتعلقة به كاعتماد الميزانية والحساب الختامي مثلا أو تعديل نظام الشخص الاعتباري أو حله حلا اختياريا أو نحو ذلك ، كما يعود إليها أمر تعيين المجالس الادارية والاشخاص الذين يتولون تسيير أعمال الشخص الاعتباري ومجلس الادارة من جهة ثانية الذي يتولى تسيير أمور الشخص الاعتباري واتخاذ القرارات العادية في حدود المهام والاختصاصات الممنوحة له .

وبالاضافة الى هذه الهيئات والمجالس يكون للشخص الاعتباري عادة مدير أو رئيس مجلس ادارة يمثله في المعاملات القانونية ويجري التصرفات والاعمال باسمه ولحسابه •

وقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة نائب الشخص الاعتباري وممثله ، سواء أكان هيئة من الهيئات أو شخصا من الاشخاص الطبيعيين • فذهب بعضهم من أنصار نظرية الافتراض القانوني الى أن هذا النائب هو كالنائب الشرعي لعديمي الاهلية وناقصيها من الاشخاص الطبيعيين ، بينما يرى الفقهاء المعاصرون أن هذا النائب ليس سوى عضو من أعضاء الشخص الاعتباري أو جهاز من أجهزته (Un organe) وأن مهمته تقتصر على اظهار ارادة الشخص الاعتباري والتعبير عنها لا الاشراف عليه •

فبحسب الرأي الاول تكون الاعمال والتصرفات التي يجريها نائب الشخص الاعتباري قد تمت بارادة هذا النائب نفسه لحساب الشخص الاعتباري الذي يمثله ، لان الشخص الاعتباري لا يتمتع بارادة حقيقية يمكن التعبير عنها • وبذلك يكون الشخص الاعتباري شبيها بعديم الاهلية الذي يفتقد الارادة وأهلية الاداء ، ويتولى أموره وشؤونه نائب يقوم باجراء التصرفات عنه معبرا في هذه التصرفات عن ارادته نفسه لا ارادة الشخص الذي ينوب عنه •

أما بحسب الرأي الثاني ، فيعتبر أن التصرفات والاعمال التي يجريها نائب الشخص الاعتباري قد أجريت من قبل هذا الشخص الاعتباري مباشرة لا من قبل نائبه ، وهي تعبر عن ارادة هذا الشخص الاعتباري نفسه لا عن ارادة ذلك النائب • فالشخص الاعتباري ، بحسب هذا الرأي ، يتمتع بالارادة التامة وأهلية الاداء ، ولكنه لا يستطيع أن يعبر عن ارادته ويظهرها إلا بواسطة نائبه أو ممثله الذي تتجلى في

ارادته ارادة الشخص الاعتباري نفسه ، والذي لا يعدو أن يكون العضو أو الجهاز الذي يعبر بواسطته الشخص الاعتباري عن هذه الارادة .

وهذا الرأي الثاني هو الرأي السائد حاليا . وقد أخذ به قانوننا المدني إذ نص في الفقرة الثالثة من المادة ٥٥ منه على أن للشخص الاعتباري « نائب يعبر عن ارادته » ، أي عن ارادة هذا الشخص الاعتباري مباشرة .

بل إن الفقه والاجتهاد القضائي الحاليين ، وكذلك بعض التشريعات المعاصرة ، تذهب جميعا الى أن التصرفات التي تصدر عن نائب الشخص الاعتباري أو ممثله إنما تنسب الى هذا الشخص الاعتباري مباشرة وتعتبر صادرة عنه لا عن نائبه ، أيا كان نوع هذه التصرفات ، وسواء أكانت تصرفات قولية كالعقود مثلا أو تصرفات فعلية كالافعال الضارة .

فالافعال الضارة التي يرتكبها ممثل الشخص الاعتباري باسمه (كانتحال علامة فارقة مثلا أو القيام بمنافسة غير مشروعة) تعتبر مرتكبة من قبل هذا الشخص الاعتباري مباشرة ، ويلتزم الشخص الاعتباري بالتعويض عما ينشأ عنها من أضرار على أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الاعمال الشخصية لا المسؤولية الناشئة عن عمل الغير (أي أن الشخص الاعتباري يكون مسؤولا من الوجهة المدنية على أساس أنه هو الذي ارتكب هذا الفعل لا على أساس أن الفعل قد ارتكب من قبل أحد تابعيه) . بل إن الاتجاه الحديث يذهب أيضا الى الاخذ بفكرة المسؤولية الجزائية بالنسبة للشخص الاعتباري ، وفرض العقوبات الجزائية التي تتناسب مع طبيعته عليه (كالغرامة أو الحل) وذلك عن الجرائم التي يرتكبها ممثله باسمه ، فكأن الشخص الاعتباري هو الذي يعتبر في هذه الحالة المرتكب المباشر .

حق التقاضي بالنسبة الشخص الاعتباري : مهما حددت أهلية الشخص الاعتبـاري من حيث الوجوب أو الاداء ، فإن هنالك حقـا يتمتع به هذا الشخص الاعتباري في جميع الاحوال ويستطيع ممارسته وهو حق التقاضي أو المثول أمام القضاء (Le droit d'ester en justice).

ويعتبر هذا الحق من أبرز حقوق الشخص الاعتباري إذ هو يمكنه من المثول أمام القضاء ، كمدع أو مدعى عليه ، باسمه الشخصي وبصورة مستقلة عن مؤسسيه أو أعضائه • ولو لم يعترف للشخص الاعتباري بهذا الحق لكان من الواجب أن ترفعَ الدعاوى المتعلقة به باسم أعضائه جميعا أو عليهم جميعا دون أن يكون للشخص الاعتباري ، كشخص مستقل قائم بذاته ، حق المثول فيها •

ولا بد للشخص الاعتباري لكي يستطيع اقامة الدعوى باسمه ، من أن تكون له مصلحة شخصية مباشرة فيها ، لان الدعوى بوجـه عام لا تقبل إلا من صاحب المصلحة • ومن السهل إثبات المصلحـة العائدة للشخص الاعتباري فيما إذا كان الامر يتعلق بذمته المالية ، كأن يرفع الشخص الاعتباري الدعوى للمطالبة بتنفيذ عقد أجراه مع الغير أو ازالة اعتـداء واقع على أمواله أو نحو ذلك • ولكن هل يمكن للشخص الاعتباري ، أو لبعض أنواع الشخص الاعتباري ، أن تمثل مصالح جماعية تهدف الى تحقيقها وترفع الدعاوى باسمها الشخصي للدفاع عنها • وبصورة خاصة هل يمكن للنقابات المهنية أو للجمعيات مثلا أن ترفع الدعاوى ، لا للدفاع عن حقوقها المالية ، ولكن للدفاع عن مصالح المهنة التي تمثلها أو الفكرة التي تهدف الى تحقيقها ، كالدفاع مثلا عن شرف المهنة وسمعتها أو مقاضاة الذين يسيئون الى غرض الجمعية •

تردد الفقه والاجتهاد في الاعتراف للشخص الاعتباري بحق اقامة

الدعاوى باسمه للدفاع عن هذه المصالح الجماعية ، خاصة وأن هـذه المصالح تختلط في كثير من الاحيان ، كما في النقابات مثلا ، مع المصالح الفردية لاعضاء الشخص الاعتباري • غير أن الاتجاه السائد حاليـا ، سواء في الفقه أو الاجتهاد أو التشريع ، هو السماح للنقابات المهنية ، في اقامة الدعاوى باسمها الشخصي للدفاع عن المصالح العامة للمهنة ، كاقامة الدعوى على أحد المنتجين مثلا لمطالبته بالتعويض عن الاضرار المادية والمعنوية التي يسببها للمهنة بوجه عام من جراء غشه لبضاعته • كما أن هنالك بعض المحاولات للاعتراف بمثل هذا الحق للجمعيات أيضا بحيث تتمكن من اقامة الدعوى باسمها الشخصي على الاشخـاص الذين يسيئون بتصرفاتهم أو أفعالهم الى الغرض الذي تهدف إليـه وتدافع عنه •

ويمثل الشخص الاعتباري في الدعاوى التي ترفع باسمه أو عليه نائبه الذي يعمل لحسابه ويحق له تمثيله من الوجهة القضائية • ويقوم هذا النائب بكافة الاعمال والاجراءات الواجب اتخاذها في الدعوى ، فتعتبر هذه الاعمال والاجراءات كأنها صادرة عن الشخص الاعتباري نفسه • وقد اختلف الفقهاء حول ما إذا كان يحق لنـائب الشخص الاعتباري أن يقوم بالاقرار عنه أو حلف اليمين ، والرأي الراجح حاليا هو قبول الاقرار من هذا النائب واعتباره ملزما للشخص الاعتباري وكذلك امكان توجيه اليمين إليه ضمن بعض الشروط •

الفرع الثالث

CLASSIFICATION DES PERSONNES MORALES

تعداد أنواع الاشخاص الاعتبارية — أنواع الاشخاص الاعتبارية الخاصة : الجمعيات ، الشركات ، المؤسسات ، الاوقاف

تعداد أنواع الاشخاص الاعتبارية :

عددت المادة ٥٤ من القانون المدني السوري أنواع الاشخاص الاعتبارية فنصت على ما يلي :

« الاشخاص الاعتبارية هي :

١ — الدولة والمحافظات والبلديات بالشروط التي يحددها القانون ، والمؤسسات العامة وغيرها من المنشآت التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية .

٢ — الهيئات والطوائف التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية .

٣ — الاوقاف .

٤ — الشركات المدنية والتجارية .

٥ — الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقا للاحكام التي ستأتي فيما بعد .

٦ — كل مجموعة من الاشخاص أو الاموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص بالقانون » .

ويلاحظ أن التعداد الذي أوردته هذه المادة حصري ، وأن الشخصية الاعتبارية لا تثبت إلا للانواع المذكورة فيها . غير أن الفقرة

الاخيرة من المادة المشار إليها تفسح المجال لايجاد أنواع جديدة من الاشخاص الاعتبارية ، على أن يتم ذلك بنص تشريعي .

كما يلاحظ أيضا أن الانواع المذكورة في هذه المادة يمكن أن تقسم الى فئتين : أشخاص اعتبارية عامة وأشخاص اعتبارية خاصة .

فالاشخاص الاعتبارية العامة هي : الدولة والمحافظات والبلديات، والمؤسسات العامة أو غيرها من المنشآت التي يرى المشرع أن يعترف لها باستقلال ذاتي وميزانية خاصة يساعدانها على تحقيق أهدافها على الوجه الاكمل فيمنحها الشخصية الاعتبارية (كالجامعات مثلا) . ولن نتعرض في هذا البحث لهذه الاشخاص الاعتبارية العامة باعتبار أن دراستها ترجع الى مواد القانون العام ، وبصورة خاصة الى مادة القانون الاداري .

أما الاشخاص الاعتبارية الخاصة فهي : الهيئات والطوائف التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية ، والاوقاف ، والشركات المدنية والتجارية ، والجمعيات ، والمؤسسات .

وسنقتصر فيما يلي على اعطاء لمحة موجزة عن كل من الجمعيات والشركات والمؤسسات والاوقاف . أما الهيئات والطوائف فلن نتعرض لدراستها باعتبار أن الشخصية الاعتبارية لا تثبت لها بصورة عامة وإنما هي تتوقف على اعتراف الدولة بهذه الشخصية بالنسبة لكل منها.

وتجدر الاشارة هنا الى أن الانواع الاربعة من الاشخاص الاعتبارية التي سنعمد الى دراستها يمكن أن تصنف في زمرتين : الاشخاص الاعتبارية التي هي عبارة عن مجموعات أشخاص وتتألف من الجمعيات والشركات ، والاشخاص الاعتبارية التي هي عبارة عن مجموعات أموال وتشمل المؤسسات والاوقاف .

الجمعيـات (Les associations) :

كان القانون المدني السوري قد خصص بعض مواده لتنظيم أحكام الجمعيات والمؤسسات (وهي المواد ٥٦ الى ٨٢ المنصوص عنها في الباب التمهيدي) • غير أن هذه المواد قد ألغيت بالمرسوم التشريعي رقم ٩٣ الصادر بتاريخ ١٩٥٨/٧/٨ (والمعدل بالمرسوم التشريعي رقم ٢٢٤ المؤرخ في ١٩٦٩/٩/٢١) ، كما ألغيت أيضا بعض القوانين الخاصة الاخرى المتعلقة بهذا الموضوع ، واستعيض عنها جميعا بالاحكام التي قررها المرسوم التشريعي المشار إليه • والاختلاف الجوهري بين هذا المرسوم التشريعي والقوانين السابقة هو زيادة رقابة الدولة على الجمعيات والمؤسسات وتعليق نشوئها على تسجيلها لدى السلطات الادارية المختصة •

تعريف الجمعيـة : كانت المادة ٥٦ من القانون المدني تعرف الجمعية بأنها « جماعة ذات صفة دائمة مكونة من عدة أشخاص طبيعية أو اعتبارية لغرض غير الحصول على ربح مادي » • أما قانون الجمعيات الاخير فيعرفها بأنها « جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة تتألف من أشخاص طبيعية أو اعتبارية لغرض غير الحصول على ربح مـادي » •

وتتبين من هذين النصين أن مفهوم الجمعيـة يرتكز على عـدة عناصر ، وهي :

١ — وجود مجموعة من الاشخاص تتألف منهم الجمعية • وبهذا تختلف الجمعية عن المؤسسة ، إذ أن المؤسسة ليست مجموعة أشخاص، وإنما هي عبارة عن مجموعة أموال •

ومن الممكن أن يكون أعضاء الجمعية من الاشخاص الطبيعيـين أو الاشخاص الاعتبارية ، وقد يكون أعضاؤها جميعا من أحد هذين النوعين من الاشخاص فقط (فاتحاد الجمعيات الخيرية مثلا هو عبارة

عن جمعية تتألف من مجموع الجمعيات التي تنضم الى هذا الاتحاد) .

٢ — أن يكون للجمعية غرض مشروع هو غير الحصول على ربح مادي . وبهذا تتميز الجمعية عن الشركة التي هي عبارة عن مجموعة أشخاص أيضا ولكن هدفها تحقيق الارباح المادية واقتسامها بين الاعضاء .

ولا فرق بين أن يكون الغرض الذي تسعى إليه الجمعية هو تحقيق مصلحة عامة ، كما في الجمعيات الخيرية مثلا ، أو تحقيق مصلحة خاصة بأعضائها ، كما في النقابات المهنية . فالنقابات المهنية تدخل في عداد الجمعيات ، وإن كانت تهدف الى تحقيق مصالح خاصة بأعضائها . طالما أن غرضها لا يتناول تحقيق الارباح المادية وتوزيعها على المنتسبين إليها (أما الجمعيات التعاونية فقد اختلف الفقهاء بشأنها ، إذ اعتبرها البعض من قبيل الشركات لان الغرض المادي أساس فيها ، بينما يعتبرها البعض الآخر من قبيل الجمعيات لانها لا تسعى الى تحقيق الارباح وتوزيعها على الاعضاء) .

٣ — أن يكون للجمعية تنظيم مستمر ، ويقصد بذلك ألا يكون اجتماع الاشخاص الذين تتألف منهم الجمعية لامر وقتي عارض ، وإنما أن يكون لاجتماعهم تنظيم معين من جهة وشيء من الاستمرار من جهة ثانية . وعلى هذا فاجتماع عدد من الاشخاص لحضور حفلة ما أو الاستماع الى احدى المحاضرات لا يؤدي الى تكوين جمعية بينهم .

ووجود تنظيم مستمر للجمعية لا يعني أن هذه الجمعية يجب أن تكون دائمة أو أن تنشأ لمدة غير محددة . فالجمعية يمكن أن تنشأ لمدة معينة ، أو غير معينة ، كما أوضح ذلك قانون الجمعيات ، طالما أن وجودها يتحقق فيه معنى الاستمرار لا الاجتماع الوقتي العارض (وقد كان نص المادة ٥٦ من القانون المدني يوحي بخلاف ذلك ، إذ يصعب تطبيق تعريفه للجمعية بأنها « جماعة ذات صفة دائمة » على الجمعيات التي تنشأ لمدة معينة) .

نشوء الجمعية وبدء شخصيتها الاعتبارية : لا بد لنشوء الجمعية وثبوت الشخصية الاعتبارية لها بحسب قانون الجمعيات من اتفاق مؤسسيها على انشائها ووضع نظام مكتوب موقع من قبلهم من جهة . ومن شهر نظامها بتسجيله لدى الجهات الادارية المختصة من جهةثانية.

ويجب أن يشتمل النظام المكتوب الذي يوضع للجمعية على البيانات الآتيـة :

أ — اسم الجمعية ، والغرض منها ، ومركز ادارتها على أن يكون هذا المركز في الجمهورية العربية السورية .

ب — اسم كل من الاعضاء المؤسسين ولقبه وسنه وجنسيتـه ومهنته وموطنه .

ج — موارد الجمعية وكيفية استغلالها والتصرف فيها .

د — الهيئات التي تمثل الجمعية واختصاصات كل منها وتعيين الاعضاء الذين تتكون منهم وطرق عزلهم .

هـ — حقوق الاعضاء وواجباتهم .

و — طرق المراقبة المالية .

ز — كيفية تعديل نظام الجمعية وكيفية ادماجها أو تقسيمها أو تكوين فروع لهـا .

ج — قواعد حل الجمعية والجهة التي تؤول إليها أموالها .

أما الشهر فلم يكن يعتبر بحسب القانون المدني شرطا لاكتساب الجمعية الشخصية الاعتبارية ، بل كانت المادة ٦٠ منه تنص على أن الشخصية الاعتبارية للجمعية تثبت بمجرد انشائها ، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية قبل الغير إلا بعد أن يتم شهر نظام الجمعية . فأثر الشهر بحسب القانون المدني يقتصر على امكان الاحتجاج بشخصية الجمعية الاعتبارية تجاه الغير فقط ، أما بحسب قانون الجمعيات فالشهر شرط لاكتساب الجمعية الشخصية الاعتباريـة .

ويتم شهر نظام الجمعية بمجرد قيده في السجل المعد لذلك، وينشر ملخص القيد في الجريدة الرسمية • وتقوم الجهة الادارية المختصة ، وهي وزارة الشؤون الاجتماعية ، باجراء الشهر خلال ستين يوما من تاريخ طلبه ، فإذا مضت الستون يوما دون اتمامه اعتبر الشهر واقعا بحكم القانون • كما أن الجهة الادارية المختصة تستطيع رفض الشهر بقرار تصدره خلال المدة المحددة ، ويمكن لذوي الشأن التظلم من هذا القرار ، وحينئذ لا بد من البت في هذا التظلم بقرار مسبب •

ادارة الجمعية وأعمالها : يتولى ادارة الجمعية وتسيير أمورها وتمثيلها نوعان من الهيئات وهما : الهيئة العامة من جهة ومجلس الادارة من جهة ثانية ، كما يكون لها مدير يعينه مجلس الادارة •

أما الهيئات العامة فتتألف من جميع الاعضاء العاملين الذين وفوا الالتزامات المفروضة عليهم وفقا لنظام الجمعية ، ومضى على عضويتهم مدة سنة على الاقل • وقد حدد القانون كيفية دعوة الهيئة العامة واختصاصاتها وأسلوب التصويت فيها ، ويعود إليها بصورة عامة اتخاذ القرارات الهامة المتعلقة بالجمعية •

وأما مجلس الادارة فيحدد نظام الجمعية اختصاصه وطرق تعيين أعضائه وانتهاء عضويتهم • ويتولى هذا المجلس بصورة عامة ادارة شؤون الجمعية وله في سبيل ذلك القيام بأي عمل من الاعمال عدا تلك التي ينص نظام الجمعية على ضرورة موافقة الهيئة العامة عليها قبل اجرائها •

ويجيز القانون لمجلس الادارة أن يعين مديرا من أعضائه أو غير أعضائه يفوضه التصرف في أي شأن من الشؤون الداخلة في اختصاصه، ويكون لهذا المدير القيام بالاعمال الداخلية في الجمعية والاشراف على تنفيذ قرارات الهيئة العامة ومجلس الادارة ، ما لم يرد نص في نظام الجمعية بخلاف ذلك •

وقد فرض القانون بعض القيود على أهلية الجمعية في اكتساب الحقوق واجراء التصرفات، من ذلك مثلا ما نص عليه من أنه « لا يجوز أن تكون للجمعية حقوق ملكية أو أيـة حقوق أخرى على عقـارات إلا بالقدر الضروري لتحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله — ولا يسري هذا الحكم على الجمعيات الخيرية والثقافية — كما يحظر على الجمعية أن تحتفظ برصيد نقدي يزيد على ثلاثة أمثال المصروفات السنويـة للادارة إلا باذن من الجهة الادارية المختصة » وكذلك النص القاضي بمنع الجمعيات من « الدخول في مضاربات مالية » أو منعها من القيام بنشاط يجاوز « الغرض الذي أنشئت من أجله » ونحو ذلك .

وللقضاء حق الرقابة على أعمال الجمعية إذ نص القانون على أن « كل قرار من الهيئة العامة » أو مجلس الادارة أو المدير يصدر مخالفا للقانون أو لنظام الجمعية يجوز إبطاله بحكم من المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها مركز الجمعية » بل إن القانون قد أجاز « للجهة الادارية المختصة في حالة الاستعجال وقف العمل بأي قرار يصدر من مجلس ادارة الجمعية أو هيئتها العامة أو من مديرها إذا رأت أنه مخالف للقانون أو للنظام العام أو للآداب » ، واشترط القانون في ذلك أن ترفع دعوى ببطلان هذا العمل خلال الثلاثين يوما التالية لصدور قرار الوقف .

زوال الجمعية وتصفية أموالها : يجوز حل الجمعية اختياريا أو اجباريـا .

أما الحل الاختياري فهو من اختصاص الهيئة العامة، ويقرر بأغلبية ثلثي أعضائها ما لم يرد في النظام نص يشترط أغلبية أكثر من ذلك .

أما الحل الاجباري فيفرض بقرار مسبب من وزير الشـؤون الاجتماعية والعمل في احدى الحالات التي نصت عليها المادة ٣٦ من قانون الجمعيات المعدل بالمرسوم التشريعي رقم ٢٢٤ لعام ١٩٦٩ المشار

إليه آنفا . ويكون قرار حل الجمعية قطعيا وغير قابل لاي طريق من طرق المراجعة .

وحل الجمعية يؤدي الى زوالها بحيث يمتنع بعد ذلك على ممثليها وموظفيها مواصلة نشاطها ، كما يمتنع ذلك على كل شخص علم بالحل.

ويعين للجمعية التي حلت مصف أو أكثر « ويقوم بهذا التعيين الجهة التي أصدرت قرار الحل » .

وينص القانون على أنه « لا يجوز أن ينص في نظام الجمعية على أن تؤول أموالها عند الحل الى الاعضاء أو الى ورثتهم أو أسرهم . ولا يسري هذا الحكم على المال الذي يخصص لصندوق الاعانات المتبادلة أو لصندوق المعاشات كما لا يسري على الحصص في الجمعيات التعاونية » .

لهذا فإن الاموال الباقية بعد تصفية الجمعية ووفاء ديونها والتزاماتها ، لا توزع على أعضاء الجمعية ، كما هو الحال بالنسبة للشركات مثلا ، وإنما هي توجه الى الجهة التي يعينها نظام الجمعية . « فإذا لم يوجد في نظام الجمعية نص على ذلك أو وجد ولكن أصبحت طريقة التوزيع المنصوص عليها غير ممكنة وجب على الجهة التي أصدرت قرار الحل متى صار نهائيا أن تقرر توجيه أموال الجمعية المنحلة الى الجمعية أو المؤسسة التي يكون غرضها هو الاقرب الى غرض الجمعية » .

الجمعيات ذات النفع العام : الجمعية ذات النفع العام (D'utilité publique) ، هي الجمعية التي تهدف الى تحقيق مصلحة عامة يصدر مرسوم جمهوري باعتبارها كذلك . فلا يكفي إذن أن يكون غرض الجمعية هو تحقيق مصلحة عامة لتعتبر من الجمعيات ذات النفع العام ، بل لا بد من صدور مرسوم جمهوري يمنحها هذه الصفة . كما

يجوز بمرسوم جمهوري آخر سحب صفة النفع العام من الجمعية بعد منحها إياهـا .

وتختلف الجمعية ذات النفع العام عن غيرها من أنواع الجمعيات في ناحيتين رئيستـين :

فهي تستثنى من قيود الاهلية المتعلقة بتملك الاموال والعقارات ، كما أن من الممكن أن تمنح بعض امتيازات السلطة العامة كعدم جواز الحجز على أموالها أو عدم جواز تملك هذه الاموال بمضي المـدة وجواز قيام الجهة الادارية المختصة بنزع الملكية للمنفعة العامة التي تقوم بها الجمعية .

غير أنها تخضع بالمقابل لرقابة أشد وتدخل أقوى من قبل الدولة في أعمالها وأمورها ، كفحص أعمالها من قبيل مفتشين يعينهم الوزير المختص ، أو اعطاء الحق للدولة في انشاء اتحادات اجبارية بينها أو حضور انتخاباتها أو الغاء هذه الانتخابات أو استبعاد بعض المرشحين منها أو نحو ذلك .

وقد اختلف الفقهاء في اعتبار الجمعيات ذات النفع العام من فئة الاشخاص الاعتبارية العامة أو فئة الاشخاص الاعتبارية الخاصة ، على أن الرأي الراجح هو اعتبارها من هذه الفئة الاخيرة .

الشركات (Les sociétés) :

تعريف الشركة : عرفت المادة ٤٧٣ من القانون المدني عقد الشركة بأنه العقد الذي يلتزم بمقتضاه « شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع ، بتقديم حصة من مال أو عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة » .

ونستطيع أن نعرف الشركة نفسها استنادا الى ذلك بأنها « جماعة

من الاشخاص يضمون جهودهم لتحقيق ربح مالي » . وغرض الربح المالي هو الذي يميز الشركة عن الجمعية كما سبق أن رأينا .

وهناك نوعان من الشركا ت: مدنية وتجارية . وهي تتمتع جميعا بالشخصية الاعتبارية ما عدا شركات المحاصة التي تتميز عن غيرها بأن « كيانها منحصر بين المتعاقدين وبأنها غير معدة لاطلاع الغير عليها — المادة ٣٣١ من قانون التجارة » .

والشركات التجارية هي التي تقوم بأعمال يعتبرها قانون التجارة أعمالا تجارية . وهذه الشركات على أنواع فهي إما أن تكون شركات تضامن « تعمل تحت عنوان معين لها وتؤلف ما بين شخصين أو عدة أشخاص مسؤولين بصفة شخصية وبوجه التضامن عن ديون الشركة — المادة ٥٩ من قانون التجارة » ، أو شركات مساهمة مغفلة « عارية عن العنوان وتؤلف بين عدد من الاشخاص يكتتبون بأسهم أي أسناد قابلة للتداول ولا يكونون مسؤولين عن ديون الشركة إلا بقدر ما اكتتبوا به من المال — المادة ٨٨ من قانون التجارة » ، أو شركات محدودة المسؤولية « لا يسأل الشريك فيها إلا عن حصته في رأس المال ولا يقسم رأس المال الى أسهم — المادة ٢٨١ من قانون التجارة » ، أو شركات توصية « تقوم بأعمالها تحت عنوان ، وتشمل فئتين من الشركاء أولاهما فئة الشركاء المتضامنين الذين يحق لهم دون سواهم أن يقوموا بأعمالها الادارية وهم مسؤولون بصفتهم الشخصية بوجه التضامن عن ايفاء ديون الشركة ، والثانية فئة الشركاء الموصين الذين يقدمون المال ولا يلزم كل منهم إلا بنسبة ما قدمه — المادة ٣١٠ من قانون التجارة » .

أما الشركات المدنية فهي التي لا تقوم بأعمال تجارية .

وتختلف الاحكام المتعلقة بالشركات بحسب نوع كل منها . وهي

تبحث ، بالنسبة للشركات التجارية ، في مادة القانون التجاري ، كما تبحث ، بالنسبة للشركات المدنية ، خلال دراسة العقود المسماة • على أننا سنعطي فيما يلي لمحة موجزة عن الشركات بوجه عام استنادا الى قواعد القانون المدني التي تعتبر القواعد العامة الواجبة التطبيق، بالنسبة لجميع الشركات وحتى التجارية منها ، فيما لم يرد عليه نص خاص في القوانين الأخرى •

نشوء الشركة وبدء شخصيتها الاعتبارية : تنشأ الشركة، بصورة عامة ، بعقد مكتوب يتفق فيه على تكوينها • على أن بعض أنواع الشركات لا بد لها ، بالاضافة الى ذلك ، من الحصول على ترخيص اداري (كالشركات المساهمة مثلا التي لا تنشأ إلا بعد صدور مرسوم جمهوري يرخص بتأسيسها) •

ويعتبر القانون المدني الكتابة شرطا أساسيا في عقد الشركة ، فإذا لم يكن هذا العقد مكتوبا اعتبر باطلا • على أن البطلان في هذه الحالة لا يمكن الاحتجاج به قبل الغير ، بمعنى أن الغير يستطيع أن يتمسك ببطلان الشركة التي أنشئت بعقد غير مكتوب ، ولكن الشركاء لا يستطيعون أن يحتجوا تجاهه بذلك ، بل هو يستطيع أن يتمسك بوجود هذه الشركة إذا شاء بالرغم من بطلانها • كما أن البطلان لا يكون له من أثر فيما بين الشركاء أنفسهم إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بـه •

« وتعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا اعتباريا ، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء اجراءات النشر التي يقررها القانون • ومع ذلك للغير إذا لم تقم الشركة باجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها — المادة ٥٧٤ من القانون المدني » •

فخلافا للجمعية التي يتوقف ثبوت الشخصية الاعتبارية لها على

شهرها ، نجد أن الشخصية الاعتبارية للشركة تثبت لها بمجرد تكوينها، وليس للنشر من أثر سوى امكان الاحتجاج بشخصيتها تجاه الغير .

ادارة الشركة وأعمالها : يقوم بادارة الشركة مديروها وفقا للاحكام الخاصة بكل نوع من أنواع الشركات . وقد يكون لبعض الشركات كالشركات المساهمة ، هيئة عامة ومجلس ادارة ، بالاضافة الى رئيس مجلس ادارة يمثلها ويوقع عنها (وينوب عن رئيس مجلس الادارة نائبه في حال غيابه ، كما قد يكون للشركة أعضاء مفوضون بالتوقيع عنها ينتخبهم مجلس الادارة ويحدد اختصاصاتهم) .

وتخضع الشركة لقيود الاهلية التي يخضع لها الشخص الاعتباري بصورة عامة ، كما أن القانون قد يفرض على بعض الشركات شروطا معينة أو يحظر عليها القيام ببعض الاعمال والتصرفات .

وللدولة على بعض أنواع الشركات ، كالشركات المساهمة مثلا ، رقابة خاصة يخولها إياها القانون حماية للمساهمين من تبديد أموالهم أو التلاعب فيها .

زوال الشركة وتصفية أموالها : لزوال الشركات وانقضائها طرق وأسباب متعددة نص عليها القانون المدني بصورة عامة كما نص عليها قانون التجارة بالنسبة للشركات التجارية .

ويمكن أن نجمل هذه الطرق والاسباب فيما يلي :

أ — انقضاء الميعاد المعين للشركة أو انتهاء العمل الذي قامت من أجله (المادتان ٤٩٤ من القانون المدني و ٧٥ من قانون التجارة) .

ب — هلاك جميع مال الشركة أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة في استمرارها ، وكذلك إذا تعهد أحد الشركاء بأن يقدم حصته شيئا معينا بالذات وهلك هذا الشيء قبل تقديمه (المادة ٤٩ من القانون المدني) .

جـ — انسحاب أحد الشركاء من الشركة ، إذا كانت مدتها غير معينة أو اصابته بعارض من عوارض الاهلية أو اعساره أو افلاسه ، وذلك بالنسبة لشركات الاشخاص فقط ، كشركات التضامن ، دون شركات الاموال ، كالشركات المساهمة (المادتان ٤٩٦ و ٤٩٧ من القانون المدني والمادة ٧٦ من قانون التجارة) .

د — موت أحد الشركاء بالنسبة لشركات الاشخاص أيضا دون شركات الاموال . ويعتبر القانون المدني أن موت أحد الشركاء يؤدي الى حل الشركة إلا إذا اتفق الشركاء الآخرون على استمرارها . أما قانون التجارة فيعتبر أن موت أحد الشركاء في شركات الاشخاص لا يؤدي الى انقضاء الشركة إلا إذا وجد نص على ذلك في نظامها (المادتان ٤٩٦ من القانون المدني و ٧٧ من قانون التجارة) .

هـ — اتفاق جميع الشركاء على حل الشركة (المادة ٤٩٧ من القانون المدني) . أما في الشركات المساهمة فيقرر الحل من قبل الهيئة العامة وفقا للشروط التي يحددها القانون (المادتان ٢٢٢ و ٢٦٥ من قانون التجارة) .

و — صدور حكم قضائي بحل الشركة لاي سبب تراه المحكمة مسوغا لهذا الحل (المادتان ٤٩٨ من القانون المدني و ٧٥ من قانون التجارة) .

وانقضاء الشركة يستوجب تصفية اموالها ، فتوفى الالتزامات المترتبة عليها من هذه الاموال ثم يوزع الباقي على الشركاء .

المؤسسات (Les fondations) :

تعريف المؤسسة : سبق ان قلنا ان تنظيم الجمعيات والمؤسسات كان خاضعا لاحكام القانون المدني ، ثم الغيت هذه الاحكام واستعيض عنها بالاحكام التي قررها المرسوم التشريعي رقم ٩٣ الصادر بتاريخ

١٩٥٨/٨/٨ ، والذي سمي بقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة . (والمعدل بالمرسوم التشريعي رقم ٢٢٤ لعام ١٩٦٩) .

وقد عرّف المرسوم التشريعي المشار اليه المؤسسة ، كما عرّفهامن قبل القانون المدني، بأنها « شخص اعتباري ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة لعمل ذي صفة انسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية أو لأي عمل آخر من أعمال البر والرعاية الاجتماعية أو النفع العام دون قصد إلى ربح مادي » .

وتختلف المؤسسة عن الجمعية والشركة في أنها عبارة عن مجموعة أموال لا مجموعة أشخاص . وهي تتفق مع الجمعية ، وتختلف عن الشركة ، في أنها لا تستهدف الحصول على ربح مادي . غير أنها تختلف عن الجمعية مع ذلك في أن غرضها هو دوما القيام بعمل من أعمال البر والرعاية الاجتماعية والنفع العام في حين أن الجمعية يمكن أن يكون غرضها تحقيق مصلحة عامة أو مصلحة خاصة بأعضائها .

والمؤسسات حديثة العهد في بلادنا ، وقد كان يغني عنها في السابق نظام الأوقاف . فالشخص الذي يريد أن يرصد جزءا من أمواله بصورة دائمة لعمل من أعمال البر والنفع العام كان يعمد إلى وقف هذه الأموال على الغرض الذي يريده بدلا من انشاء مؤسسة خاصة بذلك ، غير أن ضيق نظام الاوقاف عن استيعاب جميع الحالات والصور التي تحققها المؤسسات أدى إلى اقتباس فكرة المؤسسة عن النظم الغربية التي عرفت فيها والأخذ بها بالاضافة إلى فكرة الوقف .

ولا يزال انتشار المؤسسات الخاصة ضئيلا في بلادنا ، كما لاتزال الاوقاف هي الغالبة . بل ان المؤسسات الخاصة لم تصادف في النظم الغربية التي نشأت فيها نفس الأهمية والانتشار اللذين عرفتهما الأشخاص الاعتبارية الاخرى كالشركات والجمعيات . وهناك قيود

كثيرة تفرض في تلك النظم الغربية على انشاء المؤسسات ، حتى أن بعضها . كالنظام الفرنسي ، لا يعترف للمؤسسة بالشخصية الاعتبارية إلا إذا صدر مرسوم بمنحها صفة النفـع العـام (Etablissement d'utilité publique.)

نشوء المؤسسة وبدء شخصيتها الاعتبارية : نص القانون على أن « انشاء المؤسسة يكون بسند رسمي أو وصية » .

ويعتبر هذا السند أو هذه الوصية دستورا للمؤسسة ، يجب أن يشتمل على البيانات الآتية :

أ — اسم المؤسسة ومركزها على أن يكون هذا المركز في الجمهورية العربية السورية .

ب — الغرض الذي انشئت لتحقيقه .

جـ — بيان دقيق للأموال المخصصة لهذا العمل .

د — تنظيم إدارة المؤسسة بما في ذلك اسم مديرها .

هـ — البيانات الاخرى التي يصدر بتعيينها قرار مـن الجهـة المختصة » .

ولا تكتسب المؤسسة الشخصية الاعتبارية ، بحسب قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، إلا بعد أن يتم شهرها وفقـا لأحكام هـذا القانون .

« ويعتبر انشاء المؤسسة بالنسبة إلى دائني المنشىء وورثته هبة أو وصية . فاذا كانت المؤسسة قد أنشئت إضرارا بحقوقهم ، جاز لهم مباشرة الدعاوى التي يعتمدها القانون في مثل هذه الحالة بالنسبة إلى الهبات والوصايا » ، أي يجوز لهؤلاء الدائنين أو الورثة ابطال التصرف المنشىء للمؤسسة إذا توافرت لديهم الأسباب القانونية التي تخولهم ذلـك .

كما يجوز لمن أنشأ المؤسسة بسند رسمي أن يعدل عنها بسند رسمي آخر ، على أن يتم هذا العدول قبل شهر المؤسسة ، أما بعد الشهر فلا يجوز العدول • ويرى بعض الفقهاء أن يطبق هذا الحكم على المؤسسة التي انشئت عن طريق الوصية ، بحيث لا يسمح بالعدول عنها فيما إذا تم شهرها ، على أن بعض الفقهاء الآخرين يعارضون هذا الرأي لتعارضه مع طبيعة الوصية وأحكامها من حيث أن الأصل فيها هو جواز العدول عنها إلى أن يموت الموصي •

ادارة المؤسسة واعمالها : ليس للمؤسسة أعضاء يشكلون هيئتها العامة أو يقومون بانتخاب مجلس إدارتها ، وإنما هي عبارة عن مجموعة أموال يعين لها مدير أو أكثر لتولي أمورها وتسيير أعمالها وتمثيلها من الوجهة القانونية •

ويعود تعيين المديرين في الاصل، وتحديد اختصاصاتهم وصلاحياتهم ، إلى منشىء المؤسسة نفسه • غير أن للدولة حق الرقابة والتدخل بالنسبة للمؤسسات ، ولعل الدافع إلى رقابتها وتدخلها هو فقدان الهيئات العامة التي تتولى الاشراف على المؤسسات من جهة بالاضافة إلى الرغبة في الحد من توسع هذه المؤسسات وسيطرتها من جهة ثانية •

وقد كان القانون المدني يمنح الدولة حق تقديم الطلب إلى القضاء لاستصدار حكم بعزل مديري المؤسسة في بعض الحالات أو ابطال التصرفات التي قاموا بها مجاوزين حدود اختصاصاتهم أو مخالفين أحكام القانون أو نظام المؤسسة ، أو لاستصدار حكم بتعديل نظام ادارة المؤسسة أو تخفيف التكاليف والشروط المقررة في سند انشائها أو تعديلها أو الغائها إذا كان هذا لازما للمحافظة على أموال المؤسسة وكان ضروريا لتحقيق الغرض من انشائها • أما قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، فقد منح حق اتخاذ هذه الاجراءات للجهة

الادارية المختصة مباشرة ، وهي وزارة الشؤون الاجتماعية ، دون حاجة لاستصدار حكم قضائي بذلك .

كما تتجلى رقابة الدولة على المؤسسات في نواحي أخرى متعددة ومنها مثلا ما يتعلق بحق المؤسسة في قبول الوصايا والهبات ، إذ أن قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة قد حرم على المؤسسة قبول هذه الوصايا والهبات ، أيا كان نوعها ، إلا باذن من الجهة الادارية المختصة .

زوال المؤسسة وتصفية أموالها : ينص قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة على أنه « يسري على المؤسسات بأنواعها من حيث ادماجها وتقسيمها وانشاء فروع لها وتعيين مدير مؤقت لادارتها وحلها وتصفيتها وجواز تحويلها إلى مؤسسة ذات نفع عام ، ما يسري على الجمعيات في هذا الشأن من أحكام » .

وبالرغم من أن القانون يساوي بين الجمعية والمؤسسة من حيث الحل والتصفية ، فان من الواضح أن الحل الاختياري لا يمكن وقوعه بالنسبة للمؤسسة لعدم وجود هيئة عامة لها يعود اليها أمر تقريره .

لهذا فلا يطبق على المؤسسة إلا الحل الاجباري الذي يطبق بالنسبة للجمعية ، كما أن تصفيتها وتوجيه الفائض من أموالها بعد التصفية إنما يخضع لنفس الأحكام التي تخضع لها الجنعية في هذا الشأن .

الاوقاف (Les Wakfs) :

تعريف الوقف : الوقف نظام قانوني عرفته الشريعة الاسلامية وفصلت أحكامه ، وقد كان هو الطريقة الوحيدة المتبعة في بلادنا في رصد الاموال لأعمال الخيروالبر قبل أن تعرف المؤسسة كما سبق أن ذكرنا .

ويعرف فقهاء الشريعة الاسلامية الوقف بأنه « حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة » • ومعنى ذلك أن الأعيان أو الاموال الموقوفة تخرج عن ملكية الواقف لا إلى مالك جديد وإنما تعتبر كأنها قد أصبحت على حكم ملك الله تعالى ، أما المستحقون من الوقف فلا يملكون الأموال المرصدة لأجله ، بل يقتصر حقهم على الاستفادة من منافعه فقط •

والاصل في أحكام الشريعة الاسلامية أن الوقف مؤبد ، بمعنى أن منافعه يجب أن تؤول ابتداء أو انتهاء إلى جهة بر لا تنقطع • فقد تخصص هذه المنافع ابتداء إلى جهة بر لا تنقطع كما في الاوقاف الخيرية التي توقف على المستشفيات أو دور التعليم أو الفقراء مثلا ، وقد تخصص هذه المنافع ابتداء إلى اشخاص معينين ثم تؤول من بعدهم إلى جهة بر لا تنقطع كما في الأوقاف الذرية التي توقف أولا على ذرية الواقف ثم تؤول بعد انقراض المستحقين إلى جهة من جهات البر (وقد أجاز قانون الوقف المصري أن يكون الوقف مؤقتا ولم يشترط التأبيد إلا في الوقف على المساجد) •

ويلاحظ أن المرسوم التشريعي رقم٧٦الصادر بتاريخ ١٩٤٩/٥/١٦ قد الغى الوقف الذري ومنع انشاءه ، كما قضى بتصفية الاوقاف الذرية الموجودة سابقا • وعلى هذا فلا يجوز أن تنشأ حاليا في بلادنا سوى الأوقاف الخيرية دون الذرية (انظر أيضا المادة ١٠٠٣ من القانون المدني) •

والوقف يشابه المؤسسة إلى حد كبير ، فهو عبارة عن مجموعة أموال تخصص لغرض من أغراض الخير والبر ، غير أنه يختلف عنها في أحكامه التي تستمد كلها من أحكام الشريعة الاسلامية •

نشوء الوقف وبدء شخصيته الاعتبارية : ينشأ الوقف بتصرف ارادي

يعبر فيه الواقف عن ارادته الحازمة في انشائه وفقا للشروط التي تحددها الشريعة الاسلامية فى ذلك .

ويرى أغلب الفقهاء المسلمين أن المال الموقوف يجب أن يكون عقارا أو منقولا تابعا للعقار الموقوف أو متعارفا على وقفه (على أن قانون الوقف المصري قد أجاز وقف الأموال المنقولة اطلاقا دون تحديد) .

وحين يكون المال الموقوف عقارا فلا بد من تسجيل الوقف الواقع عليه في السجل العقاري ليمكن الاحتجاج به تجاه الغير (المادة ١٠٠٠ من القانون المدني) .

وقد جرى التعامل على تسجيل الوقف في صك يسمى بكتاب الوقف أو الحجة الوقفية تفصل فيه شروط الواقف ويعتبر بمثابة نظام لهذا الوقف .

أما الشخصية الاعتبارية للوقف فلم يعترف بها بشكل واضح لدى جميع المذاهب الاسلامية ، بل إن فقهاء المذهب الحنفي يرون بأن الوقف لاذمة له . غير أن الاحكام الشرعية التي تطبق بالنسبة للوقف توحي بوجود شخصية مستقلة له ، وهذا ما دعا قانوننا المدني إلى الاعتراف له صراحة بهذه الشخصية ، إذ أورد الاوقاف ضمن الأشخاص الاعتبارية التي عددتها المادة ٥٤ منه . وتثبت الشخصية الاعتبارية للوقف بمجرد نشوئه ووجوده .

ادارة الوقف وأعماله : يكون للوقف متول أو ناظر يمثله ويدير شؤونه ، وهو يعين في الاصل بحسب الشروط التي حددها الواقف ، فاذا لم يوجد من تتوافر فيه هذه الشروط انتقلت النظارة أو التولية إلى مديرية الأوقاف أو عين القاضي المتولي الذي يصلح لهذه المهمة .

ويخضع المتولي إلى اشراف ورقابة مديرية الأوقاف والقاضي

الشرعي ، ويتوجب عليه بالنسبة لبعض التصرفات الحصول على اذن مسبق من القاضي بها .

زوال الوقف وتصفية أمواله : بالنسبة للوقف الموقت الذي اخذ به القانون المصري فانه ينقضي بانتهاء مدته أو انقراض الموقوف عليهم.

أما الوقف المؤبد فلا يتصور انتهاؤه أو زواله مهما مر عليه من زمن لأنه موقوف ابتداء او انتهاء على جهة بر لا تنقطع . ومن الممكن أن تستبدل بأموال الوقف أحيانا أموال غيرها أو أن تنشأ عليها حقوق عينية مختلفة دون أن يؤدي ذلك إلى زوال الوقف نفسه كشخص اعتباري.

على أن من الممكن مع ذلك أن يزول الوقف المؤبد في حالة استثنائية فيما إذا كان هذا الوقف واقعا على أموال منقولة فقط وهلكت هذه الأموال بكاملها .

كما أن من الممكن في جميع الأحوال زوال الوقف ، فيما إذا صدر قانون يقضي بحله ، كما حدث بالنسبة للاوقاف الذرية في بلادنا .

وحين يزول الوقف تنتهي شخصيته الاعتبارية ، وتوزع أمواله بعد التصفية على الجهات التي تستحقها وقت الحكم بزواله .

للقراءة

من أشهر المؤلفات التي عالجت موضوع الشخص الاعتباري بصورة عامة الكتاب التالي للاستاذ الفرنسي ميشو :

Michoud : La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 2 vol., 3e éd. par Trotabas, 1932

وتعالج هذا الموضوع عادة كتب القانون الخاص ، وخاصة منها المؤلفات التي تتناول بحث الاشخاص ، وكذلك كتب القانون العام ، باعتبار أن الاشخاص الاعتبارية قد عرفت في نطاق كل من هذين القسمين من أقسام القانون ، ولذا يجدر الرجوع ، بالاضافة إلى المراجع العامة المذكورة في هذا الكتاب،إلى مؤلفات القانون الدستوري والقانون الاداري •

مفهوم الشخص الاعتباري وطبيعته ووجوده :

تسمية الشخص الاعتباري : يطلق على الشخص الاعتباري ايضا اسم « الشخص المعنوي أو الشخص الحكمي » • وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري يستعمل التعبيرين معا ، بل كان تعبير الشخص المعنوي هو الغالب فيه • ثم رؤي في لجنة المراجعة ، وهي اللجنة الفنية الاخيرة التي درست مشروع القانون قبل عرضه على المجالس التشريعية المختصة ، الاقتصار على تعبير واحد هو تعبير « الشخص الاعتباري » • انظر مجموعة الأعمال التحضيرية •• ص ٣٦٩ وما بعد •

« وينتقد بعض المؤلفين تفضيل تعبير الشخص الاعتباري على

الشخص المعنوي لأن الأول يتصل بالنظرية القديمة في اعتبار طبيعة هذا الشخص افتراضية واعتبارية ، في حين أن الفقه الحديث أميل إلى اعتبارها حقيقة واقعية أو قانونية على الاقل ، ولذلك يفضلون تعبير الشخص المعنوي » القوتلي ٥٩٣ .

طبيعة الشخصية الاعتبارية : خصص الاستاذ ميشو جانبا مهما من الجزء الأول من كتابه المشار اليه آنفا لاستعراض النظريات والآراء المختلفة حول طبيعة الشخص الاعتباري ومناقشتها ، وبيان النظرية التي يأخذ بها في هذا المجال وهي التي أطلقنا عليها اسم نظرية المصالح المشتركة .

وليس بوسعنا أن نعدد هنا كل هذه النظريات والآراء ، وانما نكتفي بأن نقتطف من كتاب الاستاذ ميشو بعض المقاطع التي يشرح بها النظريات الرئيسية التي اقتصرنا عليها خلال بحث هذا الموضوع .

١ — **نظرية الافتراض القانوني** : « لما كان الانسان هو وحده الشخص الحقيقي ، فلا يمكننا أن نفسر فكرة الشخصية الممنوحة إلى غير الكائنات البشرية إلا عن طريق الافتراض القانوني . فالمشرع ، بدافع المصلحة العامة ، يفترض وجود شخص وهمي ، ويعامله جزئيا كما لو كان شخصا حقيقيا . وبهذا يجعل المشرع ممكنا وجود حقوق تعود إلى هذا الشخص الذي يتصوره ، ويدخلها في قواعده العامة .

ينتج من هذا المفهوم الأولي أن الدولة تظل صاحبة السلطة المطلقة في هذا الافتراض الذي تقوم به . فالشخصية الاعتبارية ليست وليدة الواقع ، وإنما هي عبارة عن منحة يمنحها القانون لبعض المجموعات التي يجدها أهلا لذلك » Michoud, t. 1, p. 16 et 17 .

٢ — **نظرية الشخصية الحقيقية** : ذكرنا أن هنالك عددا من

المذاهب التي تتصل بهذه النظرية محاولةاثبات الوجود الحقيقي الواقعي للشخصية الاعتبارية • وقد تعرضنا منها إلى مذهبين ، وهما : مذهب الارادة المشتركة ، ومذهب المصالح المشتركة •

أ — **مذهب الارادة المشتركة :** يبنى هذا المذهب على أساس تعريف الحق بأنه سلطة ارادية ، وهو يحاول اثبات حقيقة الشخص الاعتباري باثبات وجود الارادة المستقلة له المتميزة عن ارادة الافراد •

ويعدد الاستاذ ميشو بعض النظريات التي حاولت اثبات وجود الارادة لدى الشخص الاعتباري واظهارها ، ومن بينها نظرية الفقيه الالماني جلينك ، حيث يذكر ميشو،في معرض شرحه لها ، أن «جلينك يرى أن طرف الحق يجب ان تكون له بالضرورة ارادة شخصية • غير أن الدولة في نظره ، ككل شخص اعتباري ، قادرة على أن تكون لها ارادة لا وهم فيها • ونحن نعتبر هذه الارادة ، على حد قوله ، كارادة متميزة ، بسبب نفس الضرورة التي تدفعنا إلى أن نقبل وحدة الشخص الاعتباري • فبمجرد وجود هذه الوحدة ، يجب علينا ، على الأقل من الوجهة العملية ، أن نعترف لها بالتصرفات الارادية التي توجهها نحو هدفها • وهذه التصرفات تكون في عالم الطبيعة عبارة عن تصرفات ارادية للافراد ، أما في عالم القانون فهي تصرفات ارادية للجماعة •• »

. Michoud. 98 et 99

ب — **مذهب المصالح المشتركة : هذا المذهب هو ، كما ذكرنا ،** المذهب الذي يأخذ به الاستاذ ميشو نفسه • وينطلق ميشو في عرضه لمذهبه من تعريف للحق يقارب تعريف ايهرنج ، فيرى أن الحق هو « المصلحة التي تعود للانسان أو لمجموعة من الناس ، والتي يحميها القانون بواسطة السلطة المعترف بها للارادة بأن تمثل هذه المصلحة وتدافع عنها ••• وإذا كان القانون يريد أن يلبي حاجات الانسانية ،

وأن يستخلص الصيغة التي تعبر بأدق ما يمكن عن العلاقات القائمة في المجتمع البشري ؛ فان عليه ألا يقتصر فقط على حماية مصلحة الفرد ، بل من واجبه أن يحمي أيضا وأن يرفع إلى مصاف الحقوق المصالح المشتركة والمستمرة للمجموعات الانسانية • كما عليه بالتالي أن يسمح لهذه المجموعات بأن تكون ممثلة بارادات تعمل باسمها ، أو بتعبير آخر ، عليه أن يعاملها كأشخاص اعتبارية • فالاعتراف للمجموعة بالمشروعية هو في نفس الوقت اعتراف بأن المصلحة التي تسعى إلى تحقيقها تستحق الحماية ، وهو بالنتيجة اعتراف ضمني لهذه المجموعة بالشخصية القانونية » • Michoud, 107, 115 et 116 .

٣ ـــ **نظرية الملكية المشتركة** : « بحسب الاستاذ بلانيول ، فكرة الشخصية الاعتبارية ما هي سوى « مفهوم بسيط ، ولكنه مفهوم سطحي يخفي عن الاعين استمرار الملكية المشتركة ، حتى أيامنا هذه، إلى جانب الملكية الفردية » ••• على أن الاستاذ بلانيول يصر بحق ، من جهة ثانية ، على ضرورة اعتماد نظام خاص لادارة الاموال المشتركة، من أبرز صفاته أنه يخرج هذه الاموال عن نطاق الارادات الفردية للاعضاء ؛ وهذا ما يميزها بوضوح عن الاموال المملوكة على الشيوع» • Michoud, 62 et 63 .

وانظر أيضا بالنسبة لنظرية الاستاذ بلانيول ، وكذلك النظريات الاخرى ؛ الكتاب التالي :

Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français t, 1, par Savatier, Nos. - 69 - 73.

تقدير هذه النظريات : يلاحظ الفقهاء أن كلا من هذه النظريات ، على ما بينها من اختلاف وتباين ، قد صادفت رواجا في وقت من الاوقات . ولعل ذلك بسبب ملاءمة كل منها لمقتضيات العصر الذي راجت فيه « فنظرية الفرض القانوني تلائم العصور التي يشتد فيها

ساعد السلطة العامة ، لانها تجعل لهذه السلطة سيطرة تامة على انشاء الاشخاص المعنوية وطريقة آدائها لوظائفها ... أما نظريـة الشخص الحقيقي ، فهي وليدة مذاهب الحرية الشخصية ، وقد كان ظهورها بمثابة رد فعل ضد الحكم المطلق ، بغية سلب السلطة العامة كل سيطرة على انشاء الاشخاص المعنوية ورقابتها ... وكذلك نظرية الملكيـة المشتركة ، فقد كان ظهورها نتيجة للمذاهب الاشتراكية في القانون ، وبمثابة رد فعل ضد المذاهب الفردية وبغية اعلاء شأن المصالح المشتركة دون اضعاف السلطة العامة كما تؤدي اليه نظرية الشخص الحقيقي ، ودون تخويل هذه السلطة العامة السيطرة التامة على تلك المصالـح المشتركة كما تؤدي اليه نظرية الفرض القانوني » مرقس ٣٧٤و٣٧٥ .

ويلخص الدكتور مرقس أيضـ مقدار ما في كل من هذه النظريات من مطابقة للواقع فيقول :

« ١ ــ إن نظرية الملكية المشتركة أقرب إلى تصوير الواقع فيمـا يتعلق بالشركات ، لان المال المشترك عنصر أساسي فيها ، ولان الغرض منها هو تنمية ذلك المال ، ولان الاشخاص الذين تسند اليهم ملكيـة هذا المال المشترك يمكن حصرهم .

٢ ــ ان نظرية الشخص الحقيقي أكثر انطباقا على الجمعيات ، لان الجمعية عنصرها الاساسي ليس المال ، وانمـا الغـرض الذي تألفت لتحقيقه ، ولان الاشخاص الذين تتألف منهم ليسوا معينين حتى يمكن أن تسند اليهم ملكية مشتركة ، ولان احتكاك آرائهم ينتج فعلا رأيا قد يكون مغايرا لرأي كل واحد منهم ، مما يدل على أن للجماعة ارادة غير ارادة كل واحد من أعضائها .

٣ ــ ان نظرية الفرض القانوني تصدق على المؤسسات أكثر مـن غيرها ، إذ ليس فيها أشخاص يمكن تعيينهم تعيينا دقيقا لاسناد الملكية

المشتركة اليهم ، أو يمكن أن ينتجمن احتكاك آرائهم رأي مستقل يعتبر هو رأي المؤسسة ، فلا يصدق اعتبارها شخصا حقيقيا ، ولا يصح وصفها بأنها ملكية مشتركة ، ولا غنى إذن عن الالتجاء في شأنها إلى نظرية الفرض القانوني » مرقس ٣٧٥ و ٣٧٦ .

وقد حاول بعض الفقهاء المصريين أن يوفقوا بين نظريتي الافتراض القانوني والشخصية الحقيقية فذهبوا إلى أن « الشخصية الاعتبارية حقيقة قانونية ، فلا يكون هناك شخص اعتباري إلا إذا كانت هيئة من الهيئات أو مشروع من المشروعات قد استوى نظاما قانونيا قائما بذاته فمنحه المشرع لذلك الشخصية القانونية .

ومقتضى هذاالرأي أن المشرع هو الذي يمنح الشخصية القانونية لمن تتوافر فيه شروطها لانه ليس هناك شخص اعتباري بطبيعته . على أن المشرع لا يمنح الشخصية القانونية اعتباطا ، انما تفترض الشخصية قيام نظام قانوني مستوف لشرائطه وأركانه ...

وإذا استوفى النظام القانوني شرائطه ولم يمنحه المشرع الشخصية القانونية فانه لن يعتبر شخصا من أشخاص القانون ، لان الشخص الاعتباري وان لم يكن فرضا قانونيا فهو حقيقة قانونية ، ولا يتحقق له وجود إلا اذا أقر القانون بوجوده . وإذا اتفق الافراد على تكوين جمعية أو قرر احد الاشخاص انشاء مؤسسة فان الشخصية الاعتبارية لن تكون وليدة ذلك الاتفاق أو الارادة الفردية ، انما الشخصية القانونية تنشأ في جميع الاحوال بحكم القانون . ذلك أنه ليس فيوسع الافراد أن يستحدثوا في عالم القانون أشخاصا فيترتب على ذلك من الآثار ما يتجاوز نطاق اتفاقاتهم الفردية .

وقد أخذ فعلا بهذا الرأي القانون المدني الجديد ، فقد وردتأنواع الاشخاص الاعتبارية بالمادة ٥٢ من ذلك القانون ــ المادة ٥٤ منالقانون

السوري ـ على سبيل الحصر ؛ ولم يقر القانون لغيرها بالشخصية الاعتبارية « إلا إذا كان هناك نص خاص يثبت لها تلك الشخصية » شحاته ١٢١ و ١٢٢ .

ونحن أميل إلى الاخذ بهذا الرأي . فالشخصية الاعتباريـة ليست افتراضا أو وهماً ، بل هي حقيقة واقعة . ولكن هذه الشخصية ليست من الحقائق الطبيعية ، وإنما هي من الحقائق القانونية ، ولا يمكن أن توجد في عالم القانون إلا باعتراف المشرع بها ورضاه .

بل نذهب أكثر من هذا فنقول ان الشخصية القانونية للانسان هي نفسها من الحقائق القانونية لا الطبيعية . لا شك أن الانسان ذاته كمخلوق عبارة عن كائن من كائنات الطبيعة . أما الشخصية التـي تسبغ عليه والتي تجعله صالحا لأن يكون طرفا من أطراف الحق فهي مفهوم قانوني يدخل في نطاق الحقائق القانونية . وإذا كانت شخصية الانسان من الوجهة القانونية ترتبط في عصرنا الحاضر بوجوده المادي أو شخصيته الطبيعية ، فان هذا يجب ألا يدفعنا إلى الخلط بين الامرين، إذ من الممكن أن تتصور الوجود الطبيعي للانسان دون أن تكون لـه الشخصية القانونية ، كما كان الامر مثلا بالنسبـة للارقاء في بعض العصـور .

وفي هذا المعنى يقول الاستاذ مازو : « يبدو جيدا أن الفرضية التي ترتكز اليها هذه النظريات هي غير صحيحة . فبالنسبة اليها ، الكائن الانسُاني هو بالضرورة شخص قانوني ، بحيث أن شخصيته التي تنحدر من وجوده الطبيعي ، تعتبر مثله حقيقة طبيعية . ولكن لا شيء أبعـد عن الصواب من هذا . فالشخصية القانونية للكائن الانساني ليست مرتبطة بوجوده الطبيعي : كل شخص طبيعي ليس بالضرورة شخصا قانونيا . والدليل على ذلك أن قسما من الناس ـ وهم الارقاء ـ قد

حرموا ، خلال فترة طويلة ، من الشخصية القانونية ... الشخصية ليست مفهوما عضويا ، وانما هي مفهوم قانوني مجرد . وان معارضة الاشخاص الطبيعيين بالاشخاص الاعتباريين ، والقول بان النوع الاول له وحده وجود مادي ، هو إذن قول خاطىء تماما كمثل التأكيد بأن كلا النوعين من الاشخاص لهما مثل هذا الوجود . هؤلاء الاشخاص لهم نفس الطبيعة القانونية : فشخصية كل منهم عبارة عن حقيقة وليست مجرد افتراض ، ولكنها حقيقة مجردة ... هذه الاشخاص كلها لها وجود بالنسبة للقانون ، ولكن بصرف النظر عن وجودها الطبيعي ...

وإذا كان الأشخاص الطبيعيون يستطيعون أن يعيشوا الحياةالقانونية فما ذلك إلا بارادة المشرع ، ولذا فان من باب أولى أن يكون هذا هو شأن الأشخاص الاعتبارية . الشخصية القانونية هي دوما هبة يمنحها القانون أيا كان المستفيد منها : سواء أكان كائنا طبيعيا أو مجموعة من الكائنات الطبيعية أو مجموعة من الأموال » .

. Mazeaud. 590 et 591

نشوء الشخص الاعتباري وزواله : انظر بالنسبة لهذا البحث بصورة خاصة : القوتلي ، ص ٦٢٧ وما بعد . وأيضا :

Carbonnier, Nos 80 et 83, p. 261 et suiv.

حقوق وخصائص الشخص الاعتباري :

انظر بالنسبة لهذا البحث الجزء الثاني من كتاب الاستاذ ميشو المشار اليه آنفا ، والمراجع العامة وخاصة منها : القوتلي ٦٣٦ — ١٦٠

Carbonnier, Nos 81 et 82, p. 263 et suiv. — Mazeaud p. 617 et suiv.

ارادة الشخص الاعتباري ودور نائبه في التعبير عنها : بعد أن استعرض الاستاذ ميشو النظريات التي لا تعترف بوجود الارادة لدى

الشخص الاعتباري وبين الصعوبات التي تنجم عنها من الوجهة العملية، انتهى إلى القول بأنه « ليست هنالك ، على العكس ، أية صعوبة بالنسبة للنظرية التي تعترف للشخص الاعتباري بالاهلية الطبيعية في الارادة والتصرف ، المشابهة تماما لتلك التي تكون للاشخاص الطبيعيين . فبحسب هذه النظرية ، لا نصل فقط إلى اقرار وجود المسؤولية المدنية للاشخاص الاعتبارية ، ولكن نذهب أيضا بدون صعوبة إلى حد الأخذ بمسؤوليتها الجزائية . فالشخص الاعتباري يستطيع ، كالشخص الطبيعي ، أن يريد الخير أو الشر ، وحين تريد أجهزته أو تتصرف باسمه في نطاق النشاط المرسوم لها ، فانه هو في الواقع الذي يريد ويتصرف ... إن التصرف الذي يقوم به الجهاز الممثل للشخص الاعتباري هو مستمد مباشرة من المجموعة التي يجريه باسمها ، ومن روح أعضائها ، كما أنه من جهة ثانية في مصلحتها . ولذلك فان من الطبيعي والمعقول أن ينسب هذا التصرف إلى تلك المجموعة ... فالشخص الاعتباري مسؤول اذن عن أعمال أجهزته لا بصورة غير مباشرة كما يسأل المتبوع عن أعمال تابعيه ، ولكن مباشرة لأن هذه الاعمال هي في نظر القانون أعماله الخاصة ... » .

. Michoud, t, 2, p. 243 et suiv.

وهناك عدد من الاجتهادات القضائية الفرنسية التي تعتبر أن مسؤولية الشخص الاعتباري عن الاعمال التي يقوم بها ممثلوه باسمه هي مسؤولية مباشرة عن أعماله الشخصية لا مسؤولية غير مباشرة عن أعمال تابعيه . انظر بالنسبة لهذه الاجتهادات حاشية الصفحة ٢٤٦ من كتاب الاستاذ ميشو المشار اليه آنفا .

حق التقاضي بالنسبة للشخص الاعتباري : من أوائل القرارات القضائية التي اعترفت للنقابات بحق اقامة الدعاوى للدفاع عن المصالح الجماعية للمهنة القرار التالي الصادر عن الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية :

Cass., ch. réun., 5 avril 1913 D 1914, 1, 65

وقد ذكرنا أن هنالك محاولات للاعتراف للجمعيات بحق المثول في الدعاوى للدفاع عن المصالح المعنوية الجماعية لأعضائها ؛ وخاصة من حيث مقاضاة الأشخاص الذين يسيئون إلى الهدف الذي يتكتل حوله أعضاء الجمعية • هذه المحاولات قامت بها بعض محاكم الاستئناف الفرنسية ، وان تكن قد لاقت معارضة محكمة النقض ؛ ومنها القرار التالـي : Paris 19 mars 1952, D. 1952, 694.

أما فيما يتعلق بحق نائب الشخص الاعتباري في الاقرار عنه وحلف اليمين ، فيبدو أن القضاء السوري يعتبر ممثل الشخص الاعتباري في ذلك بمثابة الوكيل • فهو لا يقبل الاقرار منه بعد انتهاء وكالته (انظر قرار محكمة التمييز السورية رقم ٤٤٥ تاريخ ١٩٥٤/٤/٢٧ ؛ المنشور في مجلة القانون لعام ١٩٥٤ ص ٥٢) ؛ كما أنه يرى أن توجيه اليمين إلى نائب الشخص الاعتباري ــ كرئيس مجلس ادارة الشركة المساهمة مثلا ــ أو استحلافه لا يصح إلا إذا كانت الواقعة التي توجه اليمين بشأنها منسوبة اليه (قرار محكمة التمييز السورية رقم ٦٩٥ تاريخ ١٩٥٧/٣/١٠ ؛ المنشور في مجلة القانون لعام ١٩٥٧ ص ٢٨٨) •

أنواع الاشخاص الاعتبارية :

تعداد أنواع الاشخاص الاعتبارية : جـاء في المذكرة الايضاحيـة لمشروع القانون المدني المصري ما يلي :

« عرض المشروع لبيان الأشخاص المعنوية التي يعترف لها القانون المصري بهذه الصيغة • وقد رؤي أن هذا البيان ضروري لارشاد القضاء إلى ضابط عام يحول بينه وبين التوسع في الاعتراف بالشخصية الاعتبارية لجماعات لا تدخل من طريق أو آخر في الفرق التي عني النص بسردها • ويوجه هذا المسلك ما التزمه المشروع من عموم في التعبير يتسع لجميع صور الأشخاص المعنوية القائمة في مصر في الوقت الحاضر • وليس يمنع

ذلك من تدخل المشرع فيما بعد للاعتراف بصور أخرى من صور الاشخاص المعنوية إذا اقتضت المصلحة اعترافا كهذا . ولذلك أدرجت الفقرة رقم ٦ في عداد الاشخاص المعنوية كل مجموعة من الأشخاص أو الاموال يمنحها القانون شخصية قانونية . وعلى هذا النحو لا يقتصر القانون على بيان ما يوجد من الاشخاص المعنوية في مصر في الوقت الحاضر وإنما هو يتناول ما قد يقضي التطور إلى وجوده في المستقبل كنقابات أصحاب الحرف وما اليها . على أن الاعتراف بالشخصية القانونية للفرق التي لا يتناولها النص بذاتها لا بد فيه من نص خاص..»
مجموعة الاعمال التحضيرية ... ص ٣٧٣ .

وبهذا تؤكد المذكرة الايضاحية ما يدل عليه النص بشكل صريح واضح من أن أنواع الاشخاص الاعتبارية التي عددها قد وردت فيه على سبيل الحصر لا المثال ، ولا بد لثبوت الشخصية الاعتبارية لغيرهذه الأنواع من تدخل المشرع وصدور نصوص تشريعية خاصة بذلك .
(على أن تدخل المشرع لا يشترط إلا بالنسبة لتحديد الأنواع الجديدة من الاشخاص الاعتبارية التي يرى أن يحدثها ولكنه ، من حيث المبدأ ، غير ضروري لاكتساب كل مجموعة من الاشخاص أو الاموال تنشأ في نطاق الأنواع التي نص عليها الشخصية الاعتبارية) .

ويقول الدكتور شحاته « في انواقع لا تعتبر جميع الهيئات أو جميع المشروعات التي يقوم بها الافراد أشخاصا اعتبارية ، فليست الأجناس البشرية أشخاصا اعتبارية لانها لا تخضع لتنظيم معين وإن أمكن تصور وجود مصالح مشتركة بين أفراد الجنس الواحد .

وكذلك لا يعتبر المشروع الذي يقوم على مجهود رب العمل والعمال معا شخصا اعتباريا لأن العمال لا يشتركون مع رب العمل في الغرض. إن نجاح المشروع هو غرض صاحب المصنع أما غرض العمال فهو الحصول على الاجر .

وكذلك فان الاسرة لا تعتبر شخصا اعتباريا لأنه لا يمكن أن يقال ان هناك غرضا مشتركا بين مختلف افراد الاسرة كاعلاء شأن الاسرة مثلا .

... فالشخصية الاعتبارية هي اذن صفة يخلعها المشرع على النظام القانوني متى شاء ، وقد تتوافر في هيئة من الهيئات جميع شروط النظام القانوني ولن تعتبر مع ذلك شخصا من أشخاص القانون اذا لم تندرج تحت نوع من الانواع التي ذكرها المشرع على سبيل الحصر بالمادة ٥٢ ـ المادة ٥٤ من القانون السوري ـ .

من ذلك اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد الذي نصت عليه المادة٨٦٢ وما بعدها من القانون المدني الجديد ـ المادة ٨١٧ وما بعدها من القانون السوري ـ فهو لا يعتبر شركة مدنية أو تجارية ولا يعتبر كذلك جمعية من الجمعيات . ولذلك فلا يمكن القول ان لهذا الاتحاد شخصيةقانونية بالرغم من أن القانون قد نص على أنه يقوم بتمثيل الاتحاد أمام القضاء مأمور يعين بالاغلبية أو بأمر يصدر من رئيس المحكمة .

على أن الواقع هو أن الشركات والجمعيات والمؤسسات تستوعب فعلا معظم الصور التي تكون فيها الهيئة او المشروع مستوفيين لشروط النظام القانوني » شحاته ١١٥ ـ ١١٧ .

انظر أيضا بالنسبة للتمييز بين الاشخاص الاعتبارية وبين الهيئات والمشروعات الاخرى المشابهة لها ظاهريا ولكن دون أن تكون لها الشخصية الاعتبارية : Carbonnier, No. 78, p. 253 et suiv.

الاشخاص الاعتبارية الخاصة : نكتفي بالنسبة لهذه الاشخاص بالعرض الموجز الذي قدمناه عنها ، ونحيل بشأنها إلى المراجع العامة ، كما نحيل بالنسبة للشركات إلى المؤلفات الخاصة بها في القانون المدني والقانون التجاري ، وبالنسبة للاوقاف إلى المراجع التي تتصل بالشريعة الاسلامية .

الباب الثاني

الأشياء

LES CHOSES

منهج البحث : رأينا سابقا أن المحل الذي يقع عليه الحق قد يكون شيئا أو عملا . فهو شيء في الحقوق العينية اطلاقا ، وكذلك في الحقوق الشخصية التي يكون موضوعها اعطاء شيء حيث يكون الاعطاء هو مضمون الحق الشخصي أو الالتزام المقابل له والشيء هو المحل الذي يتعلق به هذا المضمون . وهو عمل في الحقوق الشخصية التي يكون موضوعها قياما بعمل ـ عدا اعطاء شيء ـ أو امتناعا عن عمل، حيث يندمج المحل في هذه الحالة بالمضمون فيكون القيام بعمل أو الامتناع عنه هو مضمون الحق الشخصي أو الالتزام ، كما يكون أيضا هو المحل الذي يقعان عليه .

ودراسة محل الحق ، وهو الركن الثاني من أركانه ، يجب أن تتناول في الاصل دراسة الاشياء والأعمال معا . غير أن الاعمال لايمكن حصرها أو تصنيفها ، وهي تختلف باختلاف الحقوق الشخصية أو الالتزامات التي تقع عليها ، كما أنهاتدرس من خلال دراسة هذهالحقوق

الشخصية أو الالتزامات نفسها . ولذلك نقتصر في هذا البحث المخصص لمحل الحق على دراسة الاشياء وحدها فقط دون الاعمال .

كما أن العادة قد جرت على أن يشمل هذا البحث المخصص لدراسة الاشياء دراسة الاموال أيضا . والاموال ليست هي المحل الذي تقع عليه الحقوق ، وإنما هي هذه الحقوق نفسها ، من عينية أو شخصية ، حين تكون ذات قيمة مالية . وقد رأينا أن نستغني عن دراسة الاموال في هذا البحث باعتبار أنها هي الحقوق نفسها لا محلها من جهة، وباعتبار أن دراستها ستكون موضوع أبحاث السنوات المقبلة في القانون المدني من جهة ثانية (ونكتفي في هذا المجال ببيان مفهوم الاموال والتمييز بينه وبين مفهوم الاشياء في البحث التمهيدي المخصص لذلك) .

ودراسة الاشياء التي سيقتصر عليها بحثنا تتناول ، بالاضافة إلى تحديد مفهومها ، بيان أقسامها المتعددة وخصائص كل من هذه الاقسام . وعلى هذا فان الباب الحالي سيتألف ، من تمهيد وفصل واحد على النحو التالي :

تمهيد : مفهوم الاشياء والاموال والتمييز بينها .

فصل منفرد : تقسيم الاشياء .

تمهيـــد

مفهوم الاشياء والاموال والتمييز بينها

تشمل الاشياء (Les choses) كل ما له وجود مادي محسوس من جهة ، عدا الانسان الذي يعتبر شخصا لا شيئا ، كما تشمل أيضا بعض الأمور المعنوية التي لا تدخل تحت الحس المادي ولكن لها وجودا قائما بذاته يجعلها محلا للحقوق الادبية أو المعنوية التي تقع عليها • فالنبات والحيوان والجماد تعتبر كلها أشياء مادية ، كما تعتبر الافكار والمخترعات والابتكارات من قبيل الاشياء المعنوية •

أما الاموال (Les biens) فهي ، بحسب المفهـوم الحديث ، الحقوق ذات القيمة المالية ، سواء أكانت حقوقا عينية أو شخصية أو معنوية وسواء أكانت واقعة على الاشياء أو الأعمال •

وهذا التمييز بين الأشياء والأموال لم يكن معروفا من قبل بهـذا الوضوح ، وانما كان ينظر إلى الأشياء على أنها نوع من الاموال ، بحيث تشمل الاموال الاشياء من جهة والحقوق المالية التي تقع على هذه الاشياء (والتي تقع على الأعمال أيضا) من جهة ثانية •

ويرجع هذا الخلط إلى عهد القانون الروماني ، ثم تابعها فيه من بعد القانون المدني الفرنسي الذي صدر في مطلع القرن الماضي •

فالمال كان يعرف في بادىء الأمر بأنه كل شيء نافع للانسان يصح أن يستأثر به دون غيره ويكون محلا للحقوق • أي أن الأموال كانت هي الأشياء نفسها ، أو على الاصح كانت بعض هذه الاشياء ، وهـي

الأشياء القابلة للحيازة والتملك والتعامل فيها . وعلى هذا يجوز لنا القول بأن الأموال ، في مفهومها الأول ، كانت تعتبر كلها أشياء (وهي الأشياء القابلة للتملك) ، وان كانت الأشياء ليست كلها اموالا (إذ تخرج الأشياء غير القابلة للتملك عن نطاق الأموال) .

ثم لاحظ رجال القانون أن الاشياء ليست وحدها ذات القيمة المالية وإنما يمكن أن تقع على هذه الأشياء أنواع من الحقوق كحق الانتفاع أو الارتفاق مثلا ، ويكون لهذه الحقوق بحد ذاتها أيضا قيمة مالية بحيث يجدر اعتبارها أموالا داخلة في ذمة صاحبها المالية بصورة مستقلة عن الأشياء نفسها التي تقع عليها . بل يمكن أن تنشأ هناك حقوق ذات قيمة مالية لا تقع على شيء من الأشياء كالحقوق الشخصية مثلا التي تتعلق بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل .

وعلى هذا ظهر أن تعريف الأموال بأنها الأشياء القابلة للتملك لم يعد كافيا للاحاطة بجميع هذه الأموال ، فعدل هذا المفهوم الأولي بحيث لم تعد الأموال قاصرة على الأشياء القابلة للتملك فقط ، وإنما أضيفت اليها أيضا الحقوق العينية والشخصية (والمعنوية) ذات القيمة المالية .

وهذا المفهوم الأخير للمال هو الذي أخذ به القانون المدني الفرنسي وعدد من التشريعات الغربية، إذ يستعمل لفظ المال في هذه التشريعات للتعبير عن الأشياء نفسها وعن الحقوق المالية في نفس الوقت. وعلى هذا مثلا يسمي القانون المدني الفرنسي الأشياء القابلة للتملك والتي لا مالك لها بالأموال الخالية (Les biens vacants ou sans maître) كما أنه يأخذ بتقسيمات للاموال لا يصدق بعضها الا بالنسبة للاشياء فقط دون الحقوق المالية ، كتقسيمه الأموال (الأشياء) إلى مثلية وقيمية ، وإلى استعمالية واستهلاكية .

غير أن هذا المفهوم قد انتقد بعد ذلك انتقادا شديدا لما يكتنفه من

عموض وتشويش • فهو يؤدي ، من جهة ، إلى ضم مفهومين مختلفين في تعريف واحد يجمع كلا من الحق والشيء الذي هو محل هذا الحق وركن من أركانه ، وليس من المنطق أن نعتبر ركن الحق مساويا للحق نفسه • وهو يؤدي ، من جهة ثانية ، إلى بعض النتائج القانونيةالغريبة أو المجافية للواقع • ذلك أننا إذا اعتبرنا الحق المالي من الأموال ، فان من الواجب أن نعتبر الملكية مالا بحد ذاته ، اذ لا يعقل أن ندرج في نطاق الاموال الحقوق ذات القيمة المالية كلها ونغفل حق الملكية وهـو أهمها جميعا • فاذا أدخلنا بعد هذا في نطاق الاموال الاشياء أيضا ، فان من نتيجة ذلك أن يعتبر الشيء الواقع عليه حق الملكية مالا متميزا عن حق الملكية نفسه الذي اعتبرناه مالا في نفس الوقت ، وبذلكنكون قد ضاعفنا المال العائد للمالك حين نعتبر كلا من حقه في الملكية والشيء الواقع عليه هذا الحق مالا له• وهذا يجافي المنطق والواقع ، لأن المالك لا يكون له !لا مال واحد يندمج فيهحقه فيالملكية بالشيء الواقع عليه •

لذلك كانلا بد من فصل أحد هذين العنصرين واخراجه من مفهوم المال • فاما أن نخرج من مفهوم المال الحقوق المالية ونبقي الاشياء فقط كما كان الحال في بادىء الامر ، أو نخرج الاشياء ونبقي الحقوقالمالية• وقد لوحظ أن الحل الثاني هو الاصح والاقرب للواقع ، ولذا أخرجت الاشياء من نطاق الاموال وأصبحت مفهوما مستقلا متميزا عنها وبقي مفهوم المال مقتصرا فقط على الحقوق المالية وحدها دون الاشياء •

يتبين من هذا كله أن مفهوم المال قد مر بمراحل متعددة • فبعـد أن كانت الاموال كلها أشياء ،أصبحت هذه الاموال تضم الاشياء من جهة والحقوق الماليةمن جهة ثانية (وهو المفهوم الذي أخذ به القانون المدني الفرنسي) ، ثم أخرجت الاشياء التي كان يقتصر عليها المفهوم الاصلي للاموال من نطاق هذا المفهوم ، وبقيت الحقوق المالية وحدها

التي أضيفت اليه بعد ذلك . (وهذا هو المفهوم الحديث الذي يقوم على التمييز بين الاموال من جهة والاشياء من جهة ثانية) .

وقد أخذ قانوننا المدني بهذا المفهوم الحديث ، فميز في الفصل الثالث من بابه التمهيدي بين الاشياء والاموال وتحاشى الخلط الذي وقعت فيه التشريعات الاخرى . فالاموال هي الحقوق المالية فقط والاشياء هي محل هذه الحقوق المالية .

وقد سبق أن ذكرنا أننا سنكتفي في هذا البحث بدراسة الاشياء فقط ، من حيث أقسامها وخصائص كل منها ، دون الاموال . واذا كان القانون المدني قد بحث تقسيم الاموال أيضا ، وخاصة من حيث تقسيمها الى اموال عقاريةوأموال منقولة منجهة، وتقسيمها الى أموال عامة وأموال خاصة من جهة ثانية ، فاننا نعتقد أن بالامكان ، توخيا للايجاز ، الاستغناء عن دراسة هذين التقسيمين دراسة مستقلة ، مكتفين بالاشارة إلى التقسيم الأول منهما حين دراستنا للاشياء العقارية والأشياء المنقولة ، والاحالة بالنسبة للتقسيم الثاني إلى مؤلفات القانونالاداري التي تعالجه بصورة مفصلة .

فصل منفرد

تقسيم الاشياء

CLASSIFICATION DES CHOSES

منهج البحث : تقسم الاشياء إلى أنواع متعددة عدد القانون المدني بعضها أو أشار اليه وأغفل ذكر البعض الآخر •

والأنواع التي نص عليها القانون المدني صراحة أو أشار اليها هي: ١ ــ الاشياء القابلة للتعامل والاشياء الخارجة عن التعامل ، ٢ ــ الاشياء المنقولة والاشياء الثابتة (أو العقارات) ، ٣ ــ الاشياء الاستهلاكية والاشياء الاستعمالية ، ٤ ــ الاشياء المثلية والاشياء القيمية ، ٥ ــ الاشياء المادية والاشياءالمعنوية •

أما أهم الانواع التي سكت عنها القانون فهي : ١ ــ الاشياءالمعتبرة أصلا والاشياء المعتبرة ثمرة ، ٢ ــ الاشياء الاصلية والاشياءالتبعية ، ٣ ــ الاشياء القابلة للقسمةوالاشياء غير القابلة لها •

ولما كان تقسيم الاشياء إلى منقولة وثابتة هو أهم هذه التقسيمات وأكثرها آثارا من الوجهة القانونية ،فقد آثرنا أن نفرد لهذا التقسيم بحثا خاصا به وأن نستعرض التقسيماتالأخرى ، سواء،ما ذكره القانون المدني منها أو ما سكت عنه ، في بحث آخر •

فدراستنا في هذا الفصل المتعلق بتقسيم الاشياء تتشعب إذن إلى الفرعين التاليين •

الفرع الأول : تقسيم الأشياء إلى منقولة وثابتة (أو عقارات) •

الفرع الثاني : التقسيمات الأخرى للاشياء •

الفرع الاول

تقسيم الاشياء الى منقولة وثابتة (أو عقارات)
CLASSIFICATION DES CHOSES EN MEUBLES ET IMMEUBLES

الاشياء الثابتة أو العقارات: العقارات بطبيعتها ، العقارات بالتخصيص
الاشياء المنقولة : المنقولات بطبيعتها ، المنقولات من حيث المال ،
المنقولات المعنوية ــ الاموال العقارية والاموال المنقولة ــ
آثار التمييز بين العقار والمنقول

نصت المادة ٨٤ من القانون المدني في فقرتها الاولى على أن « كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقـار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول » ، كما أوضحت الفقرة الثانية من المادةالمذكورة الشروط التي يعتبر فيها المنقول بمثابتة عقار يطلق عليه اسم العقار بالتخصيص .

وما دام كل ما ليس عقارا فهو منقول بحسب القانون المدني ، فان من الانسب أن نبدأ أولاً بتحديد مفهوم العقار لنستخلص بعـد ذلك مفهوم المنقول ثم نستعرض أخيرا أهم الآثار التي تترتب على التمييز بينهمـا .

الاشياء الثابتة أو العقارات :

هناك نوعان من العقارات نص عليهما قانوننا المدني ، وهما:العقارات بطبيعتهـــا (Immeubles par nature) ،والعقـــارات بالتخصص (Immeubles par destination)

اولا ــ العقارات بطبيعتها : العقار بطبيعته هو الذي عرفتهالفقرة

الاولى من المادة ٨٤ من القانون المدني المشار اليها آنفا بأنه « كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف » .

وتشمل العقارات بطبيعتها الاراضي وما يتصل بها من نباتات وأبنية وما تتضمنه من مناجم ومقالع .

فالاراضي هي العقارات الاساسية التي تتوافر فيها صفة الثبات والاستقرار ، والتي تقوم في باطنها أو على سطحها بقية العقارات بطبيعتها .

والنباتات ، أيا كان نوعها ومهما كانت قيمتها ، تعتبر عقارات بطبيعتها إذا كانت متأصلة بالارض وكانت جذورها ممتدة فيها . أما اذا كانت هذه النباتات لا تتصل بالارض مباشرة ، وإنما هي موضوعة في أوعية وصناديق فلا تكون من العقارات بل تعتبر أشياء منقولة .

ولا يشترط أن تكون النباتات متصلة بالارض بنية الدوام لتعتبر عقارات بطبيعتها بل هي تعتبر كذلك ولو كانت مغروسة بنية التوقيت، كما في أغراس المشاتل مثلا .

على أن النباتات المتأصلة في الارض ، والتي تعتبر في الاصل عقارات بطبيعتها ، تعتبر أحيانا منقولات من حيث المآل ، كالنباتات التي تباع بقصد قلعها فهي تعتبر بمثابة المنقولات ولو لم يتم قلعها بعد ما دام بيعها قد تم لهذا الغرض .

والابنية ينطبق عليها أيضا ما ينطبق على النباتات ، فهي تعتبر من العقارات بطبيعتها ما دامت متأصلة في الارض ، سواء اقيمت على سطح الارض كالدور والمخازن والمعامل أو في باطنها كالآبار والانفاق وسواء أكانت دائمة أو مؤقتة .

والابنية هي كل ما جمع من مواد البناء فشد بعضه إلى بعض بصورة ثابتة ، وهي تشمل جميع أنواع الانشاءات المتصلة بالارض اتصالا

ثابتا كالدور والجسور والخزانات والسدود ونحوها . اما الانشاءات الخفيفة التي لا تتصل بالارض اتصالا متينا ولا تقوم على دعائم ثابتة ، كالخيام والاكواخ التي تقام في الساحات العامة ، فلا تعتبر من العقارات .

والابنية يمكن أن تعتبر أيضا كالنباتات أشياء منقولة من حيث المآل ، وذلك فيما إذا بيعت هذه الابنية بقصد هدمها والاستفادة من انقاضها .

والمقالع والمناجم تعتبر أيضا عقارات بطبيعتها .

فالمقالع هي المكامن الطبيعية التي توجد فيها مواد البناء ومواد تحسين الزراعة ومناجم الفحم النباتي الاصل .

أما المناجم فهي المكامن الطبيعية المحتوية على المواد المنجمية . والمواد المنجمية هي الفلزات المعدنية وغير المعدنية والمواد الهيدروكربونية الصلبة والسائلة والغازية والمعادن وأشباه المعادن .

وتعتبر المقالع ملكا لصاحب الأرض التي توجد فيها ، أما المناجم فلا تعود ملكيتها إلى صاحب الأرض وإنما هي تعتبر من أملاك الدولة العامة .

وقد صنف القانون المدني السوري العقارات إلى خمسة أصناف ، وهي كما عددتها المادة ٨٦ منه : العقارات الملك ، والعقارات الاميرية ، والعقارات المتروكة المرفقة ، والعقارات المتروكة المحمية ، والعقارات الخالية المباحة .

١ — **العقارات الملك وهي** : بحسب تعريف المادة ٨٦ المشار اليها، « العقارات القابلة للملكية المطلقة ، والكائنة داخل مناطق الاماكن المبنية المحددة إداريا » .

ولا يشترط أن تكون العقارات مبنية فعلا لتعتبر ملكا ، بل يكفي دخولها داخل مناطق الاماكن المخصصة للبناء ، على أن من الضروري

أن تكون هذه المناطق المخصصة للبناء قد حددت بقرار اداري صادر عن السلطة المختصة .

وقد استقر الاجتهاد والفقه على أن مجرد توافر هذا الشرط ، وهو دخول العقار في المناطق المبنية المحددة إداريا ، يعتبر كافيا ليكتسب صفة العقار الملك ، ولو كان هذا العقار في الاصل أميريا . فالعقار ينقلب من أميري إلى ملك ومن ملك إلى أميري بحسب دخوله ضمن المناطق المبنية المحدد اداريا أو خروجه منها .

٢ ـ **العقارات الاميرية** وهي العقارات « التي تكون رقبتها للدولة ، ويجوز أن يجري عليها حق تصرف ـ المادة ٨٦ الفقرة ٣ » .

وهذا النوع من العقارات انشىء في عهدالدولة العثمانية ،فاعتبرت الأراضي المفتوحة ملكا للسلطان الذي يحق له منح الأفراد حق التصرف عليها .

ثم تطور حق التصرف كما تطور أخيرا مفهوم العقارات الاميرية.. فالعقارات الاميرية أصبحت العقارات التي تكون ملكية رقبتها للدولة وهي ، من حيث المبدأ ، العقارات التي لا تدخل ضمن المناطق المبنية المحددة اداريا . كما أن حق التصرف قد غدا ، بعد تطوره ، قريب الشبه من حق الملكية ، حتى أن القانون المدني قد نص في المادة ٧٧٢ منه على أن « النصوص المتعلقة بحق الملكية تسري على حق التصرف في الأراضي الأميرية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك » .

على أن هنالك ثمة اختلاف بين حق الملكية وحق التصرف ، وكذلك بين العقارات الملك والعقارات الأميرية التي يقع عليها كل من الحقين . وأهم أوجه الاختلاف بينها ، أن العقار الاميري لا يجوز وقفه . وكل وقف ينشأ عليه يعتبر باطلا (المادة ٧٧٤ من القانون المدني) وأن حق التصرف في العقارات الاميرية يسقط بعدم حراثة الارض او بعدم

استعمالها مدة خمس سنوات (المادة ٧٧٥ من القانون المدني) ، وأن قواعد الارث بالنسبة للعقارات الأميرية لا تخضع لاحكام الشريعة الاسلامية ، كما هو الحال بالنسبة للعقارات الملك ، وإنما هي تخضع لقانون خاص تختلف أحكامه عن أحكام الشريعة الاسلامية ، وبصورة خاصة من حيث مساواته بين الانثى والذكر في الحصة الارثية خلافا للقاعدة الشرعية التي تمنح الذكر مثل حظ الانثيين .

٣ — **العقارات المتروكة المرفقة :** وهي العقارات « التي تخص الدولة ، ويكون لجماعة ما حق استعمال عليها تحدد مميزاته ومداه العادات المحلية أو الانظمة الادارية — ٨٦ الفقرة ٤ » .

ومن أهم أمثلة هذه العقارات المحتطبات والبيادر والمراعي المخصصة لانتفاع أهل قرية أو عدة قرى ، وهي عقارات تعود للدولة ويكون للمنتفعين بها حق استعمالها على ألا يخرجوا في ذلك عن الحدود المألوفة التي تبينها العادات والانظمة .

٤ — **العقارات المتروكة المحمية :** وهي العقارات « التي تخص الدولة أو المحافظات أو البلديات وتكون جزءا من الاملاك العامة — المادة ٨٦ الفقرة ٥ » .

ومن أهم أمثلة هذه العقارات الطرق والشوارع والساحات والحدائق العامة . وهذه العقارات تعتبر من أملاك الدولة العامة التي تمتاز بعدم جواز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم .

٥ — **العقارات الخالية المباحة (او الاراضي الموات) :**

وهي « الاراضي الأميرية التي تخص الدولة ، إلا أنها غير معينة ولا محددة . فيجوز لمن يشغلها أولا أن يحصل ، بترخيص من الدولة ، على حق أفضلية ضمن الشروط المعينة في أنظمة أملاك الدولة — المادة ٨٦ الفقرة ٦ » .

فالعقارات الخالية المباحة التي لا مالك لها تعتبر من أملاك الدولة الخاصة ، ويكون لمن يشغلها أولا بترخيص قانوني من الدولة حق أفضلية على من سواه لاكتساب حق التصرف عليها وفقا لأحكام القانون .

ثانيا ـــ العقارات بالتخصيص : عرف هذا النوع من العقارات في بلادنا منذ عهد قريب ، إذ أخذ به ونظم أحكامه قانون الملكية العقارية رقم ٣٣٣٩ الصادر عام ١٩٣٠ ، ثم تبناه بعد ذلك القانون المدني الحالي. أما بحسب القوانين السابقة ، فلم يكن هناك إلا نوع واحد من العقارات وهي العقارات بطبيعتها .

وقد عرفت الفقرة الثانية من المادة ٨٤ من القانون المدني العقار بالتخصيص بأنه « المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله » .

فالعقار بالتخصيص هو اذن منقول بطبيعته أسبغ عليه المشرع الصفة العقارية وافترضها فيه افتراضا بسبب إرتباطه الوثيق بعقار يرصد على خدمته أو استغلاله ، وذلك رغبة من المشرع في تقوية هذه الرابطة القائمة بين المنقول والعقار والابقاء عليها في حالات متعددة .

ويجب ، لاعتبار المنقول عقارا بالتخصيص ، توافر شرطين فيه ، وهما :

١ ـــ أن يكون المنقول والعقار لمالك واحد ، ٢ ـــ أن يخصص المنقول لمنفعة العقار .

الشرط الاول ـــ اتحاد المالك في العقار والمنقول : يجب أن يكون مالك العقار هو نفسه مالك المنقول الذي يرصد لمنفعة هذا العقار . وقد أوضح القانون المدني هذا الشرط حين نص على أن العقار بالتخصيص هو « المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه ... »

فالمنقول الذي يرصده صاحبه على منفعة عقار لا يملكه ، كالادوات التي يخصصها مستأجر الارض الزراعية مثلا لاستثمار الأرض المستأجرة ،

وكذلك المنقول الذي يرصده صاحب العقار على خدمة العقار ولكن دون أن يكون مالكا له ، كالأدوات التي يستأجرها صاحب الأرض لاستخدامها في استثمار أرضه ، لا يعتبر عقارا بالتخصيص بل يظل منقولا لأن العقار والمنقول لا يعودان لمالك واحد في الحالين .

ومن هنا يتبين لنا الفرق بين المنقول الذي يصبح عقارا بالتخصيص لرصده على منفعة العقار ، والمنقول الذي يصبح عقارا بطبيعته لاندماجه في الأرض ، كالأبنية والغراس . فالابنية والغراس ، متى أقيمت في الأرض واتصلت بها اتصالا ثابتا ، تعتبر عقارات بطبيعتها سواء أكانت عائدة لمالك الأرض أو لغيره . أما العقار بالتخصيص فلا يكتسب هذه الصفة إلا إذا كان هو والعقار المرصد لمنفعته عائدين لمالك واحد .

الشرط الثاني — رصد المنقول على منفعة العقار : يجب أن يخصص المنقول لمنفعة العقار ، وقد عبر القانون المدني عن ذلك بضرورة رصد المنقول « على خدمة العقار أو استغلاله » .

فالمنقول الذي يخصص لمنفعة صاحب العقار نفسه (كالسيارة التي يخصصها صاحب المعمل لتنقلاته الخاصة) لا يعتبر عقارا بالتخصيص . غير أنه لا يشترط أن يكون المنقول لازما لخدمة العقار بحيث يتعذر الانتفاع منه بدونه ، كما لا يشترط أن يكون التخصيص بصورة دائمة ، بل يكفي أن يكون موقتا فيعتبر المنقول عقارا بالتخصيص خلال الفترة التي رصد فيها على منفعة العقار .

ورصد المنقول **على استغلال العقار** يشمل جميع أنواع الاستغلال :

فهو يشمل **الاستغلال الزراعي** ، حيث تعتبر عقارات بالتخصيص مثلا الأدوات والآلات الزراعية كالمحاريث والمعاصر ونحوها ، والماشية التي تستخدم في زراعة الأرض ، وخلايا النحل وأسماك الغدران وحمام

الأبراج ، والبذور التي لم تبذر في الأرض ومساميك الكرمة والسماد والتبن والقش ...

وهو يشمل **الاستغلال الصناعي** فتعتبر من العقارات بالتخصيص مثلا الآلات والأجهزة الصناعية والعربات والسيارات والحيوانات المخصصة لنقل المواد ومهمات المعامل كالفحم والزيت والمواد الخام .. وذلك بشرط أن يكون البناء الصناعي قد أعد خصيصا لايوائها .

وهو يشمل **الاستغلال التجاري والمدني** ، فتعتبر من العقارات بالتخصيص مثلا موجودات وأدوات المسارح والملاهي والمقاهي والمطاعم والأدوات اللازمة لاستغلال المحلات التجارية كالواجهات والخزائن والطاولات والمقاعد ، وأثاث الفنادق والبيوت المفروشة المخصصة للايجار ... وذلك أيضا بشرط أن يكون المكان معدّا لايوائها .

أما رصد المنقول على **خدمة العقار** فيشمل المنقولات التي توضع في الأبنية دون أن تكون متصلة بها اتصال قرار والتي تستعمل لمنفعة هذه الأبنية بحسب نوع وغاية كل منها ، وذلك كالمفاتيح ومضخات الحريق في دور السكن ، وأثاث العبادة في المعابد والأسرة والأدوات الطبية في المستشفيات ومقاعد التدريس في المدارس ونحو ذلك من المنقولات التي توضع لمنفعة العقارات نفسها لا لمنفعة أصحابها . أما المنقولات التي تتصل بالعقار اتصال قرار وثبات كالأبواب والنوافذ والمصاعد ورفوف المطابخ المثبتة بالحائط فهي تعتبر جزءا من البناء الذي تتصل به وتكون بالتالي عقارات بطبيعتها لا بالتخصيص .

وجدير بالذكر ان العقارات بالتخصيص قد توسع مفهومها بحسب القانون المدني عما كان عليه بحسب القرار ٣٣٣٩ . فبعد أن كانت المنقولات المرصدة على استغلال العقار لا تعتبر عقارات بالتخصيص إلا إذا كانت معدة للاستغلال الزراعي أو الصناعي فقط ، أصبحت العقارات

بالتخصيص تشمل المنقولات المرصدة على جميع انواع الاستغلال بما في ذلك الاستغلال التجاري والمدني أيضا • وكذلك أخذ القانون المدني بمعيار رصد المنقول على خدمة العقار ليعتبر عقارا بالتخصيص وهو معيار أوضح وأكثر شمولا من المعيار الذي أخذ به القانون السابق في هذا المجال والذي كان يسمى بمعيار الارتباط الدائم •

والأثر الرئيسي الذي ينجم عن اعطاء المنقول المرصد لمنفعة العقار صفة العقار بالتخصيص هو دمجه بالعقار المرصد لمنفعته في الحكم ، وخاصة من حيث عدم جواز الحجز عليه كمنقول وبصورة مستقلة عن العقار المرتبط به • غير أن نظرية العقارات بالتخصيص قد انتقدت من قبل عدد من الفقهاء المعاصرين لعدم فائدتها من جهة (إذ يمكن الوصول إلى نفس النتائج التي تبنى عليها بدون هذه النظرية) ، بالاضافة إلى ما تسببه من تعقيد وتضارب وتشويش في النتائج التي تنجم عنها من جهة ثانية •

الأشياء المنقولة :

لم يعرّف القانون المدني الاشياء المنقولة، وإنما اكتفى بتعريف العقار واعتبر أن « كل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول ــ المادة ٨٤ » •

والاشياء المنقولة تشمل المنقولات بطبيعتها ، والمنقولات من حيث المآل ، والمنقولات المعنوية •

المنقولات بطبيعتها (Meubles par nature) المنقولات بطبيعتها هي الاشياء التي يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون تلف، سواء أكانت قادرة على الانتقال بقوتها الذاتية كالحيوانات أو بقوة خارجية كالجمادات •

وتشمل المنقولات بطبيعتها جميع الاشياء المادية التي لا تعتبر عقارات

بطبيعتها أو عقارات بالتخصيص • ولا يمكن حصر أوتعدادهذه المنقولات لتنوعها وكثرتها . على أن بعضها ، كالسفن والطائرات والسيارات ، له قيمة وأهمية خاصة قد تفوقان أحيانا قيمة وأهمية العقارات ، مما دعا المشرع إلى اخضاعها إلى أحكام شبيهة بأحكام العقارات ، وخاصة من حيث التسجيل والعلانية في اجراء التصرفات عليها ، بالرغم من اعتبارها أشياء منقولة •

ويعتبر الغاز والكهرباء ونحوهما من الطاقات او القوى المحرزةمن الاشياء المنقولةحتى بعد نقلها في أنابيب أو خطوط ثابتة ، وقد اعتبر قانون العقوبات اختلاسها من قبيل سرقة الاشياء المنقولة (المادة ٦٢١ من قانون العقوبات) •

المنقولات من حيث المآل : المنقولات من حيث المآل (Meubles par anticipation) ، هي أشياء ثابتة أو عقاراتبطبيعتها تطلق عليها صفة الاشياء المنقولة بالنظر لما ستؤول اليه •

فاذا بيع شيء من الثمارأوالمحصولات بقصد جنيها أو حصدها ، أو إذا بيع البناء ليهدم ويستفاد منه كأنقاض ، أو بيعت الاشجار لتقلع ، فان هذه الاشياء ، بالرغممن اتصالها بالارض في الوقت الذي تجريفيه العقود عليها ، تعتبر منقولات من حيث المآل وفقا لاتفاق المتعاقدين ، بالنظر إلى أنها ستنفصلعن الارض في وقت قريب • فحين تنفصل هذه الاشياء فعلا عنالارض تصبح منقولات بطبيعتها ، أما قبل ذلك فتعتبر منقولات من حيث المآل بمجرداتجاهارادة المتعاقدين إلى فصلهاوالتصرف فيها كأشياء منقولة ، وهي تخضع منذ ذلك الحين إلى الاحكامالمتعلقة بالمنقول لا بالعقار •

المنقولات المعنوية : إذا كان الفارق بين المنقولات والعقاراتبطبيعتها

هو من حيث امكان نقلها دون تلف أو عدم امكان ذلك ، فان الاشياء غير المادية التي لا تقع تحت الحس ، كالافكار والابتكارات والمخترعات، لا تدخل بحسب طبيعتها لا في المنقولات ولا في العقارات ، لأن قابلية النقل أو عدمه لا تظهر إلا بالنسبة للاشياء المادية المحسوسة .

غير أن هذه الاشياء غير المادية قد اعتبرهـا المشرع من قبيـل المنقولات ، إذ نص على أن كل ما لا يدخل في التعريف الذي أعطاه للعقار فهو منقول . ولما كان تعريف العقار بأنه الشيء المستقر بحيزه الثابت فيه والذي لا يمكن نقله منه دون تلف لا ينطبق على الاشياء غير المادية ، فلم يبق إلا اعتبار هذه الاشياء من المنقولات ، ولكنهـا ليست منقولات بطبيعتها كالأشياء المادية التي يمكن نقلها دون تلف ، وإنما هي عبارة عن منقولات معنوية اوغير مادية (Meubles incorporels) اكتسبت صفة المنقول بحكم القانون .

الاموال العقارية والاموال المنقولة :

لم يكتف المشرع بتقسيم الأشياء إلى عقارية ومنقولة ، وإنما هوقد أطلق هذا التقسيم أيضا على الحقوق المالية أو الأموال (باعتبـار أن الأموال هي ، بحسب المفهوم الحديث ، الحقوق المالية نفسها كما سبق أن أشرنا) ، وكذلك على الدعاوى المتعلقة بهذه الحقوق .

فهناك حقوق عقارية أو أموال عقارية من جهة وهناك أيضا حقوق أو أموال منقولة من جهة ثانية .

فيعتبر عقارا ، بحسب المادة ٨٥ من القانون المدني « كل حق عيني على عقار ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار » . أمـا الاموال المنقولة فهي كل ما عدا ذلك من الحقوق المالية ، كما أن الدعاوى المنقولة هي كل ما يتعلق بأموال منقولة .

وقد عدد القانون المدني في الفقرة الثانية من المادة ٨٥ المشار اليها الحقوق العينية وهي الملكية ، التصرف ، السطحية ،الانتفاع ، حق الأفضلية على الاراضي الخالية المباحة ، حقوق الارتفاق العقارية ، الرهن والتأمين العقاري ، الامتياز ، الوقف ، الاجارتان ، الاجارة الطويلة ، حق الخيار الناتج عن الوعد بالبيع •

وبعض هذه الحقوق العينية ، كالتصرف والسطحية والارتفاق مثلا ، لا تقع إلا على العقارات فقط ، فهي تعتبر لذلك حقوقا عينية عقارية بصورة مطلقة •

أما البعض الآخر ، كالملكية والانتفاع والرهن ونحوها ، فقد تقع على العقارات أو المنقولات ، فتكون تارة حقوقا عينية عقارية وتارة حقوقا عينية منقولة بحسب نوع الشيء الذي تقع عليه •

كما ان الدعاوى التي تتعلق بالحقوق العينية العقارية تكتسب صفة الحقوق التي تتعلق بها وتحميها فتعتبر دعاوى عقارية •

أما الأموال المنقولة فتشمل جميع الحقوق المالية التي لا تدخل في نطاق الحقوق العقارية ، والدعاوى التي لا تتعلق بهذه الحقوق العقارية تعتبر أيضا دعاوى منقولة •

وعلى هذا تعتبر أموالا منقولة :

١ — جميع الحقوق العينية الواقعة على الأشياء المنقولة،فحق ملكية المنقول أو رهنه مثلا يعتبر حقاعينيا منقولا أو مالا منقولا •

٢ — جميع الحقوق المعنوية أو الادبية ، باعتبار أن الأشياء غير المادية التي تقع عليها هي من قبيل الأشياء المنقولة •

٣ — جميع الحقوق الشخصية ، أيا كان نوعها وسواء أكانت تتضمن اعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، بل حتى ولو كان الشيء الذي يتوجب اعطاؤه من العقارات •

فحق المشتري مثلا في الزام البائع بتسليمه الشيء المبيع يعتبر حقا منقولا حتى ولو كان المبيع عقارا ، لأن حق المشتري في هـذه الحالة عبارة عن حق شخصي يتضمن الالزام بالقيام بعمل وهو تسليم العقار وليس حقا عينيا مباشرا على هذا العقار ، وما دام ليس حقا عينيا فـلا يمكن اعتباره حقا عقاريا ، بالرغم من أن العقار هو محله غير المباشر .

وكذلك يعتبر من الحقوق المنقولة حق الشريك في الشركة ، ولو كانت هذه الشركة مالكة لبعض العقارات . ذلك أن ملكيـة هـذه العقارات إنما تعود للشركة نفسها لا للشركاء كما أوضحنا في بحث الشخص الاعتباري . فحق الملكية العائد للشركة هو وحده الذي يعتبر حقا عقاريا . أما حق الشريك فهو بمثابة حق شخصي له على الشركة كشخص اعتباري وليس حقا عينيا على ممتلكاتها ، ولذلك يعتبر هذا الحق من الحقوق المنقولة في جميع الأحوال .

والدعاوى التي تتعلق بجميع هذه الحقوق المنقولة تعتبر هي أيضا دعاوى منقولة . على أن هناك بعض الدعاوى التي لا تستند مباشرة إلى حق عيني عقاري ، ولكنها تهدف من حيث النتيجة إلى حصول المدعي على عقار ، أو على حق عيني عليـه ، كالدعـوى التي يرفعها مشتري العقـار على البـائع طالبـا فيها نقل ملكيـة العقـار المبيـع اليه بتسجيل عقد البيع في السجل العقاري أو دعوى فسخ البيـع العقاري بسبب عدم دفع المشتري للثمن التي تؤدي إلى استرداد البائع للعقار المبيع .

فهذا النوع من الدعاوى يقوم على تأييد حق شخصي لا عيني ، وهو في المثال الأول حق المشتري في الزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع وفي المثال الثاني حق البائع في الزام المشتري بدفع الثمن ، ولكن هدف الدعوى هو حصول المدعي على العقار في الحالين والحكـم له باستحقاقه وتملكه .

وقد اختلف الفقهاء في تحديد صفة هذا النوع من الدعاوى، فاعتبرها بعضهم دعاوى عقارية بينما اعتبرها البعض الآخر دعاوى شخصية. وقد اعتبرها قانون أصول المحاكمات لدينا نوعا ثالثا أطلق عليه اسم الدعاوى الشخصية العقارية وطبق عليها قواعد الاختصاص المتعلقة بالدعاوى العقارية والدعاوى المنقولة معا .

آثار التمييز بين العقار والمنقول :

إن لتقسيم الاشياء ، وكذلك الحقوق والدعاوى ، إلى عقارية ومنقولة أهمية كبرى من الوجهة القانونية ، بسبب اختلاف النتائج والآثار التي تترتب على كل من هذين النوعين سواء في نطاق القانون المدني أوغيره من فروع القانون الخاص أو العام .

وأهم الآثار والنتائج هي :

في نطاق القانون المدني :

١ — إن اكتساب الحقوق العينية العقارية أو انتقالها من شخص لآخر يخضع ، من حيث المبدأ ، إلى تسجيلها في السجل العقاري (المادة ٨٢٥ من القانون المدني) . أما الحقوق المنقولة فلا تخضع لشرط التسجيل (إلا في حالات استثنائية كما في السفن التي يتوقف نقل ملكيتها على تسجيل العقد الذي تم به هذا النقل في السجل الخاص بذلك ، وكما في الطائرات والسيارات التي لا يحتج بنقل ملكيتها تجاه الغير إلا بعد التسجيل) .

وعلى هذا فان مشتري المنقول مثلا يصبح مالكا له بمجرد عقد البيع (المادتان ٢٠٥ و ٨٩٤ من القانون المدني) بينما لا تنتقل ملكية العقار إلى مشتريه إلا بعد تسجيل هذا الانتقال في السجل العقاري .

٢ — مجرد حيازة المنقول بسبب صحيح وبحسن نية تكسب الحائز ملكية المنقول ، باستثناء حالتي الضياع والسرقة (المادتان ٩٢٧ و ٩٢٨

من القانون المدني) . أما حيازة العقار ، ولو كانت مقترنة بحسن النية ومستندة إلى سبب صحيح ، فلا تؤدي إلى اكتساب ملكيته من قبل الحائز إلا إذا استمرت مدة التقادم المكسب (وهي خمس سنوات في العقارات الملك ـ المادة ٩١٨ من القانون المدني ، وعشر سنوات بالنسبة لاكتساب حق التصرف في الاراضي الاميرية ـ المادة ٩١٩ من القانون المدني) .

٣ — العقارات الملك يصح وقفها اطلاقا ، أما الاشياء المنقولة فلا يصح وقفها ، بحسب نظامنا القانوني ، إلا في حالات معينة .

٤ — إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الاهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل (المادة ٣٩٣ من القانون المدني) ، ولا يسري هذا الحكم فيما اذا كان المبيع منقولا لا عقارا .

٥ — نضيف إلى ذلك أخيرا ما سبق أن أشرنا اليه من أن بعض الحقوق العينية لا يمكن أن تقع إلا على العقار دون المنقول .

في نطاق أصول المحاكمات :

١ — يختلف الاختصاص المكاني للمحاكم بحسب ما اذا كانت الدعاوى عقارية أو منقولة . فالدعاوى العقارية ترفع أمام المحكمة التي يوجد العقار في دائرتها ، أما الدعاوى المنقولة فترفع أمام محكمة موطن المدعى عليه (المادتان ٨١ و ٨٢ من قانون أصول المحاكمات) .

ويجوز ان ترفع الدعاوى الشخصية العقارية أمام المحكمة التي يقع العقار في دائرتها أو أمام محكمة موطن المدعى عليه (الفقرة ٣ من المادة ٨٢ المشار إليها آنفا) .

٢ — دعاوى الحيازة التي تمكن الحائز من طلب منع التعرض أو

استرداد الحيازة أو وقف العمل الجديد لا تكون إلا في حيازة العقار دون المنقول (المواد ٦٥ و ٧٠ و ٧١ من قانون أصول المحاكمات) ٠

٢ — حجز العقار يتم بوضع اشارة الحجز في السجل العقاري ، أما حجز المنقول فيكون بوضع اليد عليه وتسليمه الى حارس مكلف بحفظـه ٠

في نطاق القانون الدولي الخاص :

١ — يسري قانون موقع العقار على العقود التي أبرمت بشأن هذا العقار ، أما العقود الاخرى فيسري عليها قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا ، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد (المادة ٢٠ من القانون المدني) ٠

٢ — القيود التي تحد من تملك الاجانب عادة تقتصر فقط على العقارات دون المنقولات ٠

وبالاضافة الى هذه الآثار الهامة التي تترتب في بعض فروع القانو الخاص ، هنالك أيضا آثار تترتب في فروع أخرى من القانون العام من ذلك مثلا في القانون الاداري أن الاستملاك في سبيل المنفعة العا لا يقع إلا على العقار ، أما المنقول فيخضع في أحوال استثنائية للمصاد لا للاستملاك ٠ وفي القانون الجزائي ، هنالك جرائم لا تقع إلا على المنقول كالسرقة والاختلاس وإساءة الائتمان مثلا ، وجرائم أخرى لا تقع إلا على العقار كنزع التخوم واغتصاب العقـار واتلاف المزروعـات والاشجار ونحو ذلك ٠

الفرع الثاني

التقسيمات الاخرى للاشيـاء

LES AUTRES CLASSIFICATIONS DES CHOSES

الاشياء القابلة للتعامل والاشياء الخارجة عن التعامل — الاشياء
الاستهلاكية والاشياء الاستعمالية — الاشياء المثلية والاشياء
القيمية — الاشياء المادية والاشياء المعنوية — بعض
التقسيمـات الاخرى التي لم يذكرها القـانون
المدني : الاشياء المعتبرة أصلا والاشيـاء
المعتبرة ثمرة ، الاشيـاء الاصليـة
والاشياء التبعية ، الاشيـاء
القابلة للقسمة والاشياء
غير القابلة لهـا

أشرنا من قبل الى أن هنالك تقسيمات متعددة للاشياء ذكر القانون المدني بعضها أو أشار إليه ، وأغفل ذكر البعض الآخر .

وسنبدأ أولا ببيان التقسيمات التي عددها القانون المدني ثم نستعرض بعد ذلك أهم التقسيمات التي سكت عنها .

الاشياء القابلة للتعامل والاشياء الخارجة عن التعامل :

كل ما هو موجود في الطبيعة ، ما عدا الانسان ، يعتبر شيئا . ولكن الاشياء إما أن تكون قابلة للتعامل (Aliénables) أو خارجة

عنه (Inaliénables) . والنوع الاول منها هو وحده الذي يصح أن يكون محلا للحقوق المالية (الفقرة ١ من المادة ٨٣ من القانون المدني) .

والاصل أن كل ما ليس خارجا عن التعامل فهو قابل له، ولذلك لا بد من تحديد الاشياء الخارجة عن التعامل أولا لمعرفة الاشياء القابلة له والتي هي كل ما عدا الاشياء من النوع الاول .

والاشياء الخارجة عن التعامل إما أن تكون خارجة عنه بطبيعتها أو بحكم القانون .

والاشياء التي تخرج عن التعامل **بطبيعتها** هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها (الفقرة ٢ من المادة ٨٣ المذكورة آنفا) . ومن ذلك مثلا الهواء وأشعة الشمس وماء البحر التي يشترك الناس جميعا في الانتفاع بها دون أن يستأثر بها أحد منهم .

أما إذا أمكن الاستئثار بحيازة جزء من هذه الاشياء ، كالهواء المضغوط في الانابيب أو الماء المعبأ في القوارير أو طاقات الشمس الحرورية المخزونة في البطاريات ؛ فإن هذه الاجزاء التي أمكنت حيازتها تصبح قابلة للتعامل مع بقاء الاصل الذي أخذت منه غير قابل لذلك .

أما الاشياء التي تخرج عن التعامل **بحكم القانون** ، فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية (الفقرة ٢ أيضا من المادة ٨٣ من القانون المدني) . وهذه الاشياء يمكن الاستئثار بحيازتها ، ولكن القانون اعتبرها مع هذا غير قابلة للتعامل ، وذلك كالمخدرات مثلا والمواد المتفجرة والاشياء التي تدخل ضمن الاموال العامة .

على أن القانون قد يجيز في حالات معينة التعامل في هذه الاشياء في نطاق محدود باجراء بعض أنواع التصرفات عليها ، كالسماح بشراء المخدرات للاغراض الطبية ، أو بشراء المتفجرات لاستعمالها في المقالع أو كاعطاء ترخيص باشغال بعض الاملاك العامة أحيانا ، فتعتبر هذه

الاشياء حينئذ قابلة للتعامل في الحدود التي يعينها القانون مع بقائها من حيث الاصل أشياء خارجة عن التعامل .

أما الاشياء القابلة للتعامل ، فهي الاشياء التي يستطيع الشخص الاستئثار بحيازتها ولم يمنع القانون التعامل بها .

وليس ضروريا أن تكون هذه الاشياء مملوكة فعلا أو في حيازة شخص من الاشخاص لتعتبر قابلة للتعامل ، وإنما يكفي أن يكون من الممكن حيازتها والاستئثار بها . فالاشياء المباحة أو الخالية ، وهي التي ليست في الاصل ملكا لاحد كالحيوانات الطليقة الموجودة في الطبيعة ، والاشياء المتروكة أو المهملة ، وهي التي كانت في الاصل مملوكة ثم تخلى عنها صاحبها فأصبحت في حكم الاشياء المباحة الخالية ، تعتبر كلها أشياء قابلة للتعامل ويجوز لمن يحوزها أولا أن يتملكها وفقا لاحكام القانون .

الاشياء الاستهلاكية والاشياء الاستعمالية :

الاشياء القابلة للاستهلاك ، أو الاستهلاكية ، هي التي ينحصر استعمالها ، بحسب ما أعدت له ، في استهلاكها أو انفاقها (المادة ٨٧ من القانون المدني) ؛ أما الاشياء الاستعمالية فهي عكس ذلك .

فالاشياء الاستهلاكية تختلف عن الاشياء الاستعمالية في أنها تستهلك منذ الاستعمال الاول ، كالمأكولات والوقود والنقود التي يؤدي استعمالها الى استهلاكها أكلا أو حرقا أو انفاقا ، بينما يمكن أن يتكرر استعمال الاشياء الاستعمالية أكثر من مرة دون أن يؤدي ذلك الى استهلاكها أو فنائها ولو أدى الى نقصان قيمتها أو استهلاك أجزاء منها .

وعلى هذا يعبر عن الاشياء الاستهلاكية والاشياء الاستعمالية بأنها

الاشياء القابلة للاستهلاك أو غير القابلة للاستهلاك بالاستعمال الاول
(Choses consomptibles et choses non consomptibles par le premier usage).

والاستهلاك قد يكون فعليا ماديا يؤدي الى زوال الشيء وفنائه ، كما في استهلاك المأكولات والمحروقات ، وقد يكون قانونيا اعتباريا يؤدي الى انفاق الشيء والتخلي عنه ، كما في انفاق النقود أو بيع العروض . فالشيء في الحالة الثانية ، بالرغم من بقائه قائما وامكان تكرار استعماله ، يعتبر قد استهلك من قبل صاحبه بهذا الانفاق والتخلي عنه . ولذا اعتبرت المادة ٨٧ المشار إليها آنفا من بين الاشياء القابلة للاستهلاك الاشياء التي ينحصر استعمالها في انفاقها كالنقود ، كما اعتبرت الفقرة الثانية من المادة المذكورة الاشياء التي أعدت في المتاجر للبيع قابلة للاستهلاك أيضا لان استعمالها من قبل البائع ينحصر في بيعها والتخلي عنها .

من هنا نلاحظ أن تحديد صفة الشيء فيما إذا كان استهلاكيا أو استعماليا يتأثر الى حد كبير بنية صاحبه ، أو بحسب ما أعد له وفقا لتعبير القانون المدني . فالشيء قد يكون استعماليا بحسب طبيعته ، كالسيارة مثلا ، ولكنه يصبح استهلاكيا حين يعرض للبيع . كما أن الشيء الاستهلاكي في الاصل ، كالنقود والثمار ، يمكن أن يعتبر استعماليا فيما إذا لم يعدّ للاستهلاك ، كأن يتم التعاقد على عرض هذه النقود أو الثمار في معرض من المعارض ثم اعادتها دون استهلاكها .

وتظهر فائدة التمييز بين الاشياء الاستهلاكية والاستعمالية بالنسبة لحق الانتفاع الذي لا يقع إلا على الاشياء الاستعمالية دون الاستهلاكية لان حق المنتفع ينحصر في استعمال الشيء واستغلاله فترة معينة من الزمن على أن يرد هذا الشيء بذاته الى مالكه بعد زوال حقه في الانتفاع . وكذلك تظهر فائدة التمييز بين هذين النوعين من الاشياء

بالنسبة للعقود التي ترد على الانتفاع بالشيء كعقد العارية مثلا الذي لا يقع إلا على الاشياء الاستعمالية فقط لالتزام المستعير باعادة الشيء المعار بعينه الى المعير بعد انتهاء حقه في استعماله ، أما الاشياء الاستهلاكية فلا تكون محلا لعقد العارية بل تعتبر اعارتها من قبيل القرض .

الاشياء المثلية والاشياء القيمية :

الاشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن (المادة ٨٨ من القانون المدني) . أما الاشياء القيمية فهي ما عدا ذلك .

فالتفريق بين الاشياء المثلية (Choses fongibles) والاشياء القيمية (Choses non fongibles ou corps certains) يقوم على أساس التماثل بين أفراد النوع الواحد من هذه الاشياء أو عدم التماثل . فإذا كان هناك تشابه وتماثل بين أفراد النوع الواحد بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض اعتبرت هذه الاشياء مثلية ، أما إذا لم يتوافر هذا الشرط فتكون الاشياء قيمية كالدور أو الاراضي أو الطنافس التي يختلف كل واحد منها عن غيره من أفراد نوعه ولا يمكن أن يقوم مقامه .

والاشياء المثلية تقدر عادة بالعدد كالبيض والنقود ، أو بالمقاس كألواح الزجاج أو القماش المتماثل ، أو بالكيل كالبترول والزيت ، أو بالوزن كالسكر والارز ونحو ذلك .

والاشياء المثلية يمكن أن تعتبر قيمية عند التعاقد عليها ، كما أن الاشياء القيمية يمكن أن تعتبر مثلية ، وبذلك تنقلب الاشياء من نوع الى آخر وفقا لقصد المتعاقدين الذي يكون له تأثير كبير في هذا التحديد . فإذا عينت الاشياء المثلية بذاتها كأن تباع كمية مفرزة منها متميزة عن غيرها فإن هذه الاشياء المعينة المحددة تصبح قيمية لان

لوفاء لا يتم إلا بها ولا يمكن أن يقوم غيرها مقامها في ذلك • ومن جهة ثانية إذا حددت الاشياء القيمية بنوعها ومقدارها لا بذواتها ، كأن تباع قطعة أرض في جهة معينة بالامتار المربعة أو الدونمات ، فإن هـذه الاشياء القيمية في الاصل تصبح مثلية لعدم تعيينها ولامكان قيام بعضها مقام بعض في الوفـاء •

ومن الملاحظ أن الاشياء المثلية هي على الغالب أشياء استهلاكية وأن الأشياء القيمية هي على الغالب أيضا أشياء استعمالية • غير أن هذا التوافق بين الاشياء المثلية والاستهلاكية من جهة والاشياء القيميـة والاستعمالية من جهة ثانية ليس مطلقا • فقد يكون الشيء مثليـا واستعماليا ، كما في نسخ الكتاب الواحد التي يقوم بعضها مقام بعض والتي تكون معدة للاستعمال لا الاستهلاك ، كما قد يكون الشيء أيضا قيميا واستهلاكيا كالتحف الفنية المعروضة للبيع مثلا التي هي قيمية لاختلاف كل منها عن الاخرى واستهلاكية لانها معدة لبيعها والتخلي عنهـا •

ولتقسيم الاشياء الى مثلية وقيمية آثار عديدة من الوجهـة القانونيـة :

فالالتزام الذي يكون محله شيئا مثليا يستطيع المدين أن يبرىء ذمته منه بايفاء الدائن أي شيء آخر مماثل له في النوع والمقدار ، أما إذا كان محل الالتزام شيئا قيميا فلا تبرأ ذمة المدين منه إلا بايفاء الدائن هذا الشيء بذاتـه •

والحقوق العينية لا ترد إلا على الاشياء القيمية أو المعينة بالذات، بينما يمكن أن يكون المحل غير المباشر للحقوق الشخصية شيئا قيميا أو مثليا •

وانتقال الملكية يتم بمجرد العقد إذا كان الشيء قيميا أو معينا

بالذات (مع عدم الاخلال بقواعد التسجيل بالنسبة للعقارات) ، أما إذا كان الشيء مثليا فلا تنتقل ملكيته إلا بافرازه (المادتان ٢٠٥و٢٠٦ من القانون المدني) .

والمقاصة لا تقع إلا إذا كان محل كل من الدينين المتقابلين اللذين تجري المقاصة بينهما نقودا أو مثليات متحدة في النوع والجودة ، أما إذا كان محل أحد هذين الدينين أو كليهما شيئا قيميا فلا مجال لاجراء المقاصة بينهما (المادة ٣٦٠ من القانون المدني) .

وهلاك محل الالتزام قبل تنفيذه يجعل هذا الالتزام مستحيلا إذا كان محله شيئا قيميا (فينقضي الالتزام أو يلجأ الى التنفيذ بطريق التعويض بدلا عن التنفيذ العيني) . أما إذا كان محل الالتزام شيئا مثليا فإن هلاكه لايؤدي الى استحالة تنفيذ هذا الالتزام لان الاشياء المثلية يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء .

الاشياء المادية والاشياء المعنوية :

سبق أن أشرنا الى هذا التقسيم حين البحث في العقارات والمنقولات . وقد رأينا أن الاشياء المعنوية التي لا تدخل تحت الحس المادي ، كالافكار والابتكارات والمخترعات ، تعتبر كلها أشياء منقولة بحكم القانون ، بينما تقسم الاشياء المادية الى منقولة وعقارية .

وقد نصت المادة ٨٩ من القانون المدني على أن الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة ، فنبهت بذلك الى وجوب التفريق بين الاشياء غير المادية أو المعنوية وبين الحقوق التي ترد عليها وهي الحقوق التي تسمى بالحقوق الادبية أو المعنوية . فالاختراع والعلامة الفارقة واللحن الموسيقي ونحوها هي عبارة عن أشياء معنوية، أما ملكية المخترع أو الصناعي أو الفنان لهذه الاشياء فتؤلف الحق الادبي أو المعنوي الذي يعود الى كل منهم .

بعض التقسيمات الاخرى التي لم يذكرها القانون المدني :

بالاضافة الى التقسيمات السابقة للاشياء التي نص عليها القانون المدني ، هناك بعض التقسيمات الاخرى التي أغفل القانون ذكرها ، وأهمها ما يلي :

الاشياء المعتبرة أصلا والاشياء المعتبرة ثمرة : الاشياء المعتبرة أصلا هي التي لا تكون ثمرة لغيرها ، أما الاشياء المعتبرة ثمرة فهي التي تنتج عن الاشياء المعتبرة أصلا بشكل دوري في أغلب الاحيان • فالارض والدار مثلا هي من الاشياء التي تعتبر أصلا أما غلة الارض واجرة الدار فهي من الاشياء المعتبرة ثمرة •

ولا يتحتم أن ينتج الاصل ثمارا ليعتبر أصلا وإنما يجب ألا يكون ثمرة لغيره ، فالجواهر والاثاث مثلا تعتبر أصلا بالرغم من عدم وجود ثمار لها •

ولا يعتبر الشيء ثمرة إلا إذا كان انفصاله عن الاصل لا يؤدي الى نقصانه ، فأنقاض الدار مثلا لا تعتبر ثمرة وإنما هي جزء من الاصل نفسه •

وأهم آثار التفريق بين الاصل والثمرة تبدو في حق الانتفاع الذي يخول المنتفع امتلاك ثمار الشيء بينما يبقى أصله للمالك ، وفي الحيازة بحسن نية حيث يمتلك الحائز ثمار الشيء الواقع تحت حيازته بينما يبقى الاصل للمالك ما لم تستمر الحيازة مدة التقادم المكسب ، وفي أهلية الاداء حيث تعتبر العقود المتعلقة بالثمار من أعمال الادارة بينما تعتبر العقود المتعلقة بالاصل من أعمال التصرف •

الاشياء الاصلية والاشياء التبعية : الشيء الاصلي هو الذي يكون له وجود مستقل عن غيره كالدار والاشجار ، أما الشيء التبعي

فهو الذي يرتبط بشيء أصلي ويتبعه ، كالنوافذ والابواب وتمديدات الكهرباء في الدار والثمار على الاشجـــار .

وتبدو فائدة التمييز بين الشيء الاصلي والشيء التبعي في تطبيق قاعدة التابع تابع على الاشياء التبعية ، فإذا بيع الشيء الاصلي مثلا فإن توابع هذا الشيء تدخل في المبيع حكما إلا إذا استثنيت بنص خـــاص .

الاشياء القابلة للقسمة والاشياء غير القابلة لها : الشيء القـــابل للقسمة هو الذي لا يكون في تجزئته ضرر بحيث يكون نوع المنفعة التي للاصل قبل القسمة ثابتا لكل قسم منه بعدها ، أما الشيء غير القابل للقسمة فهو الذي تفوت بتجزئته المنفعة المقصودة منه . فالحيوان والجوهرة والسيارة مثلا هي من الاشياء غير القابلة للقسمة، والارض والقمح والزيت والسمن ونحوها هي من الاشياء القابلة للقسمة .

والدار المعدة للسكن إذا أمكن تقسيمها مثلا الى دارين صالحتين للسكن أيضا فهي قابلة للقسمة ، أما إذا لم يمكن تقسيمها أو أمكن تقسيمها الى دكانين مثلا لا دارين فهي غير قابلة للقسمة .

وتبدو أهمية التفريق بين هذين النوعين من الاشياء في حالة اجراء القسمة القضائية . فالاموال القابلة للقسمة تجرى قسمتها عينا أمـــا الاشياء غير القابلة لها فتباع في المزاد العلني ثم يقسم ثمنها على مستحقيه .

للقراءة

تعالج بحث الاشياء عادة ، أو بحث الاشياء والاموال ، المؤلفات التي تتناول دراسة الحقوق العينية ، باعتبار أن الاشياء هي المحل المباشر الذي تقع عليه هذه الحقوق • ولذا يجدر الرجوع أيضا ، بالاضافة الى المراجع العامة ، للمؤلفات المذكورة ، ونشير منها بصورة خاصة الى كتاب الحقوق العينية للدكتور مأمون الكزبري ، وكتاب الحقوق العينية الاصلية — الجزء الاول للدكتور محمد كامل مرسي •

التمييز بين الاشياء والاموال :

حرص كل من القانونين المصري والسوري على التمييز بين الاشياء والاموال تمييزا واضحا وتجنب كل خلط بينهما ، وتقول في هذا المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني المصري ما يلي :

« روعي في هذا الفصل التمييز بين الاشياء والاموال • فالمال في عرف القانون هو الحق ذو القيمة المالية أيا كان ذلك الحق سواء أكان عينيا أم شخصيا أم حقا من حقوق الملكية الادبية والفنية والصناعية إلخ •• أما الشيء سواء أكان ماديا أم غير مادي ، فهو محل ذلك الحق• وقد أريد بذلك تحاشي ما وقع فيه التقنين الحالي ومعظم التقنينات الاجنبية من خلط بين الشيء والمال • مما جعل تلك التقنينات تعرف المال في بعض نصوصها بأنه شيء ••• ، وفي بعض النصوص الاخرى أنه حق ••• فأدى ذلك الى اطلاق التقسيمات الخاصة بالاشياء على الاموال أيضا ، في حين أن بعض هذه التقسيمات لا يصدق إلا على الاشياء كتقسيم الاشياء الى مثلية وقيمية والى قابلة وغير قابلة للاستهلاك » مجموعة الاعمال التحضيرية ••• ص ٤٥٧ •

ويلاحظ الدكتور مرقس أنه « بالرغم من هذا الفرق الجوهري بين المال والشيء ، فقد جرى العرف باطلاق لفظ المال على الشيء ، فيقال عن السيارة المملوكة لي أنها سيارتي أو مالي . والواقع أنه لا مانع من إجازة هذا الاستعمال في نسبة الشيء الى صاحب حق الملكية فيه دون غيره من الاشخاص الذين تكون لهم عليه حقوق أخرى كحق انتفاع أو ارتفاق أو رهن إلخ .. ذلك أن حق الملكية هو أوسع الحقوق مدى ، وأنه يحيط بالشيء الذي يقع عليه احاطة تامة . بحيث يمكن القول أنه يمتزج به ويتجسد فيه ، فيصبح حق الملكية ومحله أمرا واحد مكونا من عنصرين أحدهما معنوي والآخر مادي ، فيطغى المادي لدى الحس على المعنوي ، ويستأثر بالاهمية دونه فيبدو كأنه هو المال ، وما هو كذلك في الواقع إلا بفضل حق الملكية المندمج فيه ... » مرقس ٤٣٥ .

تقسيم الاشياء :

لا نرى ضرورة للتوسع في هذا الموضوع الذي يبحث ، كما ذكرنا ، بحثا مفصلا في المؤلفات الخاصة بالحقوق العينية . ولذا فإننا نكتفي بالاحالة الى هذه المؤلفات ، كما نحيل أيضا الى مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المصري — الجزء الاول — ص ٤٥٧ وما بعد .

المصطلحات

Effet immédiat	اثر مباشر
Jurisprudence	اجتهاد قضائي
Morale	اخلاق
Volonté	ارادة
« collective	ارادة مشتركة
Eléments du droit	اركان او عناصر الحق
Détournement du pouvoir	اساءة استعمال السلطة
L'analogie ou l'argument à pari	الاستنتاج بطريق القياس
L'analogie ou l'argument à contrario	الاستنتاج بطريق المخالفة
L'analogie ou l'argument à Fortiori	الاستنتاج من باب اولى
Fondements du droit objectif	اسس القانون
Nom	اسم
« commercial	« تجاري
Prénom	« شخصي
Nom patronymique	« عائلي او لقب
Pseudonyme	« مستعار
Choses	اشياء
Immeubles	اشياء ثابتة (او عقارات)
Meubles	اشياء منقولة

Choses consomptibles par le premier usage	اشياء قابلة للاستهلاك من الاستعمال الاول
Choses non fongibles ou corps certains	اشياء قيميـــة
Choses fongibles	اشياء مثلية
Promulgation	اصدار التشريع
Procedure pénale	اصول المحاكمات الجزائية
« civile et commerciale	اصول المحاكمات المدنية والتجارية
Sujets du droit	اطراف الحق
Travaux préparatoires	اعمال تحضيريـــة
Abrogation de la loi	الغاء التشريع
« expresse	الغاء صريح
« tacite	الغاء ضمني
Proposition	اقتراح التشريع
« de loi	اقتراح بقانون
Territorialité des lois	اقليمية القوانين
Biens	أموال
« vacants ou sans maître	أموال (أو أشياء) خالية قابلة للتملك أو لا مالك لها
Capacité	أهليـــة
« d'exercice	اهلية الاداء او الممارسة
« de jouissance	اهلية الوجوب او التمتع
Wakfs	اوقـــاف
Nullité absolue	بطلان مطلق
« relative	بطلان نسبي
Détermination de la notion	تحديد المفهوم

Affectation	تخصيص
Compénétration	تداخل
Hiérarchie	تسلسل وتدرج (في الترتيب)
Législation financière	تشريع مالي
Vote	تصويت
Solidarité par similitude	تضامن بسبب تشابه الحاجات
« « division du travail	تضامن بسبب تقسيم العمل
Application de la loi	تطبيق التشريع
Application de la loi dans le temps	تطبيق التشريع في الزمان
Application de la loi dans l'espace	تطبيق التشريع في المكان
Définition	تعريف
Interprétation de la loi	تفسير التشريع
Organisation sociale	تنظيم اجتماعي
Conflits des lois	تنازع القوانين
Etat de la personne	حالة الشخص
« politique	الحالة السياسية
« civil	الحالة المدنية
Droit subjectif	الحق (او الحق الذاتي)
« intellectuel	حق ادبي او معنوي
« de préférence	حق الاولوية او الرجحان
« de suite	حق التتبع
« d'ester en justice	حق التقاضي
Droit personnel	حق شخصي

حق عيني	« réel
حق مكتسب	« acquis
حقيقة تاريخية	Donnée historique
حقيقة عقليـة	« rationnelle
حقيقة علميـة	« scientifique
حقيقة مثالية	« idéale
حقيقة واقعيـة	« réelle
حقوق اساسية فطرية	Droits innés
حقوق الانسان	« de l'homme
حقوق تقديرية	« discrétionnaires
حقوق خاصـة	« privés
حقوق سياسية	« politiques
حقوق الشخصية	« de la personnalité
حقوق غير مسببة	« non causés
حقوق مالية	« Patrimoniaux
حي	Vivant
جمعيـة	Association
جمعية ذات نفع عام	« d'utilité publique
خلف خاص	Ayant cause à titre particulier
خلف عام	Ayant cause à titre universel
خصائص	Attributs
درجة القوة الالزامية	Degré de coercivité
الدستور	La Constitution
دستورية التشريع	Constitutionnalité de la loi
ذمـة مالية	Patrimoine

Catégorie juridique	زمرة قانونية
Passif	سالب
Cause ou source du droit	سبب الحق او مصدره
Motif légitime	سبب شرعي
Pouvoir, Faculté ou Prérogative	سلطة او امكانية او امتياز
« constituant	سلطة تأسيسية
« législatif	سلطة تشريعيـــة
« exécutif	سلطة تنفيذيـــة
Confection de la loi	سن التشريع
Politique juridique	سياسة قانونية
Précédents historiques	سوابق تاريخية
Personne	شخص
» morale	شخص اعتباري
« physique	شخص طبيعي
Personnalité des lois	شخصيـــة القوانين
Société	شركـــة
Le Droit musulman	الشريعة الاسلامية
Titulaire de la puissance publique	صاحبة السلطة العامة
Qualité	صفـــة
Nature des choses	طبيعة الاشياء
Procédés de constitution ou d'extinction d'une situation juridique	طرق انشاء أو زوال الوضع القانوني
La paix intérieure	الطمأنينة والسلامة الداخلية للانسان
« « extéreure	» » العامة او الخارجية

Usage	عـــادة
Desuétude	عدم الاستعمال
Imprescriptibilité	« الخضوع للتقادم
Non retroactivité	« رجعية التشريع
Inaliénabilité	« القابلية للتعامل (الخروج عن التعامل)
Immutabilité	« « للتغيير
Apatride ou heimatlos	عديم الجنسية
La coutume	العرف
Immeubles par destination	عقارات بالتخصيص
« « nature	« بطبيعتها
Acte illicite	عمل غير مشروع
Caractère organique	عنصر التماسك
« de durée	« الدوام
Absent	غائب
Le But de la loi	غاية النص التشريعي
Subdivisions	فروع
Doctrine	فقـــه
Principe de subordination	فكرة التبعية
Aptitude	قابليـــة
Aliénable	قابل التعامل
Exécutoire	قابل التنفيذ
Règle	قاعدة
« impérative ou prohibitive	« آمرة او ناهية
« supplétive, interprétative ou déclarative.	« تكميلية أو مفسرة ــ أو معلنة

Règle juridique	« قانونية
« générale et abstraite	« عامة ومجردة
« dispositive	« مقررة
Viable	قابل للحياة
Loi ou législation	قانون ـ بالمعنى الخاص ـ أو تشريع
Le droit objectif	القانون ـ بالمعنى العام ـ (أو الحق الموضوعي)
Droit administratif	قانون اداري
« de famille	« الاسرة أو العائلة
« commercial	« تجاري
« « maritime	« « بحري
« « terrestre	« « بري
« pénal	« جزائي
« privé	« خاص
« constitutionnel	« دستوري
« international privé	« دولي خاص
« « public	« « عام
« rural	« زراعي
« naturel	« طبيعي
« public	« عام
« du travail	« العمل
« civil	« مدني
« positif	« وضعي
Légalité des règlements	قانونية الانظمة
Pouvoir de volonté	قدرة ارادية

Arrêtés règlementaires	قرارات تنظيمية
Règles de l'équité	قواعد العدالة
Être humain	كائن بشري
La lutte pour le droit	الكفاح في سبيل القانون
Perfection individuelle	الكمال الفردي
Principe de spécialité	مبدأ التخصص
Simple expectative	مجرد الامل
Universalité juridique	مجموعة قانونية مستقلة
Objet du droit	محل الحق
Ecole historique	المدرسة التاريخية
« de l'exégèse	مدرسة الشرح على المتون
Positivisme scientifique	المدرسة الوضعية العلمية
Les Doctrines formalistes	المذاهب الشكلية
Le Socialisme ou l'interventionnisme	المذهب الاشتراكي أو مذهب التدخل
Doctrine de la solidarité sociale	مذهب التضامن الاجتماعي
Science et technique	« العلم والصياغة
L'individualisme ou le libéralisme	المذهب الفردي أو المذهب الحر
Décret	مرسوم
« règlementaire	« تنظيمي
Décret-loi	« تشريعي
Période constitutive	مرحلة تمهيدية أو تأسيسية
Etablissement principal	مركز أعمال رئيسي
Situation juridique	مركز أو وضع قانوني
Projet de loi	مشروع قانون

Entreprise nationalisée	مشروع مؤمم
Source formelle	مصدر رسمي
Intérêt	مصلحة
« illégitime	« غير مشروعة
« collectif	« مشتركة
« juridiquement protégé	« يحميها القانون
Contenu du droit	مضمون الحق
Le disparu	المفقود
Notion	مفهوم
Comparaison	مقارنة
Obligatoire	ملزم
Mort civile	الموت المدني
Actif	موجب
Fondation	مؤسسة
Institution juridique	« قانونية
Domicile	موطن
« d'origine	« أصلي
« d'affaires ou commercial	« أعمال أو الموطن التجاري
« légal	« قانوني
« élu	« مختار
Propriété	ملكية
« collective	« مشتركة
Meubles par nature	منقولات بطبيعتها
« « anticipation	« من حيث المآل
« incorporels	« معنوية أو غير مادية

Sanction	مؤيد أو جزاء
Sanctionné par l'Etat	مؤيد من قبل الدولة
Relativité du droit subjectif	نسبية الحق
Publication	نشر التشريع
L'ordre public	النظام العام
Théorie	نظرية
« de la fiction	» الافتراض القانوني
« de la personnalité réelle	» الشخصية الحقيقية
Utilité publique	نفع عام
Positivisme juridique	النظرية الوضعية القانونية
Intention dolosive	نية الاساءة
Existence	وجود

Damascus University

Cass.	: Cour de cassation.
Ch.	: Chronique.
Ch. Reun.	: Chambres réunies de la Cour de cassation.
Civ.	: Chambre civile de la Cour de cassation.
D.	: Recueil Dalloz.
G. P.	: Gazette du Palais.
Req.	: Chambre des requêtes de la Cour de cassation.
Rev. tr. dr. civ.	: Revue trimestrielle de droit civil.
S.	: Recueil Sirey.
Th.	: Thèse.
Trib. civ.	: Tribunal civil.

Damascus University

المراجع العامـة

نقتصر فيما يلي على بيان أهم المراجع ، العربية والفرنسية ، التي تتصل بمادة المدخل الى علم القانون بصورة عامة ، سواء منها ما يتعلق بالقانون أو بالحق أو بكليهما معا . أما المراجع الخاصة بكل بحث من الابحاث فقد أشرنا الى أشهرها في الملاحق المخصصة للقراءة .

وقد عمدنا ، حين الاستشهاد ببعض هذه المراجع العامة ، الى ذكر اسم المؤلف ورقم الصفحة التي نحيل اليها فقط دون اسم الكتاب تجنبا للتكرار ، واعتمادا على أن القارىء سيتمكن من معرفة أسماء الكتب التي نستشهد بها بالرجوع الى القائمة التالية :

المراجع العربيـة

البدراوي ، عبد المنعم : المدخل للعلوم القانونية ، بيروت ، ١٩٦٦

تنـاغو ، سمير عبد السيد : النظرية العامة للقانون ، الاسكندرية ١٩٧٤

حجازي ، عبد الحي : المدخل لدراسة العلوم القانونية : الحق ، الكويت ١٩٧٠ ـ القانون ، الكويت ١٩٧٢

السنهوري وأبو ستيت ، عبد الرزاق أحمد السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت : أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، الطبعة الثانية ، القاهرة ١٩٥٠

شحاتـة ، شفيق : محاضرات في النظرية العامة للحق ، القاهرة١٩٤٨ ١٩٤٩

الصـدة ، عبد المنعم فرج : نظرية الحق في القانون المدني الجديـد ، القاهرة ١٩٥٠ ـ أصول القانون ، ١٩٦٦

عبد الباقي ، عبد الفتاح : نظرية القانون ، الطبعة الخامسة ، القاهرة١٩٦٦
نظرية الحق ، الطبعة الثانية ، القاهرة ١٩٦٥

عرفـــة ، محمد علي : مبادىء العلوم القانونية ، الطبعة الثانيـــة ، القاهرة ١٩٥١

القـــوتلي ، عدنان : الوجيز في الحقوق المدنية ، الجزء الاول : المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة السابعة ، دمشق ١٩٦٣

كـــيرة ، حسن : المدخل الى القانون ، الاسكندرية ١٩٧١

مرقـــس ، سليمان : المدخل للعـــلوم القانونية ، الطبعـــة الثانيـــة ، القاهرة ١٩٥٢

منصـــور ، منصور مصطفى : نظرية القانون ، القاهرة ١٩٥٩ ، نظرية الحق ، القاهرة ١٩٦٢

أما **المجموعات والمجلات القانونية** فاشهرها ما يلي :

في سوريـــة :

مجموعة المبادىء القانونية المقررة في محكمة النقض من قبل الدائرة المدنية الاولى في أعوام ١٩٥٩ ـ ١٩٦٣ ، جزءان .

مجلة القانون الصادرة عن وزارة العدل السورية .

مجلة نقابة المحامين بدمشق ، واسمها حاليا « المحامون » .

في مصر :

مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني . باشراف وزارة العدل المصرية ، ٧ أجزاء .

التقنين المدني المصري الجديد للاستاذ جمـــال الدين العطيفي ، ٥ أجزاء .

مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض المدنية ـ محمود عمر .

مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسة وعشرين عاما (من ١٩٣١ ـ ١٩٥٥) جزءان .

المجموعة الرسميـــة .

مجلة المحامـــاة .

مجلة القانون والاقتصاد

في لبنـــان :

النشرة القضائية اللبنانية الصادرة عن وزارة العدل اللبنانية .

المجلة القضائيـــة .

مجلة المحامـــين .

المراجع الفرنسية

Théorie générale :

Bonnecase (J) : Introduction à l'étude du droit.

Brethe de la Gressaye (J) et Laborde-Lacoste (M) : Introduction générale à l'étude du droit.

Capitant (H) : Introduction à l'étude du droit civil.

Dabin (J) : Philosophie de l'ordre juridique positif.
: Théorie générale du droit.
: Le droit subjectif.

Del Vecchio (G) : Philosophie du droit, traduction française par J. Alexis d'Aynac.

Du Pasquier (C) : Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit.

Roubier (P) : Théorie générale du droit.

Cours et Traités (tome premier) :

Carbonnier (J) : Droit civil

Colin (A) et Capitant (H) : Cours élémentaire de droit civil français (refondu par L. Julliot de la Morandière).

Josserand (L) : Cours de droit civil positif français.

Marty (G) et Raynaud (P) : Droit civil.

Mazeaud (H., L. et J.) : Leçons de droit civil.

Planiol (M), Ripert (G) et Boulanger (J) : Traité élémentaire de droit civil.

Savatier (R) : Cours de droit civil.

الفهرس

الصفحة

المقدمة ٣

تمهيد : القانون والحق ٦

قراءة ٩

القسم الاول

القانون ١١

الباب الاول

مفهوم القانون ١٣

الفصل الاول :

تحديد مفهوم القانون ١٤

الفرع الاول : القاعدة القانونية ١٥

القاعدة القانونية خطاب موجه الى الاشخاص ١٥

القاعدة القانونية يجب أن تكون عامة ومجردة ١٧

القاعدة القانونية يجب أن تتصف بالصبغة الالزامية ١٩

الفرع الثاني : دور القانون في التنظيم الاجتماعي ٢٢

صلة القانون بالحياة الاجتماعية ٢٢

المذهب الفردي أو المذهب الحر ٢٣

المذهب الاشتراكي أو مذهب التدخل ٢٤

الفرع الثالث : القواعد الآمرة والقواعد التكميلية أو المفسرة ٢٦

التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد التكميلية او المفسرة ٢٦

سبب هذه التسمية ٣٠

الصفحة

القوة الالزامية للقواعد التكميلية أو المفسرة	٣٢
مفهوم النظام العام	٣٣
الفرع الرابع : القانون والاخلاق	٣٥
مقارنة القانون بالاخلاق	٣٥
اختلاف القانون والاخلاق من حيث النطاق	٣٧
اختلاف القانون والاخلاق من حيث الشدة	٣٨
اختلاف القانون والاخلاق من حيث المؤيد والجزاء	٣٩
قراءة	٤١
الفصل الثاني :	
اسس القانون	٤٨
الفرع الاول : المذاهب الشكلية	٤٩
عرض النظرية	٤٩
تقدير النظريـة	٥٠
الفرع الثاني : مدرسة القانون الطبيعي	٥٢
عرض النظريـة	٥٢
تقدير النظرية	٥٤
تطور النظرية : القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير	٥٥
الفرع الثالث : المدرسة التاريخية	٥٦
عرض النظريـة	٥٦
تقدير النظرية	٥٧
الفرع الرابع : مذهب التضامن الاجتماعي	٥٩
عرض النظريـة	٥٩
تقدير النظريـة	٦٢
الفرع الخامس : مذهب العلم والصياغة	٦٥
عرض النظريـة	٦٥

الصفحة

تقدير النظريـة ٦٧
قراءة ٦٩

الفصل الثالث :

اقسام القانون ٧٧

الفرع الاول : القانون العام والقانون الخاص ٧٨

تعريف القانون العام والقانون الخاص ٧٨
معيار التفريق بين القانون العام والقانون الخاص ٧٩
(المفهوم المالي ٨٠ ـ المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ٨٠
صفة أطراف العلاقة القانونية ٨١)
صعوبة التفريق بين القانون العام والقانون الخاص ٨٢
التداخل والتأثير المتبادل بين القانون العام والقانون الخـاص ٨٣

الفرع الثاني : فروع القانون العام ٨٥

القانون الدستوري ٨٥
القانون الاداري (والقانون المالي) ٨٦
(القانون الاداري ٨٦ ـ القانون المالي ٨٧)
القانون الجزائي (وأصول المحاكمات الجزائية) ٨٨
(القانون الجزائي ٨٨ ـ أصول المحاكمات الجزائية ٨٩)
القانون الدولي العام ٨٩

الفرع الثالث : فروع القانون الخاص ٩٢

القـانون المـدني ٩٢
(تعريف القانون المدني وخصائصه ٩٣ ـ تطور القانون المدني في بلادنـا ٩٤ ـ أبحـاث القانون المدني ٩٨ ـ قانون الاسرة أو العائلة ٩٩)
القـانون التجـاري ١٠٠
أصول المحاكمات المدنية والتجارية ١٠١
القانون الدولي الخاص ١٠٣

الصفحة

بعض الفروع المستحدثة في نطاق القانون الخاص ١٠٤
قراءة ١٠٥

الباب الثاني

مصادر القانون ١٠٩

تمهيـــد : نظرة عامة حول مصادر القانون ١١٠
المصدر المادي والمصدر الرسمي ١١٠
تعداد المصادر الرسمية وبيان أهميتها ١١١

الفصل الاول :
التشريع (أو القانون بالمعنى الخاص) ١١٧

الفرع الاول : تعريف التشريع وسنه ١١٨

المبحث الاول : تعريف التشريع ١١٨
تعريف التشريع ١١٨
اهمية التشريع ومزايـاه ١١٨
عوامل انتشار التشريع ١٢٠

المبحث الثاني : سن التشريع ١٢١
السلطة التشريعية المختصة التي يعود اليهـا سن التشريـع ١٢٢
(المرسوم التشريعي ١٢٣)
مراحل سن التشريع ١٢٥
(الاقتراح ١٢٥ ـ الاقرار ١٢٦ ـ الاصدار ١٢٦ ـ النشر ١٢٧)

الفرع الثاني : التشريع والدستور والانظمة ١٢٩

المبحث الاول : مقارنة التشريع بالدستور والانظمة ١٢٩
موقع التشريع بين الدستور والانظمة ١٢٩
مقارنة الدستور بالتشريع ١٣٠
مقارنة الانظمة بالتشريع ١٣١

الصفحة

المبحث الثاني : رقابة القضاء لدستورية التشريع وقانونية الانظمة ١٣٣
رقابة القضاء لدستورية التشريع ١٣٣
رقابة القضاء لقانونية الانظمة ١٣٥

الفرع الثالث : تفسير التشريع ١٣٧
ضرورة التفسير ١٣٧
أنواع التفسير ١٣٨
(التفسير التشريعي١٣٨ ـ التفسير القضائي ١٣٩ ـ
التفسير الفقهي ١٤٠ ـ التفسير الإداري ١٤٠)
حالات التفسير وأسبابه ١٤٠
(الخطأ المادي ١٤١ ـ الغموض أو الابهام ١٤١ ـ النقص
أو السكوت ١٤٢ ـ التناقض أو التعارض ١٤٣)
مدارس التفسير المختلفة ١٤٤
(المدرسة التقليدية أو مدرسة الشرح على المتون١٤٤ ـ
المدرسة التاريخية ١٤٦ ـ المدرسة العلمية١٤٨)
طرق التفسير ووسائله ١٤٩
(طرق التفسير الداخلية: الاستنتاج بطريق القياس ١٥٠ ـ
الاستنتاج من باب أولى ١٥١ ـ الاستنتاج بمفهوم
المخالفة ١٥١ ـ طرق التفسير الخارجية : حكمة
التشريع وغايته ١٥٣ ـ الاعمال التحضيرية ١٥٤
المصادر أو السوابق التاريخية ١٥٥)

الفرع الرابع : تطبيق التشريع من حيث الزمان والمكان (تنازع القوانين) ١٥٧

المبحث الاول : تطبيق التشريع من حيث الزمان ١٥٨

أولا : المبدأ العام ١٥٨
عرض المبدأ ١٥٨
ضرورة هذا المبدأ ١٦٠
صعوبة تطبيق هذا المبدأ ١٦١

ثانيا : النظرية التقليدية والنظرية الحديثة ١٦٣

الصفحة

النظرية التقليدية ١٦٢
(عرض النظرية ١٦٣ ـ استثناءات النظرية ١٦٤ ـ نقد النظرية ١٦٦)
النظرية الحديثة ١٦٩

ثالثا : الحلول المتبعة في نظامنا القانوني ١٧٢
في القانون الجزائي ١٧٢
في اصول المحاكمات المدنية والتجارية ١٧٣
في القانون المدني ١٧٤
(الاهلية ١٧٥ ـ التقادم ١٧٦ ـ الادلة التي تعد مسبقا ١٧٨ ـ العقود ١٧٩)

المبحث الثاني : تطبيق التشريع من حيث المكان ١٨١
مبدأ اقليمية القوانين ١٨١
مبدأ شخصية القوانين ١٨٢
مبررات كل من المبدأين ١٨٣
تطبيق التشريع من حيث المكان بحسب نظامنا القانوني ١٨٣
(الامور التي يطبق بالنسبة اليها المبدآن معا ١٨٤ ـ الامور التي يطبق بالنسبة اليها مبدأ اقليمية القوانين ١٨٥ ـ الامور التي يطبق بالنسبة اليها مبدأ شخصية القوانين ١٨٥ ـ تطبيق التشريع من حيث المكان بالنسبة للعقود ١٨٦)

الفرع الخامس : الغاء التشريع ١٨٧
تعريف الالغاء ١٨٧
السلطة التي تملك حق الغاء التشريع ١٨٨
انواع الالغاء ١٨٩
(الالغاء الصريح ١٨٩ ـ الالغاء الضمني ١٩٠)
قراءة ١٩٢

الفصل الثاني
المصادر غير التشريعية ٢١٤

الصفحة

الفرع الاول : العرف ٢١٥
مكانة العرف بالنسبة لبقية المصادر ٢١٥
مزايا العرف ومساوئه ٢١٦
تعريف العرف وعناصره ٢١٨
(العنصر المادي ٢١٨ ـ العنصر المعنوي ٢١٩)
اثر العرف بالنسبة لمختلف فروع القانون ٢٢٠
مستند القوة الالزامية للعرف ٢٢١
دور القضاء بالنسبة للعرف ٢٢٢
صلة العرف بالتشريع ٢٢٢
(توافق العرف مع التشريع ٢٢٣ ـ تعارض العرف مع التشريع ٢٢٣)

الفرع الثاني : الشريعة الاسلامية ٢٢٨
أثر الدين كمصدر للقواعد القانونية ٢٢٨
أثر الدين المسيحي ٢٢٩ ـ أثر الدين الاسلامي ٢٣٠)
لمحة موجزة عن التطور التاريخي للشريعة الاسلامية ٢٣١
(عصر الرسول ٢٣١ ـ عصر التوسع والازدهار ٢٣٢ ـ عصر الركود والجمود٢٣٣ـ عصر الحكم العثماني ٢٣٣)
أثر الشريعة الاسلامية كمصدر للقواعد القانونية في نظامنا الحالي ٢٣٤

الفرع الثالث : مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة ٢٣٦
مفهوم القانون الطبيعي وقواعد العدالة ٢٣٦
أثرهما بالنسبة للمشرع وبالنسبة للقاضي ٢٣٧
تطبيقهما من قبل القضاء في بلادنا ٢٣٨

الفرع الرابع : الاجتهاد القضائي والفقه ٢٤٠
الاجتهاد القضائي ٢٤٠
(سبب اعتباره من المصادر التفسيرية ٢٤١ ـ اهميته من الوجهة العملية ٢٤٢)
الفقه ٢٤٤
قراءة ٢٤٥

الصفحة

القسم الثاني

الحـق ٢٥٥

تمهيد : تعريف الحق ـ نسبيته ـ أقسامه ـ اركانه ٢٥٦

المبحث الاول : تعريف الحق ٢٥٧

المبحث الثاني : نسبية الحق (او نظرية التعسف في استعمال الحق) ٢٦٠

عدم مسؤولية الشخص مبدئيا عن استعماله لحقه ٢٦٠
وجوب عدم التعسف في استعمال الحق ٢٦٢
تطور نظرية التعسف ومناقشتها ٢٦٣
موقف قانوننا المدني من نظرية التعسف ٢٦٧
حالات التعسف التي نص عليها القانون المدني ٢٦٩
(قصد الاضرار بالغير ٢٦٩ ـ التفاوت الكبير بين المصلحة والضرر ٢٧٠ ـ تحقيق مصالح غير مشروعة ٢٧١)

المبحث الثالث : أقسام الحق ٢٧٤

تعداد اقسام الحق ٢٧٤
الحق العيني ٢٧٦
الحق الشخصي ٢٧٧
المقارنة بين الحق العيني والحق الشخصي ٢٧٩
(من حيث الاطراف ٢٧٩ ـ من حيث المضمون ٢٨٠ ـ من حيث النتائج والآثار ٢٨٢)
الحق الادبي أو المعنوي ٢٨٣

المبحث الرابع : أركان الحق ٢٨٥

تعداد أركان الحق ٢٨٥
(الاطراف ٢٨٥ ـ المحل ٢٨٦ ـ المضمون ٢٨٧ ـ السبب ٢٨٧ ـ المؤيد أو الجزاء ٢٨٨)

قراءة ٢٩٠

الصفحة

الباب الاول

الاشخاص ٣٠٢

الفصل الاول

الشخص الطبيعي ٣٠٣

الفرع الاول : وجود الشخص الطبيعي ٣٠٤

ارتباط الشخصية بالصفة الانسانية ٣٠٤

الولادة ٣٠٦

حالة الجنين ٣٠٧

الوفاة ٣٠٨

حالة المفقود ٣٠٩

اثبات الشخصية ٣١٦

الفرع الثاني : الاسم ٣١٨

الاسم العائلي أو اللقب ٣١٨

(تعريفه وفائدته ٣١٨ ـ اكتسابه ٣١٩ ـ طبيعته القانونية ٣٢١ ـ حمايته ٣٢٦ ـ خصائصه ٣٢٧ ـ تصحيحه وتغييره ٣٢٩)

الاسم الشخصي أو الصغير ٣٣٠

الاسم المستعار ٣٣١

الفرع الثالث : حالة الشخص ٣٣٢

الاسرة والقرابة ٣٣٢

(انواع القرابة ٣٣٢ ـ درجاتها ٣٣٥ ـ آثارها ٣٣٦)

الجنسية ٣٣٧

الفرع الرابع : الاهلية ٣٤١

نوعا الاهلية ٣٤٢

(أهلية الوجوب ٣٤٢ ـ أهلية الاداء ٣٤٣)

مراحل تطور الاهلية ٣٤٤

الصفحة

(طور الحمل ٣٤٤ ـ طور عدم التمييز ٣٤٥ ـ طور التمييز ٣٤٦ ـ طور الرشد ٣٥٠)
عوارض الاهلية ٣٥٢
(المجنون والمعتوه ٣٥٣ ـ السفيه والمففل ٣٥٤ ـ المحكوم عليه بعقوبة جنائية ٣٥٥ ـ الاصم الابكم الاعمى ٣٥٦)
النيابة الشرعية ٣٥٧
(انواع النيابة الشرعية ٣٥٨ ـ صلاحيات النائب الشرعي ٣٥٩)
ملاحظتان اخيرتان ٣٦٢
(الاصل في الشخص كمال اهليته ٣٦٢ ـ أهلية الشخص من النظام العام ٣٦٣)
الفرع الخامس : الذمة المالية ٣٦٤
مفهوم الذمة المالية ٣٦٤
صلتها بالشخصية وخصائصها ٣٦٥
فائدتها وآثارها ٣٦٩
انقضاؤها ٣٧١
الفرع السادس : الموطن ٣٧٢
تعريف الموطن واهميته ٣٧٢
تحديد الموطن العادي وتغييره ٣٧٣
الموطن القانوني ٣٧٦
(بالنسبة للموظفين العامين ٣٧٧ ـ بالنسبة لكاملي الاهلية الذين يشتغلون عند الغير ويقيمون معه ٣٧٨ ـ بالنسبة للقاصرين ومن في حكمهم ٣٧٩)
موطن الاعمال ٣٨٠
الموطن المختار ٣٨١
(تعريفه واهميته ٣٨١ ـ آثاره ٣٨٢ ـ اثباته ٣٨٥)
قراءة ٣٨٦

الصفحة

الفصل الثاني

الشخص الاعتباري ٤٠٠

الفرع الاول : مفهوم الشخص الاعتباري وطبيعته ووجوده ٤٠١

مفهوم الشخص الاعتباري وفائدتـه ٤٠١

الطبيعة القانونية للشخص الاعتباري ٤٠٤

(نظرية الافتراض القانوني ٤٠٤ ـ نظرية الشخصية الحقيقية ٤٠٧ ـ نظرية الملكية المشتركة ٤١١)

مقومات الشخص الاعتباري ووجوده ٤١٤

(مقومات الشخص الاعتباري ٤١٤ ـ نشوء الشخص الاعتباري وزواله ٤١٤)

الفرع الثاني : حقوق وخصائص الشخص الاعتباري ٤٢٠

تعداد حقوق وخصائص الشخص الاعتباري ٤٢٠

اسم الشخص الاعتباري ٤٢١

جنسية الشخص الاعتباري ٤٢٢

الذمة المالية للشخص الاعتباري ٤٢٥

موطن الشخص الاعتباري ٤٢٧

أهلية الشخص الاعتباري ٤٢٨

(أهلية الوجوب وأهلية الاداء بالنسبة للشخص الاعتباري ٤٢٨

نائب الشخص الاعتباري ودوره في التعبير عن ارادته ٤٣٠

حق التقاضي بالنسبة للشخص الاعتباري ٤٣٣)

الفرع الثالث : أنواع الشخص الاعتباري ٤٣٥

تعداد أنواع الاشخاص الاعتبارية ٤٣٥

الجمعيـات ٤٣٧

الشركـات ٤٤٣

المؤسسـات ٤٤٧

الاوقـاف ٤٥١

قراءة ٤٥٥

الصفحة

الباب الثاني

الاشيـــاء ٤٦٧

تمهيد : مفهوم الاشيـــاء والاموال والتمييز بينها ٤٦٩

فصل منفرد ٤٦٩

تقسيم الاشياء ٤٧٣

الفرع الاول : تقسيم الاشياء الى منقولة وثابتة (أو عقارات) ٤٧٤

الاشياء الثابتة أو العقارات ٤٧٤

(العقارات بطبيعتها ٤٧٤ ـ العقارات بالتخصيص ٤٧٩)

الاشياء المنقولة ٤٨٢

(المنقـولات بطبيعتها ٤٨٢ ـ المنقولات مـن حيـث المآل ٤٨٣ ـ المنقولات المعنوية ٤٨٣)

الاموال العقارية والاموال المنقولة ٤٨٤

آثار التمييز بين العقار والمنقول ٤٨٧

الفرع الثاني : التقسيمات الاخرى للاشياء ٤٩٠

الاشياء القابلة للتعامل والاشياء الخارجة عن التعامل ٤٩٠

الاشياء الاستهلاكية والاشياء الاستعمالية ٤٩٢

الاشياء المثلية والاشياء القيمية ٤٩٤

الاشياء المادية والاشياء المعنوية ٤٩٦

بعض التقسيمات الاخرى التي لم يذكرها القانون المدني ٤٩٧

(الاشياء المعتبرة أصلا والاشياء المعتبرة ثمرة ٤٩٧ ـ الاشياء الاصليـة والاشـياء التبعية ٤٩٧ ـ الاشياء القابلة للقسـمة والاشياء غير القابلة لها ٤٩٨)

قراءة ٤٩٩

	الصفحة
معجم المصطلحات العلمية	٥٠١
الرموز الفرنسية	٥١١
المراجع العامة العربيـة	٥١٢
المراجع العامة الاجنبية	٥١٥
الفهرس	٥١٦