

الأسس العامة في القانون

المدخل إلى القانون - نظرية الالتزام

الدكتور

السيد محمد السيد عمران

استاذ القانون المدني

والمحامي بالنقض والإدارية العليا

بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

منشورات الحجابي الحقوقية

بيروت - لبنان

٢٠٠٢

الأسس العامة في القانون

المدخل إلى القانون - نظرية الالتزام



مركز تحقيقات كامبيوتري علوم إسلامي
الدكتور

السيد محمد السيد عمران

استاذ القانون المدني

والمحامي بالنقض والإدارية العليا

بكلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

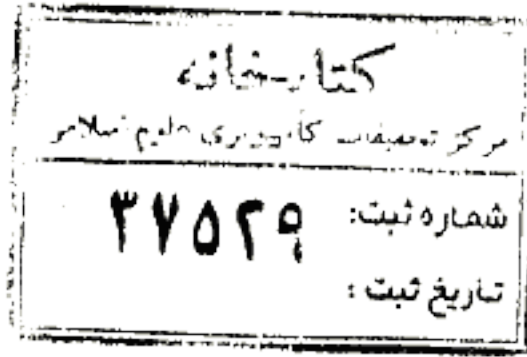
مجمع دارى اموال

مركز تحقيقات كامبيوتري علوم إسلامي

٥٣١٥٢

الاسكندرية

منشورات الحجابى الحقوقية



جميع الحقوق محفوظة ٢٠٠٢

لا يجوز نسخ أو استعمال أي جزء من هذا الكتاب في أي شكل من الأشكال
أو بآية وسيلة من الوسائل - سواء التصويرية أم الإلكترونية أم الميكانيكية،
بما في ذلك النسخ الفوتوغرافي والتسجيل على أشرطة أو سواها
وحفظ المعلومات واسترجاعها - دون إذن خطي من الناشر
تحت طائلة الملاحقة الجزائية

تنفيذ وإخراج

MECA

P.O. BOX 113-5096 BEIRUT - LEBANON
Tel. & Fax 961-1-362370, Cellular 03-918120
E - mail meca@cyberia.net.lb

منشورات الحلبي الحقوقية

فرع اول: بناية الزين - شارع القنطاري - مقابل السفارة الهندية

هاتف: ١/٣٦٤٥٦١

هاتف خليوي: ٠٣/٦٤٠٥٤٤ - ٠٣/٦٤٠٨٢١

فرع ثان: سوديكو سكوير

هاتف: ٠١/٦١٢٦٣٢ - فاكس: ٠١/٦١٢٦٣٣

ص.ب. ٠١١/٠٤٧٥ - بيروت - لبنان

E - mail elhalabi@terra.net.lb

اهداء

إلى ذكرى والدتي...

إعترافاً واحتراماً وحباً وتقديراً



مركز بحوث الحاسب في الرياض



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة المؤلف

في الوقت الذي تخوض فيه أمتنا العربية الحبيبة معركة ضد أعباء أثقلت بها نتيجة ما خاضته من حروب، والاتجاه نحو الانفتاح والاستثمار، يبرز بجلاء الحاجة الى التعريف بأساسيات القانون لأولئك الذين يقومون على إدارة المشروعات الصناعية والتجارية او لمن يشارك في تسيير هذه المشروعات. وذلك بهدف الوصول بالمجتمع اللبناني الى المستوى الاقتصادي الذي يحفظ له مكانته.

بيد انه يجدر بنا، ونحن مقدمون على القيام بتدريس هذه المادة لطلبة كلية التجارة ان ننوه، بادئ ذي بدء، باننا سنعرض لمبادئ القانون في صورة سهلة مبسطة دون الدخول في التفاصيل او المناقشات الموسعة.

قاصدين من ذلك خدمة العلم، وتحقيق النفع لطالب التجارة المبتدئ في دراسة القانون، ولمن يريد ان ينهل سعيًا وراء التعمق والتفوق لا غناء له عن الرجوع الى امهات الكتب لمشاهير الفقهاء في القانون.

والله نسأل ان يوفقنا الى مرضاته وهديه، انه نعم المولى ونعم النصير،

المؤلف



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

القسم الأول

في

القانون او القاعدة القانونية

(نظرية القانون)

١ - نعى في هذا القسم بدراسة القاعدة القانونية من حيث الاصول والمبادئ العامة التي تحكمها، وبيان خصائصها وما يميزها عن القواعد الاجتماعية الاخرى، فضلاً عن مصادرها وقواعد تفسيرها وسريانها. لذا تقسم دراسة هذا القسم الى بابين:

الباب الاول: نخصه لدراسة تحليلية للقانون.

الباب الثاني: نتناول فيه القانون بين النشأة والتطبيق والإلغاء.

الباب الأول تحليل القانون

٢ - نعرض في هذا الباب لدراسة وصفية تحليلية لفكرة القانون تهدف الى تصويره على حقيقته، فنبدأ بالتعريف به لكي نستخلص الخصائص والسمات التي يتصف بها والتي تميزه عن غيره من القواعد الاجتماعية الاخرى، ثم نتبع ذلك ببيان انواع القواعد القانونية، وذلك في فصلين:

الفصل الاول: نخصصه للتعريف بالقانون والخصائص المميزة للقاعدة القانونية.

الفصل الثاني: ونخصصه لبيان انواع القواعد القانونية وتقسيماتها.

الفصل الأول تعريف القانون وبيان خصائصه

٣ - نعرض في هذا الفصل لتعريف القانون وبيان خصائص القاعدة القانونية وذلك يقتضي استبعاد القواعد الاخرى التي قد تختلط بالقواعد القانونية التي تنظم المجتمع وتحكم الروابط التي تنشأ بين افراده. وفي معرض تناولنا لماهية القواعد القانونية نتساءل عن أساسها أي ما هي النظريات الفلسفية والأفكار التي تعتبر الأساس للقانون؟ من هنا نقسم هذا الفصل الى مبحثين:

المبحث الأول: ماهية القانون وخصائصه.

المبحث الثاني: وضع القانون من القواعد الاخرى.

المبحث الأول

المطلب الأول تعريف القانون

٤ - قلنا أن القانون هو مجموعة القواعد التي تنظم نشاط الأفراد في المجتمع، تنظيماً يحقق الخير للفرد ويكمل التقدم للجماعة، والتي تتولى تنفيذها قسراً وجبراً على الأفراد سلطة عليا في تلك الجماعة^(١).

هذا هو المعنى الواسع لكلمة «قانون» وفي هذا المعنى يقال، القانون الوضعي، ويقال «علم القانون» بيد أن كلمة «قانون» قد تستعمل للدلالة على فرع معين من فروع القانون الوضعي، فيقال القانون المدني والقانون التجاري... الخ ويراد بها عندئذ مجموعة القواعد التي تحكم ناحية معينة من نواحي النشاط الانساني في المجتمع، وقد تستعمل كلمة «قانون» ويقصد بها «التقنين» أي مجموعة المواد أو النصوص الخاصة بفرع من فروع القانون وقد تستعمل كلمة «قانون» بمعنى أضيق من المعاني السابقة، فيقصد بها «التشريع» الصادر عن السلطة التشريعية فيقال مثلاً القانون رقم ١٩٥ لسنة ١٩٥٩، أو يقال قانون الشهر العقاري^(٢).

ويجدر بنا أن نلفت النظر أن ما يعيننا في هذا المقام هو التعريف العام الموسع وإن كان ينبغي علينا ألا نغفل التعريفات الأخرى.

وحيث أنه يقصد بالقانون مجموعة القواعد القانونية المنظمة للسلوك

(١) أنظر محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، ص ٢، ١٩٦٩، وقارن الدكتور عبد الحي حجازي، محاضرات في المدخل لدراسة العلوم القانونية، ١، القانون فقرة ١٨، حسين كيره، اصول القانون، الطبعة الثانية، فقرة ٦، الدكتور عبد الرزاق السنهوري وأبوستيت، اصول القانون، ١٩٥٠، فقرة ٨، حيث أغفل المؤلفان غرض القاعدة القانونية.

(٢) أنظر في المعاني المختلفة للفظ القانون، عبد المنعم البدر أوي المدخل للعلوم القانونية/ ١٩٧٩ - ١٩٨٠ فقرة ٤ ص ١٢ - ١٤، توفيق فرج المدخل للعلوم القانونية ١٩٨١ ص ١٠ - ١٢.

الاجتماعي، فان هذا يعني أن القاعدة القانونية، هي الوحدة أو الخلية التي يتكون منها القانون بأكمله، مما يجعل تحديد معنى أو خصائص «القاعدة القانونية» تحديداً لمعنى القانون أو خصائصه. وبناء على ذلك فإن كلامنا، فيما يلي عن خصائص القواعد القانونية هو كلام عن خصائص القانون الذي يتكون من هذه القواعد.

وتجدر الإشارة منذ البداية، إلى أن تعبير القاعدة القانونية لا يتطابق بالضرورة مع تعبير النص القانوني. فالمقصود بهذا التعبير الأخير الحكم القانوني المدون كتابة. لذلك فإن القاعدة القانونية قد تكون مدونة في إطار نص قانوني، وقد تكون قاعدة عرفية درج الناس على إتباعها دون أن يتضمنها نص قانوني مكتوب. ومن ناحية أخرى، فإن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين: الفرض ويتمثل في واقعة معينة أو ظاهرة بذاتها، وقد تكون هذه الواقعة طبيعية لا دخل للإنسان فيها، وقد تكون بفعل الإنسان، وقد تكون مركبة بتدخل الإنسان والطبيعة في حدوثها، والعنصر الثاني هو الحكم، أو الحل. وهو الأثر الذي يترتب على تحقيق الفرض^(١). مثال ذلك النص الذي يقرر «إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها» فالفرض في هذا النص هو حصول بيع العينة. وهو بيع لم ير فيه المشتري المبيع ذاته بل رأى جزءاً منه فقط يتصف بكل صفات المبيع وهو العينة. أما الحكم أو الأثر الذي يترتب على القانون على حصول البيع بالعينة فهو وجوب أن يكون المبيع الذي يسلمه البائع للمشتري مطابقاً للعينة. ويلاحظ من ناحية ثالثة أن القانون لا يتضمن مجموعة قواعد قانونية، بل يصدر متضمناً قاعدة واحدة في بعض الحالات^(٢). ولكن سواء تضمن القانون مجموعة قواعد قانونية أو قاعدة واحدة فإنه يحمل

(١) منصور مصطفى منصور، دروس في المدخل ١٩٧٢، فقرة ٤ ص ٨ شنب، مذكرات في المدخل لدراسة القانون ١٩٧٥ - ١٩٧٦ فقرة ١٤ ص ١٨: حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون ١٩٧٩ فقرة ٣ ص ٨-٩.

(٢) من هذا القبيل القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٦٩ الذي جاء بقاعدة قانونية واحدة هي «لا يجوز الحكم بالاخلاء، أو الطرد من الأماكن المؤجرة للمهجرين من محافظات بورسعيد والاسماعيلية والسويس وسيناء إذا كان طلب الحكم بسبب استئجارهم لها بطريق التنازل عن العقد أو من الباطن دون تصريح من المؤجر...».

اسم الموضوع الذي ينظمه مثل قانون الموجبات أو قانون اصول المحاكمات، أو قانون تنظيم الجامعات.

٧ - أولاً: القاعدة القانونية قاعدة سلوك.

لما كان القانون لا يوجد إلا بوجود مجتمع، إذن فهو لازم لتنظيم ما ينشأ بين أفراد هذا المجتمع من علاقات وروابط. ولما كانت الرابطة أو العلاقة تستلزم قيام مظهر خارجي لسلوك الأفراد، لذا فإن السلوك الظاهر هو موضوع الرابطة القانونية.

ولذلك فإن القانون لا ينفذ إلى ما استقر في النوايا والصدور، ما دام أن هذه النوايا لم تظهر إلى العالم الخارجي بأفعال مادية ظاهرة أيما كانت الصورة التي تظهر بها هذه الأفعال. أما ما يستقر في الضمير وما يكمن في النفس فلا شأن للقانون به، وإن كان ذلك يعني بعض القواعد الاجتماعية الأخرى كقواعد الدين والأخلاق. فمجرد التفكير في قتل شخص لا شأن للقانون به، طالما لم يصاحب ذلك أفعال مادية ظاهرة تدل عليه. فالقانون إذن لا يحكم إلا السلوك الظاهر للأفراد^(١).

بيد أن هذا لا يعني أن القانون لا يهتم بالنوايا ولا يرتب عليها أثراً، بل كثيراً ما يفعل ذلك، ففي المثال السابق إذا ما فكر شخص في قتل شخص آخر فقتله فعلاً، فإن القانون يتدخل ويبحث في نية القاتل ليرى ما إذا كان القتل خطأ وعن غير قصد، أم أنه كان مدبراً من قبل، فيشدد عقوبة القتل المقصود من الاشغال الشاقة إلى الإعدام إذا اقترن فعل القتل بسبق الاصرار أي بالتصميم على ارتكاب الجريمة.

ومع ذلك فالنية وحدها لا تكفي دائماً، بل لا بد أن يسند لها فعل مادي.

٨ - ثانياً: القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية.

مرد هذا الوصف هو أن القانون ظاهرة اجتماعية، أي إنما ينشأ لكي ينظم شئون الناس في المجتمع، فهو يخاطب الأشخاص فينظم سلوكهم، وهو

(١) عبد المنعم البدراني، المرجع السابق، فقرة ٨ ص ١٨ - ١٩ توفيق فرج المرجع السابق ص ١٧
١٨٠

في تنظيمه لسلوك الاشخاص لا يعبأ بغير سلوكهم الاجتماعي، أما سلوك الانسان مع نفسه أو مع ربه لا ينظمه القانون وإنما تنظمه قواعد الدين والأخلاق وعادات الناس.

لذلك قيل بحق أن القاعدة القانونية قاعدة تقويمية، لأنها تضع قواعد بما ينبغي أن يكون عليه سلوك الافراد في المجتمع لا قواعد بما عليه فعلاً هذا السلوك. وهي تصوغ هذه القواعد وفق مثل وقيم عليا يستهدي منها^(١)، ثم يتوجه بها الى الافراد في صورة أمر أو تكليف واجب طاعته بأن يسيروا وفق ما جاءت به.. وهذا يدل على أن القاعدة القانونية على خلاف قوانين الظواهر الطبيعية حيث تقر الأخيرة الواقع أي تضع قواعد تقريرية... كما يترتب على أن القاعدة تضع قواعد تقويمية، أن القانون في صياغته لقواعده وأهدافه إنما يتعامل مع الواقع الاجتماعي متمثلاً في عنصرين أساسيين: العنصر البشري، وعنصر الحقائق المادية، والاقتصادية، والاجتماعية، والسياسية.. الخ.

لذلك أصبح من المسلم به اعطاء أهمية بالغة للربط بين القانون والظواهر الإنسانية والاجتماعية. ومن هنا اتجهت الدراسات الحديثة الى دراسة علم النفس (خاصة في مجال القانون الجنائي)، وعلم الأخلاق، وعلم السياسة والاقتصاد السياسي، وعلم الاجتماع.. بيد أنه يلاحظ أن القواعد القانونية لا تضم كافة قواعد السلوك الاجتماعي، فالمجتمع لا يقتصر في ضبطه وتنظيمه لسلوك الافراد على القواعد القانونية. بل يعتمد الى جانب ذلك، على قواعد أخرى متعددة، كقواعد الدين والأخلاق والمجاملات.. وأخيراً فلقد سبق عرض أن القاعدة القانونية، كقاعدة اجتماعية، بأنها تهتم أساساً، بالسلوك الخارجي للإنسان.

٩ . ثالثاً . القاعدة القانونية قاعدة عامة ومجردة.

والتجريد والعمومية ليسا من صفات وخصائص القاعدة القانونية وإنما هما القاعدة القانونية ذاتها، أو هما جوهر وروح القاعدة. ويوضح ذلك أن القانون باعتباره مجموعة قواعد تضع نظاماً للمجتمع، وباعتباره قواعد سلوك أي تكليفاً بأمر أو مسلك معين ينبغي إتباعه، إنما يسبق في وجوده ما يواجهه

(١) حسن كيرة المرجع السابق، فقرة ٧، ٨ ص ١٨ . ١٩ ك نعمان جمعه، دروس في المدخل للعلوم القانونية ١٩٧٩ ص ٣٨؛ حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، فقرة ٦٢ ص ١٠٦ وما بعدها.

من فروض يخضعها لحكمه، وهذا لا يتيسر إلا إذا كانت قواعد عامة مجردة بمعنى أن الحكم أو الحل الوارد في القاعدة ينطبق إذا تحقق الفرض الذي تشمله القاعدة، في أي وقت، وبالنسبة لجميع الأشخاص، فهو لم يوضع لفرض أو فروض محددة، وهو ليس خاصاً بشخص معين بالذات أو لأشخاص معينين بذواتهم.

فالقاعدة التي تقرر أن «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض» فالحكم الوارد في هذه القاعدة وهو الالتزام بالتعويض يطبق على كل شخص يسبب للغير ضرراً بخطئه، أيا ما كان الفرض الذي يقع فيه الضرر، فقد يقع الضرر نتيجة لرعونة شخص أثناء قيادة سيارة، وقد يقع نتيجة لإهمال شخص آخر في حراسة حيوان، وقد يقع بناء على تعمد شخص ثالث إصابة أو قتل عدو له.

وتحقق عمومية القاعدة القانونية مبدأ المساواة بين المخاطبين بأحكام القانون. فحين يقرر الدستور المبدأ المذكور، فإن أهم مظاهر تطبيقه أن يكون المواطنون سواسية أمام القانون، ولا يتحقق ذلك إلا إذا تم الخطاب وفق شروط موضوعية محددة بطريقة مجردة مسبقة^(١).

بيد أن القول بعمومية القاعدة لا يعني أنها تنطبق بصفة مطلقة على الناس كافة، بل أنها قد تتحدد من حيث الأشخاص. كما قد تتحدد من حيث الزمان والمكان.

(١) من حيث الأشخاص: هناك كثير من القواعد لا يمكن تطبيقها إلا على فئة محدودة من الأشخاص وقد تضيق هذه الفئة أو تتسع: بل أنها قد تضيق حتى لا يدخل فيها إلا شخص واحد فقط وهي تظل مع ذلك قاعدة قانونية، ما دام أن المخاطب بها لم يتحدد بذاته وإنما تحدد بوصفه: ومن ذلك القوانين التي تنظم النقابات، والقوانين التي تحدد سلطات رئيس الجمهورية.

(١) راجع: مارتى ورينو، الجزء الأول، الطبعة الثانية، فقرة ٣٣، ص ٥٦ - ٥٧. رويين، النظرية العامة للقانون، ١٩٥١، فقرة ٤ ص ٢٥ وما بعدها، ستارك، القانون المدني، المقدمة، ١٩٧٢ فقرة ٤ وما بعدها ص ٢١ وما بعدها.

ولكن يلاحظ أن عمومية القاعدة من حيث الأشخاص لها أهمية كبرى. وخصوصاً في القانون العام. لأن تصرفات الحكم تكون استبدادية إذا لم تصدر تطبيقاً لقاعدة عامة مجردة سابقة على هذه التصرفات وهذا ما يسمى بمبدأ شرعية السلطة^(١).

(ب) من حيث الزمان: أيضاً فالعمومية لا تعني أن القاعدة القانونية يجب أن توضع لزمان غير محدود، فهناك قواعد قانونية لا توضع إلا لتطبق مدة معينة، كالقوانين الصادرة بإعلان الأحكام العرفية، وما يصدر تطبيقاً لها.

(ج) من ناحية المكان: الأصل أن توضع القاعدة القانونية لتتطبق على كافة أقاليم الدولة، ولكن قد يحدث أن تنفرد أجزاء معينة من أقاليم الدولة بتنظيم قانوني خاص، وذلك في حالات استثنائية يغلب أن تكون مؤقتة، وهذا ما حصل على سبيل المثال بالنسبة لإقليم الألزاس عند ضمه إلى فرنسا بعد الحرب العالمية الأولى، فقد ترك نظامه القانوني الخاص.

١٠ . رابعاً: القاعدة القانونية قاعدة ملزمة.

بيننا أن القانون إنما وضع لينظم الحياة الاجتماعية في داخل المجتمع، أي أنه عبارة عن قواعد سلوك اجتماعية، ولكن لما كان الله قد خلق الأشخاص وخلق فيهم إرادة قد تطيع القانون وقد تخالفه، لذا لزم أن تكون القاعدة القانونية مقرونة بجزاء مادي تتولى سلطة عليا في الدولة تطبيقه على من يخالفه ويخرج على النمط السلوكي المرسوم. فالجزاء هو النتيجة أو الأثر المترتب على مخالفة القاعدة القانونية.

فالفرض من الجزاء إنن هو الضغط على إرادة الأفراد حتى يمثلوا لأوامر القانون ونواهيه، كما يؤدي الجزاء، عند وقوع السلوك المخالف للقانون، إلى إزالة الآثار المترتبة على هذا السلوك أو إصلاحها. كما أن هذا الجزاء لإقرار النظام داخل المجتمع، ولا يمكن تحقيق هذا الفرض إذا ما ترك لكل فرد الحرية في الخضوع لقواعد القانون أو عدم الخضوع لها.

(١) أنظر البدرابي، المرجع السابق فقرة ٧ ص ١٦ وما بعدها.

بيد أن هذا لا يعني أن القاعدة القانونية لا تحترم إلا نتيجة الجبر والإكراه، بل إن العمل بها إنما ينتج غالباً من شعور الناس بتحقيقها لمصالحهم. وكلما ارتقى المجتمع كلما ازداد شعور أفرادها باحترام القاعدة القانونية أو أي قاعدة أخرى تنظم السلوك الاجتماعي. كما أن الالتجاء إلى الجزاء من الأمور الاستثنائية ولا يطبق إلا عند الاقتضاء (أي في الحالات التي يقع فيها خروج على القانون).

هذا ويتميز الجزاء في القاعدة القانونية بأنه جزاء غير مؤجل، يطبق بمجرد وقوع المخالفة، وأنه مادي أو حسي، له مظهر ملموس وليس مجرد جزاء معنوي، وبأنه توقعه السلطة العامة، وهذا ما يميز القاعدة القانونية عن غيرها من القواعد الاجتماعية.

لكننا نتساءل عن أنواع أو صور الجزاء في القاعدة القانونية؟ يتنوع الجزاء في القاعدة القانونية، فقد يكون جزاءاً جنائياً أو إدارياً أو مدنياً أو سياسياً الخ.

وقبل إيضاح أنواع الجزاء المختلفة، يجدر بنا أن نورد في عجالة عما كانت عليه صور الجزاء في الماضي، فلقد كان استرقاق المدين ثم قتله، هو جزاء تخلفه عن الوفاء بالدين في القانون الروماني. وكان حبس المدين، وهو ما يسمى، بالإكراه البدني، هو جزاء عدم الوفاء في الشريعة الإسلامية التي لا تزال أحكامها نافذة عندنا بالنسبة لدين النفقة. أي أن الجزاء اختلفت صورته باختلاف الجماعات، وهذا على خلاف الحال في القوانين العصرية.

(1) الجزاء المدني:

هو الأثر الذي يرتبه القانون على مخالفة قاعدة تحمي مصلحة خاصة أو حقاً خاصاً، ويتراوح هذا الجزاء بين التنفيذ العيني إن كان ممكناً، أو التنفيذ بمقابل (التعويض)، أو البطلان، وهي على النحو التالي:

فهناك أولاً جزاء يتخذ صورة وقائية ويمنع المحظور قبل وقوعه، من ذلك أن يمتنع الموظف عن توثيق عقد زواج إذا رآه مخالفاً للقانون.

وهناك ثانياً ما يسمى بالجزاء المباشر، ويقصد به جبر الشخص وحمله على تنفيذ ما امتنع عنه اختياراً، كما في حالة طرد من يشغل مكاناً أو مسكناً

بدون وجه حق، أو تسليم طفل لمن يكون له الحق الشرعي في حضانته.

وقد يكون الجزاء المدني بإعادة الحالة الى ما كانت عليه قبل وقوع المخالفة، فإذا ما أبرم عقد مخالفاً لقواعد القانون ترتب على ذلك بطلانه باعتبار العقد كأن لم يكن، وإعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وصور هذا النوع من الجزاء المدني كثيرة منها، عدم نفاذ التصرف في مواجهة الغير الذي لم يكن طرفاً في العقد اعمالاً لمبدأ أثر نسبية العقد بين الطرفين. ومن صور إعادة الحالة الى ما كانت عليه، وصورة أخرى تسمى بالفسخ وهو جزاء لعدم تنفيذ ما التزم به المدين.

وأخيراً إذا تعذر إزالة أثر المخالفة فلا مفر من اللجوء الى الجزاء التعويضي. وهو جزاء يوقع على مال المخالف لصالح من لحقه الضرر تعويضاً عن استحالة إزالة أثر المخالفة إزالة فعلية. فمن يصاب بجراح في حادث سيارة يقرر له الحق في مطالبة المسئول عنه بالتعويض عما لحقه من أضرار.

(ب) الجزاء الجنائي:

هو أشد صور الجزاء القانوني قسوة. فقد قدر المشرع أن هناك من المخالفات ما يستوجب جزاء أكثر شدة وأكمل ردعاً لإخلالها اخلاً جسيماً بأمن وسلامة الجماعة. هذا الجزاء قد يكون عقوبة ماسة بالحرية وقد يكون عقوبة مالية، وقد يجيز القانون للقاضي الجمع في حكمه بين النوعين أي بين أن يحكم بالحبس والغرامة في آن واحد.

هذا ويلاحظ أن ارتكاب فعل واحد قد يترتب عليه جزاءاً جنائياً وجزاءاً مدنياً في ذات الوقت، فارتكاب جريمة السرقة مثلاً قد يحكم فيها على المتهم بالحبس وإلزامه في نفس الوقت بتعويض صاحب الشيء المسروق.

(ج) الجزاء الإداري:

هو الجزاء الذي يترتب على مخالفة قواعد القانون الإداري. وذلك بسبب إهمال الموظف في أداء عمله أو انقطاعه عنه بدون عذر. هذا الجزاء قد يتمثل في الخصم من المرتب، أو الحرمان من الترقية أو العلاوة؛ أو الفصل من الخدمة.

(د) الجزاء السياسي:

وهو الجزاء الذي يترتب على مخالفة أسس القواعد القانونية في الدولة

وهي قواعد الدستور، وتتميز هذه الصورة بأنها تحمل مضموناً أكثر اتساعاً من مضمون فكرة الجزاء التي سلف ذكرها؛ ويرجع ذلك إلى اختلاف طبيعة العلاقات التي يحكمها القانون الدستوري عن طبيعة العلاقات التي تحكمها الفروع الأخرى للقانون. وقد انعكست هذه الخصوصية على التعريف الذي أسبغه البعض على الجزاء السياسي والاجتماعي لمخالفة القاعدة الدستورية، وبذلك فقد يتمثل الجزاء السياسي في أعمال المسؤولية الوزارية للحكومة أمام البرلمان؛ وفي حق رئيس الدولة في حل مجلس الأمة، كما يتمثل في ثورة الرأي العام بالتظاهر وإثارة الاضطرابات.

المبحث الثاني

وضع القانون من القواعد الأخرى

١١ - ليس القانون وحده الذي يحدد أنماط السلوك داخل المجتمع؛ بل يشاركه في ذلك قواعد أخرى أهمها القواعد الأخلاقية والدينية؛ وهي في مجموعها قواعد عامة مجردة تفرض السلوك أيضاً في صورة فرض أو تكليف، ومن هنا يتعين علينا وضع القاعدة القانونية في مكانها بين القواعد الاجتماعية الأخرى، وهذا ما نعرض له على اتساع مطلبين:

المطلب الأول: نخصصه للقاعدة القانونية والقواعد الأخلاقية.

المطلب الثاني: نتناول فيه التفرقة بين القاعدة القانونية والقواعد الدينية.

المطلب الأول

القاعدة القانونية والقواعد الأخلاقية

١٢ - تتضمن الأخلاق مجموعة من القواعد المثالية التي يتوصل إليها المجتمع لدعم الخير والحرص عليه، وقمع الشر ومحاربته، وتعد قواعد

الأخلاق. على النحو السابق، أنماطاً مثالية للسلوك الواجب الاتباع. ويتعين على الأفراد الامتثال لها، حتى ولو تعارضت مع رغباتهم ونزواتهم الفردية.

وتقترن القاعدة الأخلاقية بجزء يتمثل في رد الفعل الاجتماعي الذي يتعرض له المخالف كما أنها تتميز باقترانها بالاعتقاد النفسي في سلامة اتباعها^(١).

وبناء على ذلك فإنه يمكن تعريف قواعد الأخلاق بأنها مجموعة القواعد التي تحكم أفعال الإنسان وتقومها على أساس ما تنطوي عليه من خير أو شر، فتحض على فعل الخير وتنهى عن ارتكاب الشر؛ هذا وإن كانت القاعدة الخلقية في تناولها لنشاط الشخص تهتم في المقام الأول بالنوايا والمقاصد، بيد أنها لا تهمل السلوك الخارجي لنشاط الإنسان، مما يعني أن قواعد الأخلاق تعمل في النطاق الذي يعمل فيه القانون بالإضافة إلى ما لها من مجال تنفرد به، هو النشاط الداخلي أو الباطني، الأمر الذي يدعونا إلى إقامة التفرقة بينهما على أساس سليم.

التفرقة بين القواعد القانونية والقواعد الأخلاقية:

يمكن التفرقة بين القانون والأخلاق من عدة نواح: الغرض، النطاق، الجزاء؛ فما مدى ذلك؟ وما موقف الفقه من هذه التفرقة؟ :-

(١) من حيث الغرض: يهدف القانون إلى غاية نفعية هي حفظ النظام في المجتمع واستقراره، أما قواعد الأخلاق فغايتها مثالية تنزع بالفرد نحو الكمال بحضها على أتيان الخير ونفورها من ارتكاب الرذائل.

(ب) من حيث النطاق: يلاحظ أن دائرة الأخلاق أوسع نطاقاً من دائرة القانون وإن كان الأخير يلتقي مع الأخلاق في كثير من قواعدها. فقواعد الأخلاق يدخل فيها واجب الإنسان نحو نفسه، وهذه هي الأخلاق الشخصية أو الفردية، ثم واجبه نحو الغير، وهذه هي الأخلاق الاجتماعية، فضلاً عن أن الأخلاق تعنى بالمقاصد والنوايا إلى حد كبير^(٢). أما دائرة القانون فهي لا تشمل إلا على

(١) انظر تيماشيف، مقدمة للاجتماع القانوني ص ١٤٥؛ حمدي عبد الرحمن، فكرة القانون فقرة ٧٣ ص ١٢٦.

(٢) البدراوي، المرجع السابق، فقرة ٢٤ وما بعدها ص ٤٦ وما بعدها.

علاقات الإنسان مع غيره من الأفراد دون أن تهتم كثيراً بواجبه نحو نفسه، وحتى في علاقته بالآخرين فإنها لا تُعنى إلا بالسلوك الظاهر، دونما تعويل كبير على ما استقر في نيته وكمُن في ضميره. بل أن كثيراً ما ينبسط سلطان القانون على ما تنفض الأخلاق يدها منه لأنه مما تقتضيه ضرورات الحياة في الجماعة دون أن يثير مسألة أخلاقية، كتنظيم المرور في الطرق العامة، وتحديد مواعيد الطعن في الأحكام. لأن هذه أمور تنظيمية بحثة تحتها فكرة النفع الاجتماعي. يضاف إلى ذلك أن القانون لا يؤيد كل المبادئ الأخلاقية، فالقانون لا يجعل سلطاناً للدائن على المدين إذا مضت خمس عشرة سنة من تاريخ استحقاق الدين على حين تقضي المبادئ الأخلاقية بأن المدين لا يبرأ إلا بوفاء الدين أو بإبراء الدائن ذمته.

(ج) من حيث الجزاء: نلاحظ أن جزاء مخالفة النمط السلوكي قانوناً هو جزاء مادي ملموس وحال، توقعه سلطة عليا في المجتمع، كالحبس والغرامة والحجز على أموال المدين. أما الجزاء في القاعدة الخلقية فهو جزاء معنوي يتمثل ويتجسد في تأنيب الضمير من قبل المخالف واستنكار المجتمع لفعله، دونما تكون هناك سلطة عليا تتولى توقيعه، وهذا هو أهم ما يفرق ويميز بين القانون وقواعد الأخلاق.

٢ . حقيقة العلاقة بين القانون والأخلاق:

بالرغم من وجود اتجاه حديث ينادي بعدم الفصل بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق، على أساس أنه لا يمكن القول بأن القانون لا يهتم بالمقاصد والنوايا (ففي كثير من الحالات يعتد القانون بالإرادة والباعث، فمثلاً، عندما ينص قانون الموجبات على أن استعمال الحق يكون غير مشروع، إذا لم يُقصد به سوى الإضرار بالغير) وعلى أساس أنه لا يوجد ثمة تعارض من حيث المبدأ بين الأخلاق والقانون لأنه لكي يوجد هذا التعارض لا بد أن نفترض أن القانون يأمر بأمور تتنافى مع الأخلاق، وهذا ما لا يجوز أن يقع أبداً، لأن القاعدة الخلقية والقاعدة القانونية يقصد بها جميعاً تحقيق الخير العام^(١).

(١) انظر ريبير، حيث شرح ذلك في كتابه: القاعدة الخلقية في الالتزامات المدنية. (La règle moral. les obligations civiles)

بالرغم من هذا الاتجاه فإن هناك اختلافاً في النطاق بين دائرة القانون ودائرة الأخلاق على النحو التالي:

(١) فمن ناحية، يستقل القانون ببعض المسائل التي تتصل بإقامة النظام في المجتمع دونما دخل لمبادئ الأخلاق كما في حالة الربا (القرض بفائدة) ولوائح المرور، وإجراءات التقاضي. بل وكما سبق بيانه فإن القانون لا يؤيد كل المبادئ الأخلاقية، فالقانون لا يجعل سلطاناً للدائن على المدين إذا مضت خمس عشرة سنة من تاريخ استحقاق الدين على حين تقضي المبادئ الأخلاقية بأن المدين لا تبرأ ذمته إلا بوفاء الدين أو بإبراء الدائن ذمته.

ومن ناحية أخرى، فإن القانون لا يهتم كثيراً بما يضره الإنسان من شعور نحو غيره، ما لم يظهر في الخارج بأعمال ظاهرة، لأن القاعدة القانونية هدفها السلوك الظاهر.

ومن ناحية ثالثة، فهناك منطقة تلتقي فيها دائرة القانون مع دائرة الأخلاق، كما هو الحال في الالتزام الطبيعي (وهو التزام ينقصه عنصر المسؤولية).

بيد أن القانون يستلهم في تطويره مبادئ الأخلاق، فكلما ارتفعت الإنسانية كلما ضاقت الشقة بينهما، بل أن القانون يبطل الاتفاقات المنافية للأخلاق كما في حالة النص «على أنه إذا كان سبب الالتزام مخالفاً للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً».

المطلب الثاني

التفرقة بين القاعدة القانونية والقاعدة الدينية

١٣ - الدين رسالة منزلة. في الأصل - من عند الله عز وجل على رسول أو نبي من البشر يبلغها للناس للإيمان بها والعمل بأحكامها. وأحكام الدين هذه تنظم ثلاثة أنواع من الروابط، الأولى بين الفرد وربه، والثانية بين الفرد ونفسه، وأخيراً بين الفرد وغيره من أفراد المجتمع الذي يعيش فيه. لذا نجد أحكام الدين تنهي الفرد عن السرقة والقتل وسائر الجرائم، وتأمّر الفرد

بالوفاء بالدين وعدم الغش والبر بالأقارب ومساعدة الآخرين.

ولما كانت قواعد القانون ما هي إلا قواعد ملزمة ومنظمة لسلوك الأفراد داخل المجتمع لذا نجد أوجه شبه وأوجه اختلاف بينها وبين قواعد الدين يمكن سردها في الآتي:

(١) من حيث المصدر: فمصدر قواعد الدين هو الله عز وجل، أو أحكام دينية مستنبطة من الأحكام المنزلة من عند الله بواسطة المجتهدين والمفسرين في حدود النصوص المنزلة من قبل الله دون الخروج عليها، أما مصدر القاعدة القانونية فهو ما يضعه البشر من قواعد ارتضوها للسير عليها لذا تسمى بالقواعد الوضعية.

(٢) من حيث الخصائص: نجد أن الدين خطاب للبشر منظم لسلوكهم بقواعد عامة مجردة وهو في ذلك قد يتفق وقد يختلف مع القانون.

بيد أن المقارنة السليمة والمفيدة لا تكون بين قواعد القانون والقواعد التي تنظم صلة الفرد بربه أو صلته بنفسه وإنما تكون بينها وبين قواعد الدين التي تنظم صلة الفرد بغيره من أفراد المجتمع. ففي هذا المجال يتحد نوعا القواعد في الهم وهو تنظيم الحياة في المجتمع بما يضمن له النظام والاستقرار والعدل والتقدم. بل إن التطابق يتوافر كثيراً في مضمون القاعدة. وذلك مثل تحريم السرقة والقتل والغش والإضرار بالغير والإثراء على حساب الغير. وكثيراً ما تتأثر قواعد القانون بقواعد الدين، أحياناً بطريقة غير مباشرة باستلهام روحها أو بطريقة مباشرة بنقل الحكم ذاته.

وتختلف القواعد الاجتماعية المستمدة من الدين عن القواعد القانونية: أولاً في كون قاعدة الدين تهتم بالنوايا والمقاصد في حين تهتم قاعدة القانون أساساً بالسلوك الخارجي. وثانياً تسعى قواعد الدين إلى تحقيق المثالية ومن ثم فهي تأمر بالمحبة والتراحم والتعاطف وتبادل المساعدة عند الشدائد والبر بالأقارب والجيران. أما قواعد القانون فهي تسعى إلى استقرار النظام في المجتمع. وثالثاً ترتبط قاعدة الدين أساساً بجزاء يوقع في الآخرة أي أنه جزاء غير حال، ويستطيع الإنسان أن يفلت من هذا الجزاء إذ هو محا السيئة بالحسنة، وذلك عن طريق توبته إلى الله وطلب المغفرة وقبول الله منه هذه

التوبة. أما الجزاء القانوني، وكما سبق أن عرفناه، فهو جزاء مادي وحال يطبق فور وقوع السلوك المخالف.

هذا وسنرى فيما بعد أن القواعد الدينية قد تكون في الوقت نفسه قواعد قانونية.



الفصل الثاني

أنواع القواعد القانونية وتقسيماتها

١٤ - يستخدم الشراح لفظ، تقسيم، للتعبير عن وضع القواعد في مجموعات وأقسام، كل مجموعة أو كل قسم ينظم موضوعاً متميزاً عن غيره، فالتقسيم يسعى إلى تفصيل الكيان المتكامل، والتقسيم عبارة عن عملية منطقية يقوم عليها العلم الحديث بكافة أنواعه وفروعه لذا فالتقسيم هو أول طريق التخصص في دراسة علم معين.

وجدير بالذكر أن علم القانون لا يشذ في ذلك عن باقي العلوم، ومعروف أن الفقيه الفرنسي «جني» قد أوضح أهمية التقسيم كأحد وسائل الصياغة وذلك في نظريته التي يطلق عليها «العلم والصياغة». فقواعد القانون في المجتمع الحديث أصبحت لا تحصى ويمكن تقديرها بعشرات إن لم يكن بمئات الآلاف. وهذه القواعد تصدر لتبقى وتطبق، وبغير تقسيم وتبويب سيصبح كل ذلك مستحيلاً.

فالتقسيم إذن ضرورة للاستدلال على القاعدة والاهتداء إليها، لأن التعديلات أصبحت من الكثرة بمكان، لدرجة أن المكلف بتطبيقها يواجه عناء كثير في الإلمام بالقاعدة واجبة التطبيق. فضلاً عن أن التقسيم يسهل للفقيه مهمة دراسة الفروع والمجموعات المختلفة لقواعد القانون، وما يستلزمه ذلك من أفكار عامة وخطوط رئيسية تربط هذه القواعد، وأخيراً فإن التقسيم يساعد المشرع على تنظيم موضوع معين بمجموعة قواعد متكاملة بغير تكرار لقاعدة أو نقصان لأخرى.

هذا ويمكن تقسيم القواعد القانونية إلى عديد من التقسيمات وذلك بحسب الزاوية التي ينظر إليها منها:

فيمكن تقسيم القواعد القانونية من حيث الأشخاص المخاطبين بها إلى قواعد قانون عام وقواعد قانون خاص، ومن حيث إطار تطبيقها إلى قواعد داخلية لا تتجاوز حدود الدولة (قانون داخلي) وإلى قواعد خارجية (قانون خارجي) ومن حيث

البناء الهرمي للقواعد تنقسم الى قواعد سياسية (القانون الدستوري) وقواعد تدور حول تنظيم معاملات الافراد كقانون الموجبات والقانون التجاري إلخ):

ومن حيث المضمون يمكن تقسيمها الى قواعد موضوعية وهي التي تضع تنظيماً موضوعياً للعلاقات القانونية فتبين الحقوق والواجبات وكيفية نشونها واستعمالها وانقضائها، والى قواعد شكلية وهي التي تبين الاوضاع والإجراءات الواجب إتباعها للوصول الى احترام القواعد الموضوعية. ومن حيث طريقة التعبير عنها، تنقسم القواعد القانونية الى قواعد مكتوبة، وقواعد غير مكتوبة. وأخيراً من حيث قوة الالتزام في القاعدة القانونية تنقسم الى قواعد امرة أو ناهية، والى قواعد مفسرة أو مكملة.

ولما كان اهم أنواع التقسيم السابق بيانها هو تقسيم القواعد القانونية الى قواعد قانون عام وقواعد قانون خاص، والى قواعد امرة وأخرى مكملة لذا نعرض بإيجاز لهذين النوعين من التقسيم على اتساع مبحثين:

المبحث الأول: نعرض فيه للقانون العام والقانون الخاص وفروعهما.

المبحث الثاني: نخصصه لدراسة القواعد القانونية الأمرة والمكملة.

المبحث الأول

تنوع القواعد القانونية الى قواعد القانون العام والقانون الخاص.

١٥ . لما كانت العلاقة القانونية بما تنشئه من حقوق وواجبات، ينبغي أن تنسب الى أشخاص معينين، لذا جرى الاصطلاح القانوني على تسمية صاحب الحق أو من يلزم بالواجب بالشخص.

فالقاعدة القانونية إذن، تتجه بخطابها الى المكلفين بها وهم الاشخاص، بيد أن شخص المكلف بحكم القاعدة القانونية لا يقتصر مدلوله في لغة القانون على الإنسان فحسب، وإنما يشمل أيضاً الشخص المعنوي أو الاعتباري. وينقسم الأخير الى أشخاص معنوية عامة مثل الدولة وما يتفرع

عنها كالمحافظة أو المدينة أو القرية، وما يتخصص في نشاط معين فيها كالوزارات والمصالح وغيرها من المؤسسات العامة التي يمنحها القانون الشخصية القانونية، وأشخاص معنوية خاصة كالجمعيات والشركات؛ وبعبارة أخرى، فإن الأشخاص الاعتبارية بعضها يمارس نشاطه بوصفه صاحب سيادة وسلطة كالنوع الأول، والبعض الآخر لا يمارس شيئاً من السيادة كالنوع الأخير.

وعلى أساس وجود أشخاص لهم السيادة، ودخول بعضهم مع البعض الآخر أو مع الأشخاص الذين لا يملكون سيادة في علاقة قانونية، على هذا الأساس تقوم التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص.

فمعيار التمييز إذن هو الصفة التي يدخل بها الشخص في العلاقة، فإذا كان أحد طرفي العلاقة، على الأقل، قد دخل فيها بما له من سيادة، كانت القواعد التي تحكم تلك العلاقة من قواعد القانون العام، وإذا لم يكن في العلاقة أي شخص يعمل بما له من سيادة، فالقواعد التي تحكمها من قواعد القانون الخاص.

فالقانون العام إذن هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقة التي يكون أحد طرفيها على الأقل شخصاً من الذين يملكون السيادة في المجتمع ويعمل بما له من سيادة وسلطان. أما القانون الخاص فهو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين أشخاص لا يعمل أيهم بصفته صاحب سيادة، سواء كان جميع الأشخاص ممن لا يملكون السيادة أو كان بعضهم ممن يملك السيادة ولكنه لا يدخل في العلاقة القانونية بهذه الصفة.

لكن نتساءل عن الحكمة من التمييز بين نوعي القواعد القانونية؟ الحكمة من هذا التمييز أن الشخص عندما يمارس السيادة إنما يمارسها بهدف تحقيق مصلحة عامة لها من الأهمية في حياة الجماعة ما يستدعي رعاية خاصة كثيراً ما تضحي في سبيلها بالمصالح الخاصة للأفراد. الأمر الذي يقتضي وضع قواعد تختلف . في كثير أو قليل . عن

تلك التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين أشخاص لا يملكون شيئاً من السيادة ويعملون لمصالحهم الخاصة، أو بين أشخاص منهم من يتمتع بالسيادة ولكن المصلحة التي يهدف إلى تحقيقها لا تستدعي استخدام السيادة^(١).

يترتب على ما سبق عرضه أن هناك أوجه خلاف بين القانون العام والقانون الخاص تتلخص في ثلاث: فهما يختلفان من حيث أطراف العلاقة فيهما، ففي القانون العام نجد دائماً الدولة أو أحد فروعها طرفاً في العلاقة باعتبارها صاحبة سلطان بعكس الحال في القانون الخاص. وهما يختلفان من حيث الغرض، حيث نجد أن القانون العام يهدف دائماً إلى رعاية الصالح العام للامة بعكس الحال في القانون الخاص حيث يهدف دائماً إلى رعاية المصالح الخاصة للأشخاص. وهما يختلفان أخيراً في طبيعة كل منهما نظراً لاختلاف الغاية، فقواعد القانون العام قواعد أمرة بعكس قواعد القانون الخاص فبعضها أمر والآخر مكن، كما أن قواعد القانون العام تعطي الدولة سلطان يقابله خضوع من جانب الأفراد، عكس قواعد القانون الخاص التي تقوم . في جعلتها ~~تحت~~ على أساس الحرية والمساواة بين أطراف العلاقة القانونية^(٢).

هذا ولكل من القانون العام والقانون الخاص فروع أوجز الكلام عنها في مطلبين:

المطلب الأول: نعرض فيه لفروع القانون العام.

المطلب الثاني: نخصصه لدراسة فروع القانون الخاص.

(١) انظر منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، ط٢، ١٩٧٠، فقرة ٢٠ ص ٤٨.

(٢) الدراوي، المرجع السابق، فقرة ٣٠ ص ٥٧ وما بعدها.

المطلب الأول

فروع القانون العام

١٦ - جرى الفقه على تقسيم القانون العام الى قسمين كبيرين: القانون العام الخارجي (القانون الدولي العام)، والقانون الداخلي (الذي يشمل القانون الدستوري، والقانون الاداري، والقانون المالي، والقانون الجنائي) بيد أننا نذهب الى ما ذهب اليه البعض^(١). من ان ذكر القانون الدولي العام ضمن فروع القانون العام، يتضمن قدرأ من التجاوز، وذلك لأن التقسيم إلى عام وخاص لا يقع إلا على القواعد الداخلية المطبقة في بلد معين، بعكس القانون الدولي العام فهو ينظم العلاقات التي تنشأ بين الدول.

ولكننا مع ذلك نعرض لتعريفه وبيان خصائصه ضمن فروع القانون العام على النحو التالي:

أولاً: القانون العام الخارجي (القانون الدولي العام).

(١) تعريفه: هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الدول بعضها ببعض الآخر في زمن السلم وفي وقت الحرب^(٢). هذا ويلاحظ ان أهم مصادرة المعاهدات والعرف، والفقه والقضاء أهمية فيه تزيد عما هو معترف به لهما عادة في القانون الداخل.

(٢) موضوع القانون الدولي العام: يشمل هذا القانون نوعين من القواعد، قواعد تنظم العلاقات الدولية وقت السلم، وقواعد تنظم هذه العلاقات وقت الحرب سواء فيما بين الدول المحاربة، أو بينهما وبين الدول

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٢٢ ص ٥٠، نعمان جمعه، المرجع السابق، ص ١٢٢.

(٢) انظر عرضاً للخلاف حول تعريف القانون الدولي العام وأنواع التعريفات، محمد حافظ غانم، مبادئ القانون الدولي العام ط ٢، فقرة ١٥، ص ٣٣.

المحايدة^(١). بالإضافة الى ذلك، فإن القانون الدولي العام يشمل أيضاً القواعد المتعلقة بالمنظمات الدولية، كهيئة الأمم، أو منظمة العمل، أو محكمة العدل الدولية.

(٢) مدى اعتبار قواعد القانون الدولي قواعد قانونية كاملة: ثار التردد في اعتبار قواعد القانون الدولي العام قواعد قانونية بالمعنى الصحيح.. لعدم وجود سلطة عليا تستطيع أن تعلي إرادتها على الدول، ولعدم وجود محاكم خاصة بتطبيق القانون الدولي العام تتولى رقابة تصرفات الدول وتقدر مدى اتفاقها مع قواعده، ولعدم وجود جزاء محدد يطبق على الدولة التي تخرج على حكم قواعده وبالتالي تتخلف صفة الالتزام، الأمر الذي ينتهي الى اعتباره قواعد ناقصة.

لكننا نعتقد أنه لا يصح التشكيك في وجود الجماعة الدولية، فوجود سلطة عليا (السلطة التشريعية) لم يكن أبداً شرطاً لوجود القانون بالمعنى الواسع، كما هو الحال في القواعد القانونية المستمدة من العرف منذ قديم الزمن، دون أن تكون هناك سلطة عليا، فوجود هذه السلطة شرط لوجود التشريع أي القانون المكتوب، والتشريع ليس إلا أحد مصادر القواعد القانونية وليس المصدر الوحيد.

كذلك فإن وجود القانون لا يرتبط بوجود المحاكم التي تطبقه، فقد وجد القانون أولاً ثم نظمت المحاكم بعده، يضاف الى ذلك وجود محاكم دولية كمحكمة العدل الدولية في «لاهاي».

كما أن فقدان الجزاء أو عدم كفايته، لا تأثير لهما على القانون في كيانه بل يقتصر تأثيرهما على التنظيم الاجتماعي، ولا أدل على ذلك من أنه فيما يتعلق بالقانون الدستوري لا يترتب الجزاء المادي المباشر على مخالفة

(١) فقانون السلم يعين أولاً أشخاص القانون الدولي، ويحدد الشروط الواجب توافرها حتى يعترف للدولة بالشخصية الدولية.. الخ.. وثانياً ممثلي الأشخاص الدولية... الخ... وثالث الأعمال القانونية الدولية. أما قانون الحرب فيحدد الدول المحاربة ومسئوليتها في مواجهة الدول المحايدة... الخ.

غالبية أحكامه، ومع ذلك فلا ينكر أحد أنه القانون الأساسي للدولة. والجزء في القانون الدولي موجود وقائم، وقد يصل في حدته إلى درجة الحروب، غير أن تطبيقه متروك لعضو الجماعة الدولية ذي المصلحة، أو العمل المشترك الذي يقوم به كل أو بعض أعضاء الجماعة الدولية^(١).

على أنه إنصافاً للحق يجب القول بأن جزء مخالفة قواعد القانون الدولي العام وإن وجد، فهو غير منظم تنظيمياً كافياً، وهو ضعيف، ويرجع ذلك إلى عدم اعتراف الدولة بوجود سلطة أعلى من سلطتها وإلى عدم وجود أجهزة تراقب تطبيق قواعده، ولذلك فلا يمكن ضمان تطبيق قواعد القانون الدولي بصفة مؤكدة، وبالتالي، لا مناص من القول أن قواعده لم تظفر إلى الآن بوجود وضعي كامل وتكون بالتالي قواعد قانونية ناقصة.

ثانياً: القانون العام الداخلي.

يتفرع القانون العام الداخل إلى: القانون الدستوري، والقانون الإداري، القانون المالي، والقانون الجنائي، وسنأتي الكلام عن هذه الفروع بإيجاز شديد، لأن دراسة هذه الفروع إنما يتجاوز هذه الدراسة، كما أنها تدرس بالتفصيل في سنوات الدراسة المختلفة:

مركزية كويتية علوم إدارية

أولاً: القانون الدستوري.

تعتبر قواعد القانون الدستوري من صميم قواعد القانون العام، لكن الدولة في هذا الفرع من القانون تعتبر موضوعاً للقاعدة القانونية ومحلاً لتنظيمها، وذلك وفقاً للمعيار الذي سبق أن عرضناه.

(١) تعريف القانون الدستوري: هو مجموع القواعد القانونية التي تبين شكل الحكم في الدولة، وتحدد السلطات العامة بها وتوزع الاختصاصات بينهم. وتنظم القيود الواردة على حرية المحكومين ببيان الحريات العامة والحقوق المكفولة لهم في مواجهة الدولة.

(٢) موضوعات القانون الدستوري: يعالج هذا القانون المسائل الآتية:

شكل الدولة (بسيطة أو مركبة)، ونوع الحكومة (نظام حر ديمقراطي،

(١) الدكتور حامد سلطان وعبد الله العريان، أصول القانون الدولي ص ٦.

دكتاتوري)، والسلطات المختلفة في الدولة من حيث تكوينها، واختصاص كل منها، والعلاقات التي تقوم بينهم، كما يعالج الحريات الفردية وضماناتها، وتقوم الديمقراطية الحديثة على أن للفرد حقان جوهريان: الحرية والمساواة. والحرية تشتمل على الحرية الشخصية، وحرية التملك والمسكن والرأي والدين والاجتماع والتعليم، والمساواة تتضمن المساواة أمام القضاء وفي التوظيف وأمام التكاليف العامة»^(١).

(٣) مدى اعتبار قواعد القانون الدستوري قواعد قانونية كاملة: شكك البعض في كون القانون الدستوري قانوناً ذا صفة قانونية كاملة، لعدم قيام سلطة تفرض الجزاء على مخالفة قواعده، بيد أن هذا الرأي غير صحيح، لأن قواعده ليست خالية من الجزاء، إذ جزاؤها الأسمى هو قوة الرأي العام في الدولة. فأحكام القانون الدستوري يسهر على صيانتها والذود عنها الرأي العام. وكلما كان هذا الرأي متفهماً متنوراً، وكلما زادت الأيام تجربة ومرانا، كلما أحجم الحكام عن مخالفة أحكام الدستور، وحتى إذا تجاسروا على أتيان مخالفة من هذا القبيل، فلا يلبث الرأي العام أن يرد الأمور إلى نصابها، وهكذا نجد في قوة الرأي العام الجزاء الكافي لضمان احترام أحكام القانون الدستوري. ومن ثم تكون قواعد هذا القانون قواعد قانونية كاملة^(٢).

هذا وينظم القانون الدستوري في لبنان الدستور الصادر في أيار سنة ١٩٢٦. وما طرأ عليه من تعديلات لاحقة أقرت وفقاً لوثيقة الوفاق الوطني اللبناني (اتفاق الطائف) ١٩٩١م.

ثانياً: القانون الإداري.

(١) تعريفه: هو مجموع القواعد القانونية التي تنظم النشاط الإداري وعلاقة السلطة التنفيذية بالأفراد.

(٢) موضوعات القانون الإداري: يتضمن هذا الفرع مجموع القواعد

(١) في هذا المعنى، حسن كيرة، المرجع السابق فقرة ٢٨ ص ٥٤، محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق فقرة ٧، ص ١٨٤، جميل الشرفاوي، المرجع السابق فقرة ١٤ ص ٢٦، ٢٧، شنب المرجع السابق فقرة ٤١ ص ٦٢.

(٢) السنهوري وأبو ستيت المرجع السابق فقرة ١٩٦.

القانونية التي تبين تكوين السلطات الإدارية واختصاصاتها، وتنظيم الروابط بينهما وعلاقاتها بالأفراد. كما يتضمن القواعد التي تنظم القضاء الإداري وإجراءات التقاضي أمامه^(١).

(٣) أهمية التفرقة بين القانون العام والخاص في نطاق القانون الإداري: يظهر هذا الاختلاف من عدة نواح نجعلها على النحو التالي:

(أ) تملك السلطة الإدارية بما لها من سلطة إمكانيات لا تتوافر في العلاقات الخاصة. فعلى سبيل المثال تملك أن تفرض تكاليف عامة أو خاصة. على الأفراد. ولها أن تستعين بوسائل إجبار استثنائية لتنفيذ أوامرها، كالتنفيذ المباشر دون اللجوء إلى القضاء، والاستيلاء المؤقت على الأموال أو نزع الملكية للمنفعة العامة.

(ب) تخضع الأموال العامة لنظم قانونية تختلف عن تلك التي تحكم الأموال الخاصة التي يمتلكها الأفراد.

(ج) قواعد المسؤولية في القانون الإداري تختلف عن القواعد العادية في المسؤولية المدنية للأفراد.

(د) تخضع علاقة الموظفين بالدولة لقواعد تقوم على أساس مغايرة للأسس التي تحكم علاقة رب العمل بمن يعمل لديه.

(هـ) تخضع العقود الإدارية التي تعقدها الدولة مع الأفراد لقواعد تختلف عن القواعد العامة في العقود.

ثالثاً: القانون المالي.

يتضمن القانون المالي القواعد القانونية التي تنظم مالية الدولة بتقرير أسس الميزانية فيها من حيث إيراداتها ومصروفاتها. ولهذا فإن علم المالية العامة يعنى بدراسة: النفقات العامة؛ الإيرادات العامة، القروض العامة؛ والميزانية.

ولقد كان القانون المالي داخلاً في نطاق القانون الإداري حتى عهد قريب باعتباره فرعاً من فروع ينظم النشاط المالي للإدارة باعتبارها سلطة عامة؛ ولكنه استقل عنه وأصبح فرعاً قائماً بذاته.

(٢) مصطفى كامل، شرح القانون الدستوري، الطبعة الثانية ص ١٥.

رابعاً: القانون الجنائي.

(١) تعريفه: هو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد الجرائم؛ وتبين العقوبات المقررة لكل منها؛ وكذلك الإجراءات التي تتبع في تعقب المتهم ومحاكمته وتوقيع العقاب عليه.

(٢) القواعد التي يتضمنها القانون الجنائي: يتضمن نوعين من القواعد:

(أ) القواعد الموضوعية (أي قانون العقوبات) وهي مجموعة القواعد التي تحدد الجرائم والعقوبات. وهذه القواعد تنقسم إلى قسمين: القسم العام ويشمل القواعد التي تحدد الأحكام العامة للجريمة والعقوبة. والقسم الخاص ويشمل القواعد الخاصة بكل جريمة من الجرائم على حدة.

(ب) القواعد الشكلية (أي قانون الإجراءات الجنائية). وهي مجموعة القواعد التي تبين الإجراءات الواجبة الاتباع من وقت وقوع الجريمة إلى حين توقيع العقاب بمرتكبها.

المطلب الثاني فروع القانون الخاص

١٧ - عرفنا القانون الخاص: بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي لا تكون الدولة طرفاً فيها بصفتها صاحبة السيادة والسلطان. هذا ويتفرع القانون الخاص إلى عدة فروع يأتي في مقدمتها القانون المدني؛ والقانون التجاري، والقانون البحري؛ وقانون العمل؛ وقانون المرافعات المدنية والتجارية؛ والقانون الدولي الخاص وهذا ما نعرض له بإيجاز.

أولاً: القانون المدني.

(١) تعريفه: هو مجموع القواعد التي تحكم الروابط بين الأشخاص ما دامت الدولة لا تظهر في هذه العلاقات بصفة سياسية أو بصفتها سلطة عامة. والقانون المدني هو دعامة القانون الخاص. إذ هو الشريعة العامة في علاقات القانون الخاص، بمعنى أنه هو المرجع العام الذي يرجع إليه إذا لم

توجد قاعدة تحكم المسألة المعروضة من المسائل الداخلة في فروع القانون الخاص الأخرى. فضلاً عن أنه يتوجه الى جميع الافراد دون استثناء. أي دون نظر الى اختلاف طوائفهم ومهنتهم على خلاف الفروع الأخرى للقانون الخاص.

(٢) موضوعات القانون المدني: ينظم القانون المدني نوعين، من العلاقات الأولى: علاقة الفرد بأسرته بما يضعه من قواعد الأحوال الشخصية. والثانية: هي العلاقات المالية عن طريق ما يضعه من قواعد المعاملات أو الأحوال العينية.

بيد أن التقنين المدني اللبناني لا يتضمن الا قواعد المعاملات أو الأحوال العينية أما أنظمة الأحوال الشخصية فتخضع للشرائع الدينية للطوائف المختلفة الموجودة فيها.

ولكن يلاحظ أن قواعد القانون المدني اللبناني لا يضمها تقنين واحد، بل عدة تشريعات أهمها قانون الملكية العقارية الصادر بالقرار رقم ٣٣٣٩ في ١٢ تشرين الثاني سنة ١٩٣٠ وقانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في ٩ آذار سنة ١٩٣٢.

مركز تحقيق وتطوير علوم إلكترونية

ثانياً: القانون التجاري.

(١) تعريفه: هو مجموع القواعد التي تحكم العلاقات التجارية، أي العلاقات بين التجار بوصفهم تجاراً أو العلاقات المتعلقة بأعمال تجارية.

(٢) موضوعات القانون التجاري: ينظم القانون التجاري الموضوعات الآتية: الأعمال التجارية من عقود وأوراق تجارية. التجار وأهليتهم وواجباتهم، الشركات التجارية وأنواعها، والوثائق التي تصدرها كالأشهر والسندات. إفلاس التجار. ولقد جمع المشرع اللبناني معظم القواعد التجارية في المجموعة التي صدرت سنة ١٩٤٢ بيد أنه قد صدرت عدة قوانين أخرى تنظم مسائل عامة تدخل في نطاق القانون التجاري (أهمها ما يتعلق بالشركات) (١).

(٢) الأسباب التي أدت الى استقلال القانون التجاري بفرع مستقل:

(١) انظر التقنين التجاري اللبناني الصادر سنة ١٩٤٢.

معروف أن القانون المدني بوصفه الشريعة العامة للقانون الخاص يضم القواعد التي تنظم العلاقات الشخصية والروابط المالية. بيد أن العمل أثبت منذ القدم أن هناك طائفة من الروابط المالية أخذت تتميز عن غيرها من الروابط، من حيث طبيعتها، ومن حيث القواعد المنظمة لها، وهذه هي الروابط التي تنشأ بين التجار والخاصة بالأعمال التجارية، وما تستلزمه هذه الروابط من سرعة وإنتمان يقتضي قواعد مغايرة عن تلك التي توجد في القانون المدني.

ومع ذلك، فالصلة غير منقطعة بين القانون التجاري والقانون المدني. إذ يظل الأخير معتبراً الأصل والأول هو الفرع. بمعنى أنه إذا ما عنت الحاجة لعدم وجود ما يحكم المسألة المعروضة في القانون التجاري، ينبغي الرجوع إلى القانون المدني بوصفه الشريعة العامة في حكم العلاقات الخاصة.

(٣) أوجه الاختلاف بين قواعد القانون التجاري والمدني بناء على السرعة والانتمان اللتين يتصف بهما القانون التجاري.

. تحقيقاً للسرعة التي يتسم بها القانون التجاري فإن قواعده تتميز عن قواعد القانون المدني:

(أ) بالحرية في الإثبات، حيث يكفي إثبات التصرف القانوني التجاري بالبينة. فلا يشترط الكتابة.

(ب) وبسهولة التداول. حيث يكتفي في السندات بتسلمها إذا كانت واجبة الدفع لحاملها، أو بتظهيرها بعكس الإجراءات الواجبة الاتباع لحالة الحقوق في القانون المدني.

(ج) يتميز أيضاً في حالة تنفيذ الرهن: فمتى حل أجل الدين ولم يقم المدين بالوفاء، فيكتفي القانون التجاري بأن ينبه الدائن على مدينه بالوفاء، فإذا لم يقم به في خلال الأيام الثلاثة التالية للتنبيه كان له أن يتقدم بعريضة إلى قاضي الأمور الوقفية ويحصل منه على إذن ببيع الشيء المرهون. وذلك دون حاجة إلى استصدار حكم يدينه بعكس الحال في المواد المدنية. حيث يجب أن يكون بيد الدائن سند واجب التنفيذ كحكم أو سند رسمي.

. وتحقيقاً للانتمان الذي يتسم به القانون التجاري فإن قواعده تتميز عن قواعد القانون المدني:

(١) بالتضامن بين المدينين بعكس المواد المدينة فان التضامن لا يفترض بل لا بد من اتفاق صريح أو نص في القانون ينص على التضامن.

(ب) يتميز أيضاً بنظام الإفلاس الخاص بالمدين التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية. كل ذلك من أجل تقوية الائتمان التجاري. حتى يقدم الدائن على منح ائتمان التاجر وهو مطمئن - ومعروف أنه لا يوجد مثيل لهذا التنظيم في القانون المدني اللهم إلا نظام الاعسار.

ثالثاً: القانون البحري.

(١) تعريفه: هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الخاصة التي تنشأ بصدد الملاحة البحرية أي الملاحة في البحار. والذي دعا الى وضع قواعد خاصة لمسائل التجارة البحرية يرجع من جهة الى كبر قيمة السفينة وتعرضها لآخطار الملاحة. ولأنها من جهة أخرى لا تكون تحت رقابة مالكيها في وقت استغلالها في التجارة البحرية.

(٢) موضوعات القانون البحري: يدور هذا القانون حول ثلاث مسائل هي: «السفينة» باعتبارها وسيلة الملاحة البحرية، فينظم القانون البحري الحقوق والعقود الواردة عليها كبيعها وتجهيزها واستغلالها، وثانياً: ما يتصل بنشاط السفينة، حيث ينظم القانون البحري مسائل التصادم والمساعدة والإنقاذ والخسائر البحرية، وأخيراً ما يتصل بموضوع التأمين البحري أي التأمين ضد المخاطر التي قد تتعرض لها السفينة أو حمولتها من البضائع.

هذا وينظم أحكام القانون البحري اللبناني تقنين التجارة البحرية الصادر سنة ١٩٤٧.

وقريب من القانون البحري، فرع آخر أحدث في نشأته وهو القانون الجوي، وهو مجموعة القواعد التي تنظم الملاحة الجوية وما يتولد عنها من علاقات قانونية.

رابعاً: قانون العمل

١ . تعريفه: هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات العمل

التي تنشأ بين العمال وأصحاب الأعمال. وهو قانون حديث النشأة ظهر في أعقاب الثورة الصناعية وما جرته على العمال من مساوئ نتيجة استغلال أصحاب رؤوس الأموال لهم.

ولقد صدرت عدة تشريعات لمعالجة المسائل العمالية، كالأجور، ثم صدر بعد ذلك قانون العمل اللبناني في ٢٣/٩/١٩٤٦، منظماً لموضوعات عقد العمل الفردي وملغياً كافة الأحكام المخالفة لنصوصه، وتلاه بعد ذلك قانون عقود العمل الجماعية والوساطة والتحكيم في ٢/٩/١٩٦٤^(١). أما قانون التأمين الاجتماعي فينظمه قانون الضمان الاجتماعي الصادر في ٢٦ أيلول ١٩٦٣.

خامساً: قانون المرافعات المدنية والتجارية:

(١) تعريفه: هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المحاكم المختلفة، وحدود اختصاص كل منها، وتبين الإجراءات التي يجب على المحاكم وعلى الأفراد اتباعها للفصل في المنازعات المتعلقة بروابط القانون الخاص.

(٢) ما يتضمنه قانون المرافعات: يشتمل قانون المرافعات المدنية والتجارية على أقسام ثلاثة: قوانين النظام القضائي، وهي المتعلقة بإنشاء المحاكم وبيان حدود سلطاتها، وتنظيمها، وتشكيل كل منها، وتحديد شروط تنصيب القضاة فيها، وتعيين حقوقهم وواجباتهم، وضبط علاقات القضاء بسائر سلطات الحكومة^(٢).

وقوانين الاختصاص، وهي المتعلقة بتوزيع ولاية القضاء على المحاكم المتعددة والمختلفة الطبقات^(٣).

وقوانين الإجراءات، وهي المتعلقة بالإجراءات والأوضاع الواجب إتباعها من قبل الأفراد في رفع خصوماتهم إلى القضاء، وعلى المحاكم في حسم هذه الخصومات^(٤).

(١) انظر تفصيلاً في ذلك «مؤلفنا في شرح قانون العمل، طبعة عام ١٩٨٠.

(٢) محمد حامد فهمي «المرافعات المدنية والتجارية» سنة ١٩٤٠ ص ٢.

(٣) محمد حامد فهمي المرجع السابق.

(٤) محمد حامد فهمي المرجع السابق.

وجدير بالذكر أنه قد صدر قانون أصول المحاكمات المدنية بالمرسوم رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣) وقد جاء معتدداً بدور المجتمع في الخصومة، وتبسيط الإجراءات وتيسير سبل التقاضي، والتعجيل بحسم المنازعات. عن طريق تبسيط إجراءات التنفيذ، كما أعطى للقاضي دوراً ايجابياً في الخصومات.

هذا وإن كان الفقه قد اختلف في وضع هذا القانون من تقسيم القانون الى عام وخاص، بيد أن الغالب أن يذكر بين فروع القانون الخاص على أساس أنه يعرض للعلاقات القانونية الخاصة من حيث تنظيم أعمال القواعد التي تبين حقوق وواجبات أطراف هذه العلاقات والآثار التي ترتب على إخلال أي طرف بواجبه.

سادساً: القانون الدولي الخاص:

(١) تعريفه: هو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم الجنسية والموطن ومركز الأجانب، والتي تتكفل بتحديد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة إزاء المراكز القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي وترشد الى القانون الواجب التطبيق عليها من وجهة موضوعية.

فالعلاقات التي تقوم بين الأشخاص إما أن تكون علاقات وطنية بحته بجميع عناصرها، وإما أن تكون أجنبية في عنصر أو أكثر من عناصرها، فإذا كان أحد الأطراف أجنبياً، أو أن العلاقة قامت في بلد أجنبي أو أن موضوع العلاقة كان موجود بالخارج، فإن قواعد القانون الدولي تتدخل لتبين ما هي المحكمة المختصة كما تبين ما هو القانون الذي يحكم هذه العلاقة.

(٢) موضوعات القانون الدولي الخاص: الموضوع الاساسي لهذا الفرع من القانون هو بيان اختصاص محاكم الدولة بنظر الدعاوى التي ترفع بشأن العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي. وبيان القانون الواجب تطبيقه على هذه العلاقات. وهذا هو الموضوع الرئيسي للقانون الدولي الخاص، ولكن من التعريف المتقدم يدخل ضمن نطاقه القواعد التي تنظم الجنسية والقواعد الخاصة بالموطن وبمركز الأجانب.

والواقع أن قواعد القانون الدولي الخاص تعد بصفة عامة قواعد مختلطة لان القواعد التي تتعلق بالجنسية والموطن ومركز الأجانب تدخل ضمن نطاق

القانون العام، لأنها تنظم العلاقات بين الدولة والفرد. أما القواعد الأخرى الخاصة ببيان الجهة المختصة والقانون الواجب التطبيق، وهي ما تسمى بقواعد تنازع القوانين، فهي تدخل في نطاق القانون الخاص.

وجدير بالذكر أن القواعد المتعلقة بالقانون الدولي الخاص في لبنان مبعثرة لا يشملها قانون واحد. فالقواعد التي تحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبي نجدها في قانون الملكية العقارية وقانون أصول المحاكمات المدنية، وتوجد القواعد التي تحكم إختصاص محاكم الدولة في هذا القانون الأخير، وتوجد القواعد التي تحكم الجنسية في معاهدة لوزان المبرمة سنة ١٩٢٣ والقرارات الصادرة استناداً إليها، وتوجد القواعد المنظمة لمركز الأجانب في قانون دخول الأجانب إلى لبنان والإقامة فيه والخروج منه الصادر في ١٠ تموز سنة ١٩٦٢ بالإضافة إلى القانون الخاص بملكية الأجانب للعقارات.

المبحث الثاني

تنوع القواعد القانونية من حيث قوتها إلى قواعد أمرة ومكملة

مركزية كميترولوجي

٢٨ - عرضنا سابقاً بأن القانون وضع لينظم سلوك الأشخاص في المجتمع عن طريق قواعد المكفولة بالإجبار المادي الجماعي. بيد أن ذلك لا يعني أنه لا مجال لسلطان الإرادة إزاء القانون. فمن يرجع إلى نصوص القانون يجد أن قواعده ليست نوعاً واحداً، بل هي تتنوع إلى نوعين كبيرين بحسب قوة الالتزام فيها، إما إلى قواعد أمرة، وإما إلى قواعد مكملة، فما هو مفهوم كل منها؟ وما هي صفة الالتزام في القواعد المكملة؟ وما هو المعيار الذي يساعدنا للوقوف على كل منهما؟

لمعرفة ذلك ينبغي علينا أن ننعرض للتعريف بهما وللمعيار الذي يفرق بينهما على إتساع مطلبين:

المطلب الأول: نعرض فيه للتعريف بالقاعدة الأمرة والقاعدة المكملة.

المطلب الثاني: نبين فيه المعايير التي اقترحت للتفرقة بين القواعد الأمرة والمكملة.

المطلب الأول

القواعد الأمرة والقواعد المكملة والتعريف بهما

١٩ - قواعد القانون كلها ملزمة: فكل قاعدة تتضمن أمراً ينطوي على الالتزام. ومع ذلك فإن درجة الالتزام تختلف في بعض القواعد عن البعض الآخر. وتنقسم قواعد القانون على هذا الأساس إلى قسمين: فهناك القواعد الأمرة، وهناك القواعد غير الأمرة^(١).

فالقواعد الأمرة، إذن، هي القواعد التي لا تستطيع إرادة الأفراد أن تتفق على مخالفتها. فالعلاقة بين هذه القواعد وبين إرادة المخاطبين بحكمها هي علاقة الخضوع الكامل. ولذلك تسمى هذه القواعد أمرة، ومعظم قواعد القانون من هذا النوع^(٢). ومن أمثلة القواعد الأمرة في نطاق القانون الخاص، القواعد التي تحدد شروط الزواج، كشروط السن وانتقاء موانع القرابة وغيرها. وكذلك القواعد التي تحرم تقاضي فوائد تزيد على ٧٪.

هذه القواعد تسمى أمرة، لأنها تواجه نواحي النشاط في المجتمع التي يستقل القانون بتنظيمها وتعتبر قيوداً ترد إبتداءً على حرية الأفراد بحيث تنعدم في نطاقها هذه الحرية.

أما القواعد غير الأمرة فهي ما تسمى بالقواعد المكملة أو المقررة، وهذه القواعد تتميز بأن إرادة الأفراد يمكن أن تلعب بالنسبة لها دور هاماً، إذ يجوز للمتعاقدين الإتفاق على استبعاد أي قاعدة منها، والاختصاص بحكم آخر غير حكمها. وهذه القواعد توجد فقط في نطاق القانون الخاص^(٣). ومن أمثلة القواعد المكملة أو المقررة، بعض قواعد القانون المدني التي تنظم العقود الخاصة كالبيع والإيجار والوكالة.. الخ، مثل القواعد التي تحدد التزامات المتعاقدين بالضمان، أو مكان تسليم الشيء المبيع، أو مكان تسليم

(١) انظر Niboyet, La Force des règles de droit, Etudes Sugiyama.

(٢) سمير تناغو: النظرية العامة للقانون، ١٩٧٤، فقرة ٢٨ ص ٨٤.

(٣) سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٨٥.

العين المؤجرة، وكذلك زمان التسليم... إلخ، فهذه القواعد وغيرها تنظم علاقات، كان من المفروض بحسب الاصل أن يقوم الأفراد بتنظيمها. ولذلك لا تنطبق هذه القواعد إلا إذا لم يوجد إتفاق خاص بين المتعاقدين على تنظيم هذه المسائل.

٣٠. لكننا نتساءل عن صفة الإلزام في القواعد المكملة أو

المقررة؟

صفة الإلزام في القواعد الأمرة تبدو واضحة لا تثير أدنى شك، لأن هذه القواعد بحسب تعريفها لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، أما القواعد المكملة أو المقررة، فهي قواعد يجوز الاتفاق على مخالفتها ولذلك فإن صفتها الملزمة تبدو محل شك أو تساؤل. فلقد استند البعض إلى قدرة الإرادة الفردية على مخالفة القواعد المقررة، بالاتفاق على عكسها، ليذهب إلى القول بأن هذه القاعدة تستند في إلزامها للأفراد، على إرادتهم المفترضة في الأخذ بها^(١).

بيد أن هذا الرأي غير صحيح، ويجب تأكيد صفة الإلزام في القواعد المكملة، فهذه القواعد ليست قواعد اختيارية، بمعنى أنه يجوز للأفراد استبعادها مع عدم وضع تنظيم آخر «غير التنظيم الذي تقضي به»^(٢). فمعاملات الأفراد لا بد أن تكون خاضعة لنظام معين. وإذا كانت هناك بعض المسائل التي لا يؤثر تنظيمها بشكل أو بآخر على الأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع، ومن ثم فإن القانون يجيز للأفراد تنظيم هذه المسائل وفقاً لإرادتهم، إلا أنه لا يجيز لهم ترك هذه المسائل دون أي تنظيم على الإطلاق. فإذا حدث مثل هذا الترك فإن القواعد المكملة تنطبق في هذه الحالة على المسائل المتروكة لتنظيمها من جانب الأفراد، وتكون في إنطباقها ملزمة كالقواعد الأمرة تماماً.

نخلص من ذلك أن القواعد المكملة هي قواعد ملزمة بذاتها، غاية ما في الأمر، أنه يشترط لانطباقها عدم اتفاق الأفراد على ما يخالفها. أما إذا وجد

(١) عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، ص ٩٩، وأنظر في نفس المعنى سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية ط ٤، ص ٩٢.

(٢) أنظر: 3-Dabin, théorie générale du droit, Bruxelles 1944, P.47.

مثل هذا الاتفاق فإن هذه القواعد لا تنطبق لا لأنها غير ملزمة، ولكن لعدم توافر شروط إنطباقها^(١).

المطلب الثاني

معييار التفرقة بين القواعد الأمرة والقواعد المكملة

٢١ - عرفنا أن القاعدة القانونية تتنوع بحسب قوة الإلزام الى قواعد أمرة وأخرى مكملة. لذا ينبغي أن يتيسر للأفراد العلم بمدى قوة الخطاب الذي يتلقاه من القاعدة القانونية، وهل هو خطاب مطلق يجرد الإرادة من سلطة تعديل أحكامه، أم هو خطاب مقيد يجيز لسلطان الإرادة الخروج عن هذه الأحكام. لذلك فإن معيار التفرقة بين نوعي القواعد هو معيار مزدوج، الأول، حاسم، والثاني من أو تقديري:

أولاً: المعيار الجامع للتفرقة بين القواعد الأمرة. والقواعد المكملة (الفاظ النص):

المعيار الجامد الحاسم، هو معيار لفظي مستمد من نص القانون ذاته. فالمرجع يستخدم أحياناً في صياغة القواعد الأمرة الفاظاً تدل على طبيعة هذه القواعد مثل: لا يجوز، أو يقع باطلاً، أو يمتنع، أو يعاقب.. إلخ. وكذلك فإن المرشح يستخدم أحياناً أخرى في صياغة القواعد المكملة الفاظاً تدل على طبيعتها، مثل: ما لم يوجد إ اتفاق على خلاف ذلك، أو ما لم يتفق على غيره أو يجوز الاتفاق على خلاف ذلك إلخ.

ويعتبر المعيار اللفظي معياراً جامداً، لأنه يحدد طبيعة القاعدة، الأمرة أو المكملة، تحديداً لا يحتاج إلى مجهود عقلي أو مباشرة أية سلطة تقديرية. هذا ومن قبيل القواعد الأمرة المحددة بهذا المعيار الجامد كل قواعد القانون الجنائي التي تعاقب على إرتكاب أفعال معينة. ومن قبيل القواعد الأمرة في نطاق القانون المدني النص اللبناني الذي يقرر بطلان التعامل في التركات

(١) أنظر المراجع المشار إليها عند سمير سمير تناغوا، المرجع السابق، هامش ١٧١، ١٧٢ ص

المستقبلية (م ١٨٨ موجبات لبناني).

ومن قبيل القواعد المنصوص على صفتها المكمل بالفاظ محددة تدل على ذلك في نطاق القانون المدني ما تنص عليه المادة ٤٦٢ من أن نفقات عقد البيع ورسوم الصحة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

وجدير بالذكر أن المعيار الجامد للفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكمل يكفي بذاته للفرقة بين هذين النوعين من القواعد دون حاجة الى تعزيزه بمعيار آخر مستمد من مدى تعلق القاعدة بالأسس الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني في المجتمع. بل إنه من المتصور أن تكون القاعدة أمرة بحسب هذا المعيار الجامد دون أن تكون مع ذلك مرتبطة بالنظام العام في المجتمع. ومن هذا القبيل القواعد التي تشترط شكلاً معيناً كالرسمية لإبرام عقد من العقود. مثال ذلك النص الذي يقرر أنه لا ينعقد الرهن الرسمي إلا بورقة رسمية، فهذه القاعدة أمرة ومع ذلك لا تتعلق بالنظام العام في المجتمع، بل أن البعض يقرر عدم وجود أي فائدة لها على الإطلاق^(١).

ثانياً: المعيار المرن أو التقدير للفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكمل (النظام العام والآداب).

كثيراً ما لا تتضمن الفاظ القاعدة بما يدل على كونها أمرة، أم مكمل، وعندئذ يتعين البحث فيما وراء الفاظ لمعرفة صفة القاعدة على ضوء الحكمة من منع الاتفاق على ما يخالف حكم القاعدة الآمرة، وإجازة الاتفاق على ما يخالف حكم القاعدة المكمل. هذه الحكمة هي أن القاعدة الآمرة تنظم مسألة شديدة الصلة بنظام الجماعة كوحدة لها كيانها المستقل عن كيان كل فرد من أفرادها، مما يؤدي الى استقلال القانون - دون الأفراد - بتنظيمها. ولهذا يقال أن القاعدة تتعلق بالنظام العام والآداب. أما القاعدة المكمل، تنظم مسألة لا تعني إلا طرفي العلاقة، ولذا يترك لهما بحسب الأصل حرية تنظيمها ووصف القاعدة بأنها غير متعلقة بالنظام والآداب^(٢).

(١) سمير تناعو المرجع السابق ص ٨٩.

(٢) منصور مصطفى منصور، مبادئ القانون ١٩٧٠، فقرة ٣٣ ص ٤٣ وما بعدها، محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق فقرة ٢، ص ١٦٨ وما بعدها.

الباب الثاني

القانون بين النشأة والتطبيق والإلغاء

٢٢ - عرضنا فيما سبق لتعريف القانون وخصائصه ووظيفته في المجتمع. بيد أننا نتساءل كيف ينشأ القانون؟ أي ما هو المصدر الذي يستقي منه مادته وقوته، وكيف يطبق؟ أي ما هي المبادئ التي على أساسها يطبق القانون في الزمان والمكان، وأخيراً كيف يفسر، بمعنى ما هي الطرق والاصول التي تحدد مضمون القاعدة القانونية. ثم إنه إذا ما تغيرت الظروف فهل يظل القانون أم يلغى؟ بمعنى ما هي القواعد التي تحكم تغيير قواعد القانون أو إلغائها؟

لذلك نقسم دراسة هذا الباب الى فصول ثلاث.

الفصل الأول: نعرض فيه لمصادر القانون.

الفصل الثاني: ندرس فيه تطبيق القانون.

الفصل الثالث: نبين فيه تغيير أو إلغاء القانون.

مركز تحقيق وتطوير علوم إسلامية

الفصل الأول

مصادر القانون (القاعدة القانونية)

٢٣ - البحث عن مصادر القانون هو البحث عن الأسباب المنشئة للقواعد القانونية في مجتمع معين. فالقاعدة القانونية كأي شيء آخر في الوجود لا يمكن أن تنشأ من العدم، بل لا بد من وجود سبب منشئ لها وذلك طبقاً لقانون السببية. ولئن كانت القاعدة القانونية باعتبارها قاعدة سلوك، تحدد ما ينبغي أن يكون، إلا أنها هي في ذاتها شيء كائن يحتاج الى بيان سبب وجوده^(١).

Kelsen (H) Thóris pure du droit, Trad, par ch. Eiseumaum, Dalloz paris, 1962 P. (١) 250.

ولكن يلاحظ ان المشرع اللبناني، وعلى خلاف المشرع المصري^(١)، لم يورد نصاً يحدد به مصادر القانون اللبناني ومجال كل منها. ومع ذلك، فمن المسلم به أن مصادر القانون اللبناني تكاد لا تختلف عما ورد بنص المادة الاولى من القانون المدني المصري في هذا الشأن. فمن الواضح أن التشريع يعتبر المصدر الأصلي الأول والعام في جميع النظم القانونية الحديثة التي تعرف التشريع المكتوب. وقد نص الدستور اللبناني على السلطة التشريعية (التشريعية) ضمن نصه على السلطات وجعلها في يد هيئة واحدة هي مجلس النواب (مادة ١٦ منه). وإذا كان الأمر كذلك فإن العرف لا بد أن يحتل المركز التالي للتشريع دون حاجة الى نص تشريعي خاص. فالعرف هو المصدر الأول الذي عرفته المجتمعات المختلفة قديماً بما فيها المجتمع اللبناني، ولذلك يظل مصدراً احتياطياً بعد تواجد التشريع كمصدر أصلي طالما لم ينص التشريع على ابطال قوته الملزمة. وأما الشرائع الدينية بصفة عامة، فهي وإن لم تجد مجالاً للإعمال كمصدر احتياطي في لبنان في غيبة نص يكسبها القوة الملزمة ويجعل منها مصدراً احتياطياً، فقد جعل منها المشرع اللبناني مصدراً أصلياً لنوع من القواعد القانونية هي القواعد المنظمة للأحوال الشخصية. وأخيراً فإن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة تعتبر بالضرورة في لبنان بمثابة المصدر الاحتياطي الأخير أمام القاضي اللبناني. ذلك أن القاضي ملزم في جميع الأحوال بالحكم في النزاع المطروح عليه وإلا كان متخلفاً عن إحقاق الحق أو مرتكباً لجريمة إنكار العدالة. فإذا لم يجد حكم النزاع في نص تشريعي أو في قاعدة عرفية، ولم يكن النزاع على مسألة من مسائل الأحوال الشخصية، لم يكن أمامه سوى الاجتهاد في استنباط حكم النزاع المعروض عليه مستهدياً في ذلك بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

نخلص من ذلك أن التشريع هو المصدر الأصلي العام للقانون، فضلاً عن ذلك توجد مصادر خاصة تتولى إنتاج القواعد القانونية في النطاق المحدد لكل منها كما هو الحال فيما يتعلق بالشرائع الدينية بما فيها الشريعة الإسلامية في مجال الأسرة، وهناك مصادر احتياطية لتكملة ما في التشريع من نقص أو جلاء ما فيه من غموض، وهذا هو شأن العرف ومبادئ الشريعة

(١) انظمة المادة الاولى من التقنين المدني المصري الصادر عام ١٩٤٩ والذي حدد فيها المشرع المصري مصادر القانون.

الاسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.
وعلى ذلك ندرس مصادر القانون (القاعدة القانونية) على النحو التالي:
المبحث الأول: التشريع كمصدر أصلي عام للقانون.
المبحث الثاني: الشرائع الدينية كمصدر أصلي خاص للقانون.
المبحث الثالث: المصادر الاحتياطية (العرف - الشريعة الإسلامية،
القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

المبحث الأول

التشريع كمصدر أصلي

٢٣ - تنقسم دراستنا تحت هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب. نعرض في
الأول لتعريف التشريع وبيان خصائصه مع توضيح مزاياه وعيوبه، وفي الثاني
لسن التشريع ونفاذه، وفي الثالث لأنواع القواعد التشريعية.

المطلب الأول

تعريف التشريع وبيان خصائصه وتوضيح مزاياه وعيوبه

٢٤ - أولاً . للتعريف:

يطلق إصطلاح التشريع على معنيين: الأول، (بمعنى المصدر) وهو قيام
السلطة المختصة في الدولة بوضع قواعد جبرية مكتوبة لتنظيم المجتمع، وذلك
في حدود اختصاصها، ووفقاً للإجراءات الدستورية المعمول بها في الدولة.
والمعنى الثاني (بمعنى القاعدة) وهو القاعدة القانونية المكتوبة ذاتها،
والصادرة عن سلطة عامة مختصة^(١).

(١) حسن كبيرة، المدخل فقرة رقم ١٢٣ وما بعدها؛ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق فقرة
٨٩ وما بعدها. نعمان جمعه، المرجع السابق، ص ١٢٧ وما بعدها؛ مارتي ورينو، القانون
المدني، الجزء الأول، ط ٢، ١٩٧٢ فقرة ٧٨ وما بعدها، ص ١٤٥ وما بعدها.

والسلطة المختصة بإصدار التشريع، هي عادة السلطة التشريعية (البرلمان، أو مجلس الشعب)، ومع ذلك فإن هناك سلطات أخرى تختص بإصدار التشريع، فالدستور وهو التشريع الأساسي يصدر عن السلطة التأسيسية وهي أعلى من السلطة التشريعية، واللوائح والقرارات بقوانين تصدر عن السلطة التنفيذية، وهي غير مختصة أصلاً بإصدار التشريع.

٢٥ . ثانياً: خصائص التشريع ومزاياه:

وفقاً للتعريف السابق فإن التشريع يتميز بأنه يضع قاعدة قانونية عامة مجردة، وبأنه يصدر في صورة مكتوبة، وبأنه يصدر عن سلطة عامة مختصة، على التفصيل التالي:

(١) التشريع يضع قاعدة قانونية عامة مجردة: يقصد بذلك أن التشريع يضع قاعدة ملزمة للسلوك عامة مجردة، ولذلك لا يعتبر تشريعاً أو قاعدة تشريعية الأمر الذي يصدر عن سلطة عامة مختصة في الدولة خاصاً بشخص معين أو متعلقاً برابطة أو واقعة معينة بذاتها، (كالقانون الذي يصدر ويمنع شركة معينة بذاتها إحتكار الحفر والتنقيب عن البترول مثلاً): فإن وصف التشريع لا يلحق مثل هذا الأمر الصادر من السلطة العامة المختصة إلا لأنه قد صدر وفق الشكل والإجراءات التي تنبع في إصدار التشريع. أما من حيث المادة فإن انتفاء صفة العمومية والتجريد يحول دون إعتبار مثل هذا الأمر (القانون) تشريعاً بالمعنى الصحيح (١).

(٢) التشريع يصدر في صورة مكتوبة: من أهم مميزات التشريع أنه يتضمن قاعدة قانونية مكتوبة في وثيقة رسمية. وصدور التشريع في وثيقة مكتوبة يحقق له مزايا كثيرة هي التي أدت في آخر الأمر الى تفوقه على غيره من مصادر القانون، وخاصة العرف. ومن مزاياه، أنه لا يدع أي مجال للشك حول إثبات وجود القاعدة القانونية، أو تاريخ نشأتها، كما يحدد نطاق سريان

(١) ذهب محكمة النقض المصرية إلى أن قانون ربط الميزانية لا يعتبر قانوناً إلا من الناحية الشكلية، أما من الناحية الموضوعية فهو عمل تنفيذي إداري. وهي تقصد بذلك أنه لا يعتبر من مصادر القانون ولكنه يعتبر تطبيقاً للقانون نقض مدني ١٩٦٠/٥/٣٠ مجموعة أحكام النقض المدنية، س ١١، ص ٢٠٧.

القواعد القانونية من الناحية الزمنية. ومن مزاياه أن يعطي حرية كبيرة للمشرع، في ملاحقة التطورات الاجتماعية عن طريق إفراغ إرادته في نصوص مكتوبة، وهو ما يمكن القيام به في أي وقت، على خلاف التعبير عن الإرادة الشعبية بواسطة العرف، ومن مزاياه أنه يسمح للدولة أن تعبر عن إرادتها تعبيراً دقيقاً من ناحية الصياغة القانونية مما يؤدي إلى تلافي الكثير من الغموض واضطراب في تطبيق القانون وفي الحياة العملية.

وخلاصة القول فإن صدور التشريع في وثيقة مكتوبة يحقق قدراً كبيراً من الاستقرار والثقة في المعاملات وفي الحياة الاجتماعية.

(٣) التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة، فالتشريع هو سن القواعد أي وضعها بواسطة سلطة مختصة في الدولة، ولهذا يبدو دور الإدارة الواعية المدبرة واضحاً في تكوين القواعد التشريعية، كما أن وضع القواعد بهذه الطريقة يتم بسرعة وسهولة. وبهذا يتاح للدولة سرعة ويسر إزدياد النشاط في المجتمع وظهور صور جديدة من العلاقات، كما يتاح لها تحقيق الأهداف التي تهتدي اليه العقول المستنيرة قبل أن تسيطر على أذهان عامة الشعب، فيكون القانون أداة لتطوير المجتمع ولا يقتصر دوره على تنظيم الحياة الاجتماعية بالصورة التي تصل إليها تلقائياً.

ويلاحظ أنه نتيجة سهولة الانتقال، أدى إلى سرعة إنتقال الأفكار من دولة إلى أخرى، ولهذا نجد التشريع ينتشر وتزداد أهميته بشكل واضح في العصر الحديث وعلى الخصوص على أثر إزدياد تعاليم المذاهب الفلسفية وخاصة المذهب الاشتراكي، حيث إزداد تدخل الدولة في كثير من شئون الحياة والنشاط في الجماعة.

كما أن وضع القانون بواسطة سلطة مختصة تتحكم فيه إرادة واعية مدبرة يمكن من العمل على توحيد النظام في الدولة كلها عن طريق إصدار التشريعات التي تنفذ في كل إقليم الدولة، وبذلك يكون القانون عاملاً هاماً في تحقيق الوحدة القومية وإزالة الفوارق بين صور الحياة في أجزاء الدولة المختلفة، مما يؤدي إلى إزدياد التضامن بين الأفراد^(١).

(١) منصور مصطفى منصور، مبادئ القانون، ١٩٧٠ ص ٦٢.

٢٦ . ثالثاً: عيوب التشريع

إذا كان للتشريع تلك المزايا، التي سبق عرضها، والتي جعلته يحتل مكان الصدارة بين مصادر القانون الرسمية، إلا أنه يعاب عليه أنه قد يأتي غير ملائم لظروف المجتمع لأنه من إنشاء سلطة مختصة بوضعه تتحكم فيه بإرادة مدبرة واعية. كما عيب عليه أيضاً أنه قد يتخلف عن مسايرة التطور، أي يبقى جامداً في مكانه دون أن يتمشى مع التطور في المجتمع، بخلاف العرف الذي لا تنشئه سلطة مختصة وإنما ينشأ في ضمير الجماعة طبقاً لحاجاتها، كما يتفق مع رغبتها وضرورتها.

بيد أن هذا النقد مردود، خاصة إذا راعينا أن عدم ملاءمة التشريع لظروف الجماعة قد يكون أمراً نادراً، نظراً لأن السلطة التي تسن التشريع إنما هي سلطة تتكون من أفراد يمثلون المجتمع الذي يوجدون فيه ويعبرون عن رغباته. كما أن المشاهد عملاً أن التشريعات تتعدل دائماً لمسايرة التطور الاجتماعي^(١).

والحقيقة - على حد قول البعض^(٢) - أن مزايا التشريع تفوق إلى حد كبير العيوب التي توجه إليه وتجعله المصدر الخصب للقواعد القانونية الذي يلائم الدولة الحديثة حيث تعقدت مظاهر النشاط الاجتماعي وازدادت المعاملات، ولهذا نجد أهميته تزداد شيئاً فشيئاً بحيث تضاهت بجانبه المصادر الأخرى.

فالسلطة التشريعية تستطيع دائماً تعديل أو إلغاء التشريع كلما صار غير متمشي مع حاجات المجتمع، بل وتستطيع أن تصيغه صياغة مرنة دون تعديل أو إلغاء.

وقد أدت كثرة التشريعات وتنوعها في فروع القانون المختلفة إلى اتجاه المشرع الحديث في كثير من الدول نحو تجميع كل فئة مترابطة من هذه التشريعات في تشريع كلي واحد يتسم بالتناسق والتبويب العلمي، ومثل هذه التشريعات ٦٦ مكرر/ التقنين:

يتمثل التقنين، إذن، في تشريع جامع يضم القواعد القانونية الخاصة بفرع من فروع القانون في كتاب واحد بعد تبويبها وتنسيقها ورفع ما قد يكون بينها من تضارب وتعارض.

(١) توفيق فرج: المدخل للعلم القانونية ١٩٧١ ص ٦٨، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ١٣ ص ٦٣.

(٢) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة ٤٣، ص ٦٣.

ومثال هذا التجميع في القانون اللبناني، المجموعات التي وضعتها الطوائف في لبنان وقدمتها الى الحكومة على اثر قانون ٢ نيسان ١٩٥١.

اما بالنسبة لحركة التقنين في لبنان، فإن وضعه يتلخص في الآتي: -
ظل لبنان تابعاً للدولة العثمانية حتى عهد الانتداب الفرنسي. وقد قامت في الدولة العثمانية حركة لاصدار التقنيات المختلفة خلال القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين. ومن ثم فقد امتد تطبيق التقنيات الصادرة في هذا الشأن الى لبنان. وبعض هذه التقنيات استقى من التقنيات الغربية، كما هو الحال في تقنين التجارة وتقنين التجارة البحرية وتقنين اصول المحاكمات الحقوقية وتقنين اصول المحاكمات الجزائية، وبعضها الآخر استقى من احكام الشريعة الاسلامية مأخوذة من المذهب الحنفي، كما هو الحال في مجلة الاحكام العدلية التي تمثل القانون المدني وفي قانون حقوق العائلة الصادر سنة ١٩١٧.

ومنذ عهد الانتداب الفرنسي ارتوي استبدال تقنيات عصرية بالتقنيات العثمانية، فتواصل صدور التقنيات اللبنانية المعمول بها الآن. ففي ١٢ تشرين الثاني عام ١٩٣٠ صدر قانون الملكية العقارية، وفي ٩ آذار ١٩٣٢ صدر قانون الموجبات والعقود، وهذين القانونين مجتمعين يمثلان نوعاً من تقنين احكام القانون المدني.

وفي اول شباط ١٩٣٣ صدر قانون اصول المحاكمات المدنية، وفي ٢٤ كانون الثاني ١٩٤٢ صدر قانون التجارة، وفي اول آذار سنة ١٩٤٣ صدر تقنين العقوبات.

وبعد الاستقلال صدر تقنين العمل في ٢٣ ايلول سنة ١٩٤٦، وتقنين التجارة البحرية في ١٨ شباط ١٩٤٧، وتقنين اصول المحاكمات الجزائية في ١٨ ايلول سنة ١٩٤٨، وتقنين الطيران في ١١ كانون الثاني ١٩٤٩، وتقنين الضمان الاجتماعي من ٢٦ ايلول سنة ١٩٦٣، وتقنين اصول المحاكمات المدنية الجديد في ١٦ ايلول ١٩٨٣.

تلك هي حركة التقنين في لبنان، ولذا تتسامل عن كيفية سن التشريع ونفاذه، هذا ما نوضحه في المطلب التالي:

المطلب الثاني

سن التشريع ونفاذه

٢٧ - مراحل سن التشريع ونفاذه قاصرة على التشريع الرئيسي (القانون) أما التشريع الأساسي (الدستور) فتارة يكون منحة السلطان لشعبه، ويصدر في شكل أمر رئيس الدولة كذلك، أو أن يكون من عمل هيئة تنوب عن الشعب تسمى عادة بالجمعية الوطنية، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن التشريع الصادر عن الهيئات الفرعية تتنوع الهيئات التي تصدره، فتارة تكون السلطة التنفيذية الرئيسية، وتعتبر في هذه الحالة سلطة تشريعية فرعية فوض إليها أمر التشريع في مسائل معينة، وتارة تكون إدارة من إدارات السلطة التنفيذية، أو إدارة محلية ونحو ذلك.

وكلا التشريع الأساسي والتشريع الصادر عن الهيئات التشريعية الفرعية لا حاجة بهما إلى مراحل متعددة، إذ هناك هيئة واحدة هي التي تسن التشريع، وينشر بعد ذلك بالطرق العادية^(١).

أما التشريع الرئيسي (أي القانون) الصادر عن الهيئة الرئيسية فيمر عادة، حتى يصبح قانوناً نافذاً بمراحل خمس وهي: التحضير، التصويت، التصديق، الإصدار، والنشر. وتدخل المرحلتان الأولى والثانية فيما يسمى بسن التشريع أو وضع التشريع، وتدخل المرحلتان الثالثة والرابعة فيما يسمى بنفاذ التشريع.

واقترح التشريع هو حق رئيس الجمهورية، وكذلك حق كل عضو من أعضاء مجلس الشعب. ويطلق في فقه القانون الدستوري على الاقتراح الصادر من السلطة التنفيذية اسم المشروع بقانون، بينما يطلق على الاقتراح الصادر من أحد أعضاء مجلس الشعب اسم الاقتراح بقانون.

وقد فرق الدستور المصري في المعاملة بين الاقتراعين على النحو التالي:

فبينما يحال الاقتراح المقدم من رئيس الجمهورية إلى إحدى لجان

(١) السنهوري وأبوستيت، المرجع السابق فقرة ١٣٠ ص ١٥٨ وما بعدها.

مجلس الشعب لفحصه وتقديم تقرير عنه، فإن الاقتراح المقدم من أحد الأعضاء لا مجال إلى تلك اللجنة إلا بعد فحصه من لجنة خاصة لأبداء الرأي في جواز نظر المجلس فيه، وبعد أن يقرر المجلس ذلك^(١). وكل مشروع قانون اقترحه أحد الأعضاء ورفضه المجلس لا يجوز تقديمه ثانية في نفس دورة الانعقاد^(٢).

وبعد أن تقدم لجنة مجلس النواب بتقريرها عن مشروع القانون الذي قامت بفحصه، يطرح هذا المشروع مع تقرير اللجنة المذكورة للمناقشة أمام المجلس، ولا يكون انعقاد المجلس صحيحاً إلا بحضور أغلبية أعضائه. ويتخذ المجلس قراراته بالأغلبية المطلقة للحاضرين وذلك في غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة. وعند تساوي الآراء يعتبر الموضوع الذي جرت المناقشة في شأنه مرفوضاً^(٣). وبصدور قرار المجلس بالموافقة على المشروع فإن عملية سن التشريع تكون قد تمت.

ومع ذلك فإن التشريع لا يصبح نافذاً بمجرد سنه، إذ لا بد من إصداره ونشره عن طريق رئيس الجمهورية، الذي يجوز له الاعتراض على التشريع رغم موافقة مجلس النواب عليه.

٢٨ . الإصدار: الأصل أن موافقة المجلس النيابي (مجلس الشعب) تعتبر كافية لإتمام عملية سن التشريع. بيد أن الدستور اللبناني أعطى لرئيس الجمهورية الحق في الاعتراض على ما يسنه المجلس من قوانين وفي هذا تنص المادة ٥٧ من دستور لبنان الصادر عام ١٩٢٦ على حق رئيس الجمهورية في أن يطلب من مجلس النواب إعادة النظر في مشروع القانون الذي أخره خلال المدة المحددة لنشر القانون. فإذا أقره بالأغلبية المطلقة لمجموع أعضائه صار قانوناً ملزماً وتعين على رئيس الجمهورية إصداره.

ويبدو أن المقصود بالمدة المحددة لنشر القانون في هذا الصدد هي المدة المحددة لإصداره. وهو ما يتضح من النص الفرنسي للمادة ٥٦ من الدستور.

(١) المادة ١١٠ من دستور مصر الدائم ١٩٧١.

(٢) المادة ١١١ من دستور مصر الدائم ١٩٧١.

(٣) راجع المادة ١٠٧ من دستور مصر الدائم ١٩٧١.

وهذه المدة هي شهر من تاريخ احالة القانون الى الحكومة من قبل المجلس، تخفض الى خمسة ايام في الاحوال التي يقرر مجلس النواب فيها الاستعجال^(١).

فالاصدار اذن، عمل يقصد به تسجيل الوجود القانوني للتشريع، ووضعه موضع التنفيذ بتكليف رجال السلطة التنفيذية باعتباره تشريعاً من تشريعات الدولة.

وواضح من ذلك، أنه بالنسبة للتشريعات التي تختص السلطة التنفيذية بسنها فان الاصدار تقوم به هذه السلطة نفسها عند سنها للتشريع. أما اذا كانت السلطة التي تقوم بسن التشريع سلطة أخرى غير السلطة التنفيذية، كما هو الحال بالنسبة لسن الدستور عن طريق الاستفتاء، أو سن القوانين العادية عن طريق مجلس النواب.. فان الامر يستلزم تدخل السلطة التنفيذية لاصدار التشريع ووضعه موضع التنفيذ.

٢٩ - نشر القانون ونفاذه: النشر إجراء يقصد به تمكين الافراد من العلم بالقانون ليكونوا ملزمين بأحكامه. فالتشريع يصبح نافذاً في ذاته بمجرد اصداره، ولكنه لا يصبح ملزماً إلا بعد نشره^(٢). والتفرقة بين النفاذ والالزام تظهر أهميتها عندما تحول قوة القاهرة دون وصول وسيلة النشر الى أحد المخاطبين بحكم التشريع، ففي هذه الحالة لا يكون التشريع ملزماً له، رغم أنه أصبح نافذاً في ذاته وملزماً بالنسبة للأشخاص الآخرين الذين لم تحل القوة القاهرة دون وصول وسيلة النشر اليهم.

وقد نص الدستور اللبناني على «نشر القوانين في الجريدة الرسمية ويعمل بها اعتباراً من اليوم الثامن من تاريخ النشر» (م ١/١٥ مرسوم اشتراعي رقم ٩ الصادر في ١١/٢١/١٩٣٩).

الا اذا حدد لذلك ميعاداً آخر. وطبقاً لهذا النص فان النشر في الجريدة الرسمية هو الوسيلة الوحيدة التي يحقق بها العلم وما يترتب عليه من لزوم

(١) المادة ١١٢ من دستور مصر الدائم ١٩٧١.

(٢) سليمان مرقس، المدخل، ص ١٤٦، كامل مرسي، شرح الباب التمهيدي في القانون المدني، ١٩٥٤، فقرة ٢١ وما بعدها، سمير تناغو، المرجع السابق فقرة ٩٧ ص ٢١٤ وما بعدها.

التشريع في حق المخاطبين به، وبالتالي لا تغني عن هذه الوسيلة وسيلة أخرى. بيد أنه يشترط أن تصدر الجريدة الرسمية بأعداد كافية حتى لا تكون وسيلة الاعلان صورية.

والنشر واجب بالنسبة للتشريع العادي والتشريع الفرعي، أما نشر الدستور فيكفي للعلم به أن تعلن نتيجة الاستفتاء^(١).

ويلاحظ أن المشرع قد حدد الوقت الذي يصبح فيه التشريع نافذاً وملزماً في حق المخاطبين به تحديداً محكماً وهو بمضي ٨ أيام لليوم التالي لتاريخ نشره. إلا إذا حدد لذلك ميعاد آخر، سواء كان هذا الميعاد أقل من مدة الثمانية أيام أو أكثر.

كما يلاحظ بأن تحديد تاريخ العمل بالتشريع محسوباً على أساس اليوم الذي تم فيه نشره هو الذي يسمح بتحديد النطاق الزمني لسريان هذا التشريع.

ومن ناحية أخرى فإن نشر التشريع هو الأساس الذي تقوم عليه قرينة افتراض العلم بالقانون. وهي القرينة التي على أساسها يقوم مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، بجانب اعتبارات النظام العام التي تفرض مبدأ سريان القانون في حق كافة.

٣٠ . عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون بعد نشره ونفاذه:

متى نشر القانون في الجريدة الرسمية التزم الجميع باحترامه، سواء من علم به فعلاً، أو من لم يعلم به، ويعبر عن ذلك بأن الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً،

(١) قضت محكمة النقض بأن، القرار التشريعي يستلزم بطبيعته النشر في الجريدة الرسمية ليعلم به كافة وليكون له حكم القانون الذي صدر تنفيذاً له وأعمالاً لأحكامه، ولا يمكن تسوية القرار في هذا الخصوص بالتنظيمات الإدارية التي يصدرها بالوزراء ورؤساء المصالح للموظفين في حدود سلطاتهم التنفيذية وقد تكفي فيها الأوامر الشفوية والكتب الدورية، (نقض مدني ١٧/٥/١٩٦٥، مجموعة المكتب الفني، س ١٦، ص ٦٠٧). هذا ويلاحظ أنه قبل ١٣ مارس ١٩٥٨ كانت الجريدة الرسمية تسمى الوقائع المصرية، ولكن بعد قيام الجمهورية العربية، أصدر رئيس الجمهورية قراراً بإنشاء الجريدة الرسمية إلى جانب الوقائع المصرية (قرار ١٣ مارس ٢٩٥٧ المعدل بالقرار رقم ١٦٧ لسنة ١٩٥٩).

أي أنه لا يقبل ممن لا يعلم بصدور القانون أن يطلب عدم تطبيقه عليه بحجة عدم علمه.

وقد يؤدي تطبيق هذا المبدأ الى الاضرار بمصالح الافراد وهم الذين لم يعلموا فعلاً بصدور القانون ورتبوا أمورهم على أساس عدم وجوده، ولكن الأخذ بهذا المبدأ تقتضيه مصلحة الجماعة، فمن الواضح أنه لو أبيع للفرد أن يطلب عدم تطبيق القانون عليه استناداً الى عدم علمه به، لامتلات المحاكم بالدعاوى التي يطلب أصحابها عدم تطبيق القانون عليهم، ولشغل القضاة بسماع ادعاءات الجهل بالقانون، ومن شأن ذلك كله، فضلاً عن تضييع وقت وجهد القضاة، أن يؤدي الى زعزعة المعاملات والاخلال بالثقة الواجبة نحو القوانين، مما يترتب عليه انهيار النظام الاجتماعي كله وحلول الفوضى محله.

بيد أنه استثناء من هذا الاصل العام، فإن الرأي مستقر في الفقه والقضاء أن هذا المبدأ لا ينطبق في الحالات التي يثبت فيها استحالة وصول الجريدة الرسمية الى منطقة معينة بسبب قوة قاهرة كحرب أو وباء أو فيضان. وبناء على ذلك فإن سكان هذه المنطقة لهم امكانية المطالبة بعدم تطبيق القانون عليهم لعدم علمهم به.

مركز تحقيق الكويت لعلوم اسلامی

٣١ . ولكن يلاحظ أن الجهل بالقانون غير الغلط في القانون:

فالجهل بالقانون يعنى عدم العلم بصدوره أو عدم العلم بأحكامه، أما الغلط في القانون فيعني أن يتوهم الشخص وجود حكم معين في القانون أو عدم وجود حكم معين فيه ويتصرف على أساس هذا الوهم، بحيث لو علم الحكم الصحيح في القانون لما رضي باتمام هذا التصرف. في مثل هذه الحالة ليس هناك ما يمنع مثل هذا المتعاقد أن يطلب ابطال هذا العقد لغلطه في القانون. وبناء على ذلك إذا ورث شخص حصة في تركة اعتقد عن غلط في القانون أنها ربع التركة. فباع هذه الحصة دون تحديد لمقدارها بمبلغ عشرة الاف جنيه، ثم تبين له بعد ابرام البيع أنه يرث النصف لا الربع، فهنا يكون البائع قد وقع في غلط في قانون الميراث، فيستطيع أن يطلب ابطال البيع واسترداد الحصة المباعة لغلطه في القانون.

المطلب الثالث

انواع القواعد القانونية

٣٢ . نظراً لتعدد المسائل التي ينظمها القانون في المجتمع، ونظراً لتفاوت هذه المسائل في الأهمية؛ بما يقتضي الاختصاص بوضع القواعد المنظمة لها على سلطات متعددة، نظراً لذلك نجد أن القواعد التشريعية تنقسم الى ثلاثة أنواع تختلف فيما بينهما من حيث السلطة التي تملك إصدارها، ومن حيث الأهمية التي تحظى بها في النظام القانوني، وهذه الأنواع هي التشريع الأساسي أو الدستوري، التشريع العادي أو الرئيسي، التشريع الفرعي أو اللانحي.

٣٣ . التشريع الأساسي أو الدستوري:

هو مجموعة القواعد الأساسية التي تحدد شكل الدولة، وتضع قواعد الحكم، وتنظم السلطات العامة فيها، وتقرر الحقوق الأساسية للأفراد، والضمانات الواجبة لهم.

أما عن السلطة المختصة بوضعه، فينبغي أن نفرق بين فرضين: الفرض الأول: حالة وضع دستور كامل للدولة أما ابتداء أو بدلاً عن دستور قديم في مثل هذا الفرض، يختلف الأمر باختلاف الظروف التي صاحبه وضعه، فقد يصدر كمنحة ممن يتولى السيادة في الدولة فعلاً، فيعتبر وليد إرادته. وقد يصدر في صورة عقد بين الشعب وبين من يتولى السيادة. وقد تسنه وتضعه جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب. وأخيراً قد يوضع عن الشعب نفسه بطريق الاستفتاء، وهذه هي أرقى الطرق لوضع الدستور. الفرض الثاني: حالة تعديل دستور قائم، يتم هذا التعديل وفقاً للطريقة التي بينها الدستور نفسه، وباختلاف هذه الطريقة تنقسم الدساتير الى دساتير مرنة ودساتير جامدة. فالدستور المرن هو الذي يكفي لتعديله أن يصدر بالتعديل تشريع عادي وبالإجراءات التي تصدر بها التشريعات العادية. والدستور الجامد هو الذي لا يمكن تعديله بهذه الطريقة، بل يجب اتباع إجراءات وشروط خاصة تختلف باختلاف الدساتير.

٣٤ . التشريع العادي أو الرئيسي:

هو الذي تسنه أو تضعه السلطة التشريعية في حدود اختصاصها المبين في الدستور. ويشمل على جميع القوانين العادية التي لا تتعلق بالنظام الاساسي للدولة. وقد جرت العادة على أن يطلق على التشريع العادي لفظ قانون (Loi) بالمعنى الضيق لهذه الكلمة. أي باعتباره وثيقة مدونة تصدر عن السلطة التشريعية، أي أن اصطلاح قانون له هنا دلالة خاصة أضيق من دلالة عندما تعنى به مجموعة القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع أيا ما كان مصدرها.

هذا والسلطة المختصة بوضع التشريع العادي أو الرئيسي في لبنان هي مجلس النواب. بيد أنه يرد على ذلك استثناء عام حيث تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سن التشريع العادي في أحوال معينة.

٣٥ . حلول السلطة التنفيذية محل التشريعية في سن التشريع العادي:

إذا كان الأصل هو أن التشريع العادي يصدر عن السلطة التشريعية (مجلس النواب)، فإنه استثناء من هذا الأصل أجاز الفقه الدستوري للسلطة التنفيذية ممثلة في رئيسها «رئيس الجمهورية» إصدار نوعين من التشريعات تكون لها قوة التشريعات الصادرة عن السلطة التشريعية وتسمى قرارات بقوانين، فهي قرارات لصدورها من السلطة التنفيذية، وهي قوانين لما لها من قوة القوانين وقدرتها على تعديل التشريعات الصادرة عن السلطة المختصة (مجلس النواب) والحالتان هما: تشريع الضرورة وتشريع التفويض.

(١) تشريع الضرورة: هو قرار بقانون يصدر عن رئيس الجمهورية في غيبة البرلمان لمواجهة حالة من حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير. ولكي يصدر رئيس الجمهورية قرار بقانون في مثل هذه الحالات لا بد من توافر شروط هي:

(أ) أن تكون هناك حالة ضرورة تستدعي إصدار قرار بقانون، دون انتظار انعقاد مجلس النواب. والأمر في النهاية يخضع للسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية، ولا ضرر في ذلك لخضوع القرارات لرقابة مجلس النواب.

(ب) أن تطرأ حالة الضرورة في فترة لا يكون مجلس النواب فيها منعقداً أما بسبب وقفه أو حله أو تعطله ما بين أدوار الانعقاد.

(ج) يجب أن يوافق تشريع الضرورة نصوص الدستور. بمعنى ألا تعطي السلطة التنفيذية لنفسها سلطات أكثر مما للسلطة التشريعية في حالة إصدارها لتشريعات الضرورة.

(د) يجب عرض هذه القرارات على مجلس النواب. فإذا لم تعرض زال باثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على أثرها بوجه خاص.

وان كان لم يرد نص في الدستور اللبناني على حالة الضرورة كما سبق أن أوضحنا، بيد أن الفقه الدستوري يجيز للسلطة التنفيذية سن التشريعات في حالة الضرورة الناشئة عن غيبة مجلس النواب لسبب أو لآخر.

(٢) تشريع التفويض: التشريع الذي يصدره رئيس الجمهورية في موضوعات معينة، يفوضه مجلس النواب في إصدار قرارات بشأنها، لها قوة القانون وعلى خلاف تشريع الضرورة. السابق بيانه، الذي يصدر في غيبة البرلمان، فإن تشريع التفويض يصدر في وجود البرلمان، ولا يستمد مبرراته من وجود حالة من حالات الضرورة فحسب، بل من وجود تفويض صريح من البرلمان الى السلطة التنفيذية باصدار مثل هذا التشريع.

وان كان الدستور اللبناني لم ينص على حالة التفويض، الا أن الفقه يأخذ بها استناداً الى ما جرى عليه العرف الدستوري^(١).

ولقد برر فقه القانون العام فكرة التفويض باعتبارات متعددة، أهمها، عدم توافر الخبرة لدى مجلس الشعب لمواجهة بعض المشاكل المعقدة فنياً، والحاجة الى السرية في اتخاذ بعض الاجراءات، التي قد تفوت العلنية الهدف

(١) على انه يلاحظ في هذا الصدد ان المادة ٥٨ من الدستور اللبناني قد خولت للسلطة التنفيذية الحق في انتزاع السلطة التشريعية من مجلس النواب بنصها على أن «كل مشروع تقرر الحكومة كونه مستعجلاً بموافقة مجلس الوزراء مشيرة الى ذلك بمرسوم الاحالة يمكن لرئيس الجمهورية بعد مضي اربعين يوماً من طرحه على المجلس دون أن يبت فيه أن يصدر مرسوماً قاضياً بتنفيذه بعد موافقة مجلس الوزراء».

المرجو من وراء اتخاذها. وأخيراً، وهذا هو الأهم، وجود ظروف استثنائية، كحالات الحروب والكوارث، والاضطرابات الخطيرة في البلاد^(١). فضلاً عن أن بعض التشريعات التي تقتضيها الظروف الاستثنائية قد تكون على قدر من القسوة بحيث تفضل المجالس النيابية أن تفوض السلطة التنفيذية في اتخاذها.

هذا ويلاحظ أن مجلس النواب هو الذي يستقل بتقدير الظروف الاستثنائية التي تقتضي التفويض. ولقد أورد الدستور قيوداً كثيرة على هذا التفويض فيلزم ألا يتم التفويض الا عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية. كما يلزم أن يصدر هذا التفويض من المجلس بأغلبية خاصة. كما يشترط أن يكون التفويض لمدة محددة، وأن تُبين في التفويض موضوعات القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية والاسس التي تقوم عليها.

والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية في هذا الصدد لها قوة القانون ويلزم عرضها على المجلس في أول جلسة، بعد انتهاء مدة التفويض. فإذا لم تعرض، أو عرضت ولم يوافق عليها المجلس. زالت بما كان لها من قوة القانون بأثر رجعي.

وجدير بالذكر أن القرارات التي تصدر في حالة التفويض تأخذ مرتبة التشريع العادي الذي يصدره المجلس التشريعي من ناحية الموضوع، وإن كانت تظل قابلة للإلغاء لعيب مجاوزة السلطة، أي أنها ذات طبيعة مزدوجة، كما عليه الحال في فرنسا^(٢).

٣٦ . التشريع الفرعي أو اللانحي:

التشريع الفرعي أو اللانحي، هي القرارات التي تصدرها السلطة

(١) حكم المحكمة العليا في ٦ مارس ١٩٧٦ في القضية رقم ١٧ السنة الثامنة قضائية، في شأن التعويض وفقاً لدستور ١٩٦٤ حيث اعتبرت أن حالة الحرب القائمة بين مصر وإسرائيل - ولولم تكن هناك حرب دائرة فعلاً تعتبر ظرفاً استثنائياً يهدد باندلاع الحرب، ويبرر بالتالي التفويض.

(٢) نقض مدني في ٢١/١٢/١٩٧٢ مجموعة النقض المدني ٣٣ - ١٨٧ - ١١٩١. هذا الحكم صدر بمقتضى القرار بقانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٦٩ بشأن إعادة تشكيل الهيئات القضائية، وقد ترتب على هذا القرار بقانون عزل عدد من القضاة وهم الذين لم يرد أسمائهم في قرار إعادة التشكيل. والذي طعن فيه أمام محكمة النقض المصرية.

التنفيذية بمقتضى الاختصاص المخول لها في الدستور وتتضمن قواعد عامة مجردة ومكتوبة وأنها تعبير عن إرادة جهة الإدارة بما لها من سلطة التنظيم، واللائحة كالقانون لأنها تتضمن قواعد عامة مجردة. بيد أنها تختلف عنه في أن القانون صادر عن السلطة التشريعية، وفي أن اللائحة أقل مرتبة من القانون.

هذا ويلاحظ أن اختصاص السلطة التنفيذية بإصدار اللوائح هو اختصاص عادي تباشره بصفة دائمة وفي الظروف العادية، على خلاف اختصاصها بإصدار تشريعات الضرورة، أو التفويض، التي تصدر على خلاف الأصل.

وترجع الحكمة من منح السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية أو من يفوضه في هذا الخصوص، إصدار مثل هذه اللوائح إلى اعتبارات متعددة، منها أن المشرع لا يمكن أن يضمن القوانين كافة التفاصيل التي يقتضيها التطبيق العملي للقانون، ومنها أن اللائحة أداة سريعة في يد السلطة التنفيذية لمواجهة التطورات الاجتماعية، ومن السهل تعديلها كلما اقتضت الظروف. ومنها أن القانون يواجه قطاعات من النشاط تتنوع من قطاع لآخر، ومن المفيد أن يترك للوائح أمر مواجهة هذا التنوع، مثال ذلك قانون العمل وقانون التأمينات الاجتماعية.

وتنقسم اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية إلى أقسام ثلاث: اللوائح التنفيذية، لوائح الضبط أو البوليس، واللوائح التنظيمية:

٣٧ - أولاً: اللوائح التنفيذية.

تعرف هذه اللوائح، بأنها القواعد العامة التي تصدرها السلطة التنفيذية لوضع الأحكام التفصيلية اللازمة لتطبيق القانون، ويكون مجلس الوزراء هو المختص بوضع هذه اللوائح طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٦٥/ من الدستور اللبناني وفق التعديل الأخير الصادر في ٢١/٩/١٩٩٠ والذي صدر تطبيقاً لميثاق الطائف.

والتي نصت على: «السهر على تنفيذ القوانين والأنظمة والإشراف على أعمال كل أجهزة الدولة...».

وتكون مهمة اصدار هذه اللوائح وطلب نشرها مناطة برئيس الجمهورية
سنداً لنص المادة /٥٦/ فقرة /٢/ بعد أن يوقع عليها بالاشتراك مع رئيس
الحكومة سنداً لنص المادة /٥٤/.

وهذا أمر طبيعي طالما أن السلطة التنفيذية هي التي تقوم بتنفيذ القوانين،
فتكون أقدر من غيرها على معرفة القواعد التفصيلية اللازمة لهذا الغرض.

ولما كان الغرض من اللوائح هو تيسير تطبيق القوانين العادية وتنفيذها
فانه يتعين أن تقتصر على هذا الغرض وحده فلا تتعداه الى تعديل تلك
القوانين أو تعطيلها.

٣٨. ثانياً: اللوائح التنظيمية: تعرف بأنها قواعد عامة تصدرها السلطة
التنفيذية بقصد تنظيم المرافق العامة في الدولة. وهي نوع من اللوائح المستقلة أي
أنها تصدر قائمة بذاتها دون قانون معين تستند اليه في اصدارها.

وقد أسند الاختصاص بوضع مثل هذه اللوائح الى السلطة التنفيذية
على أساس أنها تقوم على حسن سير المرافق والمصالح العامة في الدولة،
وبالتالي أقدر على الوفاء بحاجات هذه المصالح والمرافق بغير حاجة الى
الالتجاء للتشريع العادي الصادر عن مجلس النواب.

ويقتصر تعبير التنظيم المقترن بهذه اللوائح على تنظيم أو ترتيب المرافق
والمصالح القائمة دون انشائها وذلك لان التشريع اللبناني يتطلب قانوناً لإنشاء
مثل تلك المرافق.

وقد أُنيطت صلاحية وضعها بمجلس الوزراء وفقاً لنص الفقرة الأولى
من المادة /٦٥/ من الدستور اللبناني بعد التعديل الأخير، حيث نصت على:
«وضع السياسة العامة للدولة في جميع المجالات ووضع مشاريع القوانين
والمراسيم التنظيمية واتخاذ القرارات اللازمة لتطبيقها»، أما عملية اصدارها
وطلب نشرها فتكون من مهمة رئيس الجمهورية طبقاً لنص المادة /٥٦/ فقرة
/٢/ بعد أن يوقع معه عليها رئيس مجلس الوزراء والوزير المختص وذلك طبقاً
للمادة /٥٤/ من الدستور.

٣٩. لوائح الضبط أو البوليس: هذه أيضاً، تتضمن قواعد عامة
بغرض المحافظة على الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة. وهي أيضاً

لوائح مستقلة أي تصدر دون أن تستند الى قانون سابق.

من قبيل هذه اللوائح، لوائح تنظيم المرور، واللوائح التي تنظم سير المحلات المقلقة للراحة أو الضارة بالصحة، واللوائح التي تنظم مراقبة الاغذية والباعة المتجولين... الخ.

ونظراً لاتساع مجال لوائح الضبط، فانها في كثير من الحالات ما تورد قيوداً على حريات الافراد وأنشطتهم. لذلك يتعين تقييد حرية الادارة في اصدار هذه اللوائح، بحيث تلتزم جانب التوفيق بين مقتضيات النظام بأوجهه المختلفة السابقة، ومتطلبات حرية الافراد وحقوقهم، ويترتب على هذه الملاحظة نتائج كثيرة منها أن أي شك حول مشروعية هذه اللوائح يجب أن يفسر لمصلحة الحرية الفردية، ومنها أن سلطات الضبط تتسع نسبياً في الاماكن والطرق العامة. ومنها أن القضاء يتشدد، خاصة في فرنسا في رقابته لمشروعية اللوائح خاصة من زاوية الغرض الذي تستهدفه.

وجدير بالذكر أن الدستور اللبناني لم ينص على لوائح الضبط أو البوليس. ولذلك فإن حق رئيس الجمهورية في سن هذه الاخيرة محل خلاف في الفقه.

مركز تحقيق وتطوير علوم إسلامية

المبحث الثاني

الدين كمصدر أصلي خاص للقاعدة القانونية

٤٠ - صارت الشريعة الاسلامية منذ الفتح الاسلامي المصدر الرسمي للقانون، وكانت في تلك الفترة عامة التطبيق، أي يشمل سلطانها كافة العلاقات سواء ما دخل منها في اطار الاحوال الشخصية أو في اطار المعاملات المالية. ولم يكن يخرج عن هذا السلطان سوى مسائل الاحوال الشخصية لغير المسلمين، فقد تركت هذه المسائل لحكم القوانين الخاصة بها.

بيد أن هذه المرتبة الأولى للشريعة بين المصادر الرسمية للقانون قد تخلفت في لبنان نتيجة التطورات الهامة في هذا المجال خلال فترة الانتداب الفرنسي. وأول هذه التطورات هو إلغاء الولاية العامة للشريعة الاسلامية على

غير المسلمين بحيث صارت كل طائفة لا تخضع الا لشريعتها الدينية وقضاء رؤسائها الدينيين. وبذلك كف تطبيق الشرائع غير الاسلامية عن أن يكون مظهراً من مظاهر التسامح الديني من قبل الشريعة الاسلامية، وصار هذا التطبيق تحقيقاً لمبدأ المساواة بين مختلف الشرائع الدينية بما فيها الشريعة الاسلامية. وقد تأكد هذا الوضع على عهد الاستقلال بمقتضى قانون نيسان ١٩٥١، الخاص بتحديد صلاحيات المراجع المذهبية للطوائف المسيحية والطائفة الاسرائيلية، وقانون تنظيم القضاء الشرعي الصادر في ١٦ تموز سنة ١٩٦٢.

وقد حدث تطور آخر تمثل في تقسيم المسلمين الى طوائف تخضع كل منها لقضائها المذهبي ولقواعدها المذهبية. وهكذا صارت هناك محاكم شرعية سنية تطبق الشريعة الاسلامية على أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة الا فيما نص عليه قانون العائلة العثماني الصادر سنة ١٩١٧، ومحاكم شرعية جعفرية تطبق المذهب الجعفري وما يتلائم معه من أحكام قانون العائلة المذكور، ومحاكم درزية تطبق قانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية الصادر في ٢٤ شباط سنة ١٩٤٨ بصفة أصلية وتطبق المذهب الحنفي بصفة احتياطية عند عدم وجود نص فيه. وقد ترتب ذلك كله على القرار رقم ٦٠ لـر الصادر في ١٢ آذار سنة ١٩٣٦ باقرار نظام الطوائف الدينية.

ثم حدث تطور ثالث وهو خروج كثير من المسائل عن حكم الشرائع الدينية المباشرة، خاصة بالنسبة لغير المسلمين، لتصبح خاضعة لنصوص تشريعية علمانية أو مأخوذة عن الشرائع الدينية، فبالنسبة لغير المسلمين صدر قانون الوصية لغير المسلمين بتاريخ ٧ آذار سنة ١٩٢٩، ثم صدر قانون المراجع المذهبية المسيحية واليهودية متناولاً بعض أحكام ادارة أموال القاصر في ٢ نيسان سنة ١٩٥١، كما صدر قانون الارث لغير الحمديين بتاريخ ٢٣ حزيران سنة ١٩٥٩. وقد جاء هذا القانون الأخير شاملاً أحكام الميراث والوصية.

أما بالنسبة للمسلمين، فهناك قانون العائلة العثماني الصادر سنة ١٩١٧ بالنسبة للسنة، وقانون الأحوال الشخصية للدروز الصادر سنة ١٩٤٨ بالإضافة الى مجموعة من النصوص وردت في قانون تنظيم القضاء الشرعي، الصادر سنة ١٩٦٢، تطبق على السنة والشيعة، وتتعلق هذه النصوص بالتحكيم في

دعوى التفريق وكيفية اجراء عقد الزواج وادارة اموال فاقدى الاهلية واستثمارها وتحرير التركات.

وعليه تكون تلك الاحكام التي عرضنا لها بمثابة مصدر اصلي خاص بخصوص المسائل التي تعرضت لها الطوائف الخاصة بها.

المبحث الثالث

المصادر الاحتياطية «العرف»

٤١ - المصادر الاحتياطية التي نوهنا عنها من قبل في القانون اللبناني هي حسب الترتيب الذي جاء به: العرف مبادئ الشريعة الاسلامية، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. وهذا ما نعرض له بادئين بالعرف.

العرف هو قانون غير مكتوب ينشأ عن تواتر الناس على اتباع سلوك معين مع شعورهم بالزامه وبوجود جزء قهري يكفل احترام هذا السلوك، وبعبارة أخرى، فالعرف، عادة تواتر الناس على اتباعها معتقدين في قوتها الملزمة.

ولقد كانت القواعد العرفية اول القواعد القانونية ظهوراً، اي ان العرف هو اسبق المصادر تاريخياً في الظهور، ذلك ان نشوء العرف يتم تلقائياً بمجرد ظهور الحاجة الى النظام الذي تنطوي عليه قواعده، كما ان تطوره يتم كذلك، تلقائياً، بمجرد حدوث تغير في العلاقات الاجتماعية التي حكمها، إذ تتغير عادة الناس الى ما يناسب الحاجات الجديدة.

ولكن هذا المصدر من مصادر القانون لا يناسب الا المجتمعات البدائية، حيث تغني بساطة الحياة وقلة المعاملات، عن كثير من القواعد القانونية، أما في المجتمعات المتحضرة حيث تتعقد الحياة وتتشعب العلاقات الاجتماعية، فان العرف يصبح قاصراً عن ان يمد هذه الحياة بكل ما تحتاجه من قواعد، كما انه يعجز عن مجاراة السرعة في تغير النظم الاقتصادية والاجتماعية، ولذا يحل التشريع محله في مكان الصدارة بين مصادر القانون، باعتباره اقدر على تلبية حاجات المجتمعات المتقدمة، ولهذا فقد صار التشريع أهم مصادر القانون

في أغلب الدول الحديثة.

بيد أنه ليس معنى تخلي العرف عن مكان الصدارة بين مصادر القانون، أنه لم يعد هناك حاجة إليه، إلى جانب التشريع، ذلك أنه ما زال مصدراً للقواعد القانونية في كل مسألة لا يتناولها التشريع بالتنظيم. فضلاً عن أن العرف ما زال في بعض الدول كإنجلترا، محتفظاً بمكانه كمصدر رسمي أصيل للقانون.

ولدراسة العرف، ينبغي علينا بيان كيف يتكون، وما هي أنواعه، ثم تقدير العرف من حيث بيان مزاياه وعيوبه بالمقارنة بالتشريع، وأساس قوته الإلزامية، وأخيراً دور العرف بين مصادر القانون، وذلك في مطالب أربعة:

المطلب الأول: نوضح فيه كيف يتكون العرف وما هي أنواعه.

المطلب الثاني: نخصصه لتقدير العرف من حيث بيان مزاياه وعيوبه.

المطلب الثالث: ندرس فيه أساس القوة الإلزامية للعرف.

المطلب الرابع: نبين فيه دور أو مركز العرف بين المصادر الرسمية للقانون.

المطلب الأول

تكوين العرف وأنواعه

٣٩ - للعرف ركنان هما: الركن المادي، وهو الاعتقاد على سلوك معين، والركن المعنوي وهو الشعور بالزام هذا السلوك.

أولاً: الركن المادي.

وهو الاعتقاد على سلوك معين، ولكي تكتسب العادة صفة العرف يلزم أن يتوافر فيها أوصاف معينة وهي العموم، والاطراد، والقدم، وعدم المخالفة للنظام العام والآداب.

(١) يجب أن تكون عادة عامة، أي أن تكون متبعة بين عدد كبير من الناس، وليست مقصورة على أشخاص بعينهم أو على عدد قليل منهم. وصفة

العمومية هذه لازمة لكي تكتسب أية قاعدة سلوك وصف القاعدة القانونية.

ولا أهمية اذا توافرت العمومية على النحو المتقدم، بأن يكون العرف شاملاً لكل إقليم الدولة، أو محلياً يقتصر على إقليم معين دون غيره. كما أن العرف قد يكون شاملاً في خطابه لكل الأشخاص الموجودين على إقليم الدولة، وقد يقتصر العرف على موضوعات تخص طائفة أو فئة من الناس كالعرف المهني أو الطائفي.

(٢) يجب أن تكون العادة مطردة، أي استقر الأفراد على اتباعها بانتظام وبدون خروج عليها، وتكرر العمل بها تكراراً يتضمن معنى الثبات والاستقرار على اتباع مضمونها.

(٣) يجب أن تكون العادة قديمة، أي أنها نشأت واستقر العمل بها والسير على مقتضاها مدة طويلة، حتى يتكون ركن الاعتقاد فيها، وتقرير شرط القدم مسألة موضوعية تختلف باختلاف الظروف، والمهم هو أن يعتاد الناس على اتباعها مدة كافية للقول بأن هذه العادة أصبحت عرفاً متبعاً.

(٤) يجب ألا تكون العادة مخالفة للنظام العام والآداب: الهدف من هذا الشرط هو منع استقرار العادات السيئة أو الضارة بالمجتمع وقد عبر البعض عن ذلك بالقول بوجوب أن يكون العرف سديداً أو معقولاً^(١). فقد عرفت بعض المجتمعات صوراً عديدة من عادات سيئة أخذت مجراها في حياة الأفراد، وعلى سبيل ذلك عادة (وَأد البنات) في الجاهلية، وعادة (الأخذ بالثأر) في صعيد مصر، وعادة (المبارزة لحسم المنازعات) في أوروبا في العصور الوسطى. فمهما سار الناس على مثل هذا السلوك فإنه لن يكون أساساً لقيام العادة المكونة للعرف، لأنه لا يتصور قيام عرف مناهض للمبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع.

هذا وإن كان ينبغي ألا تخالف العادة النظام العام والآداب لكي تكون عرفاً بيد أنه قد يترتب على العرف التأثير في النظام العام والآداب مما يؤدي إلى إمكانية تغيير المبدأ الذي يتكون منه هذا النظام، وعلى سبيل المثال شرعية عقد الوساطة في الزواج. باعتياد الناس عليه أدى إلى تطور النظام العام

(١) راجع: مارتى ودينو، القانون المدني، الجزء الأول، ١٩٧٢ رقم ١١٣ ص ٢٠٤.

وتغيير مضمونه.

ثانياً: الركن المعنوي.

لا تنشأ القاعدة العرفية بمجرد توافر العنصر المادي وهو الاعتياد. بل يجب فضلاً عن ذلك أن يستقر الايمان في نفوس الناس بأن هذا الاعتياد قد صار ملزماً لهم، وبعبارة أخرى يجب أن يسود الاعتقاد لديهم بأن السلوك الذي اعتادوا عليه قد اكتسب القوة الملزمة، وأن مخالفته توجب توقيع جزاء مادي على المخالف. ويعتبر هذا العنصر أكثر صعوبة ودقة من حيث اثبات توافره فهو لا ينشأ فجأة، وإنما ينمو تدريجياً على مدى الزمن وهو لا يستخلص من اشارة مادية، وإنما يستفاد من مشاعر نفسية كامنة، ولا يجوز القول بنشأة القاعدة العرفية الا باجتماع العنصر المادي والعنصر المعنوي.

وهذا الركن المعنوي هو الذي يميز بين العرف والعادات الأخرى: فهو الذي يميز العرف عن العادات الاجتماعية التي تعتبر من قبيل المجاملات، وهذه المجاملات ليست لها صفة قانونية؛ وإنما تستمد الزامها من الاعتبارات الادبية. ثم إن هذا الركن هو الذي يميز العرف عن العادة الاتفاقية.

٤٣ . العرف والعادة الاتفاقية

العادة الانفاقية هي قاعدة عرفية ناقصة، حيث يتوافر فيها الركن المادي دون المعنوي، ونظراً لتخلف الركن المعنوي، فإن هذه العادات لا ترقى الى مرتبة القواعد القانونية الملزمة في ذاتها، ولكنها قد ترقى الى هذه المرتبة اذا اتفق الافراد على اتباع حكمها، سواء صراحة أو ضمناً^(١).

بذلك تظهر أهمية العادة الاتفاقية في نطاق الروابط العقدية، فكثيراً ما يعتاد الاشخاص على شروط معينة لا يرد النص عنها صراحة في العقد، وإنما يجري العمل بها استناداً الى ارادة المتعاقدين الضمنية التي انصرفت الى الالتزام بها.

من قبيل العادات المذكورة، أن تباع المائة حبة من الفاكهة مائة وعشر،

(١) ويلاحظ أن العادة قد تصبح عرفاً اذا ما تواتر الناس على اتباعها ويستقر الايمان في نفوسهم على أن هذا الاعتياد قد أصبح ملزماً.

أو أن تجري العادة في منطقة معينة على أن يتم زراعة الأرض محصولاً بذاته، وما جرى عليه العمل في بعض المناطق من أن المستأجر هو الذي يتكفل بثمن استهلاك المياه، وما جرى عليه العمل عكس ذلك في مناطق أخرى.

فالعادة الاتفاقية، إذن تختلف عن العرف، إذ أن العرف يستمد قوته القانونية من تلقاء نفسه، باعتباره مصدراً من مصادر القانون الوضعي، ولا يستند في الزامه إلى رضا ذوي الشأن به. أما العادة الاتفاقية فهي تستمد قوة الزامها من إرادة الطرفين الصريحة أو الضمنية التي يمكن أن تستنتج من ظروف ومن ملابسات التعاقد ومن معاملات المتعاقدين السابقة، ولذلك يجب أن يكون المتعاقدان على علم بها.

وجدير بالذكر أن العادة الاتفاقية لا تختلف فقط عن العرف، وإنما تفترق أيضاً عن القواعد القانونية المكملة. فالقواعد الأخيرة هي قواعد ملزمة وواجبة التطبيق بمجرد عدم الاتفاق على ما يخالفها، فليس شرطاً لتطبيق القاعدة القانونية المكملة إثبات اتجاه الإرادة إليها أو إثبات علم المتعاقدين بها. يستوي لتطبيقها أن يعلم بها المتعاقدان أو لا يعلمان. وهذا بعكس العادة الاتفاقية فشرط تطبيقها ثبوت اتجاه الإرادة الصريحة أو الضمنية للاخذ بها بالفعل.

وما دام الأمر كذلك فإنه يجب عدم الرجوع إلى القواعد المكملة إذا كانت هناك عادات اتفاقية؛ فالأصل أن القواعد القانونية المكملة لا تطبق إلا عند سكوت الأطراف في عدم مخالفتها، فإذا أحال العقد إلى العادة الاتفاقية أو ثبت اتجاه المتعاقدين إليها ضمناً أصبحت جزءاً من العقد ووجب الأخذ بها قبل الالتجاء إلى القواعد القانونية المكملة.

وغني عن الذكر أن العرف ينشئ قواعد قانونية أمرة، وأخرى مكملة، وحتى في الحالة الأخيرة يظل العرف مستنداً في الزامه إلى قوته الذاتية، أما العادة الاتفاقية فلا تلزم إلا على أساس اتجاه الإرادة إليها.

٤٤ . نتائج التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية:

ينبني على هذه التفرقة نتائج أبعد مدى نذكر أهمها فيما يلي:

(١) يفترض العلم بالقاعدة العرفية كما يفترض العلم بأي قاعدة قانونية، إذ لا يقبل من أحد الاعتذار بجهله بالقاعدة العرفية. أما العادة الاتفاقية فإن

شرط تطبيقها أن تكون إرادة المتعاقدين قد اتجهت إليها صراحة أو ضمناً، ولذلك يمتنع تطبيقها إذا جهلها أحد المتعاقدان أو كلاهما إذا لا يمكن القول عندئذ بأن الإرادة اتجهت ضمناً إلى تطبيقها.

(٢) يكون على القاضي أن يطبق القواعد العرفية من تلقاء نفسه بحكم كونها قاعدة قانونية، حتى لو لم يطلب إليه الخصوم ذلك. لهذا كان على القاضي أن يتثبت من وجود القاعدة العرفية من تلقاء نفسه، كما يفعل بصدد القواعد القانونية، أما العادة الاتفاقية فلا يطبقها القاضي إلا إذا تمسك بها صاحب المصلحة، وعلى صاحب المصلحة إثبات مضمون العادة الاتفاقية بأن يقيم الدليل على وجودها ويثبت حكمها^(١).

(٣) يخضع القاضي في تطبيق وتفسير القاعدة العرفية لرقابة محكمة النقض لأنه يخضع لرقابة هذه المحكمة في تطبيقه وتفسيره القانون، والقاعدة العرفية قاعدة قانونية، أما النسبة للعادة الاتفاقية فإن القاضي لا يخضع في إثبات وجودها أو في تفسيرها وتطبيقها لرقابة محكمة النقض.

بيد أننا نرى مع البعض الآخر^(٢) أن القاضي إذا طلب منه تطبيق العادة الاتفاقية ثم استظهر قصد المتعاقدين إلى التقيد بها، ثم رفض تطبيقها مع ذلك كان مخطئاً وخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز، ومثله في هذا مثل القاضي الذي يرفض تطبيق نص صريح وارد في التعاقد.

٤٥ - أنواع العرف:

يمكن تقسيم العرف من ناحية النشاط الذي يحكمه إلى عرف عام وعرف خاص، ويمكن تقسيمه أيضاً من ناحية نطاق تطبيقه إلى عرف شامل وعرف طائفي وعرف مهني^(٣).

(١) العرف العام - هو قانون عرفي عام من صنع السلطات المكونة للدولة في مباشرتها لوظائفها المختلفة، وفي تسييرها للمرافق العامة وفي علاقتها مع الأفراد. ومن هذا القبيل العرف الدستوري والعرف الإداري.

(١) البدرائي، المرجع السابق، فقرة ١٥٤ ص ٢٥٣ وما بعدها.

(٢) البدرائي، المرجع السابق، فقرة ١٥٤ ص ٢٥٤.

(٣) سمير تناغو، المرجع السابق فقرة ١٢٨ ص ٤٢٥ وما بعدها.

(٢) **العرف الخاص** . هو قانون عرفي خاص من صنع الأفراد في الدولة في مباشرتهم لمعاملاتهم المدنية والتجارية.

(٣) **العرف الشامل** . هو العرف الذي يحكم علاقات الأفراد في الدولة كلها بغض النظر عن الاقاليم أو الطائفة أو المهنة التي ينتمي اليها الفرد. وقد كان العرف في الماضي عرفاً شاملاً بهذا المعنى. فالعرف أسبق في النشأة من التشريع. أما في الدولة الحديثة، فإنه من الصعب تصور نشأة عرف شامل يحكم سلوك المواطنين جميعاً.

(٤) **بيد أن ليس من المستحيل أن ينشأ عرف شامل بالمعنى السابق ذكره وإن كانت المجتمعات الأكثر ملائمة لنشأة العرف هي المجتمعات الصغيرة المغلقة كالطوائف والمهن والاقاليم، والعرف الذي ينشأ داخل هذه المجتمعات يسمى باسمها، فقد يكون عرف طائفي خاص بطائفة معينة كالتجارة، أو عرف مهني خاص بمهنة معينة كالمحاماة، أو عرف إقليمي.**

المطلب الثاني

تقدير العرف من حيث مزاياه وعيوبه بالمقارنة بالتشريع

٤٦ . من العرض السابق يتبين لنا أن العرف هو المصدر الاصيل الذي يملك التعبير الصادر عن ارادة الجماعة في تقرير القواعد القانونية. ولئن كان العرف قادراً على اخراج قواعد قانونية ناضجة ومستقرة. إلا أن القاعدة العرفية لا يكتمل لها النمو الا بالمشاورة على متابعة سلوك معين من ناحية. والايمان بأن هذا السلوك قد صار ملزماً من ناحية أخرى.

من أجل ذلك يتفوق العرف على التشريع في صدق التعبير عن ارادة الجماعة لأن التشريع قد تفرضه قهراً سلطة حاكمة مستبدة، أو هيئة تشريعية لا تمثل رأي الأمة.

يضاف الى ذلك أن العرف يلقي قبولاً في التطبيق لكونه نابعاً من ارادة الجماعة، بينما يضيق الناس أحياناً باستقبال القواعد التشريعية خاصة تلك التي تظهر خلاف ما تعارفوا عليه.

بيد أنه بالرغم من كل هذه المزايا، فإن التشريع قد احتل المكانة الأولى بين مصادر القاعدة القانونية، تاركاً للعرف المركز الثاني، ولكن الأخير لم يتلاشى نهائياً بل ظل مصدراً متمماً للتشريع ومكملاً له، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه يمكن أن نجمل نواحي القصور في العرف في أنه مصدر بطيء عاجز عن متابعة التطور، وفي أن قواعده يشوبها الغموض، وأنه يؤدي إلى تعدد النظم القانونية في الجماعة الواحدة^(١). وفيما يلي تفاصيل هذه العيوب:

(١) هو مصدر شديد البطء، فظهور القاعدة العرفية وتعديلها يحتاج إلى وقت طويل لكي يعتاد الناس على حل معين، ثم يسود بينهم الاعتقاد بالزام هذا الحل، وهو بذلك لا يناسب المجتمع الحديث الذي تتطور فيه الأمور على وجه السرعة، وأحياناً بطريقة مفاجئة، مما يستدعي ظهور قواعد قانونية ذات تطبيق فوري لمواجهة مثل هذه الظروف، وعندئذ لا مناص من اللجوء إلى التشريع فهو أكثر طواعية لتلبية حاجة المجتمع الحديث، وأكثر استجابة لامكان فرض القواعد القانونية الأمرة.

(٢) غموض القواعد العرفية وصعوبة إثباتها: لما كانت القواعد العرفية لا تنشأ فجأة وإنما تتكون تدريجياً، فإنه غالباً ما يؤدي ذلك إلى غموضها وصعوبة التحقق من مضمونها، بل غالباً ما يصعب التأكد من توافر القاعدة العرفية، خاصة الركن المعنوي الذي يتعلق باعتقاد الناس أن هذه القاعدة صارت ملزمة. من أجل ذلك يتميز التشريع عن العرف، فالقاعدة التشريعية نظراً لأنها وليدة إرادة واعية، وأنها تخرج إلى الناس في شكل مكتوب، يتوافر لها الوضوح والاستقرار وامكانية الرجوع إليها والتحقق منها وتطبيقها.

(٣) يؤدي العرف إلى تعدد النظم القانونية لذات الموضوع في إقليم الدولة الواحدة: فالعرف يعتمد على اختلاط الناس واتصالهم المباشر حتى تستقر أغلبيتهم على أفضل الحلول، وحتى يقلد بعضهم بعض في انتهاج هذا الحل، مثل هذا الاتصال يتم في إقليم بعينه أو بين أفراد طائفة أو مهنة واحدة. ويندر أن يسود عرف معين كل إقليم الدولة. وعلى عكس ذلك التشريع حيث يفرض

(١) شمس الدين الوكيل، دروس في القانون لطلبة كلية التجارة، ١٩٦٦، فقرة ٧٥ ص ١١٥.

قواعد قانونية واحدة واجبة التطبيق في الجماعة دون تفرقة بين مكان وآخر، ولذلك يقال أن التشريع يحقق الوحدة القانونية في الدولة، بينما قد يؤدي العرف الى تعدد النظم القانونية وانعدام الانسجام القانوني في الجماعة.

المطلب الثالث

اساس القوة الالزامية للعرف

٧١ - لا شك في أن المشرع قد أنزل العرف منزلة تالية للتشريع، وبالتالي لا تشور هذه المشكلة في النظام القانوني المصري، وإن كانت تظل مطروحة من الناحية الفلسفية، وبالنسبة للأنظمة التي تخلو من مثل هذا النص.

ومعروف أن العرف أقدم المصادر الرسمية للقانون، بل كان الطريق الطبيعي الوحيد لخلق القاعدة القانونية في المجتمع البدائي، وحتى بعد ظهور التشريع، فقد ظل يحتل الصدارة في كثير من الأنظمة حتى وقت قريب، بل ما زال يحتل مكاناً بارزاً في النظام القانوني الإنجليزي، بل وما زالت أهميته باقية في بعض فروع القانون كالقانون التجاري.

وبالرغم من أن القاعدة العرفية تجد أن أساس الزامها في الرضاء الفعلي للناس، المتمثل في تواترهم الاختياري على سلوك معين، والذي يتحول فيما بعد الى حكم ملزم، كنتيجة لسبق قبول أغلبية المخاطبين بحكم القاعدة العرفية، دون وسيط، أو إرادة أخرى تفرض هذه القاعدة عليهم.

بيد أن الأمر قد اختلف فيه وتشعبت الآراء حول أساس قوة العرف الملزمة. وأول ما نصادفه من مذاهب هي:

(١) المذهب التاريخي بزعمه سافيني ورفضه: نجد أن أساس القوة الالزامية للعرف عند هذا المذهب يكمن في ضمير الجماعة، لكون العرف تعبير صادق عن ضمير الجماعة وثمره تراثها الحضاري عبر تاريخها الطويل. بيد أن هذه الفكرة، إن صحت في المجتمعات القديمة حيث كان للشعب نفسه

سلطة وضع القواعد القانونية عن طريق ما كان ينظمه لنفسه من اجتماعات. فانها أصبحت لا تتفق مع الواقع عندما استأثرت السلطة التشريعية في الدولة اختصاص سن التشريع وسلبته من عامة الناس(١).

(٢) المذهب الوضعي ورفضه: يرى هذا الاتجاه بأن أساس قوة العرف الملزمة تكمن في رضا المشرع عند تطبيقه. لأن مبعث العقيدة في الزام العرف ـ عند هذا المذهب ـ هو قيام الدولة على كفالة احترامها بقوتها المادية(٢).

ورضاء المشرع عن العرف قد يكون صريحاً في حالة ما اذا وجد نص يحيل الى حكم عرفي، وقد يكون ضمناً مما يؤدي الى نتيجة هامة هي ان العرف في حد ذاته ليس ملزماً وبالتالي ليس مصدراً للقواعد القانونية. وكل ذلك نتيجة ان هذا المذهب يعطي الاهمية الكبرى للتشريع، بصفته الامر الذي يصدر من الدولة صاحبة السيادة والسلطان.

ولكن هذه الفكرة مردودة، لما فيها من انكار العرف بوصفه مصدراً مستقلاً للقواعد القانونية، وغفل هذا المذهب عن ان العرف سبق في الوجود تاريخياً من التشريع المكتوب، مما يدل على أن أساس قوته الملزمة غير ما ذهب اليه فقه المذهب الوضعي.

(٣) فكرة التطبيق القضائي ورفضها: يذهب هذا الاتجاه الى أن أساس قوة العرف الملزمة هو قيام المحاكم بتطبيقه. فيرى هذا الاتجاه أن الاعتقاد في الزام العرف لا ينشأ من تلقاء نفسه، وإنما ينشئه القضاء انشاء بتطبيقه له فيما يرفع اليه من منازعات. وبعبارة أخرى يرى هذا الاتجاه أن اعتياد الناس على سلوك معين وشعورهم بالزامه، ليس سوى المواد الأولية للقاعدة القانونية، وأن القاضي هو الذي يعطي العادة الأولية شكلها النهائي ويضفي عليها قوة الزامية. ولكن هذا الاتجاه مردود، لأن القاضي انما يطبق القاعدة العرفية لأنها

(١) محمود جمال زكي، المرجع السابق، فقرة ٦٧ ص ١٢٤، حسن كبيرة، الموجز في المدخل، فقرة ٧٦، ص ١٥٦.

(٢) حسن كبيرة، المرجع السابق.

ملزمة ولأنها استكملت كل عناصر القاعدة القانونية واجبة التطبيق، وبالتالي فليس صحيحاً أن يقال أنها ملزمة لأنه طبقها.

بيد أن القضاء - وإن كان لا يخلق العرف بل يقتصر على مجرد اظهاره والكشف عنه - فإن دوره من هذه الناحية ما يزال كبير الاثر في تحديد مضمون العرف وفي تدعيم قوته الملزمة على السواء، فالعرف كما عرفنا، يعوزه الوضوح والتحديد، والقاضي هو الذي يعطيه هذا الوضوح وهذا التحديد بتطبيقه له. لأن القاعدة العرفية قبل تطبيقها بواسطة القاضي غير محددة وغير منضبطة، ويلزم اثبات وجودها وتوافر عناصرها ويجوز لكل ذي مصلحة أن ينازع في توافر أركانها. أما بعد أخذ القضاء بها، فإن وجودها يصبح مؤكداً^(١).

(٤) الأساس المختار: الثابت إذن أن هذه الافكار وغيرها إنما هي حيل ظاهرة، ووليدة التصور البحث، فالعرف لا يستمد قوته الملزمة، لا من المشرع الذي يرضى عنه، ولا من الدولة التي تفرض قوتها على كفالة احترام أحكامه، ولا من القضاء الذي يحكم بقواعده، وإنما للعرف قوة الزامية ذاتية مستمدة من الضرورات الاجتماعية التي تفرضه وتحتم وجوده حين لا يوجد تشريع كما في الجماعات، أو حين يكون التشريع ناقصاً - وهذا أمر طبيعي لأن القاعدة التشريعية عاجزة عن أن تتوقع كل ما يحدث في مجتمع مليء بالحركة بل وجامدة عن أن تساير ما نظمته من الروابط الاجتماعية في تطورها الدائم - كما في المجتمعات الحديثة.

فالقاعدة العرفية تستمد قوتها الملزمة من ضرورتها للحياة الاجتماعية بسبب قصور التشريع وجموده، بالتالي عدم كفايته لتنظيم المعاملات بين الناس مما يجعل وجود غيره من المصادر أمراً حتمياً. وعلى ذلك يكون العرف مستقلاً عن السلطة التشريعية، ويستند الى نفس الأسباب التي دعت الى وجود التشريع^(٢).

(١) حسن كبيرة، المرجع السابق، ص ١٥٧، نعمان جمعة، المرجع السابق ص ٢٠٢.

(٢) أنظر نقض جنائي ٦ أبريل ١٩٤٨، مجلة التشريع والقضاء، ش ١ رقم ١٢٣ ص ١٦٦، حيث رأت محكمة النقض، الالتجاء الى العرف لتحديد مسئولية من يخالف السير على اليمين في حالة اجتياز الميدان والدوران حوله.

المطلب الرابع

دور العرف بين مصادر القانون

٤٨ - نظراً لتعدد مصادر القانون، فإنه تثار مشكلة تحديد دور كل مصدر من هذه المصادر بالنسبة لغيره من المصادر الأخرى. بيد أن المشرع المصري ينص في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني على أنه «إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف...» ومعنى ذلك أن العرف مصدر احتياطي في القانون المدني، لا يرجع إليه القاضي إلا لتكملة نصوص التشريع أو لتفسيرها، في حالة نقص هذه النصوص أو غموضها. فمهما بلغت درجة شمول التشريع فلا بد أن تعرض في العمل مسائل لم يضع لها المشرع قاعدة أما لأنه فضل أن يتركها للعرف، وأما لأن هذه المسائل لم تكن في وعي المشرع وقت وضع التشريع. ويطلق على العرف في هذه الأحوال «العرف المكمل للتشريع».

بل أن المشرع قد يرى في العرف ما يحقق أغراض مختلفة، كما في حالة إحالته إليه صراحة لتحديد دلالة بعض العبارات التي قد تثير بعض الصعوبات عند التطبيق، أو تأمر القاضي بالرجوع إلى العرف للبحث عن إرادة المتعاقدين. ويطلق على العرف في مثل هذه الأحوال «العرف المعاون للتشريع».

وقد يقدم العرف على حكم القواعد القانونية المكمل. وقد يخرج العرف على حكم بعض القواعد الأمرة. وهذا ما يسمى «بالعرف المخالف للتشريع».

وهذه الحالات نعرض لها بإيجاز على النحو التالي:

أولاً: العرف المكمل للتشريع.

يقوم العرف بهذا الدور بالنسبة لقواعد القانون سواء العام منها أو الخاص.

والعرف يقوم بهذه الوظيفة في كافة القوانين فيما عدا القانون الجنائي، وذلك تطبيقاً لمبدأ دستوري مؤداه «أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»، أي أن قاعدة «شرعية الجرائم والعقوبات» تقضي بعدم العقاب على فعل إلا بالاستناد

الى نص تشريعي يقرره القانون فالعرف بعيد عن تقدير الجرائم والعقوبات.

ثانياً: العرف المعاين للتشريع.

قد ينظم المشرع موضوعاً معيناً ولكن في الوقت نفسه يستعين بالعرف لتحقيق أغراض مختلفة يكون العرف بالنسبة لها أكثر ملاءمة من التشريع، على النحو التالي:

(١) قد يستعين المشرع بالعرف لبيان كيفية أعمال بعض المعايير المرنة التي يستخدمها في القاعدة: مثال ذلك حكم قانون الموجبات والعقود اللبناني فيما يتعلق بتحديد الأشياء التي تلزم البائع أن يسلمها للمشتري مع الشيء المبيع؛ إذ تنص على أن «يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء، وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين» «فمعيار ملحقات الشيء» أو «كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء». مما يصعب تحديد الأشياء التي يصدق عليها، ولهذا يستعين المشرع بالعرف في بيان كيفية أعماله.

ولا يقتصر معاملة العرف للتشريع على الأحوال التي يحيل فيها المشرع على العرف صراحة، بل يقوم العرف بتحديد كيفية أعمال المعايير المرنة ولو لم يصرح المشرع بالإحالة إليه^(١).

(٢) وقد يستعين المشرع بالعرف للتعرف على نية المتعاقدين، مثال ذلك نص المادة ٥٠ مدني مصري إذ تقول «أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات».

(٣) وقد يتخلى المشرع عن تنظيم مسألة ما، وهو يضع القاعدة، ويصرح بتركها للعرف. مثال ذلك نص المادة ٣٢٣ مدني مصري «الفوائد التجارية التي تسري على الحساب الجاري يختلف سعرها القانوني باختلاف الجهات، ويتبع في طريقة حساب الفوائد المركبة في الحساب الجاري ما

(١) انظر ما ورد بهامش ص ١٢٠.

يقضي به العرف التجاري».

(٤) وقد يكون في ذهن المشرع فكرة معينة ولا يصرح ببيان حدودها، وإنما يترك ذلك للعرف. مثال ذلك نص المادة ٤٤٧ مدني مصري «لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه» وهنا نجد أن المشرع عندما أراد وضع تحديد العيب الذي يضمنه البائع أحال على العرف.

ثالثاً: سبق العرف لبعض القواعد والقواعد المكملة.

سنعرف فيما بعد مدى قدرة العرف على الغاء أو عدم الغاء النصوص الأمرة، ولكن الأمر الذي لا يختلف فيه هو أن العرف يملك مخالفة نصوص التشريع المفسرة أو المكملة لإرادة المتعاقدين. إذ هي نصوص يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، فمن باب أولى يجوز نشوء عرف مخالف لها في الجماعة. مثال ذلك ما تنص عليه المادتان ٤٦٦، ٤٦٧ موجبات. من أن الثمن يكون مستحق الوفاء في المكان والوقت الذي يسلم فيه المبيع. ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك».

ومما هو جدير بالذكر أن العرف في هذه الحالة لا يلغي النصوص التشريعية المكملة، بل يقتصر على مجرد استبعاد تطبيقها دون الامتداد إلى الغائها، لكون العرف أدنى مرتبة من التشريع، ولأن قيام عرف مخالف لتلك النصوص إنما يحل محل اتفاق الأفراد وتراضيه على خلافها.

رابعاً: العرف المخالف للتشريع.

النص التشريعي لا يلغى إلا بنص تشريعي في نفس قوته؛ وبناء على ذلك، إذا وجد نص تشريعي، ولكن اعتاد الناس عدم تطبيقه، فليس معنى ذلك أنه قد ألغى، بل يظل قائماً وملزماً ويمكن تطبيقه في أي وقت، وهذا هو الرأي الراجح في الفقه حتى الآن. وإن كان هناك اتجاه قوي يقول بسقوط التشريع بعدم الاستعمال على أساس تكوين عرف سلبي مخالف، مقتضاه اضطراب أعمال هذا التشريع في العمل.

بيد أن التشريع نفسه يجيز في بعض الأحوال تطبيق القواعد العرفية المخالفة له وذلك إذا كانت القاعدة التشريعية قاعدة مكملة، أما حيث يوجد نص تشريعي أمر يتضمن قاعدة أمرة، فلا يجوز أن ينشأ عرف يقضي بما يخالف

هذه القاعدة الأمرة.

فالقاعدة الأمرة قاعدة مطلقة يجب تطبيقها في جميع الحالات لتعلقها بالنظام العام. على أن الأخذ بهذه النتيجة مجاله أن تنتمي كل من القاعدة العرفية والقاعدة التشريعية الى فرع واحد من فروع القانون، كالقانون المدني مثلاً، وعلى ذلك فلا يجوز أن يخالف عرف مدني نص تشريعي أمر من نصوص القانون المدني^(١).

أما حيث ينتمي العرف الى فرع من فروع القانون، وينتمي النص التشريعي الى فرع آخر، فلا يتقدم هذا النص التشريعي على العرف إذ يكون لكل منهما مجال مختلف في التطبيق؛ ولذلك فإن العرف ينطبق في مجاله، والنص التشريعي ينطبق في مجاله، ولو كانا متعارضين.

مثال ذلك أن يوجد نص تشريعي في قانون الموجبات والعقود اللبناني، يقرر أنه لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد، ويوجد عرف تجاري يجيز للدائن تقاضي فوائد مركبة من المدين، أي أن القاعدتين متعارضتين، ولكن نظراً لاختلاف مجال كل منهما فإنهما تنطبقان معاً. ففي المعاملات المدنية يطبق النص التشريعي المدني فلا يجوز تقاضي فوائد مركبة، وفي المعاملات التجارية يطبق العرف التجاري، فيجوز تقاضي فوائد مركبة.

ومع ذلك فقد ذهب البعض الى أنه ليس هناك إذا ما نشأ عرف تجاري مخالف لنص تشريعي أمر في القانون المدني، ما يمنع من تطبيق العرف التجاري في مجال القانون المدني^(٢).

بيد أننا لا نسلم بهذا الرأي، لأنه إذا كان العرف التجاري يطبق أولاً قبل الرجوع الى التشريع المدني فسبب ذلك أن قواعد التشريع المدني هي قواعد مكملة لقواعد القانون التجاري، فيما يتعلق بتنظيم العلاقات التجارية. فإذا وجد حكم في القانون التجاري فإنه يطبق أولاً، ولا تكون هناك حاجة

(١) انظر عكس ذلك، سمير تناعو، المرجع السابق، ص ٤٧٨ حيث يرى أن العرف اللاحق يلغي التشريع السابق، المساوي له في الدرجة والمتحد معه في نطاق التطبيق، سواء كان العرف اللاحق ايجابياً أو سلبياً.

(٢) سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ١٥٢ ص ٢٢٣ وما بعدها.

للرجوع الى القانون المدني، ولو كانت قواعد القانون التجاري - تشريعية أو عرفية - مخالفة لقواعد القانون المدني^(١). بل المفروض أن تكون قواعد القانون التجاري مخالفة أو على الأقل مختلفة عن قواعد القانون المدني، والا لما دعت الحاجة الى استقلال القانون التجاري عن القانون المدني.

وعلى حد قول البعض^(٢)، فإنه يترتب على ما سبق نتيجة هامة وهي أنه لا يمكن القول في نطاق النظرية العامة للقانون أن العرف هو بصفة عامة مصدر مكمل للتشريع، إذ من الواضح أنه في كثير من المسائل فإن التشريع هو الذي يقوم بدور المصدر المكمل للعرف.

والصحيح أنه لا يوجد مصدر من مصادر القانون مكمل للآخر بصفة مطلقة. بل أن قواعد القانون، أيا كان مصدرها تعتبر قواعد أصلية في نطاق تطبيقها الأصلي، ويمكن أن تعتبر قواعد احتياطية أو تكميلية خارج هذا النطاق. فالحكم الخاص يقيد الحكم العام. سواء كان الحكم الخاص تشريعياً أو عرفياً، أو كان الحكم العام تشريعياً أو عرفياً.

المبحث الرابع

مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي

٤٩ - سبق أن رأينا أن قواعد الدين تعتبر مصدراً أصلياً خاصاً لقواعد الأحوال الشخصية، وأن المرجع في ذلك هو تحقيق مبدأ المساواة بين مختلف الشرائع الدينية وأن هذه القواعد هي التي تحكم روابط الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين وبالنسبة لغير المسلمين غير المتحدي الديانة والمذهب والطائفة، وذلك باعتبارها الشريعة العامة في هذا المجال.

بيد أنه إلى جانب دور الدين كمصدر أصلي في ذلك المجال الضيق،

(١) حسن كبيرة، أصول القانون: ٣٥٨، سمير تناغو المرجع السابق ص ٤٧٦؛ منصور مصطفى، ص ١٥٣.

(٢) سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٤٧٦.

تلعب الشريعة دوراً هاماً كمصدر احتياطي للقاعدة القانونية.

والمقصود بمبادئ الشريعة هنا ليس الرأي الراجح من مذهب أبي حنيفة بل المبادئ العامة الكلية التي لا تختلف من مذهب الى مذهب، وحتى أن وجد مثل هذا الاختلاف فإن القاضي لا يتقيد بمذهب محدد. بل يستطيع أن يأخذ ما يراه أكثر ملاءمة للتطبيق، بل أن من الفقه من يرى إمكان الرجوع الى آراء تخرج عن نطاق المذاهب الأربعة المشهورة فهناك مذاهب أخرى. كمذهب الزيدية ومذهب الامامية، يمكن الانتفاع بها الى حد بعيد. وعلى القاضي أن يجتهد ليقرب بين أحكام كل من الشريعة الاسلامية والقانون المدني.

وجدير بالذكر أن المتأمل الوضع في الدول الاسلامية والعربية التي تركت الشريعة الاسلامية الى صناعة القانون بالشكل والمضمون الذي أفرزته الحضارة الغربية لا بد أن يلاحظ أن هذه الدول تعاني من مشكلات ثلاث رئيسية^(١).

الاولى، وهي عجزها عن ايجاد تصور عام للحياة الانسانية يتواءم وشعوبها ويكون هدف أو غاية للقانون، ولذلك تراها تتقلب بين المفاهيم الأوربية، تارة تأخذ بالفردية المطلقة فتطلق العنان للفرد ونزواته. وأخرى تأخذ بالمذهب الاجتماعي وما يصاحبه من تسلط الحاكم.

وثاني هذه المشكلات هو عجزها عن تصور أساس منطقي يمكن رد التزام الأفراد بأحكام القانون اليه. هذا الشعور بالالزام لا يمكن أن يتولد في ضمير الانسان المؤمن الا اذا اقتنع بأن مصدر القانون هو قوة عليا يسلم لها بالحكم هي قوة الله الخالق. والحاكم وآلياته التشريعية هو في النهاية انسان لا يتمتع بالعصمة.

أما المشكلة الثالثة فتتمثل في العجز عن كفالة الطاعة للقانون. ولعل الضامن الوحيد لهذه الطاعة هو الجزاء التي توقعه السلطة عند مخالفة القاعدة القانونية.

(١) انظر في ذلك، مصطفى الجمال النظرية العامة للقانون، المكتبة القانونية، الدار الجامعية عام ١٩٨٧ ص ٢٣٩ وما بعدها.

وعلى حد قول البعض بحق^(١) «فإن الشعور بالاتصال بين العقيدة وبين النظم القانونية المطبقة في العالم الاسلامي والعربي قد ولّد اتجاهاً عاماً في الدول الاسلامية ينادي بالعودة الى تطبيق الشريعة الاسلامية، واتخاذها مصدراً للقانون. وقد نما هذا الاتجاه نمواً عظيماً في النصف الثاني من القرن العشرين وأصبح يفرض نفسه على المشرعين في كثير من الدول الاسلامية والعربية، كما هو الحال في باكستان وليبيا والأردن ومصر».

ومع ذلك ظلت الشريعة الاسلامية مصدراً احتياطياً للقانون، بالإضافة الى كونها مصدراً أصلياً خاصاً لمسائل الاحوال الشخصية لدى الطوائف المسلمة في لبنان.

المبحث الخامس

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ودور القاضي

في استنباط الحكم وفقاً لهذه المبادئ

٥٠. رغم خلو القانون اللبناني من نص مماثل لنص المادة الاولى من القانون المدني المصري، الا أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة تعتبر بالضرورة في لبنان بمثابة المصدر الاحتياطي الثاني فيها يلي العرف مباشرة.

لكننا نتساءل عن مضمون مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة؟ الحق أنه لا يمكن اعطاء تعريف محدد لهذه المبادئ، وكل ما يمكن قوله بأنها «المبادئ الابدية والمثالية التي يتوصل اليها الانسان بتفكيره وعقله وتأمله» وتلتقي فكرة العدالة بالفكرة السابقة حيث المضمون المثالي، ويشوبها ذات السبب وهو عدم التحديد وعدم الوضوح. وبالتالي يمكن اعتبارها «أقرب الى الشعور منها الى الأفكار الثابتة المحددة».

يتبين من ذلك أن هذا المصدر، لا يمثل حقيقة محددة، بعكس المصادر السابقة والتي تتضمن بعض التحديد. فإن الاحالة الى «مبادئ القانون الطبيعي

(١) انظر مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص ٢٤٠.

وقواعد العدالة» لا تمدنا بقواعد قانونية بالمعنى الصحيح. والاحالة من قبل المشرع لا تعني الا الزام القاضي أن يجتهد رأيه. حتى يصل الى حسم النزاع المعروض وحتى لا يعد مرتكباً لجريمة انكار العدالة.

ولقد أراد المشرع المصري على سبيل المثال وكذلك المشرع الفرنسي من الاحالة الى هذا المصدر أن يبين أن سلطة القاضي في الاجتهاد ليست مطلقة من كل قيد، بل عليه أن يبني أحكامه «على اعتبارات موضوعية عامة لا على تفكير ذاتي خاص».

٥١ . ومما هو جدير بالذكر فان وظيفة القاضي الأساسية هو اعمال حكم القانون وليس انشائه. ومع ذلك فقد ثار السؤال لمعرفة ما اذا كان القاضي يلتزم بهذه القاعدة بصفة مطلقة أم لا؟ ومثار التساؤل هو أن القاضي قد يجد نفسه أمام نزاع لا يجد له حلاً وفقاً للمصادر القانونية الرئيسية القائمة، أو قد تكون القاعدة القانونية المراد تطبيقها على النزاع المعروض أمامه غامضة أو غير محددة.

وباستبعاد الحالة الثانية، وببحث الحالة الأولى، نجد أنها خاصة بمشكلة قدرة القضاء على خلق قواعد قانونية جديدة، خاصة وأن خلق القواعد من اختصاص السلطة التشريعية، أما القضاء فليس مصدرراً للقانون، بل مهمته تطبيق القانون.

ولذلك تواجه الدول هذه المشكلة بحلول مختلفة، ففي سويسرا تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني على «أن على القاضي أن يطبق في حال غياب النصوص القانونية ما كان يضعه هو من قواعد أو عهد اليه بمهمة سن القواعد القانونية. وواضح أن مثل هذا الأسلوب يخول القاضي دوراً هاماً في إنشاء القواعد القانونية ولا يقتصر دوره على تطبيق القانون. وفي إنجلترا يعتبر القضاء من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية^(١)، ذلك أن هذا النظام الانجليزي يعطي السابقة القضائية قوة ملزمة.

أما في مصر فان مشكلة غياب القاعدة القانونية تتم مواجهتها - كما

(١) أحمد صفوت، النظام القضائي في إنجلترا، ١٩٢٢، ص ٢ وما بعدها، حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ١١٩ وما بعدها والمراجع المشار اليها بهامش ٢٠١ ص ١٢٠.

أوضحنا سابقاً - عن طريق المصدر الرابع وهو قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة، لما تنطوي عليه هذه القواعد من عدم التحديد بحيث تترك المجال أمام القاضي لكي يجتهد برأيه فيما يعرض عليه من منازعات لا يجد لها حلاً في المصادر الثلاثة للقاعدة القانونية.

ومما هو جدير بالذكر أن المحاكم قد استندت فيما مضى الى فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة في كثير من أحكامها في الحالات التي لم تجد لها نص في القانون لكي تستطيع أن تسد ما كان هناك من نقص. مثال ذلك، ما قرره المحاكم بالنسبة لحماية الملكية الأدبية والفنية والصناعية لعدم وجود قانون ينظمها آنذاك، وكذلك عندما طبقت نظرية التعسف في استعمال الحق، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية تحمل التبعة.

الفصل الثاني

تطبيق القانون

٥٢ - إذا ما وجدت القاعدة القانونية بوسيلة من وسائل التعبير الملزمة (وهي المصادر الرسمية) صارت ملزمة وواجبة التطبيق على الأشخاص المكلفين بها. ولقد سبق أن أشرنا، أن خضوع الناس للقانون واتباعهم لأحكامه يتم في أغلب الأحوال، تلقائياً، فلا يستلزم ذلك، عندئذ، تدخل السلطة العامة للاجبار على احترامه، ولكن هناك أحوالاً يثور النزاع فيها على تحديد مضمون قاعدة قانونية، بل قد يثور النزاع على وجود هذه القاعدة، أو قد يصر بعض الأشخاص على مخالفة حكم القانون رغم وضوح أحكامه، الأمر الذي يلزم معه تدخل السلطة المختصة للفصل في هذه المنازعات وتوقيع الجزاء على المخالف. هذه السلطة، هي سلطة القضاء التي تقوم على تطبيق القانون والتي تنشئها الدولة.

بيد أننا وقبل أن نعرض لتطبيق القانون، يجدر بنا أن نبين في إيجاز شديد ما هي السلطة القضائية التي تقوم بتطبيق القانون.

٥٣ - تقوم السلطة القضائية بتطبيق القانون، ولما كانت هذه السلطة تؤدي دوراً خطيراً من حيث الفصل في المنازعات بين الأفراد، أو بين الأفراد

وجهاً الادارة، وكان من اللازم العمل على توفير الضمانات الكافية لأعضائها حتى يقوموا بواجبهم في اقامة العدالة على الوجه الاكمل. من هنا عنيت الدساتير بالنص على استقلال هذه السلطة حتى تضمن للقضاء الحرية الكاملة في أداء عملهم، دون أن يكون لأحد سلطان عليهم سوى القانون، ولا يجوز لأي سلطة التدخل في القضايا أو شئون العدالة، وزيادة في ضمان استقلال القضاء نص الدستور كذلك على «أن القضاة غير قابلين للعزل»، وذلك على الوجه المبين بالقانون، هذا وجلسات المحاكم علانية وذلك بهدف توفير الثقة للمتقاضين، الا اذا استلزمت الظروف جعل الجلسات سرية. كما أن النطق بالحكم يتم في جلسة علنية.

ولقد عرفت لبنان نظام تعدد الجهات القضائية نظراً لظروف تاريخية وسياسية ودينية. ولذلك يوجد في لبنان أنواع متعددة من جهات القضاء:

أولاً: يوجد ما يسمى بالقضاء العدلي، والذي يختص بالفصل في كافة المنازعات وجميع الجرائم الا ما استثنى بنص خاص. وتتكون جهة القضاء العدلي من: المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف، وعلى رأس هذه الجهة محكمة التمييز.

وجدير بالذكر أن التقاضي أمام القاضي العدلي يتم على درجتين كما أن محكمة التمييز وإن كانت تختص أصلاً بمراقبة تطبيق محاكم الموضوع للقانون الا أنها في أحوال معينة اذا ميزت الحكم فإنها تفصل في النزاع كمحكمة موضوع دون أن تحيل النظر فيه الى درجة من درجات التقاضي.

ثانياً: جهة القضاء الاداري، ويختص بنظر نوع معين من المنازعات يتولى القانون تحديدها، وهي عادة المنازعات التي يكون أحد طرفيها جهة الادارة. ويتم التقاضي أمام هذه الجهة على درجتين ابتدائي واستئنافي.

ثالثاً: جهات القضاء الديني وتشمل جهات القضاء المذهبي الخاص بالدين المسيحي، وجهات القضاء الطائفي الخاص بالسنة والشيعية والدروز، ويتم التقاضي أمام هذه الجهات على درجتين ابتدائي واستئنافي.

ولكن يلاحظ أنه في أحوال قليلة يمكن عرض النزاع المثار أمام جهات القضاء المذهبي أو الطائفي على محكمة التمييز وذلك في حالتين: حالة مخالفة

الحكم الصادر من محاكم تلك الجهات لصيغة جوهرية متعلقة بالنظام العام. والحالة الثانية، عند التعارض بين حكمين صادرين من محاكم طائفتين أو مذهبين مختلفين.

رابعاً: هناك ما يسمى بالمجلس الدستوري، والذي يفرض رقابة سابقة على القوانين، ولكنها رقابة بعد اقرار القانون من البرلمان وقبل اصداره.

٥٤ - أما بالنسبة لتطبيق القانون، وسواء أتم طوعية، أو نتيجة لأحكام القضاء، يحتاج ل يتم بصورة سليمة، الى تحديد المكان الذي تسري فيه قواعده في المكان أو في الزمان. على أن التطبيق الآلي للقاعدة القانونية قليل الحدوث، وكثيراً ما يحتاج تطبيقها الى تحديد معناها، أو ازالة غموضها، أي تفسيرها. فتفسير القاعدة القانونية تعتبر، في كثير من الأحيان ضرورة يستلزمها تطبيقها. لذا كان من اللازم أن نعرض لذلك كله بالتفصيل في المباحث التالية:

المبحث الأول: نخصه لدراسة تطبيق القانون من حيث المكان.

المبحث الثاني: ندرس فيه تطبيق القانون من حيث الزمان.

المبحث الثالث: نعرض فيه لتفسير القواعد القانونية^(١).

المبحث الأول

تطبيق القانون من حيث المكان

٥٥ - عرفنا أن القانون انما يصدر عن ارادة الدولة (المتتملة في السلطة التشريعية)، لذا يتحدد نطاقه بالنطاق الذي تسود فيه هذه الارادة، ولما كانت سيادة الدولة تنحصر داخل حدودها الاقليمية، فان الاصل أن القانون لا ينطبق الا داخل الدولة، وهذا الاصل يسمى، بمبدأ اقليمية القوانين. فيسري القانون وفقاً لهذا المبدأ على كل الموجودين على اقليم الدولة، ولو كانوا أجنبان يقيمون

(١) أما تطبيق القانون من حيث الأشخاص، فلقد سبق أن عرضنا لذلك ونحن بصدد الكلام عن مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، وعرفنا أن هذا المبدأ يقوم على العلم الافتراضي وإن كانت له استثناءات أنظر ما سبق فقرة ٤٩، ٥٠ من هذا المؤلف.

بصفة دائمة أو بصفة مؤقتة، وعلى كل الأشياء والأموال، بيد أنه لا ينصرف خطابُه إلى المواطنين الذين يقيمون خارجه، ولا على الأموال والأشياء الموجودة خارج إقليم الدولة.

ولكن يلاحظ أن تطبيق مبدأ اقليمية القوانين على اطلاقه كان يتمشى مع المجتمعات القديمة، التي لم يكن بينها اتصال، أو انتقال، أما وقد تغير الأمر اليوم، نتيجة لسرعة المواصلات، وسهولة الانتقال من مكان لآخر، واختلاط المجتمعات بعضها ببعض الآخر، عن طريق الزواج والاقامة والعمل، فإنه لم يعد مبدأ اقليمية القوانين يتمشى مع هذه المجتمعات الحديثة، نتيجة أنه أصبح يوجد للدولة رعايا ومواطنون على إقليم الدول الأخرى، من هنا كان لا بد من التخفيف من هذا المبدأ، والبحث عن مبدأ آخر تمتد عن طريقه سيادة الدولة إلى خارج إقليمها لكي تتمكن من تطبيق قوانينها على مواطنيها المقيمين خارج إقليمها، وهذا ما يسمى بمبدأ شخصية القوانين.

وهنا نتساءل أيّ من المبدأين السابقين كانت له الغلبة وما مدى نطاق تطبيق كلا منهما؟

أزاء التعارض الحتمي بين المبدأين السابقين، كان لا بد من انتصار أحدهما على الآخر، ومن الطبيعي أن ينتصر مبدأ إقليمية القوانين على مبدأ شخصية القوانين، لأن الدولة لا تملك سلطة حقيقية فعلية إلا على إقليمها. وهذا بعكس الحال مباشرة بالنسبة للأشخاص الذين يحملون جنسيتها ويوجدون على إقليم دولة أجنبية حيث لا تملك - بحسب الأصل - سلطة فعلية عليهم. ومن هنا كان انتصار مبدأ إقليمية القوانين. بيد أن هذا الانتصار لا يعني أن المبدأ الأخير ينطبق على اطلاقه بل ترد عليه استثناءات تخفف منه.

٥٦ - المبدأ المعمول به في لبنان.

الأصل أن القانون في الجمهورية اللبنانية يطبق تطبيقاً إقليمياً، بيد أن هذا الأصل ترد عليه بعض الاستثناءات.

القاعدة إذن مبدأ إقليمية القوانين، بمعنى أن القانون يسري على كافة المواطنين والأجانب على السواء، ولا يتجاوز حدود البلاد حتى ولو قصد أنها تسري على الرعايا في الخارج.

الاستثناءات:

الى جانب المبدأ العام توجد بعض الاستثناءات التي تحد من تطبيق القانون اللبناني داخل الإقليم، وتمتد نطاق تطبيقه خارج الإقليم:

(١) يستثنى من هذا المبدأ مجموعة القواعد التي لا تطبق تطبيقاً إقليمياً، ولكنها تطبق على المواطنين فقط دون الاجانب، وهذا الاستثناء خاص ببعض الحقوق العامة او السياسية، كحق الافراد في الحريات وحقوقهم في الانتخابات والترشيح وحق تولي الوظائف العامة. وهي حقوق قاصرة على المواطنين وتقابلها واجبات لا يتحمل بها الاجنبي مثل أداء الخدمة العسكرية. او خدمة العلم.

(٢) الاستثناء الخاص بقانون العقوبات، فالقاعدة بالنسبة لقانون العقوبات هو الاقليمية، اذ «تسري أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في القطر جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه». - فلئن كانت القاعدة هي اقليمية قانون العقوبات اللبناني - كما هو الحال في أغلب الدول - الا أن هناك من الاعتبارات ما يحتم الخروج على هذه القاعدة في بعض الحالات. فقد تكون الدولة اللبنانية أولى من غيرها من الدول بالعقاب على بعض الجرائم التي ترتكب من اشخاص موجودين في الخارج لبنانيين أو اجانب - اذا كانت هذه الجرائم قد وقعت كلها أو بعضها خارج أرضها.

وفقاً لاحد المبادئ التي تبناها قانون العقوبات اللبناني في مواده ١٩ - ٢٣ الا وهي الصلاحية الذاتية والصلاحية الشخصية والصلاحية الشاملة.

(٣) يستثنى كذلك من قاعدة إقليمية القوانين، ما يقرره القانون الدولي العام من حصانة قضائية يتمتع بها بعض الاجانب مثل رؤساء الدول الاجنبية والممثلين الدبلوماسيين في حدود معينة، وفي نطاق هذه الحدود لا يخضعون للقضاء الوطني وتبعاً لذلك لا يطبق عليهم قانون الدولة.

(٤) ولعل أهم استثناء يرد على مبدأ اقليمية القوانين ذلك الاستثناء الذي يترتب على اعمال قواعد القانون الدولي الخاص. اذ قد يقضي اعمال هذه القواعد الى تطبيق قانون اجنبي في لبنان مثال ذلك القاعدة التي تقضي

من أنه: «يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين»، فلو ثار نزاع بين زوجين فرنسيين مقيمين في لبنان، بشأن الشروط الموضوعية لصحة زواجهما، فإنه يرجع في ذلك الى القانون الفرنسي دون القانون اللبناني، فقاعدة الاسناد الوطنية هنا تشير الى تطبيق قانون أجنبي. وأيضاً قد يفضي أعمال قواعد القانون الدولي الخاص الى تطبيق القانون اللبناني على ما يقع خارج حدود الاقليم.

المبحث الثاني

تطبيق القانون من حيث الزمان

٥٧ - يتحدد نطاق تطبيق القاعدة من حيث الزمان منذ أن توجد وتصبح نافذة حتى وقت انتهاء العمل بها. وبقي أن نعرف الوقت الذي تنقضي فيه القاعدة فترتفع عنها قوتها الملزمة، وذلك بدراسة الغاء القانون.

بيد أن تحديد وقت بدء العمل بالقانون ووقت انقضائه بالالغاء لا ينهي كل صعوبة في تحديد تطبيق القانون من حيث الزمان.

فيكون تحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية هينا إذا تعلق هذا التحديد بواقعة قانونية تنشأ وتترتب عليها كل أثارها فور نشوئها، حيث تنتفي الشبهة في امكان تطبيق غير قاعدة قانونية واحدة. على أن تطبيق القاعدة القانونية لا يعرض دائماً بمثل هذه البساطة، لأنه كثيراً من الاوضاع او العلاقات القانونية ما يمتد في نشوئه، أو في توليد اثاره فترة من الزمن، فتنشأ العلاقة او الواقعة، أو تبدأ في النشوء، في ظل قاعدة قانونية، ولا يكتمل تكوينها أو تترتب اثارها الا بعد صدور قاعدة أخرى. فيقوم تنازع بين قاعدتين قانونيتين على حكم هذه العلاقة أو هذه الواقعة فهل تنطبق القاعدة القديمة على اساس ان العلاقة أو الواقعة قد بدأ أو تم نشوئها في ظلها، أم تسري القاعدة الجديدة على اساس ان الواقعة أو العلاقة قد تترتب عليها كل أو بعض أثارها بعد نفاذها؟ هذه المشكلة تعرف بمشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان.

هذا ولما كنا قد نوهنا الى دراسة الغاء القانون في فصل مستقل، لذا نعرض فقط لمشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان. بيد أنه يجدر بنا أن نمهد لذلك في عرض بعض الأمثلة:

٥٨ - عرض الموضوع:

- كان الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية هو ٨٪ ثم أصبح في التقنين المدني الجديد ٧٪ فما حكم عقود القرض التي عقدت قبل نفاذ التقنين الحالي وتراخى بها التنفيذ الى ما بعد نفاذه؟ هل يلزم المدين بدفع الفائدة على اساس القاعدة القانونية القديمة اي على اساس ٨٪، أم ينسحب عليه حكم القاعدة القانونية الجديدة أي على اساس ٧٪.

- فلو فرض أن سن الأهلية لإبرام التصرفات القانونية كانت ١٨ سنة في ظل قانون قديم ثم رفعها قانون جديد الى ٢١ سنة، فما حكم الأشخاص الذين كانوا راشدين قبل نفاذ هذا القانون إذا لم يكونوا قد بلغوا السن الجديدة المحددة فيه عند نفاذه، هل يستمرون راشدين أم يعودون قاصرين؟ وما حكم التصرفات التي عقدها وقت أن كانوا راشدين، هل تظل صحيحة أم ينسحب عليها البطلان إذا تقرر اعادتهم قاصرين؟ لحل مشكلة التنازع هذه وجد مبدأ قانوني قديم، وهو مبدأ عدم رجعية القوانين، كما وجد مبدأ آخر وهو مبدأ الأثر الفوري المباشر للقانون الجديد كما وجدت بعض الحلول الوضعية لحل بضع مشاكل التنازع الزمني، وهذا ما نعرض له في مطلبين:

المطلب الأول: نعرض فيه للحلول النظرية لحل مشكلة التنازع من حيث الزمان (مبدأ عدم رجعية القوانين، ومبدأ الأثر الفوري المباشر للقانون الجديد).

المطلب الثاني: ندرس فيه بعض الحلول الوضعية لحل مشكلة التنازع الزمني.

المطلب الأول

الحلول النظرية لحل مشكلة التنازع

(مبدأ عدم رجعية القوانين، مبدأ الأثر الفوري للقانون)

٥٩ - أولاً: مبدأ عدم رجعية القوانين.

كان للواقع العملي لتطبيق القانون في الزمان وما ينشأ عنه من مشاكل الدافع الذي حدا بأكثر الدول الحديثة للنص على عدم الرجعية في قوانينها، بل إن منها ما ينص عليه في الدستور نفسه بهدف تحقيق الاستقرار والعدالة بين أفراد المجتمع، مؤدى ذلك أن القانون لا يسري على الوقائع والتصرفات التي تمت في الماضي، أي قبل نفاذه.

لكن نتساءل عن الاعتبارات التي حدث بكتير من دول العالم الحديث بالنص في قوانينها على تقرير مبدأ عدم رجعية القوانين، هناك اعتبارات كثيرة يمكن ردها إلى: اعتبارات منطقية، وأخرى ترجع إلى العدالة، وثالثة عملية، وأخيراً فإن مبدأ عدم رجعية القوانين يعد أساساً من أسس الحريات العامة. وهذه الاعتبارات على التفصيل التالي:

(١) الاعتبارات القائمة على المنطق: فالقانون باعتباره تكليفاً لأفراد المجتمع بالقيام بعمل معين أو بالامتناع عن عمل معين، لا يتصور أن يتوجه إلا بالنسبة للمستقبل فلا يتصور أن يأمر القانون شخصاً بالقيام بعمل في الماضي، فضلاً عن استحالة العمل مقدماً بما سيصدر من قوانين، فإذا ما طبق القانون على الماضي، كان معنى ذلك إلزام الأفراد بقانون لم يكن بوسعهم العمل به لأنه لم يكن موجوداً. فضلاً عن ذلك، فإن القاضي إنما يرجع إلى قانون ساري وقت نشوء العلاقة القانونية وعند انتاجها لأثارها، ولا يعقل أن يطبق عليها قانوناً آخر.

(٢) الاعتبارات القائمة على العدالة: فليس من العدل مثلاً أن يعاقب القانون شخصاً على اتيانه لفعل كان مباحاً غير معاقب عليه في الوقت الذي تم فيه، والا كان ذلك خرقاً لمبادئ العدالة التي توجب محاسبة الشخص على أعمال بوصفها الثابت وقت حصولها.

(٣) الاعتبارات القائمة على الناحية العملية: فبدأ عدم الرجعية يعتبر ضماناً أساسية لحقوق الأفراد، وعاملاً هاماً من عوامل الاستقرار الاجتماعي، والطمأنينة والثقة. فلو أجزنا سريان القانون بأثر رجعي، لأدى ذلك إلى عدم استقرار المراكز القانونية وحلول الاضطراب محل الاستقرار، ولانعدمت ثقة الأفراد في القوانين. فضلاً عن ذلك فإن هذا المبدأ يعتبر أساساً هاماً من أسس الحريات العامة.

ولهذا كله حرصت معظم الدساتير على النص على هذا المبدأ ومنها الدستور المصري في المادة ١٨٧ منه «لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب». وكذلك يتبين من هذا النص أن حدود مبدأ عدم الرجعية كالآتي:

(١) أن مبدأ عدم رجعية القوانين الجديدة مفروض على القاضي فلا يجوز له أن يطبق نص جديد بأثر رجعي ما دام لم ينص صراحة على ذلك، وغير مفروض على المشرع فيجوز له أن يجعل للقانون أثر رجعي بالنص على ذلك صراحة.

(٢) أن الرخصة المقررة للمشرع في تقرير رجعية القوانين الجديدة مقيدة، ألا يكون ذلك في المسائل الجنائية، وأن يتم هذا التقرير بأغلبية خاصة.

(٣) أن القوانين التفسيرية وعلى ما ذهب إليه البعض لا تعتبر استثناء بالمعنى الصحيح من قاعدة عدم رجعية القوانين، لأن القانون التفسيري الذي يصدره المشرع لا يتضمن حكماً جديداً. بل هو تفسير لازالة الغموض الذي اكتنف القانون الذي صدر تفسيراً له، لذا يعد جزءاً منه.

٦٠ . ثانياً: النظريات العامة لحل مشكلة التنازع.

قلنا سابقاً أن كثيراً من الأوضاع أو العلاقات القانونية، ما يمتد، في نشوئه، أو في توليد آثاره فترة من الزمن، فتنشأ العلاقة أو الواقعة، أو تبدأ في النشوء في ظل قاعدة قانونية، ولا يكمل تكوينها، أو تترتب آثارها، إلا بعد صدور قاعدة أخرى. لذلك فإنه لا يمكن بسهولة معرفة الحدود التي يعتبر أن

القانون الجديد قد تجاوزها حتى يقال أنه يسري على الماضي أم لا. ولا شك أن معرفة هذه الحدود ليست بالأمر الهين. فقد يقال أن القانون القديم هو الواجب التطبيق لأن الوقائع والتصرفات نشأت في ظله، وقد يقال أن القانون الجديد هو الواجب التطبيق باعتبار أن الوقائع أو التصرفات قد اكتملت وأنتجت أثارها بعد أن صار نافذاً. وبهذا تثور الصعوبة.

وقد يعتمد المشرع في بعض الأحيان إلى حل المشكلة فيبين بالنسبة لكل تشريع مدى تطبيقه على الماضي. ولكن في الكثير من الحالات يسكت المشرع عن تنظيم كيفية أعمال القانون الجديد بالنسبة للأحداث التي بدأت قبل أن يصير نافذاً. وهنا تثور الصعوبة ويتعين على القضاء العمل على حلها.

من أجل ذلك ظهرت نظريات لحل هذا التنازع، أحدها سميت بالنظرية التقليدية، والآخرى سميت بالنظرية الحديثة. وهاتان النظريتان هما ما نعرض لهما في إيجاز شديد، لكي ننتقل إلى المطلب الثاني لنعرض فيه للحلول العملية لحل هذه المشكلة.

٦١ - (١) - النظرية التقليدية:

يلجأ أنصار هذه النظرية لحل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان، إلى مبدأ عدم رجعية القوانين، ثم يبينوا متى يكون القانون ذا أثر رجعي. من هنا وُضع لنظريتهم أساس يقوم على التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل، فالقانون الجديد لا يجوز له أن يمس حقاً مكتسباً والا كان ذلك تطبيقاً رجعياً للقانون الجديد، وبالتالي يُمتنع تطبيقه، ويظل القانون القديم مطبقاً. أما إذا لم يترتب على القانون الجديد سوى الإخلال بمجرد الأمل، فإنه يطبق ولا يعد ذلك سرياناً على الماضي.

لكننا نتساءل، عما هو الحق المكتسب، وعما هو مجرد الأمل، لم يتفق أنصار هذه النظرية على تعريف محدد للحق المكتسب ومجرد الأمل. فلقد عرف البعض الحق المكتسب بأنه مصلحة لشخص يحميها القانون. وعرفه البعض الآخر بأنه الحق الذي يستقر نهائياً في ذمة صاحبه. أما مجرد الأمل فهو أمنية قد تتحقق وقد لا تتحقق. والمثال العملي الذي يضربونه للتدليل على ذلك هو التركة بعد وفاة المورث والتركة الاحتمالية قبل وفاة صاحبها، فبعد الوفاة

يكون للورثة حق مكتسب، أما قبل الوفاة، فلا يكون الا مجرد أمل في التركة الاحتمالية.

وان كان هذا هو الأساس لهذه النظرية، الا ان أنصارها يوردون عليها بعض الاستثناءات هي:

(١) حالة النص الصريح، فانه يعمل بالنص حتى ولو أخل بالحقوق المكتسبة.

(٢) حالة وجود قانون جنائي أصلح للمتهم، وتعد كذلك اذا كانت تمحو الجريمة أو تخفف العقوبة وبشرط صدورهما قبل الحكم نهائياً في الدعوى. فهذا القانون يطبق باثر رجعي ولو أخل بحقوق مكتسبة.

(٣) حالة وجود قانون تفسيري صدر لتفسير قانون سبق صدوره، لانه يعد جزء من القانون الاخير، شريطة الا يتضمن نصوصاً جديدة والا احتاج الى نص صريح لسريانه على الماضي.

(٤) القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب، فاذا كان للشخص حق مكتسب أصبح يخالف النظام العام والآداب، لا يجوز التمسك به بعد ذلك، مثال ذلك القانون الذي ينظم سن الرشد.

٦٢ - (ب) نقد النظرية التقليدية:

انتقد الفقه هذه النظرية من نواح ثلاث: الغموض، والنقص، وخلطها بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقاعدة القانونية.

(١) يظهر غموض هذه النظرية في عدم تحديدها للحق المكتسب ومجرد الأمل تحديداً دقيقاً وعدم وضع معيار واضح يميز بينهما. فمثلاً هل يعتبر الحق المعلق على شرط حقاً مكتسباً لا يجوز للقانون الجديد المساس به، أم مجرد أمل يجوز له إزالته أو تعديله^(١) وهل يعتبر للموهب له على المال موضوع الهبة حقاً مكتسباً أم مجرد أمل في ملكيته الى أن يقوم أحد موانع الرجوع في الهبة.

(١) محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة ١٤٠ ص ٢٣٢.

(٢) ويبدو نقص النظرية التقليدية، على وجه الخصوص، إذا تعرضنا للفروض التي يصدر فيها التصرف القانوني صحيحاً، خاصة فيما يتعلق بحق الملكية، أو حق الانتفاع، أو حقوق المؤلف، أو براءات الاختراع حيث تقف النظرية التقليدية عاجزة عن تقديم تعليل لمساس القوانين الجديدة لهذه الحقوق.

(٣) وأخيراً تخلط هذه النظرية بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون، ففي حالات يرى أنصار هذه النظرية أن القانون ينطبق فيها بأثر رجعي، مع أنه لا توجد رجعية، وأن الأمر يتعلق بالأثر المباشر للقانون. مثال ذلك، بعض الاستثناءات التي أوردتها النظرية التقليدية والخاصة بسن الرشد. فعندما يرفع القانون الجديد سن الرشد ويجعل البالغ في ظل القانون القديم قاصراً وفقاً للقانون الجديد، نجد أن النظرية التقليدية تفسر ذلك على أن القانون الجديد يسري بأثر رجعي على سبيل الاستثناء لأنه من القوانين المتعلقة بالنظام العام، بيد أن الواقع على خلاف ذلك، لأن القانون الجديد يطبق بأثر فوري مباشر. ولو قلنا بغير ذلك لاقتضى الأمر جعل هذا الشخص قاصراً في الفترة التي اعتبر فيها بالغاً سن الرشد في ظل القانون القديم، وبالتالي تعتبر كافة تصرفاته في تلك الفترة باطلة، وهذا لم يقل به أحد.

٦٣ - ٣٠ - النظرية الحديثة:

بناء على قصور النظرية التقليدية، كان لا بد من البحث عن نظرية أخرى لحل مشكلة التنازع الزمني هذا، وقد اهتدى الفقه إلى ما يسمى بالنظرية الحديثة. وتقوم هذه النظرية على أساس فكرتين أساسيتين: عدم رجعية القانون الجديد، وهذا هو الوجه السلبي للنظرية، والأثر الفوري المباشر للقانون الجديد، وهذا هو الوجه الإيجابي للنظرية:

هذا المبدأ ليس له سند تشريعي، كما هو الحال بالنسبة لمبدأ عدم رجعية القوانين، ولكن أعتنقه الفقه الفرنسي والمصري الحديث، بعد أن دعا إليه في فرنسا رائده العملاق «روبيه»^(١).

لكن ما هي الحكمة من هذه النظرية؟ نجد أن الحكمة منها مزدوجة:

(١) روبيه، تنازع القوانين في الزمان (نظرية عدم رجعية القوانين) جزءان، الجزء الأول ص ٣٢٦.

(١) فالقانون المستحدث أفضل من القانون السابق ولولا ذلك ما كان هناك داعٍ للتعديل.

(٢) كما أن الحرص على وحدة القانون المطبق يتقضي أن تنبسط ولاية القانون الجديد على كافة الأوضاع القانونية، سواء كانت أوضاعاً جديدة نشأت بعده، أو أوضاعاً قديمة ناقصة لم تستكمل تكوينها، أو انقضاءها أو لم تحقق كل أثارها^(١) وبعد أن عرفنا الحكمة من هذه النظرية نستعرض وجهيها بإيجاز على النحو التالي:

أولاً: الوجه السلبي (عدم رجعية القانون الجديد).

يقصد بمبدأ عدم رجعية التشريع الجديد، أن القانون الجديد لا يمس ما تم في ظل القانون القديم من المراكز القانونية التي تكونت أو انقضت كما أنه لا يمس ما توفر من عناصر خاصة بتكوين أو انقضاء تلك المراكز، أو ما رتبته المراكز القانونية من آثار. وأمثلة هذه الصور على النحو التالي:

(١) القانون الجديد ينظم تكوين المركز القانوني: إذا كان القانون الجديد ينظم تكوين أو نشأة مركز قانوني، فإنه لا يسري على المراكز القانونية التي تم تكوينها فعلاً قبل العمل به في ظل قانون قديم، ولو كانت هذه المراكز لم تنقض بعد. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض أنه إذا صدر قانون يقضي بعدم جواز تملك أموال الدولة الخاصة بوضع اليد عليها، فإن هذا القانون لا يسري على ما تم كسب ملكيته بالتقادم من أموال الدولة قبل العمل به^(٢).

(٢) القانون الجديد لا ينظم انقضاء المركز القانوني الذي انقضى في ظل القانون القديم، فهنا لا يسري القانون الجديد على ما سبق أن انقضى في ظل القانون القديم. مثال ذلك، إذا انقضت علاقة الزوجية بالطلاق ثم صدر بعد ذلك قانون جديد يقيد الطلاق ويستلزم إتمامه أمام المحكمة، فإنه لا يسري على ما انقضى من روابط في ظل القانون الذي لم يكن يشترط إتمام الطلاق أمام المحكمة.

(١) شمس الدين الوكيل، دروس في القانون، ١٩٦٦، فقرة ١٠٤، ص ١٥٩.

(٢) نقض مدني في ٨ نوفمبر ١٩٦٢ مجموعة النقض المدني ١٣ - ١٥٠ - ٩٨١ وفي ٧ مارس ١٩٦١ مجموعة النقض المدني ٩ - ٨ - ٥٣٨.

(٣) اذا توافرت بعض عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية دون البعض الآخر، فإن القانون الجديد لا يمس ما تم منها فعلاً، بشرط أن يكون هذا التكوين أو الانقضاء ذا قيمة قانونية معينة. مثال ذلك، المركز القانوني الناشئ عن الوصية لا يتكون الا باجتماع عنصرين، ابرام الوصية. و وفاة الموصى لتمامها، وعلى ذلك فالقانون الذي يصدر بعد ابرام الوصية، وقبل وفاة الموصي، لا يمس ما تم من ابرام الوصية، وانما يرجع في ذلك الى القانون القديم أما بالنسبة لتمام الوصية بوفاة الموصي، فإنه يرجع فيه الى القانون الجديد تطبيقاً للآثر المباشر للقانون، وبذلك لا تكون الوصية نافذة في حق الورثة الا في الحدود التي يسمح بها القانون الجديد.

٦٤ . القانون الجديد ينظم آثار المراكز القانونية: اذا كان القانون الجديد ينظم الآثار التي تترتب على مركز قانوني معين، فإنه لا يسري على الآثار التي ترتبت فعلاً قبل العمل به. أما اذا كانت الآثار تستمر وقتاً طويلاً، فإن القانون الجديد لا يسري على ما تم منها، ولكنه يسري على ما لم يتم منها تطبيقاً للآثر الفوري المباشر للقانون الجديد.

الاستثناءات الواردة على مبدأ رجعية القانون الجديد: يورد أنصار النظرية الحديثة على هذا المبدأ استثناءين هما، حالة النص الصريح على رجعية القانون، حيث أن مبدأ عدم الرجعية يقيد القاضي دون المشرع، وحالة القوانين التفسيرية، أما الاستثناء الذي يقول به أنصار النظرية التقليدية والخاص بتطبيق القانون الأصلح للمتهم على الجرائم التي ارتكبت قبل صدوره، لا يعد استثناء لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد طالما لم يصدر حكم نهائي بعد في ظل القانون القديم. فالوضع القانوني الجنائي يتكون من عنصرين: الجريمة والحكم بالعقوبة، وبالتالي فإن سريان القانون الجديد على مثل هذه الحالات يعتبر تطبيقاً للآثر الفوري المباشر. كذلك فإنهم لا يسلمون بالاستثناء الخاص بالقوانين المتعلقة بالنظام العام.

ثانياً: الوجه الايجابي (الآثر الفوري أو المباشر للقانون الجديد).

مقتضى هذا المبدأ أن القانون الجديد ينطبق على كل ما يقع بعدنفاذه، سواء تعلق الأمر بنشوء مركز قانوني جديد، أو بانقضاء مركز قانوني سابق،

أو بترتيب آثار جديدة على مركز قانوني سابق.

بيد أنه إذا كان القانون الجديد يطبق بأثر مباشر على هذا النحو بالنسبة لكل ما ينشأ أو يتكون أو ينقضي في ظله، وكذلك بالنسبة لما ترتبه المراكز القانونية من آثار، فإنه ينبغي أن يراعى إلى جانب ذلك أن النظرية الحديثة تبين استمرار تطبيق القانون القديم على سبيل الاستثناء، أي أنه هناك استثناءات على قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد.

الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر الفوري المباشر للقانون الجديد:

يرد على هذا المبدأ استثناء واحد خاص بآثار المراكز القانونية العقدية.

ومضمون هذا الاستثناء أن الآثار المستقبلية للعقود المبرمة قبل العمل بالقانون الجديد تظل خاضعة للقانون القديم، الذي أبرم العقد في ظله، متى كانت هذه الآثار غير متعلقة بالنظام العام أو الآداب. ويطلق على هذا الاستثناء اصطلاحاً: الأثر المستمر للقانون القديم. والعلة في هذا الاستثناء هو احترام إرادة المتعاقدين حيث لا يكون هناك مبرر لإهدارها، ذلك أن المتعاقدين إنما تعاقدوا على أساس القانون القائم وقت إبرام العقد، فإذا ما طبقنا عليهما قانوناً جديداً غير الذي كان في ذهنهما عند التعاقد لآدى ذلك إلى إخلال بالتوازن العقدي.

بيد أن هذا الاستثناء الخاص بالمراكز العقدية لا يطبق على إطلاقه، بل أن القائلين به فرقوا بين نوعين من العقود: العقود التي ينظمها المشرع الآثار التي تنشأ عنها كلها أو بعضها مثل عقد الزواج. وأي عقد آخر يكون محله حق الملكية أو غيرها من الحقوق العينية، وبين العقود التي يترك القانون تنظيمها لإرادة الأفراد، فيطبقوا الاستثناء على النوع الأخير دون النوع الأول.

ولكن قد يصعب الوقوف على الحالات التي يطبق فيها القانون الجديد بأثر مباشر والحالات التي يستمر فيها سريان القانون القديم على سبيل الاستثناء مما جعل الفقه ينتقد هذا المعيار واقتراح معايير أخرى. ولقد اقترح البعض معيار مؤداه تطبيق القانون بأثر مباشر إذا كان يحتوي على قاعدة أمرة، فإذا لم

يحتوي على قاعدة أمرة، كان هناك مجال لاستمرار القانون القديم^(١).

أما بالنسبة لدراسة المطلب الثاني وهو الخاص ببعض الحلول الوضعية لحل مشكلة التنازع الزمني فإننا نحيل الى ما جاء بشأنها في كتب ومؤلفات الفقهاء، وهدفنا من عدم دراستها هو التخفيف على طلبة كليات التجارة.

المبحث الثالث

تفسير القواعد القانونية

٦٥ - يقصد بالتفسير، تحديد معنى القاعدة القانونية، حتى يمكن تطبيق حكمها على الحالات التي يتوافر فيها شروط اعمال الحكم الذي جاءت بها هذه القاعدة المراد تطبيقها. لذلك فالتفسير متصور بالنسبة لكل القواعد ايا كان مصدرها. ولا خلاف في أن التفسير أظهر في القواعد التشريعية عنه في القواعد الأخرى، ذلك أن الأولى توضع بواسطة سلطة مختصة في صورة كتابة رسمية، واستخلاص معنى القاعدة من الألفاظ التي تعبر عنه يقتضي تفسير هذه الألفاظ لمعرفة حقيقة ما تدل عليه.

من أجل ذلك يقصر بعض الفقهاء التفسير على كل قاعدة وردت في الفاظ مكتوبة (القاعدة التشريعية والقاعدة الدينية)، أما القواعد العرفية فهي وإن كانت تحتاج الى بيان معناها، إلا أن تفسيرها يسيراً، وأصبحت معلومة الحدود معينة المضمون. لذلك نقصر بحثنا على تفسير القواعد التشريعية.

هذا وإن كان التفسير من عمل الفقه والقضاء، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يقوم المشرع بتفسير التشريع الذي أصدره. لذلك نعرض لأنواع التفسير، ثم للاتجاهات العامة للتفسير، وأخيراً لطرق التفسير في ثلاث مطالب:

(١) انظر، توفيق حسن فرج، المرجع السابق، حيث اورد هذا المعيار وضرب له مثال الحد الأقصى للفائدة في ظل القانون القديم ٨٪ ثم أصبح في ظل القانون الجديد ٧٪ وتطبيق ذلك وفقاً لمعيار العقود التي ينظمها المشرع وتلك التي تترك للأفراد، أو وفقاً للمعيار الأخير الخاص بتطبيق القانون إذا تعلق الأمر بقاعدة أمرة: ص ١٤٢.

المطلب الأول: نعرض فيه لأنواع التفسير.
المطلب الثاني: نبين فيه الاتجاهات العامة للتفسير.
المطلب الثالث: طرق التفسير سواء الداخلية منها أو الخارجية.

المطلب الأول أنواع التفسير

٦٦ - يوجد أنواع ثلاثة من التفسير: التفسير التشريعي، التفسير القضائي، التفسير الفقهي.

أولاً: التفسير التشريعي.

(١) معناه والسلطة التي تقوم عليه:

قد يختلف في تفسير نص من النصوص القانونية الى حد يهدد بعدم الاستقرار على رأي، مما يقتضي حسم الأمر على وجه قاطع فيتدخل المشرع نفسه لوضع حد لهذا الخلاف بأن يصدر تشريعاً يفسر به التشريع الذي أثير بشأنه الخلاف، وهذا ما يسمى بالتشريع التفسيري.

ولقد أصبح هذا النوع من التفسير، نادراً في العصر الحديث. ومن أمثلة التفسير التشريعي في لبنان أن المادة ٥٠٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية قد أشارت الى تنفيذ الحكم الغيابي دون أن تبين المقصود به فصدر قانون ٨ حزيران ١٩٤٨ معيداً صياغة المادة ٥٠٢ بما يوضح أن المقصود هو المطالبة بإبلاغ الحكم ودفع الرسوم عنه.

والأصل أن تقوم السلطة التشريعية بإصدار التشريع التفسيري، ولكنها قد تفوض سلطة أخرى بتفسير التشريع، كما حدث بالنسبة لتفسير قانون الإصلاح الزراعي بمصر، حيث فوضت اللجنة العليا للإصلاح الزراعي بتفسير نصوص هذا القانون ونص في المرسوم بقانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٢ على أن تفسرها ملزم^(١).

(١) انظر تفصيلاً، المؤلف، نظرية القانون، ٢٠٠٠.

(٢) القوة الملزمة للتفسير التشريعي: يعد هذا التفسير ملزماً للقاضي، فيتقيد به هذا الأخير عندما يطبق التشريع الأصلي الذي جاء التشريع التفسيري ليفسر غموضاً فيه، ويعتبر التفسير التشريعي أنه قد صدر في الوقت الذي صدر فيه التشريع الأصلي وهنا يجب التفرقة بين أمرين:

(١) أن يصدر التفسير من المشرع نفسه، فإن ما يصدره يعتبر ملزماً سواء كان تفسيراً بالمعنى الصحيح أو خرج فيه المشرع عن نطاق التفسير بأن تضمن ما لا تحتمله نصوص التشريع السابق.

(ب) إذا صدر التفسير من سلطة أخرى، فوضت من قبل المشرع، فإن القاضي لا يلزم إلا بالتفسير الذي تحتمله النصوص فقط.

ثانياً: التفسير القضائي.

(١) معناه وما يمتاز به: هو التفسير الذي يقوم به القضاة أثناء نظر الدعاوى التي ترفع اليهم. ويمتاز هذا النوع من التفسير بطبيعته العملية. ولهذا فإنه يتأثر بالظروف الواقعية المحيطة بالمنازعات التي تعرض على القضاء والفصل فيها.

(٢) القوة الملزمة للتفسير القضائي: غير ملزم سواء بالنسبة للمحكمة نفسها التي صدر منها التفسير في مناسبة معينة، أو سواء بالنسبة للمحاكم الأخرى. ومعنى ذلك أن المحكمة نفسها يصح لها عدم التقيد بالتفسير السابق في دعوى مماثلة ترفع إليها فيما بعد. كما أن المحاكم الأخرى لا تتقيد بهذا التفسير.

ثالثاً: التفسير الفقهي.

هو الذي يقوم به فقهاء في مؤلفاتهم وأبحاثهم. وتقتصر مهمة الفقيه على استخلاص حكم القانون الذي يرمي إليه المشرع مجرداً من الظروف الواقعية هذا وإن كان التفسير الفقهي لا يقيد القاضي، بيد أن القضاء كثيراً ما يستنير به.

الفصل الثالث

تغيير أو الغاء القانون

٦٧ - عرفنا أنه لا يمكن أن توجد جماعة بلا قانون، كما أن القانون في كل جماعة لا بد أن يكون مظهراً لحضارتها وصورة للحياة فيها، لأنه تنظيم لمتطلبات هذه الحياة، ومن الطبيعي كذلك أن يلحق التغيير قواعده كلما تغيرت الحاجات الاجتماعية، حتى يظل القانون مطابقاً لهذه الحاجات. ولكن هذا لا يعني أن التغيير يلحق كل قواعد القانون ومبادئه، ذلك أن هناك مبادئ عامة تعتبر أساساً للنظم القانونية في كل زمان ومكان، ولا يلحقها تغيير مع مرور الزمن أو تغيير الحضارة.

لكن ما هو المقصود بالالغاء؟ يقصد بالغاء القاعدة القانونية رفع القوة الملزمة لها بحيث لا تعتبر ابتداء من وقت الالغاء قاعدة قانونية، والالغاء بهذا المعنى يمكن أن يتحقق بالنسبة لكافة القواعد القانونية أياً كان مصدرها الرسمي. أي سواء كانت تشريعية أو مستمدة من مصدر آخر غير التشريع. هذا ويختلف المصدر الذي يلغى القاعدة باختلاف المصدر الذي نشأت عنه، كما أن الالغاء لا يتم دائماً بطريقة واحدة، فقد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً، وهذا ما تعرض له كله في مبحثين:

المبحث الأول: ندرس فيه الغاء القواعد التشريعية وغير التشريعية.

المبحث الثاني: نخصصه للالغاء الصريح والالغاء الضمني.

المبحث الأول

الغاء القواعد التشريعية وغير التشريعية

٦٨ - نصت المادة الثانية من التقنين المدني على أنه: «لا يجوز الغاء تشريع إلا بتشريع لاحق». من هذا النص يتضح أن القواعد التشريعية لا يمكن أن تلغى بواسطة العرف.

بناءً على ذلك يجب رفض ما يذهب إليه البعض من أن التشريع يصبح ملغياً إذا أهمل تطبيقه أي جرى العرف على عدم أعماله مدة طويلة، فعدم تطبيق التشريع مهما طالّت المدة لا يترتب عليه سوى نشوء «عرف سلبي»، كما يقال عادة، والعرف أياً كان لا يلغي التشريع، كما تدل على ذلك المادة الثانية من التقنين المدني، كما أن المذكرة الإيضاحية لهذه المادة تقول: «وغني عن البيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق»^(١).

وما نذهب إليه يصدق على جميع القواعد التشريعية، سواء كانت أمرة أو مكملة، فإذا كانت القاعدة التشريعية أمرة، فلا يمكن أن ينشأ عرف مخالف لها، أما إذا كانت القاعدة التشريعية مكملة، فيمكن من قبل أن توجد قاعدة عرفية مخالفة لها، لكن إذا نشأت القاعدة العرفية بعد القاعدة التشريعية فإن هذا لا يلغي أيضاً القاعدة التشريعية^(٢)، وعلى حد ما يرى البعض قد تكون القاعدة العرفية، قاصرة على جزء من الأقليم أو على طائفة من الأشخاص وعندئذ تطبق القاعدة التشريعية على الأجزاء الأخرى من الأقليم أو على غير من ينتمون إلى تلك الطائفة من الأشخاص، وقد تزول القاعدة العرفية فتطبق القاعدة التشريعية.

هذا ويلاحظ أن التشريع على أنواع ثلاثة من حيث القوة، وينعكس ذلك على الإلغاء، فالتشريع لا يلغى إلا بتشريع من درجته أو من درجة أعلى، وعلى هذا فالتشريع الأساسي لا يلغى إلا بتشريع أساسي. والتشريع العادي لا يلغى إلا بتشريع عادي أو بتشريع أساسي. والتشريع الفرعي يلغى بتشريع فرعي أو عادي أو أساسي.

أما بالنسبة لمصادر القاعدة القانونية الأخرى، وهي العرف، فإن تغييره يتم تلقائياً وبطريقة تدريجية غير محسوسة، أما مبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، والقواعد الدينية، تتميز بالثبات، وكذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ١ ص ١٩٦.

(٢) يرى البعض أنه إذا كان العرف مساوياً للتشريع في الدرجة ولا حق عليه فإنه لا يمنع عنده من إلغاء التشريع السابق، سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، ص ٤٧٨.

الحال في القواعد المستمدة من الدين لتنظيم الأحوال الشخصية. بيد أنه من المتصور أن تلغى هذه القواعد، عندما يتدخل المشرع فينظم الموضوع الذي كانت تنظمه القاعدة الدينية، فيترتب على ذلك إلغاء القاعدة الدينية. وبديهي أن الإلغاء يرد على القاعدة الدينية باعتبارها قاعدة من قواعد القانون الوضعي، فيرفع عنها قوتها الملزمة، أما صفتها الدينية فتبقى كما هي.

المبحث الثاني

الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني

٦٩ - الإلغاء الصريح:

يتحقق الإلغاء الصريح في صورتين: الصورة الأولى، حالة ورود نص في التشريع اللاحق يقضي صراحة بإلغاء العمل بحكم قاعدة قانونية سابقة. الصورة الثانية، وتتحقق بانتهاء الأجل المحدد في القانون لسريانه. مثال ذلك القوانين الصادرة في وقت الحرب والتي ينص فيها على أن يعمل بها مدة قيام الحرب فقط.

٧٠ - ثانياً: الإلغاء الضمني: ويتحقق الإلغاء الضمني في صورتين: الأولى، وجود تعارض بين التشريع الجديد والتشريع القديم، والثانية، صدور تشريع ينظم من جديد الموضوع الذي كان ينظمه التشريع القديم.

(١) الإلغاء الضمني في صورة التعارض بين التشريع الجديد والتشريع القديم: في هذه الحالة لا بد من بذل الجهد في التوفيق بينهما فإن لم يكن التوفيق، اعتبر الجديد ناسخاً للقديم.

هذا التعارض قد يكون تاماً، بمعنى أن التشريع الجديد يأتي معارضاً في جميع أحكامه للتشريع القديم، وعندئذ يكون النسخ كاملاً.

وقد يكون التعارض جزئياً، فيأتي التشريع الجديد معارضاً للقديم في بعض أحكامه فقط، عندئذ لا يلغى من القديم إلا الأحكام المتعارضة مع الجديد فقط وتظل سائر أحكامه نافذة فيما عدا ذلك. ويقع الإلغاء بسبب التعارض في

الحالات الآتية:

(أ) إذا كان التشريع قد تضمن حكماً عاماً يخالف حكماً عاماً سابقاً، أو تضمن حكماً خاصاً يناقض حكماً خاصاً سابقاً.

(ب) إذا كان التشريع القديم قد تضمن حكماً عاماً، ثم جاء التشريع الجديد بحكم خاص أي متعلق بحالة خاصة من عموم الحالات التي كانت تدخل في التشريع السابق، إذ يعتبر الحكم الخاص الذي أتى به التشريع الجديد ناسخاً للقديم في خصوص هذا الحكم، ذلك أن العام يتناول جميع أفرادها فيعمها حكمه ظاهراً حتى يقوم الدليل على التخصيص^(١).

(ج) إذا كان التعارض بين حكم خاص وارد في التشريع القديم وبين حكم عام وارد في التشريع الجديد، فإن التشريع القديم يبقى معمولاً به في شأن هذه الحالة الخاصة، كاستثناء من المبدأ العام الذي أتى به التشريع الجديد، ما لم يكن نص التشريع الجديد (الذي أورد الحكم العام) قد أشار بعبارة صريحة إلى هذه الحالة وجاءت عبارة قاطعة في سريان حكمه في جميع الأحوال.

(٢) الإلغاء الضمني في صورة صدور تنظيم جديد لنفس الموضوع. فإذا صدر تشريع جديد ينظم تنظيمياً كاملاً وضعاً من الأوضاع قررهما تشريع سابق، اعتبر التشريع السابق منسوخاً جملة وتفصيلاً، ولو انتفى التعارض بين بعض نصوص هذا التشريع مع نصوص التشريع الذي تلاه.

والغالب أن ينص التشريع الجديد على إلغاء التشريع القديم ولكن حتى لو لم يوجد هذا النص لكان الإلغاء أمراً طبيعياً، لأن التنظيم الجديد يقطع بإلغاء التنظيم القديم.

ولقد عرفنا سابقاً أن العرف لا يمكن له أن يلغي التشريع، ولنفس الأسباب التي ذكرناها سابقاً، لا يجوز القول بسقوط التشريع بعدم الاستعمال مدة طويلة لعدم استعمال التشريع معناه نشوء عرف سلبي مخالف للتشريع، وما دما قد سلمنا بأن العرف لا يلغي التشريع، فيجب أن نسلم بأن التشريع لا يسقط بعدم الاستعمال.

(١) البدرأوي، المرجع السابق، ص ١٤٦.

القسم الثاني

في الحق «نظرية الحق»

٧١ - تمهيد وتقسيم:

أشرنا في مستهل دراستنا هذه الى أنها تنقسم قسمين، خصص الأول منها لدراسة النظرية العامة للقانون والتي تعنى ببيان طبيعة القاعدة القانونية، وأنواعها المختلفة، والمصادر التي تستمد منها، وكيفية تطبيقها، وطريقة الغائها، وهي بذلك تعتبر تمهيداً لدراسة القانون بصفة عامة. أما القسم الثاني فسندرس فيه النظرية العامة للحق.

بيد أنه يجدر بنا قبل الدخول في شرح وتحليل نظرية الحق أن نبين الصلة الوثيقة بين القانون والحق، فالقانون، كما عرفنا في القسم الأول، يقيم نظام المجتمع ويحكم سلوك الأفراد عن طريق فرض تكاليف وواجبات على الأفراد من ناحية ويقرر لهم حقوق من ناحية أخرى. أما الحق فهو مكنة يعترف بها القانون الموضوعي لشخص أو لمجموعة من الأشخاص تخولهم الاستئثار أو التسلط على شيء من الأشياء، أو تخولهم اقتضاء عمل أو امتناع عن عمل من جانب شخص آخر. فيثبت لهم بمقتضى ذلك حقاً يجعلهم في مركز ممتاز إذ يستطيعوا أن يتمسكوا به في روابطهم القانونية مع غيرهم من الأشخاص في المجتمع^(١) (كحق الملكية، وحق الدائنية، وحق التصويت).

فالقانون، إذن، يقر الحقوق ويرسم حدودها ويفرض احترامها، ومن جهة أخرى لا أثر للقانون الا بفضل ما يخوله للأفراد من حقوق تنظم علاقاتهم.

مما تقدم يتضح أن القانون على صلة وثيقة بالحقوق، فكل منهما يكمل الآخر، أما الجدل الذي ثار بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي حول مدى الحقوق التي قررها القانون للأفراد وهل هي الحقوق الطبيعية الثابتة لهم

(١) البدرائي وفتحي عبد الرحيم، المدخل للقانون، ١٩٨٠، فقرة ١٨٣، ص ٢٠٣.

باعتبارها سابقة على وجود القانون، أم أن دوره يتجاوز ذلك بإنشائه للحقوق ومنحها للأفراد؟ هذا الجدل ليس له مجال لبحثه هنا، لأنه مجرد خلاف نظري من ناحية ثبوت الحقوق لأصحابها، أما الثابت في الوقت الحاضر أن القانون هو مصدر الحقوق، ولا يمكن أن ينشأ حق لا يستند إلى قاعدة في القانون.

هذا وتقضي دراسة النظرية العامة للحق، تحليل فكرة الحق عن طريق التعريف به وبيان أنواعه وأركانه، ثم التعرض لكيفية نشوئه وإثباته واستعماله وانقضائه وذلك في بابين:

الباب الأول: نخصه لدراسة تحليلية لفكرة الحق.

الباب الثاني: ندرس فيه نشوء الحق وإثباته واستعماله وانقضائه.



مركز تحقيقات كميوتير علوم إسلامي

الباب الأول

دراسة تحليلية لنظرية الحق (تعريفه وأنواعه وأركانه).

٧٢ - لكي نعرض بإيجاز لتحليل الحق، يتعين علينا، أن نعرف الحق ونبين أنواعه، ثم نعرض لعناصره وأركانه التي يتكون منها وذلك في فصول ثلاث:

الفصل الأول: نبين فيه ماهية الحق.

الفصل الثاني: ندرس فيه أنواع الحقوق وتقسيماتها.

الفصل الثالث: نخصصه لدراسة أركان الحق.

الفصل الأول

ماهية الحق

٧٣ - تحتفظ فكرة الحق في وقتنا الحاضر بوجودها باعتبارها تعبيراً عن المذهب الحر، وإن كانت قد ضاقت من نطاقها. وهي من الأمور التي تتوافق مع المذهب الفردي ومبدأ سلطان الإرادة الذي يحرص على تقوية وزيادة المبادرة الفردية وتنمية الملكيات الاقتصادية والحقوق الشخصية.

بيد أن تحديد كلا من طبيعة ومعنى الحق ما زال متنازعاً عليها منذ القرن التاسع عشر، بل أن فكرة الحق قد تعرضت للإنكار من المدارس الاجتماعية والاشتراكية.

هذا ويتنازع تعريف الحق ثلاثة مذاهب: المذهب الشخصي، الذي يجعل الحق متصلاً بالشخص ويعرفه بأنه قدره إرادية، المذهب الموضوعي الذي يجعل

المصلحة هي جوهر الحق، المذهب المختلط الذي يحاول التوفيق بين المذهبين عن طريق ايجاد تعريف للحق بين الارادة والمصلحة. هذا ما نعرض له في مباحث ثلاثة:

المبحث الأول: ندرس فيه المذهب الشخصي.

المبحث الثاني: نخصصه لمبحث المذهب الموضوعي.

المبحث الثالث: نعرض فيه المذهب المختلط.

المبحث الأول

المذهب الشخصي

٧٤ - يعرف انصار هذا المذهب الحق بأنه قدرة إرادية يخولها القانون لشخص معين في نطاق محدد. فالقانون في تنظيمه للعلاقات الفردية يرسم لكل شخص مجالاً تتحرك فيه ارادته استقلالاً عن الارادات الأخرى. وهو ما يترتب عليه وجود الحق. ويلاحظ على هذا التعريف ابتداء أنه لا يطلق العنان للارادة بل أنه يقيد حركتها في حدود ما يسمح به القانون. فحرية الحركة مكفولة للارادة في انشاء الحق أو نقله أو تعديله في حدود ما يضعه القانون من ضوابط وشروط.

تقدير هذا الاتجاه:

واجه هذا الاتجاه عدة انتقادات أهمها أن هذا التعريف يستلزم وجود الارادة لاكتساب الحق، في حين أن القانون يقرر الحقوق لبعض الأشخاص بصرف النظر عما إذا كانت تتوافر لديهم الارادة أم لا، كالمجنون والصبي عديم التمييز. كما تقرّر الحقوق لبعض تجمعات الأموال والأشخاص التي يضيف عليها القانون الشخصية الاعتبارية كالشركات والجمعيات والمؤسسات. وأخيراً فإن الحقوق قد تثبت للشخص بغير علمه، ولو كانت الارادة هي مناط اكتساب الحق لما كان ذلك في الامكان. ففي جميع هذه الفروض يتقرر الحق

رغم أن صاحبه عديم الإرادة، أو رغم أنه ليس شخصاً طبيعياً أصلاً، أو رغم تخلف علمه باكتساب الحق^(١).

ومن ناحية أخرى، فإن ممارسة الحق قد تكون بأعمال مادية ولا تقتضي بالتالي وجود إرادة مدركة، فالمجنون أو الصبي غير المميز، يمارس حق الملكية في صورة الاستعمال، مع أن كل منهما فاقد التمييز والإرادة.

المبحث الثاني

المذهب الموضوعي

٧٥ - أساس. تعريف الحق عند أنصار هذا المذهب هو النظر إلى موضوع الحق أي الهدف المقصود منه. لذلك يعرف أنصار هذا المذهب. وعلى رأسهم أهرنج الحق بأنه مصلحة مشروعة يحميها القانون فالمصلحة هي العنصر الجوهرية في الحق، وهي غايته. هذا والمصلحة المتصورة قد تكون مادية. كما هو الحال في المصلحة التي يتضمنها حق الملكية، حيث تتمثل في قيمة مالية؛ كما يمكن أن تكون المصلحة معنوية.

بيد أن المصلحة وحدها لا تكفي لدى هذا الاتجاه بل ينبغي أن تكون مصلحة مشروعة يحميها القانون، والحماية هذه تتمثل أساساً في الحق في رفع الدعوى القضائية.

تقدير هذا المذهب:

تفادى هذا الاتجاه النقد الذي وجه إلى المذهب الشخصي، وبالتالي فإن لا يعول على أي دور للإرادة. بيد أن هذا الاتجاه قد وجهت إليه عدة انتقادات

(١) راجع أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الثاني (١٩٧٤) فقرة ٧٢، اسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للحق ١٩٥٨ ص ١٠. جلال العدوي وتوفيق فرج، المراكز القانونية ١٩٧٥ ص ١٩ وما بعدها، توفيق فرج، المدخل للعلوم القانونية (١٩٧٦) فقرة ٣٦٥ ص ٤٤٠ وما بعدها جميل الشرفاوي، ودروس في أصول القانون (١٩٧٢) فقرة ٧٩، حسن كبيرة، أصول القانون (١٩٥٩) فقرة ٢٣٥، وراجع دابان ص. ج ٦١.

أهمها أنه يقتصر على بيان غاية الحق، فالمصلحة غاية الحق، دون أن يتبين ماهية الحق ومعناه. يضاف الى ذلك أنه وإن كان صحيحاً أن الحق دائماً مصلحة، فغير صحيح أن كل مصلحة تعتبر حقاً^(١)، مثال ذلك أن يستفيد ساكن طابق سفلي في منزل من اشتراط يتم بين ساكن طابق علوي وبين مالك هذا المنزل على انارة السلم، فصاحب الحق هو ساكن الطابق العلوي، أما ساكن الطابق السفلي فرغم أنه يستفيد من الانارة أي أن له مصلحة في ذلك فهو ليس صاحب حق، وعلى ذلك فما دام ارتباط الحق والمصلحة ليس ضرورياً، فلا يمكن أن تكون المصلحة هي جوهر الحق^(٢).

المبحث الثالث

المذهب المختلط

٧٦ - يذهب أنصار هذا الاتجاه الى الجمع بين نظرية الارادة ونظرية المصلحة، فيعرفون الحق بأنه ارادة ومصلحة. بيد أنه قد اختلفت محاولاتهم من حيث تغليب أحد العنصرين على الآخر. فالبعض يغلّب عنصر المصلحة، فيعرف الحق بأنه المصلحة التي يحميها القانون عن طريق الاعتراف لارادة معينة بسلطة مباشرة والدفاع عنه. والبعض يغلّب عنصر الارادة، فيعرف الحق بأنه سلطة ارادية يعترف بها القانون ويكفل حمايتها في سبيل تحقيق مصلحة معينة.

تقدير هذا الاتجاه:

وجهت الى هذا الاتجاه ذات الانتقادات التي وجهت الى كل من نظريتي الارادة والمصلحة وعلى حد قول البعض^(٣). اذا كان هذا الاتجاه قد جمع في تعريفه الحق بين الهدف المقصود منه. وهو المصلحة، ووسيلة اعماله، وهي

(١) عبد الودود يحيى، محاضرات في المدخل لدراسة القانون (انظر الحق) ١٩٦٩ ص ٨.

(٢) انظر عكس ذلك، حمدي عبد الرحمن، فكرة الحق، ١٩٧٩، فقرة ٩ ص ١٤.

(٣) اسماعيل غانم، محاضرات في النظرية العامة للحق، ط ٣، ١٩٦٦، ص ١٥ وما بعدها.

الارادة، فلا يزال يعيبها ما يعيب كلا من النظريتين الشخصية والموضوعية باغفال بيان جوهر الحق ذاته.

٧٧ . التعريف المختار للحق:

في ضوء الملاحظات السابقة نستطيع أن نقول، أن أفضل تعريف للحق الذي يبرز عنصر السلطة التي لصاحب الحق والتي تخوله القيام باعمال معينة، كما يبين أن هذه السلطة قد منحت لصاحب الحق بقصد تحقيق مصلحة له يقرها القانون ويعترف بها. ولذلك نعرف الحق بأنه «استثناء شخص بقيمة أو شيء معين يخوله التسلط والاقتضاء ويهدف تحقيق مصلحة يحميها القانون لأنها ذات قيمة اجتماعية».

هذا التعريف يفضل ما سبق من تعريفات لأنه يستمد من مضمون الحق ونطاقه والمقومات التي يقوم عليها، وليس أساسه الارادة أو المصلحة فقط أو كلاهما معاً كما كان الوضع في الاتجاهات الأخرى.

٧٨ - من التعريف المختار يتبين أن مقومات الحق نوعان: ذاتية أو داخلية وهي الاستثناء والتسلط، وخارجية أي بالنظر إلى الغير وهي الاقتضاء والحماية القانونية، وهي على النحو التالي:

أولاً: الاستثناء.

الحق كما يقول دابان هو: «استثناء وتسلط». ويقصد بالاستثناء أن يختص شخص دون غيره من الأشخاص بمال أو بقيمة معينة. يترتب على ذلك أن الحق ليس مجرد استفادة أو تمتع بمنفعة، بل هو تملك بالمعنى الواسع. كما أن الاستثناء لا يعني بالضرورة أن يكون للشخص الانتفاع بالشيء أو بالقيمة، فقد يكون الحق لشخص ويخول الإنتفاع به لشخص آخر فتكون المنفعة أو المصلحة المقصودة من الحق لغير صاحبه.

وبهذا يستبعد دابان فكرة المصلحة التي قال بها اهرنج. كما يستبعد فكرة القدرة الارادية التي نادى بها سافيني، إذ يمكن أن يثبت الاستثناء أو الاختصاص بقيمة أو بشيء للشخص ولو لم تتوافر لديه الارادة كالمجنون والصغير غير المميز.

لكن ما هو محل الاستثناء، أو على أي شيء يرد الاستثناء؟ يرد على

الاشياء المادية كالمنقولات والعقارات، كما يرد على الاشياء المعنوية كنتاج الفكر والذهن وقد يكون موضوع الاستثناء قيم لصيقة بالشخص وغير مقدرة بمال كالحرية وسلامة الجسد، وأخيراً يرد على عمل أو امتناع عن عمل يلتزم شخص القيام به لصاحب الحق، وهذا ما يسمى بالاستثناء غير المباشر، لأن اقتضاء الحق لا يتسنى الا عن طريق تدخل شخص آخر^(١).

ثانياً: التسلط.

هو القدرة على التصرف بحرية في الشيء محل الحق، ويعتبر التسلط نتيجة ملازمة للاستثناء. فما دام الحق يعطي صاحبه الاختصاص والانفراد بقيمة أو شيء معين، فلزوم ذلك أن يعترف الشخص بنوع من التسلط على هذا الشيء أو القيمة، لذلك فإن التسلط يعتبر المظهر العملي للاستثناء^(٢).

يترتب على ذلك أن القدرة على التسلط تخول صاحب الحق التصرف فيه مادياً باستعماله أو بعدم استعماله وإجراء كافة التصرفات القانونية عليه. بيد أنه ينبغي أن نفرق بالنسبة للشيء محل الاستثناء بين فرضين: إذا كان الشيء محل الاستثناء من الاشياء المادية فإن التسلط يكون كاملاً، أما إذا كان محل الاستثناء قيمة متصلة بشخص صاحب الحق، فإن التسلط يكون محدوداً، كما هو الحال في الحقوق اللصيقة بالشخصية، حيث يقتصر فيها التسلط على التمتع بها وصيانتها من الاعتداء، أما إذا كان محل الاستثناء أداء معيناً يقدمه شخص آخر، وهذا هو حق الدائنية، فإن القدرة على التسلط تكون في مركز متوسط بين الوضعين السابقين، فالتسلط لا يقع على شخص المدين بالأداء، وإنما على الأداء ذاته باعتباره قيمة مالية، وبالتالي يخول التسلط لصاحب الحق في أن يطالب به، كما يخوله أن يؤجل هذه المطالبة أو النزول عن الحق بإبراء المدين، على أن مسئولية المدين تنحصر في أموال فقط.

(١) انظر، البدرائي وفتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص ٣٢٣، الدكتور حسام الدين الاهواني، نظرية الحق ٥٩٧٣ ص ٢٤٤.

(٢) البدرائي وفتحي، المرجع السابق، ص ٣٢٣، شمس الدين الوكيل محاضرات في النظرية العامة للحق، ١٩٥٠ ص ١٤.

ثالثاً: الاقتضاء.

هو استطاعة صاحب الحق أن يقتضي من الناس احترام استثنائه بقيمة أو أشياء معينة هي محل الحق، وأن يمتنعوا عن أي عمل من شأنه الإضرار به في استثنائه وتسلطه. وهذا ما يسمى بالالتزام السلبي العام (أو الاقتضاء العام) وهناك ما يسمى بالاقتضاء الخاص وهو قدرة الدائن على مطالبة المدين.

رابعاً: الحماية القانونية.

الاستثناء يهدف إلى تحقيق مصلحة، والقانون لا يكفل حماية الحق إلا إذا قدر أن هذه المصلحة ذات قيمة اجتماعية جديرة بالحماية، والواقع أن الحق لا يكتمل وجوده إلا بهذه الحماية التي تمكن صاحب الحق من مباشرة حقه والتمتع بالآثار التي تترتب عليه. ومن دفع الاعتداء عنه.

لكن ما هي الحماية القانونية للحق؟ هي جزاء الاعتداء على الحق ووسيلة الحماية في ذلك هي الدعوى، والحماية تتبع الحق وتؤدي إلى خلق حق جديد هو الحق في رفع الدعوى. هذا ويلاحظ أنه يربط بين الحق ذاته والحق في الدعوى فكرة المصلحة، وإن كان كلا من الحقين مستقل عن الآخر.

مركز تحقيق وتطوير علوم إمداد

الفصل الثاني

أنواع الحقوق وتقسيماتها

٧٩ - يقسم الفقه الحقوق الى نوعين أساسيين:

حقوق سياسية وحقوق غير سياسية أو مدنية، وهذه الأخيرة تنقسم بدورها الى حقوق عامة وحقوق خاصة، والحقوق الخاصة تنقسم الى حقوق الأسرة والحقوق المالية، والحقوق المالية تنقسم الى حقوق شخصية، وحقوق عينية، وحقوق أدبية، والحقوق العينية تنقسم بدورها الى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية.

وان كان البعض الآخر يقسم الحقوق الى حقوق عامة وحقوق خاصة، ويقسم الأخيرة الى حقوق مالية وحقوق غير مالية، وحقوق ذات طابع مختلط.

لكننا نتساءل عن فائدة هذا التقسيم؟ يسمح تقسيم الحقوق وبيان أنواعها: بتحديد طبيعة هذه الحقوق ومعرفة خصائص كل مجموعة منها، وبيان العلاقة بين هذه الحقوق المختلفة. ولكن هذه التقسيمات ليس لها قيمة مطلقة، وهي ليست على قدم المساواة في الأهمية.

هذا وسنعرض لتقسيم الحقوق السابق بيانها في مبحثين، مع ملاحظة أننا لن نتناول الحقوق المختلطة التي ترد على قيم غير مادية كحق المؤلف.

المبحث الأول: نخصه لدراسة الحقوق غير المالية.

المبحث الثاني: ندرس فيه الحقوق المالية.

المبحث الأول

الحقوق غير المالية

٨٠ - يشمل هذا النوع من الحقوق: الحقوق السياسية، وحقوق الأسرة، والحقوق اللصيقة بالشخصية وهي ما نعرض له في مطالب ثلاثة:

المطلب الأول

الحقوق السياسية

٨١ - هي تلك الحقوق التي تمنح للفرد بوصفه مواطناً في الدولة، ومن قبيل هذه الحقوق، حق تولي الوظائف العامة، وحق الترشيح للانتخابات العامة وحق الانتخاب، هذه الحقوق تهدف إلى حماية المصالح السياسية للجماعة^(١). لذلك فإن القانون العام وعلى الأخص القانون الإداري والقانون الدستوري هو الذي يتكفل بتقريرها وبيان كيفية ممارستها. ويلاحظ أن أهم ما يميز هذه الحقوق، أنها لا تعتبر ميزات أو مصالح خاصة بالمواطنين، فلا يراعى في منحها مجرد اشباع مصلحة أو رغبة أصحابها^(٢)، بل هي وظائف سياسية، ينظر إليها على أنها تكليف إلى جانب مصلحة الشخص في أن يساهم في حكم بلده، لذا فهي تقتصر على المواطنين دون الأجانب، كما أن هذه الحقوق ليست لازمة لحياة الفرد، لذلك فإن مصلحة الوطن تقتضي اشتراط شروط خاصة لمنحها للمواطنين، كبلوغ سن معينة للانتخاب أو للترشيح لعضوية المجلس النيابي، وأخيراً فإن هذه الحقوق لا تتضمن مجرد ميزة لصاحبها إن شاء باشرها أو أحجم عنها، بل هي أقرب إلى الواجب منها إلى الحق باعتبارها تكاليف عامة يتحتم على المواطنين أدائها والا وقعوا تحت طائلة العقاب.

(١) توفيق فرج، المدخل للعلوم القانونية، ١٩٨١، ص ١٨٧.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية الحق، ١٩٦٥ ص ١٤.

المطلب الثاني

حقوق الأسرة

٨٢ - يقصد بها الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره عضواً في أسرة معينة بالمعنى الواسع للأسرة، والأسرة بهذا المعنى تشمل كل من تربطهم رابطة الزواج أو القرابة سواء كانت قرابة نسب أو قرابة مصاهرة.

من هذه الحقوق حق الزوج في أن تقيم معه زوجته وأن تطيعه، وحق الزوجة على زوجها في أن يحسن معاملتها، وحق الأب في تأديب أولاده، وحق الأم في حضانة أولادها، ويعتبر الحق في الإرث والحق في النفقة من حقوق الأسرة وفقاً لرأي الكثيرين من الفقهاء، بينما يرى البعض الآخر أنها لا تدخل في نطاق حقوق الأسرة نظراً لطابعها المال.

هذا وتنظم هذه الحقوق في لبنان شرائع متعددة. فالشريعة التي تخضع لها في معظم الأحوال تختلف باختلاف الديانة والطائفة والملة، وعلى ذلك فإن الأسرة المسلمة تخضع للشريعة الإسلامية والأسرة المسيحية تخضع للشريعة المسيحية. الأمر الذي يوجب القول بأنه، إذ أن حقوق الأسرة في أغلب دول العالم المتعدن يحميها قانون واحد ويضم تنظيمها القانون المدني في حين نجد أن القانون المدني اللبناني يقتصر على تنظيم الحقوق المالية فقط.

هذا وتتميز حقوق الأسرة في أنها لا تعتبر مزايا فحسب لأصحابها بل أيضاً تحملهم بواجبات وتكاليف. فضلاً عن أن هذه الحقوق ليست محلاً للتعامل أو التنازل أو التقادم.

المطلب الثالث

الحقوق اللصيقة بالشخصية

٨٣ - يقصد بتلك الحقوق التي تثبت للإنسان لمجرد كونه إنساناً. وهي تثبت لكل إنسان لأنها ضرورة لحماية الشخصية الإنسانية في

مظاهرها المختلفة. فهذه الحقوق لا غنى عنها ولهذا فانه يطلق عليها الحقوق اللصيقة بالشخصية أو حقوق الشخصية، لأنها تتصل أشد الاتصال بالشخص وقد سميت كذلك بالحقوق الطبيعية وبحقوق الانسان، وذلك تائراً بما كتبه فلاسفة القانون الطبيعي.

هذه الطائفة من الحقوق متعددة متنوعة، منها ما يرمي الى حماية الكيان المادي للانسان، ومنها ما يرمي الى حماية كيانه المعنوي أو الادبي، ومنها أخيراً ما يتعلق بنشاط الشخصية وتمكين الشخص من مزاولته مستقلاً عن غيره.

فمن النوع الأول حق الشخص في الحياة وفي سلامة جسمه وأعضائه، ومقتضى قيام هذه الحقوق استلزام امتناع الآخرين عن المساس به أو الاعتداء عليه بالقتل أو الجرح أو الضرب... وتكفل القوانين الجنائية عقاب من يعتدي على هذه الحقوق، وإذا كان حق الشخص في هذه الحالة يحميه من اعتداء الغير إلا برضائه، فليس معنى ذلك أنه له سلطة مطلقة على جسمه يتصرف فيه كيفما شاء، بل أن حق الشخص في مثل هذا التصرف ينبغي أن يراعى فيه الصالح العام وليس من الصالح العام أن يكون للشخص الحق في التصرف في جسده أو حياته دون قيود أو حدود^(١).

- أما النوع الثاني وهو ما يتعلق بحماية الكيان الادبي أو المعنوي للشخص فان حماية هذا الكيان تستلزم الاعتراف له بحقوق معينة تكون سنداً له في دفع أي اعتداء على كيانه الادبي بصفة عامة، وفي التعويض عن الأضرار^(٢).

فللشخص مثلاً الحق في المحافظة على سمعته وشرفه. وإذا ما وقع عليه اعتداء في هذا الشأن كان له الحق في دفع هذا الاعتداء وفي المطالبة بالتعويض عما لحقه من الأضرار الى جانب ما قد يكون هناك من جزاء جنائي.

- أما بالنسبة للنوع الثالث من الحقوق والتي ترمي الى تمكين الشخص

(١) توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٧٩.

(٢) توفيق فرج، المرجع السابق ص ١٧٩.

من مزاولة نشاطه وهي الحريات الشخصية والرخص العامة التي تثبت للناس كافة، مثل حرية الشخص في الانتقال والتملك وحرية المسكن وحرمة، وحرية الإقامة، وحرية المراسلات، وحرية اختيار طريقة الحياة.

وأيا ما كان الامر فان المشرع عندنا لم يورد تعداداً لهذا النوع من الحقوق وانما اكتفى بالإشارة الى حمايتها بصفة عامة في المادة ٥٠ من القانون.

هذا وتتميز هذه الحقوق بخصائص ذاتية ترجع الى كونها ملازمة ولصيقة بالشخصية. فهي تتميز بأنها حقوق غير مالية أى لا تقوم بمال، ولا تدخل في دائرة المعاملات المالية، ولا يمكن انتقالها الى الغير بصفة عامة، كما لا يرد عليها التقادم المسقط أو المكسب وهي على ذلك لا يجوز التنازل عنها أو التصرف فيها على أي وجه من أوجه التصرف، كما أنها غير قابلة للحجز عليها، وأخيراً هي لا تنتقل بالميراث.

لكن يلاحظ أن حقوق الشخصية وإن كانت حقوقاً غير مالية، إلا أنها قد ترتب آثاراً مالية، فلا تمنع من ثبوت الحق في التعويض لمن حدث اعتداء له على حق من حقوقه الشخصية فلكل 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».

المبحث الثاني

الحقوق المالية

٨٤ - يقصد بالحقوق المالية الحقوق التي يمكن تقديرها بالنقود، والتي تدخل بالتالي ضمن عناصر الثروة المالية للشخص، وتكون محلاً للمعاملات بين الأفراد.

هذا وتنقسم الحقوق المالية الى نوعين: الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية، والحقوق العينية وتنقسم بدورها الى نوعين: حقوق أصلية وحقوق تبعية. وهذا ما نعرض له في الآتي:

المطلب الأول: نعرض فيه الحقوق الشخصية أو حق الدائنية.
المطلب الثاني: نبين فيه الحقوق العينية الأصلية منها والتبعية.
المطلب الثالث: نوضح فيه التفرقة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية.

المطلب الأول

تعريف الحق الشخصي

٨٥ - تعريف الحق الشخصي: يمكن تعريف الحق الشخصي، بأنه رابطة قانونية بين شخصين أو أكثر بموجبه يكون لأحدهما وهو الدائن أن يقتضي من الآخر وهو المدين أداء معين ذو طبيعة مالية. هذا ويلاحظ أن محل الحق الشخصي هو عمل أو امتناع عن عمل، أو أداء شيء معين.
هذه الطائفة من الحقوق تتعلق بالمعاملات المالية، لأن محلها قابلاً لأن يقوم بالنقود، وهي تدخل دائرة التعامل وتصلح لأن تكون محلاً للتصرفات المالية.

هذا ويتميز الحق الشخصي بأن صاحبه لا يستطيع أن يمارس حقه إلا بواسطة المدين، لأن الحق الشخصي كما بينا، هو سلطة تثبت لشخص معين في اقتضاء أداء معين من شخص آخر، أو هو استئثار غير مباشر بأداء معين. فمثلاً بموجب عقد القرض يستطيع المقرض أن يطالب المقرض برد المبلغ أو الشيء المقرض.

والحق الشخصي منظوراً إليه من جانب الدائن، أي من الناحية الإيجابية يسمى حق الدائنية أو الحق الشخصي، ومنظوراً إليه من جانب المدين، أي من الناحية السلبية يسمى بالمديونية أو الالتزام.

٨٦ - أنواع الحقوق الشخصية:

تتنوع الحقوق بتنوع الأداء: فهناك الالتزام بعمل، حيث يلتزم المدين في هذه الحالة بالقيام بعمل إيجابي وذلك كالتزام عامل بالعمل لدى صاحب

عمل بمقتضى عقد عمل، وهناك الالتزام بالامتناع عن عمل، وفيه يلتزم المدين التزاماً سلبياً، كالاتزام بعدم المنافسة. وهناك أخيراً الالتزام باعطاء، وهو التزام يقصد من ورائه نقل حق عيني أو انشاءه بسواء تم ذلك بمقابل أو بدون مقابل كما اذا التزم مالك عقار بانشاء حق ارتفاق على عقاره لمصلحة عقار آخر، وكالاتزام المشتري بدفع الثمن والالتزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع. ولكن يلاحظ أن الالتزام باعطاء ما هو الا صورة من صور الالتزام بعمل، غاية ما في الأمر أنه يتجسد في نقل أو انشاء حق عيني على شيء.

٨٧ - مصادر الحقوق الشخصية:

تتنوع الحقوق الشخصية وتتعدد صورها، وذلك على خلاف الحقوق العينية، التي سيرد شرحها فيما بعد، لذا لم يوردها القانون على سبيل الحصر، وانما اكتفى القانون ببيان مصادرها، وهي العقود، والارادة المنفردة، والعمل غير المشروع، والاثراء بلا سبب، والقانون.



المطلب الثاني

الحقوق العينية الأصلية والتبعية

٨٨ - تعريف الحق العيني:

هو سلطة مباشرة على شيء معين بالذات، فالحق العيني عبارة عن استثناء يتقرر لشخص على شيء معين أو قيمة مالية معينة، يخوله القيام بأعمال معينة بالنسبة لهذا الشيء، أو الافادة منه تحقيقاً لمصلحة يقرها القانون^(١) دون حاجة الى تدخل شخص آخر.

وتنقسم هذه الحقوق الى حقوق عينية أصلية تخول صاحبها ممارسة كافة السلطات على الشيء محل الحق من استعمال واستغلال وتصرف، كحق الملكية، وقد يكون لصاحب الحق بعض هذه السلطات وفقاً لمضمون الحق كحق الانتفاع، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى تنقسم هذه الحقوق الى حقوق

(١) توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٨٢.

عينية تبعية، لا تقوم بذاتها بل تبعاً لحق من الحقوق الشخصية أي حقوق الدائنين بهدف ضمانها وتأمين الوفاء بها وبالتالي لا تخول صاحبها الاستعمال والاستغلال والتصرف، بل تعطي صاحبها ميزة التتبع والأفضلية. وهذا ما نعالجه في الفقرتين التاليتين.

٨٩ - الحقوق العينية الأصلية.

الحقوق العينية الأصلية المعروفة في القانون اللبناني هي حق الملكية، وحقوق أخرى متفرعة عن حق الملكية هي حق الانتفاع، وحق الاستعمال وحق السكنى، وحق الحكر أو الاجازة العينية، وحقوق الارتفاق، وحق التصرف.

أولاً: حق الملكية.

هو الحق الذي يخول الشخص أوسع السلطات على الشيء محل الحق، ذلك أن «مالك الشيء وحده، في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه» (م ٨٠٢ م من القانون المدني) فحق الملكية يتضمن بالتالي سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف. إذن عناصر حق الملكية ثلاثة هي:

(١) الاستعمال: ويقصد به استخدام الشيء فيما أعد له، وذلك بأن يحصل المالك على منافع الشيء، كسكن الدار أو ركوب السيارة. بيد أن استعمال الشيء لا ينصرف الى الحصول على ثمار الشيء، فالحصول على هذه الأخيرة يدخل في نطاق الاستغلال لا الاستعمال، ومن ناحية ثانية فإن استعمال الشيء فيما أعد له لا ينقص من جوهر محل حق ملكية، والا كان تصرفاً وليس استعمالاً.

يترتب على ذلك أن ممارسة سلطة الاستعمال لا تتصور الا على الاشياء التي تقبل الاستعمال المتكرر دون مساس بمادتها.

(٢) الاستغلال: يقصد به القيام بالأعمال التي تلزم لاستثمار الشيء أي الحصول على ثماره، والثمار هي ما ينتجه الشيء بصفة دورية دون المساس بجوهره وهي على نوعين: ثمار مادية وهي اما أن تنتج دون تدخل الانسان وتسمى الثمار الطبيعية كالكلأ ونتاج الحيوانات، واما أن تنتج بتدخل الانسان كمحصول الأرض الزراعية. والنوع الثاني هو الثمار المدنية وهي ما

يفله الشيء من نقود يدفعها من خوله المالك الاستفادة من الشيء كأجرة الارض أو أجرة المنزل أو فوائد النقود.

(٣) التصرف في معناه الواسع. وهو المقصود هنا، اما أن يكون تصرفاً مادياً وذلك بالقضاء على مادة الشيء كلها أو بعضها كهدم المنزل، واما أن يكون تصرفاً قانونياً وذلك بنقل ملكية الشيء الى الغير أو ترتيب حق عيني عليه.

هذه هي السلطات الثلاثة التي يخولها حق الملكية للمالك وإذا اجتمعت في يد شخص واحد قيل أن له الملكية التامة. ولكن قد يثبت الاستعمال والاستغلال لشخص آخر غير المالك، ويبقى للأخير حق التصرف فقط وهنا يقال له مالك الرقبة ولمن ثبت له الاستعمال والاستغلال أنه صاحب حق انتفاع. وهذه ما تسمى بالحقوق المتفرعة عن الملكية.

ثانياً: الحقوق المتفرعة عن حق الملكية.

هذه الحقوق تشمل حق الانتفاع، وحق الاستعمال وحق السكنى، وحق الحكر، وحقوق ارتفاق.

(١) حق الانتفاع: هو الحق الذي يخول صاحبه سلطتي استعمال واستغلال شيء مملوك لغيره، وتبقى سلطة التصرف للمالك الشيء الذي يسمى عندئذ «مالك الرقبة».

حق الانتفاع هذا بوصفه حقاً عينياً متفرعاً عن حق الملكية يرد دائماً على شيء مملوك لشخص آخر، وهو حق مؤقت ينتهي بانتهاء الأجل المحدد له أو بوفاء المنتفع لأنه لا ينتقل الى الورثة، أو بهلاك الشيء، أو بعضي ١٥ سنة على عدم استعماله.

وحق الانتفاع هذا بوصفه حقاً عينياً، يختلف عن حق المستأجر في الانتفاع بالشيء الذي يستأجره لأنه يعتبر حقاً شخصياً محله عمل المؤجر بأن يقوم بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء.

(٢) حق الاستعمال وحق السكنى: حق الاستعمال هو حق عيني يخول لصاحبه استعمال الشيء الذي يقع عليه. وذلك بالقدر اللازم لما يحتاج اليه هو وأسرته لخاصة أنفسهم، فليس لصاحب حق الاستعمال أن يستعمل

الشيء، أو أن يستغله الا في هذه الحدود فقط. أما حق السكنى فهو صورة من صور حق الاستعمال وهو أضيق نطاقاً من حق الاستعمال ويقتصر على انتفاع صاحب الحق هو وأسرته بالشيء بسكناه؛ فإذا كان الشيء منزلاً فلا يجوز لصاحب حق السكنى أن يجعل منه محلاً للتجارة.

هذا ويراعى أن حق الاستعمال وحق السكنى، كحق الانتفاع، ينتهيان بحلول الأجل المحدد أو بوفاء صاحب الحق أي الأجلين أقصر. ورغم أن المشرع اللبناني لم يعرض لهذين الحقين الا أن الفقه يذهب الى أنهما متضمنان في حق الانتفاع باعتبارهما صورة محدودة منه، على نحو يكون معه في اعتراف المشرع اللبناني بحق الانتفاع اعتراف بهما.

(٣) حق الحكر أو الاجارة العينية: استمد نظام الحكر من الشريعة الاسلامية، والغرض منه تسليم أرض في حاجة الى اصلاح الى شخص يقوم باصلاحها وتعميرها بالبناء عليها أو بالغراس فيها، ويكون لمن تسلم الأرض، وهو ما يسمى بالمحتكر حق عيني يخوله الانتفاع بها في مقابل دفع أجرة المثل أي الأجرة التي تدفع لمثل هذه الأرض.

ويمتلك المحتكر ما يحدثه على الأرض من بناء أو غراس أو غيره ملكاً تاماً. وله أن يتصرف فيه وحده كما أن له كذلك أن يتصرف فيه مع حقه في الحكر.

والحكر لا يجوز طبقاً لأحكام القانون المدني الحالي الا على الأراضي الموقوفة، وقد اشترط القانون لجوازه أن يكون لضرورة أو مصلحة تقتضيه وأن تاذن به المحكمة الابتدائية التي تقع في دائرتها الأرض المطلوب تحكيرها كلها أو أكثرها قيمة، كما يجب كذلك أن يصدر به عقد رسمي يشهر وفقاً لأحكام الشهر العقاري.

وحق الحكر، على خلاف الانتفاع والاستعمال والسكنى، لا ينقضي بوفاء المحتكر بل ينتقل الى الورثة، وهو حق مؤقت فلا يجوز أن تزيد مدة التحكير على ستين سنة^(١).

(١) توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٨٧.

ويقابل حق الحكر في القانون اللبناني ما يسمى بالاجارة العينية وهو حق يتقرر لشخص على أرض الغير في مقابل التعهد باصلاحها بالبناء عليها او غرسها او زرعها بالاضافة الى دفع اجرة لا تقل عن اجرة المثل. ويخول هذا الحق لصاحبه سلطة الانتفاع بالأرض طوال مدة الحق بالاضافة الى تملك ما يقيمه عليها من بناء أو غراس. ويتميز حق الاجارة العينية بأنه حق مؤقت بمدة محددة، حددها المشرع اللبناني بحد أدنى خمسة عشر عاماً وحد أعلى هو تسعة وتسعين عاماً.

٩٠ - حقوق الارتفاق:

هو حق عيني يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر. ويسمى العقار الذي يحد الارتفاق من منفعته «العقار المرتفق» أو الخادم، ويسمى العقار الذي يتقرر الارتفاق لفائدته «العقار المرتفق به» أو العقار المخدم وحقوق الارتفاق متنوعة منها حق المرور، وحق المثل، الخ.

وحقوق الارتفاق هذه لا ترد إلا على العقارات، والاصل أن تبقى ما بقي العقاران رغم تغير ملاكهما، فلا يوجد حد أقصى ينبغي أن ينتهي الارتفاق بانتهائه، كما هو الشأن بالنسبة لحق الحكر، بيد أنه يستثنى من ذلك حالة الاتفاق على انشاء ارتفاق ينتهي بمدة محددة، أو إذا سقط حق الارتفاق بعدم الاستعمال لمدة الطويلة، أو إذا تغيرت طبيعة العقارين بأن أصبحا في غنى عن الارتفاق، في كل هذه الحالات ينقضي الارتفاق ويتحرر العقار المرتفق به من القيد.

٩٠ مكرر - حق التصرف في القانون اللبناني، هو حق يرد على العقارات الاميرية، فيخول صاحبه سلطة استعمالها واستثمارها وبعض مظاهر سلطة التصرف فيها مع بقاء رقبته مملوكة للدولة. وهو على هذا النحو أوسع مضموناً من حق الانتفاع وأضيق من حق الملكية. وهو يكتسب على الأراضي الخالية أو المباحة عن طريق الاستيلاء عليها بمقتضى رخصة من الدولة ثم القيام بأحيائها ثم تسجيلها بعد ثلاث سنوات من ذلك، أما الأراضي غير الخالية أو المباحة فيكتسب حق التصرف عليها بمقتضى قرار من الحاكم المنفرد في المنطقة إذا ما تم تسجيل هذا القرار.

٩١ - الحقوق العينية التبعية:

قلنا انه توجد طائفة أخرى من الحقوق العينية. هي الحقوق العينية التبعية والتي تقوم مستندة الى حق آخر لكي تضمن الوفاء به. فهي حقوق عينية لأنها تحقق لصاحبها سلطة مباشرة على شيء وهي تبعية لأنها تكون تابعة لحق شخصي لكي تضمن الوفاء به.

وأهمية هذه الحقوق تظهر، خاصة في القوانين الحديثة، التي تجعل المدين مستولاً في أمواله فقط دون جسمه، فالقاعدة أن أموال المدين جميعاً ضامنة الوفاء بديونه وهو ما يعبر عنه بالضمان العام. ويقصد بذلك أن لكل دائن، حل أداء حقه دون أن يوفي به المدين اختياراً، أن يستوفي حقه قهراً بالتنفيذ على أموال المدين عن طريق الحجز عليها وبيعها بالمزاد واستيفاء الحق من ثمنها. فالضمان العام يشمل جميع أموال المدين بمعنى أنه يجوز اتخاذ إجراءات التنفيذ على أي من أموال المدين التي تكون في ذمته وقت التنفيذ، والضمان العام مقرر لجميع الدائنين، وإذا ما تعددوا كان لهم الاشتراك في قسمة أموال المدين، وقد لا تكفي أمواله للوفاء بكل ديونه فتقسم بين الدائنين قسمة غرماء، بمعنى أن توزع ثروة المدين عليهم بنسبة دين كل منهم.

ولما كانت مجرد المديونية لا تغل يد المدين عن التصرف في أمواله، لذا فإن المساواة بين الدائنين تعرض الدائن لخطر مزاحمة الدائنين الذين نشأت حقوقهم بعد تاريخ نشوء حقه الأمر الذي يترتب عليه الاقلال من احتمال حصوله على حقه كاملاً.

ومن هذا يتضح أن الضمان العام المقرر لكل دائن لا يحميه من خطر تعذر استيفاء حقه كله أو بعضه، لأن حرية المدين في التصرف في أمواله وزيادة التزاماته قد تؤدي الى الاخلال بالثقة التي وضعها الدائن في مدينه فيعسر بعد أن كان موسراً.

ولقد هيا القانون المدني عدة وسائل لتأمينه ضد هذين الخطرين. منها بل أهمها «الحقوق العينية التبعية، التي تسمى أيضاً «التأمينات العينية» وهي تؤمن الدائن ضد خطر تصرفه في بعض أمواله بما يخوله من سلطة «التبعية» والافضلية أو التقدم.

فبمقتضى الحق العيني أو التأمين العيني لا يقتصر ضمان الدائن على ذلك الضمان العام الذي يشترك فيه سائر الدائنين على قدم المساواة، بل يكون

له ضمان خاص على شيء معين يخوله استيفاء حقه من قيمته النقدية بالاولية على غيره ولو كان هذا الشيء قد تصرف فيه مالكة.

وبذلك تظهر لنا بجلاء أهمية الحقوق العينية في القوانين الحديثة بالنسبة للدائن، لكن ما هي هذه الحقوق في القانون المصري؟ هي الرهن الرسمي، والرهن الحيازي، وحق الاختصاص، وحقوق الامتياز. أما في القانون اللبناني فتشمل التأمين والرهن والامتياز والبيع بالوفاء.

(١) التأمين:

هو حق عيني تبقي يتقرر للدائن على عقار، ويخول صاحبه سلطة التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالية له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لهذا العقار. وهو لا يستلزم انتقال العقار الواقع عليه الحق من يد صاحبه الى يد الدائن، وإنما يتطلب القيد في السجل العقاري.

والتأمين يختلف من حيث مصدره الى رضائي وقضائي وقانوني. فالتأمين الرضائي ينشأ بعقد بين الدائن والمدين الذي يتقرر التأمين على عقاره. وهو يقابل الرهن الرسمي في مصر. أما التأمين القضائي فيتقرر بقرار يصدر من رئيس دائرة الاجراء للدائن الذي بيده حكم بالدين بناء على طلبه. وهو يقابل حق الاختصاص في القانون المصري. وأخيراً التأمين القانوني حيث يتقرر بقوة القانون على أموال معينة ضماناً للوفاء ببعض الحقوق المحددة. فأموال الوصي تتحمل بتأمين ضماناً لحقوق القاصر والمحجور عليه، وعقارات الزوج تتحمل بتأمين ضماناً لحقوق الزوجة، وعقارات مديني الدولة تتحمل بتأمين ضماناً لحقوقها، والعقار المبيع أو المبادل به أو المقسوم يتحمل بتأمين ضماناً لحقوق البائع أو المبادل أو المقاسم. ويقابل هذا التأمين بعض صور الامتياز في القانون المصري.

(٢) الرهن:

الرهن حق عيني تبقي يتقرر للدائن على عقار أو منقول ضماناً للوفاء بحقه. وهو ينشأ بعقد ويستلزم انتقال حيازة الشيء المرهون الى الدائن المرتهن، لذلك فهو يقابل الرهن الحيازي المصري.

(٣) الامتياز:

الامتياز حق عيني تبقي يتقرر بمقتضى نص في القانون ضماناً لدين معين مراعاة لصفته. وهو يختلف عن الامتياز في القانون المصري في أنه

دائماً امتياز خاص يرد على مال معين من أموال المدين ولا يلزم قيده في السجل العقاري. ومن أمثلة ذلك امتياز النفقات القضائية الناشئة عن بيع العقار وامتياز أجور العمال.

(٤) البيع بالوفاء:

هو ما يسمى «الرهن بطريق نقل الملكية». وقد عرفته المادة ٩١ من قانون الملكية العقارية بأنه «بيع عقار شريطة أن يكون للبائع في أي وقت كان أو عند انقضاء المهلة المعينة حق استرداد المبيع مقابل رد الثمن وللمشتري حق استرداد الثمن عند رد المبيع». ويتضح من ذلك أن البيع بالوفاء هو حق عيني تبقي يتقرر للدائن على عقار مدينه. ولكن هذا الحق يتميز عن غيره من الحقوق العينية التبعية الأخرى في أنه لا يقتصر على تخويل صاحبه سلطة الأفضلية والتتبع على العقار الوارد عليه، مع بقائه مملوكاً للمدين، وإنما يؤدي إلى نقل ملكية العقار إلى الدائن بصفة مؤقتة إلى حين الوفاء بالمدين المضمون.

المطلب الثالث

التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي

٩٢ - مما سبق نستطيع أن نبين أوجه التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي، وما يترتب على هذه التفرقة من آثار متعددة أهمها ما يلي:

(١) أن الحق العيني سلطة مباشرة لشخص على شيء معين بالذات. ويترتب على ذلك، أنه إذا نشأت رابطة قانونية، بصدد شيء غير محدد بالذات، فإن هذه الرابطة لا تترتب سوى حق شخصي، فإذا باع زيد لعمر كمية من الغلال، غير مفرزة، فإن العقد لا ينشئ سوى التزاماً شخصياً على عاتق البائع. فإذا تحقق الافراز، وتحدد الشيء المبيع انتقلت الملكية ونشأ الحق العيني.

أما الحق الشخصي فهو رابطة بين شخصين تخول لأحدهما سلطة اقتضاء عمل أو امتناع عن عمل أو إعطاء شيء من الطرف الآخر.

(٢) الحق العيني حق مطلق، في حين أن الحق الشخصي حق نسبي،

فالاول يحتج به في مواجهة الكافة أما الثاني فلا يحتج به الا في مواجهة المدين فحسب، لان الاول سلطة مباشرة على الشيء بعكس الثاني.

(٣) الحق العيني يخول صاحبه ميزة تتبع الشيء في اي يد يكون، وتبدو أهمية هذه الميزة في انتقال الشيء الى حيازة الغير دون موافقة صاحب الحق، فبمقتضى هذه السلطة يستطيع المالك أن يسترد الشيء ممن اغتصبه أو سرقه. ويتمتع بهذه الميزة كل صاحب حق عيني، سواء كان حقاً عينياً أصلياً، أم كان حقاً عينياً تبعياً.

أما بالنسبة للحق الشخصي فإنه لا يخول صاحبه سلطة التتبع حتى ولو تعلق الحق بشيء ما، فإذا تعاقد شخص على شراء كمية من الغلال، دون أن تتحدد الملكية بذاتها فلن يكون للمشتري سوى أن يطالب البائع بتعيين الكمية المباعة وتسليمها، فإذا حدث أن باع المتعاقد ما لديه الى شخص آخر فلن يكون للمشتري سلطة التتبع لانه ليس صاحب حق عيني^(١).

غير أن ميزة التتبع تتوقف، في بعض الحالات على ضرورة اتخاذ إجراء محدد هو الشهر، وذلك بالنسبة للحقوق العينية التبعية، وذلك وفقاً للأوضاع القانونية المقررة^(٢).

ومن ناحية ثانية قد تتعطل ميزة التتبع لضرورة يقدرها النظام القانوني وهو ما تقرر بالنسبة للمنقولات. فالحيازة في المنقول سند الحائز إذا توافر له حسن النية. ومن مقتضى هذه القاعدة أن مالك المنقول لا يستطيع أن يتبع الشيء تحت يد الحائز حسن النية، لأن القانون في هذه الحالة قد اعتبر الحائز حسن النية مالكاً شرعياً للمنقول، وبالتالي يفقد المالك الحقيقي «السابق» سلطته في تتبع الشيء^(٣).

وأخيراً فقد تتعطل مكنة التتبع نتيجة ما يقرره القانون من قواعد تستهدف حماية الأوضاع الظاهرة، كما في حالة تحصين تصرفات الوارث الظاهر في مواجهة الوارث الحقيقي في بعض الحالات^(٤).

(١) جلال العدوي وتوفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٦٦، حمدي عبد الرحمن، فكرة الحق، ص ٩١ وما بعدها.

(٢) أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الثاني (١٩٧٤)، فقرة ١٩٤.

(٣) محمد علي عرفة، مبادئ العلوم القانونية (الطبعة الثالثة) ص ٣٤٠.

(٤) أحمد سلامة، المرجع السابق، الموضع السابق.

(٤) الحق العيني يعطي صاحبه ميزة التقدم أو الأفضلية، وتبدو هذه الميزة واضحة في صدد الحقوق العينية التبعية، وإن كانت تستعمل أيضاً بصدد الحقوق العينية الأصلية وبالتالي فإن الدائن عن طريق هذه الميزة يستوفي حقه من ثمن الشيء قبل غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة.

أما بالنسبة للحق الشخصي فلا أفضلية للدائن في مواجهة الآخرين عند التزاحم فالجميع في مرتبة واحدة يقتسمون أموال المدين قسمة غرماء بغض النظر عن أسبقية بعض الحقوق الأخرى.

(٥) أن التنازل عن الحق الشخصي عن طريق الإبراء يقتضي في بعض التشريعات (كالقانون الفرنسي) موافقة المدين، ويرجع السبب في هذه القاعدة إلى أن الحق الشخصي هو رابطة بين الدائن والمدين، فلا يجوز للدائن فيها أن يتنازل عن حقه بغير رضا الطرف الآخر.

أما بالنسبة للحق العيني فإن انتفاء الطرف السلبي المحدد، واعتبار هذا الحق سلطة مباشرة على الشيء، تتحقق بغير وساطة شخص معين، يؤدي إلى إمكان التنازل عن الحق بترك الشيء دون توقف على إرادة أحد^(١).

(٦) الحق العيني وردت صورته في القانون على سبيل الحصر، أما الحق الشخصي فإن صورته لا تقع تحت حصر، فأي عمل أو امتناع عن عمل، يمكن أن يكون محلاً للحق الشخصي، ما دام الأمر لا يخالف النظام العام والآداب.

(٧) من حيث المدة نجد أن حق الملكية يعتبر حقاً دائماً، أم الحقوق الشخصية فإنها لا تكون إلا مؤقتة.

(١) مارتى ورينو، القانون المدني، الجزء الأول، رقم ٣٠٦ ص ٤٨٥، ٤٨٦، وانظر مقارنة بين الآراء في القانون الفرنسي والمصري، رسالة الدكتوراه للمؤلف النزول عن الحقوق وعن بعض المراكز القانونية الأخرى في القانون الفرنسي والمصري، يوليو ١٩٧٩، حيث لا يشترط في القانون المصري موافقة المدين لتمام الإبراء، فهو يؤدي إلى انقضاء الالتزام بوصوله إلى علم المدين، ومع ذلك فلم يدين أن يردده م ٣٧ مدني.

الفصل الثالث

أركان الحق

(أشخاصه ومحلّه)

٩٣- سبق أن عرفنا الحق بأنه: «استثناء شخص بقيمة أو شيء معين يخوله التسلط والاقتضاء بهدف تحقيق مصلحة يحميها القانون لأنها ذات قيمة اجتماعية» من هذا التعريف نجد أن الاستثناء يفترض شخصاً، كما أنه يفترض محلاً يرد عليه. وبعبارة أخرى: فإن أركان الحق الأساسية اثنان: شخص أو صاحب الحق، ومحل الحق.

وان كان لا يكفي أن يوجد الشخص والمحل، بل لا بد من حماية القانون باختصاص الشخص والمحل.

بيد أنه نظراً إلى أن القانون هو الذي يقرر الحقوق والقواعد القانونية، كما عرفنا أن واجبه الاحترام فهذا يعني أن على كل شخص واجب احترام الحق فإن خالف أحدهم هذا الواجب فيكون قد خالف القانون فيتحمل الجزاء المقرر، وهذه هي حماية الحق، لذلك لا يدخل في دراستنا هذه بحث الوسائل المختلفة التي تتحقق بها هذه الحماية، لذلك نقصر دراستنا على الركنين الأولين ونعرض لكل منهما في فرع مستقل.

المبحث الأول: نعرض فيه لأشخاص الحق.

المبحث الثاني: نخصصه لمحل الحق.

المبحث الأول

أشخاص الحق

٩٤ - الشخص لغة هو الانسان أو الفرد، أما الشخص في لغة القانون

هو كل من كان صالحاً لأن يكون صاحب حق أو التحمل بواجب، فالشخصية القانونية هي الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات.

هذا ولا تقتصر الشخصية القانونية على الانسان الفرد، بل تثبت لبعض الكائنات المعنوية كالدولة والجمعيات والشركات، ذلك أن الغرض من تقرير الحقوق والواجبات هو حماية مصالح جديرة بالحماية، ولما كانت هناك مصالح لا تخص انساناً بمفرده بل تتعلق بمجموع من الافراد أو مجموع من الأموال كمصلحة الدولة التي تؤثر في مصالح كل الافراد الذين ينتمون اليها، ومصلحة الجمعية أو الشركة التي تؤثر في مصالح كل أعضاء الجمعية أو الشركة. فالقانون يعترف للدولة أو الجمعية أو الشركة بشخصية قانونية حتى تستند اليها الحقوق والواجبات.

لذلك فإن أشخاص الحق نوعان: الشخص الطبيعي أي الانسان، والشخص المعنوي أو الاعتباري، أي مجموع الأموال أو الأشخاص الذي يعترف له بالشخصية القانونية، وهذا ما نعرض له في الآتي:

المطلب الأول: نخصه للشخص الطبيعي.

المطلب الثاني: ندرس فيه الشخص المعنوي.

المطلب الأول

الشخص الطبيعي

٩٥ . تعترف القوانين الحديثة، على عكس الحال بالنسبة للقوانين القديمة، لكل انسان بالشخصية القانونية، بصرف النظر عن مدى ما يتمتع به من قدرة على التمييز، وبصرف النظر عن مدى ما يتمتع به من حقوق وما يتحمل به من واجبات. ولدراسة الشخص الطبيعي ينبغي علينا أن نعرض لبداية هذه الشخصية ونهايتها وسمات هذه الشخصية من اسم وحالة وموطن وأهلية وذمة مالية، في فروع مستقلة..

الفرع الأول

مدة الشخصية (بدايتها، نهايتها)

٩٦ - بدء الشخصية:

الأصل أن تبدأ شخصية الإنسان بتمام الولادة حياً، ولكن المشرع إستثناءً من الأصل وحماية منه لبعض المصالح الجديرة بالعناية يعترف للإنسان قبل ولادته أي وهو ما يزال جنيناً ببعض الحقوق.

«تبدأ شخصية الإنسان بتمام الولادة حياً، وتنتهي بوفاة، لذا يلزم شرطان لثبوت الشخصية للإنسان: الأول، تمام الولادة، ويكون ذلك بانفصال الجنين عن أمه انفصلاً تاماً وقطع الحبل الذي كان يربطه بأمه. الثاني، أن تتحقق حياة المولود عند تمام الانفصال عن أمه، ولو للحظة قصيرة، ويمكن التعرف على حياة المولود بصراخه وشهيقه وحركته. وبتمام الولادة حياً تثبت للطفل الشخصية القانونية وبالتالي يكون قابلاً لاكتساب الحقوق ويترتب على موته انقضاء شخصيته. وتظهر أهمية تحديد ابتداء الشخصية للمولود في حالة الميراث.

هذا ويثبت الميلاد عادة بشهادة رسمية تستخرج من السجلات المعدة لقيد المواليد. بيد أنه ينظم قيد المواليد في لبنان «قانون قيد وثائق الأحوال الشخصية» الصادر في ٧ كانون الأول سنة ١٩٥١ والذي أوجب أعداد وثيقة الولادة ممن يقع عليهم واجب أعدادها وفقاً له خلال الثلاثين يوماً التالية لحصولها، مصدقاً على صحة التوقيع عليها من المختار لقيدها في السجلات فإذا قدمت بعد هذا الموعد تعرض هؤلاء للعقاب، وإذا قدمت بعد سنة فلا يمكن قيدها إلا بمقتضى قرار قضائي من الحاكم المنفرد في غرفة المذاكرة بناء على طلب النيابة العامة أو صاحب الشأن، وقد عرض هذا القانون لأصول تنظيم الوثائق وتقديمها في الحالات المختلفة لحصول الولادة.

على أن واقعة الميلاد تعتبر من الوقائع القانونية التي يصح اثباتها بجميع طرق الإثبات، ولذلك فإذا لم تكن واقعة الميلاد مدرجة في السجلات، أو كان قد ثبت عدم صحة ما أدرج في هذه السجلات بحكم قضائي، فيجوز إثبات واقعة الميلاد بأي طريقة من الطرق. ولكن يلاحظ أن إثبات واقعة الميلاد

أمر وإثبات نسب المولود أمر آخر، ولذلك فإثبات نسب المولود يخضع لطرق الإثبات الخاصة في الشريعة الإسلامية وغيرها من الشرائع الدينية.

ووفق ما نص عليه القانون فإن حقوق الحمل المستكن يعينها القانون. وهذا يعني أن المشرع يعترف بصلاحيية الجنين قبل تمام الولادة لأن يكون صاحب حق، وتطبيقاً لذلك نص قانون الموارث على استحقاق الجنين الميراث، فإذا توفي مورثهم قبل ولادته يوقف له من التركة أوفر النصيبين على اعتبار أنه ذكر أو أنثى. كما أن قانون الوصية نص على أن الإيصاء إلى الجنسين واستحقاق الجنين للأموال الموروثة أو الموصى بها يكون معلقاً على شرط تمام الولاية حياً. ويضيف القانون اللبناني إلى ذلك الجهة بمقتضى المادة ٥١٨ من قانون الموجبات والعقود على أن الهبات التي تمنح للجنة في الأرحام يجوز أن يقبلها الأشخاص الذين يمثلونهم والاعتراف للجنين بأن يكون صاحب حق هو استثناء من الأصل العام.

٩٧ - انقضاء الشخصية:

الأصل أن تنقضي الشخصية بالموت، ولكن قد تنقضي بدون أن تتأكد الوفاة وحينما تكون محتملة فقط.

لما كانت الشخصية صفة تلازم الإنسان طيلة حياته، فهي كما تبدأ مع الميلاد تنتهي بالوفاة وهذا ما نص عليه القانون المدني «تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، وتنتهي بوفاة» والوفاة واقعة مادية تثبت بشهادة مستخرجة من السجل المعد لذلك، كما تثبت بجميع الطرق وقد نص قانون قيد وثائق الأحوال الشخصية اللبناني على أن يتولى المختارون تنظيم وثائق الوفاة ثم يقومون بارسالها إلى موظف الأحوال الشخصية المحلي لقيد الوفاة.

وإن كان الفقه قد اختلف حول تعيين مالك التركة من وقت الوفاة إلى أن يتم سداد الديون، إلا أننا نفضل مع البعض^(١)، أنه بمجرد الوفاة تنتهي شخصية الإنسان وتنتقل أمواله إلى ورثته الذين يلتزمون بالديون في حدود ما آل إليهم من أموال وليس هناك ما يدعو إلى افتراض استمرار شخصية

(١) منصور مصطفى منصور، مبادئ القانون، ١٩٧٠، ص ١٦٦، وإن كان البعض الآخر يرى أن شخصية الميت تمتد امتداداً اعتيادياً بعد الموت إلى حين الفراغ من تصفية التركة وسداد الديون.

المتوفي. هذه هي نهاية الشخصية بالموت الحقيقي.

أما بالنسبة لنهاية الشخصية بالموت الحكمي أو التقديري فنجد أن مقتضيات الحياة العملية، توجب متى توافرت شروط معينة، اعتبار المفقود الذي لا تعلم حياته من مماته في حكم الميت، أي تنتهي شخصيته ولو لم تثبت وفاته بدليل يقيني. وهنا نتساءل عن المقصود بالمفقود وحكمه؟

يقصد بالمفقود ذلك الغائب الذي انقطعت أخباره فلا يدري مكانه ولا تعلم حياته من مماته. ولما كان من غير الصالح ترك أمر مثل هذا الشخص معلقاً، لذلك رخص المشرع للقاضي في الحكم باعتباره ميتاً، بحيث تنقضي شخصيته بالموت التقديري لا بالموت الحقيقي.

ولكن يلاحظ أن الوضع في لبنان يختلف باختلاف الطوائف. فالحكم لدى الطائفة السنية التي تطبق المذهب الحنفي ولدى الشيعة التي تطبق المذهب الجعفري هو إلا يحكم باعتبار المفقود ميتاً إلا بعد مضي مدة لا يعيشها أقرانه، دون تفرقة بين حالة عدم غلبة الهلاك وحالة غلبة الهلاك. والفتوى على تقدير هذه المدة بتسعين سنة من تاريخ الولادة لدى الأولى ومائة سنة من هذا التاريخ لدى الثانية. أما الطوائف الأخرى فتفرق بين الحالتين بصفة عامة، وتجيز الحكم باعتبار المفقود ميتاً بعد مضي عشر سنوات من تاريخ الفقد في حالة غلبة الهلاك، وتترك تقدير المدة للقاضي في حالة عدم غلبة الهلاك.

وحالة غلبة الهلاك، تتحقق إذا فقد الشخص في ظروف يغلب عليها الهلاك كما لو فقد في حرب أو حادثة طائرة، فإن ذلك يعد قرينة على الوفاة بمضي المدة المبينة من قبل.

أما حالة عدم غلبة الهلاك، فإنها تكون في حالة غيبة المفقود واختفائه في ظروف لا يغلب عليها الهلاك، كما لو خرج أو سافر إلى دولة أخرى لتجارة أو طلب علم ثم انقطعت أخباره، ولم تعلم حياته من مماته، فإن القانون قد فوض للقاضي تحديد المدة التي بعدها يمكنه أن يستخلص قرينة احتمال وفاة المفقود ويحكم باعتباره ميتاً.

وفي الحالتين السابقتين، إذا ما صدر الحكم من القاضي باعتبار المفقود ميتاً، أخذ المفقود حكم الموت الحقيقي، فتوزع تركته على الورثة الموجودين وقت

الحكم وتعتد زوجته عدة الوفاة. بيد أن شخصية المفقود في الفترة بين الفقد وبين صدور الحكم تكون شخصية احتمالية لعدم التثبت من حياته أو وفاته، وخلال هذه الفترة يعامل بما هو أصلح له، فلا يجوز لزوجته أن تتزوج بغيره، ولا توزع تركته، ويوقف له نصيبه في الميراث أو ما أوصى له به إلى أن تظهر حياته أو يحكم بموته. فإذا ما حكم بموته عاد نصيبه في الميراث وما أوصى له به إلى ورثة المورث أو الموصي على أساس اعتبار المفقود ميتاً من وقت فقده لا من وقت الحكم باعتباره ميتاً. وهذا الحكم مختلف عن الحكم بالنسبة إلى ماله حيث يوزع على ورثته من وقت صدور الحكم بالموت فقط. هذا كله ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية لطائفة الدروز وقانون الارث لغير المحمدين في لبنان.

أما إذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بموته، وهو أمر متصور، فيسترد شخصيته، وتبقى له زوجته إن لم تكن قد تزوجت بغيره، أما إذا كانت قد تزوجت غيره فيجب أن نفرق بين فرضين الأول، ألا يكون زوجها الجديد قد دخل بها وهنا تعود إلى زوجها الذي كان مفقوداً ويعتبر الزواج الجديد مفسوخاً، الثاني، أن يكون الزوج الجديد قد دخل بها وهنا تبقى للزوج الجديد ما لم يكن يعلم بحياة الزوج الأول أو عقد عليها في فترة العدة فيفسخ عقده وتعود إلى الزوج الأول، هذا بالنسبة للزوج^(١)، أما بالنسبة لأمواله فيسترد ما بقي منها في يد الورثة أو ورثة مورثه من نصيبه الذي رد إليهم، وأما ما تصرفوا فيه فلا يسألون عنه.

الفرع الثاني

مميزات الشخصية الطبيعية

(الاسم)

٩٨ - لعل أول ما يميز الشخص عن غيره في المجتمع الذي يعيش فيه

هو اسمه، ولقد أوجب القانون المدني في المادة ٢٨ أن «يكون لكل شخص اسم

(١) نقضي المادة ١٢٩ من قانون العائلة اللبناني بأنه «إذا حكم بوفاة شخص ثم تزوجت زوجته بشخص آخر، فإن تحققت حياة الزوج الأول يفسخ النكاح الثاني».

ولقب، وأن لقب الشخص يلحق بأولاده، واصطلاح الاسم يستخدم في معنيين، أحدهما ضيق وهو الاسم الشخصي دون اللقب كزيد وبكر... الخ، والمعنى الثاني يشمل الاسم الشخصي واللقب معاً. ووضح من هذا الحكم أن المقصود بالاسم معناه الضيق أي الاسم الشخصي، ويتضح أيضاً أن المشرع يستلزم بالاضافة الى الاسم الشخصي لقباً إذ ليس في الاسم الشخصي ما يكفي لتمييز الشخص عن غيره، والمقصود باللقب هو اسم الأسرة.

هذا هو الاسم الأصلي، ولكن الشخص قد يكون له إسم آخر طارئ، سواء كان اسم شهرة، أو اسماً مستعاراً. ولا يخضع اسم الشهرة لتنظيم خاص لأنه لا يكون من اختيار الشخص ولكن ما خلعه عليه الناس. أما الاسم المستعار فهو من اختيار الشخص ويتخذ عنواناً لنشاط معين ولذا يشترط ألا يكون فيه اعتداء على اسم الغير، فضلاً عن ذلك هناك ما يسمى بالاسم التجاري يباشر خلاله تجارة معينة ويكون أداة لتعيين محله التجاري.

لكن ما هي الطبيعة القانونية للاسم؟

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للاسم، فمنهم من اعتبره حقاً ومنهم من اعتبره مجرد نظام من أنظمة الضبط الإداري أي واجباً، ومنهم من اعتبره إحدى مكونات الحالة المدنية للشخص. بيد أن الفقه المصري يميل إلى أن للاسم طبيعة مركبة فهو من ناحية واجب يلقي على عاتق الشخص لتمييزه عن غيره من الأشخاص وتخضع بالتبعية للقيود الإدارية التي فرضها القانون، ومن ناحية أخرى يعتبر الحق في الاسم من الحقوق اللصيقة بالشخصية وبذلك يملك الشخص الاستئثار بالاسم والتسلط عليه ويستطيع اقتضاء احترام الغير له^(١).

أما عن الحماية التي يضيفها القانون على الاسم فتأخذ صورتين الأولى، تخول صاحب الاسم طلب رد الاعتداء، ولو لم يصبه ضرر من جراء هذا الاعتداء، الثانية، تخول صاحب الاسم حق الحصول على التعويض إذا وقع له ضرر محدد من جراء المنازعة أو الاعتداء أو الانتحال. ولا تقتصر الحماية القانونية على الاسم الحقيقي، بل تمتد إلى اسم الشهرة أو الاسم المستعار.

(١) راجع، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ١٦٩. وما بعدها، توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٢٣١، البدر أوي وفتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص ٣٩٧.

هذا ويلاحظ أن اسم الشخص الذي يميزه عن غيره من الأشخاص يختلف عن الاسم التجاري الذي يعتبر عنصراً من عناصر المحل التجاري، وهذا الاسم الأخير له قيمة مالية تسمح لصاحبه أن يتصرف فيه. وإذا فرض أن الاسم التجاري هو نفسه الاسم الشخصي لصاحبه فينحصر التصرف فيه عندئذ في السماح باستعماله كعنوان للمحل التجاري ويبقى للمتصرف الحق في استعمال اسمه كوسيلة لتمييز شخصه^(١).

الفرع الثالث

مميزات الشخصية (الحالة)

٩٩ - يقصد بالحالة مجموع الصفات التي تلحق الشخص فتحدد مركزه القانوني وتؤثر فيما يكون له من حقوق وما عليه من واجبات. فكل إنسان يتصف بخصائص أو بصفات من حيث انتمائه إلى دولة معينة وهذه هي الحالة السياسية أو الجنسية التي تدل على انتمائه لدولة معينة، أو انتمائه لأسرة معينة وهذه هي الحالة العائلية أو الأسرية، ومن حيث انتمائه إلى دين أو عقيدة معينة، وهذه هي الحالة الدينية للشخص.

(١) الحالة السياسية أو الجنسية.

حالة الشخص السياسية تتحدد بجنسيته، والجنسية هي انتماء الفرد إلى دولة معينة، أي رابطة سياسية تقوم بين الفرد والدولة. هذه الرابطة تؤثر في مركز الشخص من حيث مدى ما يتمتع به من حقوق سياسية كحق الانتخاب وحق الترشيح، ومن حيث ما يلتزم به من واجبات، كواجب أداء الخدمة العسكرية.

هذا ويضع القانون في كل دولة الشروط الواجب توافرها لكي تثبت بها الجنسية للأفراد الذين ينتمون إليها. هذه الجنسية قد تكون أصلية تثبت للشخص أما على أساس حق الدم كما هو الوضع في مصر، وأما على

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق ص ١٧١.

أساس حق الاقليم، وقد تثبت الجنسية للشخص على الأساسين معاً. كما قد تكون الجنسية مكتسبة أي طارئة وهي التي يكتسبها الشخص في تاريخ لاحق على ميلاده، مثال ذلك التجنس حيث تمنح الجنسية لأجنبي بشروط معينة. وجدير بالذكر أن المشرع اللبناني يأخذ في اعتراؤه بالجنسية لشخص بحق الدم.

(ب) الحالة العائلية أو الأسرية (المدنية).

يقصد بها الصفة التي تحدد مركز الشخص باعتباره عضواً في أسرة معينة، تربطه بها رابطة نسب أو مصاهرة. فالقربة، اذن، قرابة نسب أو قرابة مصاهرة.

- قرابة النسب:

قرابة النسب أو الدم هي الصلة التي تقوم بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك وتنقسم قرابة النسب الى قسمين: قرابة مباشرة وقرابة حواشي.

فالقربة المباشرة، هي القرابة التي تقوم بين الاصول والفروع كقرابة الشخص لآبيه أو لجدّه وان علا، وكذلك قرابته لأمه وأبي أمه. والأصل هو من نزل منه الفرع كالأب والأم، والفرع هو من انحدر من الأصل كالابن والبنت.

- أما قرابة الحواشي، فهي القرابة التي تقوم بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن تنتظم سلسلة واحدة، كقرابة الأخ لأخيه، أو الشخص لعمه أو خاله.

- أما عن كيفية حساب درجة القرابة فتحسب وفقاً للحكم الآتي: «يراعى في حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل، (فالابن قريب لآبيه من الدرجة الأولى، والحفيد قريب لجدّه من الدرجة الثانية)، وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك، ثم نزولاً منه الى الفرع الآخر «وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة». فالأخ قريب لأخته من الدرجة الثانية، وابن العم قريب لابن عمه من الدرجة الرابعة.

- قرابة المصاهرة:

هي القرابة التي تنشأ عن الزواج وتقوم بين كل من الزوجين وأقارب

الزوج الآخر، ويعتبر القانون المصري كل من الزوجين بالنسبة لأقارب الزوج الآخر في نفس درجة قرابة هذا الزوج. ويلاحظ أن قرابة المصاهرة لا تخلق نوعاً من القرابة بين أقارب الزوجين وإنما بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر. وتحسب درجة قرابة المصاهرة كما تحسب درجة قرابة النسب، فأخو الزوجة يعتبر قريباً للزوج من الدرجة الثالثة.

أما من ناحية اثبات القرابة، فتثبت قرابة النسب، وتثبت قرابة المصاهرة باثبات الزواج واثبات النسب. والزواج يخضع لقواعد وردت في القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية. ولكن يلاحظ أن القانون عندنا لا يعرف غير قرابة النسب وقرابة المصاهرة. وهي القرابة المبنية على زواج شرعي أما ما يسمى بالقرابة الطبيعية أو التبني المعروفين في القوانين الغربية فلا مجال لهما عندنا.

ومن ناحية آثار القرابة، فنجد أنه تترتب على القرابة آثار متعددة تؤثر في حقوق الشخص وواجباته، فكون الشخص عضواً في أسرة معينة يعطيه حقوق أسرته، فضلاً عن الحقوق المالية كالحق في الإرث والنفقة، يضاف إلى ذلك ما يلقي عليه من واجبات الطاعة... الخ. كما تبدو أهمية القرابة سواء قرابة نسب أو مصاهرة في أنها مؤثرة في كثير من الأوضاع القانونية، كنص المادة ٢٢٢/٢ مدني في شأن التعويض عن الضرر الأدبي من أنه «لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من الم من جراء موت المصاب» كذلك تبدو أهمية القرابة في تحديد المحرمات من النساء حتى درجة معينة. كذلك تبدو أهمية القرابة في تحريم بعض التصرفات كنص المادة ٢٥٥ من قانون الملكية العقارية اللبناني الذي ينص على أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب حتى الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لدرجة الثانية.

- الحالة الدينية:

لا يعتبر الدين في كثير من الدول من مميزات الشخصية القانونية، إذ أن القانون يطبق على الجميع دون النظر إلى عقيدتهم الدينية. وإذا كان هذا هو الأصل، إلا أن القانون اللبناني استثناء، يضع الحالة الدينية موضع اعتبار عند تحديد المركز القانوني للشخص، وذلك في بعض مسائل

الأحوال الشخصية، مما يترتب على ذلك اختلاف مواطني الجمهورية اللبنانية في مراكزهم القانونية وتفاوتهم في التمتع بالحقوق والتحمل بالواجبات، نظراً لاختلاف الشرائع الدينية في هذا الصدد. فللمسلم، مثلاً، أن يتزوج بأكثر من واحدة، وله أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة، بعكس المسيحي.

وفيما عدا هذه الحالات الاستثنائية التي تطبق فيها الشرائع الدينية، فمن المسلم به في القانون الحديث هو وجوب الاعتداد في تحديد نطاق حقوق الشخص والتزاماته بحالته السياسية وحالته العائلية.

الفرع الرابع

مميزات الشخصية (المواطن)

١٠٠ - من مميزات الشخصية إلى جانب الاسم والحالة، أن يكون للشخص موطناً يقيم فيه وترتبط به مصالحه ويباشر منه نشاطه القانوني وعلاقاته بالآخرين. ولقد عرفت المادة ٢٦ مدني مصري الموطن بأنه «المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة»، لذا يلزم في الموطن توافر ركنان: الأول، مادي وهو الإقامة الفعلية في مكان ما، والركن الثاني، معنوي، وهو نية الاستقرار في هذا المكان وبذلك أخذ المشرع المصري بالمفهوم الواقعي للموطن أما المشرع اللبناني فإن ما أورده من نصوص غير واضحة وتحتل التأويل، لذا أخذ البعض بالتصوير الحكمي للموطن بينما أخذ البعض الآخر بالتصوير الواقعي، ولعل نصوص المواد ٣٩٩ وما يليها من قانون أصول المحاكمات المدنية ما يؤيد الرأي الأخير حيث تستخدم عبارة «عن المقام أو المسكن أو أي مكان يوجد فيه الشخص». ويترتب على التصوير هذا نتيجتان هامتان^(١).

الأولى: أن الشخص قد لا يكون له موطن، وذلك إذا لم يكن يقيم في مكان معين بصفة معتادة، وهذا هو شأن البدو الرحل الذين ينتقلون من مكان

(١) نقض مدني في ٢٧ مايو ١٩٦٩ مجموعة النقض المدني س ٢ - ١٠٧ - ٨٠٢.

الى مكان سعيأ وراء الماء والكلأ.

الثانية: أنه يجوز بأن يكون للشخص الواحد أكثر من موطن، وذلك اذا أمكن اعتباره مقيماً عادة في أكثر من مكان، وهذا هو شأن الرجل المسلم المتزوج من أكثر من امرأة تقيم كل منها في مكان مستقل، اذا كان يوزع وقته بين زوجاته.

لكن نتساءل عن أهمية تحديد الموطن؟

تبدو هذه الأهمية من عدة نواحي أهمها: اعلان الشخص أو تبليغه بالأوراق القضائية يتم في موطنه بالنسبة لصحيفة الدعوى والاذنارات، ويتحدد على أساس الموطن المحكمة المختصة وهي التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، ما لم ينص القانون على غير ذلك. ويتحدد على أساس الموطن تعيين مكان الوفاء بالاشياء المثلية، وهو موطن المدين وقت الوفاء وشهر الاعسار يكون للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدين، وكذلك شهر الافلاس يكون للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن التاجر.

وقد يكون الموطن عاماً، وقد يكون خاصاً، والموطن العام قد يكون اختيارياً، وقد يكون الزامياً على النحو التالي:

- الموطن العام:

هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، والأصل أن لكل شخص أن يختار المكان الذي يقيم فيه إقامة معتادة، وهذا ما يسمى بالموطن الاختياري.

بيد أن القانون قد يصدد لبعض الأشخاص موطناً الزامياً لا دخل لارادتهم فيه وهؤلاء هم القصر والمحجوز عليهم والمفقودون والغائبون. فموطن هؤلاء هو موطن من ينوب عنهم قانوناً (م ٤٠٣ أصول محاكمات). ولكن يستثنى من أحكام الموطن الالزامي القانوني ما نصت عليه المادة ٢/٤٢ مدني مصري من أن يكون «القاصر» الذي بلغ ثماني عشرة سنة ومن في حكمه (وهو السفیه وذی الغفلة) موطن خاص بالنسبة الى الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها. وإذا كان المشرع اللبناني لم ينص على حكم مماثل، بيد أن هذا الحكم يمكن الأخذ به في القانون اللبناني باعتباره تطبيقاً للقواعد العامة.

- الموطن الخاص:

الى جانب الموطن العام، قد يكون للشخص موطناً خاصاً بالنسبة لبعض الاعمال، وأهم أنواع الموطن الخاص هو موطن الاعمال أو الموطن التجاري أو المهني أو الحرفي، والموطن المختار:

- فالموطن التجاري أو الحرفي، هو المكان الذي يباشر فيه الشخص أعمال تجارية، أو أعمال خاصة بحرفة معينة (م ٤١ مدني). لذلك يعتبر هذا المكان موطناً خاصاً بالنسبة لأعمال هذه التجارة أو الحرفة، أما غيرها من الاعمال فالعبرة بالموطن العام.

وإذا كان القانون اللبناني لا يتضمن حكماً مماثلاً، بيد أن الفقه اللبناني يأخذ بفكرة الموطن الحرفي أو موطن الاعمال التي يسجلها النص المصري، بل إن في نصوص المواد ٣٩٩ وما بعدها من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد ما يسمح بذلك حيث تجيز هذه النصوص تبليغ الشخص بالأوراق القضائية والرسمية في محل عمله.

- أما الموطن المختار، هو المكان الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين، كاختيار الشخص مكتب أحد المحامين موطناً لكي يعلن فيه بكل ما يتعلق بما قد يثار من منازعات حول عقد أبرمه آخر. ويشترط القانون أن يثبت هذا الموطن كتابة لكونه استثناء من القاعدة العامة التي تجعل موطن الشخص هو محل اقامته المعتادة وقد أشار قانون أصول المحاكمات المدنية في لبنان الى الموطن المختار في مواضع عديدة منه (المواد ٣٨٢ و ٣٩٩ وما بعدها و ٤٢١ و ٤٤٦ و ٤٤٧).

الفرع الخامس

مميزات الشخصية (الاهلية)

١٠١ - يقصد بالاهلية، صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات وقدرته على مباشرة الاعمال القانونية بنفسه التي تكسبه حقاً أو تحمله التزاماً. ويتضح من هذا التعريف أن الاهلية نوعان: اهلية وجوب وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وهذه تثبت لكل

شخص بمجرد تمام ولادته حياً. وأهلية أداء وهي قدرة الشخص على مباشرة الأعمال القانونية لحساب نفسه على وجه يعتد به قانوناً. وأهلية الأداء هذه تفترض قيامها بالضرورة توافر أهلية الوجوب، وبالعكس فقد تتوافر في الشخص أهلية وجوب كاملة وفي نفس الوقت يكون عديم أهلية الأداء أو ناقصها، كما في حالة القاصر ومن يصيبه جنون أو عته أو غفلة أو سفه.

- مناهل أهلية الأداء:

من التعريف المتقدم يتحدد لنا مناهل أهلية الأداء وهو التمييز، بمعنى أن قدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية لحساب نفسه تتوقف على التمييز لديه. فمن كان كامل التمييز في نظر القانون يعتبر كامل الأهلية. ومن كان ناقص التمييز كانت أهلية أدائه ناقصة، ومن كان عديم التمييز اعتبر عديم الأهلية.

هذا ودرجة تمييز الإنسان تتأثر بسنه وبحالته الصحية (عارض من عوارض الأهلية كالجنون والعته والغفلة والسفه، أو مانع من موانع الأهلية كمن كان غائباً أو محكوماً عليه بعقوبة).

- التمييز بين أهلية الأداء والولاية على المال:

عرفنا أن الأهلية هي قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لحساب نفسه. أما الولاية على المال فهي قدرة الشخص لمباشرة الأعمال والتصرفات القانونية لحساب الغير ومثالها ولاية الأب، وسلطة الوصي على القاصر، والقيم على المحجوز عليه لجنون أو سفه.

على ضوء ما تقدم يمكننا أن نحدد موضوعات دراستنا فيما يتعلق بأحكام الأهلية من حيث تأثر الأهلية بالسن، ثم الأهلية بالحالة الصحية (عوارض الأهلية، موانع الأهلية) وأخيراً أحكام الولاية على المال.

أولاً: تأثير الأهلية بالسن.

عرفنا أن أهلية الأداء تعتمد على درجة تمييز الشخص، وبديهي أن القدرة على التمييز تتأثر بسن الشخص ولقد قسم القانون حياة الإنسان إلى ثلاث فترات، وذلك لضمان استقرار المعاملات وحتى لا يترك للقاضي تقدير درجة التمييز وبالتالي أهلية الشخص في كل حالة على حدة. هذه الفترات الثلاث هي:

(أ) الصبي غير المميز:

تبدأ هذه الفترة من تمام الولادة حياً حتى سن السابعة، وفيها يعتبر الشخص عديم التمييز، وبالتالي عديم أهلية الأداء. ولذلك تكون كل تصرفاته باطلة، سواء كانت نافعة نفعاً محضاً كقبوله الهبة، أو ضارة ضرراً محضاً كالهبة للغير أو دائرة بين النفع والضرر كعقد بيع، والبطلان هذا مطلق، بمعنى أن التصرف يعتبر كأن لم يكن (م ٤٥ - مدني^(١)) وجدير بالذكر أن القانون اللبناني لم يرد مثل هذا التحديد، ولذلك فإن التمييز متروك للقاضي، لذا يترك البعض له حرية التحديد بينما يقيد البعض الآخر بسن الساعة اخذاً بالراجع في الفقه وفي التشريعات الحديثة كالتشريع المصري والتشريع الألماني.

من ناحية أخرى، تنص المادة ١/٢٨٦ من قانون الموجبات والعقود اللبناني بقولها «ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة».

(ب) الصبي المميز:

تبدأ هذه الفترة من سن السابعة حسب الرأي الراجح في الفقه اللبناني حتى سن الثامنة عشرة من عمره وفيها يعتبر الشخص ناقص التمييز وبالتالي ناقص أهلية الأداء، بمعنى أنه يكون صالحاً لمباشرة بعض التصرفات القانونية دون البعض الآخر، فالتصرفات النافعة نفعاً محضاً تكون صحيحة كقبوله التبرع، والتصرفات الضارة ضرراً محضاً تكون باطلة بطلاناً مطلقاً كتبرعه للغير، والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر وهي التي تحتل المكسب والخسارة، تكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر، بمعنى أن التصرف يكون موجوداً ومنتجاً لكل آثاره حتى يقضى ببطلانه.

ومع ذلك فرقت المادة ٢١٦ من قانون الموجبات والعقود بين طائفتين من تصرفات القاصر: الأولى: توجد تصرفات تحتاج لاتعامها الى صيغة معينة، بمعنى أن القانون يوجب على الولي أو الوصي القيام بأجراء معين، كما هو الحال في البيع الذي يلزم له استئذان المحكمة. وهذه التصرفات تكون باطلة

(١) تنقسم الأعمال القانونية بالنسبة للأهلية الى ثلاثة أنواع، وهي: النافعة نفعاً محضاً، والضارة ضرراً محضاً، والدائرة بين النفع والضرر، ومناط هذا التقسيم هو الآثار والافتقار.

بطلاناً نسبياً إذا ما قام القاصر بإبرامها حتى ولو لم يكن قد لحقه غبن من جراء ذلك. الثانية، وهي تصرفات لا تحتاج لاتمامها الى صيغة معينة، كما هو الحال في الايجار العادي، وهذه التصرفات لا تكون قابلة للابطال عند قيام القاصر بها، الا اذا اثبت القاصر أنه قد لحقه غبن من جرائها.

ويبدو أن نص المادة ١٦ موجبات لا تواجه الا التصرفات الدائرة بين النفع والضرر. اما النافعة نفعاً محضاً فتظل خاضعة لاحكام المجلة التي كانت مطبقة قبل قانون الموجبات والعقود. وعلى ذلك فالتصرفات الاولى تكون صحيحة لانها لا تحتاج الى صيغة خاصة لقيام الولي أو الوصي بها وذلك لعدم تصور الغبن فيها، بل أن التصرفات النافعة نفعاً محضاً تكون صحيحة دائماً وفقاً لنص المادة ٢٨٦ موجبات. اما التصرفات الضارة ضرراً محضاً فتكون باطلة وعلة ذلك انه لا يجوز للولي أو الوصي القيام بها من الاصل حتى يتصور صحتها اذا ما صدرت من القاصر.

وان كان هذا هو الاصل العام، الا أن المشرع اللبناني قد استثنى عدة حالات يكون تصرف الصبي المميز فيها صحيحاً، وهذه الحالات اشارت اليها المادة ٢١٧ من قانون الموجبات والعقود بنصها ان القاصر في التجارة «يعامل كمن يبلغ سن الرشد في دائرة تجارته وعلى قدر حاجتها».

(ج) الرشيد:

تبدا هذه الفترة ببلوغ الشخص سن ١٨ سنة، متى بلغ هذه السن وكان متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، والاصل أن من بلغ سن الرشد يعتبر كامل الاهلية، فيكون له مباشرة كافة انواع التصرفات القانونية ولا يحول دون ذلك الا ان يعرض له عارض من عوارض الاهلية. وهذا ما صرحت به المادة ٢١٥ من قانون الموجبات والعقود، اللبناني «كل شخص اتم الثامنة عشرة من عمره هو اهل للالتزام، ما لم يصرح بعدم اهليته في نص قانوني».

ثانياً: تاثر الاهلية بالحالة الصحية (عوارض الاهلية).

قد يبلغ الشخص سن الرشد، ولكن تمييزه لا يكون كاملاً لعارض أو مرض أصاب عقله، وعوارض الاهلية التي قد تصيب الانسان، تعدمه التمييز كلية، كالجنون والعتة، وقد يقتصر أثرها على نقص تمييزه كالغفلة والسفه.

والجنون هو فقدان العقل أو اختلاله، وغالباً ما يصحبه اضطراب وهيجان أما العته فهو اختلال في الشعور يؤدي إلى قلة الفهم واختلاط الكلام وفساد التدبير. والغفلة ضعف في الإدراك يترتب عليه ألا يهتدي الشخص إلى النافع من التصرفات فيغيب في معاملاته. والسفه خفة تحمل على تبذير المال في غير ما يقتضيه العقل^(١).

وهذه الأمور العارضة في حياة الإنسان تؤثر في قدرته على التمييز ويرتب عليها القانون انعدام أهليته أو نقصها.

وفيما يلي هذين النوعين من العوارض:

(أ) الجنون والعته: رغم الفارق في الدرجة بين الجنون والعته إلا أن المشرع المصري^(٢) قد سوى بينهما في الحكم، فاعتبر المجنون والمعتوه كالصبي غير المميز أي جعلهما منعدمي الأهلية (م ١/٤٥ مدني) وعلى ذلك فحكم تصرفات المجنون والمعتوه كحكم تصرفات غير المميز، فتصرفاتهم جميعاً باطلة، فلا يترتب عليها القانون أي أثر. أما المشرع اللبناني فقد اعتبر الجنون فقط مفقداً للتمييز أما العته فقد اعتبره من العوارض التي تنقص التمييز ولا تعدمه.

بيد أنه قد يترتب على هذا الحكم ضرر كبير بالغير الذي يتعامل مع المجنون أو المعتوه، والذي قد لا يعلم بحالة الجنون أو العته.

من أجل ذلك أوجب القانون ضرورة صدور حكم بالحجر على المجنون والمعتوه، ونص على أن تصرفاتهم لا تعتبر باطلة إلا من تاريخ تسجيل طلب الحكم بالحجر، ولا يرفع الحجر إلا بحكم القاضي أيضاً.

وعلى ذلك إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر أو تسجيل طلب الحجر فإنه لا يكون باطلاً إلا في حالة ما إذا كانت حالة الجنون شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها.

(ب) الغفلة والسفه: جعل المشرع كلا من ذي الغفلة والسفه في حكم

(١) لما كان تقدير وجود عارض من هذه العوارض لدى الإنسان قد يكون محلاً للنظر واختلاف الرأي، لذلك رأى المشرع تركه للقاضي. (م ١١٣ مدني).

(٢) وذلك على خلاف الفقه الإسلامي الذي يفرق بين المعتوه المميز الذي يجعله ناقص الأهلية فقط، والمعتوه غير المميز الذي تنعدم أهليته.

الصبي المميز أي جعله ناقص الأهلية وهو حكم مستمد من المجلة.

فلسفيه وذي الغفلة أن يباشرا التصرفات القانونية النافعة نفعاً محضاً، وليس لهما أن يباشرا التصرفات الضارة ضرراً محضاً، أم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال.

وحماية للغير وضماناً لاستقرار المعاملات نص على أنه: (١)

- ١ - «إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفية بعد تسجيل قرار الحجر، سري على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام.
- ٢ - أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ...».

وإذا كان هذا هو الأصل العام بالنسبة لذي الغفلة والسفيه، بيد أن المشرع أجاز للقاضي أن يأذن لهما أن يقوموا ببعض التصرفات التي كانت في الأصل تعتبر غير صحيحة، وهذا ما يمكن أن يستخلص من نص المادة ٢١٧ موجبات لبناني والتي تعامل القاصر كمن بلغ سن الرشد في دائرة تجارته، خاصة وأن السفية وذي الغفلة بعد قرار الحجر يعتبران في حكم القاصر، والحالات التي تستثنى ويمكن استخلاصها هي:

الحالة الأولى: للسفيه أو لذي الغفلة التصرف في أمواله بالوقف أو بالوصية إذا أذنته المحكمة في ذلك، وقد راعى المشرع أن هذه التصرفات لا تخرج العين من ملك المتصرف حال حياته.

الحالة الثانية، السماح للسفيه أو لذي الغفلة أن يباشروا أعمال الإدارة بالنسبة للأموال التي أذن له بتسلمها.

ويتوسع بعض الفقه في الحدود التي يمكن للمحجور عليه لسفه أو لغفلة أن يتصرف فيها إذ يقيسون حالة المحجور عليه هذا بحالة الصبي المميز.

هذا ويلاحظ أنه إذا ما حكمت المحكمة بالحجر على المجنون والمعتوه أو ذي الغفلة والسفيه، وجب عليها أن تقيم على من يحجر عليه «قيماً» لإدارة أمواله ويشترط في القيم أن يكون عدلاً كفوفاً ذا أهلية كاملة، وتكون القوامة للأبن البالغ، ثم للجد، ثم لمن تختاره المحكمة، ويراعى أن حكمه هو حكم الوصي.

(١) انظر المواد ١١٥ و ١١٦ مدني مصري.

ثالثاً: تآثر الاهلية بالآالة الصأية (موانع الاهلية).

يقصد بموانع الاهلية قيام ظروف مادية أو قانونية أو طبيعية تحد من قدرة الإنسان على إبرام التصرفات القانونية على الرغم من كمال الإرادة والتمييز. فقد تكتمل الاهلية بكمال تمييز الشخص، ولكن يقوم به مانع يمنع من مباشرة التصرفات القانونية أو من الاستقلال بمباشرتها، وموانع الاهلية في القانون اللبناني مانع واحد هو المانع القانوني وهو الحكم بعقوبة جنائية أما المانع الصحي وهو إصابة الشخص بعاهة مزدوجة أو عجز جسماني والمانع المادي وهو الغيبة فلا مانع من الأخذ بها في القانون اللبناني لما تقتضيه الضرورة الناشئة عن قيام هذه الموانع^(١).

(١) الغيبة:

وفقاً لنصوص المواد ٨٤ - ٨٦ من قانون الولاية على المال، تقيم المحكمة وكيلاً عن الغائب كامل الاهلية، بشرط أن تكون قد إنقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه، وترتب على ذلك تعطيل مصالحه وذلك في إحدى الأحوال الآتية:

- إذا كان مفقوداً لا تعرف حياته أو مماته. إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم. إذا كان له محل إقامة أو موطن معلوم في خارج مصر واستحال عليه أن يتولى شؤنه بنفسه أو أن يشرف على من ينوبه في إدارتها.

في مثل هذه الأحوال تقيم المحكمة وكيلاً عن الغائب إذا لم يكن قد ترك وكيلاً عنه، أما إذا ترك الغائب وكيلاً عاماً تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي، وإلا عينت غيره، وتسري على وكيل الغائب الأحكام المقررة في شأن الأوصياء، وتنتهي الغيبة بزوال سببها أو بموت الغائب أو الحكم بموته.

(ب) الحكم بعقوبة جنائية:

وفقاً للمادة ٥٠ من قانون العقوبات اللبناني فإن «كل محكوم عليه بالاشغال الشاقة أو بالاعتقال يكون في خلال تنفيذ عقوبته في حالة الحجر وتنقل ممارسة حقوقه على أملاكه، ما خلا الحقوق الملازمة للشخص إلى

(١) انظر المواد من ٨٤ - ٨٦ من قانون الولاية على المال المصري.

وصي وفقاً لأحكام قانون الأحوال الشخصية المتعلقة بتعيين الأوصياء على المحجور عليهم، وكل عمل وإدارة أو تصرف يقوم به المحكوم عليه يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً مع الاحتفاظ بحقوق الغير من ذوي النية الحسنة...».

(ج) العاهة المزبوجة والعجز الجسماني الشديد:

تنص المادة ١١٧ مدني على أنه:

١ - «إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك.

٢ - ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها، متى صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعدة، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة». كما أن المادة ٨٠ من قانون الولاية على المال تنص على أنه يجوز للمحكمة أيضاً أن تعين مساعداً قضائياً للشخص إذا كان يخشى من انفراجه بمباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد.

فإذا تقررت المساعدة فلا يجوز للمصاحب ولا للمساعد أن ينفرد بالتصرف، بل يجب أن يشتركا معاً في إبرام التصرفات. فإذا انفرد المساعد بالتصرف فلا يكون تصرفه نافذاً في حق من تقررت مساعدته، وإذا انفرد من تقررت بمساعدته فيكون التصرف قابلاً للإبطال إذا كان التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة. وللمحكمة إذا اختلف المساعد ومن تقررت مساعدته في إبرام تصرف معين أن تأذن لأحدهما بإبرامه.

رابعاً: الولاية على المال.

لو أن المشرع قد وقف عند حد حرمان من ليس له أهلية أداء كالأطفال دون السابعة أو المجنون أو المعتوه أو من كانت أهليته ناقصة، كالسفيه وذوي الغفلة، أو من قام به مانع من مباشرة شئونه بنفسه، ولو أنه وقف عند هذا الحد، لكان في ذلك أضراراً بمركز هؤلاء الأشخاص من حيث لم يقصد، لذلك وضع القانون نظاماً لإدارة أموال هؤلاء الأشخاص والتصرف فيها، بما يحقق الغرض المقصود وهو المحافظة على هذه الأموال وتنميتها، ويعرف هذا النظام

بالولاية على المال.

فالولاية على المال معناه، السلطة التي يقرها القانون لشخص معين في ابرام التصرفات القانونية لحساب شخص آخر غير كامل الاهلية. وبناء على ذلك تختلف الولاية على المال عن أهلية الأداء^(١).

هذا وتتخذ الولاية على المال صورتين طبقاً لطريقة اختيار الشخص الذي تثبت له الولاية، فقد يكون تعيينه بنص القانون، وهذا هو الولي. وقد يكون تعيينه بالاختيار سواء كان عن طريق الولي أو المحكمة وهذا هو الوصي.

وجدير بالذكر أن مسألة الولاية على المال تخضع في لبنان لقواعد مختلفة باختلاف الطوائف. فالسنة والشيعية من المسلمين يخضعون لنصوص واردة في قانون تنظيم القضاء الشرعي، والدروز يخضعون لنصوص قانون الاحوال الشخصية الصادر سنة ١٩٤٨ والخاص بهم، والطوائف غير الاسلامية تخضع لنصوص واردة في قانون ٢ نيسان سنة ١٩٥١ ولهذا السبب فإن المقام، ونحن بصدد دراسة لنظرية القانون، لا يسمح بتقديم دراسة وافية، لذا نكتفي بالإشارة الى قانون الولاية على المال المصري.

- مراتب من تثبت لهم الولاية على مال القاصر وسلطاتهم: تثبت الولاية للأب على مال القاصر، أولاً لكونه أشد الناس حرصاً على أموال صغيره، ثم ثانياً، للوصي المختار من قبل الأب، احتراماً لنفس العلة، ثم ثالثاً، للجد الصحيح وهو من لا تفصله عن الصغير أنثى، ثم رابعاً للوصي الذي تعينه المحكمة.

(١) ولاية الأب والجد، تثبت الولاية للأب والجد بقوة القانون أي دون حاجة الى حكم من المحكمة. ولكن للمحكمة اذا أصبحت أموال الصغير في خطر أن تسلب ولاية الولي أو أن تحد منها، كما تحكم المحكمة بوقف الولاية اذا اعتبر الولي غائباً أو اعتقل تنفيذاً لحكم بعقوبة جنائية أو بالحبس مدة تزيد عن سنة. أما بالنسبة لسلطات الولي فهي على التفصيل التالي:

- التصرفات النافعة نفعاً محضاً، يجوز للأب والجد أن يقوموا بها

(١) انظر ما سبق، التمييز بين أهلية الأداء والولاية على المال، فقرة ١٠١ من نفس المؤلف.

بشرط ألا تكون محملة بأي التزامات ولا يلزم إذن المحكمة (كقبول الهبة والتبرعات).

- التصرفات الضارة ضرراً محضاً، لا يجوز للولي سواء كان أباً أم جداً أن يقوم بها، فلا يجوز التبرع إلا بإذن المحكمة على أن يكون الغرض من التبرع أداء واجب انساني أو عائلي.

- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، تنقسم هذه التصرفات الى أعمال إدارة وأعمال التصرفات الناقلة للملكية. فبالنسبة لأعمال الإدارة تتفق سلطات الأب مع سلطات الجد فلهما القيام بها، بيد أنه يستثنى من ذلك عدم جواز تأجير عقار القاصر لمدة تمتد الى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة إلا بإذن المحكمة. أما بالنسبة لأعمال التصرفات الناقلة للملكية، فنجد أن للأب أن يقوم بكافة التصرفات التي تدور بين النفع والضرر وإن كان يستثنى من ذلك حالات لا بد من القيام بها من إذن المحكمة أهمها:

- التصرفات في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها عن ثلاثمائة جنية.

- التصرف في عقار القاصر أياً كان قيمته إذا كان الطرف الآخر في العقد هو الولي نفسه أو زوجه أو أقاربه أو أقاربها الى الدرجة الرابعة.

أما بالنسبة للجد فإنه لا يتمتع بحرية التصرف في مال القاصر، بل لا بد من إذن المحكمة في كافة الأمور.

وسواء كان الولي هو الأب أو الجد، فليس له أن يباشر تصرفاً باسم القاصر مما يدخل في حدود ولايته إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا التصرف فيما يتعلق بماله هو.

(ب) ولاية الوصي: قد يختار الوصي من قبل الأب قبل وفاته، ولا عينت المحكمة وصياً. والمحكمة لا تحكم بتثبيت الوصي المختار من قبل الأب أو بتعيين وصي إلا إذا توافرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون في الوصي وهي أن يكون عدلاً كفئاً ذا أهلية كاملة، ويجوز عند الضرور تعيين أكثر من وصي.

هذا ويلاحظ أن سلطات الوصي أضيق من سلطات الولي، فلا بد من

أذن المحكمة، كما أنه يجب على الوصي أن يتسلم أموال القاصر، وأن يقوم على رعايتها وأن يبذل في ذلك عناية الشخص العادي.

الفرع السادس

مميزات الشخصية (الذمة المالية)

١٠٢ - يقصد بالذمة، مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات ذات قيمة مالية. من هذا التعريف يظهر أن الذمة لا تشمل من الحقوق والتزامات المتعلقة بالشخص إلا ما كان منها له قيمة مالية. وهي بهذا تتكون من عنصرين، عنصر ايجابي يشمل الحقوق، وعنصر سلبي يشمل التلزامات. ويدخل في العنصر الايجابي للذمة الحقوق المالية بجميع أنواعها سواء اكانت حقوقاً عينية، أما حقوقاً شخصياً (حق الدائنية)، أما الحقوق التي ليست لها قيمة مالية، كالحقوق العامة وحقوق الأسرة، فلا تعتبر عنصراً في الذمة. أما العنصر السلبي للذمة فيشمل التلزامات التي تقابل الحقوق الشخصية كما يشمل التكاليف العينية التي يقررها الشخص على أموال للغير ويسمى هذا الجانب من الذمة عنصر الديون، بيد أن هذا العنصر لا يشمل ما يسمى بالواجب العام الذي يلزم كافة باحترام حقوق الغير، لأن الواجب العام ليس التزاماً بالمعنى الدقيق.

والذمة بهذا المعنى ليست قاصرة على الحقوق والتلزامات التي للشخص أو عليه في وقت معين وإنما تشمل أيضاً ما يتوجب من هذه الحقوق والتلزامات في المستقبل.

الصلة بين الذمة والشخصية: لما كانت الذمة هي مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات قيمة مالية. ولما كان من يكتسب الحقوق ويتحمل بالتزامات هم الأشخاص دون غيرهم، كان من اللازم أن تقوم الذمة خاصة بشخص معين، لذا فالصلة وثيقة بين الشخصية والذمة. وقد أطلق على هذا التصور للذمة اسم «نظرية الشخصية». ولكن فريقاً من الفقهاء حاول الفصل بين الذمة وبين الشخصية واعتبر أن الذمة مجموعة من

الحقوق والالتزامات تخصص لغرض معين، بصرف النظر عن وجود شخص تستند إليه، فكلما وجدت مثل هذه المجموعة كانت هناك ذمة مالية: وهذه ما تسمى «بنظرية التخصيص» بيد أن هذا الموضوع قد أثار خلافاً وجدلاً كثيراً ليس هنا مجال تفصيله^(١).

ومما هو جدير بالذكر أن الاتجاه عندنا يناصر نظرية الشخصية ولا يزال جانب كبير من الفقه يتجه إليها. هذا و يترتب على التعريف السابق للذمة النتائج التالية:

(١) أن لكل شخص ذمة مالية، حتى ولو لم يكن له أي حق، ولو لم يلتزم بأي التزام. فالطفل دون السابعة له ذمة مالية، لأنه صالح لأن يكتسب الحقوق ويتحمل بالالتزامات.

(٢) لا تثبت الذمة إلا للأشخاص وحدهم. أما الكائنات الأخرى فليست لها ذمة مالية:

(٣) يترتب على ارتباط الذمة بالشخص أنه لا يجوز التنازل عنها وأن كان من الجائز التصرف في عناصرها فقط.

الأهمية العلمية لفكرة الذمة المالية: يفاى على التعريف المتقدم للذمة، يمكن استخلاص الأهمية العملية لفكرة الذمة والذي يتمثل في فكرة الضمان العام الذي للدائنين على ذمة المدين، وفي القاعدة التي تنص على أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون.

(١) فاللدائن حق الضمان العام على ذمة مدينه، ولا يقع هذا الضمان على مال معين من أموال المدين، وإنما يقع على ما يوجد في ذمته من أموال سواء كانت موجودة وقت نشوء الدين أم وجدت فيما بعد، والقول بأن حق الدائن يقع على ذمة المدين وليس على مال معين منها فيه فائدة للدائن وفيه فائدة للمدين:

(١) ففائدة الدائن تظهر في أن حق الضمان العام ساوى بين جميع

(١) للتوسع في موضوع الذمة المالية: أنظر بصفة خاصة رسالة الدكتور اسماعيل غانم عن فكرة الذمة المالية باللغة الفرنسية مطبوعة بالقاهرة عام ١٩٥٧.

الدائنين العاديين في استيفاء حقوقهم، ولا يكون لأحدهم أفضلية أو تقدم الا اذا كان له تأمين خاص على مال معين من اموال المدين كحق رهن أو حق امتياز.

(٢) أما فائدة المدين فتظهر في أن حق الضمان العام الذي للدائنين على امواله، لا يغل يده فلا يمنعه من التصرف في امواله، طالما أنه ليس في هذا التصرف تواطؤ أو نشأ اضراراً بحقوق الدائنين.

(٣) كذلك تبرر فكرة الذمة المالية قاعدة لا تركة الا بعد سداد الديون فالقاعدة أن الذمة المالية تنتهي بموت صاحبها، ولما كان ذلك قد يضر بدائني المتوفي نتيجة انتقال اموال التركة الى الورثة.. لذلك يقال بأن تركة المتوفي تبقى على ذمته حكماً الى أن تسدد ديونه. والقول ببقاء ذمة المتوفي حكماً يسمح ببقاء الحقوق والالتزامات التي كانت تشغلها الى أن تسدد الديون ثم يؤول ما تبقى بعد ذلك من اموال الى الورثة^(١).

المطلب الثاني

الشخص المعنوي

١٠٣ - لما كان الانسان جهده محدود. وعمره موقت، ولما كانت هناك من الأغراض ما يعجز الانسان عن تحقيقها بمفرده، بل قد تحتاج الى تضافر الجهود، أو الى كثرة من الاموال لا يقوى عليها الانسان الفرد. ولما كان لا يوجد تلازم بين الشخصية وبين الصفة الانسانية، بدليل أنه قديماً لم يكن للارقاء شخصية رغم أنهم من بني الانسان وانما يراد بالشخصية في نظر القانون مجرد الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات وهذه الصلاحية ترتبها بوجود كائن متميز ذي قيمة اجتماعية معينة تجعله أهلاً لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات.

لكل ذلك انتهى العلم القانوني الى الاعتراف بالشخصية لمجموعات من

(١) عبد الوودود يحيى، محاضرات في المدخل لدراسة القانون، (نظرية الحق) ٩٦٧ - ١٩٦٩ ص ٦١.

الأشخاص تسعى لتحقيق غرض معين كالشركات والجمعيات، أو لبعض مجموعات الأموال رصدت لتحقيق غاية معينة كالمؤسسات.

لذلك فإنه يمكن القول بأن فكرة الشخصية الاعتبارية ليست سوى أداة من أدوات الصياغة القانونية تهدف إلى تحقيق الوحدة والاستمرار في نشاط قانوني يمس مصالح أفراد متعددين^(١).

فالشخص الاعتباري هو مجموعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال تسعى لتحقيق غرض معين، ويعترف له بالشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض، والاعتراف بالشخصية القانونية لمجموعة من الأشخاص أو لمجموعة من الأموال يجعل لها كياناً مستقلاً، وذمة مالية منفصلة عن ذمة الأفراد المكونين لها، لذا يترتب على هذا الاعتراف النتائج التالية:

١ - لا يتأثر وجود الشخص الاعتباري واستمراره في أداء مهمته بخروج أحد الأعضاء المكونين له أو بموته أو بإفلاسه.

٢ - طالما أن للشخص الاعتباري ذمة مالية مستقلة عن ذمة أعضائه المكونين له، فلا يجوز لدائني الأعضاء الحجز على ذمة الشخص الاعتباري.

٣ - ولكون الشخص الاعتباري له شخصية متميزة ومنفصلة عن شخصية منشئه، لذا لا يمكن أن تمتد إليه ورثة الأعضاء المكونين له.

٥ - أن الشخص الاعتباري لا يمنح من الشخصية القانونية إلا بالقدر اللازم لتحقيق أهدافه.

ولكي نعطي لمحة سريعة عن الشخص الاعتباري يلزم أن نعرض لبدء الشخصية الاعتبارية، ونهايتها، ولميزات الشخصية الاعتبارية في فرع، ثم لأنواع الشخصية الاعتبارية في فرع آخر. بيد أنه قبل الدخول في شرح هذين الفرعين، يجدر بنا أن نبين بإيجاز طبيعة ومقومات الشخصية الاعتبارية في فرع مستقل.

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ١٩٥ وما بعدها، اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٢٧.

الفرع الأول

طبيعة ومقومات الشخص الاعتباري

أولاً: طبيعة الشخص الاعتباري.

١٠٤ - لا شك أن كل القوانين الحديثة تعترف بوجود أشخاص اعتبارية الى جانب الأشخاص الطبيعية، ولكن هل يعني ذلك أن الشخص المعنوي، كالشخص الطبيعي تماماً؟ أم أن هناك اختلافاً في طبيعة كل منهما؟

اختلفت آراء الفقه حول طبيعة الشخص المعنوي ويمكن ردها الى ثلاث نظريات هي: نظرية الافتراض أو المجاز القانوني، نظرية الشخصية الحقيقية، نظرية الملكية المشتركة.

(١) - نظرية الافتراض القانوني (١)

تقوم هذه النظرية على أساس أن الإنسان وحده هو الذي يتمتع بوجود ذاتي مستقل في المجتمع، ولذلك فهو وحده الذي تثبت له شخصية قانونية حقيقية، أما سائر الكائنات الأخرى فليس لها وجود ذاتي، وبالتالي إذا سلم لها القانون بالشخصية القانونية، فإن شخصيتها لا تكون حقيقية، وإنما شخصية افتراضية أو مجازية.

ويترتب على هذا التصوير للشخصية الاعتبارية أن المشرع باعتباره خالق الشخصية الاعتبارية يستطيع أن يتحكم في انشائها وفي نشاطها وفي انقضاءها، فالشخصية الاعتبارية هي شخصية صناعية أو حكومية.

انتقدت هذه النظرية بأنه إذا كانت الشخصية الاعتبارية مجرد افتراض قانوني فإن هذا ينطبق على شخصية الدولة - وهي أهم الأشخاص الاعتبارية - وتكون الدولة كذلك مجرد افتراض قانوني، بيد أن أنصار هذه النظرية يستثنون الدولة من فكرة الافتراض.. وهذا الاستثناء وحده يهدم نظريتهم، لأنه إذا ما اعترفنا للدولة بالشخصية الاعتبارية الحقيقية فما هو المانع من

(١) في عرض هذه النظرية ونقدها، انظر حسن كبيرة، أصول القانون، ص ٦٢٢ وما بعدها وانظر المراجع المشار إليها في الهامش.

الاعتراف لغيرها من الأشخاص الاعتبارية الذين تتوافر فيهم مقوماتها؟

(٢) - نظرية الشخصية الحقيقية:

تقوم هذه النظرية على أساس أن الشخص الاعتباري له وجود حقيقي، فليس القانون هو الذي يوجده، بل إنه يفرض نفسه على القانون الذي لا يملك إلا أن يعترف به كما اعترف بالشخص الطبيعي.

فالشخص الاعتباري له وجود مستقل عن الأشخاص الطبيعيين الداخلين في تكوينه، وله أموال مخصصة لتحقيق أهدافه مستقلة عن أموال أعضائه المكونين له. هذا الوجود الاعتباري المستقل يكفي للتسليم بشخصية قانونية حقيقية، تفرض نفسها على القانون.

ويترتب على القول بأن الشخصية الاعتبارية شخصية حقيقية وليست افتراضية، أن الشخص الاعتباري يوجد بمجرد توافر مقوماته دون حاجة إلى تدخل من القانون، وليس للسلطة العامة أن تقيد من نشوء الأشخاص الاعتبارية أو تحد من نشاطها إلا بالقدر الذي يجوز لها فيه التدخل بالنسبة للأشخاص الطبيعية.

بيد أن هذه النظرية قد انتقدت لمبالغتها في تشبيه الشخص الاعتباري بالشخص الطبيعي، بالنسبة لوجوده وبالنسبة لسلطان المشرع عليه، في حين أنه من المسلم به في جميع الدول أن المشرع يستطيع أن يقيد أهلية بعض الأشخاص الاعتبارية أو حربتها بالنسبة لبعض الحقوق المدنية في حين أنه لا يستطيع ذلك بالنسبة للأشخاص الطبيعيين.

(٣) - نظرية الملكية المشتركة:

أنكر البعض فكرة الشخصية الاعتبارية، لأنه يمكن الاستعاضة عنها بفكرة الملكية المشتركة، وتفسير هذه الفكرة، أن الشخص الاعتباري عبارة عن مجموعة من الأموال خصصت لغرض معين، وأصحاب هذه الأموال هم الأشخاص الذين خصص هذا المال لمنفعتهم، غاية الأمر أنهم لا يملكون هذا المال، لا ملكية فردية، ولا ملكية شائعة، ولكنهم يملكونه ملكية مشتركة تجعل لكل منهم الحق في الاستفادة منه دون أن يكون لأي منهم حق التصرف فيه أو تقسيمه أو تحويله إلى ملكية خاصة.

بيد أن هذه النظرية قد انتقدت لاعتبارها المال العنصر الأساسي في الشخصية الاعتبارية في حين أن المال ليس إلا وسيلة لتحقيق الغرض الذي أنشئ من أجله الشخص الاعتباري، فضلاً عن أن كثيراً من الأشخاص لا يكون المال هو العنصر الأساسي فيها، كالدولة والنقابات والجمعيات الخيرية.

ثانياً: مقومات الشخص الاعتباري

١٠٥ - أياً ما كانت طبيعة الشخص الاعتباري، فإنه في الوقت الحاضر ضرورة اجتماعية لا يسع المشرع إلا أن يعترف بوجودها، ولكي يكون الشخص الاعتباري صالحاً لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، لا بد من يتوافر فيه مقومات وشروط يتطلبها القانون هي:

- ١ - جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال (العنصر المادي).
- ٢ - غرض ثابت تتألف الجماعة أو يرصد المال لتحقيقه، وبديهي أن الغرض الذي تسمى الجماعة لتحقيقه، أو يرصد المال من أجله يجب أن يكون غرضاً مشروعاً.
- ٣ - تنظيم خاص تعين بمقتضاه الهيئة التي تمثل الجماعة أو المؤسسة وتعتبر عن إرادتها.
- ٤ - اعتراف القانون بالشخصية الاعتبارية (العنصر الشكلي)، هذا الاعتراف يأخذ أحد صورتين إما اعترافاً عاماً، وإما اعترافاً خاصاً:

(١) - الاعتراف العام.

يكون عن طريق وضع تنظيم قانوني سابق لنماذج معينة من جماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال. إذا ما تحققت في صورة فعلية اكتسبت هذه الجماعة أو المجموعة الشخصية المعنوية بقوة القانون، ولذلك يطلق على الاعتراف مبدأ التنظيم القانوني.

(٢) - الاعتراف الخاص أو ما يسمى بنظام الترخيص.

فيقصد به أن يصدر ترخيص أو إذن خاص من المشرع أو السلطة التي يخولها ذلك، لقيام الشخصية الاعتبارية لكل حالة على حدة. هذا الاعتراف لا يصدر إلا إذا توافرت المقومات السابقة، لذا يقال أن الاعتراف في هذه الحالة

مباشراً وصريحاً. ولا تبدأ الشخصية الا من تاريخ صدور القرار بالاعتراف بها من السلطة المختصة.

وتطبيقاً لذلك نجد قانون البلديات في لبنان يعترف بالشخصية المعنوية لجميع البلديات، اعترافاً عاماً كما نجد قانون التجارة اللبناني يعترف بهذه الشخصية اعترافاً عاماً بالنسبة للشركات. اضافة الى ذلك فالمرسوم اللبناني يرخص في قيام بعض الاشخاص المعنوية بمقتضى اذن خاص، مثال ذلك ما ينص عليه قانون الضمان الاجتماعي من اصفاء الشخصية المعنوية على الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي.

الفرع الثاني

بداية الشخصية ونهايتها والخصائص المميزة لها

١٠٦ - أولاً: بداية الشخصية الاعتبارية ونهايتها.

رأينا كيف تبدأ الشخصية الاعتبارية، بعد توافر مقوماتها والشروط المنصوص عليها قانوناً، وذلك بالاعتراف بها. هذا الاعتراف، كما عرضنا، اما أن يكون عاماً، واما أن يكون خاصاً. فاذا كان الاعتراف عاماً فلا تبدأ الشخصية الا اذا توافرت المقومات المطلوبة قانوناً، وبمجرد توافرها تثبت لمجموعة الاشخاص أو لمجموعة الاموال الشخصية الاعتبارية، دون حاجة الى اعتراف أو موافقة خاصة. واذا كان الاعتراف خاصاً، فلا تثبت الشخصية الا من تاريخ صدور القرار بالاعتراف بها من السلطة المختصة.

اما عن نهاية الشخص الاعتباري، فقد ينتهي بحول الاجل، كما اذا نص في عقد تأسيسه على انتهائه بفوات مدة معينة عشر سنوات مثلاً. كما أنه ينتهي بتحقيق الغرض المقصود من الشخص الاعتباري أو باستحالة تحقيقه. ايضاً ينتهي باختلاط الشخصية الاعتبارية بالشخصية الطبيعية، كما إذا مات احد الشركاء ولم يكن له ورثة، فان الشخص الاعتباري ينقضي، لانه لو بقي لاختلط بشخصية الشريك الباقي على قيد الحياة. كذلك ينتهي الشخص الاعتباري باتفاق جميع الشركاء. وأخيراً قد ينتهي عن طريق صدور قرار

بحله. هذا القرار قد يصدر من سلطة ادارية، وقد يصدر من سلطة قضائية.

١٠٧ - ثانياً: مميزات الشخص الاعتباري.

يتميز الشخص الاعتباري، كما يتميز الشخص الطبيعي، باسم، وموطن. وحالة، وأهلية، وذمة مالية.

١ - اسم الشخص المعنوي:

لكل شخص معنوي اسم يميزه عن غيره من الاشخاص، ويشترط القانون عادة ذكر اسم الشخص الاعتباري في السند المنشئ له. ويشق اسم الشخص الاعتباري عادة من الغرض الذي أنشئ الشخص من أجل تحقيقه.

وقد يمارس الشخص الاعتباري التجارة تحت اسمه.. فيكتسب الاسم قيمة مالية، مما يجوز التصرف فيه والنزول عنه، بشرط ألا يتم ذلك مستقلاً عن المحل التجاري.

وكما يحمي القانون حق الشخص الطبيعي على اسمه، فهو يحمي حق الشخص الاعتباري على اسمه فيكون لهذا الشخص طلب وقف أي اعتداء على اسمه مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.

٢ - موطن الشخص المعنوي:

للشخص الاعتباري، موطن يعتبر المقر القانوني له. وقد حدد المشرع موطن الشخص الاعتباري بأنه المكان الذي يوجد فيه مركز ادارته (م ٢/٥٣ مدني) أي المكان الذي توجد فيه الهيئات التي تتولى الاشراف على نشاط الشخص قانونياً ومالياً وادارياً. ويلاحظ أن مركز الادارة قد يختلف عن مركز الاستغلال.

وإذا كان للشخص الاعتباري فروع في أماكن مختلفة، فيكون المكان الذي يوجد به كل فرع منها موطناً خاصاً بالأعمال المتعلقة بهذا الفرع.

وجدير بالذكر أن الشركات التي يكون مركز ادارتها الرئيسي بالخارج وتباشر نشاطها بمصر يكون مركز ادارتها بالنسبة للقانون الداخلي، المكان الذي توجد فيه الادارة المحلية، وهذا هو الشأن، فيما يبدو أيضاً، بالنسبة للمشرع اللبناني، فبالرغم من أن القانون اللبناني لا يتضمن نصاً عاماً كنص

المادة ٢/١١ و ٢/٥٣ مدني مصري، الا أن هذا القانون قد تضمن تطبيقات للمعيار الوارد بها من ذلك ما تنص عليه المادة ٨٠ من قانون التجارة اللبناني بعد تعديلها بقانون ٣٠ أيلول سنة ١٩٤٤ من أن جميع الشركات المؤسسة في لبنان، يجب أن يكون مركزها الرئيسي في الأراضي اللبنانية، وأن هذه الشركات تكون حكماً من الجنسية اللبنانية بالرغم من كل نص مخالف.

٢ - حالة الشخص الاعتباري:

تحدد حالة الشخص الطبيعي بعاملي الأسرة والجنسية، ولما كان لا يوجد للشخص الاعتباري أسرة ولا دين، لذا تبقى الجنسية. ولقد ثار الخلاف بين الفقهاء حول ما إذا كان للشخص الاعتباري جنسية أم لا، والرأي السائد هو التسليم بأن له جنسية والهدف الاساسي من تحديد جنسيته هو معرفة القانون الذي يسري على نظامه القانوني من حيث نشأته ونشاطه وانقضاؤه. وعما إذا كان يعتبر الشخص الاعتباري وطنياً إذا كان مركز ادارته الرئيسي الفعلي بمصر، أم أجنبياً إذا كان مركز الادارة بالخارج.

٤ - اهلية الشخص الاعتباري:

معروف أن الاهلية نوعان: اهلية وجوب مناطها الشخصية نفسها واهلية أداء مناطها التمييز والادراك:

(١) اهلية الوجوب، فيما يتعلق بهذه الاهلية، نجد أن الشخص الاعتباري يختلف عن الشخص الطبيعي فيما يتعلق بصلاحيته لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات من ناحيتين:

الاولى: أن الشخص المعنوي ليس انساناً، لذا لا تثبت له الحقوق اللازمة لصفة الانسان الطبيعية، وهذا ما نص عليه القانون من أن الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق الا ما كان منها ملازماً لصفة الانسان الطبيعية، تلك هي الحدود التي قررها القانون، لذا لا تثبت له حقوق الأسرة لأنه ليس عضواً فيها، ولا بحق أو بواجب مما يفترض وجود كيان مادي أو معنوي، كالحق في الحياة وفي سلامة الجسم وواجب أداء الخدمة العسكرية.

اما الحقوق التي تهدف الى حماية الكيان الادبي للشخص فلا يوجد ما

يحول دون ثبوتها للشخص الاعتباري، كالحق في المحافظة على سمعته،
وكالحق على اسمه^(١).

أما ما يتعلق بالحقوق الذهنية، فبالرغم من أن الشخص الاعتباري لا
يفكر، مما قد يؤدي إلى القول أنه لا يمكن أن يكون صاحب إنتاج عقلي
وبالتالي لا تثبت له الحقوق الذهنية، إلا أن المشرع عندما يخوله كافة حقوق
المؤلف على المصنفات الجماعية التي يشترك في وضعها عدة أفراد بتوصية
من ممثلي الشخص الاعتباري بحيث يندمج عمل المشتركين فيها في الهدف
العام الذي قصد إليه هذا الشخص^(٢).

الناحية الثانية:

يلاحظ أن الشخص المعنوي لم ينشأ إلا لتحقيق غرض معين، ولهذا
كانت أهلية الوجوب بالنسبة له محدودة بحدود هذا الغرض، وهذا ما يعبر عنه
بمبدأ التخصيص.

(ب) أهلية الأداء: عرفنا أن مناط أهلية الأداء هو الإدراك والتمييز، أي
القدرة على مباشرة التصرفات القانونية ولما كان الشخص الاعتباري لا يملك
القدرة على التعبير وليس له إدراك أو تمييز لذا نتساءل، هل له أهلية أداء أم
لا؟ اختلف الفقه في هذا الصدد، ويمكن القول مع البعض^(٣) أنه ليس له أهلية
أداء، وأن تصرفاته القانونية يباشرها بالنيابة عنه شخص طبيعي متمتعاً
بالتمييز والإدراك.

٥ . الذمة المالية للشخص الاعتباري: يكون للشخص الاعتباري ذمة
مالية مستقلة عن ذمم الأشخاص المكونين له، ويترتب على ذلك أن أمواله تكون
ضامنة للوفاء بديونه وحدها، كما أن حقوقه لا تضمن إلا ديونه هو، وبالتالي لا
يجوز لدائني الشخص الاعتباري أن ينفذوا على الأموال الخاصة بأعضائه
والعكس صحيح.

بيد أنه يستثنى من هذا الأصل بعض الحالات التي تكون فيها ديون

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

(٢) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق.

(٣) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٢٠١.

الشخص الاعتباري مضمونة بالأموال الخاصة بأعضائه، كما هو الحال (في شركات التضامن).

الفرع الثالث

انواع الاشخاص الاعتبارية

١٠٨ - تنقسم الاشخاص الاعتبارية الى قسمين رئيسين: الاشخاص الاعتبارية العامة والاشخاص الاعتبارية الخاصة، ولما كان القسم الاول تدخل دراسته، من حيث تنظيمه وبيان أغراضه، ضمن قواعد القانون العام لذا نقصر دراستنا على الأشخاص.

هذه الأشخاص الاعتبارية الخاصة، اما أن تكون جماعات اشخاص، واما أن تكون مجموعة أموال، وهذا ما ندرسه في الآتي:

أولاً: نخصصه لجماعات الأشخاص (الشركات، الجمعيات).

ثانياً: ندرس فيه مجموعات الأموال.

أولاً: جماعات الأشخاص

(الشركات والجمعيات)

١٠٩ - ١ - الشركات.

الشركات شخص معنوي ينشأ بمقتضى عقد يلتزم فيه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ من هذا المشروع من ربح أو خسارة.

والشركات اما أن تكون شركات مدنية تتكون للقيام بأعمال مدنية كالاستغلال الزراعي وإصلاح الأراضي، واما أن تكون شركات تجارية تتكون بقصد القيام بأعمال تجارية كالشراء بقصد إعادة البيع.

هذا وقد بين القانون التجاري أنواعاً مختلفة للشركات التجارية:

١ - شركات التضامن وهي التي تقوم على الثقة بين أعضائها كل منهم في شخص الآخر. ويعتبر كل الشركاء في شركات التضامن مسئولون بالتضامن في أموالهم الخاصة عن ديون الشركة.

٢ - شركات المساهمة وهي التي لا تكون شخصية الشركاء فيها محل اعتبار، بل يكون الاعتبار لرأس مال الشركة الذي يقسم الى أسهم متساوية تكون قابلة للتداول (أي يمكن التصرف فيها بالبيع أو بالهبة أو بغيرها من التصرفات الى الغير). وتتحدد مسئولية كل شريك فيها بقيمة ما يملكه من أسهم فلا تتعدى ذلك الى أمواله الأخرى.

٣ - شركات التوصية، وهي شركات تعتبر مزيجاً من النوعين السابقين حيث تتكون من فريقين من الشركاء، شركاء متضامنين يسأل كل منهم عن ديون الشركة في أمواله الخاصة، وشركاء موصين لا يسأل كل منهم الا في حدود نصيبه في رأس المال.

وتعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر التي يقررها القانون.

بيد انه وان كانت هذه الشركات لها الشخصية القانونية جميعاً، الا أن شركات المساهمة وحدها هي التي يتوافر فيها جميع مميزات الشخص الاعتباري، أما شركات التضامن وشركات التوصية والشركات المدنية فلا تنفصل فيها تماماً مالية الشريك عن مالية الشركة. وتنقضي الشركة بانقضاء الأجل أو بتحقيق الغرض أو بهلاك مالها أو بحلها بحكم قضائي أو بموت أحد الشركاء أو افلاسه اذا كانت شركة اشخاص. والأصل أن تزول عن الشركة شخصيتها بمجرد انقضائها، ومع ذلك فهذه الشخصية تبقى بالقدر اللازم للتصفية والى أن تنتهي هذه التصفية (م ٥٢٣ مدني مصري وم ٩٢٥ موجبات).

١٠٥ - ب - الجمعيات.

الجمعية عبارة عن جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة وتتألف من أشخاص طبيعية أو اعتبارية لغرض غير الحصول على ربح مادي،

لذا فإن الجمعية تتميز بالآتي:

- فهي جماعة من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، هم أعضاء الجمعية بشرط ألا يقل عن عدد معين^(١).

كما تتميز بطابع الاستمرار في تنظيمها، ولا يعني هذا أن الجمعية يجب أن تكون مؤبدة، فقد تكون لمدة معينة، بل المقصود بالاستمرار في التنظيم هو التمييز بين الجمعيات والاجتماعات العرضية كقيام جماعة برحلة معينة.

- وتتميز بأنها لا تهدف إلى تحقيق ربح وهذا ما يميزها عن الشركة يستوي بعد ذلك عما إذا كان الهدف أو الغرض عاماً أو خاصاً.

هذا وتنشأ الجمعية عن طريق وضع نظام لها مكتوب موقع من المؤسسين ويلاحظ أن الكتابة هنا شرط للانعقاد وليس للاثبات. ويلاحظ أنه لا تثبت الشخصية القانونية للجمعية بمجرد انشائها بل لا بد من شهرها ويكون ذلك عن طريق شهر نظامها بقيدته في السجل المعد لذلك، وينشر ملخص القيد في النوقائع الرسمية (م ١٠). وفائدة هذا القيد أن ييسر الرقابة على الجمعية، ويمكن الناس من التعرف على وجود الجمعية وعلى نظامها.

هذا وتنقضي الجمعية بالحل والحل قد يكون اختيارياً ويكون بقرار من الجمعية العمومية بأغلبية ثلثي الأعضاء ما لم ينص في نظام الجمعية على أغلبية أكثر (م ٤٢) وقد يكون الحل اجبارياً ويكون بقرار من وزير الشؤون بناء على أسباب معينة حددها القانون (م ٥٧).

ثانياً: مجموعات الأموال

١٠٦ - تتجسد مجموعات الأموال حالياً فيما يسمى بالمؤسسات الخاصة وبالوقف والوقف نوعان: أهلي وخيري، وفي لبنان يعرف الوقف الأهلي بالوقف الذري. وينظم أحكام هذا الوقف قانون الأوقاف الذرية الصادر في ١٠ آذار سنة ١٩٤٧ المعدل بالقانون الصادر في ٩ تشرين الثاني سنة ١٩٥١، وقد ضيق

(١) يشترط القانون ألا يقل هذا العدد عن عشرة، المادة الأولى من قانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤.

المشرع اللبناني من نطاق هذا النوع من الوقف، فلم يجزه لأكثر من طبقتين وترفض في تصفيته إذا طلب أحد المستحقين ذلك من المحكمة المدنية المختصة.

تعريف المؤسسة الخاصة: هي مال معين أو مجموعة من الأموال يخصص أو تخصص مدة غير معينة لعمل صفة انسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو لأي عمل آخر من أعمال البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام، دون قصد إلى ربح مادي (م ٦٩ من قانون الجمعيات والمؤسسات).

وبناء على هذا التعريف يتضح أن المؤسسة الخاصة تختلف عن الجمعية في ناحيتين: الأولى: أنها تقوم على مال أو مجموعة من الأموال، أما الجمعية فتقوم على مجموعة من الأشخاص.

والثانية: أن الهدف المراد تحقيقه يجب أن يكون عاماً بعكس الجمعية التي هدفها هو تحقيق مصلحة خاصة لأعضائها.

بيد أن المؤسسة الخاصة تتفق مع الجمعية في أن كلا منهما لا يهدف إلى تحقيق الربح.

هذا وتنشأ المؤسسة، إما بسند رسمي يقوم بتحريره موثق في حدود اختصاصه وفقاً للقانون، وقد تنشأ بوصية إذا ما أراد شخص تخصيص مال أو بعض الأموال بفرض من هذه الأغراض بعد وفاته وعندئذ لا تنشأ المؤسسة إلا بوفاء الموصي ولا يشترط فيها الشكل الرسمي.

ولكن المؤسسة لا تكتسب الشخصية القانونية إلا بشهر نظامها.

وتنقضي المؤسسة بالحل الاجباري فقط ويكون ذلك بقرار من الجهة المختصة.

المبحث الثاني

محل الحق

١٠٧ - محل الحق قد يكون شيئاً وقد يكون عملاً. فإذا كان الحق عينياً كان محله بالضرورة شيئاً مادياً كحق الملكية، لكون الحق العيني يعطي

صاحبه سلطة مباشرة على شيء مادي. أما اذا كان الحق المالي حقاً شخصياً فان محله يكون عملاً يقوم به المدين، لكون الحق الشخصي أو حق الدائنية سلطة للدائن في اقتضاء عمل من جانب المدين سواء كان هذا العمل ايجابياً أو سلبياً.

وبناء على ذلك سنقسم دراستنا لمحل الحق الى مطلبين:

المطلب الاول: ندرس فيه الاشياء.

المطلب الثاني: نخصصه لدراسة الاعمال.

المطلب الاول

الاشياء

١٠٨ - الشيء هو كل ما له كيان ذاتي مستقل ومنفصل عن الانسان سواء كان هذا الكيان مادياً يدرك بالحس، أو معنوياً لا يدرك الا بالتصور.

مركز تحقيق بحوث علوم إسلامي

وجدير بالذكر أنه ينبغي عدم الخلط بين «الشيء» و«المال» فالمال يقصد به الدلالة على الحق ذي القيمة المالية، أي ما كان نوعه، وأيا ما كان محله شيئاً أو عملاً. أما الشيء فيقصد به الدلالة على ما يصلح محلاً مباشراً للحقوق التي يخول التسلط والاقتضاء.

ولما كان الشيء يصلح أن يكون محلاً للحق العيني والحق الذهني دون الحق الشخصي أو حق الدائنية، ولما كان يمكن تقسيم الاشياء الى عدة تقسيمات سواء من حيث التعامل، أو الثبات، أو تكرار الاستعمال، لذا نقسم هذا المطلب الى فرعين.

الفرع الاول: ندرس فيه الاشياء التي يمكن أن تكون محلاً للحقوق.

الفرع الثاني: نخصصه لدراسة تقسيمات الحقوق.

الفرع الأول

الأشياء التي يمكن أن تكون محلاً للحقوق

١٠٩ - الأشياء المادية هي التي تصلح محلاً للحقوق العينية، أما الأشياء المعنوية فتكون محلاً للحقوق الذهنية، بيد أنه لا تصلح كل الأشياء المادية لأن تكون محلاً للحقوق. حيث يتضح أن هناك نوعين من الأشياء لا تصلح محلاً للحقوق، الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها، والأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون.

أولاً: فالأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها أي الأشياء التي يشترك الناس كافة في الانتفاع بها ولا يحول انتفاع أحدهم دون انتفاع الآخرين، كالهواء وأشعة الشمس ومياه البحار.

بيد أنه إذا أمكن الاستئثار بهذه الأشياء وحيازتها كالهواء المضغوط لأغراض صناعية، فعندئذ يكون هذا المقدار محلاً للحق.

ثانياً: أما الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون فهي نوعان: الأول، أشياء عامة، وهي الأشياء المخصصة للمنفعة العامة، كالشوارع والمباني الحكومية، وهذه لا تصلح أن تكون محلاً لحقوق خاصة تتقرر للأفراد لتعارض ذلك مع تخصيصها للمنفعة العامة، النوع الثاني، وهي الأشياء التي يرى القانون أن التعامل فيها يخل بالنظام العام أو الآداب. كالاتجار في المخدرات.

بيد أنه إذا كان الشيء خارجاً عن دائرة التعامل بحكم القانون، فإن ذلك لا يمنع من أن القانون نفسه قد يجيز التعامل بالنسبة لهذه الأشياء على سبيل الاستثناء وبقيود معينة كما هو الشأن في السماح باستعمال المخدرات في الأغراض الطبية.

الفرع الثاني

تقسيمات الأشياء

١١٠ - يمكن تقسيم الأشياء الى تقسيمات كثيرة تختلف باختلاف أساس التقسيم، فتنقسم الى أشياء عامة وأشياء خاصة، وإلى أشياء مادية وأشياء معنوية، وإلى أشياء قابلة للاستهلاك وغير قابلة للاستهلاك، وإلى أشياء مثلية وقيمية، وإلى أشياء ثابتة (عقارات) وغير ثابتة (منقولات) بيد أننا سنقتصر بحثنا على التقسيمات الثلاثة الأخيرة.

أولاً: الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء غير القابلة للاستهلاك:

تنقسم الأشياء من حيث صلاحيتها للاستعمال الى أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك.

(١) فالأشياء القابلة للاستهلاك:

هي تلك التي تستهلك من أول استعمال لها، هذا الاستهلاك قد يكون مادياً عن طريق القضاء على مادة الشيء أو بتغيير صورته، فاستهلاك الطعام يكون بأكله، واستعمال الأقمشة يؤدي إلى استهلاكها بتحويلها إلى ملابس، وقد يكون الاستهلاك قانونياً عن طريق التصرف في الشيء إلى الغير، فاستعمال النقود يؤدي إلى استهلاكها استهلاكاً قانونياً.

(٢) أما الأشياء الغير قابلة للاستهلاك:

فهي التي يتكرر استعمالها دون أن تستهلك كالسيارات والمنازل ولا يؤثر في وصفها هذا ما يؤدي إليه استعمالها من نقص في قيمتها أو متانتها.

وترجع قابلية الشيء للاستهلاك بمجرد أول استعمال من عدمه، بحسب الأصل لطبيعة الشيء ذاته، بيد أن إرادة الأفراد يمكنها أن تجعل من الشيء القابل للاستهلاك بطبيعته غير قابل للاستهلاك، وذلك إذا خصص الشيء لاستعمال غير الاستعمال الذي أعد له بطبيعته (م ٨٤ مدني) كالنقود التي تعرض في معرض مدة معينة، حيث تصبح غير قابلة للاستهلاك على خلاف الأصل.

لكن ما أهمية هذا التقسيم؟

تبدو أهمية هذا التقسيم في الآتي:

- الحقوق العينية التي تخول صاحبها سلطة الاستعمال أو الاستغلال أو السلطتين معاً دون سلطة التصرف، كحق الانتفاع أو حق الاستعمال يكون محلها أشياء غير قابلة للاستهلاك.

- بعض العقود كمقد الإيجار والعارية تخول المستأجر أو المستعير الانتفاع بالشيء ثم رده عند انتهاء المدة ترد على أشياء غير قابلة للاستهلاك حتى يمكن ردها.

ثانياً: الأشياء المثلية والأشياء القيمة.

(١) الأشياء المثلية:

هي الأشياء التي لا تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به، وهي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعد أو الوزن أو الكيل أو المقاس، كالقمح والسكر والنقود والأقمشة.

ونتيجة هذا التماثل يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء، فإذا إلتزم شخص بأن يسلم خمسة أردب أرز الموجودة في مخزنه ثم هلك قبل التسليم، وجب عليه أن يسلم هذه الكمية رغم الهلاك لوجود هذا النوع في الأسواق.

(٢) الأشياء القيمة:

هي الأشياء التي تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به كالمنازل والحيوانات ولهذا تعين في التعامل بذاتها.

لكن ما هي أهمية هذا التقسيم؟

تبدو أهمية هذا التقسيم في الآتي:

- من حيث الوفاء يكون الوفاء بالالتزام الذي محله شيء قيمى باعطاء نفس الشيء المتفق عليه في العقد، ولا يجبر الدائن على قبول شيء غيره، بعكس الوفاء بالالتزام الذي محله شيء مثلي.

- من حيث انتقال الملكية، إذا كان محل الالتزام شيء قيمى فإن ملكيته تنتقل فور التعاقد لكون الشيء القيمى معيناً بالذات، أما إذا كان محل الالتزام

شيء مثلي، فلا تنتقل الملكية الا بالاقرار، لكون الشيء المثلي معيناً بالنوع.
- من حيث المقاصة، لا تقع المقاصة الا بين دينين متقابلين محل كل منهما شيء مثلي.

- من حيث استحالة التنفيذ، اذا التزم شخص بشيء قيمى وهلك هذا الشيء بقوة قاهرة كحريق يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلأ فينقضي، أما اذا كان الالتزام باعطاء شيء مثلي، فلا يمكن أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلأ بسبب الهلاك لوجود مثل هذا الشيء في الاسواق ولذلك يقال أن المثليات لا تهلك.

ثالثاً: العقارات والمنقولات.

تنقسم الاشياء المادية من حيث الثبات وعدمه الى عقارات ومنقولات.
بيد أنه قبل أن نعرض لكل من العقارات والمنقولات، يجدر بنا أن نبين فائدة التمييز بينهما والتي تبرز في الآتي:
(١) هناك بعض الحقوق العينية، كحق الارتفاق والحكر والسكن والرهن الرسمي وحق الاختصاص، ترد فقط على عقار دون المنقول، أما غير ذلك من الحقوق العينية الاصلية او التبعية، فانها قد تنقرر على عقار أو منقول.
(٢) الاصل أن التصرفات التي يقصد بها انشاء أو نقل أو تغيير أو زوال حق عيني عقاري، كالملكية في العقار، تخضع لاجراءات شهر معينة (التسجيل والقيـد) فلا يكفي فيها التراضي، بعكس التصرفات في المنقولات المعينة بالذات حيث تنتقل الملكية بمجرد التراضي.

(٣) الحيـازة متـصـورة في كل من العقار والمنقول، بيد أن قاعدة الحيـازة في المنقول سند الحائز تكسب الملكية فوراً ما دام قد توافر لها السبب الصحيح وحسن النية، أما في العقار فلا يكفي مجرد الحيـازة والتصرف الصحيح وحسن النية لكسب الملكية، بل لا بد أن تستمر الحيـازة مدة التقادم الكسب القصير وهو خمس سنوات.

(٤) الأخذ بالشفعة لا يكون الا في العقارات دون المنقولات.

(٥) احاط المشرع واطع اليد على العقار (الحائز) دون المنقول بحماية

خاصة، فمنحه دعوى الحيازة ودعوى منع التعرض، ودعوى وقف الأعمال الجديدة، ودعوى استرداد الحيازة.

(٦) جعل المشرع الاختصاص في الدعاوى العقارية للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو أحد أجزائه استثناء من الأصل. أما الدعاوى المنقولة للمطالبة بأشياء منقولة، فإن الاختصاص فيها يكن للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه بحسب الأصل.

(٧) تساهل المشرع في اجراءات التنفيذ على المنقول دون العقار باعتبار الأخير عماد الثروة وحاجته للحماية والضمان.

(٨) قد يفرض المشرع بعض القيود على اكتساب الاشخاص حقوق على العقارات أو التصرف فيها. فالجمعيات، على سبيل المثال، لا يجوز لها أن تمتلك عقاراً الا بالقدر الضروري اللازم لتحقيق أغراضها، في حين أن ملكية الأشياء المنقولة لم يرد عليها مثل هذه القيود. بعد ذلك نوضح تقسيم الأشياء الى عقارات ومنقولات.

أولاً: العقارات.

الأصل أن العقارات هي كل شيء ثابت بطبيعته ولا يمكن نقله من مكانه دون تلف، وهذه هي العقارات بطبيعتها، ولكن المشرع مد هذا الوصف الى بعض المنقولات اذا توافرت فيها شروط معينة، وهي ما تسمى (العقارات بالتخصيص).

(١) العقارات بطبيعتها:

يعتبر عقاراً بطبيعته كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف. هذا التعريف ينطبق على الأراضي وما يتصل بها من مبان أو أشجار ما دام لا يمكن نقله من مكانه دون تلف. أما اذا أمكن نقلها دون تلف كانت منقولات كالأكشاك التي يمكن حلقها وإقامتها في مكان آخر دون تلف.

(٢) العقارات بالتخصيص:

هي في الأصل منقولات ولكن الذي خلع عليها صفة العقار هو تخصيصها لخدمة العقار واستغلاله كالمواشي والآلات الزراعية المرصودة لخدمة العقار.

بيد أنه يشترط في المنقول لكي يكون عقاراً بالتخصيص أن تتوافر فيه الشروط التالية:

- (أ) أن يكون هناك منقول بطبيعته، وهو ما يمكن نقله دون تلف.
- (ب) أن يكون هذا المنقول مملوكاً لصاحب العقار، والحكمة من ذلك أن المشرع أراد باعتبار بعض المنقولات عقارات بالتخصيص أن تلحق هذه المنقولات بالعقار عند التنفيذ على العقار أو التصرف فيه وهذا القصد لا يتحقق إلا إذا كان مالك العقار هو مالك المنقول المخصص لخدمته واستغلاله.
- (ج) أن يخصص هذا المنقول لخدمة العقار أو استغلاله، أي يشترط أن يكون التخصيص عينياً (موضوعياً) لا شخصياً، بمعنى أن يكون مقررراً لخدمة العقار أو استغلاله وليس لخدمة شخص ماله. ولا يشترط أن يكون تخصيص المنقول لخدمة العقار ضرورياً، بل يكفي أن يكون في هذا التخصيص فائدة للعقار، كما لا يشترط أن يكون التخصيص بصفة دائمة، بل يصح أن يكون مؤقتاً لفترة من الزمن.

حكم العقار بالتخصيص:

يهدف المشرع من اعتبار المنقول المخصص لخدمة العقار، عقار بالتخصيص وهو حسن استغلال ذلك العقار، وتجنب فصل تلك المنقولات رغم إرادة المالك من العقار الذي رسدها على خدمته واستغلاله تفادياً لتعطيل الانتفاع بالعقار.

لذا يترتب على اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص الآتي:

لا يجوز الحجز عليه منفصلاً عن العقار الذي خصص له كما أن كل الإجراءات أو التصرفات القانونية من رهن، ووصية، وبيع، كما ترد على العقار الأصلي ترد على العقار بالتخصيص.

بيد أنه يلاحظ أن اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص حكم لا يتعلق بالنظام العام، بل هو مقرر لمصلحة مالك العقار الذي يجوز له أن يتنازل عن الحماية التي قررها له القانون.

وأخيراً فإن صفة العقار بالتخصيص تظل ملازمة للشيء طالما كان مخصصاً لخدمة العقار، وبالتبعية تسري على هذا المنقول الأحكام الخاصة

بالعقار فاذا زال التخصيص زالت الصفة وتسري عليه احكام المنقول لا احكام العقار.

ثانياً: المنقولات.

عرف المشرع العقار وترك تعريف المنقول يستنبط عن طريق الاستبعاد، لذلك يمكن تعريف المنقول بأنه كل ما يمكن نقله من مكانه دون تلف، كالسيارات وأثاث المنزل، وهذه ما تسمى المنقولات بطبيعتها بيد أن المشرع أضفى صفة المنقول على بعض الأشياء الثابتة واعتبرها منقولات بحسب المال على اعتبار ما ستؤول اليه مستقبلاً.

(١) المنقولات بطبيعتها:

هي كل ما ليس عقاراً بالتخصيص ويستوي في هذا أن تكون أشياء مادية كالكتب أم معنوية كالإسم التجاري، واعتبار الأشياء المعنوية منقولات مستمد من نص المادة ٨٢ مدني بقولها: «وكل ما عدا ذلك من شيء غير منقول»، وبديهي فإن ذلك يشكل الأشياء المادية والمعنوية.

(٢) المنقولات بحسب المال:

هي بحسب الاصل عقارات وأشياء ثابتة متصلة بالأرض، بيد أن المشرع ينظر اليها باعتبار ما سيؤول اليه، إذ أنها ستصبح منقولات في وقت قريب كالمباني المعدة للهدم، والأشجار التي يراد قطعها.

حكم المنقولات بحسب المال:

يترتب على اعتبار عقاراً منقولاً بحسب المال أنه اذا بيعت هذه الأشياء فإن احكام بيع المنقول هي التي تسري عليه، كما أن المحكمة المختصة هي محكمة موطن المدعى عليه. كما أن نقل الملكية بالنسبة لهذه الأشياء لا يحتاج الى تسجيل.

بيد أنه يجب أن تتفق ارادة المتعاقدين على اعتبار الشيء منقولاً بحسب المال، والا لما أمكن اعتباره منقولاً، ومع ذلك فهناك حالة اعتبر فيها القانون الشيء منقولاً بحسب المال دون نظر الى ارادة المتعاقدين وهي حالة حجز الثمار المتصلة والمزروعات القائمة قبل نضجها بشرط ألا يكون الحجز قد وقع قبل نضج الثمار وبأكثر من خمسة وأربعين يوماً (م ٣٥٤ مرافعات).

المطلب الثاني

الاعمال

١١١ - عرضنا سابقاً بان محل الحق يكون شيئاً أو عملاً، وتكلمنا في الاشياء باعتبارها محلاً للحقوق التي تخول سلطة التسلط على الشيء، وبقي أن نعرض للأعمال باعتبارها محلاً للحقوق التي تخول صاحبها سلطة الاقتضاء وأبرزها الحق الشخصي أو حق الدائنية.

والعمل محل الحق الشخصي، قد يكون عملاً ايجابياً كالالتزام باقامة دار للحضانة وقد يكون عملاً سلبياً كالامتناع عن البناء في مكان معين والأعمال محل الحق لا يمكن أن تقع تحت حصر، تطبيقاً لمبدأ سلطان الادارة، وحريتها في أن تنشئ ما تشاء من الروابط القانونية التي يترتب عليها حقوق شخصية.

بيد أنه يشترط في الأعمال محل الحقوق الشخصية أن تكون ممكنة ومعينة أو قابلة للتعيين، وأن تكون مشروعة، وهي على النحو التالي:

(١) الامكان - يجب أن يكون العمل محل الحق الشخصي ممكناً، ويقصد بهذا الشرط ألا يكون العمل مستحيلًا في ذاته. ويقصد بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة، أي لا يستطيع أحد القيام به، أما إذا كانت الاستحالة نسبية. فإن هذا لا يمنع من قيام الالتزام، فقد يلتزم شخص مثلاً بعمل فني يكون مستحيلًا عليه. ولكنه لا يستحيل على شخص آخر من رجال الفن القيام به، ففي مثل هذه الحالة يوجد الالتزام صحيحاً ويجب على المدين أن يعرض عن الضرر الذي يحدث له بسبب عدم التنفيذ، وإذا كان الالتزام بعمل من شأنه أن يؤدي إلى نقل حق عيني أو انشائه (التزام باعطاء شيء) وجب أن يكون الشيء موجوداً وممكن الوجود، والا لا يكون هناك محل للالتزام.

هذا ويلاحظ أن الاستحالة المطلقة التي تمنع من نشوء الالتزام قد تكون مادية، كما إذا التزم شخص بأن يمكن آخر من الانتفاع بشيء سبق أن هلك كلية قبل ابرام العقد، وقد تكون استحالة قانونية كتعهد محام برفع استئناف عن حكم يعتبره القانون نهائياً لا يجوز استئنافه.

(٢) تعيين المحل أو قابليته للتعيين: يجب أن يكون محل الحق الشخصي معيناً أو قابلاً للتعيين. وتم تعيين المحل ببيان مواصفاته التي تجعل كل من الدائن والمدين على بينة من المطلوب، وفي حالة الالتزام باعطاء شيء يجب أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين، فإذا كان شيئاً معيناً بالذات كمنزل مثلاً، وجب تحديده تحديداً كافياً مميزاً له عن غيره، أما إذا كان الشيء معيناً بالنوع. كالقمح فيجب أن يذكر نوعه ومقداره ودرجة جودته.

(٣) مشروعية المحل . يجب أخيراً أن يكون محل الالتزام مشروعاً ويعتبر العمل مشروعاً إذا كان لا يخالف النظام العام والآداب وعلى ذلك لا يجوز أن يكون محل الحق ارتكاب جريمة أو تهريب مخدرات أو انشاء علاقة جنسية خارج نطاق الزواج، والا كان التزامه باطلاً.



مركز تحقيقات كميوتير علوم إسلامي

الباب الثاني

نشوء الحق واثباته واستعماله وانقضائه

١١٢ - عرفنا الحق بأنه سلطة يقررها القانون لشخص معين، بمعنى أن القانون هو الذي يمنح الحقوق، بيد أن ذلك لا يعني أن كافة الحقوق تثبت بقوة القانون لجميع الأفراد، بل يختلف الناس في مقدار ما لهم من حقوق بحسب ما يتوافر في جانبهم من أسباب معينة تؤدي إلى اكتساب هذه الحقوق. هذه الأسباب تعرف بمصادر الحق، وإذا ما ثار نزاع بصدد ما تعين اثباتها.

وإذا وجد الحق وجب على صاحبه أن يستعمله استعمالاً مشروعاً حتى يحقق المصلحة والهدف المرجو من تقرير الحق، دون أن ينتج عن هذا الاستعمال الأضرار بالغير.

كما أن هذه الحقوق التي تثبت للشخص ليست أبدية بل غالباً ما تنقضي إذا ما تحقق سبب من أسباب الانقضاء كما إذا تصرف فيها صاحبها بنقلها إلى الغير، أو إذا ما تقاعس عن الظهور بمظهر صاحب الحق. من أجل ذلك نقسم هذا الباب إلى فصول ثلاثة:

الفصل الأول: نعرض فيه لمصادر الحق وكيفية اثباته.

الفصل الثاني: نخصصه لدراسة استعمال الحق وحمايته.

الفصل الثالث: نعرض فيه لكيفية انقضاء الحق.

الفصل الأول

مصادر الحق وكيفية اثباته

١١٣ - عرفنا أن الحق يستند في وجوده الى القانون، بيد أن القانون هو المصدر غير المباشر لجميع الحقوق، أو المصدر البعيد، أما مصدر الحق المباشر فهو عبارة عن وقائع أو أحداث أو أعمال معينة يعتد بها القانون. والقانون في تقريره لهذه الوقائع أو الأحداث أو الأعمال قد يعتد أساساً بإرادة الأشخاص الذين يتقرر الحق لهم أو عليهم، وقد لا يقيم اعتباراً لهذه الإرادة ولذلك فإن مصادر الحق تنقسم الى الوقائع القانونية والتصرفات القانونية.

بيد أن ذلك لا يكفي لكي يتمتع أصحاب الحقوق بثمراتها بل قد يكون الحق منازعاً في وجوده وهنا يجب على صاحبه إثبات وجوده، أي إقامة الدليل على مصدر ذلك الحق.

مركز بحوث وتطوير علوم سودي

لذا نقسم هذا الفصل الى مبحثين:

ندرس في الأول مصادر الحق (الواقعة القانونية والتصرف القانوني) وندرس في الثاني إثبات الحق.

المبحث الأول

مصادر الحق

(الواقعة القانونية، التصرف القانوني)

المطلب الأول

الوقائع القانونية

١١٤ - هي كل واقعة أو حدث يعتد به القانون ويرتب عليها (عليه) أثراً معيناً وخاصة انشاء حق أو نقله أو انقضائه، دون أن يكون للارادة أي دخل في انتاج هذا الاثر، فالقانون يكتفي بالنسبة لهذه الوقائع بمجرد الوقوع المادي لها، ويربط بينه وبين ترتيب أثر قانوني معين؛ حتى في الصورة التي يكون فيها هذا الوقوع ارادياً فان الواقعة لا تنقلب الى تصرف قانوني^(١) لأن الارادة لا قيمة لها في نطاق الوقائع القانونية، لذلك لا يشترط توافر اكتمال اهلية الشخص كي تنتج هذه الوقائع أثرها^(٢).

هذا والوقائع القانونية بالمعنى المتقدم كثيرة ومتنوعة، ولكن ليس لها نظرية عامة كما هو الشأن بالنسبة للتصرف القانوني ويمكن ردها الى نوعين: وقائع طبيعية غير ارادية ووقائع اختيارية (اعمال مادية) من فعل الانسان.

أولاً: الوقائع الطبيعية.

هي التي تحدث بفعل الطبيعة دون أن يكون للانسان دخل في حدوثها وكثيراً ما يترتب عليها من آثار قانونية فتكون سبباً في اكتساب الحقوق أو انقضائها فالوفاة يترتب على حدوثها حقوق لورثة المتوفي، والالتصاق يترتب عليه كسب حق الملكية، كما يترتب على حدود فيضان هلاك الشيء محل الالتزام وبالتالي يعفى المدين من التزامه.

(١) أحمد سلامة، المرجع السابق ص ١٣٩.

(٢) البدر اوي وفتح، المرجع السابق ص ٥٤١.

فالواقعة الطبيعية يترتب عليها نشوء الحق أو انقضائه، وهي تقوم بهذا الدور بالنسبة للحقوق عينية كانت أو شخصية^(١).

ثانياً: الوقائع الانسانية أو الأعمال المادية.

هي الأعمال المادية التي تقع بفعل الانسان واختياره، فيرتب عليها القانون أثراً قانونياً بصرف النظر عن نية من صدرت منه، أي سواء قصد هذا الأثر أم لم يقصده، هذه الوقائع أيضاً قد تكون مصدراً للحقوق العينية أو الشخصية.

هذا وأهم هذه الوقائع القانونية الاختيارية: العمل أو الفعل الضار، وهو عمل يقوم به شخص ويترتب عليه ضرر بشخص آخر، فينشأ للمضرور حق في التعويض عن هذا الضرر، سواء كان الفعل عمدياً، كمن يطلق الرصاص على عدو له قاصداً قتله، أو كان الفعل قد تم نتيجة إهمال أو تقصير، كمن يقود سيارة بدون احتياط فيصدم أحد المارة، والعمل أو الفعل النافع، وهو العمل الذي يقوم به شخص يترتب عليه خسارة تصيب هذا الشخص يقابلها نفع أو فائدة لشخص آخر، فينشأ للمفتقر قبل المثري حق في التعويض، وهذا هو الأثر بلا سبب، كبناء جدار لجار غائب كان أيلأ للسقوط.

ولما كان جوهر الواقعة القانونية هو مجرد الفعل أو العمل المادي، وتترتب عليها الآثار القانونية بهذا الاعتبار، دون دخل لإرادة الشخص لذلك لا يشترط في الواقعة القانونية ما يشترط في التصرف القانوني من قواعد كثيرة متعلقة بالإرادة وقدرتها على ترتيب الآثار القانونية، خاصة في شأن الأهلية والاثبات والصحة والبطالان.

وبجانب ذلك توجد وقائع أخرى كالاستيلاء، وهو وضع اليد بنية التملك على عين من الأعيان التي لا يوجد لها مالك (الأشياء المباحة) وكالحيازة وهي وضع اليد على شيء مدة معينة بنية تملكه.

(١) توفيق فرج، المرجع السابق ص ٣٠٢.

المطلب الثاني

التصرفات القانونية

١١٥ - التصرف القانوني هو اتجاه الارادة الى احداث اثر قانوني معين، قد يكون انشاء لحق أو نقله أو تعديله أو انقضائه.

يتبين من هذا التعريف ان الارادة تلعب دوراً جوهرياً في التصرف القانوني بعكس الحال في الواقعة القانونية.

والتصرفات القانونية اما أن تكون من جانب واحد كالاتجار والوصية إذ يكفي لتمام التصرف اتجاه ارادة شخص واحد نحو احداث الاثر القانوني وقد تكون بالتقاء ارادتين كما في عقد البيع والايجار.

هذا وعلى خلاف الوقائع القانونية، فان للتصرفات القانونية نظرية عامة تبين الشروط اللازم توافرها في الارادة والاثر القانوني الذي يترتب على ذلك وهنا نتساءل عن الشروط الواجب توافرها في الارادة حتى يمكن القول بوجود التصرف القانوني؟ هذه الشروط هي:

١ - يجب أن توجد ارادة يعتمد بها القانون لذا يشترط أن يصدر التصرف القانوني عن شخص مميز، لأن عديمي التمييز لا ارادة لهم.

٢ - يجب أن يتم التعبير عن الارادة في العالم الخارجي، بحيث لا تظل حبيسة في نفس صاحبها، هذا التعبير قد يتم صراحة بأقوال وعبارات صريحة وقد يتم ضمناً.

٣ - يجب أن تتجه هذه الارادة الى تحقيق غرض مشروع، وأن ترد على محل مشروع، والا كانت مخالفة للنظام العام والآداب.

٤ - يجب أن تكون الارادة خالية من العيوب، وعيوب الارادة هي الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال.

هذا ويسود نظرية التصرف القانوني في الوقت الحاضر ما يسمى بمبدأ سلطان الارادة، هذا المبدأ ذو شقين، الأول، يتعلق بالشكل ويفيد ان الارادة وحدها - دون أن تصاغ في شكل معين - كافية لانشاء ما تشاء من

التصرفات القانونية والثاني يتعلق بالموضوع، ومؤداه أن الإرادة تستطيع أن تحدد آثار التصرف القانوني كما يترامى لها. هذا المبدأ لم يكن معترفاً به في التشريعات القديمة، وإن كان قد أصبح سائداً في الوقت الحاضر، إلا أنه ترد عليه قيود بعضها يتعلق بالشكل وبعضها الآخر يتعلق بالآثار:

(أ) فقد يتطلب المشرع شكلاً معيناً لأجراء بعض التصرفات، كما في الهبة والرهن الرسمي حيث لا تكفي الإرادة وحدها لإبرام التصرف.

(ب) وقد يحدد المشرع من سلطان الإرادة في تحديد آثار التصرف القانوني لاعتبارات تتعلق بالصالح العام والآداب، فلا يجوز للأفراد في عقد القرض أن يتفقوا على فائدة تزيد عن ٧٪ في السنة.

من أجل ذلك يوجد نوعاً من التصرفات القانونية، تصرفات رضائية التي توجد وتنتج آثارها بمجرد التراضي، وتصرفات شكلية، وهي التي لا يكفي فيها الرضا بل لا بد من إفراغ التصرف في شكل معين نص عليه القانون كما هو الحال في الهبة، وعقد الرهن الرسمي، وعقد الشركة.

المبحث الثاني

اثبات الحق

١١٦ - معنى الإثبات وأهميته:

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة قانونية بالكيفية والطرق التي يحددها القانون، فهو في الواقع إقامة الدليل على مصدر الحق، فمن هنا تبدو أهميته، فنشوء الحق ووجوده يتم بحصول الواقعة التي يجعلها القانون مصدراً له، ومن هذا الوقت تبدأ قدرة صاحب الحق على الاستفادة من حقه والانتفاع بالميزات التي تترتب على هذا الحق، بيد أن ذلك يفترض ألا ينازعه أحد في حقه، أما إذا حدث هذا النزاع بأن أنكر الغير وجود الحق كما لو ادعى المدين أنه ليس مديناً، فلصاحب الحق أن يلجأ إلى القضاء لفض النزاع وإقرار الحق مما يقتضي أن يقيم صاحب الحق الدليل على وجود حقه

وهذا هو الاثبات.

فاذا لم يتمكن صاحب الحق من اقامة الدليل على وجود حقه فان هذا الحق يفقد قيمته من الناحية العملية، فهو والعدم سواء.

ولدراسة الاثبات يجب ان نعرض بايجاز شديد لمحل الاثبات وعبء الاثبات وطرق الاثبات:

أولاً: محل الاثبات.

عرفنا ان الحقوق تنشأ عن مصادر متعددة، ولذلك فان اثبات وجود حق معين يتم عن طريق اثبات مصدره، أي الواقعة أو التصرف الذي انشأه، فمحل الاثبات، اذن هو هذه الواقعة أو التصرف لأن اثبات مصدر الحق يعني ثبوت الحق ذاته.

ثانياً: عبء الاثبات.

الاثبات من مهمة الخصوم في الدعوى، ولتحديد من يقع عليه عبء الاثبات أهمية كبرى من الناحية العملية، فكثير من الأفراد يخسرون دعواهم، رغم كونهم أصحاب حقوق لا لشيء الا أنهم يعجزون عن اقامة الدليل^(١).

والقاعدة العامة في هذا الصدد ان الاثبات على المدعي ولا يقصد بالمدعي من يرفع الدعوى وانما قد يكون هو رافع الدعوى أو من رفعت عليه الدعوى فاذا رفع شخص دعوى على آخر يطالبه فيها بمبلغ معين اقترضه منه كان على رافع الدعوى أن يثبت حقه في ذمة المدين المدعى عليه، فاذا ما جاء المدين أمام القاضي وادعى أنه وفّى هذا الدين كان عليه أن يثبت ذلك، لذا يقع عليه عبء الاثبات في هذه الحالة.

ثالثاً: طرق الاثبات:

وسائل الاثبات هي: الاقرار، الكتابة، شهادة الشهود، واليمين، والقرائن.

(١) الاقرار: هو اعتراف الخصم بالواقعة المتنازع عليها والاقرار نوعان: اقرار قضائي يقع في مجلس القضاء، وقرار غير قضائي يقع خارج مجلس

(١) توفيق فرج، المرجع السابق، ص ٣١٢.

القضاء، والافرار حجة قاطعة على المقر، ولذلك يقال بأنه سيد الأدلة أو أقواها، ويجوز اثبات كافة الوقائع والتصرفات القانونية بالافرار.

(٢) الكتابة: تمتاز الكتابة عن سائر طرق الاثبات بأنها دليل يمكن اعداده مقدماً، أي وقت حصول الواقعة مصدر الحق وقبل حدوث أي نزاع بشأنها، هذا ويجوز اثبات كافة الوقائع والتصرفات بالكتابة.

ويلاحظ أن الكتابة تثبت عادة في محضر أو سند، وهي نوعان: محررات أو سندات رسمية يقوم بتحريرها موظف عام مختص، ومحررات أو مستندات عرفية وهي ورقة يحررها الأفراد ويوقعون عليها دون تدخل من جانب السلطة العامة.

(٣) شهادة الشهود: هي تقرير الشخص بما رآه أو سمعه، والشهادة دليل أقل في قوته من الكتابة فلا يجوز أن يثبت بها إلا الوقائع المادية كالفعل الضار، والتصرفات القانونية التي لا يزيد قيمتها عن نصاب معين، بشرط ألا يكون القانون قد تطلب وسيلة أخرى للاثبات، كما في عقد الشركة حيث يتطلب القانون الكتابة لاثباته ولو لم تزد قيمته على النصاب المنصوص عليه ففي هذا المثال لا يصح الاثبات بشهادة الشهود.

(٤) اليمين: دليل يلجأ اليه الخصم إذا عجز عن اثبات حقه، وفي هذه الحالة يحتكم الى ذمة خصمه، وذلك بأن يوجه اليه اليمين الحاسمة، طالباً منه أن يحلف على واقعة معينة تؤدي الى ثبوت حقه أو فقدانه، فإذا حلف من وجه اليه اليمين ثبت حقه وخسر المدعي دعواه، وإن نكل عن اليمين خسر دعواه وحكم لمن وجه اليمين بما يدعيه.

(٥) القرائن: هي استنباط أمر مجهول من آخر معلوم، هذا الاستنباط قد يقوم به المشرع نفسه وينص عليه في القانون، وهذه هي القرائن القانونية وقد ينتقل هذا العبء الى الطرف الآخر.

ويلاحظ أن القرينة تعفي من تقررت لصالحه من عبء الاثبات وقد ينتقل هذا العبء الى الطرف الآخر.

الفصل الثاني

استعمال الحق وحمايته

١١٧ - يقصد باستعمال الحق الافادة بمضمونه عن طريق مباشرة المكثات والسلطات التي يخولها الحق لصاحبه والتي يحددها القانون، وطبيعي أن مضمون الحقوق يختلف من حق لآخر، فسلطات أو مضمون حق الملكية عبارة عن الاستعمال والاستغلال والتصرف، ومضمون حق الدائنية هو اعطاء صاحبه القدرة على اقتضاء الدين من المدين في الاجل المضروب.

والقانون في تنظيمه للحقوق وتحديد مضمونها والسلطات التي تخولها لاصحابها يوفق بين كافة المصالح سواء كانت مصلحة عامة أم مصلحة خاصة، لذلك فان الشخص له أن يستعمل حقه في الحدود التي اجازها القانون دون أن يتجاوزها، وإذا جاوز الشخص في استعماله لحقه الحدود التي رسمها له القانون فانه يكون مخطئاً ويلزم بتعويض من اصابه ضرر من هذا الاستعمال وهذا ما يسمى بالخروج على حدود الحق.

بيد أنه قد يحدث أن يستعمل الشخص حقه في الحدود التي رسمها له القانون ومع ذلك يترتب على هذا الاستعمال ضرر للغير، فهل يلتزم صاحب الحق في هذه الحالة، داخل نطاق حقه، لرقابة القانون؟ هذا ما يسمى بالتعسف في استعمال الحق.

لمعرفة الاجابة على السؤال، ينبغي علينا أن نعرض بايجاز شديد لمعنى التعسف في استعمال الحق ثم لمعاييره التي وضعت من قبل المشرع والجزاء المترتب عليه، ثم حماية الحق وذلك في ثلاث مباحث:

المبحث الأول: نتناول فيه موقف كل من المذهب الفردي والمذاهب الاشتراكية للتعسف ومعناه.

المبحث الثاني: نعرض فيه لمعايير التعسف وجزائه.

المبحث الثالث: حماية الحقوق.

المبحث الأول

معنى التعسف في استعمال الحق (١)

١١٨ - كان الاتجاه السائد في ظل المذهب الفردي، أن استعمال الحق مطلق من كل قيد، وأن أية رقابة للقانون لا يصح أن توجد على هذا الاستعمال ما دام محصوراً في حدود الحق، ولا يمكن لذلك أن يسأل صاحب الحق عما يحدث للغير من ضرر نتيجة لمباشرة ما يكون له من سلطات، وقد كان هذا الاتجاه نتيجة لتعاليم المذهب الفردي الذي يرى أن حقوق الفرد سابقة على وجود المجتمع، وأن وظيفة القانون تقتصر على كفالة حرية الفرد في التمتع بحقوقه، فإذا ما قام القانون بوظيفته وحقق مصلحة للفرد فإن مصلحة الجماعة تتحقق من وراء ذلك، وقد تأثر تقنيننا المدني السابق بهذا الاتجاه، فنص في المادة ١١ منه على:

«الملكية هي الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه والتصرف فيه بطريقة مطلقة...»

بيد أن هذه الأفكار ما لبثت أن تراجعت أمام ظهور المذاهب الاشتراكية التي ترى أن حرية الفرد ليست مطلقة في استعماله لحقه، وإنما يجب أن يكون هذا الاستعمال في الحدود التي تتفق مع مصلحة الجماعة. بل إن بعضاً من أنصار المذاهب الاشتراكية من أنكر فكرة الحق ذاتها، فلم يروا فيما هو مقرر للأفراد من حقوق سوى وظائف اجتماعية قصد بها مصلحة الجماعة لا مصلحة الفرد..

وقد عبر الفيلسوف الفرنسي أوجست كونت عن هذا بقوله:

«ليس للفرد من حق سوى أداء واجبه».

على أنه لم يكتب لمفكري فكرة الحق أن يسود رأيهم بل ظل الفقه على التسليم بوجود الحق، غاية ما في الأمر أنه أصبح مقبولاً وفقاً للأفكار الجديدة

(١) راجع في ذلك، أصول القانون للدكتور حسن كبيرة، فقرات ٣٩٩٩، ٤١٦، ص ١٠٧٩ - ١٣٦١ وراجع رسالة الدكتوراه لحسن كبيرة. (التعسف في استعمال الحق) والمراجع المشار إليها في رسالته.

أن تقيّد هذه الحرية بما يمنع الحق من أن يصبح وسيلة لحدوث الضرر بالغير في بعض الأحيان، ودون أن يكون هذا الضرر مبرراً بمنفعة جدية لصاحب الحق.

وهذه الاعتبارات كلها نجدها فيما يسمى بمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق الذي يقيم التوازن بين صالح الفرد وصالح الجماعة.

ولقد تأثرت بعض القوانين الحديثة بهذه الأفكار، كالقانون السوفيتي والسويسري، كما أن أحكام القضاء في كل من فرنسا ومصر قد تأثرت بهذه النظرية، ثم جاء القانون المدني المصري فجعل من نظرية التعسف نظرية عامة ولقد اهتم القانون اللبناني هو الآخر بنظرية التعسف في استعمال الحق فوضع لها نصاً عاماً من المادة ١٢٤ من قانون الموجبات والعقود يقضي بأنه «يلزم أيضاً بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه في أثناء استعمال حقه حدود حسن النية أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحق».

لذا يقصد بالتعسف في استعمال الحق كما بينا، استعمال الشخص للسلطات التي يخولها له الحق استعمالاً يضر الغير، ويتحقق ذلك إذا لم يقصد الشخص من استعماله لحقه سوى الإضرار بالغير، أو كانت الفائدة التي يحصل عليها لا تناسب ما يحدثه الاستعمال من ضرر للغير.

المبحث الثاني

معايير التعسف في استعمال الحق وجزاؤه

١١٩ - جاء التقنين المدني الحال وعني بهذه النظرية عناية خاصة فنص عليها في الباب التمهيدي، في المادتين الرابعة والخامسة على الوجه التالي: المادة ٤: «من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عن ما ينشأ عن ذلك من ضرر...» المادة ٥ يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

(ب) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا

تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببه.

(ج) اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها غير مشروعة»

من هذين النصين يتبين لنا، ان المشرع لم يضع معياراً عاماً للتعسف كما تفعل بعض التشريعات الحديثة، بل إنه تجنب ايضاً استعمال اصطلاح، «التعسف» لسعته وابهامه كما تقول المذكرة الايضاحية، واثراً ان يصف الاستعمال المنهي عنه بأنه الاستعمال غير المشروع. أما المشرع اللبناني في المادة ١٢٤ موجبات فقد سلك مسلكاً اخر، حيث ربط ربطاً مباشراً بين التعسف وبين الانحراف عن غاية الحق، ولكنه لم يقف عند هذا الحد وانما اعتبر استعمال الحق تعسفياً، بالاضافة الى ذلك، اذا ما جاوز حدود حسن النية.

وقد رأى البعض في مسلك المشرع اللبناني على هذا النحو، تعبيراً عن تردده بين اتجاهين معروفين في تحديد التعسف، أحدهما موضوعي يربط بين استعمال الحق وبين الغاية منه ويرى في استعمال الحق تعسفاً كلما خرج عن الغاية منه، والاخر شخصي يربط بين استعمال الحق وبين مبادئ الاخلاق، ويرى في استعمال الحق تعسفاً كلما تجاوز حدود غاية الحق، باعتبار أن من تجاوز حسن النية في استعمال حقه يتحرف في نفس الوقت عن غاية الحق، لان الحق لم يعط لصاحبه ليحقق في استعماله اغراضاً تتنافى مع حسن النية.

بيد أننا نؤيد الرأي^(١) الذي ذهب الى القول بأن اضافة المشرع اللبناني معيار حسن النية الى معيار الغاية من الحق يحقق في الواقع فائدة عملية قد لا يتيسر الوصول اليها اذا ما اقتصر الامر على معيار الغاية. فمعروف ان المشرع المصري قد جاء بتطبيقات ثلاث للتعسف في استعمال الحق هي: قصد الاضرار، والمصلحة غير المشروعة، وتحقيق مصلحة تافهة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر، ولا شك في أن الصورتين الاولى والثانية تدخل تحت فكرة الخروج عن الغاية من الحق. أما الصورة الثالثة فهي تبتعد ولا شك عن تناول فكرة الغاية وتدخل تحت فكرة حسن النية. ومن ثم يبدو أن جمع المشرع

(١) انظر مصطفى الجمال، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، بيروت ١٩٨٧ ص ٣١٥.

اللبناني بين الفكرتين مقصود في أساسه ومقصود في نتائج العملية، كما يبدو أن موقف المشرع اللبناني في هذا الصدد، ورغم اختلاف الصياغة، لا يختلف عن موقف المشرع المصري، على نحو يمكن معه شرح النص اللبناني وبيان إبعاده من خلال عرض الصور الثلاث التي نص عليها المشرع المصري كتعقيبات للتعسف في استعمال الحق.

(١) قصد الاضرار بالغير:

يعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقه إذا لم يستعمله إلا بقصد الاضرار بالغير. فإذا كان القانون قد منح للشخص حقاً من الحقوق، فإنما يمنحه له بفرض تحقيق مصلحة جديرة بالحماية، لا لكي يتخذ من هذا الحق وسيلة للاضرار بالغير.

وصاحب الحق يعتبر متعسفاً ما دام الدافع إلى استعمال الحق هو قصد الاضرار بالغير، وحتى ولو حقق له هذا الاستعمال بعض الفائدة. أما إذا كان الدافع خليطاً من المنفعة وقصد الاضرار بالغير فإن استعمال الحق يكون مشروعاً بشرط أن تكون المنفعة لها قيمتها بالنسبة للضرر الذي ينزل بالغير، أي تكون هي العامل الأساسي الذي دفع صاحب الحق إلى استعماله.

مثال ذلك أن يبني شخص حائط في ملكه ليحجب النور والهواء عن ملك الجار، ففي هذه الحالة يكون الدافع إلى استعمال الحق هو قصد الاضرار بالغير لذلك يعتبر صاحب الحق متعسفاً، هذا القصد يمكن اثباته بكافة طرق الاثبات، وقد يستدل على قصد الاضرار بالغير من انعدام مصلحة صاحب الحق، أو تفاهة هذه المصلحة التي يحققها^(١).

(٢) عدم تناسب مصلحة صاحب الحق مع ضرر الغير:

يعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقه إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها من استعماله الحق لا تتناسب مع ما يعود على الغير من ضرر ويتحقق ذلك إذا كانت المنفعة التي يحصل عليها الشخص ضئيلة جداً إذا ما

(١) انظر مصر الكلية ١٦ مايو سنة ١٩٣٧، المحاماة ١٨/٣١/٧٤، وراجع كثير من الأمثلة عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج ١ فقرة ٥٦.

قورنت بالضرر الذي يعود على الغير من ذلك الاستعمال.

هذا ويلاحظ أن معيار التعسف في هذه الحالة معيار موضوعي لا ينظر فيه إلى شخص صاحب الحق وما قصده من استعماله لحقه، وإنما ينحصر المعيار في الموازنة بين المصلحة التي يقصدها صاحب الحق، والضرر الذي يعود على الغير، فإذا ما رجحت كفة المصلحة كنا بصدد تعسف في استعمال الحق، وهذا ما طبقه المشرع المصري في المادة ٢/٨١٨ التي تنص على أنه «ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي إذا كان هذا المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة: على العقار المرتفق به.

(٣) عدم مشروعية المصلحة المقصودة بالاستعمال:

وأخيراً يعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقه إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة. وتطبيقاً لهذا المعيار يعتبر رب العمل متعسفاً في استعمال حقه إذا فصل عامل مجرد أنه التحق بنقابة من نقابات العمال قاصداً من هذا أن يحمل العمال على عدم الالتحاق بالنقابة وهو حق يخوله القانون إياه.

هذه هي المعايير الثلاثة التي وضعها المشرع المصري للتعسف في استعمال الحق لكننا نتساءل عن الجزاء المترتب على التعسف؟

نص المشرع في المادة الرابعة من التقنين المدني، على أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر، وهذا يدل على أنه من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع يكون مسئولاً عما ينشأ من ضرر.

ولا يقتصر جزاء التعسف على إزالة الضرر بعد وقوعه عن طريق التعويض بل يشمل أيضاً منع الضرر قبل وقوعه وذلك بمنع صاحب الحق من استعمال حقه قبل أن يترتب على هذا الاستعمال ضرر ما، أي أن هناك نوعان من الجزاء: جزاء تعويضي عندما يقع الضرر للغير من جراء التعسف في استعمال الحق وجزاء وقائي لمنع صاحب الحق من استعماله استعمالاً ينطوي على التعسف.

المبحث الثالث

حماية القانون للحق

١٢٠ - عرفنا الحق بأنه استنثار شخص بقيمة أو بشيء معين استنثار يخوله التسلط والاقتضاء بهدف تحقيق مصلحة يحميها القانون، فبدون هذه الحماية لا يكون للحق أي قيمة.

ولما كانت الحقوق إنما تتقرر أو تحمي عن طريق القواعد القانونية وكانت كفالة إحترام هذه القواعد تتم عن طريق توقيع الجزاء الذي تتضمنه كل قاعدة، فإن حماية الحق تتم إذن عن طريق توقيع الجزاء على المعتدى عليه.

هذا والطرق التي يصمي بها القانون صاحب الحق وهي الدعوى (الجنائية والمدنية) والدفع امام القضاء. فالدعوى أو الدفع هما الوسيلتان اللتان يتمكن بهما صاحب الحق من رد ما يقع على حقه من اعتداء ودفع كل تعرض من الغير.

الدعوى الجنائية والدعوى المدنية.

تختلف الدعوى - كوسيلة لحماية الحق - باختلاف الحق المهدد أو الذي يقع عليه الاعتداء - فمن الحقوق ما يعد الاعتداء عليها اعتداء على صاحب الحق نفسه فحسب ولكنه قد يعد كذلك اعتداء على الجماعة نفسها، وفي هذه الحالة يكون الاعتداء جريمة جنائية كما هو الشأن بالنسبة للاعتداء على حق من الحقوق اللصيقة بشخصية الانسان التي تهدف الى تأمين سلامة الجسم، وهذا ما يسمى بالدعوى الجنائية، والتي يقوم بتحريكها النيابة العامة باعتبارها ممثلة للجماعة كما أن من لحقه ضرر من الجريمة له أن يطالب بالحقوق المدنية، لأنه إذا كانت الدعوى الجنائية ترمي الى حماية الصالح العام وتعقب المعتدين وتوقيع العقاب عليهم، فإن الدعوى المدنية تهدف الى اصلاح الضرر الناشئ من الجريمة.

بيد ان الاعتداء على حقوق الافراد، لا يكون له من الخطورة على الجماعة ما للاعتداء على الحقوق العامة أو الحقوق الشخصية. ولهذا فإن حماية الحقوق في هذه الحالة تتخذ صوراً مختلفة. فقد تكون الحماية عن

طريق إلزام الغير باحترام السلطات التي يخولها القانون لصاحب الحق، فإذا إغتصب شخص حقاً لغيره ألزم برده، وقد تكون الحماية عن طريق إلزام الغير بتعويض الأضرار التي ترتبت لصاحب الحق من جراء الاعتداد على حقه، كما قد تكون بإلزام الغير بتنفيذ ما التزم بأدائه لصاحب الحق تنفيذاً عينياً.. الخ. ولما كان الإنسان في المجتمعات الحديثة لا يستطيع أن يحصل على حقه بنفسه. فإنه لا بد من اللجوء الى السلطة العامة مطالباً بتقرير حقه أو رد الاعتداء على هذا الحق ويكون ذلك عن طريق الدعوى المدنية فلا يجوز، إذن لمن إعتدى على حقه أن يرد هذا الاعتداء بنفسه، فالقاعدة المسلم بها في الوقت الحاضر هي أنه لا يجوز للشخص أن ينتصف لنفسه، فلا يصح أن يكون الشخص خصماً وحكماً في نفس الوقت.

وينظم قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد إجراءات إقامة الدعوى المدنية ونظرها والمحاكم المختصة بالفصل فيها، والأحكام التي تصدر فيها وطرق الطعن فيها، وتنفيذها على المحكوم عليه.

وطالما أننا في معرض دراستنا للدعوى المدنية نتساءل عن وسائل الحماية المدنية. وبصفة خاصة بالنسبة للحقوق المالية؟

في داخل الحقوق المالية يفرق بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية:

أولاً: الحقوق العينية.

وسيلة حماية هذه الحقوق هي الدعوى العينية. ويختلف موضوعها بحسب الأحوال. فهناك ما يسمى بدعوى استرداد الملكية، وهناك دعاوى الحيازة. والعبرة في هذه الدعاوى بالحيازة ذاتها دون حاجة الى إثبات حق عيني يستند اليه في تلك الحيازة. فضلاً عن ذلك فلصاحب الحق العيني أن يطالب بالتعويض عندما يعتدى على حقه فيسبب له ضرراً.

الفصل الثاني

إنقضاء الحق

١٢١ - تتصف الحقوق بالتأقيت بالنسبة لأصحابها. بغض النظر عن الحقوق العامة التي تمنح للكافة دون تفریق بينهم، لذا تثبت للشخص بصفة دائمة. لأنها ملازمة للشخصية، ومع ذلك فقد يحرم الشخص من هذه الحقوق بصفة مؤقتة نتيجة الحكم عليه بعقوبة جنائية مقيدة للحرية، وقد يحرم منها بصفة نهائية، فقد تتأثر الحقوق السياسية بالعقوبات الجنائية، مما قد يؤدي إلى الحرمان من تولي الوظائف العامة، أو عضوية المجالس المحلية (م ٢٥ عقوبات). لذا فدراسة إنقضاء مثل هذه الحقوق تخرج عن نطاق دراستنا لكونها حقوق غير مالية.

أما الحقوق المالية فإن أسباب إنقضاؤها وزوالها تختلف باختلاف أنواع هذه الحقوق وعما إذا كانت حقوق شخصية أم حقوق عينية. ولما كان إنقضاء كل من هذه الحقوق تدرس على هذه عند دراسة كل حق، لذا سنكتفي بنظرة موجزة لأسباب إنقضاء هذه الحقوق في مبحثين.

المبحث الأول: تدرس فيه انقضاء الحقوق الشخصية أو حق الدائنية.

المبحث الثاني: نخصصه لدراسة إنقضاء الحقوق العينية.

المبحث الأول

إنقضاء الحقوق الشخصية أو حق الدائنية

١٢٢ - الحقوق الشخصية جميعها حقوق مؤقتة بطبيعتها، ذلك أنها تنشئ علاقات بين الأفراد وتجعل بعضهم ملتزماً في مواجهة البعض الآخر، ولا يمكن أن يكون هذا الالتزام ابدياً وإلا فإنه يعتبر خطيراً يمس حرية الملتزم. هذا وتنقضي الحقوق الشخصية أي الالتزامات بعدة أسباب قسمها

القانون الى ثلاث طوائف، فقد ينقضي الالتزام بالوفاء، أو بما يعادل الوفاء، أو دون الوفاء (١).

١ - الوفاء: السبب العادي لانقضاء الحق الشخصي هو قيام المدين بالوفاء بعين ما التزم به اختياراً، وإلا كان للدائن أن يلجأ الى السلطات العامة لإجباره على تنفيذ ما التزم به. والأصل أن يتم التنفيذ عيناً، وإلا كان التنفيذ بمقابل أي إعطاء الدائن مبلغاً من النقود على سبيل التعويض.

٢ - ما يعادل الوفاء: قد ينقضي الالتزام بسبب من الأسباب التي تعادل الوفاء وهي: الوفاء بمقابل، التجديد، المقاصة، اتحاد الذمة.

(أ) الوفاء بمقابل: يقصد به أن يقبل الدائن في استيفاء حقه مقابل أن يستعيز به عن الشيء المستحق، فإذا التزم شخص نحو آخر بإعطائه مبلغاً من النقود ثم قبل الدائن أن يأخذ بدلاً من النقود سيارة مثلاً وأخذها فعلاً فينقضي الالتزام.

يبدو أنه يشترط في تحقيق الوفاء بمقابل أن يتوافر شرطان: الأول، أن يوجد اتفاق يقبل فيه الدائن أن يستعاض عن الوفاء بمحل الالتزام الأصلي، والشرط الثاني، هو وجوب تنفيذ الاتفاق بنقل ملكية الشيء الآخر فعلاً الى الدائن.

(ب) التجديد: هو تصرف قانوني يتم بمقتضاء الاتفاق على انقضاء حق قديم، وإنشاء حق جديد يحل محله، أي باستبدال حق جديد بالحق الأصلي، ويكون ذلك بتغيير الدين، أو المدين، أو الدائن.

ويعتبر التجديد طريقاً من طرق انقضاء الحق ومصدراً من مصادر إنشائه في أن واحد. بيد أنه أصبح اليوم قليل الأهمية من الناحية العملية لحلول محله نظم قانونية أخرى كحوالة الحق وحوالة الدين والوفاء بمقابل.

(ج) المقاصة: وتتحقق إذا أصبح المدين دائناً لدائنه، وكان محل كل من الدينين المتقابلين نقوداً أو مثليات محددة في النوع والجودة، وكان كل من الدينين خالياً من النزاع مستحق الاداء صالحاً للمطالبة به قضاء.

ومعنى المقاصة أن ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما، فإذا كان (أ) دائناً

(١) منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص ٢٤٢ وما بعدها.

لـ (ب) بمبلغ ١٠٠ جنيه ثم أصبح (ب) دائناً لـ (أ) بمبلغ ١٠٠ جنيه، أنقضى كل من الدينين بتمامه. أما إذا أصبح (ب) دائناً لـ (أ) بمبلغ ٥٠ جنيه فقط، فينقضي الدينان بقدر الأقل فيبقى (أ) دائناً بمبلغ ٥٠ جنيه.

(د) اتحاد الذمة: يقصد بها أن يجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة الى دين واحد. ويترتب عليه انقضاء الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة، فإذا كان هناك دين لشخص على ابنه ثم توفي الأب فورثه الابن أصبح الابن هو الدائن والمدين في الوقت نفسه، فينقضي الدين.

٣ - إنقضاء الالتزام دون الوفاء به.

ينقضي الالتزام دون الوفاء أو ما يعادل الوفاء بالابراء، وإستحالة التنفيذ، والتقادم:

(أ) الإبراء: هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل، فهو تصرف في الحق على سبيل التبرع، ويتم الإبراء متى وصل الى علم المدين دون حاجة الى قبوله، ولكنه يترد برده^(١).

(ب) إستحالة التنفيذ: يقصد بها أن يصبح الوفاء بالدين مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، كما لو التزم شخص بتسليم شيء معين بالذات وملك هذا الشيء بقوة قاهرة كحريق أو فيضان، هنا ينقضي الالتزام لاستحالة تنفيذه عيناً ويلجأ الى التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض.

(ج) التقادم: ينقضي الالتزام أيضاً بمرور مدة من الزمن يعينها القانون دون أن يطالب الدائن بالوفاء ويسمى هذا التقادم بالتقادم المسقط.

والاصل أن مدة التقادم ١٥ سنة تبدأ من اليوم الذي يصبح فيه الحق مستحق الأداء، ولكن هناك حقوقاً تسقط بمدة أقل، فمثلاً تسقط الديون الدورية المتجددة كأجرة المباني والأراضي الزراعية بخمس سنوات، كما تسقط حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء بمدة سنة.

(١) انظر رسالة الدكتوراه السابق ذكرها، في التنازل عن الحقوق، الخ فرنسا في ١٩٧٩.

المبحث الثاني

إنقضاء الحقوق العينية

١٢٣ - عرفنا أن الحقوق العينية حددها القانون على سبيل الحصر وهي تنقسم الى عينية أصلية وعينية تبعية. والحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية وما يتفرع عنه من حقوق (حق الانتفاع، الاجارة العينية، حقوق الارتفاق، حق التصرف) أما الحقوق العينية التبعية فهي الرهن، التأمين، الامتياز، البيع بالوفاء).

أولاً: انقضاء الحقوق العينية الأصلية.

تنقضي هذه الحقوق بإحدى الطرق الآتية:

١ - هلاك الشيء محل الحق: تنقضي الحقوق العينية الأصلية بهلاك الشيء محل الحق. فإذا كان لشخص حق ملكية على سيارة واحتترقت، فإن حق الملكية ينقضي بهلاك السيارة.

٢ - عدم الاستعمال: يعتبر عدم الاستعمال من الأسباب التي تؤدي الى انقضاء بعض الحقوق العينية فالقانون يعتبر عدم الاستعمال المدة الطويلة من الأسباب التي تؤدي الى انقضاء الحقوق المتفرعة عن حق الملكية كحق الانتفاع، والاجارة العينية وحق الارتفاق وحق التصرف.

أما حق الملكية فيستثنى من هذه القاعدة لأنه حق دائم لا يسقط بعدم الاستعمال. فإذا ترك المالك حقه ولم يستعمله مدة طويلة، فإن هذا لا يؤدي الى إنقضاء حق الملكية مهما طالت مدة عدم الاستعمال.

بيد أنه إذا وضع شخص آخر يده على شيء مملوك للغير بقصد تملكه فإنه يكتسب ملكية هذا الشيء إذا مضت مدة معينة (خمس سنوات بتوافر السبب الصحيح وحسن النية، أو خمس عشرة سنة) من بدء وضع يده على الشيء). ولكن ليس معنى ذلك أن حق المالك قد سقط بعدم الاستعمال، وإنما يغلب القانون حق واضع اليد على المالك الأصلي الذي لم يحاول دفع الاعتداء عن ملكيته طوال هذه المدة.

ثانياً: انقضاء الحقوق العينية التبعية.

معروف ان هذه الانواع من الحقوق عبارة عن تأمين تقوم ضماناً للوفاء بالتزام شخصي (هو حق الدائنية)، لذلك فإنها تنقضي بانقضاء الديون التي تضمنها، سواء كان الحق العيني التبعية رهناً أو امتيازاً.



مركز تحقيقات كليات علوم إسلامي



نظرية الإلتزام وأحكام الإلتزام

مركز بحوث الدراسات الإسلامية



مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

القسم الثالث

مصادر الالتزام

١٢٤ - إن دراسة الحق أو الالتزام تقتضي التعرف على مصدره أو السبب المنشئ له. ومصادر الالتزام تتمثل في العقد والإرادة المنفردة والاعمال غير المباهة والكسب غير المشروع والقانون.

وبعبارة أخرى فإن مصادر الالتزام يمكن ردها الى الوقائع، سواء كانت وقائع طبيعية، كهبوب الرياح أو العواصف، أم كانت وقائع اختيارية والتي تنقسم الى وقائع مادية مثل أعمال الاتلاف وأعمال الفضول والى تصرفات قانونية، والتصرفات القانونية إما أن تصدر عن جانب واحد مثل الوصية والوعد بجائزة، وإما أن تصدر من الجانبين مثل عقد البيع والإيجار.

إذن مصدر الالتزام هو السبب المنشئ له طبقاً لقانون السببية. ولما كان المصدر الإرادي، خاصة الملزم للجانبين (العقد) هو المصدر الأهم من مصادر الالتزام لذا سنقتصر على دراسته. هو والفعل الضار اي الاعمال غير المباهة.

تعريف العقد

١٢٥ - العقد هو اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص أو أشخاص في مواجهة شخص أو أشخاص آخرين على إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهائه.

هذا ويلاحظ أن بعض من الفقه يفرق بين الاتفاق والعقد، على اعتبار أن الأول أوسع من الثاني. بيد أنه قد لا تكون هناك أهمية للتفرقة بينهما، فكل توافق لإرادتين على إحداث أثر قانوني يمكن أن يسمى عقداً أو اتفاقاً. فالعبرة، إذن، هي باتجاه الإرادتين الى إحداث أثر قانوني لاتفاقهما، وإلا ما

كنا أمام عقد أو اتفاق بالمعنى القانوني لهذا الاصطلاح.

هذا ويسود نظرية التصرف القانوني في الوقت الحاضر ما يسمى بمبدأ سلطان الإرادة، هذا المبدأ ذو شقين، الأول، يتعلق بالشكل، ويفيد أن الإرادة وحدها - دو أن تصاغ في شكل معين - كافية لإنشاء ما تشاء من التصرفات القانونية. والثاني يتعلق بالموضوع، ومؤداه، أن الإرادة تستطيع أن تحدد آثار التصرف القانوني كما يترامى لها. هذا المبدأ لم يكن معترفاً به في التشريعات القديمة، وإن كان قد أصبح سائداً في الوقت الحاضر، إلا أنه ترد عليه قيود بعضها يتعلق بالشكل وبعضها الآخر يتعلق بالآثار:

(أ) فقد يتطلب المشرع شكلاً معيناً لإجراء بعض التصرفات، كما في الهبة (م ٥١٠ موجبات)، والرهن الرسمي (م ٥١٠ موجبات) حيث لا تكفي الإرادة وحدها لإبرام التصرف. (وانظر كذلك المادة ٨٤٨ / موجبات).

(ب) وقد يحد المشرع من سلطان الإرادة في تحديد آثار التصرف القانوني لإعتبارات تتعلق بالصالح العام والآداب، فلا يجوز للأفراد في عقد القرض أن يتفقوا على فائدة تزيد عن ٧٪ في السنة.

من أجل ذلك يوجد نوعان من التصرفات القانونية، تصرفات رضائية التي توجد وتنتج آثارها بمجرد التراضي، وتصرفات شكلية، وهي التي لا يكفي فيها الرضا بل لا بد من إفراغ التصرف في شكل معين نص عليه القانون كما هو الحال في الهبة، وعقد الرهن الرسمي، وعقد الشركة.

تقسيمات العقود (١)

١٢٦ - يمكن تقسيم العقود إلى أقسام عدة بناء على الأسس الذي يقوم عليه التقسيم (الإنشاء، الآثار، الأوصاف)، وذلك على النحو التالي:

(١) انظر المادة ١٦٧ موجبات لبناني.

- العقود الرضائية والعقود غير الرضائية أو الشكلية والعقود العينية.

العقد الرضائي هو العقد الذي يتم بمجرد التقاء الإيجاب بالقبول دون أن يشترط في إنعقاده شكلاً معيناً مثل عقد البيع، وذلك بعكس العقد الشكلي الذي لا ينعقد إلا بعد إتخاذ إجراء معيناً مثل عقد الشركة وعقد الهبة (م ١٧١ موجبات). أما العقد العيني فهو العقد الذي لا يكفي التراضي لانعقاده بل يستلزم أن يقرن الرضا بتسليم محل العقد (م ٥٠٩ موجبات بشأن الهبة اليدوية).

والأصل في العقود الرضا ما لم يقض القانون بغير ذلك، أو يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

- العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد.

إذا كان العقد من شأنه أن يترتب التزامات على عاتق كل من طرفيه فيصبح كل واحد منهما دائناً ومديناً في نفس الوقت سمي العقد ملزماً للجانبين كمعقد البيع (م ١٦٨ موجبات). أما إذا كان العقد ينشئ التزامات غير متبادلة، بحيث يصبح أحد طرفيه دائناً فقط والآخر مديناً سمي العقد ملزماً لجانب واحد كمعقد الهبة.

وغني عن الذكر أن علة هذا التقسيم ترجع إلى اختلاف أحكام كل من العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد وذلك من ناحية الفسخ واستحالة التنفيذ والدفع بعدم التنفيذ.

- عقود المساومة وعقود الإذعان (م ١٧٢ موجبات).

عقد المساومة هو العقد الذي يركز أساساً على حرية كل من أطرافه في مناقشة شروطه والمساومة على عناصره، وذلك بعكس عقود الإذعان التي عادة ما ترد على سلع أو خدمات ضرورية لا يكون أمام الطرف الضعيف في العقد إلا قبول شروط ذلك العقد، من هنا يتدخل المشرع في عقد الإذعان لحماية الطرف الضعيف ويمنح القاضي سلطة إلغاء الشروط التعسفية وتفسيرها لمصلحة للطرف المذعن.

- عقود المعاوضة وعقود التبرع (م ١٦٩ موجبات).

عقد المعاوضة هو الذي يتلقى فيه المتعاقد مقابل لما يعطيه، بعكس عقد التبرع الذي يؤدي إلى خروج مال من ذمة أحد طرفيه دون مقابل مثل عقد الهبة.

وتبدو أهمية التفرقة بين نوعي العقود هذه من ناحية الاهلية اللازمة للتعاقد والمسئولية التي تقع على طرفي العقد وإمكانية الطعن في تصرفات المدين.

- العقود الفورية والعقود المستمرة.

العقد الفوري هو الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه، وذلك مثل عقد البيع. ويعد العقد فورياً حتى ولو تراخى تنفيذه طالما لم يكن الزمن عنصراً جوهرياً فيه، بعكس العقد المستمر الذي يمتد تنفيذه مع الزمن فتستمر الاداءات ويتكرر التنفيذ، مثل عقد الإيجار.

وتبدو أهمية التفرقة بين العقود الفورية والعقود المستمرة من ناحية وقف التنفيذ حيث لا تتأثر التزامات كل من الطرفين في العقد الفوري بعكس العقد المستمر حيث تنقص التزامات كل من الطرفين بمقدار ما فات من الزمن. وكذلك تبدو أهمية التفرقة من ناحية أثر الفسخ على العقد في العقد الفوري والعقد المستمر، حيث يعود الطرفان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد في العقد الفوري بعكس الحال في العقد المستمر فضلاً عن أن للقاضي حق التدخل في العقود الزمنية لتعديلها إذا ما طرأت ظروف تجعل الالتزام مرهقاً أو مستحيلاً بالنسبة للمدين.

بعد هذا التمهيد نعرض في باب أول لأحكام العقد كمصدر للالتزام، وذلك من ناحية كيفية انعقاده وما يترتب عليه من آثار، وأخيراً انحلاله وذلك في فصول ثلاثة، ثم نعرض للفعل الضار أي العمل غير المشروع كمصدر آخر للالتزام في باب ثان.

الباب الأول

الفصل الأول

إنعقاد العقد (١)

١٢٧ - ينعقد العقد باتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني. لذا فإن الأساس للعقد هو الإرادة. والإرادة لا بد أن تتجه إلى هدف مشروع وهو ما يسمى السبب وهو الركن الثاني للعقد. كما أن الالتزامات التي ينشئها العقد لكل منها بالنسبة للالتزام العقدي، لأن محل الالتزام غير العقدي يتولى القانون تحديده. ولذلك يدرس محل الالتزام كركن من أركان العقد. وندرس فيما يلي في خمسة مباحث متتالية ما يتعلق بطرفي العقد والإرادة والمحل والسبب والجزاء على تخلف شرط من شروط انعقاد العقد.

المبحث الأول

طرفا العقد

١٢٨ - لكي ينعقد العقد يفترض على الأقل وجود شخصين هما طرفا العقد. ومن الجائز أن يكون هناك أكثر من شخصين بطبيعة الحال. وأهم المسائل التي تتعلق بطرفي العقد، هما مسائلتا النيابة والأهلية.

(١) جدير بالذكر أنني قد أستعنت في كثير من الأفكار بالجزء الخاص بالاستاذ الدكتور سمير تناغو (الاساسيات العامة في القانون)، القسم الثاني، الفتح للطباعة والنشر، ١٩٩٢، الاسكندرية.

والمقصود بالنيابة في التعاقد هو إبرام العقد لا بواسطة الأصل صاحب المصلحة في العقد، ولكن بواسطة شخص آخر ينوب عنه.

والمقصود بالأهلية هو القدرة على التعبير عن الإرادة تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية. وهذه القدرة لا تثبت لكل شخص، بل لا بد من توافر شروط خاصة تتعلق بالادراك والتمييز.

وندرس فيما يلي النيابة والأهلية في مطلبين متتاليين.

المطلب الأول

النيابة في التعاقد (١)

١٢٩ - فكرة النيابة.

النيابة وسيلة لا غنى عنها في تنظيم علاقات الأفراد في المجتمع. فكثير ما يحدث أن يكون صاحب المصلحة في تصرف معين موجوداً في مكان يبعد كثيراً عن مكان إبرام هذا التصرف. فإذا اشترطنا وجود الشخص بنفسه لانعقاد العقد، لادى ذلك إلى إرهابه وتعطيل أعماله وربما إلى عزوفه عن إبرام التصرف. ولذلك يكون من الأسهل والأوفق أن يسمح القانون لصاحب المصلحة في التعاقد أن يوكل شخصاً آخر يحل محله في إبرام هذا العقد.

وفي حالات أخرى يكون صاحب المصلحة شخص عديم التمييز بسبب السن أو الجنون أو العته، أو أن يكون ناقص التمييز بسبب السن أو السفه أو الغفلة. ومثل هذا الشخص لا يكون أهلاً للتصرف في حقوقه ولذلك لا بد من تعيين نائب له يحل محله في إدارة شؤونه.

وفي غير هذه الحالات التي تكون فيها النيابة أمراً محتماً لا غنى عنه

(١) لم يعرض القانون اللبناني للنيابة في نظرية عامة، كما فعل القانون المصري، ولكنه عرض لأحكامها في محاولات متفرقة، خاصة بصدد كلامه عن الوكالة، ولهذا فإننا نعهد لأحكام النيابة على ضوء المبادئ العامة، وما جاء بصدد عقد الوكالة في القانون اللبناني.

فإنه في حالات أخرى كثيرة تكون النيابة أمراً ملائماً وعاملاً من عوامل سرعة المعاملات وسهولتها، وهو أمر لازم للنشاط الاقتصادي في المجتمع.

وغني عن الذكر أن النيابة تنقسم من حيث مصدر تعيين شخص النائب إلى نيابة قانونية ونيابة قضائية ونيابة إتفاقية. ومثال الأولى نيابة الولي، ومثال النيابة القضائية نيابة الوصي والقيم وسنديك التفليسة والحارس القضائي، أما النيابة الإتفاقية فإن صورتها الوحيدة هي الوكالة.

وإن كانت النيابة تنقسم من حيث مصدر تعيين سلطة النائب إلى نيابة قانونية ونيابة إتفاقية.

والفكرة الأساسية في النيابة بكل أنواعها هي أن النائب لا يتقصد شخص الوكيل ولا يتكلم بلسانه كما كان يقال قديماً فهذا يصدق على الرسول وليس على النائب. أما النائب فهو محل الأصل في إبرام التصرف، وهو في هذا يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصل، ولكن آثار العقد تنصرف إلى الأصل (١).

وندرس فيما يلي شروط النيابة وأثارها، وكذلك صورة خاصة من صورها وهي عندما يتعاقد النائب مع نفسه باعتباره نائباً عن كل من الطرفين أو نائباً عن أحدهما وأصيلاً عن نفسه.

١ - شروط النيابة

١٣٠ - يجب حتى يمكن القول بوجود النيابة توافر ثلاثة شروط، هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل، وعدم تجاوز النائب حدود النيابة، وإبرام العقد باسم الأصل.

(١) حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل.

النائب كما سبق أن ذكرنا يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصل

(١) انظر سمير نتاغو المرجع السابق ص ١٠.

ولذلك فإن إرادة النائب هي التي تكون بحسب الأصل موضع الاعتبار فيما يتعلق بعيوب الإرادة وفيما يتعلق بحسن النية.

وبناء على ذلك إذا كانت إرادة النائب معيبة بعيوب من عيوب الإرادة كغلط أو إكراه أو تدليس، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال ولو كانت إرادة الأصل سليمة من كل عيب.

وبناء على ذلك أيضاً أنه إذا كان النائب سيء النية يعلم أو من المفترض أن يعلم بأن التصرف من شأنه أن يؤدي إلى إفسار التعاقد الآخر أو الزيادة في إفساره. فإنه يجوز لدائني التعاقد الآخر أن يطعنوا في هذا التصرف بعدم النفاذ طبقاً لنص المادة ٢٣٧ من القانون المدني، ولو كان الأصل حسن النية لا يعلم بإفسار التعاقد الآخر.

ومع ذلك فإنه في الحالات التي تكون فيها النيابة اتفاقية ويكون الموكل قد رسم للوكيل الحدود التي عليه أن يلتزمها وفقاً لتعليماته الخاصة، فإن النائب يكون في هذه الحالة رسولاً وليس وكيلاً. ولذلك فإن إرادة الأصل هي التي تكون موضع الاعتبار من حيث سلامة الإرادة، وكذلك من حيث علم الأصل بظروف معينة كإفسار التعاقد الآخر، أو وجود عيب في الشيء المبيع.

أما الأهلية فينبغي التفرقة فيها بين النيابة القانونية والنيابة الاتفاقية فالنائب القانوني هو دائماً شخص كامل الأهلية، أما النائب الاتفاقي وهو الوكيل فلا يشترط فيه أن يكون كامل الأهلية. وكمال الأهلية مشروط في الأصل وحده أما الوكيل فيكفي أن يكون أهلاً للتعاقد أي قادراً على التعبير عن إرادته ولو كان ناقص الأهلية.

(ب) عدم تجاوز النائب حدود النيابة.

رغم أن النائب يعبر عن إرادته هو كما ذكرنا في الفقرة السابقة، ويتمتع بناء على ذلك بشيء من الاستقلال، إلا أنه ينبغي ألا يخرج على حدود النيابة سواء من حيث نوع التصرف المراد إبرامه أو شروط هذا التصرف أو المدة التي يجوز خلالها إبرامه إلى غير ذلك من القيود. فإذا خرج النائب على هذه الحدود فإنه يفقد صفته ولا تنصرف آثار العقد إلى الأصل.

ومع ذلك فقد خرج المشرع على هذه القاعدة في حالتين: الأولى راعى

فيها مصلحة الاصيل نفسه حيث أجاز للنائب الخروج على حدود النيابة إذا كان يستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب فيها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف شريطة أن يبادر النائب بإبلاغ الموكل بذلك^(١) والحالة الثانية راعى فيها المشرع مصلحة النائب حيث أجاز له الخروج على حدود النيابة إذا كان هو ومن تعاقد معه يجهلان وقت العقد انقضاء النيابة كما لو مات الاصيل أو عزل النائب دون علم الأخير وهذا ما يسمى بالنيابة الظاهرة^(٢).

وفي غير هذين الاستثنائين فإنه إذا تجاوز النائب حدود النيابة فإن آثار العقد لا تنصرف إلى الاصيل. إلا إذا أقر الاصيل العقد. فإذا لم يقر الاصيل العقد. فلا يكون للمتعاقد الآخر إلا أن يرجع على النائب بالتعويض وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية.

ومن المقرر أنه إذا كانت الوكالة عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل، فإنها لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة، وعلى هذا النحو لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، كالبيع والرهن والصلح والتبرعات الخ.

(ج) يجب أن يكون التعاقد باسم الاصيل.

يجب أن يعلن النائب إرادته في أنه يتعاقد باسم الاصيل. فإذا أغفل ذلك فإن آثار العقد تنصرف إليه لا إلى الاصيل إلا في حالتين:

الأولى: أن يكون المتعاقد الآخر يعلم حتماً أو المفروض أن يعلم بأن المتعاقد معه هو نائب عن غيره. والثانية: أن يستوي لديه أن يتعاقد مع النائب أو مع الاصيل. ففي هاتين الحالتين تنصرف آثار العقد إلى الاصيل^(٣).

(١) انظر المادة ٧٠٣ من القانون المدني.

(٢) انظر المادة ١٠٧ من القانون المدني.

(٣) انظر المادة ١٠٦ من القانون المدني.

٢ - آثار النيابة

١٣١ - تظهر آثار النيابة في عدة علاقات طالما اكتملت شروطها السابق دراستها:

أولاً: في العلاقة ما بين النائب والمتعاقد الآخر: وفي هذه العلاقة لا يكتسب النائب أي حق ولا يلتزم بأي التزام في مواجهة المتعاقد الآخر^(١)، ولا يجوز له المطالبة بتنفيذ العقد المبرم بينهما إلا إذا كان نائباً في التنفيذ أيضاً.

ثانياً: في العلاقة بين النائب والأصيل: وهذه العلاقة يحددها مصدر تعيين سلطة النائب، أي القانون أو الاتفاق بحسب الأحوال.

ثالثاً: في العلاقة بين الأصيل والمتعاقد الآخر: والنيابة تؤدي إلى نشأة علاقة مباشرة بين هذين الشخصين فتصرف كل آثار العقد إلى الأصيل ويصبح هو دائناً للمتعاقد الآخر أو مديناً له بحسب الأحوال. ويجوز لكل منهما أن يطالب الآخر مباشرة بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد المبرم بين النائب والمتعاقد الآخر^(٢).

مركز تحقيق وتطوير علوم إيسوي

٣ - تعاقد النائب مع نفسه

١٣٢ - إذا كان من المتصور عملاً أن يتعاقد النائب مع نفسه، سواء باعتباره نائباً عن الطرفين كما لو كان نائباً عن الإثنين، أو سواء باعتباره أصيلاً عن نفسه ونائباً عن المتعاقد الآخر، بيد أن المشرع لم يسمح بذلك بحسب الأصل لأن فيه تجاوزاً لحدود النيابة^(٣).

(١) انظر المادة ٨٠٢ موجبات لبناني والمادتان ٨٠٠ و ٨٠٤ موجبات لبناني.

(٢) انظر المادة ١٠٥ من القانون المدني. وانظر المادة ٨٠٤ موجبات لبناني والمادتان ٣٨٠ و ٣٨١ موجبات لبناني.

(٣) انظر المادة ١٠٨ من القانون المدني. وانظر مع ذلك نص المادة ٣٧٨ موجبات.

ولكن نظراً لأن أساس الحظر هو تجاوز حدود الوكالة، فإن التصرف يكون صحيحاً إذا أقره الموكل بعد ذلك.

وبطبيعة الحال فإن الإجازة السابقة كالإقرار اللاحق، ولذلك يجوز للموكل أن يأذن للوكيل صراحة في أن يتعاقد مع نفسه.

وكذلك فإن المشرع يأذن أحياناً للنائب في أن يتعاقد مع نفسه كما هو في ولاية الأب على مال القاصر (١).

وايضاً فإن احكام القانون التجاري تسمح للوكيل بالعمولة أن يتعاقد مع نفسه وذلك دون حاجة الى إذن خاص من الموكل.

المطلب الثاني

الأهلية

١٣٣ - يشترط في كل من طرفي العقد، أن تتوفر لديه الأهلية اللازمة لإبرام التصرف. والمقصود بالأهلية بهذا المعنى هو أهلية الأداء وليس أهلية الوجوب.

وأهلية الأداء هي قدرة الشخص على التعبير عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية. ومناط هذه القدرة هو تمييز هذا الشخص وإدراكه. ولذلك فلا تثبت أهلية الأداء لكل شخص. فهي تكون منعدمة إذا كان الشخص عديم التمييز وتكون ناقصة إذا كان الشخص ناقص التمييز وتكون كاملة إذا كان الشخص كامل التمييز.

والتصرفات التي تجري بين الناس تنقسم الى ثلاثة أنواع. فهناك التصرفات النافعة نفعاً محضاً كالتبرع بالنسبة للمتبرع له. وهناك التصرفات الضارة ضرراً محضاً كالتبرع بالنسبة للمتبرع. وهناك أخيراً التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وهي عقود المعاوضة كالبيع والإيجار وغير ذلك.

(١) انظر المادة ١٤ من قانون الولاية على المال.

والتصرفات النافعة نفعاً محضاً يكفي لانعقادها صحيحة أن يكون المتعاقد مميزاً ولو كان ناقص التمييز. أما التصرفات الضارة ضرراً محضاً فيشترط لانعقادها صحيحة أن يكون المتعاقد كامل التمييز فإذا كان عديم التمييز أو حتى لو كان ناقص التمييز فإن العقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً. أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيشترط لانعقادها أن يكون المتعاقد كامل التمييز، ولكن إذا أبرمها ناقص التمييز، فهي لا تكون باطلة بطلاناً مطلقاً، بل باطلة بطلاناً نسبياً على ما سندرسه فيما بعد.

هذا عن أهلية الأداء، أما أهلية الوجوب فهي تعني صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات، وهي تثبت لكل إنسان بمجرد تمام ولادته حياً. هذه الأهلية لا تثير مشكلة بالنسبة لانعقاد العقد ويلاحظ أن أحكام الأهلية تتعلق بالنظام العام فلا يجوز إعطاء الأهلية لمن لا تتوافر له، ولا يجوز سلبها ممن يستحقها.

ومن ناحية أخرى فإن الأصل في الإنسان هو اكتمال أهليته، وعلى من يدعى خلاف ذلك أن يثبت العكس.

١٣ - تدرج الأهلية بتدرج السن.

أهلية الأداء مناطها التمييز. والتمييز يتدرج مع سن الإنسان وكذلك أهليته. وقد قسم المشرع عمر الإنسان إلى ثلاثة مراحل. المرحلة الأولى وتبدأ منذ ولادته إلى سن السابعة حسب الراجع في القانون اللبناني، ويكون الإنسان فيها عديم التمييز وتكون كل العقود التي يبرمها باطلة بطلاناً مطلقاً حتى ولو كانت نافعة له نفعاً محضاً (م ١/٨٦ موجبات) والمرحلة الثانية تبدأ من سن السابعة إلى ما قبل سن الثامنة عشرة، ويكون الإنسان فيها مميزاً ولكنه ناقص التمييز وبالتالي ناقص الأهلية، وتكون التصرفات التي يبرمها صحيحة إذا كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة بطلاناً مطلقاً إذا كانت ضارة ضرراً محضاً، وباطلة بطلاناً نسبياً أي قابلة للإبطال بناء على طلبه إذا كانت دائرة بين النفع والضرر (مع مراعاة ما نصت عليه المادة ٢١٦ موجبات والتي فرقت بين تصرفات تحتاج لإبرامها إلى صيغة معينة، وأخرى لا تحتاج إلى مثل هذه الصفة).

ومع ذلك، فإن المشرع اللبناني قد استثنى عدة حالات يكون فيها تصرف الصبي المميز صحيحاً وهذه الحالات أشارت إليها المادة ٢١٧ من قانون الموجبات والعقود بنصها «أن القاصر في التجارة يعامل كمن بلغ سن الرشد في دائرة تجارته وعلى قدر حاجتها».

والمرحلة الثالثة تبدأ باكتمال الانسان الثامنة عشرة من عمره، وفي هذه المرحلة يصبح الانسان رشيداً كامل الأهلية يجوز له أن يبرم كل العقود ولو كانت ضارة ضرراً محضاً كالتبرعات مثلاً. ويلاحظ أنه في المرحلة التي يكون فيها الانسان عديم الأهلية أو ناقص الأهلية، فإن مباشرة حقوقه يتولاها نائب عنه هو الولي أو الوصي. والولي هو الأب أو الجد الصحيح، أما الوصي فهو من يختاره الأب أو من تعينه المحكمة (١).

ويلاحظ أخيراً أن الإنسان رغم بلوغه سن الرشد، فقد يعرض له عارض من عوارض الأهلية، يؤدي الى اعتباره عديم الأهلية أو ناقصها وهو ما ندرسه فيما يلي:

١٣٥ - عوارض الأهلية: الجنون العته السفه والغفلة.

١ - الجنون والعته من عوارض الأهلية التي تؤدي الى اعتبار المصاب بأي منها عديم التمييز كالصبي غير المميز تماماً. ويحجر على المجنون أو المعتوه ويعين له قيم يتولى مباشرة شؤونه. والتصرفات التي تصدر من المجنون أو المعتوه بعد توقيع قرار الحجر تكون باطلة بطلاناً مطلقاً ولو كانت نافعة نفعاً محضاً. أما التصرفات التي تصدر منه قبل توقيع قرار الحجر فإنها لا تكون باطلة إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة لدى الناس أو كان المتعاقد الآخر على علم بها ولو لم تكن شائعة (٢). وجدير بالذكر أن المشرع اللبناني اعتبر الجنون وحده مفقداً للتمييز أما العته فلا يترتب عليه إلا نقص التمييز.

٢ - أما السفه والغفلة فهي من عوارض الأهلية التي تجعل صاحبها ناقص التمييز وليس عديم التمييز. والسفيه هو الشخص المبذر في أمواله، أما

(١) انظر المادة ٢١٥ موجبات لبناني.

(٢) انظر المادة ١١٤ من القانون المدني.

ذو الغفلة فهو الشخص الذي لا يدرك وجه المصلحة في تصرفاته المالية مما يسهل غبنه فيها. والمحكمة تعين قيمياً على السفه أو ذي الغفلة لإدارة أمواله. والتصرفات التي تصدر من أي منهما بعد توقيع قرار الحجر تأخذ حكم التصرفات الصادرة من الصبي المميز ناقص الأهلية. أما التصرفات التي تصدر قبل توقيع قرار الحجر فلا تكون باطلة بطلاناً نسبياً إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ. ويلاحظ أن حكم ذلك مستمد من المجلة.

١٣٦ - موانع الأهلية.

قد يكون الشخص كامل الأهلية وغير مصاب بعارض من عوارضها، ومع ذلك يمنعه مانع من مباشرة أموره وتصرفاته القانونية. كما في حالة الغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية والمصاب بعاهتين. وهذه هي موانع الأهلية. ويلاحظ أن القانون اللبناني لا يعرف إلا المانع القانوني أما المانع المادي والصحي فلا يعرفهما ومع ذلك فليس هناك ما يمنع من الأخذ بها وفقاً للراجح فقهاً في لبنان.

١ - الغائب هو الذي لا تعرف حياته من مماته. أو يكون قد تغيب عن وطنه مدة تزيد على سنة ولو كانت حياته محققة. مثل هذا الشخص إذا ترك وكيلأ عاماً عنه فإن المحكمة تثبت إذا توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي. وإذا لم يترك وكيلأ عاماً بهذه الشروط فإن المحكمة تعين له وكيلأ. ويسري على الوكيل ما يسري على الوصي من أحكام.

٢ - والمحكوم عليه بعقوبة جنائية يعتبر بحكم المادة ٥٠ من تقنين العقوبات اللبناني محجوراً عليه طوال مدة العقوبة، وهو يختار لنفسه قيمياً تصديقاً على إختياره المحكمة.

٣ - أما: إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته. جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك.

(٢) ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها. متى صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعدة. إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة،

ويلاحظ أن المصاب بعاهتين مما سبق ذكره هو شخص كامل الأهلية ولكن لديه فقط عجز طبيعي في قدرته على التعبير عن إرادته، وهذا ما يعاونه فيه المساعد القضائي.

المبحث الثاني

الإرادة أو التراضي في العقد

١٣٧ - القاعدة في القانون أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد (١). لذا ندرس في مطلبين تكوين الإرادة وعيوب الإرادة.



١٣٨ - مسائل ثلاث هي التعبير عن الإرادة وتوافق الإرادتين والوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي والعربون تحتاج الى إيضاح في الفروع التالية.

الفرع الأول

التعبير عن الإرادة

١٣٩ - يتم التعبير عن الإرادة صراحة أو ضمناً، والتعبير الصريح له مظاهر مختلفة ولكنها تتفق جميعاً في تعارف الناس على إستعمالها في

(١) انظر المادة ٨٩ من القانون المدني. وانظر المادتان ١٧١ و ٥٠٢ موجبات لبناني.

التعبير عن الإرادة. وقد يتم هذا التعبير بالكلام أو الكتابة أو بالإشارة المتعارف عليها كهز الرأس بمعنى الموافقة، أو باتخاذ موقف معين لا تدع ظروف الحال شكاً على حقيقته المقصودة.

أما التعبير الضمني فهو التعبير غير المتعارف عليه بين الناس، ولكنه في ظروف العلاقة الخاصة بين الطرفين، لا يمكن تفسيره إلا باعتباره تعبيراً عن الإرادة. مثال ذلك أن يبقى المستأجر في العين المؤجرة بعد إنقضاء مدة عقد الإيجار حيث يعتبر ذلك تعبيراً ضمناً عن الرغبة في تجديد عقد الإيجار^(١).

ويلاحظ أن مبدأ التعبير عن الإرادة يكون صريحاً أو ضمناً ترد عليه عدة استثناءات:

١ - إذا اشترط القانون شكلاً خاصاً لإبرام العقد كالرسمية في الرهن مثلاً فلا بد من مراعاة هذا الشكل كوسيلة وحيدة للتعبير.

٢ - عندما يشترط القانون الكتابة لإثبات العقد، فإن الكتابة وإن كانت مشترطة لإثبات التعبير لا لوجود التعبير، فإنه من الناحية العملية تختلط مشكلة الوجود بمشكلة الإثبات.

٣ - في بعض الحالات يشترط القانون أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً. من هذا ما هو متفق عليه بين الفقهاء من أن تعبير الكفيل في عقد الكفالة ينبغي أن يكون صريحاً قاطعاً.

٤ - إذا اشترط المتعاقدان أن التعبير عن الإرادة لا يكون إلا صريحاً وفي شكل خاص فإن العقد لا ينعقد إلا إذا روعي هذا الشكل في التعبير عن الإرادة.

١٤٠ - الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة.

تمر الإرادة كظاهرة نفسية بعدة مراحل، هي مرحلة التصور ثم مرحلة التدبر، ثم مرحلة الحسم، وأخيراً مرحلة التعبير. فإذا وصلت الإرادة إلى هذه المرحلة الأخيرة فإنها تصبح ظاهرة اجتماعية بعد أن كانت ظاهرة نفسية. ولكن قد لا تتطابق الإرادة الباطنة مع الإرادة الظاهرة، ولذا نتساءل عن أي من الإرادتين يعتد بها القانون؟

(١) انظر سمير نتاغو المرجع السابق، ص ٢٢.

إذا كانت المدرسة الفرنسية تعتد بالإرادة الباطنة بعكس المدرسة الألمانية التي تعتد بالإرادة الظاهرة، بيد أن كلا من هاتين المدرستين لم تأخذا بأي من النظريتين بصفة مطلقة أما القانون اللبناني فقد أخذ بالإرادة الباطنة تماشياً مع اتجاه المدرسة الفرنسية. وهذا يتضح من تعريف قانون الموجبات والعقود للاتفاق والعقد: الاتفاق هو «إلتزام بين مشيئة وأخرى لانتاج مفاعيل قانونية»^(١). فالتوافق في القانون اللبناني يتم بين مشيئتين وليس بين تعبيرين عن إرادتين، وهذا هو مذهب الإرادة الباطنة، بخلاف ما لو كان التوافق بين تعبيرين. وفي صدد تفسير العقد تطلب القانون اللبناني كذلك الاعتداد بالإرادة الحقيقية وهو ما صرحت به المادة ٣٩٦ موجبات. ومع ذلك فإنه ينبغي أن يراعى أن هذا القانون يتجه إلى التخفيف من مذهب الإرادة الباطنة، تماشياً مع المظهر الاجتماعي للعقد واستقرار التعامل فيجعل للإرادة الظاهرة دوراً في إبرام العقد وبالتالي يلتزم المتعاقد على الرغم من أنه لم يرد ما يلزمه من حقيقة الأمر^(٢).

- الوقت الذي ينتج التعبير فيه اثره.

لا يكفي أن ينفصل التعبير عن صاحبه لكي ينتج اثره، بل يجب أن يصل التعبير إلى علم من وجه اليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك^(٣).

كما قرر المشرع أن انفصال التعبير عن صاحبه لا يزول بموت من صدر منه التعبير أو بفقد أهليته قبل أن ينتج التعبير اثره، بل إن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل^(٤). كما لو كانت شخصية من مات محل اعتبار في تنفيذه العقد.

(١) انظر المادتان ١٦٥ و ١٧٨ موجبات لبناني.

(٢) انظر توفيق فرج، النظرية العامة للموجبات (نظرية العقد) في القانون اللبناني، بيروت ١٩٦٧ ص ٣٩ و ص ٦٩ - ٧١.

(٣) انظر المادة ٩١ من القانون اللبناني.

(٤) انظر المادة ٩٢ من القانون المدني.

الفرع الثاني

توافق الإرادتين

١٤١ - ينعقد العقد بصدر إيجاب من أحد الطرفين واقتترانه بقبول من الطرف الآخر. وقد يحدث ذلك في مجلس واحد هو مجلس العقد، وقد يحدث ذلك في أكثر من مجلس واحد كما يحدث في التعاقد بين الغائبين أو بالمراسلة. وندرس كل ذلك فيما يلي:

١٤٢ - الإيجاب: لما كان الإيجاب يمثل الشق الأول للعقد، لذا يتعين أن ينطوي على العناصر الأساسية للعقد، وأن يكون باتاً. أما ما يسبقه من مفاوضات أو حديث أو دعوة فهو يمهّد له دون أن يختلط به^(١).

لكننا نتساءل عن القوة الملزمة للإيجاب بالنسبة للموجب؟ وفق ما نص المشرع، فإن الأصل في الإيجاب أنه غير ملزم للموجب ويجوز العدول عنه في أي وقت طالما لم يقترب به قبول. وخلافاً لهذا الأصل فإن الإيجاب يكون ملزماً لمن صدر منه إذا عين ميعاد للقبول. لأن معنى ذلك هو رضا الموجب أن يبقى ملزماً بالإيجاب الصادر فيه طوال المدة التي حددها، لذا لا يجوز له الرجوع خلال هذه المدة، فإذا ما انقضت دون أن يقترب القبول بالإيجاب كان له حق العدول عن إيجابه.

هذا وتعين ميعاد للإيجاب إما أن يتم بواسطة الموجب نفسه أو أن يستخلص من طبيعة المعاملة كما لو كان التعاقد يتم بين شخصين في غير مجلس واحد، فإن المفروض هو أن يظل الموجب ملتزماً بإيجابه الوقت الكافي للوصول إلى إيجاب إلى علم الشخص الموجه له. ووصول القبول بعد ذلك من هذا الشخص.

وعلى هذا النحو فإن الإيجاب الملزم لا يسقط إلا بمضي المدة المحددة دون أن يقترب به القبول، أو برفض هذا الإيجاب من الشخص الموجه إليه. أما الإيجاب غير الملزم فهو لا يكون إلا بين شخصين في مجلس واحد،

(١) انظر نقض مدني مصري في ١٩/٦/١٩٦٩ طعن رقم ٢٢٢ ص ٣٥ ق.

فيسقط إذا انفض المجلس قبل أن يقترن به القبول، أو إذا رجع فيه الموجب ولو قبل انفضاض المجلس.

١٤٣ - إقتران الإيجاب بالقبول: يتم التعاقد إذا أقترن القبول بالإيجاب في نفس مجلس العقد وقبل انفضاضه. والأصل أن يصدر القبول فوراً. ومع ذلك يتم العقد، ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد (١).

ولكي ينعقد العقد يجب أن يطابق القبول الإيجاب تمام المطابقة ولا اعتبر رفضاً للإيجاب وعد إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبولاً جديداً (٢).

- وإذا أقترن القبول بالإيجاب انعقد العقد حتى ولو كان محل القبول والإيجاب مسألة تفصيلية، وإن كان عدم ذكر المسائل التفصيلية لا يمنع من انعقاد العقد. والقاضي هو الذي يتولى تحديدها طبقاً لطبيعة المعاملة، ولاحكام القانون والعرف والعدالة (٣).

- متى يكون السكوت قبولاً؟ السكوت هو موقف سلبي لا يدل على شيء، ووفق ما ذهب إليه الشريعة الإسلامية «لا ينسب إلى ساكت قول»، وعلى حد قول البعض (٤)، فإن السكوت لا يعتبر إيجاباً في أي حال من الأحوال، وكذلك فهو لا يعتبر قبولاً في معظم الأحوال.

بيد أن هناك حالات خاصة يكون فيها السكوت ملائماً مما يستدل منه أن السكوت بمثابة قبول للإيجاب وهذا ما نص عليه المشرع في الحالات الثلاث التالية:

١ - إذا تمخض الإيجاب عن منفعة لمن وجه إليه كالهبة توجه إلى

(١) انظر المادة ٩٤ من القانون المدني. وانظر المادة ١٨٣ موجبات لبناني.

(٢) انظر المادة ٩٦ من القانون المدني. وانظر المادة ١٨٣ موجبات لبناني. وانظر نقض مدني

١٩٥٨/١٢/١١ مجموعة النقض س ٥ ص ٧٤١.

(٣) انظر المادة ٩٥ من القانون المدني.

(٤) انظر سمير نتاغو، المرجع السابق ص ٢٨.

شخص فيسكت عن الرد، فيحمل سكوته على أنه قبول لها.

٢ - إذا وجه تعامل سابق بين الطرفين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، فإن السكوت يعتبر في هذه الحالة قبولاً للإيجاب. مثال ذلك تاجر التجزئة الذي يرسل في طلب بضاعة من تاجر الجملة الذي يتعامل معه. ويسكت تاجر الجملة عن الرد فيعتبر هذا قبولاً منه لطلب تاجر التجزئة وينعقد العقد.

٣ - إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري تجعل السكوت عن الرفض قبولاً، فإنه يعتبر كذلك في حكم القانون. مثال ذلك عميل البنك الذي يتلقى كشفاً بالحساب من البنك فيسكت عن الاعتراض عليه مدة كافية. اعتبر ذلك قبولاً منه لهذا الحساب^(١).

١٤٤ - القبول في عقود المزايدة: غني عن الذكر أن المزايدة قد يكون جبرياً كما هو الحال في التنفيذ على أموال المدين، وقد يكون اختيارياً كبيع منقولات شخص برغبته.

ولعل أهم ما يقرره المشرع في المادة ٩٩ من القانون المدني أن طرح الشيء للمزايدة لا يعتبر إيجاباً ولكنه دعوة فقط للتعاقد. أما الإيجاب فهو العطاء الذي يقدمه كل متزايد. والقبول هو رسو المزايدة على صاحب هذا العطاء. فقبل رسو المزايدة لا ينعقد العقد.

والعطاء يسقط بكل عطاء يزيد عليه ولو كان العطاء الزائد باطلاً. ويترتب على ذلك حكم هام هو أنه لا يجوز إرساء المزايدة إلا على أعلى عطاء لأن كل عطاء آخر أقل منه قد سقط فلا وجود له.

والعطاء الزائد يسقط العطاءات السابقة ولو كان هو نفسه باطلاً لصدوره من شخص عديم الأهلية، أو شخص ممنوع عليه شراء الشيء المعروض على المزايدة. وهو يحدث هذا الأثر باعتباره واقعة قانونية لا بأعتبره تصرفاً قانونياً.

(١) انظر المادة ٩٨ من القانون المدني. وانظر المادة ٦٧ من مجلة الأحكام العدلية ولقد نصت المادة ١٨٠ موجبات لبنان «ويعد سكوت مشتري البضائع بعد استلامها قبولاً للشروط المعينة في بيان الحساب (الفاتورة) وانظر كذلك المادة ٢٧٦ و٤٢٨ من مجلة الأحكام العدلية.

- حكم القبول في عقود الإذعان: نص المشرع على أن القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقرره يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها (١) ومعروف أن عقود الإذعان إنما تتعلق بخدمة أو سلعة أساسية كالمياه والكهرباء والتليفون يحتكرها شخص معين إحتكار قانوني أو فعلي، ويملي شروطها على الغير الذي لا يكون أمامه إلا القبول أو الرفض دون القدرة على مناقشة شروطها. من هنا، وحماية للطرف الضعيف في هذه العقود وهو الطرف المذعن، قرر المشرع أنه إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها. وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك (٢).

من ناحية أخرى، وإمعاناً في حماية الطرف المذعن، قرر المشرع أن الشك في عقود الإذعان عند تفسير العبارات الغامضة يفسر لمصلحة الطرف المذعن دائماً كان أم مديناً (٣).

١٤٥ - التعاقد بين الغائبين.

كثيراً ما يتم التعاقد بين غائبين. أي بين شخصين لا يوجدان في مجلس واحد. ويكون ذلك بطريق البريد أو بطريق البرق أو بواسطة رسول. وبهذا ينقضي وقت من الزمن بين صدور القبول وبين علم الموجب بالقبول. ويثور التساؤل عن تحديد وقت انعقاد العقد وهل هو وقت صدور القبول أم وقت علم الموجب به أم غير ذلك. وقد عرفت في هذا الشأن أربع نظريات هي:

١ - نظرية الاعلان وبمقتضاها يتم العقد بمجرد إعلان القبول وقبل أن يصل الى علم الموجب.

ولكن يعيب هذه النظرية أنها تغفل القواعد العامة في أن التعبير عن الإرادة لا يحدث أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه.

(١) انظر المادة ١٠٠ من القانون المدني.

(٢) انظر المادة ١٤٩ من القانون المدني. وانظر المادة ١٧٢ موجبات لبناني.

(٣) انظر المادة ١٥١ من القانون المدني. وانظر المادة ١٧٢ موجبات لبناني.

٢ - نظرية التصدير وبمقتضاها ينعقد العقد لا بمجرد إعلان القبول، بل بعد تصديره، أي بعد وضع الخطاب في صندوق البريد أو تسليم البرقية الى مكتب الإرسال الى غير ذلك من أمثلة.

ولكن يعيب هذه النظرية ما يعيب النظرية السابقة، فضلاً عن إمكانية استرداد الرسالة أو البرقية طالما لم تصل الى المرسل اليه.

٣ - نظرية الوصول وبمقتضاها ينعقد العقد بمجرد أن يصل القبول الى الموجب، بغض النظر عن علمه بالقبول، والوصول حسب هذه النظرية لا يعدو أن يكون قرينة على العلم ولذلك فلا تخرج هذه النظرية على النظرية الرابعة وهي نظرية العلم.

٤ - بمقتضى نظرية العلم فإن العقد لا ينعقد إلا إذا وصل القبول الى علم الموجب، وهذه النظرية تتفق مع القواعد العامة في أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه، وهو في هذه الحالة الموجب الذي يوجه اليه القبول^(١).

ويلاحظ أن القانون اللبناني لم يأخذ بنظرية الاعلان لما تثير من صعوبات حول اثبات حصول القبول بل أخذ بنظرية التصدير لما يصاحبها من أفعال ايجابية تفيد في اثبات حصوله كوضع الرسالة في مكتب البريد. ومع ذلك قد يأخذ المشرع اللبناني بنظرية العلم في بعض الاحيان كما هو الشأن في حالة الهبة حيث يشترط علم الموجب بقبول الموهوب له^(٢).

وجدير بالذكر أن الحكم الذي نص عليه المشرعين المصري واللبناني في القانون المدني وقانون الموجبات لا يتعلق بالنظام العام، حيث يجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفه، كان يتفق على أن العقد ينعقد بمجرد الاعلان عن القبول وقبل وصوله الى علم الطرف الآخر.

(١) انظر المادة ٩٧ من القانون المدني.

(٢) انظر المادة ٥٠٧ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

الفرع الثالث

الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي والعربون

١٤٦ - الوعد بالتعاقد: الوعد بالتعاقد هو عقد يتم بإيجاب وقبول، وهو عقد ملزم لجانب واحد فقط، أما الموعد له فلا يلتزم بشيء (١). هذا الوعد بالتعاقد له صور كثيرة في الحياة العملية، كالوعد بالبيع والوعد بالشراء والوعد بالرهن.

ويشترط لإبرام عقد الوعد أن يتفق الطرفان على جميع العناصر الأساسية لعقد الوعد. فإذا كان عقد الوعد بيعاً وجب الاتفاق على الشيء المبيع والتمن والمدة التي يتعين ابداء الرغبة فيها من قبل الموعد له. فضلاً عن ذلك يتعين مراعاة الشكل الذي ينص عليه المشرع كما لو كان العقد الموعد به شكلياً كمعد رهن رسمي أو عقد هبة.

وعقد الوعد بالتعاقد لا ينشئ إلا التزامات شخصية (٢)، فهو لا ينشئ حقوقاً عينية، حتى ولو كان العقد المراد إبرامه من شأنه أن يؤدي إلى إنشاء حقوق عينية. فمثلاً الوعد بالبيع لا ينشئ للموعد له حقاً عينياً على الشيء محل الوعد. ولكنه ينشئ له حقاً شخصياً في مواجهة الواعد. وعلى هذا النحو فإن الواعد يظل مالكاً للشيء ويستطيع التصرف فيه بالبيع لشخص آخر، وفي هذه الحالة لا يكون للموعد له أن يرجع بشيء على المتصرف إليه. وكل ما له هو أن يرجع بالتعويض على الواعد.

أما إذا عبر الموعد له عن إرادته في قبول الوعد فإن العقد النهائي يتم. ويصبح الموعد له بالبيع مالكاً منذ ذلك الوقت كما لو كان الشيء الموعد

(١) انظر للمؤلف عقد البيع في القانون الكويتي ١٦٢ وما بعدها.

(٢) يبدو أن المشرع اللبناني لا يرى في الوعد بالتعاقد وعداً متبادلاً إذ نص على أن من طبيعة العقد (يقصد عقد الوعد بالبيع) أنه غير متبادل (٢/١٩٣٢ موجبات لبناني). ونعتقد أن المشرع أقر بهذه الحالة الغالبة في الوعد. إذ الغالب أن يكون الوعد من جانب واحد، ومع ذلك فإن هذا لا ينفي إمكان قيام وعد متبادل بين الطرفين، وإن كان هذا نادراً. انظر توفيق فرج: عقد البيع في القانون اللبناني، بيروت ١٩٦٨، ص ٨١-٨٢.

ببيعه منقولاً معيناً بالذات. أما إذا كان الشيء الموعود ببيعه عقاراً، فإن الملكية فيه لا تنتقل بالعقد وحده بل بتسجيل هذا العقد، وهو ما يقتضي تدخل الواعد للتصديق على توقيعه بالبيع. فإذا رفض الواعد مساعدة الموعود له في اتمام اجراءات التسجيل، فللموعود له أن يلجأ الى القاضي كي يقوم حكمه متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد. ويقوم الموعود له في هذه الحالة بتسجيل الحكم ذاته بدلاً من تسجيل العقد (١). هذا ولم يورد القانون اللبناني نظرية عامة للوعد بالتعاقد مقتضياً بذلك أثر القانون الفرنسي. وقد تكلم القانون اللبناني عن الوعد بالتعاقد عند كلامه عن الوعد بالبيع فقط باعتبار أن أغلب حالات الوعد ترد بصدد البيع. وقد عرض القانون اللبناني لاحكام الوعد المتعلقة بالمنقولات في المواد ٤٩٣ موجبات وما بعدها. أما بالنسبة للعقارات، فقد عرض له في قانون الملكية العقارية في المواد ٢٢٠ الى ٢٢٧ حيث تكلم عن الوعد ببيع العقار.

١٤٧ - العقد الابتدائي: العقد الابتدائي هو وعد ملزم للجانبين لا لجانب واحد يشترط لانعقاده تحديد جميع العناصر الأساسية للعقد النهائي المراد ابرامه، فضلاً عن المدة اللازمة ابرامه فيها، مع مراعاة شكل العقد النهائي (٢).

ويلاحظ أن الآثار التي تترتب على العقد الابتدائي هي بذاتها آثار العقد النهائي ففي عقد البيع مثلاً يلتزم المشتري بدفع الثمن ويلتزم البائع بتسليم المبيع بيد أن تنفيذ هذه الالتزامات يؤجل الى وقت تمام العقد النهائي.

فضلاً عن ذلك فإن العقد الابتدائي يتضمن التزاماً على عاتق طرفيه بإبرام العقد النهائي. فإذا إمتنع أحدهما عن القيام بالاجراءات اللازمة لتمام العقد النهائي، فإن للطرف الآخر أن يلجأ الى القضاء للحكم له بصحة العقد، حيث يقوم. هذا الحكم مقام العقد، ويتم تسجيله بدلاً من تسجيل العقد، وتنتقل الملكية بهذا التسجيل.

ويلاحظ أن العقد النهائي إذا تم فهو يفسخ العقد الابتدائي ويحل محله

(١) انظر المادة ١٠٢ من القانون المدني الذي نص صراحة على هذا الحكم المبين في المتن.

(٢) انظر المادة ١٠١.

وتكون العبرة في العلاقة بين الطرفين بالشروط الواردة في العقد النهائي ولو اختلفت عن الشروط الواردة في العقد الابتدائي، على أنه يشترط لحدوث مثل هذا الاختلاف اتفاق كل من الطرفين على التعديل، أما إذا رفض أحد الطرفين ذلك فإن العقد النهائي يتم بنفس شروط العقد الابتدائي (١).

١٤٨ - العربون: العربون هو مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر ليفيد أحد أمور ثلاثة: إما اعتباره جزءاً من الثمن، وإما ليفيد خيار العدول، وإما ليفيد أن العقد أصبح باتاً.

والأصل أن تحديد دلالة العربون إنما ترجع إلى إرادة المتعاقدين. ومع ذلك إذا لم تكن إرادة المتعاقدين واضحة فإن المشرع قد اعتبر أن دفع العربون يفيد العدول.

ووفق ما نص عليه المشرع أنه إذا عدل من دفع العربون ففقدته، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه.

هذا ويلاحظ أن فقد العربون لا يمثل تعويضاً حيث لا يوجد ضرر، ولكنه ثمن حرية العدول عن إبرام العقد (٢).

كما يلاحظ أن القانون اللبناني لم يرد فيه نص تشريعي ينظم العربون كما فعلت القوانين الأخرى، ولكن يبدو من اجتهاد القضاء اللبناني أنه إذا لم تتضح نية الطرفين حول دلالة العربون، فإن المحاكم لم تستقر على اتجاه من الاتجاهات السابقة، فمعناها ما يأخذ بدلالة إمكان العدول، ومعناها ما يأخذ بدلالة البت في العقد (٣).

(١) انظر للمؤلف عقد البيع في القانون الكويتي ص ٥١ وما بعدها.

(٢) انظر للمؤلف عقد البيع في القانون الكويتي ص ٤١ وما بعدها.

(٣) انظر توفيق فرج، المرجع السابق، ص ١٠٩ وما مش ٢.

المطلب الثاني

سلامة الرضا او ما يسمى بعيوب الإرادة

١٤٩ - لا يكفي مجرد توافر الرضا حتى ينعقد العقد صحيحاً، بل فوق ذلك أن تكون الإرادة سليمة خالية من العيوب وعيوب الإرادة هي: الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، والإرادة المعيبة هي إرادة موجودة ولكنها غير سليمة. ولهذا ينبغي التفرقة بين عيب يصيب الإرادة وبين إنعدام الإرادة أصلاً. فما يصدر من المجنون أو الصبي غير المميز لا يعتبر إرادة ولا ينتج أي أثر ويكون حكمه هو البطلان المطلق. أما الإرادة المعيبة فهي بحسب الأصل صادرة من شخص توافرت لديه أهلية الأداء. ومع ذلك فقد لحق بإرادته عيب يضعف من أثرها ويجعل العقد باطلاً بطلاناً نسبياً. وندرس عيوب الإرادة السابق ذكرها في أربعة فروع متتالية.



١٥٠ - تعريف الغلط: الغلط هو وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على خلاف الواقع ويدفعه إلى التعاقد، بحيث لو لم يكن الغلط ما تعاقد. هذا ويشترط في الغلط لكي يكون عيباً من عيوب الإرادة أن يكون غلطاً مؤثراً. والغلط المؤثر يختلف عن الغلط المانع وعن الغلط غير المؤثر. ولذا يوجد عدة أنواع من الغلط.

١ - الغلط المانع، هو الغلط الذي يعدم الرضا كلياً ويمنع من إبرام العقد، وهو الغلط الذي يرد على ركن من أركان العقد (طبيعة العقد، محله، سببه). كأن يعتقد أحد الطرفين أنه يبيع الشيء الذي يملكه، بينما الطرف الآخر يعتقد أنه يتلقاه على سبيل الهبة (١).

(١) تنص المادة ٢٠٣ موجبات على أنه «إذا وقع الغلط على ماهية العقد، أو على حقيقة موضوع الموجب، فهو يحول دون انشاء العقد فيعد العقد كأن لم يكن».

٢ - الغلط غير المؤثر، وهو الغلط الذي لا يمس صحة العقد لكونه لا يتعلق بأي صفة جوهرية فيه، وحكمه أنه لا أثر له على الرضا لأنه لم يكن الدافع إلى التعاقد، كما إذا ورد على صفة عريضة في الشيء، كالغلط في الحساب (المادة ٢٠٥ موجبات لبناني).

٣ - الغلط الجوهرى، وهو الغلط الذي يعيب الرضا ويجعل العقد قابلاً للإبطال وهو ما نعرض له بشيء من التفصيل.

١٥١ - الغلط الجوهرى: هو ذلك الغلط الذي يبلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه التعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. ولكي يكون الغلط جوهرياً يشترط أن يتوافر شرطان:

١ - أن يكون الغلط جوهرياً، أي بلغ حداً من الجسامة تمنع من إبرام العقد لولا هذا الغلط. ويكون الغلط جوهرياً إذا وقع في صفة جوهرية في الشيء محل العقد، أو في شخص التعاقد، أو في القيمة أو في الباعث أو في القانون^(١).

٢ - أن يكون التعاقد الآخر قد وقع في نفس الغلط أو أن يكون على علم به أو من الممكن أن يتبينه، أي يكون الغلط مشتركاً والهدف من هذا الشرط هو التوفيق بين اعتبارات العدالة ودواعي استقرار المعاملات (المادة ٢٠٧ موجبات لبناني).

ويلاحظ أن معيار الغلط الجوهرى في القانون المصري هو معيار شخصي مستمد من إحساس التعاقد الذي وقع في الغلط. وعلى هذا النحو فإن ما يعتبر غلطاً جوهرياً بالنسبة لتعاقد، قد لا يعتبر كذلك بالنسبة لتعاقد آخر؛ أي يجب النظر إلى ظروف كل متعاقد الخاصة وحالته النفسية.

فإذا تبين أن الاعتقاد الخاطئ الذي قام في ذهنه كان هو العامل الحاسم في إبرام العقد، بحيث ما كان ليبرمه لو لم يقع في هذا الاعتقاد، فإن

(١) انظر المادة ٢٠٤ موجبات التي تضيف حالة أخرى تتعلق بفاعلية سبب الالتزام قد ضرب النص مثلاً على هذا في حالة انشاء تعهد من أجل سبب سابق، كان يظن أنه مدني مع أنه كان طبيعياً، وانظر المادة ٢٠٤/٢ موجبات والمادة ٢٠٥ و٢٠٦ موجبات.

العيب يكون جوهرياً، والارادة تكون معيبة. ومع ذلك فهذا المعيار الشخصي لا بد من تدعيمه بمعيار آخر موضوعي.

فالالاقتصار على البحث في نفسية المتعاقد ليس امراً سهلاً ولذلك ينبغي الاعتماد ايضاً على عناصر موضوعية مستمدة من ملابسات العقد وما ينبغي في التعامل من حسن نية.

هذا ويلاحظ أنه لا يجوز لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية. وتطبيقاً لذلك إذا كان الغلط يؤدي الى ابطال العقد فإن حسن النية يقتضي عدم التمسك بذلك. إذا عرض المتعاقد الآخر تنفيذ العقد الذي أراد من وقع في الغلط أن يبرمه. كبائع العاديات الذي يعرض على المشتري التمثال الاثري الذي أراد شراؤه^(١).

الفرع الثاني

التدليس (الخداع) (٢)

١٥٢ - تعريف التدليس: هو استخدام شخص لطرق احتيالية لايقاع الطرف الآخر في غلط يجمله على التعاقد. فالتدليس ما هو إلا غلط مستثار. والتدليس يعد عيباً من عيوب الرضا يجعل العقد قابلاً للإبطال. والتدليس يعد عملاً غير مشروعاً من المدلس، ولذا يستوجب هذا الاخير جزاء يتمثل في تعويض الطرف المدلس عليه عما أصابه من ضرر نتيجة التدليس.

- شروط التدليس: يشترط لوقوع التدليس أن تستعمل طرق احتيالية من ناحية وأن تؤدي هذه الطرق الى ابرام العقد من ناحية أخرى.

الشرط الأول: استعمال طرق احتيالية، أي استخدام وسائل من شأنها أن تولد في ذهن المتعاقد وضع مخالف للواقع بقصد تضليله.

فالعنصر الأول هو تغيير الحقيقة بوسيلة من الوسائل. وهذه

(١) انظر المادة ١٢٤ من القانون المدني.

(٢) انظر المادة ٢٠٨ موجبات.

الوسيلة تختلف بحسب المتعاقد المدلس عليه. والمعيار في هذا معيار شخصي يتوقف على ظروف المتعاقد كسنه وجنسه ودرجة تعليمه وغير ذلك. والكذب بمفرده قد يكفي لتضليل شخص معين فيعتبر طريقة احتيالية بالنسبة له، بينما يجب لتضليل شخص آخر استعمال وسائل تضليل بارعة. بل إن مجرد السكوت أي كتمان وقائع معينة قد يعتبر وسيلة تضليل كافية^(١) مثال ذلك أن يكتم المؤمن على حياته مرضاً خطيراً أصيب به قبل إبرام عقد التأمين ولم تكن شركة التأمين تستطيع العلم به إلا عن طريقه.

والعنصر الثاني من عناصر الاحتيال هو وجود نية التضليل. فإذا غير أحد المتعاقدين في الحقيقة دون أن يقصد تضليل المتعاقد الآخر كالبائع في الطريق يسبغ على السلعة التي يبيعها أحسن الصفات على ما يجري عليه البيع في الأسواق، فإن ذلك لا يعتبر تدليساً.

٢ - والشرط الثاني للتدليس هو أن يكون ما استعمل من طرق احتيالية هو الذي دفع المتعاقد الآخر إلى إبرام العقد، بأن تكون هذه الطرق الاحتيالية قد وصلت حداً من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. ووقوع المتعاقد الآخر في غلط جوهري بسبب الطرق الاحتيالية يتوقف على الظروف الخاصة لكل متعاقد، والمعيار في ذلك معيار شخصي يخضع لتقدير القاضي.

هذا ويلاحظ أن الحكم واحد سواء صدر التدليس من أحد المتعاقدين، أم صدر من الغير. وكل ما يشترط، سواء صدر التدليس من هذا أو ذاك، أن يكون داخلاً في منطقة العقد بأن يكون المتعاقد الآخر على علم به أو من المفروض أن يكون على علم به^(٢).

ومن الأمثلة على ذلك أن يتم عقد الكفالة على تدليس صادر. لا من الدائن وهو المتعاقد مع الكفيل، ولكن من المدين وهو أجنبي عن عقد الكفالة.

(١) انظر المادة ١٢٥ من القانون المدني وانظر محكمة التمييز اللبنانية، قرار ٣٣، في ٢٩ نيسان ١٩٥٣، مجموعة حاتم، ج ١٦، ص ٥٦ رقم ١.

(٢) انظر المادة ١٢٩ من القانون المدني. وانظر المادة ١/٢٠٨ موجبات وكذلك المادة ٢٠٩ موجبات لبناني.

هذا التدليس يؤدي الى ابطال العقد اذا كان الدائن يعلم به او من المفروض أن يعلم به.

الفرع الثالث

الاكراه

١٥٣ - تعريف الاكراه: هو استخدام وسائل مادية أو معنوية، بدون وجه حق، من شأنها أن تولد في نفس المتعاقد رهبة تدفعه الى التعاقد، بحيث لولا هذه الرهبة ما كان ليتعاقد. والذي يعتد به في الاكراه ليست الوسائل التي استعملت، ولكن الحالة النفسية التي أدت اليها هذه الوسائل، وهي حالة الرهبة الدافعة الى التعاقد^(١) فالمكره هنا تكون لديه الارادة ولكنها إرادة معيبة.

- شروط الاكراه: يشترط في الاكراه المعيب للرضا ان توجد اسباب غير مشروعة تولد رهبة في نفس المتعاقد، وأن تكون هذه الرهبة هي الباعثة الدافعة الى التعاقد.

١ - وجود اسباب غير مشروعة تولد رهبة. تتحقق هذه الرهبة بالتهديد بخطر جسيم محقق بالنفس او بالجسم او بالشرف او بالمال.

(١) فينبغي أن يكون الخطر جسيماً. ومعيار جسامة الخطر هو معيار شخصي محض. يعتد فيه بشخص المكره وظروفه. ولا يشترط أن يكون الخطر حقيقياً من الناحية الموضوعية. بل يكفي أن يكون كذلك من وجهة نظر المكره الخاصة. مثال ذلك التهديد بأعمال السحر قد يعتبر خطراً جسيماً بالنسبة لشخص ريفي وإن كان لا يعتبر كذلك بالنسبة لشخص آخر متعلم.

(ب) وينبغي أن يكون الخطر محققاً أي وشيك الوقوع. أما إذا كان

(١) انظر المادة ١٧ من القانون المدني وانظر سمير نقاغرو والسيد عمران الاساسيات العامة في القانون، الفتح للطباعة والنشر ١٩٩٢ ص ٤٨ وانظر المادتين ٩٤٨ و ٩٤٩ من مجلة الاحكام العدلية والمادة ٢١٠ موجبات لبناني.

الخطر بعيداً بحيث يتمكن المكره من تلافي نتائجه، فلا يؤثر ذلك في إرادته.
(ج) وينبغي أن يتلقى هذا الخطر المحدق بالجسم أو بالشرف أو بالمال.
كالتهديد بالقتل أو التعذيب أو الخطف أو الحبس أو اتلاف المحصولات
الزراعية.

الى غير ذلك من الأمثلة. ولا يشترط أن يكون الخطر محدقاً بالمكره
نفسه أو بماله، بل قد يكون محدقاً بشخص آخر عزيز عليه كإبنه أو والده أو
زوجه أو أي شخص آخر قريب أو صديق له (١).

٢ - والشرط الثاني هو أن يؤدي هذا السبب الى بعث حالة من
الخوف والرهبة تكون هي الباعث الدافع الي التعاقد. ويتوقف هذا على
ظروف التعاقد الخاصة، ويراعى في تقديره كما يقرر المشرع سن التعاقد
وجنسه وحالته الاجتماعية والصحية وكل الظروف الأخرى التي قد تؤثر في
إبرام العقد. وفي هذا الشأن يختلف الشباب القوي عن العجوز الهرم، وتختلف
المرأة عن الرجل، ويختلف رجل الريف الساذج عن رجل المدينة المتفتح.
ويختلف الشخص المريض عن الشخص السليم الجسم. وكذلك فان الانسان
يتأثر بمكان إبرام العقد وهل هو مكان منعزل عن الناس أم قريب منهم وهل
تم العقد في الليل أم في النهار. والملابس التي قد تؤثر في الارادة كثيرة
وغير محصورة. وتخضع في تقديرها لسلطة قاضي الموضوع الذي يعتد في
ذلك بحالة التعاقد النفسية دون أي اعتبار آخر.

٣ - يشترط من ناحية ثالثة أن يكون الهدف من الإكراه غير
مشروع حتى ولو كانت الوسيلة المؤدية لذلك مشروعة فمن ضبط غيره متلبساً
بجريمة فهدده بالابلاغ اذا لم يكتب له اقراراً بدين لا وجود له، يرتكب اكراهاً
غير مشروع ولو كانت الوسيلة اليه وهي الابلاغ عن الجريمة وسيلة مشروعة.
وعلى عكس ذلك يكون الإكراه مشروعاً ولا يؤثر في صحة العقد اذا كان
الهدف منه مشروعاً ولو كانت الوسيلة المستعملة غير مشروعة. مثال ذلك
المودع الذي يهدد المودع لديه الذي خان الأمانة بخطر جسيم في جسمه أو
نفسه أو ماله اذا لم يكتب له إقراراً بالأمانة. ويحصل على الاقرار عن طريق

(١) وهذا ما نصت عليه المادة ١/٢١٠ موجهات، وانظر نفس المادة الفقرة الثانية.

هذا التهديد. مثل هذا الاقرار يعتبر صحيحاً ولا يجوز الطعن فيه بالبطلان^(١).
- وأخيراً يلاحظ ان الاكراه قد يتحقق ولو كان ناتجاً عن ظروف غير ارادية استغلها المتعاقد الآخر في التأثير في إرادة المتعاقد المكره. مثال ذلك أن يكون المريض في حاجة الى عملية جراحية عاجلة فيحصل منه الجراح على مبلغ باهظ حيث يعد ذلك اكراهاً.

الفرع الرابع

الاستغلال (٢)

١٥٤ - الغبن والاستغلال.

- الغبن: هو عدم التعادل المادي في التزامات كل من المتعاقدين. وطبقاً لمبدأ سلطان الإرادة فان ذلك ليس من شأنه التأثير في صحة العقد. لان العقد مفروض فيه التوازن بين الالتزامات المتقابلة، والمرجع في ذلك هو إرادة المتعاقدين أنفسهما. والشخص لا يرضى بالعقد إلا إذا كان يرى فيه تعبيراً عن مصلحته وبالتالي محققاً للعدل بالنسبة له.
وعلى ذلك لا يعتد بالغبن في القانون المصري إلا في حالة بيع عقار القاصر.

- الاستغلال: إذا أضيف الى العنصر المادي في الغبن وهو عدم التعادل في الاداءات بين العاقدين عنصراً نفسياً، لترتب على ذلك وجود عيب من عيوب الارادة يسمى بالاستغلال يؤدي الى قابلية العقد للإبطال. لذا نتسامل عن شروط الاستغلال.

- شروط الاستغلال: يشترط لكي يتوافر الاستغلال كعيب من عيوب الرضا توافر العنصر الموضوعي وهو اختلال التعادل بين الاداءات، والعنصر النفسي وهو استغلال أحد الطرفين حالة ضعف معينة في الطرف الآخر،

(١) انظر المادة ٢١٢ موجبات لبناني.

(١) انظر المادة ١٢٩ من القانون المدني وانظر المادة ٢١٤ موجبات، وانظر احكاماً لبنانية، توفيق فرج، المرجع السابق.

فضلاً عن أن يكون إبرام العقد نتيجة هذا الاستغلال.

١ - **العنصر الموضوعي** (وهو عدم التعادل في التزامات كل من الطرفين)، أي أن تكون التزامات المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد. والمقصود بذلك اختلال التعادل اختلالاً فادحاً وشاقاً عن المؤلف. وهذا أمر يترك لتقدير القاضي على أساس القيمة يوم العقد ولا عبرة بما يطرأ من تغير بعد ذلك (١).

٢ - **العنصر النفسي** (وهو استغلال أحد الطرفين حالة ضعف معينة في الطرف الآخر).

يتحقق الاستغلال إذا كان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً. فينبغي أن يكون الاستغلال هو الباعث الدافع إلى التعاقد، وصورتى الاستغلال المنصوص عليهما هما الطيش البين وهو يتحقق في كثير من الأمثلة العملية خاصة بالنسبة للشباب الوارث الذي يقع فريسة للمرابين. وكذلك الهوى الجامح وهو يحدث كثيراً في الحياة كالرجل العجوز يتزوج امرأة شابة فتستكتبه عقوداً لمصلحتها ولمصلحة أولادها (٢).

٣ - أن يكون إبرام العقد نتيجة لهذا الاستغلال، أي أنه ما كان ليبرم العقد لولا ما وجد به من طيش بين أو هوى جامح وما بذله المتعاقد

(١) انظر القضاء الذي أشار إليه جورج سبيوفي في ظل القانون اللبناني، توقيع فرج، نظرية الاستغلال، ص ٢١٤ بالهامش. وتذهب بعض المحاكم إلى تقدير الغبن بما يجاوز النصف، ولم تعتبر بعضها أن هناك غبناً إذا كان دون الثلث، انظر خليل جريج ص ١٤٢ هامش ٢ و ٣. كما قضى زيادة التضمن (التقدير) من الثمن المصرح به عشرة أضعاف تشكل الغبن الفاحش (استئناف البقاع رقم ٥٦ في ٢ أيلول ١٩٥٩ مجموعة حاتم، ج ٣٨، ص ١٧).

(٢) تنص المادة ٢١٤ موجبات لبناني على أن يكون «المستفيد قد زاد استثمار ضيق... الخ وقد فسر القضاء اللبناني ما جاء بهذا النص على أنه يجب أن يكون المستفيد عالماً بوجود حالة الضيق لدى المغبون» وأن يسمى وراء الاستفادة من هذه الحالة (حكم بداية بيروت والذي تأيد استئنافاً بحكم رقم ٢٧٠ في ١٧ آب ١٩٤٩، مجموعة حاتم، ج ٦٢، وبالنسبة لعلم المستفيد بحالة المغبون: انظر استئناف رقم ٥٨ في ٢٨ شباط ١٩٥٠ حاتم، ج ٦، ص ٣٠. وكذلك محكمة التمييز اللبنانية غرفة ثالثة، رقم ١١٩، في ١٩٥٩/٨/٦، مجموعة باز ٧، ص ١٧٠.

الآخر لاستغلاله.

١٥٥ - جزاء الاستغلال: جزاء الاستغلال هو إما إبطال العقد أو إنقاصه. وفي هذا يختلف الاستغلال عن عيوب الإرادة الأخرى التي تسمح بالظعن في العقد بالبطلان ولا يملك القاضي إبقاء العقد مع إعادة التوازن إليه ولكن المشرع أعطى القاضي هذه السلطة بالنسبة للاستغلال، فهو يملك بحسب سلطته التقديرية أن يحكم بانقاص التزامات المتعاقد المغبون بدلاً من إبطال العقد ولو كان رافع الدعوى قد طلب الإبطال. وإنقاص التزامات المتعاقد المغبون هو تعديل للعقد بما يحقق التوازن فيه.

فللقاضي إما إنقاص العقد وإما إبطاله. فقد يرى القاضي أنه من غير الممكن أو من غير الملائم تعديل العقد فيحكم بإبطاله، وهو الذي يختار أي من الجزأين.

ويلاحظ أن الدعوى بإبطال العقد أو تعديله. يجب أن ترفع خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة. وهذه المدة هي مدة سقوط وليست مدة تقادم. وفي هذا تختلف دعوى الاستغلال عن دعاوى الغلط والتدليس والإكراه وهي تتقادم بثلاث سنوات أو بخمسة عشر سنة، وتكون المدة بالنسبة لها مدة تقادم فيسري عليها الوقف والانقطاع. وليس مدة سقوط كما هو الحكم بالنسبة لدعوى الاستغلال. والحكمة من هذه التفرقة هو أن الاستغلال يقوم على وقائع يصعب إثباتها بعد فترة طويلة من الزمن، ولذلك لا بد من وضع حد زمني قصير لكل نزاع في هذا الشأن عملاً على استقرار المعاملات.

المبحث الثالث

المحل

١٥٦ - محل الالتزام هو ما يلتزم به المدين. وهو قد يكون إعطاء شيء (نقل حق عيني). أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. ويشترط لصحة انعقاد العقد ثلاثة شروط هي أن يكون المحل موجوداً أو ممكن الوجود، وأن يكون

معيناً أو قابلاً للتعيين. وأن يكون قابلاً للتعامل فيه (١).

- شروط المحل.

١ - ينبغي أن يكون المحل أمراً أو شيئاً موجوداً أو قابلاً للوجود فعدم وجود محل الالتزام يستلزم انتفاء وجود العقد (٢).

فاذا كان محل الالتزام أداء عمل أو امتناعاً عن عمل وجب أن يكون هذا المحل ممكناً فإن كان مستحيلاً، كان العقد باطلاً.

والإستحالة التي تؤدي الى بطلان العقد هي الإستحالة المطلقة وليست الإستحالة النسبية. ومثال الإستحالة النسبية التي لا تؤثر في صحة العقد أن يتعهد مقاول بتنفيذ عملية إنشائية كبيرة تتخطى بكثير حدود إمكانياته المادية والفنية فهنا الاستحالة تكون شخصية لأنها إذا كانت تقوم بالنسبة لشخص فلا تقوم بالنسبة لغيره. أما الإستحالة المطلقة فهي إستحالة موضوعية، قد تكون مادية مثل التزام الجراح بإجراء عملية جراحية لمريض مات قبل العقد. وقد تكون قانونية مثل الالتزام بتسليم سلعة أجنبية تمنع البلد المنتجة لها تصديرها الى الخارج.

أما إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شيء (التزام باعطاء) وجب أن يكون هذا الشيء موجوداً وقت التعاقد، فمن يبيع منزل، يتبين هلاكه قبل إبرام العقد، فإن العقد يقع باطلاً لعدم وجود المحل، أما إذا وجد محل الالتزام وقت العقد وهلك بعد ذلك، فإن العقد ينعقد، ولكن تنفيذه يكون مستحيلاً فينفسخ العقد.

ويجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستحيلاً (٣)، فالتعامل على أشياء مستقبلية جائز، كمن يتعهد بتوريد سلعة معينة ينتجها مصنعة في المستقبل، كمن يؤجر شقة لم يتم بناؤها بعد. على أنه إذا لم يوجد الشيء في المستقبل فإن العقد يفسخ بعد أن يكون قد انعقد فعلاً.

(١) انظر المادة ١٨٦ موجبات لبناني والتي تنص على أن «الموضوع الحقيقي لكل عقد هو انشاء الموجبات».

(٢) انظر المادة ١/١٨٨ موجبات لبناني.

(٣) انظر المادة ٢/١٨٨ موجبات لبناني والمادة ١٣ من قانون الملكية العقارية.

وإذا كان القانون قد أجاز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً فإنه لا يجيزه في بعض الصور. مثل عدم جواز رهن المال المستقبل أو هبة الأموال المستقبلية وقد حرم القانون كذلك التعامل في الشركات المستقبلية. فإذا باع الوارث ما سوف يؤول إليه من الشركة بعد وفاة مورثه فإن مثل هذا التصرف يكون باطلاً لأنه ينطوي على المضاربة على حياة شخص حي وهو ما يتعارض مع الآداب. أما إذا كان التصرف من المورث عن طريق الوصية في حدود ثلث الشركة فإن هذا جائز، إذ أن التصرف بالوصية ليس نهائياً، فله حق الرجوع فيها^(١).

٢ - ينبغي أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعين، وإلا كان العقد باطلاً، ويكون المحل معيناً إذا حدد تحديداً كافياً لبيان عناصره ومضمونه. فإذا كان الالتزام ببيع منزل وجب تحديد موقعه وأوضاعه. وإن كان الشيء محل الالتزام غير معين بذاته، ككمية من القمح وجب أن يكون معيناً بمقداره - (كمائة طن مثلاً) مع بيان النوع ودرجة الجودة. أما إذا كان محل الالتزام القيام بعمل فيجب توضيح هذا العمل وبيان حدوده ومداه. وقد يكون تعيين المحل متضمناً ظروف المعاملة.

ولا يلزم أن يكون المحل معيناً بل يكفي أن يكون قابلاً للتعين حتى يمكن الاتفاق عليه. وحتى يستطيع المدين الوفاء به. وذلك كبيع الثمار الموجودة في أرض معينة، تلك الثمار غير محددة ولكنها قابلة للتعين عند الجني.

٣ - ينبغي أن يكون المحل أمراً مشروعاً أو شيئاً مما يجوز التعامل فيه فإذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً^(٢).

والأشياء قد تخرج عن التعامل بطبيعتها كالأشياء المشتركة مثل الشمس والهواء والماء، فهذه الأشياء لا يمكن الاستئثار بها في مجموعها. ومع ذلك إذا استأثر شخص بجزء منها كزجاجات المياه فإنها تصلح أن تكون محلاً للعقد.

وقد تخرج الأشياء عن التعامل بحكم القانون حماية للمصلحة العامة

(١) انظر المادة ٥١٤ موجبات والمادة ٢/١٨٨ موجبات لبناني.

(٢) انظر المادة ١٩٣ موجبات. والمادتين ٨٩ و١٩٢ موجبات لبناني.

كالمال العام مثل الطرق والأنهار فهذه الأشياء لا يجوز بيعها أو التعامل فيها^(١). وقد يخرج الشيء من التعامل لعدم مشروعية ذلك بحكم القانون أو لمخالفته النظام العام والآداب كما في بيع المخدرات والربا الفاحش ومباشرة الدعارة^(٢).

والنظام العام يعد فكرة مرنة، وهي فكرة تعبر عن الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي الذي يقوم عليه المجتمع. فهي تتغير بتغير الزمان والمكان ومن تطبيقات فكرة النظام العام والآداب، لا يجوز الاتفاق على ارتكاب جريمة أو تقاضي الرشوة أو التهرب من الضريبة أو إدارة بيت من بيوت الدعارة. فمثل هذه الاتفاقات تعد باطلة.

المبحث الرابع



١٥٧ - يقصد باصطلاح السبب، واحد من ثلاثة معان، الأول هو السبب المنشئ، وهو مصدر الالتزام. كالعقد والعمل غير المشروع والآثراء بلا سبب والإرادة المنفردة والقانون.

والمعنى الثاني هو السبب الدافع. وهو الباعث الذي دفع المتعاقد الى إبرام العقد.

والمعنى الثالث هو السبب النهائي أو السبب القصدي، وهو الغرض المباشر الذي يقصد المتعاقد الوصول إليه.

ولقد كانت نظرية السبب محلاً لخلافات طويلة في الفقه. فالنظرية التقليدية إعتدت بالسبب المباشر (السبب القصدي) وهو سبب الالتزام في العقد. وهو لا يتغير في أي عقد من العقود، على أنه يختلف حسب نوع العقد ففي العقود التبادلية يكون سبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشتري

(١) انظر المادة ٦٨ الملكية العقارية اللبناني والمادة ١٩٣ موجبات لبناني.

(٢) انظر المواد بالهامش السابق.

بدفع الثمن، وفي العقود الملزمة لجانب واحد، كعقد الوعد، فإن سبب الالتزام هو الرغبة في انجاز العقد الموعود به، وفي عقود التبرع فإن سبب الالتزام هو نية التبرع ذاتها؛ ويلزم أن يتوافر في السبب شروط معينة هي أن يكون السبب موجوداً وصحيحاً ومشروعاً.

أما النظرية الحديثة فإنها لا تقف عند السبب المباشر ولكنها تعدد بالباعث الدافع إلى التعاقد، وهذا أمر نفسي يختلف من شخص لآخر ومن صفقة لأخرى ولا يعتبر سبباً للعقد إلا ما كان من الدوافع مؤثراً بحيث ما كان ليبرم العقد من غير وجوده. ولا يشترط لصحة العقد إلا شرط واحد هو أن يكون الباعث مشروعاً.

ولكن يلزم حتى يعتد بعدم مشروعية السبب أن يكون داخلاً منطقة التعاقد أي يعلمه الطرف الآخر أو كان في استطاعته العلم به وذلك حتى لا يكون البطلان مفاجأة للطرف الآخر حسن النية وحتى يتحقق استقرار التعامل. ومن أمثلة ذلك إبطال عقد إيجار يكون الباعث إليه إدارة المنزل للدعارة أو القمار.

وقد أخذ المشرع اللبناني بالنظريتين معاً، النظرية التقليدية وهي نظرية سبب الالتزام، والنظرية الحديثة وهي نظرية سبب العقد أو الباعث الدافع إلى التعاقد. إذ يلزم لصحة العقد وجود سبب الالتزام وأن يكون سبب العقد أو الباعث أو الدافع إلى التعاقد. عليه مشروعاً. وقد يذكر السبب في العقد وقد لا يصرح به ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك. ويفترض صحة السبب المذكور ما لم يثبت العكس^(١).

(١) انظر المادة ١٢٧ من القانون المدني. وانظر المواد ١٩٤ و ١٩٥ و ١٩٦ موجبات لبناني وانظر احكاماً قضائية لدى توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت ١٩٨٨، هامش ٢، ص ٢١١ و ٣١٢. وانظر كذلك المادة ١٩٧ موجبات والمادة ١٩٩ موجبات والمادة ٢٠٠ موجبات التي تتكلم عن سبب العقد باعتباره عنصراً متغيراً.

المبحث الخامس

الجزاء على تخلف أحد شروط انعقاد العقد

١٥٨ - توجد جزاءات عدة على تخلف أحد شروط انعقاد العقد أو عدم تنفيذه أو إذا قصد من العقد الإضرار بأحد الأطراف، وتتمثل هذه الجزاءات في البطلان وعدم النفاذ والفسخ.

- فالبطلان هو الجزاء على تخلف ركن من أركان العقد أو تخلف شرط من الشروط اللازمة لركن من أركانه.

- أما عدم النفاذ فهو الجزاء على مخالفة قاعدة أخرى غير القواعد الخاصة بانعقاد العقد، كقاعدة عدم جواز تصرف الشخص في ملك غيره، وقاعدة عدم إضرار الدائن بحقوق دائنيه.

- أما الفسخ فهو الجزاء على عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد، ولذا لا يتصور الفسخ إلا في العقود الملزمة للجانبين، ولا يتصور إلا في عقد صحيح.

هذا ويلاحظ أنه يفرق بين نوعين من البطلان: البطلان المطلق وهو الجزاء على تخلف ركن من أركان العقد، أو تخلف شرط من شروط أحد هذه الأركان أما البطلان النسبي فهو الجزاء على وجود عيب في الإرادة أو نقص في الأهلية، ومع ذلك فالقانون اللبناني قد تأثر بالترقية التقليدية بين البطلان والانعدام، فنكون أمام انعدام في حالة تخلف ركن من أركان العقد ونكون أمام بطلان إذا تخلف شرط من شروط المشروعية وهي تفرقة منتقدة (١).

والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا ينتج أي أثر، ولا يجوز تصحيحه والقاضي يحكم ببطلانه من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى طلب من أحد أطراف العقد. أما العقد الباطل بطلاناً نسبياً فهو عقد قائم منتج لأثاره حتى يتقرر إبطاله، وهو يصبح صحيحاً إذا أجازته صاحب المصلحة في الإبطال، ولا يجوز الحكم ببطلانه دون طلب من صاحب المصلحة فالقاضي لا يحكم بذلك من تلقاء نفسه. وندرس في مطلبين متتاليين البطلان المطلق والبطلان النسبي.

(١) انظر المواد ١/١٨٨ و ١٩٦ و ٢٠٣ و ٢١٦ و ٢/١٨٨ و ١٩١ و ١٩٢ و ١٩٤ و ٥٩٩ موجبات لبناني.

المطلب الأول

البطلان المطلق

١٥٩ - العقد الباطل بطلاناً مطلقاً هو عقد معدوم لا اثر له، ومع ذلك فإن المشرع يرتب عليه أحياناً بعض الآثار. والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الاجازة ولا يلحقه التقادم. والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً يحكم القاضي ببطلانه من تلقاء نفسه دون حاجة الى طلب من أحد الخصوم.

الآثار التي تترتب على العقد الباطل.

١٦٠ - الآثار الأصلية والآثار العرضية.

في حالات قليلة يرتب القانون على العقد الباطل آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً. وهذه الحالات تتصل دائماً بفكرة حماية الظاهر والثقة المشروعة في المعاملات. ومن الأمثلة على ذلك عقد الشركة الباطل، فهو ينتج مع ذلك آثاره باعتبار الشركة أمراً واقعاً. ويتحمل الشركاء خسائر هذه الشركة الفعلية ويتقاسمون أرباحها طبقاً للشروط المبينة في العقد الباطل نفسه.

مركز تحقيق وتطوير علوم إسلامية

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً العقد الصوري، فهو عقد معدوم في العلاقة بين طرفيه، ولكنه عقد قائم في نظر الغير. ويجوز لأي شخص أن يتعامل مع أحد طرفي العقد على أساس وجود هذا العقد. بل أنه لو تمسك البعض بالعقد الصوري وتمسك البعض الآخر بالعقد الحقيقي فإن الأفضلية تكون لمن تمسك بالعقد الصوري.

وفي بعض الحالات الأخرى يرتب القانون على العقد الباطل بعض الآثار العرضية باعتباره واقعة مادية وليس باعتباره عقداً. ومن الأمثلة على ذلك عقد الزواج غير الصحيح في الشريعة الإسلامية. فهو لا ينتج آثار الزواج الصحيح في الشريعة الإسلامية كوجوب النفقة وحق التمتع والتوارث. ولكنه ينتج بعض الآثار العرضية كوجوب العدة نتيجة للدخول ووجوب المهر كتعويض عن الدخول وسقوط الحد للشبهة. والبنوة رعاية للولد.

على أن أهم الآثار العرضية التي قد تترتب على عقد باطل هي ما

يعرف بانتقاص العقد. أو تحول العقد.

١ - إنتقاص العقد: فإذا كان العقد باطلاً في شق منه فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، ويظل الجزء الباقي صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً. فقد يكون العقد هبة إقترنت بشرط غير مشروع فهذا يبطل الشرط وتظل الهبة صحيحة (١).

أما إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أي أن هذا الشق يعتبر جزءاً رئيسياً لا يوجد العقد بدونه، فإن العقد يبطل كله.

٢ - تحول العقد: قد يوجد بين حطام العقد الباطل عناصر تكفي لتكوين عقد آخر، فتجمع هذه العناصر ويؤلف منها هذا العقد الذي يرتب آثاره القانونية، ولكن هذه الآثار ليست هي الآثار الأصلية للعقد الذي قصد الطرفان إبرامه، بل تعتبر آثاراً عرضية بالنسبة إليه وهي تنتج عن طريق تحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح (٢).

مثال ذلك إذا لم تستوف الكمبيالة الشروط الشكلية اللازمة فإنها تكون باطلة باعتبارها كمبيالة ولكنها تتحول إلى سند إذني متى توافرت شروطه، وإلا تحولت إلى سند عادي متى وجد التوقيع.

مركز تحقيقات كميتر علوم إرسوى

المطلب الثاني

البطلان النسبي

١٦١ - العقد الباطل بطلاناً نسبياً يطلق عليه أحياناً اصطلاح العقد القابل للإبطال. وندرس فيما يلي الآثار التي قد تترتب على العقد القابل للإبطال.

(١) عرض القانون اللبناني لانتقاص العقد عند الكلام عن الشرط، المادة ٨٢/١ و٢ موجبات لبناني.

(٢) انظر المادة ٣١٥ من قانون التجارة اللبناني وما ينبغي أن تحتوي عليه السفتجة (الكمبيالة)، والمادة ٣١٦ من نفس القانون.

آثار العقد القابل للإبطال.

١٦٢ - العقد منتج لآثاره الى أن يتقرر بطلانه.

العقد القابل للإبطال ليس عقداً معدوماً، ولكنه عقد قائم منتج لآثاره حتى يتقرر إبطاله. ففي الفترة السابقة على تقرير البطلان تترتب على العقد جميع آثاره الأصلية. فيترتب على عقد البيع القابل للإبطال بسبب نقص أهلية البائع أو المشتري كل آثار البيع من حيث انتقال الملكية الى المشتري، وإستحقاق الثمن للبائع. ولكن إذا تقرر إبطال هذا العقد فإنه يعتبر كأن لم يكن وتزول كل الآثار التي ترتبت عليه باثر رجعي، فتعود ملكية الشيء المبيع الى البائع، ويرد الثمن الى المشتري. ومع ذلك فقد تترتب على العقد الذي تقرر بعض الآثار العرضية، كتلك السابق ذكرها عند دراسة الآثار التي قد تترتب على العقد الباطل بطلاناً مطلقاً. وأهم تلك الآثار العرضية هو ما يتعلق بانتقاص العقد، وكذلك تحول العقد فالعقد القابل للإبطال قد ينتقص إذا كان شق منه فقط هو الذي تقرر إبطاله، وكانت إرادة المتعاقدين تتجه الى إبرام العقد بغير هذا الشق. وكذلك فإن العقد القابل للإبطال يتحول الى عقد صحيح إذا تضمن أركان عقد آخر صحيح وتبين أن إرادة المتعاقدين كانت تتجه الى إبرام هذا العقد الصحيح لو أنها أدركت قابلية العقد الأصلي للإبطال.

الفصل الثاني

آثار العقد

١٦٣ - إذا انعقد العقد صحيحاً وفقاً لأحكام القانون فإنه ينتج كافة آثاره القانونية وهذا ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد.

والقوة الملزمة للعقد تحكمها فكرة أساسية، هي فكرة نسبية أثر العقد. فللعقد أثر نسبي بالنسبة للأشخاص أو بالنسبة للموضوع. فبالنسبة للأشخاص لا تنصرف آثار العقد إلا إلى المتعاقدين فقط، فهي لا تنصرف إلى الغير وبالنسبة للموضوع فإن آثار العقد تقتصر على الالتزام بما جاء فيه دون غيرها من الالتزامات. وندرس في مبحثين متتاليين آثار العقد بالنسبة للأشخاص، وآثار العقد من حيث الموضوع. وندرس في مبحث ثالث جزاء الإخلال بالتزامات العقد.



المبحث الأول

آثار العقد بالنسبة للأشخاص

١٦٤ - طبقاً لمبدأ نسبية أثر العقد فإن القوة الملزمة للعقد لا تنصرف بحسب الأصل إلا إلى المتعاقدين، ولا تنصرف إلى الغير. غير أن هذا الإجمال يحتاج إلى تفصيل، خاصة بالنسبة للغير.

المطلب الأول

آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين

١٦٥ - إذا كان مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص أن القوة الملزمة

للعقد تقتصر على طرفيه، حيث تنصرف آثار العقد الى ذمتها فقط. بيد أن ما تحويه هذه الذمة يمكن أن ينتقل الى شخص يحل محل المتعاقد في مجموع ذمته وهذا هو الخلف العام، أو في جزء معين بذاته منها وهذا هو الخلف الخاص. كذلك قد يتأثر دائنو المتعاقد بما يجريه في ذمته من تغيير قد يضر بضمانهم العام، وبالتالي يؤدي الى إضعاف حقوقهم، وحينئذ يمكن القول أن آثار العقد قد تظهر في مواجهة الدائنين، أو غير هؤلاء فالأصل أنهم أجانب عن العقد، لا يكتسبون حقاً ولا يتحملون التزاماً. وهذا ما نوضحه بإيجاز شديد في التالي:

١٦٦ - آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين: تنصرف آثار العقد بمجرد إبرامه صحيحاً الى ذمة عاقيه، وهذا أمر بديهي، لأن العقد وليد إرادتهما المشتركة فيصير كل طرف دائناً أو مديناً. وفقاً لمضمون العقد.

١٦٦ مكرر - آثار العقد بالنسبة للخلف العام: الخلف العام هو من يخلف المتعاقد في كل ذمته المالية أو في جزء منها باعتبارها مجموعاً من المال، كالوارث والموصي له بنصيب في التركة كالثالث أو الربع.

وينص المشرع على أن ينصرف أثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف الى الخلف العام^(١).

وعلى ذلك تنصرف الى الخلف العام كافة الحقوق الناشئة عن العقد الذي أبرمه السلف، وكذا كافة الالتزامات المترتبة على هذا العقد. إلا أن هناك حالات لا تنصرف فيها آثار العقد الى الخلف العام.

١ - إذا كانت ديون التركة تزيد على حقوقها فإن الوارث لا تنصرف اليه الالتزامات التي عقدها المورث الا في حدود ما آل الى هذا الوارث من حقوق التركة.

٢ - إذا وجد اتفاق بين العاقدين على أن لا ينصرف أثر عقدهما الى ورثة أحدهما أو الى ورثة أي منهما، كالاتفاق على توريد سلعة، على أن ينتهي التزام المورد بوفاته أو بوفاة الطرف الآخر.

(١) انظر المادة ١٤٥ من القانون المدني وانظر المادة ٢٢٢ موجبات.

٣ - إذا كانت طبيعة العقد أو التعامل ذاتها تقتضي عدم انصراف الآثار إلى الورثة. كما إذا كان شخص المتعاقد محل اعتبار في العقد، كالتعاقد مع فنان على رسم لوحة فنية، فالالتزامات الناشئة عن هذا العقد لا تنتقل إلى الخلف العام للفنان.

٤ - إذا وجد نص في القانون يقرر عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام، وذلك مثل عقد الشركة الذي ينقضي بموت أحد الشركاء وعقد العمل الذي ينتهي بوفاة العامل.

١٦٧ - آثار العقد بالنسبة للخلف الخاص: الخلف الخاص هو من يخلف السلف في حق عيني على شيء محدد أو في ملكية مال معين. كالمشتري فهو خلف خاص للبائع والأمر هنا لا يتعلق بانصراف جميع عقود السلف إلى الخلف كما هو الحال بالنسبة للخلف العام. فآثار العقد الذي يبرمه السلف لا تنصرف إلى الخلف الخاص متى كان العقد لا يمس الشيء الذي انتقل إلى هذا الخلف الخاص، أما إذا كان العقد الذي أبرمه السلف يمس ما انتقل إلى الخلف الخاص فإن العقد يرتب أثره بالنسبة للخلف الخاص شريطة:

١ - ألا تنصرف إلى الخلف الخاص من آثار العقود التي أبرمها السلف إلا ما كان منها يمس الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص.

٢ - ألا تنصرف إلى الخلف الخاص إلا آثار العقود التي أبرمها السلف قبل التعاقد وكانت ثابتة التاريخ قبل هذا الوقت، وكانت هذه الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء الذي تعلق به العقد.

٣ - يجب ألا يكون الخلف الخاص عالماً، وقت انتقال الحق إليه، بالحق أو الالتزام المترتب على عقود السلف المتصلة بالشيء الذي انتقل إليه.

١٦٨ - آثار العقد بالنسبة للدائن: إذا كان الدائن يعتبر أجنبياً عن العقود التي يبرمها المدين، بيد أن الدائن وبما له من حق الضمان العام على أموال مدينه قد يتأثر بتصرفات هذا الأخير، إذا كانت العقود التي يبرمها المدين تنقص من أمواله أو تزيد في ديونه، من أجل ذلك أعطى المشرع الدائن بعض من الوسائل التي يحافظ بها على ضمانه العام لدى المدين. كما هو الحال في الدعوى غير المباشرة التي يستعملها الدائن للدفاع عن حقوق مدينه لدى الغير.

فضلاً عن ذلك أعطى المشرع للدائن حق رفع دعوى عدم نفاذ التصرفات إذا كان تصرف المدين يضر بالدائن وكان حق هذا الأخير مستحق الاداء.

كما أعطى المشرع للدائن حق رفع ما يسمى بالدعوى الصورية والتي يجوز عن طريقها أن يثبت الدائن بكافة طرق الإثبات صورية العقد ويتمسك بالعقد الحقيقي الذي أخفاه المتعاقدان، أو أن يتمسك بالعقد الصوري الظاهري إذا كان يجهل الصورية.

المطلب الثاني

آثار العقد بالنسبة للغير

١٦٩ - والغير هو الشخص الأجنبي عن العقد. وكان المفروض طبقاً لقاعدة نسبية أثر العقد، أن يظل بعيداً عن التأثير بالعقد، فلا يتلقى منه حقاً، ولا يتحمل بسببه التزاماً. ومع ذلك فقد أجاز المشرع الخروج على هذه القاعدة فيما يتعلق بالحقوق وحدها دون الالتزامات. وقرر في المادة ١٥٢ مدني أن الغير يجوز أن يكتسب حقاً من العقد. ويكون ذلك عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير. ولكن لا يجوز أن يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير ويظهر ذلك في نظرية التعهد عن الغير. وندرس فيما يلي الاشتراط لمصلحة الغير ثم التعهد عن الغير وذلك في فرعين:

الفرع الأول

الاشتراط لمصلحة الغير (١)

١٧٠ - الاشتراط لمصلحة الغير هو عقد يتم بين شخصين، يشترط أحدهما ويسمى المشتروط على الآخر ويسمى المتعهد أن يلتزم بأداء معين

(١) انظر عبد الحي حجازي، نظرات في الاشتراط لمصلحة الغير، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية س ٥، عدد (١) ص ١٣٧ وما بعدها، ومن س ٦، عدد (١) ص ١ وما بعدها.

لمصلحة شخص ثالث يسمى بالمستفيد أجنبي عن العقد.

وبناء على هذا الاتفاق ينشأ للمستفيد وهو أجنبي عن العقد حق مباشر من هذا العقد. وبهذا يعتبر الاشتراط لمصلحة الغير خروجاً على مبدأ نسبية أثر العقد لأنه يؤدي إلى إكتساب الغير الأجنبي عن العقد حقاً مباشراً من عقد لم يكن طرفاً فيه. وهو خروج تبرره الحاجات العملية التي تزداد يومياً مثال ذلك التأمين على حياة الوالد لمصلحة ولده أو زوجته، أو الاتفاق على أن يتضمن عقد المقاولة حقوقاً معينة لصالح العمال الذين يستخدمهم المفاوض، أو أن يشترط في عقد البيع أن يدفع المشتري الثمن على صورة إيراد مرتب لدى حياة شخص ثالث.

١ - ولكن يتعين توافر عدة شروط حتى يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير(١).

- يجب أن يتعاقد المشتراط باسمه هو لا باسم المنتفع، أي باعتباره طرفاً أصيلاً ذا مصلحة في العقد وفي هذا يظهر الاختلاف الكبير بين الاشتراط وبين النيابة في التعاقد سواء كانت النيابة قانونية أو اتفاقية. فقد سبق أن رأينا أن النائب يتعاقد باسم الأصيل لا باسمه هو ولهذا فإن انصراف آثار العقد إلى الأصيل يبدو أمراً طبيعياً. أما في الاشتراط فإن المشتراط يتعاقد باسمه هو لا باسم المنتفع، ولذلك فإن اكتساب المنتفع حقاً مباشراً من هذا العقد يبدو خروجاً على قاعدة نسبية أثر العقد.

- يجب أن يتجه إرادة المشتراط والمتعهد إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع بمجرد اتفاقهما، فمن الأفكار الأساسية في نظرية الاشتراط، أن المنتفع يتلقى حقاً مباشراً من عقد الاشتراط ذاته، فإذا كان الحق الذي يتلقاه المنتفع يأتي إليه من مصدر آخر غير عقد الاشتراط، فإننا لا نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير. ونضرب مثلاً لتوضيح ذلك.

إذا أبرم شخص عقد تأمين على الحياة لمصلحته هو، فإنه عندما يموت تستحق تركته مبلغ التأمين ويؤول بالميراث إلى ورثته، الذين يتلقونه بمقتضى قواعد الميراث وليس بمقتضى قواعد الاشتراط، إذ الفرض أن المورث لم يشترط

(١) انظر المادة ١٥٤ من القانون المدني.

شيئاً لمصلحتهم.

- وأخيراً يشترط أن تكون للمشتراط مصلحة شخصية، أي أن يهدف من الاشتراط تحقيق مصلحة خاصة به يحرص على تحقيقها، كما يشترط أن تكون هذه المصلحة مشروعاً.

والمصلحة الشخصية قد تكون أدبية أو مادية. وتتحقق المصلحة الأدبية إذا كان الشخص يشترط لمصلحة والده في التأمين على حياته، وتتحقق المصلحة المادية إذا كان البائع يشترط على المشتري أن يدفع الثمن لدائن البائع.

وفي حالات كثيرة من حالات الاشتراط لمصلحة الغير، فإن المشتراط في نفس الوقت الذي يشترط فيه لمصلحة الغير، يعقد لنفسه حقوقاً أو التزامات. مثال ذلك من يؤمن على حياته لمصلحة غيره، وفي نفس الوقت يلتزم هو بدفع أقساط التأمين. ومع ذلك فهذا غير لازم في كل الحالات.

والخلاصة أن مجرد المصلحة المادية أو الأدبية للمشتراط تكفي لصحة الاشتراط دون حاجة إلى وجود علاقة قانونية أخرى بين المشتراط والمتعهد.

٢ - أما من ناحية آثار الاشتراط لمصلحة الغير فتتمثل في ثلاث علاقات.

أولاً في العلاقة بين المشتراط والمتعهد، وثانياً في العلاقة بين المشتراط والمنتفع، وثالثاً في العلاقة بين المنتفع والمتعهد. وندرس كل من هذه العلاقات فيما يلي:

- أولاً: العلاقة بين المشتراط والمتعهد، وهذه العلاقة يحكمها عقد الاشتراط الذي تم بينهما. ولذا يكون من حقوق المشتراط أن يراقب المتعهد في تنفيذ الاشتراط لكونه صاحب مصلحة شخصية. وهذا الحق يعني أن للمشتراط أن يرفع الدعوى على المتعهد باسمه هو لا باسم المنتفع. بل قد يكون المشتراط هو وحده صاحب الحق في ذلك دون المنتفع، كما لو اشترطت جهة الإدارة شروطاً في مواجهة ملتزم أحد المرافق العامة، لمصلحة الجمهور، واحتفظت لنفسها بالحق في مطالبته بتنفيذ هذه الشروط (١).

(١) انظر المادة ٣/١٥٤ من القانون المدني.

وقد يتبين العكس من أن المنتفع هو وحده صاحب الحق في رفع الدعوى على المتعهد. دون أن يكون للمشتراط أن يفعل ذلك (١).

وكما يجوز للمشتراط أن يطالب المتعهد بتنفيذ الاشتراط، فإنه يجوز له أيضاً أن يطلب فسخ العقد لعدم التنفيذ. ومن ناحية أخرى يجوز للمتعهد أن يتمسك في مواجهة المشتراط بكل دفع يتعلق ببطلان عقد الاشتراط أو زواله لأي سبب.

- ثانياً: العلاقة بين المشتراط والمنتفع: هذه العلاقة يحددها ويرتب أحكامها وشروطها الدافع إلى الاشتراط. فقد يكون دافع المشتراط هو نية التبرع إلى المنتفع، في هذه الحالة نكون أمام عقد هبة من حيث الموضوع لا من حيث الشكل وتسري عليه الأحكام الموضوعية في الهبة.

وقد يكون الدافع إلى الاشتراط أمر آخر كالمعاوضة على سبيل المثال لذا تسري على العلاقة بينهما الأحكام الخاصة بالمعاوضة في القانون.

- ثالثاً: العلاقة بين المنتفع والمتعهد: لما كان الاشتراط يولد حقاً مباشراً للمنتفع في مواجهة المتعهد لذا يترتب على ذلك أنه يكون للمنتفع أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزاماته التي يفرضها عليه العقد، كما يكون له الرجوع عليه بالتعويض عند إمتناعه عن تنفيذ التزامه، دون أن يكون له حق في طلب فسخ عقد الاشتراط لأنه ليس طرفاً فيه (٢).

- هذا ويلاحظ أن من حق المشتراط أن ينقض الاشتراط لمصلحة الغير، وبذلك يحرم المنتفع من الاشتراط، شريطة أن يتم هذا النقض قبل أن يعلن المنتفع صراحة أو ضمناً رغبته في الاستفادة منه. وحق النقض هذا هو حق ثابت للمشتراط بنص القانون دون حاجة إلى النص عليه في العقد. ومع ذلك لا يثبت هذا الحق للمشتراط إذا كان فيه تعارض مع ما يقتضيه العقد. ويكون حق النقض هذا قاصراً على المشتراط دون دائنيه أو ورثته (٣).

(١) انظر المادة ٣/١٥٤ من القانون المدني.

(٢) انظر المادة ٢/١٥٤ من القانون المدني.

(٣) انظر المادة ١٥٦ من القانون المدني.

الفرع الثاني

التعهد عن الغير

١٧١ - التعهد عن الغير هو اتفاق يتعهد شخص بموجبه بأن يحمل الغير على الالتزام بأداء معين نحو الطرف الآخر. مثال ذلك، أن يرغب الشركاء على الشيوع في بيع أرض يملكونها، وأحدهم غائب، فيتعهد كلهم أو بعضهم للمشتري بالحصول على موافقة الشريك الغائب.

ويتضح من ذلك أن التعهد عن الغير لا يمكن أن يلزم هذا الغير إلا إذا انصرفت إرادته إلى أن يلتزم. وعلى ذلك لا يعتبر التعهد عن الغير خروجاً على مبدأ نسبية أثر العقد. ولذا فإن التعهد عن الغير يتميز بما يأتي:

١ - المتعهد عن الغير يتعاقد باسمه هو لا باسم الغير، وهذا ما يميز التعهد عن الغير عن الوكالة، التي يتعاقد فيها الوكيل باسم الأصيل لا باسمه الشخصي.

٢ - المتعهد عن الغير يتعهد بالتزام شخصي يأخذ فيه على عاتقه بأن يحمل الغير على قبول التعهد. فهو لا يتعهد بالتزام الغير بهذا التعهد، وإلا كان الالتزام باطلاً لاستحالة محله، لأن الشخص لا يملك أن يجعل الغير يلتزم بإرادته هو إذا لم يكن نائباً عنه، والفرض أن المتعهد غير نائب عن الغير ولذا فإن قواعد التعهد عن الغير ليس فيها خروج على قاعدة نسبية أثر العقد.

٣ - إن محل المتعهد هو دائماً التزام بعمل وهو أن يحمل الغير على قبول التزام معين. والمتعهد يكون قد نفذ التزامه إذا قبل الغير فعلاً أن يلتزم. ولا يضمن المتعهد بعد ذلك قيام الغير بتنفيذ هذا الالتزام فعلاً.

- هذا ولما كان التعهد عن الغير لا يعتبر خروجاً على الأصل لذا يكون من حق الغير أن يرفض التعهد وبالتالي لا يلتزم بشيء مما يترتب عليه إلا أن المتعهد يكون قد أخل بالتزامه وهو حمل الغير على قبول التعهد ويصبح مسئولاً عن هذا الإخلال. كذلك يكون من حق الغير قبول التعهد مما يترتب على هذا القبول نشأة عقد جديد بين الغير والمتعاقد مع المتعهد. ويعتبر العقد قد أبرم منذ قبول التعهد وليس من وقت إبرام عقد التعهد.

المبحث الثاني

آثار العقد من حيث الموضوع

١٧٢ - يقصد بنسبية أثر العقد من حيث الموضوع أن الملتزم بالعقد لا يلتزم إلا بما ورد فيه، وفق ما يفهم من معاني عباراته، وطبقاً لقواعد تفسير العقد التي نص عليها القانون، وهذا ما يعرف بمضمون العقد.

هذا ما ندرسه في مطلبين:

المطلب الأول

القوة الملزمة للعقد

١٧٣ - إذا تم إبرام العقد وفقاً لأحكام القانون ثبتت له قوة ملزمة لأطرافه، فلا يستطيع أي منهما أن يتدخل مما التزم به ولا أن يغير أو يبدل في أحكام العقد بإرادته المنفردة، بل يجب عليهما تنفيذ العقد لما له من قوة ملزمة لا تقل عن إلزامية القاعدة القانونية فضلاً عن ذلك فإن القاضي يلتزم بتطبيق أحكام العقد، وذلك باحترام اتفاق المتعاقدين ويمتنع عليه التغيير أو التبديل في العقد.

هذا ما يعرف بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين والذي يجد أساسه في قول الله تعالى «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود»، وفي مبدأ سلطان الإرادة، وضمناً لاستقرار التعامل في المجتمع.

وإذا كان مؤدى القوة الملزمة للعقد هو تنفيذه من قبل عاقيه طبقاً لما اشتمل عليه، إلا أنه يتعين أن يتم هذا التنفيذ بطريقة تتفق مع حسن النية. فعامل النقل يلتزم بتوصيل البضاعة عبر أقصر الطرق وبأنسب الوسائل.

إلا أن هناك استثناءات على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. فأحياناً يتدخل المشرع لينظم أحكام بعض العقود تحقيقاً للعدالة ولأهداف إجتماعية واقتصادية مثل تحديد أجرة الأماكن والأراضي الزراعية.

ويحق للقاضي في بعض الحالات التدخل لتعديل أحكام العقد تحقيقاً للعدل بين الطرفين، مثل سلطة منح المدين نظرة ميسرة وحقه في تعديل العقد بسبب ما يطرأ من ظروف طارئة، وهذا ما يعرف بنظرية الظروف الطارئة.

١٧٤ - نظرية الظروف الطارئة: إذا كانت القوة الملزمة للعقد تقتضي تنفيذه من قبل المتعاقدين واحترامه من قبل القاضي، بيد أن هذه القوة تصطدم في بعض الأحيان بالجانب الفني في تكوين العقد، وذلك إذا كانت طبيعة العقد تقتضي أن يكون لواحد من الطرفين حق إنهاء العقد أو نقضه كما هو الحال في عقد الوكالة أو الإعارة أو الوديعة.

كما أن القوة الملزمة للعقد قد تصطدم في أحيان أخرى باعتبارات تمليها العدالة مما يسمح للقاضي بالتدخل لتعديل العقد أو نقضه، وهو ما يتم بصفة خاصة بصدد العقود المتراخية التنفيذ أو ما يسمى بعقود المدة، كعقد توريد سلعة معينة. فإذا طرأت ظروف إستثنائية غير متوقعة تجعل تنفيذ العقد مرهقاً للمدين ومهدداً بخسارة فادحة، فإن القاضي يمكن أن يتدخل، طبقاً للظروف وبقصد الموازنة بين مصلحة الطرفين، ليعدل الالتزامات المترتبة على هذا العقد بما يرفع الأرهاق ويحول دون الخسارة الفادحة. فإذا اتفق في عقد توريد سلعة لمدة سنة على سعر معين. ثم وقعت حوادث إستثنائية غير متوقعة وقت العقد مثل الحرب التي رفعت السعر إرتفاعاً فاحشاً، وجب إعادة النظر في السعر المتفق عليه وتعديله بما يمنع الخسارة الفادحة التي تلحق المتعهد بالتوريد ويشترط لتعديل العقد بسبب الحوادث الطارئة:

- أن نكون بصدد عقد متراخي التنفيذ أو من عقود المدة.
- يلزم أن نكون بصدد حادث إستثنائي عام أي لا يقتصر على المدين وحده كمرضه.
- لا بد أن يكون الحادث غير متوقع وغير ممكن دفعه.
- أن يؤدي الحادث إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة.

فإذا توافرت تلك الشروط جاز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. فله سلطة تقدير وإختيار الوسيلة التي تحقق الهدف، مراعيًا الظروف مع الموازنة بين مصلحة الطرفين.

المطلب الثاني

تفسير العقد وتحديد مضمونه

١٧٥ - لما كان العقد يتألف من مجموعة عبارات تمثل إرادة المتعاقدين المشتركة، يبدو أن هذه العبارات قد يكتنفها الغموض أو اللبس، لذا تحتاج الى تفسير وذلك بهدف تحديد مضمون العقد، وهو ما نعرض له بإيجاز.

- تفسير العقد: هو إزالة الغموض أو الشك الذي يكتنف العقد بفرض تحديد ما إنصرفت اليه النية المشتركة للمتعاقدين، ويتولى القاضي ذلك.

ولقد وضع المشرع من قواعد التفسير ما ييسر على القاضي القيام بتلك المهمة: فإذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين المشتركة. أما إذا كانت عبارة العقد واضحة وجب على القاضي أن يتلمس السبل للوصول الى النية المشتركة التي أدت بالطرفين الى إبرام العقد، ودون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ. وللوصول الى النية المشتركة للمتعاقدين يستهدي القاضي بنوع العقد وطبيعته، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وبالعرف الجاري في التعامل.

أما إذا تعذر على القاضي تحديد قصد المتعاقدين، أي عند الشك، فإن المشرع قد نص على أن الشك يفسر بما يحقق مصلحة المدين. ومع ذلك خرج المشرع على هذا الأصل وجعل تفسير الشك في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن دائماً كان أو مديناً، وعلة هذا الخروج مرده أن الطرف المذعن لم يكن له دخل في وضع عبارات العقد.

١٧٦ - تكييف العقد وتحديد مضمونه: تكييف العقد هو إعطاء العقد وصفه القانوني الصحيح وفقاً لما اتجهت اليه إرادة المتعاقدين بغض النظر عن التسمية التي يطلقها المتعاقدان على العقد. ويقوم بهذا التكييف القاضي بهدف تحديد مضمون العقد.

وجدير بالذكر أن المشرع قد وضع القواعد التي يستهدي بها القاضي عند قيامه بالتكييف فنص على أن العقد لا يقتصر على الزام المتعاقدين بما

ورد فيه من شروط أو يسري عليه من أحكام القانون، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة مع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية^(١) إذ أن العقد يلزم طرفيه، ليس فحسب في حدود ما اتفقا عليه بل وأيضاً في حدود أخرى قد لا يتم الاتفاق عليها مباشرة.

فإذا سكت الطرفان عن تحديد زمان الوفاء أو مكانه فإن القانون يتولى هذا التحديد. وقد جرى العرف على أن بيع المحل التجاري يتضمن الزام البائع بتسليم الدفاتر والسجلات والتزام العامل الذي يطلع على أسرار صاحب العمل. بعدم إفشاء هذه الأسرار ولو لم ينص عقد عمله على مثل هذا الالتزام.

المبحث الثالث

جزاء الإخلال بالتزامات العقد

(المسئولية العقدية)

١٧٧ - المسئولية العقدية هي جزاء الإخلال بالالتزام العقدي أي كانت صورة هذا الإخلال. فالمسئولية عنصر من عناصر الالتزام الذي يتحلل إلى عنصرين: المديونية، وتعني واجب المدين في أن يقوم بإرادته مختاراً بتنفيذ التزامه أي كان محله: إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. وعنصر المسئولية ويعني إجبار المدين على تنفيذ التزامه بطريق القهر، وهو ما تقوم به السلطة العامة في المجتمع.

واجبار المتعاقد على التنفيذ العيني أي بالقيام بتنفيذ الأداء الذي التزم به لا يتصور إلا إذا كان هذا التنفيذ ممكناً. أما إذا استحال هذا التنفيذ عيناً، فإنه يلتزم بمقابل ما كان يجب عليه تنفيذه وذلك بتعويض الدائن عن كل ضرر يلحقه من عدم التنفيذ. فيكون تنفيذ الالتزام العقدي تنفيذاً بمقابل هو التعويض.

فالمسئولية العقدية هي إذن جزاء الإخلال بالالتزام العقدي، أي كانت

(١) انظر المادة ١٤٨ من القانون المدني.

صورة هذا الاخلال. وأركان تلك المسؤولية هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية وهو ما ندرسه في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

الخطأ العقدي

١٧٨ - المقصود بالخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه طوعاً واختياراً. ويتحقق الخطأ بهذا المعنى أي كان السبب في عدم تنفيذ الالتزام، سواء رجع ذلك الى غش المدين وسوء نيته أو الى إهماله، أو الى فعله المجرد من الإهمال، أو حتى الى سبب أجنبي كقوة قاهرة. غاية الأمر أنه في هذه الحالة الأخيرة، فإن مسؤولية المدين لا تقوم، لا لعدم توافر ركن الخطأ فيها، ولكن لعدم توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر على النحو الذي سنذكره فيما بعد.

وعلى هذا فإن عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه هو بذاته الخطأ العقدي، وليس فقط مجرد دليل عليه أو سبب لافتراض وجوده. على أن القول بعدم تنفيذ المدين لالتزامه يتوقف على تحديد نوع هذا الالتزام، وهل هو التزام بتحقيق نتيجة، أم التزام ببذل عناية فقط.

حيث تنقسم الالتزامات من حيث الواجب الملقى على عاتق المدين الى قسمين فهناك الالتزام بتحقيق نتيجة أو كما يسمى الالتزام بغاية، وهو الذي يجب على المدين فيه أن يدرك غاية معينة أو أن يحقق نتيجة معينة. مثال ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع، أيضاً التزام المقاول بأقامة مبنى معين وهناك الالتزام ببذل عناية ويتمثل في التزام المدين ببذل جهد معين في سبيل تحقيق نتيجة معينة. فالواجب الملقى على عاتق المدين هو بذل العناية في تنفيذ التزامه دون أن يكون مطالباً بادراك النتيجة مثال ذلك التزام الطبيب بمعالجة المريض.

والعناية المطلوب بذلها هي عناية الرجل العادي ما لم ينص القانون أو الاتفاق على ضرورة بذل درجة أكبر من العناية (١).

(١) انظر المادة ٢١١ من القانون المدني.

ويتحقق الاخلال بالالتزام بنتيجة بعدم تحقق النتيجة ولو بذل الملتزم كل جهده، أما لو كان موضوع الالتزام هو بذل جهد معين فإن عدم التنفيذ يتمثل في عدم بذل الجهد بالمقدار المتفق عليه أو الذي يستلزمه القانون. فإذا بذل المتعاقد الجهد المعقول، فإنه يكون قد نفذ التزامه ولو لم تتحقق النتيجة المقصودة. فعدم بناء المَقاول للمبنى المتفق عليه يعد إخلالاً بالتزامه، ويعد كذلك عدم بذل الطبيب العناية المعتادة في علاج المريض إخلالاً بالتزامه.

ويمكن للدائن في الالتزام بنتيجة الناشئ عن العقد، أن يثبت خطأ المدين الملتزم بمجرد إثبات عدم تحقق النتيجة المتفق عليها، أما بالنسبة للالتزام ببذل عناية فخطأ المدين لا يثبت إلا إذا أقام الدائن الدليل على عدم بذل المدين الجهد والعناية المتفق عليهما، وهذا الإثبات يعتبر أكثر صعوبة من إثبات عدم تحقق النتيجة.

المطلب الثاني

الضرر

مركز تحقيق تكوير علوم إسدي

١٧٩ - الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة وما فات عليه من ربح نتيجة عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو التأخر في هذا التنفيذ.

- والضرر إما أن يكون ضرراً مادياً، وإما أن يكون ضرراً أدبياً، والضرر المادي هو الذي يمكن تقويمه بالنقود، وهو أكثر شيوعاً في المسؤولية العقدية من الضرر الأدبي. ونظراً لأن العقود تنظم العلاقات المالية بين الأفراد، فإن عدم تنفيذها يؤدي في أغلب الأحيان إلى ضرر مادي يلحق الدائن بالالتزام الذي لم يتم تنفيذه. مثال ذلك الضرر الذي يصيب صاحب البضاعة في عقد النقل إذا لم تصل هذه البضاعة إلى الجهة المقصودة بسبب سرقة أو حريق أو ضياع، أما الضرر الأدبي فهو الألم الذي يصيب الشخص لسبب لمس عاطفته أو شعوره أو كرامته أو سمعته. وإن كان هذا الضرر قليل الحدوث في المسؤولية العقدية، بعكس الحال في المسؤولية التقصيرية عن العمل غير المشروع، لكون المسؤولية العقدية تثور بسبب علاقات مالية وليست أدبية،

يبدو أن الإخلال بالعقد قد يسبب أحياناً ضرراً أدبياً للدائن. مثال ذلك الطبيب الذي يذيع أسراراً عن المريض الذي يعالجه مما يسبب له ضرراً في سمعته أو شعوره^(١).

- ويشترط لاستحقاق التعويض أن يكون الضرر حالاً أو محقق الوقوع ولو كان مستقبلاً، أما إذا كان احتمالياً فلا يستحق عنه التعويض إلا بحدوثه فعلاً.

والضرر الحال هو الضرر الذي وقع فعلاً كالضرر الذي يصيب صاحب البضاعة في عقد النقل نتيجة تلفها أو سرقتها. أما إذا كان إخلال المدين بالتزامه لم يترتب عليه ضرر للدائن، فلا يحكم لهذا الأخير بأي تعويض. وقد لا يكون الضرر حالاً بل مستقبلاً، ولكنه مع ذلك محقق الوقوع، وفي هذه الحالة يتوافر ركن الضرر. مثال ذلك عدم محافظة الدائن على التأمينات التي سيستفيد منها الكفيل عند رجوعه على المدين الذي كفله. وقد يكون الضرر المستقبل محقق الوقوع في وجوده، ولكنه غير محدد في مقداره. مثال ذلك أن يصاب شخص في حادث أثناء تنفيذ عقد نقل، ولا يعرف وقت الإصابة الآثار النهائية لهذا الحادث. في هذه الحالة يثبت حق الدائن في التعويض في الحال، ولكن يرجى تقدير التعويض إلى وقت يمكن فيه تقدير الضرر بصفة نهائية.

أما إذا كان الضرر احتمالياً قد يقع وقد لا يقع، فإنه لا يترتب مسئولية المدين، إلا عند وقوعه فعلاً ومثال ذلك التلّف الذي يحدثه المستأجر في العين المؤجرة بما يهدد هذه العين بالانهيار، فالتلف ضرر حال يحكم عنه بالتعويض. أما إنهار العين فهو ضرر محتمل لا يؤدي إلى إلزام المستأجر بالتعويض عنه إلا إذا وقع فعلاً.

- هذا ويلاحظ أن الضرر إما أن يكون مباشراً أو غير مباشر. والمدين لا يسأل إلا عن الضرر المباشر سواء في المسئولية العقدية أو المسئولية التقصيرية. والضرر المباشر إما أن يكون متوقعاً أو غير متوقع. ويسأل المدين في المسئولية العقدية عن الضرر المباشر المتوقع، ولكنه لا يسأل عن الضرر

(١) انظر المادة ٢٢٢ التي نصت صراحة على أن التعويض يشمل الضرر الأدبي أيضاً.

المباشر غير المتوقع إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم، وعلى غير ذلك فإن المدين في المسؤولية التقصيرية يسأل عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع.

ومن الأمثلة التي يمكن أن توضح مدلول هذه الاصطلاحات المختلفة أن يتعرض المؤجر للمستأجر ويضطره إلى إخلاء العين المؤجرة. فينتقل المستأجر إلى مسكن آخر أجرته أعلى من أجره المسكن الأول، ويصاب بعض أثاثه بتلف النقل، ثم يصاب بعرض في المسكن الجديد بسبب وجود ميكروب كامن في هذا المسكن. فيلاحظ أن المرض الذي أصاب المستأجر هو ضرر غير مباشر لا يسأل عنه المؤجر. أما التلف الذي أصاب الأثاث فهو ضرر مباشر ولكنه غير متوقع، ومع ذلك فإن المؤجر يسأل عنه لأنه هو الذي أخرج المستأجر من العين بتعرضه المتعمد. أما إذا كان المستأجر قد خرج من العين لمجرد أن المؤجر لم يقم بترميمات كان المستأجر قد اشترطها عليه، فإن خطأ المؤجر لا يكون متعمداً ولا يسأل عن التلف الذي أصاب الأثاث باعتباره ضرراً غير متوقع وقت العقد. أما الزيادة في أجره المسكن الثاني عن أجره المسكن الأول فهذا هو الضرر المباشر المتوقع الذي يسأل عنه المؤجر ولو لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً^(١).

- والضرر المتوقع الذي يسأل عنه المدين، هو ما كان متوقعاً في سببه وفي مقداره، ويرجع في تقدير ذلك إلى معيار موضوعي وهو معيار الرجل العادي في التوقع. فالطرد المرسل بالبريد إلى جهة معينة قد لا يصل بسبب ضياعه، وهو سبب متوقع ولكن يشترط أن يكون المرسل قد أحاط مصلحة البريد علماً بمحتويات الطرد، حتى يكون مقداره الذي يدعيه المرسل متوقعاً كذلك.

١٨٠ - أما من ناحية إثبات الضرر فإنه يختلف بحسب ما إذا كان الدائن يرجع على المدين بالتنفيذ العيني، أم أنه يرجع عليه بالتعويض.

فإذا كان الدائن يطالب بالتنفيذ العيني، فإنه لا يطالب بإثبات الضرر، لأن عدم التنفيذ يؤدي إلى ثبوت الضرر حتماً. بل ولا يستطيع المدين أن ينفي مسؤوليته بإثبات عدم حدوث ضرر للدائن من جراء عدم التنفيذ العيني. أما إذا

(١) انظر المادة ٢/٢١ من القانون المدني.

كان الدائن يطالب بالتنفيذ بمقابل أي التنفيذ بطريق التعويض، فإن عليه في هذه الحالة أن يثبت الضرر الذي أصابه من عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه أو من تأخيره في القيام بتنفيذه.

أما بالنسبة لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية فإن الدائن يستحقها دون إثبات أن ضرراً قد لحقه من جراء هذا التأخير (١).

وتنص المادة ٢٢٤ مدني أن التعويض الاتفاقي لا يكون مستحقاً للدائن إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. وعلة ذلك أن التعويض ينبغي ألا يزيد عن الضرر، وطالما الدائن لم يلحقه ضرر وأثبت المدين ذلك، فإن القاضي لا يحكم له بالتعويض، أي أن المدين هنا هو الذي يتحمل عبء الإثبات.

المطلب الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

١٨١ - لا يكفي أن يقع خطأ من المدين، وأن يلحق ضرر بالدائن حتى تقوم المسؤولية العقدية، بل لا بد أن يكون هذا الخطأ هو السبب في هذا الضرر. وهذا هو المقصود بعلاقة السببية بين الخطأ والضرر باعتبارها ركناً مستقلاً من أركان المسؤولية العقدية.

ولقد سهل المشرع على الدائن وافترض أن الخطأ راجع إلى الضرر ما لم يثبت المدين أن الضرر الذي حدث للدائن يرجع إلى سبب أجنبي كقوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ الدائن نفسه (٢).

ومن الأمثلة على السبب الأجنبي الذي يقطع علاقة السببية، أن يتعهد تاجر بتوريد سلعة من الخارج، ثم يصدر قرار من الحكومة بمنع استيراد هذه السلعة. في هذا المثال يوجد خطأ وهو عدم قيام المدين بتوريد السلعة، كذلك حدث ضرر للدائن نتيجة استلامه لتلك السلعة، ومع ذلك لا يسأل المدين لوجود

(١) انظر المادة ٢٢٨ من القانون المدني.

(٢) انظر المادة ٢١٥ من القانون المدني.

السبب الأجنبي وهو قرار الحكومة بمنع استيراد هذه السلعة.

١٨٢ - تعديل أحكام المسؤولية العقدية.

المسؤولية العقدية هي جزاء الاخلال بالتزام عقدي. فاذا كان العقد ذاته يرجع في مصدره الى ارادة طرفيه، فان هذه الإرادة المشتركة تملك أيضاً التعديل في أحكام المسؤولية التي تترتب على الاخلال بهذا العقد. فالارادة تملك التشديد من مسؤولية المدين الى أقصى حد، وهي تملك أيضاً التخفيف من هذه المسؤولية الى درجة الاعفاء منها. ولا يحد من الإرادة في هذا الشأن إلا الطبيعة الفنية لتكوين العقد، أو فكرة النظام العام^(١).

وإذا كان يجوز الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية فيما عدا حالتها الغش أو الخطأ الجسيم، فإنه لا يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية التقصيرية لتعلقها بالنظام العام.



مركز تحقيقات كليات الشريعة والعلوم الإسلامية

(١) انظر المادة ٣٩٧ من القانون المدني.

الفصل الثالث

زوال العقد

١٨٣ - يزول العقد بأحد أسباب ثلاثة: فقد يزول بالانقضاء الذي يترتب على تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، وقد يزول بالإبطال الذي يعد الجزاء على تخلف ركن من أركان انعقاد العقد أو شرط من شروط صحته، وقد يزول العقد بالانحلال، والانحلال هو ما يرد على عقد صحيح وقبل أن ينقضي بالتنفيذ هذا ما نوضحه بإيجاز شديد في التالي:

- أولاً: الانقضاء: الانقضاء يترتب على تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد وهو الطريق الطبيعي لزواله. ففي عقد البيع إذا دفع المشتري الثمن ونقل له البائع الشيء المبيع إنقضى العقد.

وبطبيعة الحال فإن كيفية انقضاء العقد تتوقف على كيفية تنفيذه. وفي هذا تختلف العقود الفورية عن عقود المدة. فإذا كان العقد من العقود الزمنية كعقد الإيجار مثلاً فإن تنفيذه يكون ممتداً في الزمان، ولا ينقضي العقد إلا بانقضاء مدته مع قيام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع، وقيام هذا الأخير بدفع الأجرة.

- ثانياً: الإبطال: هو الجزاء على تخلف ركن من أركان انعقاده أو شرط من شروط صحته. والعقد إما أن يبطل بطلاناً مطلقاً، أو يبطل بطلاناً نسبياً. وفي الحالتين إذا تقرر البطلان أو الإبطال فإن العقد يزول بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن.

- ثالثاً: الإنحلال: هو زواله لا بسبب بطلانه ولا بسبب تنفيذه؛ ولكنه زوال يرد على عقد صحيح وقبل أن ينقضي بالتنفيذ. وانحلال العقد له ثلاث صور، التقابل والإلغاء بالإرادة المنفردة والفسخ. والتقابل هو اتفاق الطرفين على إلغاء العقد، فهو إلغاء بالإرادة المشتركة التي كانت مصدر العقد.

وهو يتم باتفاق جديد، أي بإيجاب وقبول جديدين. والتقابل ليس له أثر رجعي فهو عقد جديد ينتج آثاره من وقت حدوثه. ومع ذلك يجوز للطرفين أن

يتفقا على الاثر الرجعي لزوال العقد. أي على اعتباره كأن لم يكن قائماً في يوم من الأيام. ولكن هذا الاتفاق لا يجوز أن يمس بحقوق الغير أو يخالف قواعد شهر الحقوق. فإذا كان العقد الأول هو عقد بيع لعقار وانتقلت به الملكية الى المشتري بالتسجيل، فإن التقايل لا ينتج أثره في حق الغير إلا من وقت تسجيله. ويترتب على تسجيله أن تعود الملكية مرة أخرى الى البائع من وقت التسجيل. فإذا كان الغير قد اكتسب حقاً على العقار من المشتري في الفترة ما بين تسجيل البيع وتسجيل التقايل فإن هذا الحق يظل نافذاً في حق البائع الذي عادت اليه ملكية الشيء.

والصورة الثانية لانحلال العقد هي الغاؤه بالارادة المنفردة لأحد المتعاقدين. والأصل هو عدم جواز ذلك، لأن العقد لا يجوز نقضه إلا بأرادة المتعاقدين معاً. ومع ذلك فقد أجاز المشرع إلغاء العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين في بعض العقود التي تسمح طبيعتها بذلك، ومع توافر شروط معينة روعي فيها حماية الطرف الآخر في العقد. ومن هذه العقود عقد الوكالة وعقد المقاولة وعقد الهبة وعقد القرض.

وسنعرض بإيجاز للفسخ ولعدم التنفيذ وذلك في مبحثين:

مركز تحقيق كويت علوم إسلامي

المبحث الأول

فسخ العقد (١)

١٨٤ - الفسخ قد يتقرر بحكم قضائي، وقد يتم بالاتفاق، وقد يقع بحكم القانون. وهذا ما ندرسه في ثلاثة مطالب:

(١) انظر سيد عمران ومحمد منصور، المبادئ العامة للقانون، من ٣٤٦ حتى ٣٥١.

المطلب الأول

الفسخ القضائي

١٨٥ - إذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد الملزم للجانبين، كان للطرف الآخر أما اتخاذ موقف سلبي يتمثل في الدفع بعدم التنفيذ أي الامتناع من جانبه عن تنفيذ التزامه، وأما اتخاذ موقف إيجابي وحل الرابطة العقدية الذي يتم برفع طلب إلى القضاء بفسخ العقد، وذلك كجزء على إخلال المتعاقد بالتزاماته في العقد. وتتناول فيما يلي شروط طلب الفسخ، وسلطة القاضي حياله، وآثاره.

شروط طلب الفسخ.

يلزم لامكان طلب فسخ العقد من القضاء، توافر الشروط الآتية:

١ - أن يكون العقد ملزماً للجانبين، إذ في هذه العقود يكون الفسخ وسيلة يتحلل بها الطرف الآخر من التزاماته تجاه المتعاقد الآخر الذي لم ينفذ التزاماته، أما في العقود الملزمة لجانب واحد فإن الدائن الذي يشكو من عدم تنفيذ المدين لالتزامه لا يكون ملزماً بشيء. ولا تكون له أي مصلحة في التحلل من العقد وطلب الفسخ.

٢ - عدم وفاء أحد الطرفين بالتزاماته، أي أن يخل أحد طرفي العقد بالتزامه، سواء أكان ذلك بامتناعه عن التنفيذ رغم قدرته عليه أم كان ذلك بسبب ما قام به من أفعال جعلت التنفيذ مستحيلاً.

ويستوي أن يكون عدم الوفاء كلياً أو جزئياً أو معيباً. ويقدر القاضي مدى أهمية الجزء الذي لم يتم تنفيذه. ويشترط أن يكون عدم الوفاء راجع إلى سبب أجنبي، لأنه إذا كان راجعاً إلى سبب أجنبي فإنه يترتب عليه انفساخ العقد بقوة القانون كما سنرى.

٣ - أن يكون طالب الفسخ قد قام بتنفيذ التزامه أو على الأقل أن يكون مستعداً لهذا التنفيذ، إذ لا يتصور أن يطلب الفسخ من كان مقصراً في تنفيذ التزاماته.

٤ - أن يقوم طالب الفسخ بإعذار الطرف الآخر، أي تكليف المدين بالوفاء في صورة ثابتة بانذار أو بالبريد. فالاعذار يعد وسيلة لاثبات تقصير المدين في عدم التنفيذ. ويلاحظ أن رفع الدعوى يعتبر إذاراً كافياً.

٥ - يجب أن يكون طالب الفسخ قادراً على إعادة الوضع إلى ما كان عليه لأن الفسخ يترتب عليه إعادة الحالة إلى أصلها، فإذا كان طالب الفسخ لا يستطيع أن يرد ما قبضه من الطرف الآخر امتنع عليه طلب الفسخ، ويكون له فقط أن يطلب التنفيذ العيني أو التعويض.

٦ - أن يرفع الدائن طلب الفسخ أمام القضاء لأن الفسخ لا يقرر إلا بحكم القاضي والحكم الصادر يعتبر منشئاً للفسخ لا كاشفاً له.

سلطة القاضي أمام طلب الفسخ.

للقاضي سلطة تقديرية في إجابة طلب الفسخ، إذ لا يلتزم بالحكم بفسخ العقد ولو توافرت الشروط التي تلزم لذلك. وهو يراعي في ذلك الظروف المختلفة، فإن رأى أن عدم الوفاء يستوجب الفسخ حكم به، وإن رأى أن الجزء الذي لم ينفذ قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جعلته رفض الفسخ واقتصر على تعويض الدائن عن عدم التنفيذ بالنسبة لهذا الجزء. وإذا رأى أن المدين حسن النية جاز له أن يمنحه مهلة للوفاء.

أثر الحكم بالفسخ.

- يقرر المشرع أن للفسخ أثراً رجعياً ويترتب عليه إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل العقد^(١). ففي البيع إذا تم الفسخ تعين على المشتري رد ما كان قد تسلمه من المبيع، كما يكون على البائع رد ما تسلمه من الثمن. على أنه إذا كان لا يتسنى إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد. فإنه يجوز أن يحكم بتعويض عادل.

ولا يكون للفسخ أثراً رجعياً بالنسبة لعقود المدة. إنما يتم الفسخ فقط بالنسبة للمستقبل، إذ أن ما تم تنفيذه لا يمكن رده، فلا يمكن للمستأجر رد المنفعة التي حصل عليها مقابل استرداده للأجرة.

(١) انظر المادة ١٦٠ من القانون المدني.

ويجوز لطالب الفسخ أن يطلب من المدين المقصر تعويضاً عن الأضرار التي أصابته نتيجة عدم الوفاء بالتزامه.

ولا يقتصر الأثر الرجعي على المتعاقدين فحسب بل بالنسبة للغير كذلك، فإن كان المشتري قد رتب حقوقاً للغير على الشيء المبيع، فإنه يرد الشيء مع ذلك خالي من هذه الحقوق، أما إذا كان الغير حسن النية فإنه يمكن أن يتمسك بحقه.

المطلب الثاني

الفسخ الاتفاقي

١٨٦ - يقرر المشرع مكنة فسخ العقد بناء على اتفاق الطرفين، أي بناء على وجود الفاسخ الصريح^(١)، ويأخذ هذا الشرط عدة صور:

١ - فقد يقتصر المتعاقدان في اتفاقهما على تقرير أن العقد «يفسخ إذا أخل أحد الطرفين بالتزاماته». ففي هذه الحالة لا يكون لمثل هذا الاتفاق أهمية خاصة إذ لا يعدو أن يكون تأكيداً للقواعد العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ. ومن ثم تنطبق الأحكام السابقة المتعلقة بالفسخ القضائي.

٢ - وقد يتم الاتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى رفع دعوى أو صدور حكم قضائي. أي أن الفسخ يحدث مباشرة بمجرد حصول الإخلال بالتزام. فإذا قام نزاع بين الطرفين ثم اللجوء إلى القضاء، فإن حكم القاضي يكون كاشفاً للفسخ وليس منشئاً له. ويتعين على القاضي الحكم بالفسخ إذا تمسك به المتعاقد. إذ أن هذا الشرط يسلب القاضي سلطته التقديرية في الحكم بالفسخ من عدمه.

٣ - وأخيراً قد يتفق الطرفان على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم ودون حاجة إلى أعذار. وعندئذ يقع الفسخ بمجرد الإخلال بالتزام.

ويلاحظ أن شرط الفسخ مقرر لمصلحة المتعاقد الذي حدث الإخلال بحقوقه

(١) انظر المادة ١٥٨ من القانون المدني.

ومن ثم فإن لا يقع إلا إذا تمسك به، ولا يجوز لغيره أن يتمسك بالفسخ.

المطلب الثالث

انفساخ العقد بحكم القانون

١٨٧ - يتضح مما نص عليه المشرع انه إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة التنفيذ نتيجة قوة قاهرة أي لسبب لا يد للمدين فيه. فإن العقد يفسخ بقوة القانون دون حاجة الى حكم قضائي. ودون أن يكون ذلك مشروطاً في العقد، ودون حاجة الى اعذاره (١).

ويلزم أن تكون استحالة التنفيذ راجعة الى سبب أجنبي عن المدين. الذي لا يكون مسئولاً أمام الدائن عن استحالة التنفيذ ولا يلتزم بتعويضه عن أي ضرر يترتب على عدم التنفيذ ولا يكون هناك مجال لإفساخ العقد. وذلك كما إذا قامت الحرب وقطعت العلاقات بين بلدين. مما أدى الى استحالة تنفيذ عقود كان متعاقداً على تصديرها.

أما إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة الى فعل المدين أو خطئه فإن العقد يظل قائماً، ويمكن الزام المتعاقد بتنفيذ العقد بمقابل، أي يحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه. وللدائن في هذه الحالة أن يلجأ الى الفسخ القضائي بدلاً من التنفيذ بطريق التعويض.

وتترتب على انفساخ العقد بقوة القانون نفس الآثار التي تترتب على الفسخ القضائي والاتفاقي.

والمدين هو الذي يتحمل تبعه الهلاك عند انفساخ العقد، إذ عند استحالة تنفيذ التزامه يفسخ العقد وينقضي الالتزام المقابل ولا يستطيع هذا المدين أن يطالب بتنفيذه. فإذا هلك الشيء المبيع هلاكاً كلياً بسبب أجنبي، فإن التزام البائع بنقل الملكية ينقضي وينفسخ العقد، وينقضي في نفس الوقت التزام المشتري بدفع الثمن. فالبائع يفقد الشيء ولا يحصل على الثمن المقابل له.

(١) انظر المادتان ١٥٩ و ٣٧٣ من القانون المدني.

المبحث الثاني

الدفع بعدم التنفيذ

١٨٨ - عندما لا ينفذ أحد المتعاقدين التزامه التعاقدي دون أن يمنعه عن التنفيذ قوة أو حادث مفاجئ، يكون للمتعاقد الآخر (الدائن) أن يتخذ أحد موقفين فإما موقف سلبي يتمثل في الدفع بعدم التنفيذ وإما موقف إيجابي يتمثل في المطالبة بفسخ العقد.

فالدفع بعدم التنفيذ هو رد يبيده أحد المتعاقدين، على مطالبة المتعاقد الآخر له بتنفيذ التزاماته. فالدائن بالتزام تبادلي يجوز له إذا لم يكن قد نفذ التزامه أن يمتنع مؤقتاً عن تنفيذ التزامه ما دام أن المتعاقد الآخر لم ينفذ التزامه فالمشتري يمكن أن يمتنع عن دفع الثمن طالما أن البائع لم يسلم الشيء المبيع. فالدفع بعدم التنفيذ يعتبر وسيلة لحمل المتعاقد على الوفاء بالتزامه دون الإلتجاء إلى حل الرابطة العقدية، أي دون الإلتجاء إلى طلب الفسخ.

شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ.

١ - يجب أن نكون بصدد عقد ملزم للجانبين، إذ ينبغي أن نكون بصدد التزامات متقابلة، ناشئة عن نفس العقد ولم تكن قد نفذت بعد.

٢ - يلزم أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، أي أن يكون الالتزام الذي لم يتم تنفيذه حالياً. فلا يجوز أن يتمسك بعدم تنفيذ التزامه بالتسليم إذا كان الثمن مؤجلاً.

ولا يشترط اعدار المدين للتمسك بهذا الدفع ولا يلزم كذلك أن ترفع دعوى أمام القضاء، إذ الدفع بعدم التنفيذ ليس إلا موقفاً سلبياً.

إلا أنه ينبغي عدم التعسف في استعمال هذا الحق، إذ يجب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود.

آثار الدفع بعدم التنفيذ.

يترتب على الدفع بعدم التنفيذ وقف تنفيذ الالتزام المطالب بتنفيذه، ويستمر هذا الوقف إلى أن يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه. فالالتزام يظل قائماً وكذلك العقد، ولكن التنفيذ موقوف حتى يتم التوصل إلى البدء فيه من

أحد الطرفين، أو منهما معاً في نفس الوقت.

يؤدي وقف التنفيذ في العقود الممتدة في الزمن لا إلى تأخير التنفيذ
فحسب، بل إلى انتقاص الالتزام ذاته، كما في عقد الإيجار.



مركز تحقيقات كچي پير علوم اسلامی

الباب الثاني

الفعل الضار (١)

(العمل غير المشروع - المسؤولية التقصيرية)

١٨٩ - المسؤولية إما أن تكون أدبية، تنشأ عن مخالفة واجب أدبي، وإما أن تكون قانونية تترتب على مخالفة واجب قانوني. وتنقسم المسؤولية القانونية الى مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية، وتنشأ المسؤولية الجنائية عند حدوث ضرر يصيب المجتمع، أما المسؤولية المدنية فتنشأ عند حدوث ضرر يصيب الفرد. وتنقسم بدورها الى مسؤولية تعاقدية ومسؤولية تقصيرية. فالمسؤولية العقدية هي التي تترتب على مخالفة التزام تعاقدي أما المسؤولية التقصيرية فتنشأ عند مخالفة واجب قانوني.

المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية.

تترتب المسؤولية الجنائية على جريمة من الجرائم، ويكون الجزاء توقيع عقوبة على الجاني باسم المجتمع زجراً وردعاً. والجرائم محددة على سبيل الحصر.

أما المسؤولية المدنية فتنشأ عن أي فعل أو واقعة تحدث ضرراً للغير ويلتزم المسئول بتعويض المضرور عما أصابه من ضرر، ويكون للمضرور وحده حق المطالبة بالتعويض، ويعتبر هذا الحق مديناً خالصاً له.

فالمسؤولية المدنية تتعلق بمصلحة فرد من الافراد، أما المسؤولية الجنائية فتتعلق بحق المجتمع، لذا فإن الدعوى الناشئة عنها تعتبر دعوى عامة تملكها الدولة وتباشرها النيابة العامة عن الدولة.

ويمكن أن يترتب على الفعل الواحد المسئوليتين الجنائية والمدنية في نفس الوقت كما في القتل والسرقه والسب، ونشوء المسئوليتين عن ذات الفعل

(١) انظر سيد عمران ومحمد منصور، المرجع السابق من ٣٥٥ حتى ٣٨٤.

يوجد ارتباطاً واقعياً بينهما، فالمسئولية الجنائية وهي الأقوى باعتبارها حق المجتمع تؤثر في المسؤولية المدنية.

- إن الحكم الذي يصدر من المحكمة الجنائية يقيد بعد ذلك القاضي المدني بحيث لا يجوز للمحكمة المدنية أن تنفي الخطأ عن الفعل الذي اعتبرته المحكمة الجنائية جريمة.

- يجوز رفع الدعوى المدنية بطلب التعويض أمام المحكمة الجنائية.

- يتمين وقف النظر في الدعوى المدنية إلى أن يصدر الحكم في الدعوى الجنائية وذلك نتيجة التزام المحكمة المدنية بالحكم الجنائي.

المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية.

تقوم المسئوليتان على مبدأ واحد هو أن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض.

وتسمى المسئولية التي تنشأ عن الإخلال بالتزام عقدي كمسئولية البائع عن عدم تسليم المبيع مسئولية عقدية، والمسئولية التي تترتب على الإخلال بالتزام قانوني كمسئولية قائد السيارة عن إصابة أحد المارة بخطئه مسئولية تقصيرية.

ويترتب على التمييز بين نوعي المسئولية عدة أحكام مثل:

- نظراً لأن المسئولية مصدرها العقد فإنه يمكن الاتفاق على الاعفاء منها أو تعديلها، بينما لا يجوز ذلك في المسئولية التقصيرية لأن مصدرها القانون.

- يكون التعويض في المسئولية التقصيرية عن الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع، أما في المسئولية العقدية فإن الضرر غير المتوقع لا يشمل التعويض.

- إذا تعدد المسئولون في المسئولية التقصيرية، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض المضرور، أما في المسئولية العقدية فإن التضامن لا يقوم إلا إذا تم الاتفاق عليه.

ورغم الخلافات السابقة، فإنه في كل من المسئوليتين لا بد من توافر

نفس الاركان الاساسية وهي: الفعل الضار، والضرر، وعلاقة السببية بين الضرر - والفعل الضار.

ولا يجوز الجمع بين المسئوليتين، إذا كان الفعل الواحد تترتب عليه في نفس الوقت المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية، إذ من غير المقبول أن يحصل الشخص على تعويضين عن ضرر واحد.

هذا وسنعرض لاحكام المسئولية التقصيرية في ثلاثة فصول: فنعرض في الاول للمسئولية عن الافعال الشخصية، وفي الثاني للمسئولية عن فعل الغير، وأخيراً سنعرض للمسئولية الناشئة عن الأشياء.



مركز تحقيقات كميوتير علوم إسلامي

الفصل الأول

المسئولية عن الفعل الشخصي

١٩٠ - تنص ١٦٣ على أن: «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض». فطبقاً لهذا النص يلزم لقيام المسؤولية أن يكون هناك خطأ وأن يحدث للغير ضرر، وأن يكون هذا الضرر نتيجة للخطأ (١).
ويترتب على قيام المسؤولية نشوء الالتزام بالتعويض على عاتق المسئول. ونعرض لتلك العناصر على التوالي.

المبحث الأول



١٩١ - نعرض أولاً للمقصود بالخطأ ثم نتناول أنواعه وصوره.

المطلب الأول

معنى الخطأ

١٩٢ - ثار الخلاف حول وضع تعريف للخطأ ولكن الراجح أنه يتمثل في الإنحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، ويتمثل هذا الإنحراف في الإخلال بواجب قانوني أو التزام سابق، هذا الالتزام عبارة عن الالتزام القانوني العام بعدم الاضرار بالغير، ومجرد إنحراف الشخص عن السلوك الواجب لا يكفي لقيام الخطأ إذ يلزم أن يكون لديه القدرة على التمييز بحيث

(١) انظر المادة ١٢١ و ١٢٢ و ١٢٣ موجبات لبثاني والتي لا تختلف عن نص القانون المصري.

يدرك أنه إنحرف.

ولذا يمكن القول بأن للخطأ عنصرين، عنصراً مادياً هو الفعل الذي يقع به الإخلال بالواجب، وعنصراً معنوياً هو التمييز. وهذا ما نوضحه في فرعين:

الفرع الأول

العنصر المادي للخطأ

١٩٣ - يتمثل الركن المادي أو العنصر الموضوعي للخطأ في الإخلال بالواجب القانوني الذي يقع على عاتق من ينسب إليه الخطأ.

والواجبات التي يعد الإخلال بها خطأ إما أن يعينها القانون بطريقة محددة مثل واجب التزام السائق يمين الطريق وإضاءة النور ليلاً، وإما أن يعينها بطريقة غير مباشرة عن طريق تعيين حقوق الأشخاص.

والإخلال بالواجب يعد إنحرافاً عن السلوك المألوف للرجل العادي. ويقاس الإنحراف بمعيار موضوعي أي على ضوء السلوك المتوقع من الشخص المعتاد في الظروف التي تم فيها الخطأ، فلا يجوز مقارنة مسلك سائق السيارة في طريق جاف بمسلك سائق في طريق مبلل. والمقصود بالظروف المحيطة هنا هو الظروف الخارجية (الزمان والمكان) أما الظروف الداخلية أو الشخصية كحدة المزاج أو المرض العصبي فلا يعتد بها في تحديد مستوى السلوك المعتاد.

إذا كان العنصر المادي للخطأ يتمثل في الإنحراف أو التعدي إلا أن هناك أحوالاً لا يكون فيها التعدي خطأ، وهذه الحالات هي:

١ - حالة الدفاع الشرعي.

تنص المادة ١٦٦ على أنه: «من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسئول، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة.

فمن يرد الاعتداء باعتداء مماثل سبباً ضرراً للمعتدي فلا يسأل عن ذلك لأنه كان يرد اعتداء غير مشروع. فالدافع الشرعي يعتبر حقاً للمعتدى عليه،

ولكنه حق محدود بالقدر اللازم لدفع الاعتداء.

ويشترط لنشوء حق الدفاع الشرعي عدة شروط:

١ - أن يكون هناك خطر حال محقق يهدد الشخص في نفسه أو في ماله، ويكفي أن يكون الخطر وشيك الوقوع، ويمكن أن يهدد الخطر شخص آخر عزيز أو ماله.

٢ - أن يكون الخطر الذي يقوم الشخص بدفعه عملاً غير مشروع، فالقاء البوليس القبض على لص يعتبر عملاً مشروعاً لا يجوز دفعه.

٣ - يجب ألا يكون هناك وسيلة أخرى مشروعة لدفع الخطر كالاستعانة بالشرطة.

٤ - يجب أن يكون دفع الاعتداء بالقدر الضروري، فإذا جاوز ذلك اعتبر مخطئاً.

٢ - حالة الضرورة.

تنص المادة ١٦٨ على أن: «من سبب ضرراً للغير لیتفادی ضرراً أكبر محدقاً به أو بغيره. لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً».

فمن يضطر - لدرء خطر جسيم عن نفسه - أن يلحق بشخص آخر ضرراً لا يجاوز الضرر الذي يتحاشاه، يكون مسئولاً عن فعله، ولكن مسئوليته مخففة. ويدفع التعويض الذي يحكم به القاضي على ضوء ما يمكن أن يلتمس للشخص من عذر في ارتكابه للفعل. فحالة الضرورة تعتبر ظرفاً مخففاً للمسئولية المدنية.

ويشترط لتوافر حالة الضرورة الشروط الآتية:

١ - يجب أن يكون هناك خطر حال، يهدد الشخص أو الغير في نفسه أو في ماله.

٢ - أن لا يكون لإرادة الشخص دخل في إيجاد هذا الخطر، وإلا عد مسئولاً، ويجب ألا يكون مصدر الخطر هو الشخص الذي أرتكبت ضده الأفعال التي يراد بها دفع الخطر وإلا كانت حالة دفاع شرعي.

٣ - أن يكون الضرر الذي أريد تفاديته أكبر من الضرر الذي وقع،

كاتلاف بعض المزروعات في سبيل إطفاء حريق في منزل.

٣ - حالة تنفيذ امر صادر من رئيس.

تنص المادة ١٦٧ بأنه «لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر اليه من رئيس، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه، أو كان يعتقد أنها واجبة، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة، وأنه راعى في عمله جانب الحيطة».

وطبقاً لهذا النص فإن الاعفاء من المسؤولية يتطلب الشروط الآتية:

- ١ - أن يكون مرتكب الفعل الضار موظفاً عمومياً.
 - ٢ - أن يكون ما قام به تنفيذاً لأمر رئيس تجب عليه طاعته، أو يعتقد أنها واجبة عليه.
 - ٣ - أن يثبت الموظف اعتقاده بمشروعية الأمر الصادر اليه.
 - ٤ - أن يثبت الموظف أنه راعى جانب الحيطة في تنفيذ الأوامر التي وجهت له، والمعيار في ذلك هو سلوك الموظف المعتاد في مثل موقفه.
- وبتوافر هذه الشروط يعفى الموظف من المسؤولية، فلا يسأل أحد الجنود عن الأضرار التي تلحق بمالك الأطعمة التي يفسدها بناء على أوامر مفتش الصحة وما قيل بشأن الأمر الصادر الى الموظف ينطبق كذلك على ما يقوم به الموظف بتنفيذ لأمر القانون إذا كان يعتقد بحسن نية أن هذا هو حكم القانون.

الفرع الثاني

العنصر المعنوي للخطأ

١٩٤ - لا يكتفي القانون في الخطأ بذلك العنصر الموضوعي وهو الإنحراف عن مسلك الرجل العادي، بل يتطلب فوق ذلك عنصراً شخصياً هو الإدراك والتمييز. فالشخص لا يسأل مسؤولية تقصيرية عند حصول إنحراف منه إلا إذا كان مدركاً لما يصدر منه، ويكفي لإعتباره مدركاً أن يكون

مميزاً^(١).

والتمييز يبدأ ببلوغ الشخص سن السابعة، كما يقتضي الا يكون مجنوناً أو معتوهاً، والا يكون وقت ارتكابه الفعل الضار فاقد الإدراك لسبب عارض كالمرض أو السكر أو التخدير بغير اختياره.

ولكن ما ذنب المضرور في أن يكون مرتكب الضرر عديم التمييز، حتى يحرم من التعويض. لذلك فإن المشرع المصري وإن قرر بحسب الأصل أن المسؤولية تقوم على الإدراك والتمييز، الا أنه فتح الباب لمساطة عدم التمييز إذا توافرت شروط معينة على أساس تحمل التبعة ومراعاة إعتبارات العدل^(٢).

المطلب الثاني

انواع الخطا وصوره

١٩٥ - يتخذ الخطأ عدة صور في الحياة العملية وتكون له العديد من التطبيقات نعرض لأهمها:

١ - الخطأ العمدي.

ويتمثل في الإنحراف الواضح عن السلوك المعتاد بقصد إحداث الضرر بالغير وإذا كان القانون الجنائي يفرق بين الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي فإن القانون المدني لا يعطي أهمية لهذه التفرقة لأن الغاية من المسؤولية المدنية هي التعويض عن الضرر أيأ كان نوع الخطأ، وإن كان القاضي من الناحية العملية يكون أكثر تشدداً مع المتسبب في الضرر بفعل عمدي.

٢ - الخطأ الجسيم.

هو ذلك الذي لا يتصور وقوعه الا من شخص عديم الإكتراث وقليل الحيطة فهو يختلف عن الخطأ المعتاد في قدر الإهمال الذي ينسب الى مرتكبه.

(١) انظر المادة ١٢ موجبات لبناني.

(٢) انظر للمؤلف الاعتراف بالحراسة لعديم التمييز، وانظر المادة ١٦٤ من القانون المدني.

ويرجع في تقدير الخطأ ووصفه بأنه جسيم أو يسير إلى القضاء.
وكقاعدة عامة لا تفرقة بين الخطأ الجسيم واليسير في الحكم بالتعويض
عن الضرر الناشئ عنهما وإن كان الخطأ الجسيم يأخذ حكم الخطأ العمدي.

٣ - صور أخرى للخطأ.

قد يقع الخطأ بفعل ايجابي وقد يقع بفعل سلبي مثل الإهمال في عمل
شيء مما يسبب ضرراً للآخرين أو الامتناع عن عمل شيء واجب.
ويبدو الخطأ من خلال الحوادث الناشئة عن وسائل النقل وحوادث
العمل ومباشرة المهن المختلفة مثل الطبيب والمهندس.
وقد يأخذ الخطأ صورة الاعتداء على الشرف والسمعة عن طريق السب
والقذف بأي وسيلة من الوسائل.

٤ - التعسف في استعمال الحق.

من المقرر أنه إذا خرج الإنسان عن حدود حقه، أو انحرف في استعمال
رخصة أعطاهما له القانون، فإنه يكون قد أخطأ في تصرفه. ولا يكون هناك
خطأ إذا كان الفعل الذي أحدث الضرر قد نشأ عن استعمال الشخص لحقه
الذي أقر له به القانون.

ونظراً لأن الحق لم يعد يعتبر سلطة مطلقة بل عبارة عن قيمة اجتماعية
وجب أن تكون هناك رقابة على استعماله، ووجب أن يلتزم باصلاح الضرر
الناجم عن هذا الاستعمال، فالشخص الذي يقيم بناء على أرضه فيجاوزها
ويبنى على أرض جاره يخرج عن حدود حقه بينما الشخص الذي يقيم حائطاً
مرتفعاً على أرضه بقصد حجب النور والهواء عن جاره إضراراً به، لا يخرج
عن حدود حقه، ولكنه يتعسف في استعمال هذا الحق.

وطبقاً لنص المادة (٥) يكون استعمال الحق غير مشروع (أي يكون
هناك تعسفاً) في الأحوال الآتية:

(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

(ب) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا
تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

(ج) إذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها غير مشروعة.

المبحث الثاني

الضرر

١٨٨ - الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقاً بماله أو بسلامة جسمه أو حريته أو شرفه. والضرر يعد شرطاً ضرورياً لقيام المسؤولية بنوعيهما العقدية والتقصيرية.

الضرر المادي والضرر الأدبي.

يرتبط الضرر المادي بالمصالح المالية، وهو ما يسبب للشخص خسارة مالية مثل فقدان مال من الأموال أو الاضطرار الى إنفاق مال لم يكن المضرور مضطراً الى إنفاقه أو الحرمان من كسب الأموال.

وقد يكون الضرر أدبياً إذا أصاب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه مثل إصابة الشخص بشوهة أو تعرضه للقتل والسب أو حزنه لفقدان شخص عزيز عليه.

وطبقاً لنص المادة ٢٢٢ فإنه يجوز التعويض عن الضرر الأدبي، ويقتصر هذا التعويض على المضرور نفسه فلا ينتقل الى غيره مثل ورثة المضرور بعد وفاته الا بأحدى طريقتين:

١ - أن يكون المضرور قد اتفق مع المسئول عن الضرر على مبدأ التعويض وعلى مقداره.

٢ - أن يكون المضرور قد رفع الدعوى فعلاً أمام القضاء.

أما في حالة الضرر الأدبي الناشئ عن موت المصاب فإن الحق في طلب التعويض لا يكون الا للأزواج والأقارب الى الدرجة الثانية، ومعنى ذلك أن الحق في التعويض مقصور على الزوج الحي والاب والجد والإبن والاخوة.

الضرر المحقق والضرر المحتمل.

لا تجوز المطالبة بالتعويض الا إذا كان الضرر محققاً، ويكون الضرر محققاً إذا وقع فعلاً أو كان واقعاً احتمالاً في المستقبل، فالضرر المستقبل يمكن أن يؤدي الى تعويض إذا كان من المؤكد أنه سيتحقق. فمن يصاب بعاهة يقع له ضرر حال يتمثل في فقدان العضو وما ترتب على ذلك من علاج وما صاحبه من ألم، ويقع له ضرر آخر محقق مستقبل هو عجزه عن ممارسة مهنته.

ولكن قد يكون الضرر المستقبل غير مؤكد أي محتمل. فالأصل في هذا الضرر الا يحكم فيه بتعويض الا إذا وقع فعلاً، فالإتلاف الذي يحدثه شخص في منزل شخص آخر يعتبر ضرر محقق، ولكن ما قد يترتب عليه من انهدام المنزل فهو ضرر محتمل لا يستحق عنه التعويض الا إذا انهدم المنزل فعلاً في المستقبل.

على أنه إذا كنا بصدد تفويت فرصة من الفرص على شخص مثل حرمانه من دخول إمتحان أو مسابقة فإننا نكون بصدد ضرر محقق يتمثل في حرمان الشخص من الاستفادة بفرصته ولو لم يكن الكسب أو النجاح مضموناً. إذ أن هناك كسب احتمالي كان يمكن أن يتحقق أو لا يتحقق، وقد قضى الفعل الضار على احتمال تحققه.

وإذا كان مجرد تفويت الفرصة يعتبر في ذاته ضرراً محققاً يستحق التعويض الا أن هذا الضرر لا يقدر بمقدار الكسب الذي فاته فرصته ولكن على ضوء احتمالات النجاح أو الكسب.

المبحث الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

١٩٧ - لا يكفي لقيام المسؤولية وقوع الضرر بل ينبغي أن يترتب الضرر على الخطأ الذي يعزوه الى المسئول، فعلى المضرور أن يثبت أن الضرر الذي أصابه قد نشأ من خطأ المدعى عليه، أي لا بد من توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

ولكن يصعب القول بتوافر رابطة السببية إذا ما تعددت الأخطاء التي أدت الى وقوع الضرر أو إذا ما أثبت الشخص أن الضرر قد وقع نتيجة أمر أجنبي لا يد له فيه.

تعدد الأخطاء - تعدد الأسباب.

إذا كان الضرر واحداً واشتركت في احداثه عوامل عدة، فهل تقوم رابطة السببية بين الضرر وكل هذه الأسباب أم يعزى الضرر الى سبب واحد منها.

هناك نظرية السبب المنتج التي لا تعتد الا بالسبب الاساسي لحدوث الضرر - ولا تحفل بالاسباب الأخرى، وتعتبر الواقعة سبباً منتجاً إذا كان من شأنها أن تحدث الضرر وفقاً للمجرى العادي للأمور.

فإذا أهمل صاحب السيارة في المحافظة عليها وسرقها شخص وأصاب بها أحد المارة فإن خطأ السارق يعتبر سبباً منتجاً لأنه يؤدي الى الضرر وفقاً للمجرى العادي من الأمور ولا يعتد بخطأ صاحب السيارة لأنه ثانوي.

أما النظرية الأخرى (نظرية تعادل الأسباب) فتعتد بجميع العوامل التي أدت الى إحداث الضرر وتعتبر كلها متعادلة في التسبب في الضرر. رابطة السببية وتعاقب الأضرار.

قد يؤدي الفعل الواحد الى سلسلة من الأضرار كل منها يترتب على سابقة، فهنا لا تقوم رابطة السببية الا بين الخطأ وبين الضرر المباشر المقرب على هذا الخطأ، أما الأضرار غير المباشرة فلا تقوم بينها وبين الخطأ علاقة سببية، ولا يلتزم المسئول بالتعويض عنها.

وذلك مثل الشخص الذي شحن آلة ري في القطار، فوقع حادث للقطار أدى الى تلف هذه الآلة، فرفع صاحبها دعوى على مصلحة السكك الحديدية لمطالبتها بالتعويض عن الأضرار المتعاقبة التي لحقت به وهي تلف الآلة وعدم انتفاعه بالبئر التي حفرها لتركيب الآلة وعدم انتفاعه بأرضه وتلف زراعته وفقدانه للربح الذي كان سيحصل عليه نتيجة ري أراضي الجيران. ولكن القضاء في هذا المثال لم يحكم له بالتعويض الا عن الأضرار المباشرة وهي تلف الآلة أما الأضرار غير المباشرة فليست نتيجة طبيعية للحادث، وكان من

الممكن توقي نتائجها ببذل جهد معقول كسواء آلات أخرى أو ري الأرض
بوسيلة أخرى.

إنعدام السببية لقيام السبب الأجنبي.

تنص المادة ١٦٥ على أنه «إذا ثبت للشخص أن الضرر قد نشأ عن
سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور
أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو
اتفاق على غير ذلك».

وعلى ذلك فالسبب الأجنبي الذي يترتب عليه انعدام رابطة السببية هو:

١ - القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ ويتمثل في الواقعة التي لا يمكن
للإنسان دفعها أو منع أثرها ولا يمكن توقعها. ومثال ذلك سقوط شجرة في
الطريق على سيارة تنقل مسافرين بالأجرة، فلا يكون السائق مسئولاً عن
الضرر الذي يحدث للمسافرين ولو كان يسير بسرعة، لأن الواقعة مصدر
الضرر تعد قوة قاهرة.

٢ - خطأ المضرور، فإذا اشترك في أحداث الضرر كل من خطأ
المضرور وخطأ الغير، فإن العبرة هنا تكون بالخطأ الأشد حيث يستغرق الخطأ
الأخر، أو يعتد بالخطأ الأكثر جسامة والخطأ العمدي.

أما إذا ترتب أحد الخطأين على الخطأ الآخر بأن كان أحدهما نتيجة
للاخر فإن مرتكب الخطأ الأصلي وحده هو الذي يكون مسئولاً.

مثال ذلك سائق السيارة الذي يقودها بسرعة مخيفة، مما يدفع الراكب
الى جواره الى القيام بحركة خاطئة للنجاة، فيحدث بنفسه ضرراً نتيجة هذه
الحركة فالعبرة هنا بالخطأ الأصلي لصاحب السيارة.

أما إذا ساهم كل من الخطأين في إحداث الضرر، ولم يستغرق أي
منهما الآخر، فإن المسئولية تكون مشتركة بين المسئول والمضرور (١).

ولا يلزم المسئول بتعويض كل الضرر، بل ينتقص منه القدر الموازي
للمسئولية المضرور. ومثال ذلك خطأ الصبي الذي تعلق بالسيارة في لحظة

(١) انظر المادة ١٣٥ موجبات لبناني.

إبطالها وأصيب نتيجة ذلك.

٣ - خطأ الغير، إذا نتج الضرر عن كل من خطأ الشخص وخطأ الغير فإنه يعتد بالخطأ الذي يستغرق الخطأ الآخر، كما لو كان جسيماً أو عمداً، ويسأل صاحبه عن تعويض الضرر في مجموعه.

أما إذا ساهم كل من الخطأين في احداث الضرر ولم يستغرق أحدهما الآخر، فإنه يجوز للمضرور أن يرجع على أي منهما بالتعويض كاملاً ثم يتقاسم المسئولان مبلغ التعويض فيما بينهما على ضوء جسامته كل من الخطأين.

المبحث الرابع التعويض عن الضرر

١٩٨ - إذا توافرت أركان المسؤولية استحق المضرور تعويضاً عن الضرر الذي أصابه ويقصد بالتعويض عملية جبر الضرر الذي لحق المصاب.

والتعويض قد يكون عينياً بأزالة الفعل الضار، فمن يكسر لوحاً من الزجاج لشخص آخر يعرضه عن ذلك باستبداله بلوح آخر مماثل.

غير أنه في أكثر الأحوال يتعذر التعويض العيني لا سيما في حالات الضرر الادبي، فيتعين الحكم للمضرور بمبلغ من النقود على سبيل التعويض. وهذا المبلغ قد يكون مجمداً أو مقسطاً.

وقد يكون التعويض في صورة اجراء آخر يزيل اثر الخطأ، كالامر بنشر حكم إدانة المسئول عن القذف أو السب في الصحف، ترصيه لمن وجه اليه القذف أو السب.

تقدير التعويض.

يقدر القاضي التعويض طبقاً للظروف ويراعى في تقديره القواعد الآتية:

١ - يقدر التعويض بقدر الضرر أي ما لحق المضرور من خسارة وما

فاته من كسب، فإصابة الشخص في جسمه يترتب عليها نفقات العلاج والحرمان من الكسب أثناء التعطل عن العمل (الكسب الفائت).

٢ - ويشمل التعويض الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر، سواء أكان الضرر متوقعاً أو غير متوقع.

٣ - يجب أن يراعى القاضي - عند تقدير التعويض - الظروف الخاصة بالمضرور أي الظروف الملازمة لوقوع الضرر، كأن يكون شخصاً يتعيش من عمله، وكأن يكون هو العائل لأسرته.

٤ - يقدر التعويض عن الضرر بالصورة التي وصل إليها وقت الحكم لا في تاريخ وقوعه ولا في تاريخ رفع الدعوى، وقد يترتب على ذلك أن يزيد مقدار التعويض عن تقديره وقت حدوث الضرر، وقد يترتب عليه أيضاً أن يكون أقل أهمية.

بل إن القضاء يستطيع أن يحتفظ للمضرور بحقه في المطالبة بتعويض ما يطرأ من أضرار بعد الحكم، فإن لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً، فللمضرور أن يحتفظ بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير.

٥ - يجوز التأمين على المسؤولية، فتقوم شركة التأمين بدفع التعويض المستحق على المسئول الذي يبرم تأميناً على مسؤوليته، كالتأمين عن حوادث السيارات، فهنا تدفع الشركة تعويضاً للمصاب في الحادث.

تقادم الحق في التعويض.

يسقط الحق في طلب التعويض بالطرق الآتية.

١ - تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه. وتسقط هذه الدعوى في كل حال، بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع.

٢ - على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية.

الفصل الثاني

المسئولية عن فعل الغير

١٩٩ - إذا كانت المسئولية الشخصية توجب اثبات الخطأ في جانب المسئول، فإن المسئولية عن فعل الغير تقوم على خطأ مفترض غير واجب الاثبات، وذلك لتسهيل حصول الضرر على التعويض. وتتميز المسئولية عن عمل الغير كذلك بجواز رجوع الضرر على شخص آخر غير مرتكب الفعل الضار. والغير أو الذي يسأل الشخص عن أفعاله. أما أن يكون إنساناً في حاجة إلى الرقابة يلتزم المسئول برقابه وإما أن يكون تابعاً للمسئول. ونتناول كل من الفرضين على حدة.

المبحث الأول

مسئولية متولي الرقابة عن هم في رقابه

يلزم لقيام مسئولية متولي الرقابة شرطان:

١ - أن يتولى شخص الرقابة على شخص آخر.

٢ - صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة.

أولاً: متولي الرقابة.

٢٠٠ - يجب أن يكون هناك التزام بالرقابة للشخص على الغير.

والالتزام بالرقابة إما أن ينشأ بحكم القانون كالأب بالنسبة لابنه القاصر. وإما بمقتضى اتفاق كمدير مستشفى الأمراض العقلية الذي يتولى الرقابة على مرضاه.

والرقابة على القاصر تعد لازمة حتى بلوغه سن ١٥ سنة، وتكون الرقابة

للأب أو الجد أو العم أي لولي النفس، فإذا ظل القاصر بعد بلوغ هذه السن

في كنف من يتولى تربيته فإنه يخضع للرقابة حتى سن ١٨ سنة، أما إذا استقل في حياته فإنه لا يخضع للرقابة.

وتنتقل الرقابة الى المدرسة أو الى معلم الحرفة في الاوقات التي يوجد فيها القاصر في تلك الاماكن.

ثانياً: إرتكاب المشمول بالرقابة عملاً غير مشروع.

٢٠١ - يبقى أن تتحقق مسئولية من هو تحت الرقابة، أي أن يصدر منه عمل غير مشروع يصيب الغير بضرر، فإذا قذف طفل صغير بحجر فهشم به زجاج سيارة تقف أمام منزل والده. كان الوالد مسئولاً عن تعويض الغير.

أساس مسئولية متولي الرقابة ودفعها.

تقوم مسئولية متولي الرقابة على أساس خطأ مفترض في جانبه، وهو الخطأ في تربية القاصر أو في مراقبته. ولكن يسمح القانون لمتولي الرقابة بإثبات عكس الخطأ المفترض في جانبه وذلك بأن يثبت بأنه قد قام بالرقابة على خير ما ينبغي، بأن يثبت مثلاً بأن العمل غير المشروع قد وقع فجأة بحيث لم يكن هناك سبيل الى دفعه، أو يثبت انقطاع الصلة بين خطئه والضرر الحادث أي يثبت قيام السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو فعل الغير أو فعل المضرور.

المبحث الثاني

مسئولية المتبوع عن فعل التابع (١)

شروط تحقيق المسئولية.

٢٠٢ - يلزم لقيام مسئولية المتبوع عن عمل التابع توافر شرطين:

الأول قيام علاقة التبعية، والثاني وقوع خطأ من التابع أثناء تأدية وظيفته أو بسببها.

١ - **رابطة التبعية:** وتتمثل فيما يكون للمتبوع من سلطة فعلية في

(١) انظر المادة ١٢٧ موجهات لبناني.

رقابة وتوجيه التابع بالنسبة للأعمال التي يلتزم التابع القيام بها لحساب المتبوع أي أن يكون التابع في حالة خضوع للمتبوع بحيث يكون للآخر عليه سلطة الرقابة والتوجيه. ولا يهم أن تستند السلطة إلى سبب قانوني بل يكفي أن تكون سلطة فعلية أو واقعية وليس من الضروري أن يكون المتبوع حراً في اختيار التابع فموظفي المجالس المحلية الذين تعينهم الحكومة، تسأل عنهم هذه المجالس وإن لم يكن لها يد في اختيارهم.

وإذا كانت مسئولية متولي الرقابة عامة لا تتناول عملاً معيناً إلا أن مسئولية المتبوع تنحصر في نطاق العمل الذي يقوم به التابع لحسابه. وبالتالي تنعدم المسئولية إذا لم يكن هناك سلطة الرقابة والتوجيه. فالمقاول لا يعتبر تابعاً لرب العمل.

وقد تنتقل التبعية مؤقتاً من شخص إلى آخر. وذلك كمن يستعير سائق سيارة يعمل بشركة.

٢ - خطأ التابع أثناء أداء وظيفته أو بسببها. يجب أن تتحقق مسئولية التابع بارتكابها الثلاثة. ومن يطالب المتبوع بتعويضه عن خطأ تابعيه عليه أن يثبت خطأهم أي قيام مسئوليتهم.

ويشترط ثانياً وقوع الخطأ من التابع حال تأدية العمل أو بسببه، أما إذا وقع بمناسبة الوظيفة أو خارجها فلا يكون المتبوع مسئولاً عنه.

فإذا ارتكب سائق السيارة حادثاً أثناء العمل فإن هذا الخطأ حال تأدية العمل. وضابط الشرطة الذي يحبس شخص بدون وجه حق، ما كان ليتمكن من ذلك لولا وظيفته فالخطأ هنا بسبب العمل.

أما إذا كان الخطأ غير متعلق بالعمل، بل كان العمل مجرد مناسبة له. فلا يكون المتبوع مسئولاً عنه بل تنشأ مسئولية التابع وحده.

كالخفير الذي يستخدم بندقيته لتسوية حساب شخصي، فالوظيفة مجرد مناسبة هيأت له وجود السلاح تحت يده.

أساس المسئولية.

اختلفت الآراء في تأسيس مسئولية المتبوع عن أفعال التابع:

١ - ذهب البعض الى أن مسئولية المتبوع تقوم على أساس خطأ مفترض في جانبه سواء في إختيار التابع أو في رقابته وتوجيهه. وأنه لا يقبل منه اثبات عكس هذا الافتراض.

٢ - وحاول البعض تأسيس تلك المسئولية على فكرة تحمل التبعة، فالمتبوع يستفيد من عمل التابع فعليه أن يتحمل تبعة هذا العمل.

٣ - والاتجاه الأكثر قبولاً هو الذي يرى أن المتبوع ضامن للتابع أي أنه في حكم الكفيل. فهذه المسئولية تقوم على ضمان من المتبوع لمصلحة الغير لكل ما يترتب على خطأ تابعيه من اضرار لهم وهذا الضمان يكون بحكم القانون.

مسئولية التابع ورجوع المتبوع عليه.

لا تثبت مسئولية المتبوع الا إذا كان التابع مسئولاً عن الضرر الذي سببه للغير، ويكون للغير الضرر الخيارات الرجوع على التابع أو الرجوع على المتبوع، وبين الرجوع عليهما معاً. ولكن الضرر الواحد لا يعرض عنه الا مرة واحدة.

فإذا دفع المتبوع التعويض فإنه يستطيع أن يرجع بما دفعه على التابع هذا إذا كان الضرر قد حدث بخطأ التابع وحده، أما إذا كان الخطأ مشتركاً بين التابع والمتبوع فإن المسئولية توزع بينهما ولا يجوز للمتبوع أن يرجع على التابع الا بقدر نصيبه في المسئولية فقط.

الفصل الثالث

المسئولية عن ضرر الاشياء

٢٠٣ - يمكن أن تنشأ مسؤولية الشخص عن الاشياء التي يكون مكلفاً بحراستها إذا ما سببت ضرراً للغير. وقد نص المشرع على ثلاث حالات للمسئولية الناشئة عن الاشياء تقوم جميعها على فكرة الخطأ في الحراسة وهي مسؤولية حارس الحيوان، مسؤولية حارس البناء، مسؤولية حارس الاشياء التي تحتاج الى عناية خاصة.

المبحث الأول

مسئولية حارس الحيوان

٢٠٤ - وفق ما نص عليه المشرع يتعين أن تتوافر شروط معينة لقيام هذه المسؤولية^(١). ولكننا نتساءل عن أساس هذه المسؤولية؟

شروط المسؤولية.

يلزم لتحقيق مسؤولية حارس الحيوان توافر شرطين:

١ - تولي شخص حراسة حيوان: ينبغي أن يكون الحيوان في حراسة مسئول، أي يكون له السيطرة عليه، والاصل أن مالك الحيوان هو حارسه، الا إذا اثبت المالك أن الحراسة وقت وقوع الضرر كانت لغيره مثل اعادة الحيوان أو اجارته، وتنتقل الحراسة برضا المالك أو بغير رضاه فالسارق يعد حارساً للحيوان.

وتظل الحراسة للمالك حتى ولو ضل أو تهرب، وحتى لو كان في يد السائس أو الخادم لأن هؤلاء يسيطرون على الحيوان لحساب المالك الذي تبقى له السيطرة

(١) انظر المادة ١٧٦ من القانون المدني. وانظر المادة ١٢٩ و ١٣٠ موجبات لبناني.

الفعلية، ويشمل اصطلاح الحيوان كل أنواع الحيوانات، الأليف وغير الأليف.

٢ - وقوع ضرر للغير بفعل الحيوان، وينبغي أن يصدر الضرر عن فعل إيجابي للحيوان، فمن يتعثر في جسم حيوان نائم فيقع ويصاب لا يستطيع أن ينسب الضرر الى الحيوان، ولا يلزم لنسبة الضرر الى الحيوان أن يحدث تلامس بينه وبين المضرور، بل يكفي أن يكون الضرر من تأثيره ولو عن بعد كمن يصاب بذعر نتيجة ظهور حيوان مفترس ويصاب بأذى نتيجة عبوره للطريق السريع.

والضرر الذي يسأل عنه الحارس هو ذلك الذي يقع للغير ويعتبر من الغير تابع الحارس أو السائس.

اساس المسؤولية ودفعها.

تقوم مسؤولية حارس الحيوان على فكرة الخطأ في الحراسة، والخطأ هنا مفترض لا يطالب المضرور بإثباته، ولا يقبل اثبات العكس، أي لا يستطيع الحارس اثبات أنه قام بالحراسة الكافية، وكل ما يمكنه هو نفي علاقة السببية أي اثبات أن الضرر قد وقع بسبب اجتنبي عن الحادث كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ الغير.

مركز تحقيق كميتر علوم إسدي

المبحث الثاني

مسئولية حارس الاشياء

٢٠٥ - اشترط المشرع في مسؤولية حارس الاشياء شروط معينة يجب توافرها لكن ما هو الاساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية (١).

شروط المسؤولية.

١ - حراسة الاشياء تقتضي عنايتها حراسة خاصة:

وتكون الحراسة لمن له السيطرة الفعلية على الشيء، أي كحارس الحيوان

(١) انظر المادة ١٧٨ من القانون المدني. وانظر المواد ١٣١ و ١٣٢ موجبات لبناني.

فإن حارس الشيء هو من له حق استعمال وتوجيه ورقابة هذا الشيء.

وتثبت الحراسة من حيث الأصل لمالك الشيء، ما لم يثبت هذا الأخير أن الشيء وقت وقوع الضرر كان في حراسة غيره.

وتنتقل الحراسة من المالك إلى الغير سواء بإرادته (الاتفاق) مثل المنتفع والمستأجر والمستعير للشيء والميكانيكي الذي يقوم باصلاح الآلة، وقد تنتقل رغماً عنه كما في حالة السرقة، فالسارق يعتبر حارساً للشيء المسروق.

والأشياء التي تحتاج إلى عناية خاصة هي الأشياء المادية غير الحية. وقد تكون الأشياء خطرة بطبيعتها مثل الأسلحة والمفرقات والمواد الكيماوية، وقد تكون كذلك بحسب الظروف الملابس لها كالأشجار إذا مال جذعها لقدمها والسلم المدهون بمادة لزجة تجعل الإنزلاق عليه أمراً محتملاً، فقد يكون الشيء غير خطر بطبيعته ولكنه يصبح كذلك في ظروف معينة بالذات مما يستوجب حراسته.

٢ - حدوث ضرر بفعل الشيء.

فلا تتحقق مسئولية حارس الشيء إلا إذا وقع ضرر من فعل الشيء، وأن يحدث هذا الضرر نتيجة لحركة إيجابية من جانب الشيء الخطر، كأن تدهس السيارة عابراً أثناء تحركها. ويستوي أن ينتج الضرر عن حركة ذاتية للشيء، أو في حالة ما إذا كان بيد إنسان تحركه (كالعامل)، فلا يلزم إثبات خطأ الإنسان بل تقوم المسئولية مباشرة على عاتق الحارس على أساس الخطأ المفترض في جانبه.

أما إذا كان الشيء ساكناً وقت حدوث الضرر فلا يسأل الحارس، فإذا سقط شخص على البلاط وجرح لا يكون مالك البلاط مسئولاً. ولكن يمكن أن يكون الشيء ساكناً أي تدخل سلبياً في إحداث الضرر وذلك في حالة ما إذا كان في وضع شاذ أو معيب. فعندئذ يكون الحارس مسئولاً عما يحدثه من ضرر للغير وذلك كمن يضع سيارته في مكان غير معد لذلك فيصطدم بها شخص ويصاب.

أساس المسئولية - إفتراض الخطأ.

تقوم مسئولية حارس الأشياء - كحارس الحيوان، على أساس خطأ مفترض في جانب الحارس، فلو كان قد قام بالحراسة اللازمة لما أفلت زمام

الشيء من يده وأصاب الغير بضرر، فكلما حدث ضرر يفترض أنه نشأ نتيجة افلات زمام الشيء من صاحبه، وهذا هو الخطأ المفترض الذي لا يكلف المضرور بإقامة الدليل عليه.

ولا يستطيع الحارس أن ينفي الخطأ عن نفسه باثبات أنه قام بواجب العناية، إلا أنه يستطيع دفع المسؤولية بنفي السببية بين الخطأ المفترض والضرر ويكون ذلك باثبات السبب الأجنبي أي باثبات القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه.

المبحث الثالث

مسئولية حارس البناء

نتسائل عن شروط هذه المسؤولية وأساسها.

شروط المسؤولية.

٢٠٦ - يلزم لقيام مسؤولية حارس البناء شرطان: (١)

١ - وجود البناء في حراسة المسئول: وحارس البناء هو من له السيطرة الفعلية عليه أي أن يكون مكلفاً بحفظه وصيانته بحيث يرمم القديم منه ويصلح المعيب فيه حتى لا يصيب الغير ضرر منه.

والسيطرة تكون في الأصل للمالك، إذ يفترض فيه حارس البناء، إلا إذا أثبت العكس فالحراسة يمكن أن تكون لغير المالك كصاحب حق الإنتفاع والمرتهن رهن حيازة والمقاول طوال فترة البناء حتى تسليمه، أما المستأجر فلا يعد حارساً للبناء لأن الالتزام بالصيانة يبقى على المالك ولا تنتقل الحراسة إلى المالك الجديد إلا بتسليمه له.

ويقصد بالبناء كل مكان مشيد من الطوب أو الحجر أو الخشب أو الحديد أو غير ذلك من المواد، أيأ كان موقعه أو الغرض المعد له مثل المنازل،

(١) انظر المادة ١٢٣ موجبات لبناني.

الكباري والخزانات.

٢ - وقوع الضرر نتيجة تهدم البناء، يشترط لقيام مسئولية الحارس أن يكون هناك ضرر وأن ينشأ هذا الضرر عن تهدم البناء وأن يكون هذا التهدم راجعاً الى اهمال صيانتة أو قدمه أو عيب فيه.

والتهدم عبارة عن تفكك البناء وانفصال اجزائه كلها أو جزئياً كسقوط السقف أو انهيار السلم أو الشرفة.

فالحارس لا يسأل إذا أنزلق شخص على سلم فسقط وأصيب بكسور، ولا يسأل كذلك عن انهدام البناء بسبب انفجار الة فيه أو الحريق.

أساس المسئولية ودفعها.

تقوم مسئولية حارس البناء على أساس الخطأ المفترض في جانبه أي الإهمال في صيانة البناء أو وجود عيب فيه أو قدمه. وهذا الخطأ قابل لإثبات العكس أي يمكن للحارس اثبات أن البناء لم يكن في حاجة الى اصلاح أو تجديد أو صيانة لأنه قد قام بكل ما يلزم.

ويستطيع الحارس نفي مسئوليته عن طريق اثبات السبب الاجنبي، أي أن الضرر قد وقع بفعل القوة القاهرة كالحرب أو بفعل خطأ الغير.

القسم الرابع

أحكام الالتزام

- المقصود بأحكام الالتزام.

٢٠٧ - متى نشأ الالتزام صحيحاً، سواء كان مصدره العقد أو غيره من مصادر الالتزام، فإنه يكون صالحاً لانتاج آثاره التي تتلخص في ضرورة قيام المدين بتنفيذ طوعاً واختياراً. والا نفذ جبراً على المدين. غير أن أحكام الالتزام لا تقتصر على آثاره البسيطة فحسب بل تتناول موضوعات أخرى هي على وجه التحديد. أوصاف الالتزام. وانتقاله. وانقضاؤه، وإثباته.

فالالتزام لا يكون دائماً بسيطاً بل قد يكون موصوفاً. ومن أوصاف الالتزام الشرط والاجل.

ومن أوصاف الالتزام كذلك تعدد طرفي الالتزام. فقد يكون الدائن أكثر من شخص واحد. وقد يكون المدين أكثر من شخص واحد وهنا تثار مشكلة التضامن بين الدائنين إذا تعددوا أو بين المدينين إذا تعددوا.

والالتزام باعتباره علاقة بين دائن ومدين يجوز أن يتغير فيه شخص الدائن أو شخص المدين ويتم ذلك عن طريق ما يسمى بحوالة الحق وحوالة الدين. غير أن الالتزام لا يوجد مؤبداً على الدوام. فهو ككل شيء مصيره الانقضاء. وأول سبب لانقضاء الالتزام هو تنفيذه عن طريق الوفاء به. ومع ذلك فهناك أسباب أخرى لانقضاء الالتزام غير الوفاء وهي الوفاء بمقابل والتجديد والإنابة والمقاصة واتحاد الذمة والإبراء واستحالة التنفيذ والتقدم المسقط.

والالتزام قد ينشأ صحيحاً، ولكن المدين ينازع في وجوده أو في مقداره. وفي هذه الحالة يتعين على الدائن أن يثبت مصدر الالتزام وكذلك مقداره.

وندرس فيما يلي في خمسة فصول متتالية آثار الالتزام، وأوصاف الالتزام، وانتقال الالتزام، وانقضاء الالتزام، وإثبات الالتزام.

الفصل الأول

أثار الالتزام

- نوعي الالتزام.

٢٠٨ - الالتزام إذا توافر له عنصر المديونية وهو وجوب الوفاء بالالتزام، وعنصر المسؤولية أو الجزاء وهو الزام الوفاء، كان التزاماً مدنياً، أما إذا تخلف عنصر المسؤولية كان التزاماً طبيعياً، بمعنى أن المدين لا يجبر على الوفاء.

وهذا ما ينص عليه القانون صراحة «ينفذ الالتزام جبراً على المدين. ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر في تنفيذه (١)».

٢٠٩ - والالتزام الطبيعي يرجع في أصله إلى الواجب الأخلاقي من ناحية، وإلى الالتزام المدني من ناحية أخرى. فهو إما واجب أخلاقي ارتفع في نظر القانون إلى درجة تبرر الاعتداد به. دون أن يصل مع ذلك إلى مرتبة الالتزام المدني. أو هو بحسب أصله التزام مدني، إنخفضت قيمته في نظر القانون، فأصبح لا يترتب على الإخلال به أي جزاء. ولكنه لم يصل في مدى إنخفاضه إلى درجة الواجب الأخلاقي الذي لا يعتد به القانون إطلاقاً (٢).

هذا ويقدر القاضي، عند عدم وجود النص، ما إذا كان هناك التزام طبيعي، وفي كل الأحوال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام (٣) وحتى يتسنى للقاضي ذلك يجب أن يتوافر عنصرين: الأول وهو عنصراً مادياً يعتمد على وجود واجب أدبي محدد على عاتق شخص معين: كالتزام ناقص الأهلية الذي حال نقص أهليته دون نشأة الالتزام صحيحاً فهنا

(١) انظر المادة ١٩٩ من القانون المدني.

(٢) انظر سمير نقاغو وسيد عمران الأساسيات العامة في القانون، الفتح للطباعة والنشر ١٩٩٢ ص ١٠٤.

(٣) انظر المادة ٢٠٠ من القانون المدني.

يتخلف عنه التزاماً طبيعياً. وكالاتزام المتخلف عن انقضاء الحق بالتقادم: أما العنصر الثاني فهو عنصراً معنوياً قانونياً، إذ يجب ألا يتعارض إحساس الفرد بالتزامه الطبيعي، مع مقتضيات النظام العام في الجماعة التي يعيش فيها. فالمدين الذي يلتزم بدفع دين قمار، يكون التزامه باطلاً من الناحية المدنية، وهو لا يصلح كذلك لأن يعتبر التزاماً طبيعياً لتعارضه مع النظام العام. فإذا وفى المدين بهذا الالتزام جاز له استرداد ما وفاه.

- أما من ناحية آثار الالتزام الطبيعي فنجد أنه إذا كان لا يجوز تنفيذ الالتزام الطبيعي جبراً على المدين به، إلا أنه إذا قام المدين بالوفاء به اختياراً، فإنه لا يكون متبرعاً بل يكون الوفاء صحيحاً فلا يجوز الرجوع فيه أو استرداد ما وفاه. بل أكثر من ذلك فإن الالتزام الطبيعي يصلح أن يكون سبباً لالتزام مدني، وذلك إذا أقر به المدين، حيث يتوافر بهذا الإقرار على عنصر المسؤولية، وبالتالي يتوافر عنصري الالتزام المدني المديونية والمسؤولية (١).

٢١٠ - أما الالتزام المدني فهو الالتزام بالمعنى الكامل لهذا الاصطلاح. وإذا أطلق لفظ الالتزام فيكون المقصود به هو الالتزام المدني. ولذلك سنقتصر في دراستنا المقبلة على الالتزام المدني دون غيره. وسنكتفي في شأنه باطلاق لفظ الالتزام عليه. دون تخصيصه بأي وصف خاص. واثار الالتزام تتلخص في ضرورة تنفيذه إما طوعاً واختياراً أو جبراً على المدين وقهراً لإرادته. والتنفيذ الاختياري للالتزام لا يثير أي بحث خاص. ولكن الذي يحتاج إلى بحث هو التنفيذ القهري. عندما يرفض المدين الاستجابة إلى عنصر المديونية في التزامه. والتنفيذ القهري نوعين. الأول هو التنفيذ العيني، والثاني هو التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض.

وندرس فيما يلي في ثلاثة مباحث متتالية، التنفيذ العيني، والتنفيذ بمقابل، والوسائل التي وضعها القانون لكفالة حقوق الدائنين.

(١) انظر المادتان ٢٠١ و ٢٠٢ من القانون المدني.

المبحث الأول

التنفيذ العيني (١)

٢١١ - يتعين على المدين أن يقوم بتنفيذ التزامه طوعاً وإختياراً، والا أمكن جبره على التنفيذ العيني إذا كان ممكناً وتوافرت كل شروطه التي نص عليها القانون. أما إذا لم تتوافر الشروط المنصوص عليها لجأ الدائن الى ما يسمى بالتنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض.

إنّ التنفيذ العيني هو الأصل، فلا يجوز للمدين أن يعرض التنفيذ بمقابل متى كان التنفيذ العيني ممكناً، ولا يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل إذا عرض المدين أن ينفذ التزامه تنفيذاً عينياً. فالتنفيذ بمقابل هو تعويض للدائن عن حقه في الحالات التي لا تتوافر فيها شروط التنفيذ العيني.

٢١٢ - وتتلخص الشروط التي استلزمها القانون للمطالبة بالتنفيذ العيني في أربعة شروط: أن يكون التنفيذ العيني ممكناً فإذا كان مستحيلًا فلا يكون هناك مجال للتنفيذ العيني ولا يبقى أمام الدائن إلا المطالبة بالتنفيذ بمقابل... ومن ناحية أخرى يشترط أن يطلب الدائن التنفيذ العيني، أو أن يتقدم به المدين. ومن ناحية ثالثة يشترط ألا يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدين والا يترتب على عدم التنفيذ العيني ضرر جسيم بالدائن. وأخيراً يشترط القانون أن يقوم الدائن باعذار المدين في رغبته في اقتضاء التنفيذ العيني لالتزامه (٢).

٢١٣ - أما من ناحية موضوع التنفيذ العيني، فيتلخص في أن المدين يلتزم بتنفيذ عين ما التزم به. ونظراً لأن محل الالتزام متعدد، فقد يكون إعطاء شيء أي نقل ملكية شيء أو حق عيني على شيء، وقد يكون القيام بعمل، أو الإمتناع عن القيام بعمل، نظراً لهذا التعدد فإن موضوع التنفيذ العيني يختلف بحسب نوع محل الالتزام.

(١) انظر ٢٤٩ موجبات لبناني.

(٢) يلاحظ أن المشرع اللبناني لم يشترط الرسمية في الاعذار، وكذلك خفف القانون اللبناني من اشتراط الاعذار بأن أدرج بين الحالات التي يعفى فيها من الاعذار حالة ما اذا كان للالتزام أجل حال مقرر لمصلحة المدين ولو بوجه جزئي. المادة ٢٥٨ موجبات لبناني.

(أ) محل الالتزام إعطاء شيء معين: إذا كان محل الالتزام نقل ملكية شيء معين بالذات، أو ترتيب حق عيني عليه كحق رهن رسمي، وكان الشيء مملوكاً للملتزم، فإن الالتزام ينفذ في الحال وبقوة القانون، مع وجوب التفرقة بين المنقول والعقار.

فإذا كان الشيء منقولاً، فإنه يتعين التفرقة أيضاً بين المنقول المعين بالذات والمملوك للمدين، والمنقول المعين بالنوع، حيث تنتقل الملكية في الأول فور التعاقد، أما المنقول المعين بالنوع، لكمية من القمح، فلا بد فيه من الإفراز.

وإذا كان محل الالتزام عقاراً، فلا يكفي في العقار أن يكون معيناً بالذات لكي تنتقل الملكية فور التعاقد، بل لا بد فيه من التسجيل. فإذا إشتري شخص منزلاً فإن الملكية لا تنتقل إليه إلا بتسجيل العقد في الشهر العقاري.

(ب) محل الالتزام القيام بعمل: فقد يكون هذا الالتزام إلزاماً بتحقيق نتيجة وهو ما يسمى الالتزام بغاية، كالالتزام المقاول بإقامة بناء، أو التزام المهندس برسم لوحة هندسية. وفي مثل هذه الحالات لا يكون المدين قد نفذ التزامه إلا إذا حقق النتيجة المطلوبة منه فعلاً. ولكن الالتزام بعمل قد يكون التزاماً ببذل عناية فقط، وهو ما يسمى الالتزام بوسيلة، كالالتزام الطبيب بمعالجة المريض أو التزام المحامي بالدفاع عن حق. وفي مثل هذه الحالات يكون المدين قد نفذ التزامه إذا بذل العناية المطلوبة، حتى ولو لم تتحقق النتيجة المطلوبة وهي في المثليين السابقين شفاء المريض، أو كسب الحق المطلوب الدفاع عنه.

وإذا كان الالتزام ببذل عناية، فالغالب أن تكون العناية المطلوبة هي عناية الرجل العادي، وهو رب الأسرة المعني بشئون نفسه، ولكن من الجائز أن تكون العناية المطلوبة أكثر أو أقل من عناية الرجل العادي بحسب نص القانون أو اتفاق المتعاقدين (م ٢١١ مدني).

وقد يقوم حكم القاضي مقام قيام المدين بتنفيذ التزامه، كما هو الحال في الحكم بصحة التعاقد وتسجيله، حيث يقوم مقام العقد (١).

(١) انظر المادة ٢٠١ من القانون المدني.

وجدير بالذكر أن شخصية المدين غالباً لا تكون محل اعتبار في العقد كما لو التزم مقاول بإقامة بناء. ولكن في أحيان أخرى تكون لشخصية المدين اعتبار في العقد، وذلك طبقاً لطبيعة الالتزام أو اتفاق الطرفين كالاتفاق مع فنان على رسم صورة معينة، ففي هذا المثال لا يجوز لغير هذا الفنان القيام بالعمل.

(ج) محل الالتزام الإمتناع عن عمل: فتنفيذ الالتزام هنا هو عدم القيام بالعمل مثل عدم المنافسة، وإلا كان مخالفاً وجاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام، وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين (١).

ويلاحظ على هذا النص أنه لا يجيز للدائن أن يقوم بالإزالة بنفسه ولو في حالة الإستعجال، على خلاف الحكم الذي رآيناه بالنسبة للالتزام باعطاء أو الالتزام بعمل. والسبب في ذلك كما يقول الدكتور السنهوري أن إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام بالامتناع عن عمل أمر لا يخلو من العنف فلا يصح أن يتولاه الدائن بنفسه قبل أن يستصدر حكماً من القاضي. وقد لا يحكم القاضي بالإزالة إذا كانت تسبب ارهاقاً شديداً للمدين ويكتفي في هذه الحالة بالحكم للدائن بتعويض نقدي، إلا إذا كان في عدم التنفيذ العيني ما يلحق بالدائن ضرراً جسيماً، فيراعي القاضي في هذه الحالة جانب الدائن ويحكم له بالإزالة ولو نشأ عنها ضرر جسيم بالمدين.

٢١٤ - هذا ويلاحظ مما ذكرناه أن طرق التنفيذ العيني كثيرة منها: قيام المدين بتنفيذ التزامه طوعاً وإختياراً. وقد يتم التنفيذ بقوة القانون كما في حالة الالتزام بنقل ملكية شيء معين بالذات ومملوك للمدين. وقد يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني كالحكم الصادر بصحة التعاقد، وقد يتم التنفيذ على نفقة المدين (٢). وقد يتم التنفيذ جبراً على المدين باستصدار حكم قضائي بذلك وبيع أمواله في مزاد علني استيفاءً لحق الدائن.

يبد أنه في بعض الحالات تكون شخصية المدين محل اعتبار في العقد، وبالتالي يصبح التنفيذ العيني الجبري غير منتج وفيه حجر على حرية

(١) انظر المادة ٢١٢ من القانون المدني.

(٢) انظر المادة ٢٥٠ موجهات لبناني.

الشخصية، وهنا نجد أن القانون قد أوجد من وسائل الضغط على إرادة المدين لحمله على تنفيذ التزامه وذلك عن طريق ما يسمى بالغرامة التهديدية.

وإذا كان من غير الجائز حسب الأصل الإكراه البدني على جسم المدين، فقد وضع القانون نظاماً آخر من شأنه الضغط على إرادة المدين والتأثير فيها بما يحمله على تنفيذ التزامه عيناً. وهذا النظام هو التهديد المالي. وهو ما يسميه المشرع في عبارة فيها بعض التجاوز بالغرامة التهديدية. وطبقاً لهذا النظام فإن القاضي يحكم على المدين بمبلغ معين من التعويض عن كل ساعة أو يوم أو شهر أو أية فترة أخرى من الزمن يتأخر فيها عن تنفيذ التزامه. وتظهر فائدة هذا التهديد المالي في كل الحالات التي لا يمكن فيها تنفيذ الالتزام بغير تدخل المدين شخصياً. ونظراً لاستحالة الإكراه البدني عليه فلا تكون هناك وسيلة أخرى مقبولة أفضل من الضغط النفسي على المدين عن طريق تهديده بزيادة المبالغ التي سيحكم بها عليه كلما تأخر في التنفيذ العيني لالتزامه (١). ولكن يشترط للحكم بالغرامة التهديدية ما يأتي:

(أ) أن يظل التنفيذ العيني ممكناً، فإذا أصبح مستحيلًا فليس هناك مجال للحكم بالغرامة التهديدية، كما إذا كان محل الالتزام قد هلك أو حرق.

(ب) أن يكون هذا التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم إلا بواسطة المدين أو عن طريق تدخله، والا لأمكن التنفيذ على نفقة المدين دون حاجة إلى الحكم عليه بغرامة تهديدية.

(ج) كما يشترط أن يطلب الدائن الحكم بالغرامة التهديدية، فلا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه.

والحكم بالغرامة التهديدية يكون حكماً وقتياً تنتهي علة قيامه متى اتخذ المدين موقفاً نهائياً منه، إما بوفائه بالالتزام وهنا يطلب من القاضي أن يحط عنه الغرامة ويحكم عليه بتعويض عن التأخير في التنفيذ. وإما باصراره على التخلف، فيجب على القاضي أن يعيد النظر في الحكم ويحكم بالتعويض الواجب عن عدم التنفيذ مراعيًا ما أصاب الدائن من ضرر ومقدار تعنت المدين في هذا الشأن.

(١) انظر سميير نتاغو وسيد عمران، المرجع السابق، ص ١١٦ وانظر المادة ٢١٣ من القانون المدني.

المبحث الثاني

التنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض

٢١٥ - التنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض هو بديل عن التنفيذ العيني، ولذلك فإن حالات التنفيذ بطريق التعويض هي تلك التي لا تتوفر فيها شروط التنفيذ العيني. ويكون ذلك عندما يصبح التنفيذ العيني مستحيلاً، أو عندما يطلب الدائن التنفيذ بطريق التعويض ولا يعرض المدين التنفيذ العيني، أو عندما يكون في التنفيذ العيني أرهاق شديد للمدين بينما التنفيذ بطريق التعويض لا يسبب ضرراً كبيراً للدائن. وقد سبق بيان ذلك.

أما أنواع التنفيذ بطريق التعويض فهي تختلف بحسب الطريقة التي يتم بها تقدير التعويض، وهناك ثلاثة طرق لتقدير التعويض، الأول هو الطريق القضائي عندما يلجأ الدائن إلى القضاء للحكم له بالتعويض في مواجهة المدين. والثاني هو الطريق الاتفاقي عندما يتفق المتعاقدان مقدماً على مقدار التعويض وهو ما يسمى بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي. والثالث هو الطريق القانوني عندما يتكفل القانون بتقدير التعويض كما هو الشأن في تحديد سعر الفائدة، وهو ما يسمى بالتعويض القانوني، وندرس فيما يلي في ثلاثة مطالب متتالية التعويض القضائي والتعويض الاتفاقي والتعويض القانوني.

المطلب الأول

التعويض القضائي

٢١٦ - يشترط لإستحقاق التعويض القضائي أن يقوم الدائن بإعذار المدين، وأن يرفع بعد ذلك دعوى في مواجهته أمام القضاء، حيث يتولى القاضي تقدير التعويض والحكم به.

- الإعذار.

٢١٧ - الإعذار شرط من شروط التنفيذ العيني، وهو كذلك شرط من

شروط التعويض القضائي، بل هو شرط لإستحقاق التعويض الاتفاقي. وعلة اقتضاء الاعذار هي التأكيد على تصميم الدائن على استيفاء حقه في مواجهة المدين (١)، ووضع المدين موضع التأخير في تنفيذ التزامه.

ويتم الإعذار عن طريق إنذار المدين بورقة رسمية من أوراق المحضرين ويكون إعلانه إليه على يد محضر، ويقوم مقام الإعذار الأوراق الرسمية المشابهة مثل صحيفة الدعوى والتنبيه الرسمي الذي يسبق التنفيذ. وهذا على خلاف القانون اللبناني الذي لم يشترط في الاعذار أن يتم بالطريق الرسمي، بل يكفي أن يتم بالكتابة أو بما يتفق عليه.

ولا يكفي لإعذار المدين أية ورقة عرفية ولو كانت في خطاب مسجل، ومع ذلك قد تكفي في المعاملات التجارية الورقة العرفية أو المطالبة الشفهية لإعذار المدين، إذا قضي العرف التجاري بذلك.

ومع ذلك لا يشترط الإعذار في بعض الحالات كما يلي:

١ - إذا اتفق المتعاقدان على عدم ضرورة الإعذار سواء كان هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً. ويترتب على هذا الاتفاق أن المدين يعتبر معذراً بمجرد حلول أجل الوفاء بالمدين (م ٢١٩).

٢ - إذا نص القانون على عدم ضرورة الإعذار. وتوجد بعض النصوص القانونية المتفرقة في هذا المعنى (راجع ٢/٧٠٦ مدني، م ٧١٠ مدني في عقد الوكالة).

٣ - إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين: كما لو كان التزام المدين هو الإمتناع عن القيام بعمل، فقام بالعمل المطلوب عدم القيام به. (م ٢٢٠ أ).

٤ - إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع، كمن يصيب غيره بخطئه في حادث سيارة، فلا حاجة للمصاب في أن يعذر المخطئ بدفع التعويض المستحق له. (م ٢٢٠ ب).

٥ - إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء

(١) انظر المادة ٢١٨ من القانون المدني.

تسلمه دون حق وهو عالم بذلك (م ٢٢٠ ج). والمادة ٢٥٨ موجبات لبناني.

٦ - إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه. ويستثنى القانون اللبناني وعلى خلاف القانون المصري حالة ما إذا كان للتزام أجل حال مقرر لمصلحة المدين ولو جزئياً (م ٢٥٨ موجبات لبناني) في هذه الحالة لا يلزم الاعذار.

وفي كل الحالات السابقة فإن المدين يعتبر معذراً بمجرد استحقاق الدين ودون حاجة إلى أي إجراء آخر، وذلك بحسب الاتفاق أو نص القانون أو طبيعة الأشياء.

ويلاحظ أن الأثر الهام للإعذار هو إستحقاق التعويض في مواجهة المدين، ويشمل ذلك التعويض عن عدم التنفيذ، وكذلك التعويض عن التأخر في التنفيذ محسوباً من وقت الإعذار.

٢١٨ - تقدير التعويض عن طريق القاضي.

يقرر القاضي التعويض عادة بمبلغ نقدي بناء على ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، شريطة أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن مباشراً ويكون الضرر مباشراً إذا أمكن اعتباره نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخر فيه.

وقد أوضح المشرع أن الضرر يعتبر نتيجة لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخر فيه إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. ومن ناحية أخرى فإن التعويض لا يستحق أصلاً إذا أثبت المدين أن تنفيذ الالتزام أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه (١).

(١) انظر المادة ٢٢١ مدني، وانظر المادة ٢١٥ من القانون المدني.

المطلب الثاني

التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)

٢١٩ - الشرط الجزائي، هو اتفاق مسبق بين المتعاقدين على تقدير قيمة التعويض في حالة إخلال المدين بالتزامه العقدي. وهذا الاتفاق قد يوضع كشرط في العقد، أو يتم إقراره في وقت لاحق على إبرام العقد وقبل تنفيذه. وهو في جميع الأحوال لا ينشئ التزاماً جديداً على عاتق المدين ولكنه مجرد وسيلة لتقدير التعويض الذي يستحقه الدائن عند إخلال المدين بالتزام بالعقد^(١).

- ويشترط لاستحقاق التعويض الاتفاقي أي الشرط الجزائي المتفق عليه كل ما يشترط لاستحقاق التعويض من خطأ وضرر وعلاقة سببية. كما يشترط إغذار المدين إلا في الحالات التي لا يشترط فيها الإغذار.

وإذا كانت بعض القوانين كالقانون الفرنسي تقرر أن الدائن يستحق التعويض نتيجة عدم التنفيذ حتى ولو لم يلحقه أي ضرر، فإن القانون المصري قد اشترط وقوع ضرر من جراء عدم التنفيذ لاستحقاق التعويض^(٢).

وفي القانون اللبناني قد يبدو أنه لا يشترط لاستحقاق الشرط الجزائي تحقق الضرر على أساس أن المشرع لم ينص على ذلك وبمقولة أن غرض المتعاقدين من الاتفاق على الشرط الجزائي هو تفادي المنازعة في المستقبل حول وقوع الضرر ومقداره. وهذا ما نستبعده. أولاً، لأن الشرط الجزائي طبقاً للمادة ٢٦٦ موجبات تعويض اتفاقي عن الأضرار التي تلحق الدائن، ولا يمكن أن يستحق تعويض عن الضرر إذا لم يكن هناك ضرر. وثانياً، لأن ما يقصده الطرفان من منازعة المدين في وقوع الضرر، وإنما يقف عند مجرد إقامته قرينة قابلة لإثبات العكس على وقوعه بحيث لا يقع على الدائن عبء إثبات الضرر، ولكن يكون للمدين أن يثبت انتفائه:

(١) انظر المادة ٢٢٣ من القانون المدني مع مراعاة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠، وانظر المادة ٢٢٦ موجبات لبناني.

(٢) انظر المادة ١/٢٢٤ من القانون المدني.

- وهنا نتساءل ما هي فائدة الشرط الجزائي بالنسبة للدائن إذا كان لا يستحق في حالة عدم وجود أي ضرر يلحقه؟ والرد على ذلك هو أن الشرط الجزائي يقلب عبء الإثبات، فبغير الشرط الجزائي يكون على الدائن أن يثبت مقدار الضرر الذي لحقه، أما مع وجود الشرط الجزائي فإن الضرر يكون مفترضاً وينتقل إلى المدين عبء إثبات انعدام الضرر حتى لا يلتزم بدفع التعويض، ومن الناحية العملية فإن نقل عبء الإثبات مسألة غاية في الأهمية.

المطلب الثالث

التعويض القانوني (الفوائد)

٢٢١ - الفوائد، إما أن تكون فوائد تعويضية، وإما أن تكون فوائد تأخيرية. فإذا استحققت الفائدة كتعويض عن استغلال رأس المال كالمقترض يلتزم بدفع فائدة للمقرض عن مدة القرض فإنها تكون فائدة تعويضية. والفائدة التعويضية دائماً فائدة اتفاقية. أما إذا استحققت الفائدة كتعويض عن التأخير في الوفاء بالتزام نقدي فإنها تكون فائدة تأخيرية. وهذه إما أن تكون اتفاقية تقررت بمقتضى العقد، أو قانونية استحققت بمقتضى القانون عند توافر شروط معينة. وفوائد التأخير القانونية هي تعويض قانوني عن الضرر الذي يصيب الدائن جراء حرمانه من الاستفادة بحقه في فترة التأخير.

- الشروط الواجب توافرها للمطالبة بالفوائد التأخيرية القانونية: يشترط وفق ما نص عليه المشرع توافر شروط معينة (١). يشترط القانون اللبناني شرطان لاستحقاق فوائد التأخير: الأول، أن يكون الالتزام بدفع مبلغاً من النقود، سواء كان معلوم أم غير معلوم المقدار وقت المطالبة به. الثاني، هو اعذار الدائن للمدين إلا في الحالات التي أعفى فيها. أما القانون المصري فيشترط توافر شروط ثلاثة هي:

١ - أن يتعلق الأمر بالتزام معلوم المقدار بوجه كاف وقت المطالبة به

(١) انظر المادة ٢٢٦ من القانون المدني.

أمام القضاء ويعني ذلك أن تكون أسس تحديد هذا المبلغ ثابتة بما لا يدع مجالاً واسعاً للقاضي في تقدير المبلغ المستحق. فدين التمن في عقد البيع معلوم بقدر كاف ومن ثم تستحق عنه فوائد التأخير من وقت المطالبة به، أما دين التعويض عن حادث سيارة فهو لا يصبح معلوماً بوجه كاف إلا بعد صدور الحكم به ومن ثم فلا تستحق عنه فوائد التأخير إلا بعد صدور الحكم وليس من وقت المطالبة به.

٣ - أن يتأخر المدين في الوفاء بالتزامه. واستحقاق الفوائد عن تأخر المدين هو الذي يحدد صفة هذه الفوائد باعتبارها فوائد تأخير. وفي نفس الوقت فإن تأخر المدين في الوفاء يتحقق معه خطأ المدين. والخطأ شرط لمسئولية المدين والتزامه بالتعويض في مواجهة الدائن. وما الفائدة إلا التعويض الذي قرره القانون للدائن في هذا النوع من المسئولية.

٤ - أن يطالب الدائن المدين بالفوائد التأخيرية، ويكون ذلك عن طريق رفع دعوى قضائية على المدين، فلا يكفي الإعذار، حيث أن الفوائد التأخيرية لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية بها كأصل عام. ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك (١).

- مقدار الفائدة والقيود التي فرضها المشرع: حددت المادة ٢٢٦ من القانون المدني الفائدة بـ ٤٪ في المواد المدنية وبـ ٥٪ في المواد التجارية. والعبرة في هذا التحديد أو ذاك هو بصفة المدين وعمّا إذا كان تاجراً من عدمه، بغض النظر عن صفة الدائن. هذا بالنسبة لفوائد التأخير القانونية. أما فوائد التأخير الاتفاقية فقد ترك أمر تحديدها لاتفاق الطرفين. ومع ذلك، لا يجوز أن تزيد عن ٧٪ بحيث إذا زاد السعر المتفق عليه عن هذا القدر فإنه ينقص إلى ٧٪ (٢).

- فضلاً عن ذلك فقد نص المشرع على عدم جواز زيادة مجموع الفوائد على رأس المال، وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية، حيث يستثنى

(١) انظر المادة ٧١٠ من القانون المدني التي تعطي الوكيل الحق في استحقاق فوائد التأخير عن المبالغ التي انفقها لحساب الموكل من وقت العقد.

(٢) انظر المادة ٢٢٧ من القانون المدني.

المشرع من هذا الحكم الحالات التي تجيز فيها المعاملات التجارية زيادة مجموع الفوائد على رأس المال، كالدائن الناشئ عن الحساب الجاري في البنوك.

- من ناحية أخرى، لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد. ولكن يستثنى من هذه القاعدة، كذلك، ما تقضي به القواعد والعادات التجارية، كما هو الحال في الحساب الجاري حيث يجوز ذلك.

وعلة استثناء زيادة الفوائد على رأس المال وتقاضي فوائد على متجمد الفوائد في المعاملات التجارية كما هو الحال في الحساب الجاري في البنوك، هو أنها بمثابة فوائد استثمارية، حيث يقوم الشخص مختاراً بإيداع مبلغ من النقود لدى بنك أو هيئة استثمارية لاستثماره، وبالتالي لا نكون بصدد علاقة مديونية بل عملية استثمارية يترك فيها تحديد الفائدة لاتفاق الطرفين ووفقاً لسوق المال والمعاملات التجارية.

- وأخيراً نص المشرع على أنه في حالة بيع أموال المدين بالمزاد العلني لسداد دينه فإن الفوائد التأخيرية لا تسري في مواجهته ابتداء من وقت رسو المزاد ولو طالبت بعد ذلك إجراءات توزيع الثمن على الدائنين.

ولقد أجاز المشرع زيادة سعر الفائدة عن الحد المقرر وذلك في حالتين:

- الحالة الأولى: وتتحقق إذا تسبب المدين بسوء نية في أحداث ضرر يجاوز الفائدة، حيث يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد، إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية^(١).

الحالة الثانية: وهي خاصة بالحساب الجاري حيث قرر المشرع أن الفوائد التجارية التي تسري على الحساب الجاري يختلف سعرها القانوني باختلاف الجهات. ويتبع في طريقة حساب الفوائد المركبة في الحساب الجاري ما يقضي به العرف التجاري^(٢).

(١) انظر المادة ٢٣١ من القانون المدني.

(٢) انظر المادة ٢٣٣ من القانون المدني.

أما في القانون اللبناني فلا يختلف سعر فائدة التأخير القانونية في المسائل المدنية عنه في المسائل التجارية فهو في الحالتين ٩ في المائة (١). أما بالنسبة للفوائد الاتفاقية، فهي لا تزيد عن ٩ في المائة في المسائل المدنية، ولكن ليس لها حد أقصى في المسائل التجارية. أما إذا كان الدين مضموناً بتأمين عقاري فيكون الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية في المسائل المدنية ١٢ بالمائة (٢). فإذا اشترطت فائدة تزيد عن الحد الأقصى وقع الشرط باطلاً وحق للمدين استرداد ما دفعه زيادة عن ذلك الحد الأقصى.

المبحث الثالث

وسائل تنفيذ الالتزام

٢٢٢ - فكرة الضمان العام ووسائل حمايته.

وضع المشرع الكثير من النظم القانونية التي من شأنها كفالة حقوق الدائن في مواجهة المدين، بما يمكنه من تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً أو تنفيذاً بمقابل عن طريق التعويض.

وهذه النظم بعضها عام يستفيد منها أي دائن وتدخل تحت فكرة الضمان العام للدائنين، وهي أساساً الدعوة غير المباشرة، والدعوى البوليصية ودعوى الصورية والحق في الحبس ودعوى الإعسار. وبجانب هذه النظم توجد نظم أخرى خاصة لا يستفيد منها إلا الدائنين أصحاب الحقوق المفضلة. وهم أصحاب التأمينات الشخصية والعينية وهي الكفالة والرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق الاختصاص وحقوق الامتياز. وسنكتفي فيما يلي بدراسة موجزة عن وسائل الضمان العام التي يستفيد منها كل دائن، أما نظم الضمان الخاصة فمحلها دراسة متخصصة خارج نطاق نظرية الالتزام.

(١) انظر المادة ٣ من قانون المرافعة العثماني الذي لم يبلغ بقانون الموجبات وم ٢٥٧ من قانون التجارة اللبناني.

(٢) انظر المادة ١٦١ عقوبات والقرار ١٣٩٢ الصادر في ٢٠ آذار ١٩٢٢.

وفكرة الضمان العام نص عليها المشرع في المادة ٢٢٤ مدني والمادة ٢٦٨ موجبات التي تقرر أن «(١) أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. (٢) وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون». وطبقاً لهذه الفكرة فإن كل أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه. ومقتضى ذلك أنه يجوز للدائن عند التنفيذ بحقه الذي تقرر بحكم قضائي أو أي سند تنفيذي آخر، أن يتخير ما شاء من أموال المدين للتنفيذ عليه: ولو كانت قيمة المال الذي يطلب بيعه بالمزاد العلني أكثر بكثير من قيمة الدين المستحق للدائن، ولا عنت بالمدين في ذلك فالأولى به أن يوفي دينه إذا كان لديه مال ذا قيمة كبيرة.

ولكن حق الدائن في التنفيذ إذا كان يمتد إلى كل الأموال المملوكة للمدين، إلا أنه يتقيد في ذلك بأن تكون هذه الأموال مملوكة للمدين وقت التنفيذ. فإذا كان المدين قد تصرف في مال كان يملكه من قبل ولو كان هذا المال موجوداً في ذمته وقت نشأة الدين. وكان الدائن قد عول عليه في منح ائتمانه للمدين، فلا يجوز للدائن أن ينفذ على هذا المال. فالقاعدة أن الدائن العادي لا يجوز له أن يتتبع أموال خرجت من ذمة المدين قبل التنفيذ، فهو لا يملك ما يسمى بالحق في التتبع ولهذا السبب فإن الدائن قد يتعامل مع مدين موسر وقت نشأة الدين ولكنه يجد هذا المدين معسراً وقت التنفيذ.

ومن ناحية أخرى فإذا كان حق الدائن في الضمان العام يرد على كل أموال المدين، غير أن كل الدائنين متساوون في هذا الضمان بغض النظر عن تاريخ نشأة دين أي واحد منهم. فإذا اعتمد الدائن وقت نشأة الدين على أنه لا يوجد دائن آخر غيره لهذا المدين، فإنه قد يفاجأ وقت التنفيذ بأن المدين قد أنشأ ديوناً جديدة على عاتقه وأن دائنين آخرين قد ظهوروا ولم يكن لهم وجود من قبل. وكل هؤلاء الدائنين منهم من نشأ دينه أولاً ومن نشأ دينه أخيراً يتساوون عند التنفيذ على أموال المدين. بحيث إذا لم تكف أموال المدين للوفاء بكل ديونه، اقتسم الدائنون حصيلة التنفيذ قسمة غرماء أي بقدر نصيب كل منهم في مجموع الديون.

وهكذا فإن الضمان العام رغم ما فيه من امتداد حق الدائن إلى كل أموال المدين، وما فيه من مساواة بين جميع الدائنين. إلا أنه ينطوي على سلبية

ظاهرة تتمثل في أن الدائن لا يستطيع أن يعترض على تصرف المدين في أمواله ولا يستطيع أن يتتبع أموال المدين بعد خروجها من ذمته، ولا يستطيع منع المدين من إنشاء ديون جديدة على عاتقه، ولا يستطيع ادعاء أية أفضلية على الدائنين الذين نشأت حقوقهم بعده.



مركز تحقيقات كنج پير علوم اسلامی

الفصل الثاني

اوصاف الالتزام

٢٢٣ - وصف الالتزام هو ما يلحق الالتزام فيعدل من محله، كما هو الحال في الالتزام التخييري والالتزام البدلي، أو يعدل في أطرافه فتتعدد أطرافه في الجانب السلبي أو الايجابي، كما هو الحال في التضامن بين المدينين وبين الدائنين أو قد يعدل الوصف آثار الالتزام، كإضافة الى أجل أو تعليقه على شرط وهذا هو ما يسمى بالشرط والأجل.

لذا ندرس اوصاف الالتزام في المباحث الآتية:

المبحث الأول

تعدد محل الالتزام

٢٢٤ - إذا كان محل الالتزام واحداً أو متعدداً وكان على المدين أن يفي بها جميعاً فإن ذمة المدين لا تبرأ إلا بالوفاء بها جميعاً، وهذا تطبيقاً لقاعدة تنفيذ المدين لعين ما التزم به.

- بيد أن الحكم يختلف إذا كان محل الالتزام تخييري أو بدلي. هذا ما نوضحه في مطلبين:

المطلب الأول

الالتزام التخييري

٢٢٥ - الالتزام التخييري هو الالتزام الذي يكون محله متعدداً، ومع ذلك لا يطلب من المدين أن يفي بكل الأشياء المتعددة في مجموعها، بل تبرأ ذمته

بالوفاء بواحد منها فقط (١).

والأصل أن يكون الخيار للمدين فهو الذي يحدد المحل الذي يفي به، فإذا اختار شيئاً من الأشياء المتعددة انحصر محل الالتزام في هذا الشيء ومع ذلك من الجائز أن يتفق المتعاقدان أو أن ينص القانون على أن يكون الخيار للدائن لا للمدين (٢).

ويشترط حتى يوصف الالتزام بالتخييري أن يصلح كل شيء من الأشياء المتعددة محلاً للالتزام طبقاً للقواعد العامة، فإذا لم تتوافر شروط المحل وهي الامكان والتعيين والمشروعية إلا في شيء واحد من هذه الأشياء، فإن الالتزام يكون بسيطاً لا تخييرياً.

- وحكم الالتزام التخييري أن ذمة المدين تبرأ بالوفاء بشيء واحد من الأشياء المتعددة، وإذا كان الخيار للمدين في تحديد هذا الشيء فعليه أن يقوم بذلك وأن يؤدي الشيء الذي اختاره في أجل المحدد للالتزام، فإذا امتنع المدين عن الاختيار أو إذا تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم، فللدائن أن يطلب إلى القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون، فإذا لم يتم ذلك عند حلول الأجل، فإن القاضي هو الذي يقوم بالاختيار. أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار، أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم، فللمدين أن يطلب إلى القاضي تعيين أجل يختار فيه الدائن أو يتفق فيه الدائنون فإذا لم يتم ذلك عند حلول الأجل فإن الخيار لا ينتقل إلى القاضي كما هو الحكم في الحالة السابقة، ولكنه ينتقل إلى المدين رجوعاً إلى الأصل وهو أن الخيار للمدين (م ٢٧٦ مدني، والمادة ٦٥ موجبات لبناني).

وليس للمدين إذا كانت الخيرة له، أن يلزم الدائن بقبول جزء من كل من المحليين اللذين يرد التخيير عليهما، كما ليس للدائن إذا كان الاختيار له أن يطالب المدين بجزء من جملة الأشياء التي يرد عليها التخيير (م ٦٠ موجبات لبناني).

وإذا استحال تنفيذ الالتزام بالنسبة لكل الأشياء المتعددة لسبب أجنبي

(١) انظر المادة ٢٧٥ من القانون المدني. وانظر المادة ٦١ موجبات لبناني.

(٢) انظر المادة ٥٦ موجبات لبناني. وانظر كذلك المادة ٦٤ و٦٥ موجبات لبناني.

عن المدين، فإن الالتزام ينقضي، ولكن إذا كان المدين مسئولاً عن استحالة التنفيذ ولو بالنسبة لواحد فقط من الأشياء المتعددة، وكان له الخيار في نفس الوقت فإنه يلتزم بدفع قيمة آخر شيء استحال تنفيذه، لأن الالتزام يتركز في آخر شيء هلك، ويكون المدين مسئولاً عن قيمة هذا الشيء، ولو كان خطأه قد أدى إلى هلاك شيء أم لا (م ٢٧٧). ويستفاد من نص المادة ٦٦ موجبات لبناني أنه إذا استحال تنفيذ أحد محلي الالتزام بخطأ المدين بعد أن كان الخيار قد انتقل إليه من الدائن بسبب عدم استعماله فإن الخيار يعود إلى الدائن بحيث يكون له أن يطالب إما بالمحل الذي لم تطرأ عليه الاستحالة، وأما بالتعويض عن استحالة تنفيذ المحل الآخر.

أما إذا كان الخيار للدائن وكانت استحالة التنفيذ راجعة إلى خطئه، فيفرق بين ما إذا اقتصرست الاستحالة على أحد محلي الخيار أو شملتهما معاً. فإذا اقتصرست الاستحالة على أحد المحلين فلا يكون للدائن أن يطالب بالمحل الآخر طبقاً للمادة ٦٧ موجبات لبناني.



٢٢٦ - الالتزام البدلي، هو الالتزام الذي لا يكون محله إلا شيئاً واحداً، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر (١). يترتب على ذلك أن:

١ - الالتزام البدلي له أكثر من محل، ولكن أحدهما فقط هو المحل الأصلي أما الآخر فهو محل بدلي، على خلاف الالتزام التخييري الذي لا يوجد فيه محل أصلي وآخر بدلي، بل تتساوى كل الأشياء المتعددة في القيمة إلى أن يتحدد محل الالتزام بواحد منها باختيار صاحب الحق في الخيار أو بهلاك الأشياء الأخرى.

٢ - ويترتب على ما سبق أنه إذا هلك المحل الأصلي في الالتزام البدلي

(١) انظر المادة ٢٧٨ من القانون المدني.

فان الالتزام ينقضي، وعلى خلاف ذلك إذا هلك احد الاشياء المتعددة في الالتزام التخييري فان الالتزام لا ينقضي بل ينصرف الى الاشياء الباقية.

٣ - صاحب الحق في اختيار الوفاء بالمحل الاصلي أو المحل البدلي، هو المدين، وقد سبق أن رأينا أنه في الالتزام التخييري يجوز أن يكون الخيار للدائن، وأن كان هو بحسب الأصل للمدين.

٤ - المحل الاصلي في الالتزام البدلي هو الذي يحدد طبيعته وما اذا كان متعلقاً بعقار أو بمنقول ويحدد كذلك قيمته التي يتوقف عليها تحديد المحكمة المختصة. أما في الالتزام التخييري فان طبيعته تكون غير محددة وكذلك قيمته. الى أن ينحصر المحل في أحد الاشياء المتعددة.

ومن أمثلة الالتزام البدلي أن يلتزم المقرض برد مبلغ القرض في أجل معين، أو بنقل ملكية أرض معينة أو منزل معين بدلاً من مبلغ النقود، فتكون النقود هي المحل الاصلي، والأرض أو المنزل هو المحل البدلي، وننتقل الآن الى دراسة الوصف الذي قد يلحق الالتزام في طرفيه.



المبحث الثاني

تعدد اطراف الالتزام

٢٢٧ - الأصل في الالتزام أن يكون بسيطاً منجزاً ينشأ بين دائن ومدين ولكن ذلك لا يمنع أن يلحق وصف بالالتزام يعدل في أطرافه فيصبح متعدد الأطراف من جانب المدين أو من جانب الدائن أو من جانبهما معاً.

هذا التعدد في طرفي الالتزام قد يكون بغير تضامن بين الدائنين المتعددين أو بين المدينين المتعددين، والتعدد هذا قد ينشأ بمقتضى نص في القانون أو اتفاق، كما في حالة وفاة الدائن عن ورثة متعددين فان حقه في الدين ينتقل الى هؤلاء الورثة كل بقدر نصيبه. وكما في حالة شراء عدد من الأشخاص قطعة أرض على الشيوع، فان كل منهم يصبح مديناً بدين الثمن في حدود حصته في الشيوع.

في مثل هذه الحالات يظل الالتزام بسيطاً بين المدينين أو الدائنين ويترتب نفس اثار الالتزام البسيط من حيث نصيب كلا منهم في الدين، ومن حيث الاجراءات الواجب اتخاذها لوقف التقادم أو قطعه أو إعذار المدين أو مطالبته قضائياً.. الخ».

أما اذا تعدد الدائنون وكانوا متضامنين فيما بينهم أو تعدد المدينون وكانوا متضامنين فيما بينهم، فإن الالتزام لا ينقسم في أي من الحالتين، بل يكون التزاماً واحداً موصوفاً بالتضامن بين الدائنين به أو المدينين فيه. والتضامن وصف من أوصاف الالتزام. ويأخذ حكم التضامن أن يكون الالتزام غير قابل للانقسام بحسب طبيعته أو بحسب الغاية منه. وندرس فيما يلي في مطلبين متتالين الالتزام التضامني وعدم القابلية للانقسام.

المطلب الأول

تعدد اطراف الالتزام والتضامن

بين الدائنين والمدينين

مركز تحقيق كميتر علوم إرسودي

٢٢٨ - التضامن إما أن يكون بين الدائنين أو بين المدينين، أو بين كل منهم في نفس الوقت. والقاعدة أن التضامن لا يفترض بل لا بد فيه من اتفاق أو نص في القانون. (م ١٢ موجبات لبناني).

الفرع الأول

التضامن الايجابي

(التضامن بين الدائنين)

٢٢٩ - التضامن الايجابي بين الدائنين لا يفترض، بل يجب الاتفاق عليه، وأن يكون هذا الاتفاق واضحاً وغير قابل للشك.

هذا النوع من التضامن يعطي الحق لكل دائن أن يستوفي الدين كله من المدين، على أن يحصل بقية الدائنين الآخرين على حقهم بقدر نصيب كل منهم في الدين، ويترتب على التضامن الايجابي الآتي:

١ - يحق للمدين الوفاء بالدين لأي دائن، وإذا قام بذلك برئت ذمته قبل جميع الدائنين، وهذا تطبيق لمبدأ وحدة الدين وتعدد الروابط (١).
٢ - يجوز لأي دائن أن يطالب المدين بكل الدين، بناء على مبدأ وحدة الدين.

٣ - يفترض قيام نيابة تبادلية بين الدائنين فيما ينفع دون ما يضر. فالأعمال التي يقوم بها أحد الدائنين ويكون من شأنها إفادة سائر الدائنين تسري عليهم، ولكن لا يجوز لأحدهم أن يأتي عملاً من شأنه الإضرار بالآخرين. فالصلح الذي يبرمه أحد الدائنين مع المدين ليتنازل عن حقه لا يسري في مواجهة بقيتهم.

٤ - كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامين من الدين يصير من حق الدائنين جميعاً ويتقاسمونه بينهم كل بقدر نصيبه تطبيقاً لمبدأ تعدد الروابط. وتعين حصة كل دائن وفقاً للاتفاق، فإن لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني تكون القسمة بينهم بالتساوي.

الفرع الثاني

التضامن السلبي

(التضامن بين المدينين)

٢٣٠ - على عكس التضامن بين الدائنين، فإن التضامن بين المدينين كثير الوقوع في العمل. قلما يوجد في التزام أكثر من مدين واحد، إلا ويشترط الدائن التضامن بينهم. وكذلك كثيراً ما ينص القانون على التضامن بين

(١) انظر المادة ٢٨٠ مصري والمادة ٧٦ مرجبات لبناني.

المدينين. ويقوم التضامن بين المدينين على نفس الفكرة التي يقوم عليها التضامن بين الدائنين وهي وحدة الدين وتعدد الروابط، وما يستتبع ذلك من وجود نيابة تبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر. والفائدة الأساسية التي يجنيها الدائن في التضامن بين المدينين هي أنه يستطيع أن يطالب أي مدين متضامن بكل الدين، ولو أعسر أحد هؤلاء المدينين فلا يتأثر حق الدائن. أما العلاقة بين المدينين بعضهم وبعض فيتم تصفيتها وفقاً للاتفاق القائم بينهم أو طبقاً للقانون.

والتضامن لا يفترض، بل يجب أن يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون. ومن أمثلة ذلك تضامن المسؤولين عن عمل ضار في التزامهم بالتعويض عن الضرر (م ١٦٩ م ١٢٧ موجبات لبناني و٧٩١ موجبات لبناني). والتضامن بين الشركاء في شركة التضامن (م ٢٢ تجاري) التضامن بين صاحب الكمبيالة ومن يقبلها ومن يظهرها و (م ١٣٧ تجاري).

وللتضامن بين المدينين أهمية بالغة في الحياة العملية وبصفة خاصة في المسائل التجارية. فالقاعدة أنه مفترض في تلك المسائل ما لم يتفق على استبعاده وتبدو أهمية التضامن السلبي بالنظر إلى الإلتزام الذي يوفره للدائن، إذ يضمن الحصول على حقه كاملاً من أي مدين ويتفادى بذلك خطر أعسار أو إفلاس أحد المدينين.

ولدراسة أحكام التضامن السلبي نعرض أولاً لعلاقة المدينين المتضامنين بالدائن ثم لعلاقة المدينين فيما بينهم.

علاقة المدينين المتضامنين بالدائن.

تحكم هذه العلاقة ثلاثة مبادئ وحدة الدين، تعدد الروابط، النيابة بين المدينين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر.

١ - فوحدة الدين تعني أن هناك موضوعاً واحداً لالتزام المدينين المتضامنين، وأن كلا منهم يلتزم بالدين كله. ويجوز للدائن أن يطالب المدينين مجتمعين. فإذا تم الوفاء من أحدهم برئت ذمة الباقيين.

ويستطيع كل مدين أن يتمسك بأوجه الدفاع المشتركة بينهم، إذا طالبه

الدائن بالوفاء، كبطلان الالتزام أو كونه معلقاً على شرط أو مضاف الى أجل، وكذلك في حالة ما اذا كان الدين قد انقضى في جملته لأي سبب من الاسباب كالوفاء والتجديد والتقادم.

٢ - ولكن وحدة الدين لا تنفي تعدد الروابط في العلاقة بين الدائن والمدينين المتضامنين، حيث توجد روابط متعددة تربط الدائن بكل مدين، ويتجلى ذلك في الأحوال التي يختلف فيها مركز أحد المدينين عن بقيةهم.

فقد تكون رابطة أحد المدينين معيبة بعيب خاص كنقص في الأهلية أو غلط في أحد العناصر الجوهرية. أو غلط وقد تكون رابطة أحد المدينين منجزة بينما الأخرى معلقة على شرط أو مضافة الى أجل ثم يسقط الأصل لهذا المدين فقط، في جميع هذه الأحوال يتعين على الدائنين أن يراعوا الوصف الذي يلحق رابطة المدين الذي يريد اقتضاء الدين منه، فاذا كان التزام هذا المدين مؤجلاً أو مشروطاً، وجب انتظار حلول الأجل أو تحقق الشرط.

وكذلك الحال قد تنقضي رابطة الالتزام بالنسبة الى أحد المدينين المتضامنين فقط، دون أن تتأثر بذلك رابطة غيره من المدينين الا في حدود نصيب المدين الأول في الدين. ومثلها ذلك مثل المقاصة واتحاد الذمة والابراء والتقادم.

٣ - فضلاً عن ذلك فان المبادئ التي يقوم عليها التضامن، مبدأ النيابة التبادلية بين من تضمهم رابطة التضامن فيما ينفعهم دون ما يضرهم وهذا ما يستفاد من التطبيقات العديدة التي أوردها المشرع اللبناني بصدد التقادم واستحالة التنفيذ والاعذار والصلح والاقرار واليمين وحجية الأحكام.

فوقف التقادم بالنسبة لأحد المدينين لا يترتب عليه وقفه بالنسبة لبقية المدينين المتضامنين، وذلك بعكس قطع التقادم لأحدهم فانه يقطع لبقية المدينين (م ٣٦ موجبات).

أما استحالة التنفيذ، فوفقاً لنص المادة ٣٨ موجبات لا يكون المدين المتضامن مسئولاً في تنفيذ الالتزام الا عن فعله. والراجع في هذا الخصوص انه يتعين التفرقة بين قيمة الأداء الذي استحال تنفيذه بخطأ أحد المدينين باعتباره أحد عناصر الضرر الذي أصاب الدائن، وبين باقي عناصر الضرر

الأخرى كالمصاريف التي أنفقها الدائن عند إبرام العقد وما فاتته من ربح بسبب عدم التنفيذ، ففي الحالة الأولى يظل الجميع ملزمين بالتضامن بالوفاء به. أما بالنسبة لعناصر الضرر الأخرى فلا يسأل عنها إلا المدين الذي تسبب بخطئه في هلاك الشيء (١).

علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم.

في علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم، وعلى خلاف علاقتهم بالدائن يكون الدين قابل للانقسام فيما بينهم. والأصل أن الدين ينقسم إذا قام بوفائه أحدهم إلى حصص متساوية بين الجميع، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

وإذا ما قام أحدهم بالوفاء كان له حق الرجوع على الباقين بحصة كل منهم في الدين سواء ذلك في جملة الدين أم جزءاً منه بما يزيد على نصيبه، وبديهي أنه يأخذ حكم الوفاء انقضاء الدين بطريق آخر يحل أحد المدينين بأكثر من نصيبه فيه كالمقاصة، أو التحديد.

وإذا تصادف في رجوع المدين الموفي على أحد المدينين أن وجده معسراً، فإنه لا يتحمل وحده تبعاً هذا المعسر، بل يشاركه فيه باقي المدينين كل بنسبة حصته وذلك بحسب الاتفاق الذي أنشأ الدين، فإن لم تعين الحصة، انقسم الدين حصصاً متساوية على الجميع. فإذا وجد بين المدينين شخص معسر أو غير قادر على الدفع، تحملوا جميعاً متضامنين حصته، وتنقسم حصة المدين المعسر عليهم بنسبة حصة كل منهم في الالتزام التضامني. ويكون للمدين الموفي الرجوع على بقية المدينين المتضامنين أما بالدعوى الشخصية باعتباره وكيلاً عن الباقين في التضامن الاتفاقي وفضولياً في التضامن القانوني، وإما عن طريق دعوى الحل (م ٢/٤٠ موجبات).

(١) انظر كذلك المادة ٣٤ موجبات لبناني.

المطلب الثاني

عدم القابلية للانقسام

٢٣١ - يكون الالتزام غير قابل للانقسام اما بحسب طبيعته او بحسب الاتفاق (١).

فأولاً: يكون الالتزام غير قابل للانقسام اذا ورد على محل لا تقبل بطبيعته ان ينقسم (٢) كبيع حيوان؛ او قد يكون عدم القابلية للانقسام ترجع الى فعل الانسان نفسه - كبيع المحل التجاري والذي يتكون من عدة عناصر هي (المكان الذي يوجد به المحل والعملاء والإسم التجاري والعلامة التجارية)، هذه العناصر قابلة للانقسام ولكن فعل الانسان جعلها كل لا يتجزأ وبالتالي لا تنقسم.

وثانياً: قد يكون الالتزام غير قابل للانقسام بناء على الغرض الذي رمى اليه المتعاقدان؛ او إذا انصرفت بينهما الى ذلك (٢). فالمحل قد يكون قابلاً للانقسام بطبيعته، كالالتزام بدفع مبلغ من النقود، ومع ذلك ونزولاً عند ارادة المتعاقدين يصبح غير قابل للانقسام.

والصورة العملية لذلك ان يتفق الدائن مع المدينين المتعديدين على التضامن بينهم وكذلك على عدم قابلية الدين للانقسام. وفي هذه الحالة فان الدين لا ينقسم بين المدينين في علاقتهم بالدائن نتيجة للتضامن بينهم ولا ينقسم كذلك بين ورثة احدهم في علاقة الورثة بالدائن نتيجة لعدم القابلية للانقسام.

ويحدث نفس الشيء اذا كان التضامن بين الدائنين فان الدين لا ينقسم بين ورثة الدائن المتوفي بفعل عدم القابلية للانقسام لا بفعل التضامن الذي لا يمنع انقسام الدين بين ورثة احد الدائنين كما سبق ان رأينا (م ٢/٢٨٠) وجدير بالذكر أن الفائدة من عدم القابلية للانقسام لا تظهر الا في حالة تعدد

(١) انظر المادة ٧٠ موجبات لبناني والمادة ٧١ و٧٢ موجبات.

(٢) انظر المادة ٣٠٠ من القانون المدني.

المدينين أو تعدد الدائنين. أما إذا كان الدائن واحداً والمدين واحداً، فسيبان أن يكون المحل قابل للانقسام أو غير قابل للانقسام، لأن المدين في هذه الحالة يلتزم بوفاء الالتزام كله في مواجهة دائنه.

المبحث الثالث

الأوصاف المؤثرة في آثار الالتزام (الشرط والأجل)

٢٣٢ - الشرط والأجل وصفان يلحقان الالتزام فيعدلان من آثاره. والشرط كالأجل كلاهما أمر مستقبلي، لكن تأثيرهما على الالتزام ليس واحداً، إذ الشرط يتميز عن الأجل بأنه أمر غير محقق الوقوع، ومن ثم فالالتزام المعلق على شرط يكون غير محقق في قيامه أو في زواله، أما الالتزام الموصوف بأجل فيكون محقق الوقوع، ولكنه مؤجل النفاذ والانقضاء. هذا ما نعرض له في مطلبين:

المطلب الأول

الشرط كوصف للالتزام

٢٣٣ - الشرط هو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود الالتزام وعلى تخلفه زوال الالتزام. لذا ينقسم الشرط إلى قسمين: الشرط الواقف وهو الذي يترتب على تحققه وجود الالتزام. والشرط الفاسخ، وهو الذي يترتب على تحققه زوال الالتزام.

- مقومات الشرط: يشترط توافر شروط معينة لكي نكون أمام شرط يعد وصفاً للالتزام.

١ - الشرط أمر مستقبلي، لا بد أن يكون الشرط أمراً مستقبلياً، فإذا كان وجود الالتزام قد علق على أمر وقع فعلاً على أمر حاضر، فإن الالتزام

يكون منجزاً، ولو كان الطرفان يجهلان تحقق هذا الأمر وقت اتفاقهما، مثال ذلك أن أعدك بجائزة معينة إذا أنت نجحت في الامتحان، ثم يتضح أن النتيجة قد ظهرت بنجاحك، فهنا يكون الالتزام منجزاً.

٢ - أمر غير محقق الوقوع، فإذا كان الأمر المستقبل محقق الوقوع كان الالتزام مضافاً إلى أجل وليس معلقاً على شرط.

٣ - أن يكون الشرط ممكناً، إذ لا يكون الأمر شرطاً إذا كان مستحيل الوقوع، وذلك سواء كانت الاستحالة مادية ترجع إلى طبيعة الأشياء، أو قانونية ترجع إلى حكم القانون. كمن يتعهد لشخص بأن يمنحه جائزة إذا اكتشف دواء يديم الحياة.

٤ - يجب أن يكون الشرط مشروعاً، أي غير مخالف للنظام العام والآداب وذلك كالهبة المعلقة على ارتكاب جريمة.

٥ - ينبغي ألا يكون تحقيق الشرط الواقف متوقفاً على محض إرادة المدين وينقسم الشرط، من حيث تعلقه بإرادة الطرفين، إلى ثلاثة أنواع: شرط احتمال وشرط مختلط وشرط إرادي. والنوع الأول والثاني (الاحتمالي والمختلط، هما أمران غير محققان الوقوع، وليس هناك شك في صحتها. أما النوع الثالث وهو ما يسمى بالشرط الإرادي المحض أي الشرط الذي تكون الإرادة قادرة على تحقيقه أو تخلفه. هذا الشرط أي الإرادي المحض قد يتعلق بمحض إرادة المدين وفي هذه الحالة لا يجوز اشتراط هذا الشرط ويعتبر باطلاً وذلك لتحكم المدين من ناحية وقوع الشرط من عدمه، وقد يتعلق الشرط بمحض إرادة الدائن وفي هذه الحالة يجوز اشتراط هذا الشرط.

ولكن يلاحظ أنه إذا تعلق الشرط بمحض إرادة المدين، فإنه يقع صحيحاً إذا كان شرط فاسخاً بعكس ما إذا كان شرط واقفاً (١).

٢٣٤ - الآثار التي تقترب على الشرط:

١ - آثار الشرط في مرحلة التعليق.

- بالنسبة للشرط الواقف: فإن الالتزام المعلق على شرط واقف يكون

(١) انظر المادة ٨٤ موجبات لبناني.

موجوداً ولكنه غير كامل، فليس للدائن حق مؤكد بل محتمل الوجود.
فللدائن ان ينقل هذا الحق وان يتخذ الاجراءات التحفظية عليه ولكنه لا
يستطيع القيام بالأعمال التنفيذية.

- بالنسبة للشرط الفاسخ، فان الالتزام المعلق على شرط فاسخ يكون
موجوداً ونافذاً ولكنه مهدد بخطر الزوال.

٢ - اثار الشرط بعد انتهاء مرحلة التعليق.

- بالنسبة للشرط الواقف: اذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف
وتحقق الشرط، فان حق الدائن الذي كان حقاً محتملاً اثناء فترة التعليق،
يصبح حقاً مؤكداً مستحق الاداء، فيكون للدائن مباشرة الاجراءات التنفيذية.
ويعتبر حق الدائن مؤكداً لا من وقت حصول الاتفاق، اي يكون لتحقيق
الشرط اثرأ رجعيأ (١).

أما اذا تخلف الشرط الواقف فان الالتزام لا يقوم، ويعتبر حق الدائن
الذي كان محتملاً كأن لم يكن ويترتب على ذلك زوال كل ما قام به الدائن من
اجراءات تحفظية وتصرفات.

مركز تحقيقات تجارة دولية

المطلب الثاني

الاجل كوصف للالتزام

٢٣٥ - الاجل امر مستقبل محقق الوقوع، يترتب على حلوله نفاذ
الالتزام أو إنقضاؤه كما لو تعهد شخص لآخر بأن يقرضه مبلغ من المال في
خلال سنة.

(١) انظر المادة ٨١ مرقبات، ومع ذلك انظر المواد ٩٥ - ٩٩ موجبات لبناني التي اوردت عدة
استثناءات على الاثر الرجعي للشرط الذي اخذ به المشرع اللبناني.
ولقد عالج المشرع اللبناني ما يعرف بخيار الشرط في المواد ٨٤ - ٨٧ موجبات لبناني وهو
موضوع لم ير المشرع المصري حاجة لتنظيمه اكتفاء بالقواعد العامة.

فالأجل إذن كالشرط هو أمر مستقبل، غالباً ما يكون تاريخاً معيناً يرتبط به نفاذ الالتزام كما في المثال السابق أو انقضائه كالتزام المقرض بان يرد مبلغ القرض في تاريخ معين.

ولكن الأجل يتميز عن الشرط بأنه أمر محقق الوقوع، ولذلك كان الحق المؤجل حقاً موجوداً كاملاً وإن كان مؤجلاً للنفاذ.

وينقسم الأجل، من حيث أثره، الى أجل واقف يترتب على حلوله نفاذ الالتزام أي أن يصبح الالتزام واجب النفاذ مستحق الأداء، كالتزام المقرض برد الالتزام. وأجل فاسخ يترتب على حلوله انقضاء الالتزام وانتهاء تنفيذه، ومثاله عقد التوريد لمدة سنة، حيث يترتب على مرور السنة انتهاء التزام المورد بالتوريد.

ومن حيث المصدر ينقسم الأجل الى أجل اتفاقي وأجل قضائي وأجل قانوني. فالأجل الاتفاقي ينشأ من الاتفاق بين المتعاقدين، وقد يكون الاتفاق صريحاً وقد يكون ضمناً. أما الأجل القضائي فيحدده القضاء ويسمى نظراً الميسرة حيث يمنح القاضي المدين حسن النية أجلاً للوفاء بدينه. وأخيراً فإن الأجل القانوني هو ما يتكفل القانون بتحديدده، كالوصية التي لا تنفذ إلا بموت الموصي.

٢٣٦ - آثار الأجل.

- بالنسبة للأجل الواقف، يكون حق الدائن مؤكد الوجود ولكنه غير نافذ لأنه غير مستحق الأداء، ومن ثم يكون للدائن أن يتصرف فيه وينتقل الى ورثته من بعده، وله أن يتخذ الأعمال التحفظية اللازمة للمحافظة عليه. ولكنه لا يستطيع أن يتخذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه قبل حلول الأجل. وإن المشرع اللبناني يشترط لاستعمال الدعوى غير المباشرة أن يكون حق الدائن مستحق الأداء بعكس المشرع المصري (١).

فإذا حل الأجل، أصبح الالتزام نافذاً، ويصير حق الدائن مستحق الأداء.

- أما في الأجل الفاسخ، فإن الالتزام يكون موجوداً ونافاذاً ويكون للدائن

(١) انظر المواد ١١١ و ١١٣ و ١٠٨ موجبات لبناني.

حق مؤكد الوجود ومستحق الأداء يستطيع التصرف فيه والتنفيذ عليه ولكن هذا الحق مؤقت ومحقق الانقضاء بحلول الأجل.

فالالتزام المضاف الى أجل فاسخ ينقضي بانقضاء الأجل، فإذا حل الأجل زال الإلتزام.

ويختلف أثر الأجل عن أثر الشرط اختلافاً جوهرياً، فقد جعل القانون لتحقيق الشرط أثراً رجعياً، أما الأجل سواء كان واقفاً أم فاسخاً، لا ينتج أثراً الا من وقت حلوله ولا يكون له أثر رجعي بأي حال.

٢٣٧ - انقضاء الأجل.

ينقضي الأجل، عادة، بحلوله، ولكنه قد ينتهي قبل ميعاده إما بسقوطه بحكم القانون أو بالتنازل عنه من قبل المدين.

يحل الأجل بانقضاء المدة المعينة له، فإذا كان الدين مستحق الاداء في تاريخ معين، انقضى أجله بحلول هذا التاريخ (١).

وقد ينتهي الأجل بالنزول عنه لمن تقرر لمصلحته، فيمكن للمقترض أن يرد مبلغ القرض قبل حلول الأجل المتفق عليه (٢).

وقد يسقط الأجل في حالات معينة نص عليها القانون مثل افلاس المدين أو اعساره، أو اذا أضعف المدين التأمين الذي اعطاه للدائن حتى يفي بدينه، كأن يهدم بعض طوابق المنزل المرهون ضماناً للدين. ويسقط الأجل كذلك اذا لم يقدم المدين للدائن ما وعد به من تأمينات لضمان الدين.

بعد الانتهاء من دراسة أوصاف الإلتزام ننتقل الى دراسة انتقال الإلتزام.

(١) انظر المواد ١٠٢ - ١٠٥ موجبات لبناني.

(٢) انظر المادة ١١٤ موجبات لبناني.

الفصل الرابع

إنتقال الالتزام

٢٣٨ - انتقال الالتزام يعني تغير أحد طرفي الالتزام مع بقاء هذا الأخير دون تغير من حيث مقداره و ضماناته وتوابعه والدفع التي ترد عليه. وانتقال الالتزام قد يتم من جانب الدائن، حيث يختص الدائن الأصلي ويحل محله دائن جديد، ويسمى الانتقال في هذه الحالة بحالة حق. وقد يتم الانتقال من جانب المدين، حيث يختفي المدين الأصلي ويحل محله مدين جديد، ويسمى انتقال الالتزام في هذه الحالة بحالة دين. لذا ندرس حوالة الحق وحوالة الدين في مبحثين:



المبحث الأول: حوالة الحق.

المبحث الثاني: حوالة الدين.

مركز تحقيق وتطوير علوم إسلامية

المبحث الأول

حوالة الحق

٢٣٩ - حوالة الحق عقد بمقتضاه ينتقل الدائن حقه قبل المدين الى شخص آخر. ويسمى الدائن بالمحيل. ويسمى المدين بالمحال عليه، ويسمى من انتقل اليه الحق بالمحال له.

وتحقق حوالة الحق الاغراض الآتية: فقد يكون الغرض منها هو بيع الحق من المحيل الى المحال له. وهنا تسري قواعد البيع وأهمها وجوب الثمن على المشتري ووجوب الضمان على البائع. وقد يكون الغرض من الحوالة التبرع بالحق من المحيل للمحال له، وهنا تسري قواعد عقد الهبة من وجوب نية التبرع. وقد يكون الغرض من الحوالة هو رهن الحق للمحال له فتكون

الحوالة عقد رهن تسري عليه قواعد الرهن، وأهمها وجود دين للمحال له في ذمة المحيل يبرر انشاء الرهن ضماناً له. وقد يكون الغرض من الحوالة هو الوفاء بدين المحيل قبل المحال له فيكون الحق المحال مقابل الوفاء بهذا الدين.

وأياً ما كان الغرض من حوالة الحق فإن لها شروطاً يتعين توافرها وأثاراً تترتب عليها، فما هي هذه الشروط والآثار؟

أولاً: شروط الحوالة: هناك نوعان من الشروط: شروط انعقاد وشروط نفاذ. وهي على النحو الآتي:

شروط انعقاد حوالة الحق: لما كانت حوالة الحق ما هي إلا عقد بين المحيل والمحال له، لذا يجب أن تتوافر فيها جميع أركان العقد وشروط صحته: الرضا، كمال الأهلية، خلو الإرادة من العيوب، السبب المشروع.

أما بالنسبة لمحل الحوالة فهو الحق المحال، والأصل أن جميع الحقوق المالية تصلح أن تكون محلاً لحوالة حق، سواء كانت حقوق مدنية أم تجارية، موصوفة أم غير موصوفة. بيد أنه يستثنى من ذلك حالات ثلاث لا يجوز فيها الحوالة إما بناء على نص القانون، أو اتفاق المتعاقدين، أو طبيعة الالتزام (١).

١ - فقد ينص القانون على منع حوالة بعض الحقوق، كما هو الحال في الحقوق غير القابلة للحجز، كدين النفقة إذ لا تجوز حوالاته ولا يجوز للمستعير أن ينزل دون إذن المعير عن استعمال العارية إلى غيره ولو على سبيل التبرع.

٢ - وقد يتفق الدائن والمدين على عدم جواز الحوالة، كما لو اشترط المؤجر على المستأجر عدم جواز التنازل عن الإيجار للغير.

٣ - وقد تتنافى طبيعة الحق مع جواز حوالاته وذلك نظراً لاتصاله بشخص المدين أو يكون فيها لشخص الدائن اعتبار خاص، كحق الشريك في شركات الأشخاص.

- شروط نفاذ حوالة الحق: لنفاذ حوالة الحق يتعين أن نفرق بين المدين المحال عليه والغير.

(١) انظر المادة ٣٠٣ من القانون المدني.

أ - بالنسبة للمدين المحال عليه، لا تنفذ الحوالة في حقه إلا إذا قبلها أو أعلن بها. ويكون الإعلان بورقة رسمية من أوراق المحضرين. وقبل المدين للحوالة قد يتم صراحة أو ضمناً (١). ويترتب على قبول المدين للحوالة في القانون اللبناني دون قيد أو شرط سقوط حقه في التمسك بالدفع التي كانت له قبل المحيل (م ٢٨٥ موجبات لبناني).

والهدف من القبول أو الاعلان هو إحاطة المدين المحال عليه علماً بحوالة الحق حتى لا يقوم بالوفاء للدائن المحيل.

وبناء على ذلك: إذا علم المدين بالحوالة بغير طريق الاعلان الرسمي، أو بغير طريق القبول، فإن هذا العلم لا يكفي في ذاته لتنفيذ الحوالة في حقه بحسب الأصل. لأن المشرع جعل نفاذ الحوالة متوقفاً على اتخاذ واحد من اجرائين معينين فلا بد من مراعاة ما إشتراطه المشرع لتنفيذ الحوالة. ومع ذلك إذا علم المدين بالحوالة وقام بعد ذلك بتصرف ينطوي على الغش من ناحيته وعلى التواطؤ من ناحية الدائن القديم (المحيل). كان قام المدين بالوفاء للدائن القديم رغم علمه بالحوالة، وحصل لنفسه مقابل ذلك على تخفيض لقيمة الدين، فإن هذا الوفاء لا يعتد به في مواجهة الدائن الجديد عملاً بقاعدة أن الغش يفسد كل شيء.

ب - شروط نفاذ حوالة الحق بالنسبة للغير: لا تكون حوالة الحق نافذة في حق الغير، أي لا يجوز الاحتجاج بها في مواجهة الغير، إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها شريطة أن يكون القبول أو الاعلان ثابت التاريخ. فضلاً عن ذلك فلا تنفذ حوالة اجرة العقارات المعجلة في حق الغير إذا زادت على اجرة سنة إلا إذا سجلت الحوالة في السجل العقاري.

وغني عن الذكر أن الغير هنا هو من له حق خاص يتعلق بالحق المحال به ويتعارض مع حوالة الحق.

ج - نفاذ الحوالة بالنسبة لبعض أنواع الحقوق الأخرى، كالسند الإسمي أو الأذني أو السند لحامله حيث يشترط القانون زيادة على الإجراءات السابقة ذكرها، بعض الإجراءات الخاصة بالنسبة لبعض أنواع الحقوق. فإذا

(١) انظر المادة ٣٠٥ من القانون المدني.

كان الحق ثابتاً في سند إسمي كسندات قرض عام أو خاص أو أسهم شركة خاصة، أو في سند أذني كالكمبيالة والسند الأذني، فإن حوالته ينبغي أن تتم بالشكل المبين في القانون التجاري. فالسندات الاسمية تتم حوالتها بقيدها في سجلات المؤسسة التي صدرت منها هذه السندات، وكذلك بالتأشير على صك السند ذاته، وتصبح الحوالة نافذة من وقت اتخاذ هذه الاجراءات. والسندات الاذنية كالكمبيالة مثلاً، تتم حوالتها عن طريق تظهيرها أي بكتابة على ظهر الورقة تفيد حوالتها. أما السندات لحاملها كالشيكات فقد أدمج القانون الحق في الصك ذاته الى المحال له.

٢٤٠ - ثانياً: آثار حوالة الحق: تظهر آثار حوالة الحق في ثلاث علاقات هي: علاقة المحال له بالمحيل، وعلاقة المحال له بالمحال عليه، وعلاقة المحيل بالمحال عليه.

فلا أثر الهام لحوالة الحق يظهر في علاقة المحيل بالمحال له، هو انتقال الحق المحال به من الأول الى الثاني فيصبح المحال له هو الدائن الجديد ويحل محل الدائن القديم (المحيل)، مع التزام المحيل بالضمان في مواجهة المحال له. فمن ناحية، ينتقل الحق الى المحال له أيأ كانت طبيعته مدنياً أم تجارياً، وبكل صفاته بسيطاً أم معقلاً على شرط أن مضافاً الى أجل، كما ينتقل بكل توابعه وملحقاته وضماناته كالتأمينات التي تضمن الوفاء به كرهن أو كفالة^(١). وينتقل هذا الحق الى المحال له من وقت انعقاد الحوالة.

وإذا كان الحق ينتقل الى المحال له من وقت انعقاد الحوالة فانما يكون ذلك في العلاقة بين المحيل والمحال له. فمنذ ذلك الوقت يجب على المحيل أن يمتنع عن كل عمل من شأنه الاضرار بالمحالة له، كحوالة الحق مرة أخرى أو رهنه أو استيفاء قيمته من المحال عليه. ويتعين عليه إذا دفع له المحال عليه الدين أن يرد ما استوفاه الى المحال له. وإذا هو تصرف في شيء من هذا القبيل فإنه يكون مسئولاً في مواجهة المحال له، ولو كانت الحوالة بغير عوض، ولو كان قد اشترط عدم الضمان.

ومن ناحية أخرى، يضمن المحيل للمحال له وجود الحق المحال به وقت

(١) انظر المادة ٣٠٧ من القانون المدني.

الحوالة، كما يضمن أفعاله الشخصية. بيد أنه يتعين التفرقة بين الحوالة بعوض والحوالة بدون عوض، حيث يضمن في الأولى الحق المحال به وأفعاله الشخصية ولا يضمن في الحوالة بدون عوض إلا أفعاله الشخصية. ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك (١). فقد يتفق على أن يضمن المحيل وجود الحق ليس فقط وقت الحوالة بل أيضاً وقت الوفاء، وقد يتفق على أن يضمن المحيل وجود الحق حتى وقت الحوالة، وقد يتفق على ضمان يسار المحال عليه وقدرته على الوفاء. ولكن إذا ضمن المحيل يسار المدين، فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك (٢).

فإذا ما تحقق ضمان المحيل ورجع عليه المحال له فلا يلتزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك (٣). وذلك بعكس ضمان المحيل لأفعاله الشخصية حيث يرجع المحال له بقيمة الحق المحال به وملحقاته.

فضلاً عن ذلك، فإنه بمجرد أن تصبح الحوالة نافذة في حق المدين بقبولها أو بإعلامه بها، فإنه يصير مديناً للمحال له دون المحيل، مما يترتب على ذلك جواز مطالبته من قبل المحال له بالمدين، ويمتنع على المدين أن يوفى بالمدين للدائن القديم (المحيل)، وبالمقابل يجوز للمدين أن يتمسك قبل المحال له أي الدائن الجديد بجميع الدفعات التي كان يمكنه التمسك بها قبل المحيل (الدائن القديم).

كما يجوز للمدين كذلك أن يتمسك بالدفع الناشئة عن عقد الحوالة ذاته، لأن كل آثار الحوالة، ومنها انتقال الحق من المحيل إلى المحال له في مواجهة المحال عليه تنشأ عن هذا العقد. فإذا كان هذا العقد باطلاً جاز للمدين أن يتمسك بهذا البطلان، باعتباره صاحب مصلحة في التمسك بالبطلان وهذا ما تقضي به القواعد العامة دون حاجة إلى نص خاص.

وأخيراً فإنه قبل نفاذ حوالة الحق في حق المدين، لا يوجد بالنسبة لهذا

(١) انظر المادتان ٣٠٨/٢، ٣١١ من القانون المدني.

(٢) انظر المادة ٣٠٩ من القانون المدني.

(٣) انظر المادة ٣١٠ من القانون المدني.

الآخري، إلا دائن هو الدائن المحيل. ولذا يحق لكل من الطرفين أن يتصرف على هذا الأساس. فيحق للدائن أن يطالب المدين بالوفاء بالدين، ويكون وفاء المدين للدائن المحيل وفاء مبرئاً ذمته. كما يجوز للمحيل قبل نفاذ الحوالة أن يحول الحق مرة أخرى إلى دائن آخر، كما يجوز لدائني الدائن أن يوقعوا حجزاً على حق مدينهم قبل المحال عليه (المدين). كل ذلك بعكس ما لو نفذت حوالة الحق في حق المدين بالقبول أو الاعلان.

هذا ويلاحظ أنه في حالة التزام بين أكثر من محال له بخصوص حق واحد فإن الحوالة التي تفضل هي الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير وذلك بقبول الحوالة أو الاعلان بها شريطة أن يكون القبول أو الاعلان ثابت التاريخ.

المبحث الثاني

حوالة الدين



٢٤١ - حوالة الدين هي عقد بمقتضاه يتم تحويل الدين بجميع مقوماته وخصائصه من المدين الأصلي (المحيل) إلى شخص آخر يسمى بالمحال عليه.

وتتم حوالة الدين إما بالاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه، وأما بالاتفاق بين الدائن والمحال عليه.

وكما في حوالة الحق فإن حوالة الدين قد تتم بمقابل، كما لو كان المحال عليه مديناً للمحيل، وقد يقصد بحوالة الدين التبرع، حيث يتحمل المحال عليه الدين ويفي به للدائن.

وأهم تطبيق لحوالة الدين في الحياة العملية هو الذي يتحقق في نزول أحد العاقدين، في عقد ملزم للجانبين، كمقاولة أو تأمين، عن هذا العقد إلى غيره، فلا يتيسر النزول عن التزاماته فيه إلا عن طريق حوالة الدين.

وقد تتعلق الإلتزامات بمجموعة من المال، كمحل تجاري، فلا يتيسر

انتقالها كذلك إلا عن طريق حوالة الدين.

٢٤٢ - لكن ما هي شروط حوالة الدين وأثارها؟

أولاً: شروط انعقاد حوالة الدين: لما كانت حوالة الدين عبارة عن عقد لذا يشترط فيها ما يشترط لانعقاد العقد، من رضا ومحل وسبب وأهلية وخلو الإرادة من العيوب.

ثانياً: شروط نفاذ حوالة الدين: إذا كانت حوالة الدين تنعقد بمجرد الاتفاق عليها، بيد أنها لا تنفذ في حق الدائن إلا إذا أقرها. وعلى ذلك فإن رضا الدائن بحوالة الدين ليس شرطاً لانعقادها، ولكنه شرطاً لنفاذها في حقه. لأن شخصية المدين بالنسبة للدائن محل إعتبار كبير في الوفاء بالدين.

ويفترض القانون اللبناني أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى عدم ترتيب أي أثر على الحوالة إذا لم يقرها الدائن (م ٢/٢٨٧ موجبات لبناني) فحوالة الدين باتفاق المدين والمحال عليه تعد في القانون اللبناني من قبيل العقد الموقوف (م ٢/٢٨٧ موجبات) المعروف في الفقه الإسلامي، بحيث إذا أقرها الدائن رتبت أثارها فيما بين الطرفين وفي مواجهة الدائن، وإن لم يقرها بطلت ولم ترتب أي أثر حتى فيما بين طرفيها.

فلا بد لنفاذ الحوالة إذن في حق الدائن من إقرارها، ولا يكفي أن يعلن بها الدائن كما في حوالة الحق. فالدائن لا يجبر على تغيير مدينه، بل إن له الخيار بين إقرار الحوالة أو رفضها.

وإقرار الدائن للحوالة قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً كأن يطالب المدين الجديد بالدين أو أن يمنحه أجلاً للوفاء أو أن يستوفي الدين منه مباشرة. (م ٥/٢٨٧ موجبات).

- من ناحية أخرى يجوز أن تتم حوالة الدين بين الدائن والمحال عليه حيث يحل هذا الأخير محل المدين. ولا حرج في ذلك، لأنه يجوز لأجنبي أن يفي بالدين دون رضا المدين^(١)، ودون علمه، لأن حوالة الدين تتمخض عن فعل نافع لمصلحته. وعلى ذلك لا يشترط أي شكل خاص لانعقاد الحوالة في

(١) انظر المادة ٣٢١، ٣٢٣ من القانون المدني.

هذه الصورة.

ثالثاً: آثار حوالة الدين: يترتب على حوالة الدين إنتقال الدين بجميع مقوماته وخصائصه وصفاته ودفوعه من ذمة المدين الأصلي الى المحال عليه (المدين الجديد). وعلى ذلك تبرأ المدين الأصلي في الوقت الذي يلتزم فيه المدين الجديد بالوفاء للدائن بالدين.



مركز تحقيقات كليات العلوم الإسلامية

الفصل الخامس

إنقضاء الإلتزام

٢٤٢ - الإلتزام وهو رابطة بين شخصين لا بد أن ينقضي لسبب من الاسباب فلا يتصور بقاء تلك الرابطة على الدوام والا كان ذلك مصادرة لحرية أطراف الإلتزام.

وطرق إنقضاء الإلتزام، حسب ما نص عليه المشرع، أقسامها ثلاثة:

أولاً: إنقضاء الإلتزام عن طريق تنفيذه. وهذا هو الطريق الطبيعي لإنقضاء الإلتزام، حيث يقوم المدين - مختاراً - بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً عن طريق الوفاء به.

ثانياً: إنقضاء الإلتزام بما يقوم مقام الوفاء أو يعادله، ويتم هذا عن طريق الوفاء بمقابل والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة.

ثالثاً: إنقضاء الإلتزام دون وفاء، أي دون تنفيذه عيناً أو بمقابل، أي دون أن يحصل الدائن على حقه ولا على ما يعادله، ويكون ذلك في الأبراء وإستحالة التنفيذ والتقادم المسقط.

ونقصر دراستنا على ثلاثة اسباب هي الوفاء، المقاصة، التقادم.

المبحث الأول

إنقضاء الإلتزام عن طريق الوفاء

٢٤٣ - الوفاء هو الطريق الطبيعي لانقضاء الإلتزام، حيث يقوم المدين إختياراً بتنفيذ عين ما التزم به. فالبايع يفي بالتزامه بنقل ملكية المبيع الى المشتري. والمقاول ينفذ التزامه بإقامة البناء الذي تعهد بأقامته.

ولدراسة الوفاء كسبب طبيعي لانقضاء الالتزام يجب أن نتناول بالدراسة طرفي الوفاء (الموفي والموفى له)، وما يرد عليه الوفاء من محل، وزمان ومكان وإثبات الوفاء في المطالب الآتية:

المطلب الأول

طرفا الوفاء

٢٤٤ - من يقوم بالوفاء هو الموفي ومن يتلقى الوفاء هو الموفى له. والأصل أن يكون الموفي هو المدين وأن يكون الموفى له هو الدائن، ولكن ترد على هذا الأصل استثناءات كثيرة. هذا ما نعرض له في فرعين:

الفرع الأول



٢٤٥ - الأصل أن يتم الوفاء من جانب المدين، لكن ذلك لا يمنع من قيام غير المدين بالوفاء، وأياً كان الموفي فإنه يشترط لصحة الوفاء توافر شرطان:

أولهما: أن يكون الموفي مالكاً للشيء الذي يوفى به، وإلا كان وفاؤه بمثابة تصرف في ملك الغير ولا يصبح باطلاً بطلاناً نسبياً.

والشرط الثاني: أن يكون الموفي أهلاً للتصرف في الشيء الذي يوفى به، أي أن يكون بالغاً سن الرشد.

ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق ممن ليس أهلاً للتصرف فيه ينقضي به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفي.

فاذا لم يترتب على الوفاء ضرر بناقص الأهلية، كان الوفاء صحيحاً ولا يمكن التمسك ببطلانه لإنعدام المصلحة في ذلك حيث يترتب عليه انقضاء الدين

وبرامة ذمة المدين (١).

فالأصل أن يقع الوفاء من المدين بالالتزام، بل ويجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غيره إذا كان محل الالتزام هو القيام بعمل، أو نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن يقوم المدين نفسه بتنفيذ الالتزام. ومع ذلك ليس هناك ما يمنع أن يتم الوفاء من نائب المدين كالوكيل، أو من شخص آخر تكون له مصلحة في الوفاء كالكفيل، أو من شخص لم تكن له مصلحة كما لو كان قريباً للمدين. ويصح الوفاء في الحالة الأخيرة ولو دون علم المدين أو رغم إرادته، وإن كان للمدين في هذه الحالة أن يعترض على الوفاء مما يعطي الدائن الحق في قبول هذا الوفاء أو رفضه (٢).

٢٤٦ - الوفاء مع الحلول.

إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، وكان الموفي غير متبرع للمدين، جاز للموفي أن يرجع على المدين بما وفاه من دينه. وللموفي في رجوعه على المدين بدعويان. الدعوى الشخصية ودعوى الحلول.

١ - الدعوى الشخصية هي التي تقوم على أساس حق شخصي جديد يكون الموفي دائئاً فيه قبل المدين وبذلك يكون للموفي حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه، طالما أنه لم يكن متبرعاً. ويكون الرجوع بدعوى الفضالة أو الوكالة. أما إذا كان الوفاء قد تم رغم اعتراض المدين، فلا يكون لمن وفى حق الرجوع إلا بمقتضى قواعد الاثراء بلا سبب، أي أن الموفي لا يرجع على المدين إلا بقدر ما أبرأ ذمته.

٢ - دعوى الحلول، وهي الدعوى التي يجوز للموفي أن يرجع بها على المدين، حيث يحل محل الدائن الذي استوفى حقه، والموفي يرجع بنفس حق الدائن وليس بحق جديد.

وتعتبر دعوى الحلول دعوى عينية، لأن الموفي يرجع بعين الحق الذي وفاه، وذلك بعكس الدعوى الشخصية التي يرجع فيها الموفي بحق شخص جديد أساسه الوكالة أو الفضالة أو الاثراء بلا سبب. ولكن يلاحظ أن الموفي

(١) انظر المادة ٣٢٥ من القانون المدني.

(٢) انظر المادة ٣٢٣ من القانون المدني. وانظر المادة ٢٩٢ موجبات لبناني.

له في الحالات التي يرجع فيها بدعوى الحلول حق الرجوع بالدعوى الشخصية، ولكن لا يجوز له استخدام الدعويين في آن واحد.

والحلول إما أن يكون بناء على نص قانوني أو بناء على اتفاق.

- أولاً: الحلول القانوني، حدد القانون الحالات التي يجوز فيها حلول الموفي محل الدائن على سبيل الحصر (١)، منها: إذا كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين أو عنه كالمدين المتضامن والكفيل. ومنها إذا تم الوفاء من دائن متأخر لدائن متقدم. ومنها وفاء الحائز للدين المضمون بالعقار المحاز (٢).

- ثانياً: الحلول الاتفاقي، إذا لم يوجد حالة من حالات الحلول القانوني، كان للموفي أن يحل محل الدائن إما بناء على اتفاق بينه وبين الدائن، وإما بناء على اتفاق بينه وبين المدين. وإذا تم الاتفاق بين الموفي والدائن على الحلول تعين أن يكون هذا الاتفاق سابقاً على الوفاء منعاً من الإضرار بالدائنين الآخرين ودفعاً لكل تحايل بين الدائن والمدين بالاشتراك مع الموفي (٣). وقد يتم الاتفاق مع المدين على حلول الموفي محل الدائن كما لو اقترض المدين مالاً وفي به الدين ففي هذه الحالة يكون للمقترض أن يحل محل الدائن الذي استوفى حقه شريطة أن يكون قد ذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء، وأن يذكر في مخالصة الوفاء أن هذا الأخير قد تم من هذا المال المقترض، وشريطة أن يتم القرض قبل الوفاء (٤).

- هذا ويترتب على الحلول، سواء كان قانونياً أو اتفاقياً حلول الموفي محل الدائن في ذات الحق الذي كان لهذا الأخير قبل المدين. ويكون للموفي حق الحلول بهذا الحق بما له من خصائص وتوابع وتأمينات، وما يرد عليه من دفع.

(١) انظر المادة ٢٢٦ من القانون المدني.

(٢) انظر كذلك المادة ٧٧١ من القانون المدني التي تقرر حلول المؤمن بما دفعه من تعويض عن الحريق في الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعل في الضرر.

(٣) انظر المادة ٣٢٧ من القانون المدني.

(٤) انظر المادة ٣٢٨ من القانون المدني.

الفرع الثاني

الموفى له

٢٤٧ - الأصل أن يكون الوفاء للدائن. ويجب لصحة الوفاء أن تتوافر لدى الدائن أهلية استيفاء الدين. فإذا كان ناقص الأهلية، أصبح الوفاء قابلاً للإبطال لمصلحته، إلا أن ذمة المدين تبرأ من الدين بقدر ما عاد على القاصر من منفعة بسبب هذا الوفاء وذلك تطبيقاً لقواعد الآثار بلا سبب.

وإذا كان الدائن ناقص الأهلية أو غائباً، أمكن الوفاء لنائبه كالأولي أو الوصي أو الوكيل. وعلى الموفى أن يتحقق من وجود النيابة، وله أن يطلب إلى الوكيل أن يقدم ما يثبت صفته. ومع ذلك يعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن (م ٣٣٢). وذلك كالعادة التي جرت على أن يعطي المالك إيصالات بالأجرة إلى بواب عمارته لتحصيلها، فتثبت بهذا للبواب صفة في قبض الأجرة من السكان.

وإذا كان الأصل أن يتم الوفاء للدائن أو لنائبه، بيد أن ذلك لا يمنع أن يتم الوفاء لغيرهما وذلك في حالات ثلاث: إذا أقر الدائن هذا الوفاء، إذا عادت على الدائن منفعة من هذا الوفاء وأقر هذه المنفعة. وأخيراً إذا تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته ويظهر بمظهر المالك (م ٣٣٣) (المادة ٢٩٣ موجبات).

٢٤٨ - رفض الدائن الوفاء، العرض الحقيقي والإيداع: قد يمتنع الدائن تعنتاً عن استيفاء حقه، في الوقت الذي يحرص فيه المدين على الوفاء لكي تبرأ ذمته. من أجل ذلك أجاز المشرع للمدين أن يجبر الدائن على استيفاء الحق عن طريق ما يسمى بالعرض الحقيقي والإيداع.

ويلاحظ أن الوفاء الذي يتم عن طريق العرض الحقيقي والإيداع ما هو إلا وفاء بالإرادة المنفردة من جانب المدين وليس بناء على اتفاق بين الموفى والموفى له. ويتم الوفاء عن طريق العرض الحقيقي والإيداع في حالة من الحالات الأربع الآتية:

١ - اذا رفض الدائن استيفاء حقه أو اعلن أنه لن يقبل ذلك أو رفض الانتقال الى مكان المدين إذا كان متفقاً أن الوفاء يتم في مكان المدين أو رفض القيام بأي إجراء لا يتم الوفاء بدونه.

٢ - اذا كان المدين يجهل شخصية الدائن وموطنه، كما لو انتقل حق الدائن بالميراث الى شخص لا يعرفه المدين أو لا يعلم مكان اقامته.

٣ - اذا كان الدائن عديم الاهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب قانوني يقبل عنه الوفاء، وقد سبق أن رأينا أن الوفاء للدائن نفسه في هذه الحالة لا يكون مبرراً لذمة المدين.

٤ - اذا كان الدين متنازعاً فيه بين عدة اشخاص، كما لو وجد أكثر من محال له واحد، أو أكثر من وارث واحد، يدعي كل منهم أنه صاحب الحق الوحيد في الاستيفاء.

والاسباب السابق ذكرها لم يذكرها المشرع على سبيل الحصر، بل أجاز للمدين أن يلجأ للعرض الحقيقي والايذاع في حالة يوجد فيها سبب جدي يبرر ذلك. ومن هذا القبيل أن يتعذر على المدين أن يحصل من الدائن على مخالصة بالوفاء، فيقوم بايداع الدين حتى يكون لديه الدليل على برائة ذمته.

- ولكي يتم الوفاء عن طريق العرض والايذاع يتعين على المدين أن يتبع الاجراءات الآتية:

١ - فعليه أن يعذر الدائن بقبول الوفاء، وذلك بأن يسجل رفض الدائن قبول الوفاء في إعلان رسمي على يد محضر. ويترتب على الإعذار تحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه، ووقف سريان الفوائد، ويصبح للمدين الحق في ايداع الشيء على نفقة الدائن، وحقه في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر^(١). (م ٣٩٤ موجبات لبناني).

٢ - ثم يتعين على المدين أن يقوم بعرض الدين عرضاً حقيقياً على الدائن وذلك لدى كاتب العدل، فإذا رفض الدائن قبول العرض فلا يكون أمام

(١) انظر المادة ٣٣٥ من القانون المدني.

المدين إلا الإجراء الأخير وهو الايداع.

٣ - إذا رفض الدائن العرض الحقيقي، فإنه يتعين على المدين اتخاذ إجراءات الايداع الذي يختلف بحسب طبيعة الشيء، فإذا كان نقوداً تعين ايداعها خزانة المحكمة وإعلان الدائن بصوره من محضر الايداع خلال ثلاثة ايام من تاريخه. وإذا كان الشيء غير النقود فإن ايداعه يكون في المكان الذي يحدده القاضي. (م ٢٩٦ موجبات و٨٥٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد).

ثم أخيراً يتعين على المدين أن يستصدر من القاضي حكماً بصحة العرض والايداع حتى تبرأ ذمته في مواجهة الدائن.

وعلى ذلك فإن ذمة المدين لا تبرأ بمجرد العرض والايداع ولكن بفرض من إثنتين: أن يقبل الدائن العرض الحقيقي والايداع، أو أن يصدر حكم نهائي بصحة العرض والايداع (١).

ومع ذلك يجوز للمدين أن يرجع في عملية العرض الحقيقي والايداع بشرط أن يتم ذلك قبل وقوع الدائن أو صدور حكم بصحة العرض، ويشترط أن يتم اعلان الدائن بنيته في الرجوع ويسكت الدائن ولا يعترض على ذلك لمدة ثلاثة ايام (٢).

مركز تحقيق كويت بر علوم إمدوي

المطلب الثاني

محل الوفاء وظروف الوفاء

٢٤٩ - أولاً: محل الوفاء.

يجب أن يكون الوفاء بالشيء الذي التزم به المدين، فمحل الوفاء هو عين ما التزم به المدين، سواء كان الالتزام باعطاء شيء أو كان التزاماً بعمل أو امتناع عن عمل. والشيء المستحق أصلاً هو الذي به يكون الوفاء، ولا يمكن أن يجبر الدائن على قبول شيء غيره، ولو كان هذا الشيء مساوياً له في

(١) انظر المادة ٣٣٩ من القانون المدني.

(٢) انظر المادة ٤٩٢ والمادة ٣٤٠ من القانون المدني.

القيمة أو كانت له قيمة أعلى (م ٢٤١) (المادة ٢٩٩ موجبات لبناني).

كما أن على المدين أن يوفي بكل الشيء المستحق ولا يجوز له تجزئته
فالقاعدة أنه لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاءً جزئياً لحقه.
إلا أن الوفاء الجزئي يجوز - إستثنائياً - باتفاق الطرفين أو بنص القانون. (م
٢٤٢ مصري و ٣٠٠ موجبات لبناني).

٢٥٠ - ثانياً: ظروف الوفاء.

زمان الوفاء - القاعدة أنه يجب الوفاء بالالتزام فور نشوئه، أي بمجرد
ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين، إلا أنه قد يوجد اتفاق أو نص قانوني
يقضي بغير ذلك. فقد يتفق الطرفان على أجل واقف، فلا يكون الوفاء واجباً
إلا إذا انقضى الأجل. (المادة ٣٠٠٣ موجبات لبناني).

ويجوز للقاضي، في حالات استثنائية، أن يمنح المدين أجلاً أو مهلة ينفذ
فيها التزامه. وهذه هي نظرة الميسرة التي يتمتع فيها القاضي بسلطة تقديرية.
ولكن يجب توافر شروط أربعة حتى يستطيع القاضي منح مهلة الوفاء. (المادة
١١٥ موجبات لبناني).

١ - ألا يوجد نص في القانون يمنع منح هذه المهلة كما هو الحال في
المعاملات التجارية حيث ينص القانون التجاري (م ١٥٦) على أنه لا يجوز
للقضاء أن يعطي مهلة لدفع قيمة الكمبيالة.

٢ - يجب أن تكون حالة المدين تستدعي ذلك كأن يكون حسن النية أو
سوء الحظ، وأن يكون في عسرة مؤقتة ينتظر زوالها.

٣ - ألا يلحق الدائن من جراء التأجيل ضرر جسيم، كما لو كان الدائن
يعتمد على استيفاء حقه للوفاء بديون عليه حتى يتلافى شهر اعساره.

٤ - يجب أن يكون الأجل الممنوح للسداد معقولاً.

٢٥١ - مكان الوفاء - إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب
تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق
أو نص يقضي بغير ذلك. (المادة ٣٠٢ موجبات لبناني) (١).

(١) انظر المادة ٣٤٧ مدني مصري.

أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال (م ١/٤٢٧). فالدائن يسعى إلى المدين في موطنه وقت الوفاء.

٢٥٢ - نفقات الوفاء - تنص المادة ٢٤٨ على أن نفقات الوفاء تكون على المدين، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. ومن أمثلة هذه النفقات: مصاريف شحن البضاعة إلى مكان التسليم، ونفقات الإرسال، ونفقات شهر العقد. (المادة ٣٠٤ موجبات لبناني).

٢٥٣ - إثبات الوفاء - تقضي القواعد العامة في الإثبات أن على الدائن إثبات الإلتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه. (المادة ٣٠٦ موجبات لبناني).

المبحث الثاني

انقضاء الالتزام عن طريق المقاصة

مركز بحوث كويتية للدراسات والبحوث

٢٥٤ - المقاصة هي سبب لإنقضاء الالتزام وخاصة في المعاملات التجارية والحسابات الجارية. وتعد المقاصة كذلك إذا توافرت شروطها. والمقاصة تفترض وجود دينين متقابلين من النقود أو المثلثات مستحقين الأداء وخاليين من النزاع فيهما، وفي هذه الحالة ينقضي الدينين بقدر الأقل منهما.

والمقاصة، إما قانونية، وإما قضائية، وإما باتفاق الطرفين. وهنا نتساءل ما هي شروط المقاصة القانونية، وما هي الآثار التي ترتبها؟

- شروط المقاصة القانونية: التقابل بين الأداءات بمعنى أن يكون كل من طرفي المقاصة دائناً ومديناً في أن واحد، وبالتالي لا يجوز للوكيل مثلاً أن يتمسك بالمقاصة بين حق موكله ودينه هو.

يشترط التماثل بين الدينين في النوع والجودة، حيث لا تقع المقاصة إلا

بين النقود أو المثلثات. فلا مقاصة بين الالتزام بتوريد كمية قمع والالتزام بتوريد قنطار قطن.

فضلاً عن ذلك، يشترط أن يكون كل من الدينين خالياً من النزاع فيه. فلا يصح دين التعويض أن يكون محلاً للمقاصة طالما لم يقدر التعويض باتفاق أو بحكم نهائي.

من ناحية أخرى، يشترط في الدينين أن يكونا مستحقين الأداء فلا تقع المقاصة في الدين المؤجل.

وأخيراً يشترط أن يكون كل من الدينين صالحاً للمطالبة القضائية ومما يقبل توقيع الحجز عليه. (المادة ٣٣١ موجبات).

هذا وإن كان يجوز وقوع المقاصة في أي دين من الديون أيأ كان مصدره قانون أو اتفاق، إلا أنه مع ذلك لا تصح المقاصة في بعض الديون وهي:

- لا تجري المقاصة بالنسبة للدين الذي نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوباً رده.

- وكذلك لا تقع المقاصة في الشيء المودع أو المعار عارية استعمال وكان مطلوباً رده.

- آثار المقاصة: لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها صاحب المصلحة، فلا يحكم بها القاضي من تلقاء نفسه. ولا يجوز النزول عنها مقدماً، فلا يصح للمدين عند إبرام عقد الدين أن ينزل مقدماً عن المقاصة. (المادة ٣٣٢ موجبات لبناني).

ومع ذلك يجوز النزول عنها سواء قبل ثبوت الحق فيها أو بعد ثبوته وذلك في القانون اللبناني^(١).

ويترتب على التمسك بالمقاصة إذا توافرت شروطها انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما إذا لم يكونا متساويين. (المادة ٣٣٣ موجبات لبناني).

(١) انظر المادة ٣٣١ موجبات لبناني.

ولكن لا يجوز أن يترتب على المقاصة الاضرار بحقوق إكتسبها الغير
فاذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ثم أصبح المدين دائناً لدائنه فلا يجوز
له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز، لأنه يجعل الدين المحجوز عليه
بالنسبة له وكأنه غير قابل للحجز عليه.

وكذلك الحال اذا أحال الدائن حقه الى الغير وقبل المدين الحوالة دون
تحفظ، فلا يكون له أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التي كان له أن يتمسك
بها قبل قبوله الحوالة، ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل^(١).

المبحث الثالث

التقادم المسقط

٢٥٥ - إذا لم يطالب الدائن بحقوقه عند حلول أجل الدين أو إذا لم
يستعمل المالك حقه مدة زمنية معينة، فإن هذا الحق يسقط بالتقادم.

فالتقادم المسقط هو انقضاء الحق لعدم المطالبة به أو لعدم استعماله
فترة زمنية معينة. (المادة ٣٤٤ موجبات).

وأساس التقادم المسقط يكمن في فكرة المصلحة العامة، حيث يتطلب
الامن والاستقرار في المجتمع منع المطالبة بالحقوق التي يسكت عنها مدة من
الزمن بهدف عدم إثارة المنازعات واستقرار الأوضاع التي استقرت.

ويعمل بنظام التقادم المسقط على السواء بالنسبة للحقوق الشخصية
والحقوق العينية فيما عدا حق الملكية. أما التقادم المكسب فإنه يرد على
الحقوق العينية فقط، فهو يؤدي الى كسب الحق العيني بالحيازة المستمرة لمدة
معينة. وإذا كان التقادم المسقط يفترض وضعاً سلبياً هو عدم مطالبة الدائن
بالحق، فإن التقادم المكسب يستلزم وضعاً ايجابياً هو الحيازة.

- لذا نعرض لأنواع التقادم وكيفية حسابه وإعماله وأثاره في المطالب الآتية:

(١) انظر المادة ٣٧٨ من القانون المدني.

المطلب الأول أنواع التقادم

٢٥٦ - الأصل أن التقادم يتم بمضي خمس عشرة سنة وهذا ما يعرف بالتقادم الطويل الأجل. ولكن ذلك لا يمنع من وجود أنواعاً أخرى من التقادم تسقط فيها الحقوق لأقل من هذه المدة. ولقد نص القانون اللبناني في المادة ٣٤٩ موجبات على أن مرور الزمن يتم في الأساس بعد انقضاء عشر سنوات^(١).

- أولاً: التقادم الخمس: توجد في الحقوق التي تسقط بمضي خمس سنوات وهي:

حقوق اصحاب المهن الحرة حيث تنقضي بمضي خمس سنوات^(٢).

والحقوق الدورية المتجددة، وهي الحقوق التي تستحق في مواعيد دورية معينة مثل أجره المباني والأراضي الزراعية، حقوق الدولة قبل الممولين (الضرائب والرسوم) حيث يبدأ سريان التقادم في الضرائب والرسوم من نهاية السنة التي تستحق فيها، وفي الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة في الدعوى التي حررت في شأنها هذه الأوراق، أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة^(٣).

ويتقادم بثلاث سنوات الحق في المطالبة برد هذه الرسوم والضرائب التي دفعت بغير حق، ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها.

ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة في القوانين الخاصة^(٤).

(١) انظر المادة ٣٧٨ من القانون المدني.

(٢) انظر المادة ٣٧٦ من القانون المدني. وانظر المادة ٣٥٠ موجبات لبناني.

(٣) انظر المادة (١) من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣.

(٤) انظر المادة ٣٧٧ من القانون المدني.

وأخيراً، الحقوق التجارية التي تتعلق بالكمبيالة والسند الأذني أو لحامله، أو الأوراق المتضمنة أمراً بالدفع، أو الحوالات الواجبة الدفع بمجرد الاطلاع عليها، وغيرها، كل هذه الحقوق يسقط الحق فيها بمضي خمس سنوات^(١).

ثانياً: التقادم الثلاثي: تتقادم بعض الحقوق بمضي ثلاث سنوات من ذلك: ما يستحق للأفراد قبل الدولة من رسوم وضرائب دفعت بغير حق. وكذلك يسقط الحق في ابطال العقد بمضي ثلاث سنوات من تاريخ زوال سبب نقص الأهلية أو معرفة عيب الرضا. كما يسقط الحق في التعويض عن العمل غير المشروع بثلاث سنوات من علم المضرور بحدوث الضرر وبالمسئول عنه^(٢).

ثالثاً: التقادم الحولي: تتقادم بعض الحقوق بمضي سنة من تاريخ استحقاقها منها:

- أ - حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتاجرون في هذه الأشياء، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم.
- ب - حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات.

ويقوم التقادم الحولي على قرينة الوفاء، فالقانون يفترض أن صاحب الحق قد استحق حقه خلال سنة^(٣).

فضلاً عن ذلك فإنه يتضح من نص المادة ٣٩٨ من قانون التجارة اللبناني أن المشرع اللبناني قد حدد مدد تقادم مختلفة لطوائف ثلاث من الدعاوى المصرفية وهي:

- ١ - الدعاوى المصرفية على المسحوب عليه القابل للكمبيالة تتقادم بثلاث

(١) انظر المادة ١٩٤ من القانون التجاري والمادة ٦٥ تجاري.

(٢) انظر المواد ٢/٣٨٧ و ١٤٠ و ١٧٢ من القانون المدني.

(٣) انظر المادة ٣٧٨ من القانون المدني.

سنوات.

٢ - الدعاوى المصرفية التي يرفعها الحامل على الساحب والمظهرين تتقدم بسنة واحدة.

٣ - دعاوى المظهرين بعضهم على بعض تتقدم بسنة شهر فقط. فضلاً عن أن هناك بعض الدعاوى التي تتقدم بمضي سنتين في القانون اللبناني (م ٣٥١ - ٣٥٢ موجبات لبناني).

المطلب الثاني

كيفية احتساب مدة التقدم

٢٥٧ - يبدأ التقدم في السريان من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الاداء ما لم ينص القانون على خلاف ذلك (١).

وتحتسب مدة التقدم بالأيام لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الأول، وتكتمل المدة بانقضاء اليوم الأخير، وإذا صادف آخر الميعاد يوم عطلة أو اجازة رسمية فإن المدة تمتد إلى أول يوم عمل حتى يتمكن صاحب المصلحة من رفع الدعوى ومطالبة المدين قضائياً.

بيد انه قد يعرض أثناء سريان مدة التقدم ما يؤدي إلى وقفها أو انقطاعها.

أولاً: وقف التقدم: يقف سريان مدة التقدم إما لوجود مانع يمنع من المطالبة القضائية، هذا المانع قد يكون مادياً كقيام حرب أو ثورة. وقد يكون هذا المانع أدبياً كصلة قرابة أو زوجية تمنع من رفع الدعوى. وقد يقف سريان التقدم لنقص الأهلية، حيث لا يسري التقدم الذي تزيد مدته على خمس

(١) انظر المادة ٣٧١ من القانون المدني. وانظر المادة ٢٤٨ موجبات لبناني.

(٢) انظر المادة ٣٨٢ من القانون المدني. وانظر اسباب وقف التقدم من القانون اللبناني المادة ٣٥٤ موجبات والمادة ٣٥٥ موجبات.

سنوات في حق من لا تتوافر فيه الاهلية، أو في حق الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة جنائية ما لم يكن له ممثل قانوني (٢). وبزوال سبب الوقف تستكمل مدة التقادم.

ثانياً: انقطاع التقادم: ينقطع التقادم إما لسبب من جانب الدائن وإما لسبب من جانب المدين (١).

فمن جانب الدائن حيث ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية عن طريق صحيفة دعوى صحيحة والتي تقطع التقادم حتى ولو رفعت أمام محكمة غير مختصة. وفي القانون اللبناني ينقطع التقادم حتى بالمطالبة غير القضائية طالما كان لها تاريخ صحيح (م ١/٣٥٧ موجبات) كما ينقطع التقادم بالاجراءات التحفظية التي يباشرها الدائن على اموال المدين (م ٣/٣٥٧ موجبات لبناني).

ويترتب على انقطاع التقادم الفناء المدة السابقة، ويبدأ احتساب تقادم جديد من وقت انتهاء الاثر المترتب على سبب الانقطاع.

والاصل أن مدة التقادم الجديد هي نفس مدة التقادم الاول الذي انقطع، ولكن يستثنى من هذه القاعدة حالتان:

١ - اذا كان الحق مما يتقادم بسنة واحدة، وانقطع تقادمه باقرار المدين، كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة. بينما يتحول في القانون اللبناني الى عشر سنوات (م ٣٥٩ موجبات).

٢ - اذا انقطع التقادم السابق (ايأ كانت مدته) عن طريق المطالبة القضائية وصدر حكم بالدين وحاز قوة الامر المقضي، فان مدة التقادم الجديد تكون خمس عشرة سنة، أو عشر سنوات بحسب الاحوال (مادة ٣٧٥ مدني مصري و٣٥٩ موجبات).

(١) انظر المادة ٣٥٧ موجبات.

المطلب الثالث

الأثار المترتبة على التقادم

٢٥٨ - يترتب على التقادم عدة أثار منها: أن المحكمة لا تستطيع أن تقضي به من تلقاء نفسها، بل يجب أن يتمسك به صاحب المصلحة، لأن انقضاء الدين أمر يتعلق بالمصلحة الخاصة بالمدين ولذا يجوز له التنازل عن التمسك بالتقادم بعد ثبوت الحق فيه (١).

ويجوز التمسك بالتقادم في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، وإن كان لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض أو التمييز (المادة ٣٤٥ موجبات).

كذلك يترتب على التقادم انقضاء الالتزام، بيد أنه يتخلف عنه التزاماً طبيعياً في ذمة المدين. (المادة ٢/٣٦١ موجبات).

وأخيراً يكون للتقادم أثراً رجعياً، بمعنى أن الالتزام ينقضي من وقت بدء سريان التقادم لا من وقت استكمال مدته، فقد نصت المادة ٢/٣٨٦ - تطبيقاً لذلك - على أنه إذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات (المادة ٢/٣٦١ موجبات).

(١) انظر المادة ٣٤٧ موجبات.

القسم الخامس

الإثبات

٢٥٩ - معنى الإثبات وأهميته.

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة قانونية بالكيفية والطرق التي يحددها القانون. فهو في الواقع إقامة الدليل على مصدر الحق، فمن هنا تبدو أهميته، فنشوء الحق ووجوده، يتم بحصول الواقعة التي يجعلها القانون مصدراً له، ومن هذا الوقت تبدأ قدرة صاحب الحق على الاستفادة من حقه والانتفاع بالمميزات التي تترتب على هذا الحق. بيد أن ذلك يفترض ألا ينازعه أحد في حقه. أما إذا حدث هذا النزاع بأن أنكر الغير وجود الحق، كما لو ادعى المدين أنه ليس مديناً، فلصاحب الحق أن يلجأ إلى القضاء لفض النزاع وإقرار الحق، مما يقتضي أن يقيم صاحب الحق الدليل على وجود حقه وهذا هو الإثبات فإذا لم يتمكن صاحب الحق إقامة الدليل على وجود حقه، فإن هذا الحق يفقد قيمته من الناحية العملية، فهو والعدم سواء.

ولدراسة الإثبات يجب أن نعرض بإيجاز شديد لمبدأ حياد القاضي، ومحل الإثبات وعبء الإثبات، وطرق الإثبات: وذلك في بابين.

الباب الأول

مبدأ حياد القاضي ومحل الإثبات وعبء الإثبات

الفصل الأول

مبدأ حياد القاضي

٢٦٠ - من المفروض بداهة أن القاضي لا يتحيز لأحد الخصوم، بل إنه يفصل في الطلبات التي يقدمها الخصوم على ضوء الأدلة التي يتقدمون بها لإثبات هذه الطلبات أو الحقوق المتنازع عليها. فليس من وظيفة القاضي أن يساهم في جمع الأدلة أو أن يستند في حكمه إلى علمه الشخصي، إذا كان يعلم واقعة معينة تتعلق بالدعوى.

إلا أن حياد القاضي لا يعني سلبية بل إن له دوراً إيجابياً في تسيير الدعوى وتصحيح شكلها والحكم بقبول أو رفض أدلة الإثبات وتقييمها. فإذا كان عليه أن يحترم قواعد الإثبات المقبولة قانوناً، إلا أن سلطته تقديرية في تفضيل قول خبير على آخر أو شاهد على شاهد آخر. ويجوز للقاضي أن يستجوب الخصوم ويستدعي شهوداً للشهادة ويوجه اليمين وينتقل للمعينة.

وينعكس أثر مبدأ حياد القاضي على حق الخصوم في الإثبات، إذ أن لهم الحق في تقديم الأدلة اللازمة لإثبات الحقوق المتنازع عليها، وعلى القاضي أن يقف موقفاً حيادياً بين الخصوم، وأن يمكن كل منهما من إثبات ما يدعيه. فلكل خصم أن يقيم الدليل على حقه، وللخصم الآخر الحق في إثبات عكس ذلك، وللقاضي دوراً إيجابياً في تقدير هذه الأدلة.

الفصل الثاني

محل الإثبات

٢٦١ - عرفنا أن الحقوق تنشأ عن مصادر متعددة، ولذلك فإن إثبات وجود حق معين يتم عن طريق إثبات مصدره، أي الواقعة أو التصرف الذي أنشأه الحق محل الإثبات إذن هو هذه الواقعة أو التصرف لأن إثبات مصدر الحق يعني ثبوت الحق ذاته. فمن يطالب شخص يدين عليه أن يثبت العقد أو الفعل مصدر هذا الدين، فإذا كانت الواقعة القانونية هي مصدر الحق، فإن القانون هو الذي يقرر ذلك الحق.

والواقعة القانونية إما أن تكون واقعة مادية كالوفاة والفعل الضار وما يترتب عليهما من حق في الميراث وحق في التعويض، وإما أن تكون تصرفاً قانونياً كالبيع والإيجار والوصية.

والحكم الذي يصدره القاضي هو تطبيق القانون على الواقع الذي يثبته كالبيع والإيجار والوصية.

والحكم الذي يصدره القاضي هو تطبيق القانون على الواقع الذي يثبته الخصوم أمامه. فالإثبات يرد على الوقائع والظروف التي يوجد فيها الشخص والتي تبيح تطبيق القاعدة القانونية.

فإذا أثبت المدعي الواقعة القانونية التي تعتبر مصدراً لحقه، فإن القاضي يحكم له دون أن يكلفه بإثبات القاعدة القانونية التي تقرر هذا الحق. فالقاعدة القانونية واجبة التطبيق ليست محلاً للإثبات، لأن القاضي ينبغي عليه أن يعلم بها، وعليه وحده أن يبحث عنها.

ولا ينفي هذا مكنة قيام الخصوم بتفسير القاعدة القانونية على النحو الذي يتفق ومصلحتهم في الدعوى.

إلا أنه استثناءً من ذلك على الخصوم إثبات القاعدة إذا ما اتخذت صورة عادة اتفاقية، وعلى من يستند إليها أن يقوم بإثباتها.

وكذلك الحال اذا كانت القاعدة القانونية الواجبة التطبيق هي قاعدة قانون اجنبي تقضي قواعد الاسناد بتطبيقها، فانها تأخذ حكم الواقعة القانونية وينبغي على الخصوم اقامة الدليل عليها.

بيد انه يشترط في الواقعة محل الاثبات أن تتوافر فيها الشروط الآتية:

فمن ناحية يجب أن تكون الواقعة محل الاثبات متعلقة بالدعوى. ومن ناحية اخرى يشترط ان تكون الواقعة منتجة في الاثبات، أي تؤدي الى اقناع القاضي بأحقية الطلب المتنازع فيه. وأخيراً يتعين أن تكون الواقعة جائزة الاثبات قانوناً، وذلك لمخالفة الواقعة للنظام العام والأداب، أو لكون الواقعة مستحيلة عقلاً وقانوناً كمن يدعي بنوته لمن هو أصغر منه سناً.



مركز تحقيقات كليات الشريعة والعلوم الإسلامية

الفصل الثالث

عبء الإثبات

٢٦٢ - الإثبات من مهمة الخصوم في الدعوى، ولتحديد من يقع عليه عبء الإثبات أهمية كبرى من الناحية العملية، فكثير من الأفراد يخسرون دعواهم، رغم كونهم أصحاب حقوق، لا شيء إلا لأنهم يعجزون عن إقامة الدليل.

والقاعدة العامة في هذا الصدد أن الإثبات على المدعي، ولا يقصد بالمدعي من يرفع الدعوى، وإنما قد يكون هو رافع الدعوى أو من رفعت عليه الدعوى. فإذا رفع شخص دعوى على آخر يطالبه فيها بمبلغ معين اقترضه منه، كان على رافع الدعوى أن يثبت حقه في ذمة المدين أمام القاضي ومن ادعى أنه وفي هذا الدين كان عليه أن يثبت ذلك، لذا يقع عليه عبء الإثبات في هذه الحالة.

ومن المسلم به أن كل من الخصوم له الحق في إقامة الدليل على وجود وصحة الواقعة القانونية المنشئة لحقه، وللخصم الآخر الحق في مناقشة وتفنيده ذلك. لأنه إذا كان للمدعي أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه، فيجب عليه مبدأ المجابهة بالدليل. ولا يستطيع القاضي أن يمنع الأطراف من ذلك وإلا كان في هذا إخلالاً بحقهم في الدفاع مما يجعل الحكم مشوباً بالقصور الذي يؤدي إلى نقضه.

ومما يتصل بهذا المبدأ أنه لا يجوز إجبار الخصم على أن يقدم دليلاً ضد نفسه، فإذا كان لدى أحد الخصوم دليلاً يفيد خصمه، فلا يجوز إجباره على تقديم هذا الدليل، لأن من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة، وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم سند يملكه ولا يرد تقديمه.

ومن جهة أخرى لا يجوز أن يخلق الشخص دليلاً لنفسه، إذا لا يتصور أن يخلق الشخص لنفسه دليلاً على الحق الذي يدعيه، فلا يجوز أن يكون الدليل الذي يقدمه المدعي على دعواه مجرد أقواله أو ادعاءاته أو ما يقدمه من محررات دونها بنفسه.

الباب الثاني طرق الإثبات والمعاينة والخبرة

الفصل الأول طرق الإثبات

٢٦٣ - وسائل الإثبات في القانون المصري هي: الاقرار، والكتابة، وشهادة الشهود، واليمين، والقرائن؛ ومن طرق الإثبات كذلك المعاينة والخبرة.

(١) الاقرار، هو اعتراف الخصم بالواقعة المتنازع عليها، والاقرار نوعان: إقرار قضائي يقع في مجلس القضاء، وإقرار غير قضائي يقع خارج مجلس القضاء. والاقرار حجة قاطعة على المقر. ولذلك يقال بأنه سيد الأدلة أو اقواها. ويجوز إثبات كافة الوقائع والتصرفات القانونية بالاقرار.

(٢) الكتابة، تمتاز الكتابة عن سائر طرق الإثبات بأنها دليل يمكن إعداده مقدماً، أي وقت حصول الواقعة مصدر الحق، وقبل حدوث أي نزاع بشأنها، هذا ويجوز إثبات كافة الوقائع والتصرفات بالكتابة.

ويلاحظ أن الكتابة تثبت عادة في محرر أو سند، وهي نوعان: محررات أو سندات رسمية يقوم بتحريرها موظف عام مختص، ومحررات أو مستندات عرفية وهي ورقة يحررها الأفراد ويوقعون عليها دون تدخل من جانب السلطة العامة.

(٣) شهادة الشهود، هي تقرير الشخص بما رآه أو سمعه، والشهادة دليل أقل في قوته من الكتابة فلا يجوز أن يثبت بها إلا الوقائع المادية كالفعل الضار، والتصرفات القانونية التي لا يزيد قيمتها عن عشرين جنيهاً، بشرط ألا يكون القانون قد تطلب وسيلة أخرى للإثبات، كما عقد الشركة حيث يتطلب القانون الكتابة لإثباته ولو لم تزد قيمته على عشرين جنيهاً، ففي هذا المثال لا يصح الإثبات بشهادة الشهود.

(٤) اليمين، دليل يلجأ اليه الخصم اذا عجز عن إثبات حقه، وفي هذه الحالة يحتكم الى خصمه، وذلك بأن يوجه اليه اليمين الحاسمة، طالبا منه ان يحلف على واقعة معينة تؤدي الى ثبوت حقه أو نقضه. فاذا حلف من وجه اليه اليمين ثبت حقه وخسر المدعي دعواه، وإن نكل عن اليمين خسر دعواه وحكم لمن وجه اليمين بما يدعيه.

(٥) القرائن، هي استنباط أمر مجهول من آخر معلوم، هذا الاستنباط قد يقوم به المشرع نفسه وينص عليه في القانون، وهذه هي القرائن القانونية وقد ينتقل هذا العبء الى الطرف الآخر.

ويلاحظ أن القرينة تعفي من تقررت لصالحه من عبء الإثبات. وقد ينتقل هذا العبء إلى الطرف الآخر.



مركز تحقيقات كنج پير علوم اسلامی

الفصل الثاني

المعاينة والخبرة (١)

٢٦٤ - تعتبر كل من المعاينة والخبرة من طرق الاثبات المباشرة وذلك نظراً لاتصالهما اتصالاً مادياً بالواقعة المراد اثباتها.
ونعرض لكل منها على التوالي:

المبحث الأول

المعاينة

٢٦٥ - تقضي المادة ١٣١ بأنه «للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب احد الخصوم أن تقرر الانتقال لمعاينة الحق المتنازع فيه أو أن تندب أحد قضااتها لذلك، وتحرر المحكمة أو القاضي محضراً تبين فيه جميع الاعمال المتعلقة بالمعاينة وإلا كان العمل باطلاً».

فطلب الانتقال الى محل النزاع لمعاينته هو من الرخص القانونية لمحكمة الموضوع فلا عليها إن هي لم تستجب الى ذلك متى وجدت في اوراق الدعوى ما يكفي لاقتناعها بالفصل فيها.

وللمحكمة أو لمن تندبه من قضااتها حال الانتقال تعيين خبير للاستعانة به في المعاينة، ولها وللقاضي المنتدب سماع من يرى سماعه من الشهود وتكون دعوة هؤلاء للحضور بطلب ولو شفويّاً من كاتب المحكمة (م ١٣٢ اثبات).

ونظراً الى أهمية ما تسفر عنه المعاينة فقد أوجب القانون على المحكمة

(١) انظر السيد عمران ومحمد منصور، المبادئ العامة للقانون لطلبة كلية التجارة، ص ٤٧٦ وما بعدها.

أو القاضي المنتدب تحرير محضر تبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة وذلك لكي يمكن الرجوع اليه في الدفاع أو في الحكم... ويرتب القانون البطلان على عدم تحرير محضر المعاينة، ولكن البطلان هنا لا يتعلق بالنظام العام، فلا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها وإنما يجب أن يتمسك به صاحب المصلحة.

وتنص المادة ١٣٣ اثبات على أنه يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة يجتمل أن تصبح محل نزاع امام القضاء، أن يطلب في مواجهة ذوي الشأن وبالطرق المعتادة، من قاضي الامور المستعجلة، الانتقال للمعاينة، وتراعى في هذه الحالة الاحكام المبينة في المواد السابقة.

وكل ما يثبت للمحكمة بالمعاينة يعتبر دليلاً قائماً في الدعوى يتحتم عليها أن تقول كلمتها فيه وخاصة اذا كان النزاع بين الطرفين المتخاصمين متعلقاً بالحالة الطبيعية للدين المتنازع عليه.



حتى يستطيع القاضي الفصل في الخصومات ذات الطابع الفني اجاز له القانون الاستعانة بأهل الخبرة ويكون ذلك للاسترشاد بأرائهم.

ولقد خول القانون المحكمة سلطة تقدير الاستعانة بالخبراء من تلقاء نفسها او بناء على طلب احد الخصوم، فالقاضي هو الذي يقدر مدى لزوم ذلك.

وتنص المادة ١٣٥ على انه للمحكمة عند الاقتضاء ان تحكم بئدب خبير واحد او ثلاثة ويجب ان تذكر في منطوق حكمها.

١ - بياناً دقيقاً لمأمورية الخبير والتدابير العاجلة التي يؤذن له في اتخاذها.

٢ - الامانة التي يجب ايداعها خزانة المحكمة لحساب مصروفات الخبير

واتعابه والخصم الذي يكلف بايداع هذه الامانة والاجل الذي يجب فيه الايداع والمبلغ الذي يجوز للخبير سحبه لمصروفاته.

٣ - الاجل المضروب لايداع تقرير الخبير.

٤ - تاريخ الجلسة التي تؤجل اليها القضية للمرافعة في حالة ايداع الامانة وجلسة اخرى اقرب منها للنظر في القضية في حالة عدم ايداعها.

٥ - وفي حالة دفع الامانة لا تشطب الدعوى قبل اخبار الخصوم، بايداع الخبير تقريره.

وتنص المادة ١٣٦ على أنه اذا اتفق الخصوم على اختيار خبير او ثلاثة خبراء تعين على المحكمة أن تقرر اتفاقهم.

وفيما عدا هذه الحالة تختار المحكمة الخبراء من بين المقبولين امامها إلا إذا قضت بغير ذلك ظروف خاصة، وعليها حينئذ أن تبين هذه الظروف في الحكم.

واذا كان النذب لمكتب الخبراء أو قسم الطب الشرعي أو أحد الخبراء الموظفين وجب على جهة الادارية فور اخطارها بايداع الامانة تعيين شخص الخبير الذي عهد اليه بالمأمورية وإبلاغ المحكمة بهذا التعيين. فاذا كان الخبير غير مقيد بالجدول فعليه أن يحلف اليمين أمام القاضي وإلا كان العمل باطلاً^(١).

من ناحية أخرى تجيز المادة ١٤٠ اثبات على أنه للخبير خلال الخمسة أيام التالية لتاريخ تسليمه صورة الحكم من قلم المحكمة، أن يطلب اعفاءه من أداء مأموريته.

ولرئيس الدائرة التي عينته، أو القاضي الذي عينه أن يعفيه منها، اذا رأى أن الاسباب التي ابداهها لذلك مقبولة. ويجوز في الدعاوى المستعجلة أن تقرر المحكمة في حكمها نقض الميعاد.

كما تجيز المادة ١٤١ رد الخبير في الحالات التي يكون له فيها علاقة مع الخصوم يخشى أن تؤثر في عمله وحيدته. ومثال ذلك قرابته لاحد

(١) انظر المادة ١٣٩ من قانون الاثبات.

الخصوم حتى الدرجة الرابعة، كونه وكيلاً أو ممثلاً لأحد الخصوم، أو وجود مصلحة له أو لأحد أقاربه في الدعوى، أو صلته القوية بأحد الخصوم.

تقرير الخبير وحجيته:

على الخبير أن يقدم تقريراً موقعاً منه بنتيجة أعماله ورأيه والأوجه التي استند إليها بإيجاز وبنقطة.

فإذا كان الخبراء ثلاثة فلكل منهم أن يقدم تقريراً مستقلاً برأيه ما لم يتفقوا على أن يقدموا تقريراً واحداً يذكر فيه رأي كل منهم وأسبابه (م ١٥٠ اثبات).

فإذا انتهى الخبير من تحرير تقريره وجب أن يودعه هو ومحاضر أعماله قلم الكتاب. ويودع كذلك جميع الأوراق التي سلمت إليه (م ١٥١ اثبات).

وللمحكمة أن تأمر باستدعاء الخبير في جلسة تحددها لمناقشته في تقريره إن رأت حاجة لذلك ويبيد الخبير رأيه مؤيداً بأسبابه، وتوجه إليه المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم ما تراه من الأسئلة مفيداً في الدعوى (م ١٥٣).

تقرر المادة ١٥٦ أن رأي الخبير لا يفيد المحكمة، فلها أن تأخذ بتقريره متى اطمأنت إليه وإلى الأسس والأسباب التي قام عليها. ولها أيضاً ألا تأخذ بتقريره، وتنتدب خبيراً آخر. وعندئذ لها أن تأخذ بإيهما. وإذا أخذت بتقرير الخبير الأخير، فهي لا تلتزم بالرد بأسباب خاصة على ما ورد بالتقرير الأول.

تم بحمد الله وآخر دعوانا

أن الحمد لله رب العالمين

السيد عمران



مرکز تحقیقات کامپیوتر علوم اسلامی

الفهرس العام

الموضوع	الصفحة
اهداء	٣
كلمة المؤلف	٥
القسم الاول: في القانون او القاعدة القانونية (نظرية القانون)	٧
الباب الاول: تحليل القانون	٨
الفصل الاول: تعريف القانون وبيان خصائصه	٨
المبحث الاول: تعريف القانون	٩
المطلب الاول: خصائص القاعدة القانونية	٩
المبحث الثاني: وضع القانون من القواعد الاخرى	١٧
المطلب الاول: القاعدة القانونية والقواعد الاخلاقية	١٧
المطلب الثاني: التفرقة بين القاعدة القانونية والقاعدة الدينية	٢٠
الفصل الثاني: أنواع القواعد القانونية وتقسيماتها	٢٣
المبحث الاول: تنوع القواعد القانونية الى قواعد القانون العام والقانون الخاص	٢٤
المطلب الاول: فروع القانون العام	٢٧
المطلب الثاني: فروع القانون الخاص	٣٢
المبحث الثاني: تنوع القواعد القانونية من حيث قوتها الى قواعد امرة ومكاملة	٣٨

المطلب الأول: القواعد الآمرة والقواعد المكملّة والتعريف	
بهما	٣٩
المطلب الثاني: معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد	
المكملّة	٤١
الباب الثاني: القانون بين النشأة والتطبيق والإلغاء	٤٣
الفصل الأول: مصادر القانون (القاعدة القانونية)	٤٣
المبحث الأول: التشريع كمصدر أصلي	٤٥
المطلب الأول: تعريف التشريع وبيان خصائصه وتوضيح	
مزاياه وعيوبه	٤٥
المطلب الثاني: سن التشريع ونفاذه	٥٠
المطلب الثالث: أنواع القواعد القانونية	٥٥
المبحث الثاني: الدين كمصدر أصلي خاص للقاعدة	
القانونية	٦١
المبحث الثالث: المصادر الاحتياطية للعرف	٦٣
المطلب الأول: تكوين العرف وأنواعه	٦٤
المطلب الثاني: تقدير العرف من حيث مزاياه وعيوبه	
بالمقارنة بالتشريع	٦٩
المطلب الثالث: أساس القوة الإلزامية للعرف	٧١
المطلب الرابع: دور العرف بين مصادر القانون	٧٤
المبحث الرابع: مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر	
إحتياطي	٧٨
المبحث الخامس: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة	
ودور القاضي في استنباط الحكم وفقاً لهذه المبادئ	٨٠
الفصل الثاني: تطبيق القانون	٨٢
المبحث الأول: تطبيق القانون من حيث المكان	٨٤
المبحث الثاني: تطبيق القانون من حيث الزمان	٨٧

المطلب الأول: الحلول النظرية لحل مشكلة التنازع (مبدأ	
عدم رجعية القوانين، مبدأ الأثر الفوري للقانون)	٨٩
المبحث الثالث: تفسير القواعد القانونية	٩٧
المطلب الأول: أنواع التفسير	٩٨
الفصل الثالث: تغيير أو إلغاء القانون	١٠٠
المبحث الأول: إلغاء القواعد التشريعية وغير التشريعية	١٠٠
المبحث الثاني: الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني	١٠٢
القسم الثاني: نظرية الحق	١٠٤
الباب الأول: دراسة تحليلية للحق (تعريفه وأنواعه وأركانه)	١٠٦
الفصل الأول: ماهية الحق	١٠٦
المبحث الأول: المذهب الشخصي	١٠٧
المبحث الثاني: المذهب الموضوعي	١٠٨
المبحث الثالث: المذهب المختلط	١٠٩
الفصل الثاني: أنواع الحقوق وتقسيماتها	١١٣
المبحث الأول: أنواع الحقوق غير المالية	١١٤
المطلب الأول: الحقوق السياسية	١١٤
المطلب الثاني: حقوق الأسرة	١١٥
المطلب الثالث: الحقوق اللصيقة بالشخصية	١١٥
المبحث الثاني: الحقوق المالية	١١٧
المطلب الأول: تعريف الحق الشخصي	١١٨
المطلب الثاني: الحقوق العينية الأصلية والتبعية	١١٩
المطلب الثالث: التفرقة بين الحق العيني والحق	
الشخصي	١٢٦
الفصل الثالث: أركان الحق (أشخاص ومحل)	١٢٩
المبحث الأول: أشخاص الحق	١٢٩

المطلب الأول: الشخص الطبيعي	١٣٠
الفرع الأول: مدة الشخصية (بدايتها ونهايتها)	١٣١
الفرع الثاني: مميزات الشخصية الطبيعية	
(الاسم)	١٣٤
الفرع الثالث: مميزات الشخصية (الحالة)	١٣٦
الفرع الرابع: مميزات الشخصية (الموطن)	١٣٩
الفرع الخامس: مميزات الشخصية (الأهلية)	١٤١
الفرع السادس: مميزات الشخصية (الذمة المالية)	١٥١
المطلب الثاني: الشخص المعنوي	١٥٣
الفرع الأول: طبيعة ومقومات الشخص الاعتباري	١٥٥
أولاً: طبيعة الشخص الاعتباري	١٥٥
ثانياً: مقومات الشخص الاعتباري	١٥٧
الفرع الثاني: بداية الشخصية ونهايتها والخصائص المميزة لها	١٥٨
الفرع الثالث: أنواع الأشخاص الاعتبارية	١٦٢
أولاً: جماعات الأشخاص (الشركات والجمعيات)	١٦٢
ثانياً: مجموعات الأموال	١٦٤
المبحث الثاني: محل الحق	١٦٥
المطلب الأول: الأشياء	١٦٦
الفرع الأول: الأشياء التي يمكن أن تكون محلاً للحقوق	١٦٧
الفرع الثاني: تقسيمات الأشياء	١٦٨
المطلب الثاني: الأعمال	١٧٤

الباب الثاني: نشوء الحق وإثباته واستعماله وانقضائه	١٧٦
الفصل الأول: مصادر الحق وكيفية إثباته	١٧٧
المبحث الأول: مصادر الحق (الواقعة القانونية والتصرف القانوني)	١٧٨
المطلب الأول: الوقائع القانونية	١٧٨
المطلب الثاني: التصرفات القانونية	١٨٠
المبحث الثاني: إثبات الحق	١٨١
الفصل الثاني: استعمال الحق وحمايته	١٨٤
المبحث الأول: معنى التعسف في استعمال الحق	١٨٥
المبحث الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق وجزاؤه	١٨٦
المبحث الثالث: حماية القانون للحق	١٩٠
الفصل الثاني: انقضاء الحق	١٩٢
المبحث الأول: انقضاء الحقوق الشخصية أو حق الدائنين	١٩٢
المبحث الثاني: انقضاء الحقوق العينية	١٩٥
نظرية الالتزام واحكام الالتزام	١٩٧
القسم الثالث: مصادر الالتزام	١٩٩
تعريف العقد	١٩٩
تقسيمات العقود	٢٠٠
الباب الأول:	٢٠٣
الفصل الأول: انعقاد العقد	٢٠٣
المبحث الأول: طرفا العقد	٢٠٣
المطلب الأول: النيابة في التعاقد	٢٠٤
١ - شروط النيابة	٢٠٥
٢ - آثار النيابة	٢٠٨
٣ - تعاقد النائب مع نفسه	٢٠٨

٢٠٩	المطلب الثاني: الاهلية
٢١٣	المبحث الثاني: الإرادة أو التراضي في العقد
٢١٣	المطلب الأول: تكوين الإرادة
٢١٣	الفرع الأول: التعبير عن الإرادة
٢١٦	الفرع الثاني: توافق الارادتين
٢٢١	الفرع الثالث: الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي والعربون
٢٢٤	المطلب الثاني: سلامة الرضاء أو ما يسمى بعيوب الارادة
٢٢٤	الفرع الأول: الغلط
٢٢٦	الفرع الثاني: التدليس
٢٢٨	الفرع الثالث: الاكراه
٢٣٠	الفرع الرابع: الاستغلال
٢٣٢	المبحث الثالث: المحل
٢٣٥	المبحث الرابع: السبب
٢٣٧	المبحث الخامس: الجزاء على تخلف أحد شروط انعقاد العقد
٢٣٨	المطلب الأول: البطلان المطلق
٢٣٩	المطلب الثاني: البطلان النسبي
٢٤١	الفصل الثاني: آثار العقد
٢٤١	المبحث الأول: آثار العقد بالنسبة للأشخاص
٢٤١	المطلب الأول: آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين
٢٤٤	المطلب الثاني: آثار العقد بالنسبة للغير
٢٤٤	الفرع الأول: الاشتراط لمصلحة الغير
٢٤٨	الفرع الثاني: التعهد عن الغير

٢٤٩	المبحث الثاني: آثار العقد من حيث الموضوع
٢٤٩	المطلب الأول: القوة الملزمة للعقد
٢٥١	المطلب الثاني: تفسير العقد وتحديد مضمونه
٢٥٢	المبحث الثالث: جزاء الاخلال بالتزامات العقد (المسئولية العقدية)
٢٥٣	المطلب الأول: الخطأ العقدي
٢٥٤	المطلب الثاني: الضرر
٢٥٧	المطلب الثالث: علاقة السببية بين الخطأ والضرر
٢٥٩	الفصل الثالث: زوال العقد
٢٦٠	المبحث الأول: فسخ العقد
٢٦١	المطلب الأول: الفسخ القضائي
٢٦٣	المطلب الثاني: الفسخ الاتفاقي
٢٦٤	المطلب الثالث: إنفساخ العقد بحكم القانون
٢٦٥	المبحث الثاني: الدفع بعدم التنفيذ
٢٦٧	الباب الثاني: الفعل الضار (العمل غير المشروع - المسئولية التقصيرية)
٢٧٠	الفصل الأول: المسئولية عن الفعل الشخصي
٢٧٠	المبحث الأول: الخطأ
٢٧٠	المطلب الأول: معنى الخطأ
٢٧١	الفرع الأول: العنصر المادي للخطأ
٢٧٣	الفرع الثاني: العنصر المعنوي للخطأ
٢٧٤	المطلب الثاني: أنواع الخطأ وصوره
٢٧٦	المبحث الثاني: الضرر
٢٧٧	المبحث الثالث: علاقة السببية بين الخطأ والضرر
٢٨٠	المبحث الرابع: التعويض عن الضرر

٢٨٢	الفصل الثاني: المسؤولية عن فعل الغير
٢٨٢	المبحث الأول: مسؤولية متولي الرقابة عن هم في رقابته
٢٨٣	المبحث الثاني: مسؤولية المتبوع عن فعل التابع
٢٨٦	الفصل الثالث: المسؤولية عن ضرر الاشياء
٢٨٦	المبحث الأول: مسؤولية حارس الحيوان
٢٨٧	المبحث الثاني: مسؤولية حارس الاشياء
٢٨٩	المبحث الثالث: مسؤولية حارس البناء
٢٩١	القسم الرابع: احكام الالتزام
٢٩٢	الفصل الأول: آثار الالتزام
٢٩٤	المبحث الأول: التنفيذ العيني
٢٩٨	المبحث الثاني: التنفيذ بمقابل اي عن طريق التعويض
٢٩٨	المطلب الأول: التعويض القضائي
٣٠١	المطلب الثاني: التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)
٣٠٢	المطلب الثالث: التعويض القانوني (الفوائد)
٣٠٥	المبحث الثالث: وسائل تنفيذ الالتزام
٣٠٨	الفصل الثاني: اوصاف الالتزام
٣٠٨	المبحث الأول: تعدد محل الالتزام
٣٠٨	المطلب الأول: الالتزام التخييري
٣١٠	المطلب الثاني: الالتزام البدلي
٣١١	المبحث الثاني: تعدد اطراف الالتزام
	المطلب الأول: تعدد اطراف الالتزام والتضامن بين الدائنين
٣١٢	والمدينين
	الفرع الأول: التضامن الايجابي (التضامن بين
٣١٢	الدائنين)

الفرع الثاني: التضامن السلبي (التضامن بين المدينين)	٣١٣
المطلب الثاني: عدم القابلية للانقسام	٣١٧
المبحث الثالث: الاوصاف المؤثرة في آثار الالتزام (الشرط والاجل)	٣١٨
المطلب الأول: الشرط كوصف للالتزام	٣١٨
المطلب الثاني: الاجل كوصف للالتزام	٣٢٠
الفصل الرابع: انتقال الالتزام	٣٢٣
المبحث الأول: حوالة الحق	٣٢٣
المبحث الثاني: حوالة الدين	٣٢٨
الفصل الخامس: انقضاء الالتزام	٣٣١
المبحث الأول: انقضاء الالتزام عن طريق الوفاء	٣٣١
المطلب الأول: طرق الوفاء	٣٣٢
الفرع الأول: الموفى	٣٣٢
الفرع الثاني: الموفى له	٣٣٥
المطلب الثاني: محل الوفاء وظروف الوفاء	٣٣٧
المبحث الثاني: انقضاء الالتزام عن طريق المقاصة	٣٣٩
المبحث الثالث: التقادم المسقط	٣٤١
المطلب الأول: انواع التقادم	٣٤٢
المطلب الثاني: كيفية حساب مدة التقادم	٣٤٤
المطلب الثالث: الآثار المترتبة على التقادم	٣٤٦
القسم الخامس: الإثبات	٣٤٧
الباب الأول: مبدأ حياد القاضي ومحل الإثبات وعبء الإثبات	٣٤٨
الفصل الأول: مبدأ حياد القاضي	٣٤٨
الفصل الثاني: محل الإثبات	٣٤٩

٣٥١	الفصل الثالث: عبء الاثبات
٣٥٢	الباب الثاني: طرق الاثبات والمعاينة والخبرة
٣٥٢	الفصل الاول: طرق الاثبات
٣٥٤	الفصل الثاني: المعاينة والخبرة
٣٥٤	المبحث الاول: المعاينة
٣٥٥	المبحث الثاني: الخبرة
٣٥٩	الفهرس العام



مركز تحقيقات كليات علوم اسلامی