

الكتب القانونية

المدخل إلى القانون

القانون بوجه عام
النظرية العامة للقاعدة القانونية
النظرية العامة للحق

القسم الثاني

الدكتور حسن كبره

أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق بجامعة الكويت
عميد كلية الحقوق ونائب رئيس جامعة الكويت سابقاً

الناشر: دار الفكر
جلال حبيب وشركاه

القسم الثاني
النظرية العامة للحق

مقدمة

٢٢٠ - تقسيم

فرغنا في القسم الأول من عرض النظرية العامة للمقاعدة القانونية ،
فيبقى - طبقا لخطه البحث التي رسمناها - بحث النظرية العامة للحق في
هذا القسم الثاني .

وعرض هذه النظرية ، يقتضى أولا تحديد صاحب الحق ، ثم محله ، ثم
المصادر التي تولده وهي ذات مصادر زواله وانقضائه ، ثم نشاطه واستعماله
الاستعمال المشروع الذى يكفل القانون حمايته . ولكن ينبغي التمهيد لذلك
كله بكلمة عامة فى الحق .

ولذلك نقسم هذا القسم على النحو التالى :

- باب تمهيدى - فى الحق بوجه عام .
- الباب الأول - فى صاحب الحق .
- الباب الثانى - فى محل الحق .
- الباب الثالث - فى مصادر الحق .
- الباب الرابع - فى استعمال الحق .

باب تمهيدى

فى الحق بوجه علم

٢٢١ - الحق والقانون

أشرنا الى أن القانون انما يقيم نظام المجتمع ويحكم سلوك الأفراد فيه عن طريق فرض تكاليف وواجبات على الأفراد من ناحية وتقرير حقوق لهم من ناحية ثانية ، اذ هو يوازن بين المصالح المتعارضة التى تحوط علاقات الأفراد ، فيغلب بعضها على بعض ويميز بين أطراف هذه العلاقات تبعا لذلك فيقرر للبعض منهم حقوقا مقابل وضع واجبات على البعض الآخر . والقانون بذلك يختلف عن الأخلاق التى تقتصر على مجرد بيان الواجبات دون تقرير الحقوق . كما سبق البيان .

ولئن كانت الصلة وثيقة هكذا بين القانون والحق ، فالفقهاء يتجادلون فيما اذا كان القانون هو المؤسس على الحق أم الحق هو المؤسس على القانون . ويرتكز هذا الخلاف على اختلاف وجهات النظر بين المذهب الفردى والمذهب الاجتماعى . والواقع أنه يجب التسليم باستناد الحقوق الى القانون الوضعى بحيث تستمد منه وجودها الشرعى وكفالة احترامها ، اذ لا يتصور فى مجتمع منظم وجود حق لا يقره القانون أو يحميه . ولكن ليس معنى ذلك أن القانون الوضعى يتحكم فى فرض الحقوق ومنحها ، فقواعده ترتكز - كما سبق البيان - على أساس من حقائق الحياة الاجتماعية وموجهات العدل المثالية . وكلها تقر للأفراد حقوقا معينة لا يملك القانون الوضعى انكارها .

٢٢٢ - تقسيم

ينبغي - ونحن بصدد الكلام فى الحق بوجه عام - أن نمهد لذلك بإثبات وجود فكرة الحق فى ذاتها ودحض ما ذهب اليه بعض الفقهاء من انكارها . ثم نعرض بعد ذلك للتعريف بالحق ، وهو ما يقتضى عرض مختلف الآراء والمذاهب فى هذا الصدد وتمحيصها . وننتهى ببيان أنواع الحق المختلفة وما يترتب من آثار على هذا التنوع ، وهو ما يقتضى خاصة بحث فكرة « الذمة المالية » التى تضم بين عناصرها طائفة من الحقوق المالية .

ولذلك نقسم هذا الباب التمهيدى الى فصول أربعة :

الفصل الأول - فى وجود فكرة الحق .

الفصل الثانى - فى تعريف الحق .

الفصل الثالث - فى أنواع الحق .

الفصل الرابع - فى الذمة المالية .

الفصل الأول

وجود فكرة الحق

٢٢٣ - تمهيد

تعرضت فكرة الحق لهجوم شديد من جانب بعض الفقهاء الذين أنكروا جدواها وأنكروا بالتالي وجودها القانوني . غير أن كل الهجمات قد فشلت فيما استهدفته من محو الاعتقاد في وجود فكرة قانونية مستقلة للحق ، فبقيت هذه الفكرة الى اليوم - كما وعاما الفقه التقليدي - احدى الدعائم الأساسية الراسية في الحياة القانونية .

فنعرض أولا لانكار فكرة الحق وما يرتكز عليه هذا الانكار من حجج ، ثم نناقش هذه الحجج لنرى وجه الصواب فيها من وجوب رخصتها وضرورة ابقاء على فكرة الحق .

٢٢٤ - انكار وجود فكرة الحق

هوجمت فكرة الحق في وجودها القانوني منذ أواخر القرن الماضي مهاجمة عنيفة من جانب بعض الفقهاء . ولعل أقدر هجوم وأعنفه كان هو هجوم الفقيه الفرنسي العظيم « ديجي » Duguit ، فنكتفى بعرض مذهبه (١) في هذا الصدد .

وقد سبق ايضاح منهاج هذا الفقيه في البحث (٢) ، أي المنهاج العلمي بالمعنى الدقيق الذي لا يسلم الا بما تسجله المشاهدة وتؤيده التجربة . وقد

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Duguit, op. cit., t. I, Nos. 29, pp. 200 - 315 ; Leçons de droit public général, 1928, pp. 33 - 72.

(٢) انظر سابقا ، فقرة ٦٨ .

تأدى به هذا المنهاج الى محاولة تطهير القانون من كل ما يملأه من أفكار غير واقعية لا تستند الى المشاهدة والتجربة ، وفي مقدمتها فكرة الحق التي يراها دخيلة على عالم القانون لأنها فكرة فلسفية مما وراء الطبيعة .

ويبدأ « ديجي » انكاره وجود فكرة الحق بانكار وجود ما يسمى بالحقوق الطبيعية التي تولد مع كل فرد وتثبت له باعتباره انسانا . وهو في سبيل ذلك يهاجم المذهب الفردي الذي روج لوجود هذه الحقوق ، واتخذها أساسا للقانون حينما اعتبرها ثابتة للأفراد منذ عهد الفطرة الأولى *L'état de nature* قبل قيام المجتمع لأنها ملازمة للطبيعة الانسانية . فالقول بوجود حقوق ثابتة للفرد بمقتضى صفته الانسانية ، يعتبره « ديجي » مجرد ادعاء يستحيل اثباته بدليل مادي محسوس . فضلا عن أن عهد الفطرة الأولى الذي يتصور فيه وجود الفرد وحيدا في عزلة تامة عن بقية الأفراد ، لا يبدو أن يكون محض خرافة ينقضها الواقع المشاهد المسجل من أن الفرد كائن اجتماعي لا يستطيع الوجود الا في مجتمع من الأفراد ولم يوجد أبدا الا في مثل هذا المجتمع . ولئن افترض جدلا وجود مثل هذا الفرد المنعزل ، فلا يمكن تصور حقوق له ، لأن لكل حق طرفين : طرفا ايجابيا هو صاحب الحق ، وطرفا سلبيا هو المتحمل بهذا الحق أى المكلف بما يقابله من واجب ، وهو ما يقتضى وجود مجتمع من الناس . وباستحالة وجود حقوق طبيعية ثابتة للأفراد قبل قيام المجتمع ، ينهار - عند « ديجي » - ما يقيمه المذهب الفردي من تأسيس القانون على هذه الحقوق (١) .

واذا كان « ديجي » ينكر وجود حقوق طبيعية سابقة على قيام المجتمع ، فهو ينكر كذلك وجود حقوق ينشئها القانون للأفراد في المجتمع . وانكاره هذا وثيق الصلة بتصوره للحق . فالحق عنده هو قدرة أو سلطة ارادية لصاحبه على فرد من الأفراد هو المتحمل بعينه الواجب المقابل لهذا الحق . أى أن الحق يفترض اخضاع ارادة انسانية هي ارادة فرد من الأفراد لارادة انسانية

(١) راجع في تفصيل ذلك :

Duguit, op. cit., t. I, No. 19, pp. 208 - 212.

أخرى هي ارادة صاحب الحق . وذلك يستتبع القول بوجود نوع من التدرج في المرتبة بين الارادات الانسانية تتمكن بمقتضاء الارادات العليا من التسلط على الارادات الدنيا واخضاعها لامرها (١) .

وهذا التدرج بين الارادات الذي تفرضه فكرة الحق ، لا يوجد في واقع الحياة الاجتماعية ما يشبهه . بل ان هذا الواقع ينقضه ، اذ لا يشاهد في المجتمع الا وجود ارادات فردية متساوية في جوهرها ، مما يمنع معه على القانون الوضعي اقامة تدرج بينها والسمو ببعضها مقابل الانتقاص من البعض الآخر ، فذلك لا يتأتى الا من جانب قوة سماوية مهيمنة على البشر (٢) .

ومن هنا ، انتهى « ديجي » الى اعتبار فكرة الحق ، وفقا لهذا التصوير القائم على تسلط ارادة فردية على ارادة أخرى ، فكرة فلسفية من افكار ما وراء الطبيعة ، قد اصطنعت اصطناعا مخالفا للواقع ، مما يوجب اطراحها . وتطهير الفقه القانوني منها .

واذا كان « ديجي » ينكر فكرة الحق على أساس التصوير السابق باعتبارها فكرة غير علمية ، فهو يرفضها كذلك لانعدام جدواها . ذلك أن ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالحق ، ليس عنده الا القاعدة القانونية نفسها في تطبيقها على الأفراد ، حينما يستفيد بعض الأفراد من أداء البعض الآخر لما تفرضه عليهم هذه القاعدة من واجبات والتزامات . بل الجميع في الواقع - سواء من يقوم بالواجب ومن يفيد منه - انما يخضعون في ذلك للقاعدة القانونية . أي أن الأفراد - سواء كانوا في وضع ايجابي أو سلبي لحطاب القاعدة القانونية - يوجدون في مركز سواء بالنسبة اليها هو مركز الخضوع لحكمها (٣) . فلا يبقى معنى اذن للقول بأنها تفرض

(١) Duguit, op. cit., t. I, No. 20, p. 217; No. 28, pp. 206, 208.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 20, pp. 218, 219.

(٣) Duguit, t. I, No. 20, pp. 217 - 220.

واجبا على البعض وتقرر حقا للبعض الآخر ، خاصة وأنها لا تملك أن تمس في قليل أو كثير إرادة المكلف بالواجب أو المستفيد من أدائه ، فلا هي تنتقص من إرادة الأول ولا هي تزيد في إرادة الثاني .

وبذلك يخلص « ديجي » الى انه ليس ثم حقوق وواجبات تكون للأفراد أو عليهم ، وإنما يوجد الأفراد في مراكز قانونية معينة ايجابية أو سلبية .

٢٢٥ - الإبقاء على فكرة الحق

لعل أكبر انتقاد يوجه الى انكار « ديجي » لفكرة الحق^(١) هو نفس الانتقاد الذي يوجه الى أساس مذهب كله ، وهو انتقاد منهاجه في البحث الذي يريده علميا واقعيا خالصا ، فهذا المنهاج - كما سبق البيان^(٢) - لا يصلح في شأن العلوم التقويمية وفي مقدمتها القانون . ولذلك فانكار « ديجي » فكرة الحق بدعوى أنها فكرة غير علمية من أفكار ما وراء الطبيعة انكار غير مقبول حتى مع التسليم جدلا بصحة هذا الادعاء ، لأن القانون لا يقتصر على تسجيل حقائق الواقع عن طريق المشاهدة والتجربة بل يجاوز ذلك الى ما وراء الواقع والطبيعة حيث يمكن تقويم الواقع .

وقد ظن « ديجي » أنه يجد في فكرة الحق هدفا قريبا سهل الاصابة بانكاره حقوق الانسان الطبيعية . غير أن هذا الانكار لا يطعن في الحقيقة في وجود فكرة الحق نفسها ، وإنما يعنى فحسب رفض التسليم بما تدعيه بعض المذاهب - كالمذهب الفردي - من قيام القانون على أساس الحق ، أو من

(١) راجع ، بصفة خاصة ، في تفصيل الدفاع عن وجود فكرة الحق وانتقاد انكار

« ديجي » لها :

René Capitant, *L'Illicite*, pp. 218 - 221. — Dabin, pp. 13 - 14. — Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. IV, pp. 175 - 187. — Ionescu, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, thèse, Paris, 1981, Nos. 12, 13. — Hassan Kira, *La théorie de l'abus de droit en droit français et en droit égyptien*, thèse, Paris, (dactylographiée), 1962, pp. 18-48.

(٢) راجع سابقا ، فقرة ٦٩ .

وانظر في تفصيل انتقاد هذا المنهاج .

Notre thèse précitée, pp. 18 - 37.

وجود حقوق لا تستند الى القانون لأنها سابقة عليه بتولدها من الطبيعة الانسانية (١) .

وأما انكار « ديجي » فكرة الحق في ذاتها فيقوم على تصويره الحق تصويرا خاطئا يجر وراءه فساد النتائج التي رتبها عليه . فلا يفكر أحد كما يدعى « ديجي » - حتى من يعرفون الحق بأنه فطرة ارادية - في اعتبار ارادة صاحب الحق ارادة ممتازة على غيرها من الارادات ، بحيث يخولها هذا الامتياز سلطة الغاء أو اخضاع ارادات الآخرين ، اذ كل الارادات الفردية متساوية في جوهرها . وانما حقيقة الامر انه ليست ارادة صاحب الحق هي التي تنزّم الغير بنفسها ، بل الذي يلزم دائما هو واقعة سابقة على هذه الارادة وخارجية عنها . فاذا كان للمقرض مثلا حق مطالبة المقرض برد القرض في الأجل المضروب ، فليس ذلك لأن ارادته تمتاز على ارادة المقرض ، وانما لأن ثم وقائع بينهما سابقة على هذه المطالبة تكون مبررا لها ، هي تسلم المقرض مبلغ القرض من المقرض وتعهده برده اليه . واذا كان لمن صدمته سيارة فأصابته أن يطالب من صدمه بتعويض عما لحقه من أضرار من جراء الصدمة ، فليس ذلك لأن ارادة المضرور تعلو على ارادة محدث الضرر ، وانما لأن خطأ محدث الضرر هو الذي يلزمه تجاه المضرور بمثل هذا التعويض (٢) .

فديجي اذن لا ينكر في الواقع فكرة الحق نفسها وانما ينكر تصويرا معيننا لهذه الفكرة كسلطة ارادية لصاحب الحق على غيره من الارادات ، وهو تصوير لا يقول به أحد على النحو الذي يبسطه « ديجي » ، غير « ديجي » نفسه . وبذلك يكون الخلاف بينه وبين غيره من الفقهاء المدافعين عن فكرة الحق خلافا ظاهريا محضا لا يمس جوهر الفكرة ذاتها (٣) .

(١) Notre thèse précitée, pp. 38, 39.

(٢) Notre thèse précitée, p. 40.

(٣) René Capitant, thèse précitée, p. 221. — Notre thèse précitée, pp.

وآية ذلك أن « ديجي » حين ينكز فكرة الحق وينكر التقابل بين « القانون » و « الحق » ، يقيم تقابلا آخر بين « القانون » وبين ما يسميه « المركز القانوني » . فلو كان الحق كما يدعى ليس الا القانون نفسه ، فما جدوى الكلام عن المركز القانوني ؟ أليس في كلامه عن المركز القانوني ، سواء كان ايجابيا أو سلبيا ، ما يحتم التفرقة بين القانون نفسه في تجريده وبين ما ينشأ للأفراد من أوضاع ومراكز مختلفة قبل بعضهم البعض نتيجة تطبيق القانون عليهم ؟ . فانه اذا كان الأفراد يوجدون كما يقول في نفس المركز تجاه القانون ، من حيث أنهم يستوون في الخضوع لأحكامه اما بأداء ما يفرضه عليهم من التزامات واما بالاستفادة مما يفرضه على غيرهم منها ، فهم في واقع الأمر لا يستوون في المركز تجاه بعضهم البعض ، اذ يوجد كل منهم في مركز خاص به يجعله ملتزما قبل الآخرين بالتزامات معينة أو يجعل الآخرين هم الملتزمين قبله ، أي أن مراكز الأفراد مختلفة متفاوتة ، فهم اما في مركز المستفيد واما في مركز الملتزم المحمل بالأعباء .

فاقتصر « ديجي » على البصر بتساوي مراكز الأفراد تجاه القانون ، انما كان على حساب اغفال اختلاف المراكز وتفاوتها بينهم تجاه بعضهم البعض ، ومثله في ذلك مثل من يسأل عن شخص معين فيجيب بأنه انسان كبقية الناس ، ويغفل تعيينه بما يميزه عن بقية الناس ويحقق شخصيته ومركزه بينهم من حيث الاسم والسن والجنس والمهنة والوطن والجنسية وما الى ذلك (١) .

واذا اتضح حقيقة اختلاف الأفراد في المراكز قبل بعضهم البعض ، ووجود بعضهم في مركز ايجابي وبعضهم في مركز سلبي ، فان ذلك يعني العودة الى فكرة الحق وما يقابلها من فكرة الواجب أو الالتزام ، أو الرجوع الى التقابل التقليدي بين الطرف الايجابي للحق والطرف السلبي له . وبذلك ينحصر الخلاف بين « ديجي » وبين المدافعين عن الحق في نطاق شكلي بحث ، هو المفاضلة بين اصلاح « المركز القانوني الايجابي » وبين اصلاح « الحق »

للدلالة على الفكرة التي جرى التقليد الفقهي على التعبير عنها بالاصطلاح الثاني ، والتي بقيت في حقيقة الامر بمنأى عن الخلاف على جوهرها ووجودها كما سبق البيان . ولسنا نرى ما يدعو الى تفضيل اصطلاح « المركز القانوني الايجابي » الذي ابتكره « ديجي » ، فاصطلاح « الحق » التقليدي - فضلا عن ايجازه المبين عن حقيقة الفكرة التي يعبر عنها - قد جرى به الاستعمال منذ قديم ، حتى رسخ واستقر في الفقه القانوني . وشيوع الاستعمال وقدمه ، يبقى دائما هو صاحب الكلمة العليا في تغليب مصطلح على مصطلح (١) .

من كل ما تقدم ، نخلص بأن فكرة الحق تستعصى على الرفض والانكار ، وأن انكار « ديجي » لها لم يفلح في هدمها أو زعزعة الاعتقاد في وجودها . فظل الفقه في غالبية الكبري مؤمنا بها وبمكانها في عالم القانون ، بل ان أخلص أتباع ديجي أنفسهم قد رجعوا عن تأييدهم لزعيم مدرستهم في هذا الشأن فعادوا الى التسليم بوجود فكرة الحق (٢) .

وبذلك نستطيع أن نقول ان وجود فكرة الحق قد أصبح اليوم من الحقائق المسلمة في فقه القانون . بل ان هذا الوجود يعبر عن حقيقة من الحقائق القانونية الجوهرية لا عن أداة فنية أو وسيلة من وسائل الصياغة القانونية (٣) .

واذا بقيت ثم كلمة تقال في مجال التعقيب على انكار « ديجي » لفكرة الحق ، فهي كلمة انصاف لهذا الفقيه العظيم . فموقفه في هذا الصدد ، انما

(١) في هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. IV, p. 184.

(٢) انظر خاصة :

Réglaude, Valeur sociale et concepts juridiques, norme et technique, 1930, pp. 82 - 83.

(٣) راجع في تفصيل ذلك :

Notre thèse précitée, pp. 54 - 62..

أملأ عليه عنداؤه الشديد للمذهب الفردي ، وخشيته من أن تصبح الحقوق معاقل للفردية الأنانية لأصحابها على حساب الصالح العام للمجتمع . ولكن : كان يكفي لدفع هذه الحشية إخضاع استعمال الحقوق للرقابة ، دون حاجة الى هدم فكرة الحق ذاتها(١) . وهذا ما حققته بالفعل نظرية « التعسف في استعمال الحق » ، كما سنفصل ذلك من بعد .

(١) انظر في ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٥٥٩ .

الفصل الثاني

تعريف الحق

٢٢٦ - عهد

لعل من أكثر مسائل القانون التي كثر فيها القول واحتمل الجدل مسألة تعريف الحق . وليس في قصدنا أن نتبع تفصيل كل ما قيل من تعريفات في هذا الشأن ، وإنما نقنع بأن نرد مختلف التعريفات الى اتجاهات ثلاثة كبيرة ، اتجاه شخصي ، واتجاه موضوعي ، واتجاه يجمع بين الشخصي والموضوعي . ونرى مبلغ حظ كل منهما في إعطاء صورة صادقة لما يقصد في فقه القانون من اصطلاح « الحق » .

٢٢٧ - الاتجاه الشخصي (١)

يعرف هذا الاتجاه « الحق » من خلال النظر الى صاحبه . فيرى أن لصاحب الحق ارادة مهيمنة ناشطة في نطاق معلوم ، ولذلك يعرف الحق بأنه هو تلك القدرة أو السلطة الارادية التي يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم . ويتصل هذا الاتجاه بهذا التعريف اتصالاً وثيقاً بالمذهب الفردي وما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الارادة ، تلك الارادة التي تملك خلق الحقوق أو انشاءها كما تملك تغييرها وانهاؤها .

ورغم أن هذا الاتجاه قد تزعمه فقهاء كبار كسافيني Savigny و « وينشيد » Windscheid ، فلم يلبث أن تعرض لانتقادات وهجمات كثيرة - وخاصة من « اهرنج » - ازاء ما ظهر من قصوره عن تعريف الحق .

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Dahin, op. cit., pp. 56 et s. — Duguit, op. cit., t. I, No. 25. — Ionescu, thèse précipitée. Nos. 40 et s. — Saleilles, De la personnalité juridique, 2e éd., 1922, pp. 534 et s.

فالقول بأن الحق قدرة ارادية ، يتنافى مع ما هو مستقر فى الشرائع من أن
لعديمى الارادة حقوقا كما لحائزها سواء بسواء ، فالمجنون والصغير غير
المميز ، يتمتع كل منهما بحقوق رغم أنه فاقد الارادة ، وكذلك فقد يكتسب
الحقوق شخص دون علمه كالفائب مثلا(١) .

وفضلا عن ذلك ، فهذا الاتجاه فى تعريف الحق يتنافى مع وجود
اشخاص معنوية أو اعتبارية تثبت لها حقوق كالأشخاص الطبيعية ، اذ لو
قيل بأن للأشخاص الطبيعية ارادة تكون مناطا لما ينبت لهم من حقوق ، فمن
العسير التسليم بأن للأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ارادة حقيقية أو بأن لهم
حقوقا بالتالى .

كل ذلك يفصح عن أن الحق لا يفترض وجود ارادة مهيمنة أو ناشطة ،
فهو يوجد دون وجود هذه الارادة . وليس يطعن فى ذلك أن الارادة قد تكون
متطلبة فى شأن استعمال الحق أو مباشرته ، فوجودها حينئذ لا يكون شرطا
لقيام الحق ولكنه يكون شرطا لمجرد مباشرته . وعلى أى حال ، فهى ليست
لازمة دائما لهذه المباشرة ، فعادة لا يحتاج الاستعمال المادى للحق الى ارادة ،
فصديم الأهلية مثلا ، يستعمل حق ملكيته - ولا ارادة لديه - حين يسكن
منزله أو يركب سيارته(٢) .

فالحق اذن لا يفترض لوجوده وجود قدرة ارادية لدى صاحبه . بل ان
مباشرة الحق نفسها لا تفترض دائما وجود مثل هذه القدرة(٣) ، وان افترضتها
فى بعض الأحيان ، فلا يبرر ذلك القول بأن الحق قدرة ارادية ، لأن مباشرة
الحق لا تختلط بوجوده . وبذلك لا نرى فى الاتجاه الشخصى فى تعريف
الحق ما يقنع بالانحياز اليه أو اتباعه .

(١) وقد حاول « وينشيد » رد هذا الاعتراض الحاسم بالقول بأن الارادة المقصودة هى
ارادة القانون أو المشرع لا ارادة صاحب الحق ، ولكن من الواضح أن هذا التبرير المصطنع فيه
من الناقض ما يكفى لهم نظريته فى اعتبار الحق قدرة ارادية ، أنظر فى انتقاد هذا التبرير :
Dabin, op. cit., pp. 60, 61. — Deguit, op. cit., t. I, No. 75, pp. 277, 278.

(٢) فى هذا المعنى :
Dabin, op. cit., p. 63.

٢٢٨ - الاتجاه الموضوعي

كان الفقيه الألماني « اهرنج » Ihering من أشد الفقهاء مهاجمة للاتجاه الشخصي في تعريف الحق . ولذلك فقد نحا في تعريفه نحواً آخر موضوعياً ، فنظر الى الحق من خلال موضوعه والغرض منه وعرفه بأنه « مصلحة يحميها القانون » (١) . وقد صادف هذا التعبير الموجز بداية قبولاً في الوسط القانوني أكثر مما صادفه التعريف القائم على أساس الاتجاه الشخصي ، وإن يكن لم تكتب له الغلبة في النهاية في الفقه الحديث نظراً لما وجه إليه من انتقادات كثيرة أظهرت عجزه وقصوره بمفرده عن تعريف الحق تعريفاً جامعاً مانعاً لاختلاط غيره به .

فاهرنج ينكر تأسيس الحق على الإرادة ، لأن الحق كما يثبت لنوى الإرادة يثبت لعديمينا على السواء ، ولأن العبرة ليست بإرادة تنشيط أو تسود - فارادة الولي أو الوصي لا إرادة القاصر هي التي تنشيط ، ومع ذلك يكون الحق للقاصر وحده دون الولي أو الوصي - وإنما تكون العبرة بالغرض الذي قد تنشيط الإرادة من أجله ، والإرادة لا تنشيط إلا لتحقيق منفعة أو مصلحة أو كسب . فالمنفعة أو المصلحة إذن - لا الإرادة - هي جوهر الحق . ومن هنا ، لم يكن الحق هو الذي في خدمة الإرادة ، بل الإرادة ، هي التي في خدمة الحق أي في خدمة مصلحة من المصالح ، ولم يكن صاحب الحق هو من يدعى الإرادة ، بل من يدعى المنفعة أو المصلحة (٢) . والمنفعة أو المصلحة جوهر الحق ، لا يشترط أن تكون منفعة أو مصلحة مادية ، فقد تكون منفعة أو مصلحة معنوية ، بل إن من المصالح المعنوية ما يفوق المصالح المادية في أهميتها كالحرية والشرف مثلاً .

ولئن كان « اهرنج » يعتبر المصلحة هي جوهر الحق ، فهو يضيف إليها

(١) Ihering, L'esprit du droit romain, trad. De Meulenaere, t. IV, No. 71, p. 286.

وانظر في الأخذ بهذا التعريف :

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو سبت . فقرة ٢١٢ .
(٢) Ihering, op. cit., pp. 322, 323.

(م ٢٨ - المدخل الى القانون)

عنصرا آخر هو عنصر الحماية القانونية التي تسبغ على هذه المصلحة ، فكل حق مزود بدعوى تكفل احترام المصلحة التي يهدف الحق الى تحقيقها وادراكها . وبذلك يتوافر عنده عنصران : عنصر جوهري موضوعي يكمن فيه الهدف العملي للحق هو عنصر المصلحة ، وعنصر شكلي يوفر لهذا الهدف وسيلته هو عنصر الدعوى (١) .

ذلك هو الاتجاه الموضوعي في تعريف الحق . وأول ما يؤخذ عليه أنه يعتبر المصلحة هي معيار وجود الحق ، بينما هي ليست كذلك دائما . فلئن كان الحق يكون مصلحة من المصالح فليس العكس بصحيح ، اذ لا تكون دائما كل مصلحة حقا من الحقوق ، فمن المصالح ما لا يرتفع الى مرتبة الحقوق . فمثلا لو تعاقد مستأجر يقطن الطابق العلوي من بناء مع المؤجر على قيام الأخير بإزالة السلم وفرشه حتى الطابق العلوي ، فبديهي أن سكان الطوابق السفلى يستفيدون من هذه الإزالة وذلك الفرش فتكون لهم بذلك مصلحة ظاهرة فيهما ومع ذلك فواضح أن هذه المصلحة لا تعطيهم أي حق قبل المؤجر في إزالة السلم وفرشه . فلا يتمتع بهذا الحق قبل المؤجر إلا مستأجر الطابق العلوي وحده بناء على الاتفاق المبرم بينهما (٢) .

وكذلك الشأن فيما يتعلق بفرض رسوم جمركية على الواردات الأجنبية حماية للصناعات الوطنية . فغنى عن البيان أن أصحاب هذه الصناعات تكون لهم مصلحة كبيرة في فرض هذه الرسوم لأنها تحد من منافسة البضائع الأجنبية لبضائعهم ، ورغم ذلك فليست تعطيهم هذه المصلحة حقا في فرض تلك الرسوم ، كل ما في الأمر أنهم يستفيدون منها اذا فرضت (٣) .

كل ذلك قاطع الدلالة على أن المصلحة لا تصلح معيارا للحق ، فضلا عن أن المصلحة هي الغاية والهدف من الحق ، والمقصود هو التعريف بالحق نفسه

(١) Ihering, op. cit., p. 326.

(٢) Karkounov, Cours de théorie générale du droit, trad. Tchernoff, 2e. éd., 1914, p. 232.

(٣) Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 3e. éd., 1932, t. I, No. 48, p. 106.

لا التعريف بغايته أو هدفه . فالمصلحة اذن ان كانت تصلح بيانا لهدف الحق ، فهي لا تصلح بيانا أو تعريفا بالحق في ذاته وجوهره بصرف النظر عن هدفه أو غايته (١) . فكان الاتجاه الموضوعي في تعريف الحق ، انما بدور في واقع الأمر حول مشكلة هذا التعريف دون أن يحلها .

ويبقى بعد ذلك أن يراعى أن العنصر الثاني الذي يضيفه « اهرنج » الى عنصر المصلحة وهو عنصر الحماية القانونية أو عنصر الدعوى ، ليس في الواقع عنصرا ثانويا كما يرى . بل هو يكاد يبتلع العنصر الآخر الذي يعتبره العنصر الجوهرى في الحق وهو المصلحة . ذلك أن المصلحة لا تكون حقا عنده الا اذا حماها القانون وزود صاحبها بدعوى . فكان وجود الدعوى أو عدم وجودها هو الفاصل في وجود الحق ، وكان الوسيلة اذن تقدم على الغاية وتتحكم فيها ، وذلك ما لا يمكن التسليم به . فليست الدعوى بميز لوجود الحق ، وانما هي مجرد وسيلة لحمايته . فهي بحسب طبيعتها تالية لنشوء الحق ، فكيف يمكن اعتبارها اذن معيار وجوده ؟ . الواقع أن الحق لا يعتبر حقا لأن القانون يحميه بدعوى ، ولكن الصحيح أن القانون يحميه بدعوى لأنه حق (٢) .

والخلاصة أن الاتجاه الموضوعي عاجز عن التعريف بالحق تعريفا يبين مقوماته الجوهرية وخصائصه الذاتية . فهو يسلك في هذا التعريف مسلكا معيبا حين يعرف الحق بأشياء خارجية عن كيانه الذاتى ، كالمصلحة وهي الغرض منه ، والدعوى وهي وسيلة حمايته .

٢٢٩ - الاتجاه المختلط

هذان هما الاتجاهان الكبيران في التعريف بالحق . وقد عرضنا بإيجاز لعجز كل منهما وقصوره عن بيان جوهر الحق ومقوماته . من أجل ذلك لم

(١) في هذا المعنى :

Saleilles, op. cit., pp. 541, 545. — Duguit, op. cit., t. I, No. 26, pp. 284, 286. — Dabin, op. cit., pp. 69, 70.

Dabin, op. cit., p. 69. (٢)

يبايع الفقه الحديث أيا من الاتجاهين ، بل شائع جانب كبير منه اتجاها ثالثا مخضرا ولده من التزاوج بين هذين الاتجاهين ، وهو ما نسميه بالاتجاه المختلط . بحيث أصبح ينظر الى الحق من خلال صاحبه ومن خلال موضوعه أو الغرض منه على حد سواء ، فيعرفه بأنه إرادة ومصلحة في آن واحد .

غير أن أنصار هذا الاتجاه المختلط في تعريف الحق ، إن كانوا سواء في الجمع بين الإرادة والمصلحة ، فليسوا سواء في أي العنصرين تكون له الأهمية وتعد له الغلبة . فبعضهم يغلب دور الإرادة على دور المصلحة ، فيعرف الحق بأنه هو القدرة الإرادية المعطاة لشخص من الأشخاص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون^(١) . والبعض الآخر يغلب دور المصلحة على دور الإرادة ، فيعرف الحق بأنه المصلحة التي يحميها القانون وتقوم على تحقيقها والدفاع عنها قدرة إرادية معينة^(٢) .

ومهما يكن من أمر ، فهذا الاتجاه المختلط اتجاه غير مقبول كالاتجاهين اللذين تولد منهما . فقد سبق أن قلنا إن الحق لا يفترض وجود قدرة إرادية لدى صاحبه ، وأنه ليس هو المنفعة أو المصلحة التي تعود على صاحب الحق من وراء حقه ، فيكون من المنطقي إذن رفض الاتجاه المختلط الذي يقيم تعريف الحق على أساس وجود مصلحة وقدرة إرادية معا لدى صاحب الحق^(٣) .

٢٣٠ - تحليل الحق وتعريفه

انتهينا الى أن الاتجاهات الثلاثة المتقدمة ليست مقنعة في شأن تعيين جوهر الحق وذاتيته تعيينا محكما يمتنع معه كل اختلاط بين الحق وبين غيره من الأوضاع المتماثلة أو المتشابهة . لذلك نرى أن نسلك في تعريف الحق مسلكا تحليليا نتدرج فيه بين عناصره الخاصة به والمميزة له . ولعل أول

(١) Ionescu, thèse précitée, No. 49, p. 94. — Jellinek, cité par Dabin, op. cit., p. 74.

(٢) Michoud, op. cit., t. I, No. 48, p. 107.

(٣) في هذا المعنى :

Dabin, op. cit., p. 90.

إسماعيل غانم ، محاضرات في النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ ، ص ١١ .

ما يثيره اصطلاح « الحق » في الذهن هو فكرة وجود صلة أو رابطة قانونية ، وفكرة اختصاص شخص من الأشخاص على سبيل الاستثناء بمركز قانوني ممتاز . فنتتبع هاتين الفكرتين فيما يلي :

(١) **الرابطة القانونية** : يذهب جمهور الفقهاء الى أن « الرابطة القانونية » (Le rapport de droit) ، أى الرابطة التى يحكمها القانون ، لا يتصور وجودها الا بين الأشخاص وحدهم^(١) . فليس ثم رابطة قانونية يتصور قيامها بين الأشخاص من ناحية وبين الأشياء من ناحية أخرى . ذلك أن كل رابطة قانونية تفترض حقا من ناحية ، وواجبا أو التزاما من ناحية أخرى وليس من المعقول تكليف الأشياء بواجب معين أو التزام . ومن هنا ، غلطبا لهذا النظر تكون الرابطة القانونية هى تلك الرابطة أو العلاقة التى يحكمها القانون ، والقائمة بين شخصين أو بين طرفين من الأشخاص ، بحيث يكون لأحدهما مطالبة الآخر بأداء معين أى مطالبة اما بالقيام بعمل واما بالامتناع عن عمل .

وتصوير الرابطة القانونية على هذا النحو المقصور على الأشخاص وحدهم نظر قاصر وغير صحيح^(٢) ، بل ويؤدى الى القول بتوافرها فى بعض أنواع الحق دون بعض ، وخاصة فى نوع معين منها هو « الحق الشخصى » أى « حق الدائنية » دون « الحق العينى » . وهذا ما أوقع بعض الفقهاء فى المراج ودفعم الى التماس التوفيق بين ضرورة وجود أشخاص تقوم بينهم الرابطة القانونية وبين ما هو قائم فى الحق العينى من وجود شخص من ناحية وشئ من ناحية أخرى ، فاحتالوا لذلك بالقول ان ثم رابطة قانونية قائمة بين الأشخاص فى الحق العينى كالحق الشخصى سواء بسواء ، اذ تقوم فيه رابطة

(١) انظر فى ذلك بصفة خاصة :

Planiol, Traité élémentaire de droit civil, IIe éd., par Ripert, No. 2188 et s.

(٢) فى هذا المعنى :

Beudant et Voirin, Cours de droit civil français, 2e. éd., t. IV, Les biens, 1908, No. 58. — Masséaud, op. cit., t. I, No. 108.

بين الشخص صاحب الحق العيني وبين الناس كافة بمقتضاها يلتزمون بالامتناع عن الاعتداء على حقه . وسنرى من بعد أن هذا التحايل مردود ولا حاجة اليه ، وانما يكفي أن نستخلص من هذا التحايل الصناعي ضرورة العدول عن تصور الرابطة القانونية كرابطة لا تقوم الا بين الأشخاص وحدهم .

والواقع أن تصور الرابطة القانونية كرابطة بين أشخاص فحسب ، لا يصدق - فيما نرى - الا في شأن نوع معين من الروابط القانونية هو « روابط الاقتضاء » (Les rapports d'exigence) ، أي الروابط التي تخول لشخص معين اقتضاء أداء معين من شخص آخر يلزم بالخضوع لهذا الاقتضاء ، ذلك أن هذا النوع من الروابط يفترض وجود واجب أو التزام معين ، ولا يتصور أن يتحمل بالواجب أو الالتزام الا الأشخاص وحدهم .

ولكن ليست الروابط القانونية كلها روابط اقتضاء ، فثم « روابط تسلط » (Les rapports de maîtrise) تخول لشخص معين سلطة على شيء معين . وغنى عن البيان أن هذا النوع من الروابط لا يتصور منطقاً قيامه بين شخص وشخص آخر ، فالتسلط لا يتصور أن يقع على الأشخاص وانما هو يقع على الأشياء وحدها . فحق الملكية مثلاً يفترض وجود رابطة قانونية بمعناها كرابطة تسلط لا كرابطة اقتضاء ، لأنه يخول المالك سلطة على الشيء محل الملكية دون أن ينشئ بينه وبين أشخاص معينين رابطة اقتضاء تلزمهم بعمل معين قبله .

ومن هنا ، ينبغي رد الروابط القانونية الى نوعين (١) :

(١) **روابط اقتضاء** ، وهي التي لا تكون الا بين شخص وشخص آخر ، لأنها تفترض الزاماً بأداء معين والالزام لا يتصور وقوعه الا على عاتق الأشخاص وحدهم .

(١) راجع في شأن التمييز بين الروابط القانونية على هذا النحو :

Notre thèse précitée, notamment, pp. 102 - 105.

(٢) **روابط تسلط** ، وهي التي لا تتصور الا من شخص على شيء ، لأن
«التسلط محله الأشياء لا الأشخاص» .

فاذا قلنا ان الحق يفترض وجود رابطة قانونية ، قصدنا بذلك اذن أنه
يفترض اما وجود رابطة اقتضاء واما وجود رابطة تسلط .

(٢) **الاستثناء بما تخوله الرابطة القانونية من اقتضاء أو تسلط :**
غير أن فكرة الرابطة القانونية بما تعطيه من اقتضاء أو تسلط ، لا تكفي
وحدها للدلالة على ماهية الحق وذاتيته ، وانما ينبغي أن يكون التسلط أو
الاقتضاء ثابتا لشخص أو أشخاص معينين على سبيل الانفراد أو الاستثناء أو
الاختصاص .

فالحق انما يفترض دائما وجود مركز ممتاز لصاحبه بالنسبة الى
الآخرين ، وهو ما لا يتأتى الا بأن يكون مضمون الحق - بما يخوله من تسلط
أو اقتضاء - في يده يستأثر به وحده دون سائر الناس . ومعنى ذلك أن
الحق يقوم على أساس من عدم التساوى بين مراكز الأفراد (١) ، فيختص
صاحب الحق بمركز ممتاز ينفرد به دون غيره من الناس (٢) . فالمالك مثلا
يستأثر وحده بالتسلط على ملكه ، فلا يكون لأحد غيره من الناس مثل هذا
التسلط على نفس هذا الملك . والمقرض كذلك ينفرد وحده دون سائر الناس
بقدره اقتضاء مبلغ القرض من المقرض ، فلا يملك أحد غيره مثل هذه القدرة
في شأن نفس القرض .

من كل ذلك ، نخلص بأن الحق يفترض وجود عنصرين أساسيين :

(١) رابطة قانونية ، سواء كانت رابطة تسلط أو رابطة اقتضاء .

(٢) استثناء شخص وانفراده دون سائر الناس بما تخوله الرابطة
القانونية من تسلط أو اقتضاء .

(١) Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 4.

(٢) في هذا المعنى :

René Capitant, Sur la nature des droits naturels, Mélanges Sugiyama,
p. 31. — Ripert et Boulanger, t. I, No. 646. — Notre thèse précitée, p. 94

والبصر بهذين العنصرين في الحق . يتيح التمييز بينه وبين ما قد يختلط به من أوضاع متشابهة كالحريات أو الرخص العامة ، مثل حرية الاعتقاد وحرية الاجتماع وحرية الرواح والمجيء وحرية التعاقد . فكل هذه الحريات أو الرخص العامة تعطى للأفراد سلطات معينة يسبغ القانون عليها حمايته من أى اعتداء يقع عليها . ومن هنا ، شاع الخلط بينها وبين الحقوق بالمعنى الاصطلاحي الدقيق حتى أطلق عليها كثير من الفقهاء اسم «الحقوق» . ولكن الفارق بينهما كبير^(١) ، بما يوجب التنبيه الى أسسه .

فالحقوق اذ تفترض وجود روابط قانونية ، انما تفترض وجود الأفراد في مراكز متفاوتة قبل بعضهم البعض ، فتضع بذلك صاحب الحق في مركز ممتاز على غيره من الناس بما تخول له من تسلط أو اقتضاء ، وهو ما يستلزم أن يكون له هذا التسلط أو ذلك الاقتضاء على سبيل الاستثناء والافراد دون سائر الناس .

بينما الحريات أو الرخص العامة على العكس من ذلك ، لا تفترض وجود روابط قانونية بعد بحيث تتفاوت بشأنها المراكز بين الأشخاص ، بل هي تفترض وجود الأشخاص في نفس المركز من حيث التمتع بما تخوله من سلطات . ولذلك فهي لا تعرف فكرة الاستثناء أو الافراد ، بل يتمتع الكافة جميعا بالحريات أو الرخص العامة على قدم المساواة ، دون استثناء واحد منهم أو انفراده بالتمتع بها دون الآخرين . فحرية السير في الطرق العامة مثلا ، لا تفترض وجود رابطة قانونية ، أي لا تفترض تفاوتاً في مراكز الأفراد بعضهم بالنسبة الى بعض ، بل تفترض وجود الأفراد جميعا في نفس المركز بالنسبة اليها ، أي في ذلك المركز العام المشترك من امكان التمتع بها من قبل.

(١) انظر في التفرقة بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة :

H. Capitant, Sur l'abus des droits, Revue trimestrielle de droit civil, 1926, p. 372.

وانظر في أخذ المشروع التمهيدى للتقنين المدني المصري الحالي بهذه التفرقة : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ٢٠١ .
ولكن انظر عكس ذلك :

جميل الشرفاوى ، دروس في النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ ، ص ٢٩ .

الجميع تمتعا لا ينفرد أو يستأثر به أحد منهم دون الآخرين .

غير أن الحرية أو الرخصة العامة قد تولد أحيانا حقا من الحقوق بالمعنى الاصطلاحي الدقيق ، وذلك اذا وقع اعتداء عليها من أحد الأفراد ، اذ بمجرد وقوع هذا الاعتداء - وليس قبله - تنشأ رابطة قانونية هي رابطة اقتضاء تعطى للمعتدى على حريته حقا في التعويض قبل المعتدى . فالحرية أو الرخص العامة اذن ليست حقوقا في ذاتها ، ولكنها قد تولد حقوقا حينما تنشأ رابطة قانونية تخول شخصا من الأشخاص تسلطا أو اقتضاء على سبيل الأفراد والاستثثار .

فالفارق بين الحقوق وبين الحرية أو الرخص العامة اذن كالفارق بين الطريق الخاص والطريق العام : الأول يكون خاصا بشخص معين يختص به اختصاصا حازما مانعا لغيره من الناس ، والثاني لا يكون خاصا بأحد بل يشترك الجميع في استعماله دون استثناء . وسنرى من بعد أن من النتائج التي تترتب على هذه التفرقة أن فكرة التعسف انما ترد في شأن استعمال الحقوق وحدها دون استعمال الحرية أو الرخص العامة ، ففي أحكام المسؤولية التقصيرية ما يكفل رقابة هذا الاستعمال الأخير والتعويض عن مخاطره أو أضراره دون حاجة الى فكرة التعسف في شأنه .

وعلى ضوء ما سبق من تحليل للحق وتمييز بينه وبين ما قد يختلط به من الحرية أو الرخص العامة ، نستطيع تعريف الحق اذن بأنه هو تلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصا من الأشخاص على سبيل الأفراد والاستثثار التسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر (١) .

ويراعى أننا قد أغفلنا في صلب هذا التعريف عنصر الحماية القانونية

(١) راجع في ذلك :

Notre thèse précitée, note (1), p. 105.

وقلن :

Dubin, op. cit., p. 85 et s. — Bonnard, le contrôle juridictionnel de l'administration, Etude de droit administratif comparé, 1984, Nos. 14, 15.

أو الدعوى التى يزود بها الحق . ومرد ذلك الى أننا لا نساير بعض الفقهاء الذين يعتبرون الدعوى من عناصر الحق الجوهرية ومقوماته الداخلية .
فالدعوى فى واقع الأمر لا تعدو أن تكون أثرا من آثار وجود الحق واستناده الى القانون ، فهى مجرد وسيلة يصطنعها القانون لحماية الحق مما يفترض أنها تالية فى الوجود لوجود الحق . فلا يتأتى منطقيا ادخالها اذن ضمن عناصر تكوينه الذاتية أو الجوهرية .

فالدعوى اذن أثر من آثار وجود الحق وليست عنصرا من عناصره الجوهرية (١) . ومن هنا ، كان كل حق مزودا بالضرورة بدعوى تؤكده وتحميه ، خلافا لما يراه بعض الفقهاء (٢) من امكان وجود الحق دون وجود الدعوى . فالمثل الذى يضربونه للتدليل على رأيهم من وجود نوع من الالتزام هو « الالتزام الطبيعى » لا يملك الدائن اجبار المدين على الوفاء به الا أن يقوم به المدين طواعية واختيارا فيعتبر وفاؤه صحيحا منتجا لآثاره القانونية ، مثل غير مجد فى هذا الشأن . فهذا الالتزام ليس التزاما قانونيا بالمعنى الصحيح وبالتالي لا يوجد فى مقابلته أى حق للدائن . ومن هنا لم يكن تخلف وجود الدعوى فى يد الدائن لاقتضاء الوفاء بهذا الالتزام دليلا يؤخذ على امكان وجود الحق دون أن يستتبع وجوده قيام دعوى تحميه . فاذا انقضى دين بالتقادم مثلا ، فلا يبقى للدائن بعد ذلك حق فى اقتضاء وفاء المدين ، وبالتالي لا تكون

(١) فى هذا المعنى :

Ionescu, thèse précitée, No. 29, pp. 63 - 66. — Réglade, op. cit., pp. 32, 30. — Notre thèse précitée, p. 89.

شفيق شحاته ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ، ١٩٤٩ ، ص ١٥ .
ولكن اذا كانت الدعوى أثرا من آثار الحق بمعنى أن وجود الحق يستتبع وجود الدعوى ،
ولا أن العكس ليس صحيحا . فليس فى وجود دعوى من الدعاوى دليل حتمى على وجود حق
من الحقوق (انظر كتابنا سالف الذكر ، هامش ٥٦٩) .

Capitant, op. cit., No. 61. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, (٢)
No. 188. — Nerson, Les droits extrapatrimoniaux, thèse, Lyon 1939, No.
188, p. 318.

بيده دعوى يؤيد بها هذا الاقتضاء ، وتختلف دعواه هنا ليس دليلا على امكان
قيام حقه دون دعوى ، وانما هو دليل على تخلف حقه وانتقضائه (١) .

(١) في هذا المعنى :

Dabin, op. cit., pp. 88, 90.

شفيق شحاته ، المرجع السابق ، ص ١٤ - شمس الدين الوكيل ، دروس في النظرية
العامة للحق ، ١٩٥٣/١٩٥٢ ، ص ١٦ و ١٧ - جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ،
ص ٢٠٦ و ٢٠٧ .

الفصل الثالث

انواع الحق

٢٣١ - تعدد أنواع الحق ، وتقسيماته المختلفة (١)

يجرى الفقهاء عند الكلام فى أنواع الحق على تقسيم الحقوق تقسيمات عدة تتعدد بتعدد زوايا النظر إليها . وليست كل هذه التقسيمات بذات أهمية متساوية . ولذلك اذا كنا سنشير الى أهم هذه التقسيمات المتعددة ، فلنكن نستصفى منها من بعد ما يجب لأهميته الوقوف عنده والخوض فيه بشئ من البيان والتفصيل .

(١) فثم تقسيم للحقوق الى « حقوق سياسية » (droits politiques) و « حقوق مدنية » (droits civils) (٢) . ويقصد بالحقوق السياسية تلك الحقوق التى تثبت للأفراد باعتبارهم أعضاء فى جماعة سياسية معينة فتخولهم حق المشاركة فى حكم هذه الجماعة ، كحق الترشيح للمجالس النيابية وحق الانتخاب وحق تولى الوظائف العامة . ويقصد بالحقوق المدنية ما يلزم ثبوته للأفراد فى نشاطهم العادى فى الجماعة من حقوق غير ذات صفة سياسية ، وبذلك يضم هذا النوع طائفة كبيرة من الحقوق تختلف فيما بينها ولكن يجمعها انتفاء الصفة السياسية .

وليس لمثل هذا التقسيم أهمية كبيرة . اذ تنحصر أهميته فى أن الحقوق السياسية - كأصل عام - حقوق قاصرة على الوطنيين وحدهم دون الأجانب بالنظر الى ما تخوله من حقوق المساهمة والمشاركة فى حكم الدولة ، بينما تثبت الحقوق المدنية فى الأصل لكل فرد أو شخص دون اعتبار لجنسيته بوصفها لازمة له فى نشاطه فى الحياة الاجتماعية (٣) .

(١) راجع فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٥٧١ - ٥٧٧ .

(٢) انظر فى ذلك :

Capitant, op. cit., N^o 76.

(٣) ولكن يمكن أن ترد استثناءات على هذا الأصل أو ذلك .

(٢) وقريب من هذا التقسيم تقسيم الحقوق الى « حقوق عامة » (droits publics) و « حقوق خاصة » (droits privés) . ويقصد بالحقوق العامة تلك الحقوق التي يحكمها القانون العام نظرا لتعلقها بحق السيادة في الجماعة . أما الحقوق الخاصة ، فهي التي يحكمها القانون الخاص نظرا لعدم تعلقها بحق السيادة في الجماعة وقيامها بين الأشخاص بوصفهم أشخاصا عاديين . غير أن هذا التقسيم ليس الا ترديدا لتقسيم القانون الى عام وخاص على التفصيل السابق بيانه ، فهو لا يضيف جديدا (١) يجعلنا نتوقف عنده .

(٣) وكذلك يجرى بعض الفقهاء على تقسيم الحقوق الى « حقوق حالية » (droits actuels) من ناحية ، والى « حقوق مؤجلة أو مستقبلية » (droits futurs) و « حقوق شرطية » (droits conditionnels) و « حقوق احتمالية » (droits éventuels) من ناحية أخرى . ولكن ليس هذا التقسيم بالذي يجب التوقف عنده . فهو يقوم على أساس وجود الحق وهل هو يقيني حال أم غير ذلك ، ولهذا تنحصر أهميته في فترة الشك من أمر هذا الوجود : فإذا انحسم هذا الشك باثبات الوجود ، لم يعد ثم ما يفرق هذه الحقوق عن بقية الحقوق ، أما اذا انحسم بنفي هذا الوجود ، فلا نكون حينئذ بصدد حق من الحقوق (٢) .

(٤) وثم تقسيم آخر للحقوق يقول به بعض الفقهاء ، هو تقسيمها الى « حقوق مقيدة أو مراقبة » (droits contrôlés) و « حقوق مطلقة أو تقديرية » (droits discrétionnaires) (٣) ، حيث يخضع استعمال الأولى لتعقيب القضاء ورقابته ، بينما يترك استعمال الثانية لمحض تقدير اصحابها دون

(١) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 143.

(٢) انظر في نقد هذا التقسيم كذلك :

Dabin, Le droit subjectif, 1932, pp. 165, 166.

(٣) انظر في ذلك بمسلة خاصة :

Rouast, Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, Revue trimestrielle de droit civil, 1944, pp. 1 - 18.

رقابة عليهم في ذلك . وسنرى أن هذا التقسيم وهمي ، وأن الحقوق جميعا من هذا الوجه مقيدة الاستعمال تخضع في ذلك لرقابة القضاء وتعقيبه على ما سنبينه من بعد في « نظرية التعسف في استعمال الحق » .

(٥) وهناك طائفة من الحقوق تحظى باهتمام الفقهاء هي « حقوق الأسرة » (droits de famille) التي تقوم بين أعضاء الأسرة بعضهم قبل البعض ، وتثبت لكل منهم باعتبار مركزه في الأسرة . ومن أمثلة هذه الحقوق سلطة الأب أو حقه في تأديب أولاده وتعليمهم ، وسلطة الزوج على زوجته وحقه عليها في طاعته .

ويراعى أن حقوق الأسرة تتميز في مجموعها عن بقية الحقوق بأنها لا تخول لأصحابها سلطات فحسب بل توضع على عاتقهم واجبات كذلك في نفس الوقت (١) فالأب مثلا اذ تكون له سلطة تأديب أولاده ، فعليه كذلك واجب هذا التأديب . والزوج اذ يكون له حق الطاعة على زوجته ، فعليه كذلك واجب ايوانها والاتفاق عليها . ومرد هذه الحصيصة في حقوق الأسرة وسلطاتها الى أن هذه الحقوق والسلطات لا تمنح لأصحابها لتحقيق مصلحتهم الخاصة ، وانما تمنح لهم أساسا لتحقيق مصلحة الأسرة كلها ومصلحة الحاضرين من هذه الأسرة لهذه الحقوق وتلك السلطات .

والأصل أن حقوق الأسرة غير مالية فلا يملك أصحابها التعامل عليها بالتصرف فيها أو النزول عنها ، ولا يملك الدائنون توقيع الحجز عليها ولا تنتقل بالموت الى وريثة أصحابها . غير أن ثم حقوقا مالية تنشأ للأفراد نتيجة مراكزهم في الأسرة وعلاقات القرابة التي تربطهم بغيرهم ، كحق الارث وحق النفقة ، ولكن مثل هذه الحقوق تعتبر حقوقا مالية خالصة فتخرج عن نطاق حقوق الأسرة (٢) .

(٦) غير أن التقسيم التقليدي الذي جرى عليه أغلب الفقهاء واتبعته

Capitant, op. cit., No. 90. (١)

. Capitant, Ibid. (٢)

أكثر التقنيات ، هو تسميم الحقوق الى « حقوق مالية » (droits pécuniaires) ou patrimoniaux) و « حقوق غير مالية » (droits extra-patrimoniaux) : وهذا التقسيم له فائدة غير منكورة في تاصيل التفرقة بين طائفتين كبيرتين من الحقوق ، تبعا لتوافر أو تخلف القيمة المالية فيها وما يستتبعه ذلك من آثار مختلفة ، أهمها دخول الحقوق المالية وحدها في الذمة المالية مكونة جانبها الايجابى ، وقابليتها بالتالى - على خلاف الحقوق غير المالية - للتصرف والحجز والتقادم والارث .

ولكن فائدة هذا التقسيم ، لا تعجب عديم قطعه ودقته (١) : فمن الحقوق غير المالية ما يستتبع آثارا مالية ، كحق البنوة يستتبع الارث ، وحق الطلاق يستتبع حق النفقة . وكذلك فالاعتداء على الحقوق غير المالية لا يلبث أن يولد حقوقا مالية بالتعويض . هذا فضلا عن أن بعض الحقوق يستتبع ردها الى طائفة الحقوق المالية وحدها ، نظرا لما لها من طبيعة مزدوجة مالية ومعنوية على السواء ، كالحق الذهنى أو حق المؤلف الذى يعطى صاحبه حقا معنويا فى الأبوة على خلقه الفكرى وكذلك حقا ماليا فى احتكار استغلاله .

(٧) ولذلك يتجه بعض الفقهاء المحدثين (٢) نحو تقسيم آخر يقيمونه على أساس المحل ، نظرا لما للمحل من اثر كبير فى تحديد مضمون الحق وتنويع سلطاته ، فيقسمون الحقوق على هذا الأساس الى « حقوق الشخصية » (Les droits de la personnalité) و « الحقوق العينية » (Les droits réels) و « الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية » (Les droits personnels) و « الحقوق الذهنية » (Les droits intellectuels ou de créance) وربط هذا التقسيم بالتقسيم السابق عليه يظهر أن حقوق الشخصية من طائفة الحقوق غير المالية ، وأن الحقوق العينية وحقوق الدائنية من طائفة

(١) انظر فى ذلك :

Marty et Raynaud, t. I, No. 144. — Maceaud, t. I, No. 158.

Dabin, pp. 167 et s. — Marty et Raynaud, No. 145. (٢)

الحقوق المالية ، بينما ترد الحقوق الذهنية الى الطائفتين معا في نفس الوقت ، فنفرض لكل من هذه النماذج في مبحث على حدة .

المبحث الأول

حقوق الشخصية (١)

Droits de la personnalité

٢٢٢ - التصوير السائد لحقوق الشخصية

يذهب جمهور الفقهاء المحدثين الى الاعتراف بكيان مستقل لطائفة معينة من الحقوق يطلقون عليها اسم « حقوق الشخصية » ، ويقصدون بها الدلالة على تلك الحقوق التي تنصب على مقومات وعناصر الشخصية في مظاهرها المختلفة ، بحيث تعبر عما للشخص من سلطات مختلفة واردة على هذه المقومات وتلك العناصر بقصد تنمية هذه الشخصية وحمايتها أساسا من اعتداء الأفراد أو الأشخاص الآخرين (٢) . وإذا أطرنا جانبا حقوق الأسرة نظرا للخلاف حول دخولها أو عدم دخولها ضمن حقوق الشخصية ، نجد الاتفاق قائما بين جمهور الفقهاء على رد حقوق الشخصية بمعناها الدقيق الى فرعين أوليين يعكسان وجهي الشخصية وما تركز عليه من مقومات مادية ومعنوية على السواء ، وإلى فرع ثالث يتعلق بنشاط الشخصية ذاتها وما يستتبعه من حماية .

(١) راجع في ذلك خاصة :

Perreau, Des droits de la personnalité, Revue trimestrielle de droit civil, 1909, pp. 501 - 536. — Regamey, La protection de la personnalité en droit civil, thèse, Lausanne, 1929. — Nersan, thèse précitée

عبد الحى حجازى ، نظرية الحق ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ ، ص ٢٤ - ٤٦ . وكتابنا
سالف الذكر ، ص ٥٧٨ - ٥٩٧ .

(٢) أنظر في التمييز من هذا الوجه بين حقوق الشخصية وحقوق الإنسان . كتابنا سالف
الذكر ، ص ٥٧٨ - ٥٨١ .

(١) الحقوق الواردة على القومات المادية للشخصية :

نجد في طبيعة هذه الحقوق الحق في الحياة (droit à la vie) والحق في السلامة البدنية أو الجسمية (droit à l'intégrité physique) . فلكل شخص حق يرد على جسمه يخول له حماية لهذا الجسم بأعضائه المختلفة من أى اعتداء يقع عليه . ومقتضى هذا الحق امتناع كل شخص عن المساس أو الاعتداء على جسم غيره بضرب أو جرح . ولذلك فالأصل أن الجراح يمتنع عليه اجراء جراحة للمريض الا بعد الحصول على موافقته (١) ، وأن الشخص لا يمكن إجباره على الخضوع لتجارب أو تحاليل طبية أو علمية لا يأذن بها . غير أن هذا الأصل ليس بالمطلق ، ففي الأحوال التى يستحيل فيها الحصول على اذن المريض أو أقربائه القريبين ويكون الاقدام على جراحته أمرا ضروريا وعاجلا لا يحتمل التأخير ، يبدو أن للطبيب الاقدام على الجراحة رغم تخلف اذن صاحب الشأن (٢) . وقد ترغم القوانين واللوائح الأشخاص - فى أحوال معينة - على الخضوع لفحوص طبية أو تحاليل معينة ، أو على تحمل تطعيم أو علاج وقائى معين ضد بعض الأمراض أو الأوبئة . بل وقد يتولى القضاء نفسه - فى صدد خصومة مطروحة أمامه - اخضاع أحد الخصوم لفحص طبي أو تحليل علمى معين ، ولكن يكون لهذا الخصم أن يرفض الخضوع لذلك فيتحمل حينئذ عواقب هذا الرفض ، اذ قد يستخلص القاضى من رفضه - مع انعدام أو قلة مخاطر الفحص أو التحليل المتطلب - قرينة قضائية تعزز دعوى خصمه .

وإذا كان حق الشخص على جسمه يحميه من اعتداء الغير عليه أو يجنبه تدخل الغير الماس بأعضائه دون رضاه ، فليس معنى ذلك أن للشخص - بمقتضى هذا الحق - سلطة مطلقة على جسمه يتصرف فيه كيف يشاء . ولذلك تنحو بعض التقنينات الحديثة ويؤيدها الفقه فى ذلك (٣) ، نحو الحد من مثل هذه السلطة المطلقة - كقالة لاحترام الانسان حينئذ له من كيان مادى -

Mazeaud, t. I, No. 629. — Marty et Raynaud, Nos. 222, 481. (١)

Mazeaud, t. I, No. 629, p. 681. (٢)

(٣) عبد الحى حجازى ، ص ٢٨ و ٢٩ - اسماعيل لحام ، ص ٢٠ و ٢١ .

(م ٢٩ - المخل الى القانون)

بتحريم تصرف الشخص في جسده أو في جزء منه^(١) تصرفاً قانونياً حالاً منجزاً إلا إذا كان مثل هذا التصرف لا يضر خطراً على حياته أو على استمرار سلامة واكتمال كيانه المادى . ولذلك يعتبر صحيحاً تصرف الشخص في بعض دمه بالهبة أو البيع^(٢) .

والأصل أن حق الشخص على جسده يظل قائماً وثابتاً له طوال حياته بحيث يتقضى بوفاته . ولكن مراعاة الكرامة الانسانية الواجبة للجسم في حال الحياة وفي حال الموت على السواء ، تجوز الخروج على هذا الأصل باعطاء الشخص الحق في تحديد مصير جثته بعد موته ، بشرط ألا يخالف هذا التحديد أحكام القوانين والنوائح أو القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب . ففي هذه الحدود ، يملك الشخص أن يوصى بجثته أو بجزء منها لمعهد أبحاث علمية أو طيبة لأجراء تجارب عليها ، أو يوصى بعينه لبنك من بنوك العيون^(٣) ، أو يوصى بنقل عضو من أعضائه بعد وفاته الى جسم من يحتاجه من المرضى^(٤) .

(٢) الحقوق الواردة على المقومات المعنوية للشخصية :

إذا كانت الشخصية تستوى على مقومات مادية هي الكيان أو الجسم المادى للفرد فهي تستوى كذلك على مقومات معنوية كالشرف والاعتبار والكرامة والسمعة والمعتقدات والأفكار والمشاعر . فهذه المقومات عناصر أساسية للشخصية لا تقوم بدونها . ولذلك ، فحماية للشخصية ، يرى

(١) واضح أن ما يفصل عن جسم الإنسان من أجزاء أو أعضاء يصبح التصرف فيه بعد انفصاله . إذ بالاتصال يصبح العضو أو الجزء محل التصرف شيئاً داخلياً في دائرة التعامل . (في هذا المعنى : عبد الحمى حجازى ، ص ٣٩ و ٤٠ - اسماعيل غانم ، ص ٢١) .

(٢) في هذا المعنى :

Maschud, t. I, No. 645, p. 608.

عبد الحمى حجازى ، ص ٣٩ - اسماعيل غانم ، ص ٢٠ .

(٣) انظر في ذلك :

Maschud, t. I, No. 681. - Marty et Raymond, t. I, No. 382.

عبد الحمى حجازى ، ص ٤٠ و ٤١ .

(٤) أجريت فحوصات لجثث وزراعة القلب والكلى . ونجح بعضها .

جمهور الفقهاء وجوب الاعتراف للأفراد على هذه المقومات بحقوق معينة تؤمنهم عليها وتكون سندهم في دفع ما يقع عليها من اعتداء وفي التعويض عن أضراره .

١ - ولل فرد حق في الشرف (droit à l'honneur) (١) ، يكفل له الاحترام الواجب للشخصية ولاعتبارها وكرامتها وسمعتها بحيث يمتنع على الآخرين المساس بشخصيته من نواحى هذا الاعتبار المعنوى ، والا كان للمعتدى على شرفه الحق في المطالبة برفع الاعتداء وبالتعويض عما لحقه من أضرار بل ان معظم القوانين ترى في الاعتداء على الشرف الشخصى اعتداء على الجماعة نفسها ، ولذلك لا تكتفى بالجزاءات المدنية بل تأخذ المعتدى كذلك - بشروط معينة - بجزاءات جنائية .

٢ - ولل فرد كذلك الحق في السرية (droit au secret) (٢) ، لتظل أسرار حياته الخاصة محجوبة عن العلانية مصونة عن التدخل والاستطلاع ، فيمتنع على الغير افشاء أسرار شخص دون اذنه أو موافقته ، وخاصة اذا كان اطلاقه على هذه الأسرار بحكم وظيفته أو مهنته كطبيب أو محام أو بحكم صلته كزوج ، الا في الأحوال التى يوجب أو يرخص القانون فيها بذلك . بل ويكفل القسانون حماية السرية بالعقاب جنائيا على افشاء أصحاب المهن لما ائتمنوا عليه من أسرار . ويتفرع عن الحق في السرية بوجه عام حق الشخص في سرية مراسلاته واتصالاته التليفونية بوجه خاص .

٣ - ولل فرد كذلك حق في الاسم (droit au nom) يكفل له تمييز شخصيته ومنع اختلاطه بغيره من الأفراد ، فيمتنع على غيره انتحال اسمه أو المنازعة فيه . وسوف نعرض لهذا الحق بالتفصيل من بعد .

٤ - واذا كان للفرد - على ما رأينا - حق على كيانه وجسمه المادى يكفل

(١) راجع في تفصيل ذلك خاصة :

Nerson, thèse précitée, Nos. 95 - 109.

(٢) راجع في تفصيل ذلك :

Nerson, thèse précitée, Nos. 82 - 94.

السلامة المادية لشخصيته ، فان السلامة المعنوية (L'intégrité morale) للشخصية تقتضى الاعتراف للفرد بحقوق على الهيئته أو الصورة (droit à l'image) التى تعكس كيانه المادى وتعتبر مظهر شخصيته . ولذلك فالأصل هو امتناع عرض أو نشر صورة شخص دون اذن منه ، الا فى حالات استثنائية ، كأن يتم ذلك بمناسبة حوادث وقعت علنا أو كانت تتعلق برجال رسميين أو لهم صفة عامة (١) .

٥ - ومن حقوق الشخصية الواردة على المقومات المعنوية كذلك حق الشخص على ما يبتكره من أفكار وهو ما يعرف باسم الحق المعنوى الذهني أو « الحق المعنوى للمؤلف » (Le droit moral de l'auteur) .

فأفكار الشخص هي من صنعه وخلقه ، ولذلك تعتبر آثاره الفكرية هي شخصيته نفسها من الناحية الذهنية أو الفكرية ، ويكون حقه فى أبوة هذه الآثار حقا من حقوق الشخصية ، يظل لاصقا بشخصيته لا ينفصل عنها حتى ولو تنازل عن احتكار استقلالها ماليا الى غيره . وهذا الحق المعنوى يخول صاحبه ، كما سنرى ، سلطة تقرير نشر أثره الفكرى أو عدم نشره ، وحق نسبته اليه وحماية هذه النسبة من ادعاء الغير ، وسلطة تعديله وتغييره ، بل وسلطة سحبه من التداول والنشر .

(٣) الحقوق المتعلقة بحرية نشاط الشخصية :

لابد للشخصية ، حتى تنشط وتؤدي دورها فى الحياة ، من حرية القيام بأعمال معينة أو الامتناع عن القيام بها . ولذلك تجب حماية الشخصية فيما يتعلق بهذا النشاط عن طريق كفالة الحريات العديدة اللازمة لذلك ، مثل حرية التنقل والذهاب والمجرى ، وحرية التفكير وحرية اختيار العمل ، وحرية التجارة ، وحرية التعاقد ، وحرية الزواج وما الى ذلك . . فلأفراد حق فى هذه الحريات العديدة وأمثالها ، نظرا للزومها للشخصية من حيث تأمين وظيفتها ونشاطها . واعتداء الغير على هذا الحق بالتدخل فى هذه

(١) انظر فى ذلك : كتابنا مالف الذكر ، متن وهامش «١» و «٢» ص ٥٨٧ .

الحريات ، يخول للمعتدى عليه المطالبة برفعته ووقفه والتصويض عنه .
أضراره .

٢٢٢ - نقد التصوير السائد ، والمحد من نطاق حقوق الشخصية

تلك هي حقوق الشخصية ونطاقها في التصوير السائد في الفقه الحديث لها . غير أن هذا التصوير محل نظر من أكثر من ناحية كما سنرى . وهو يؤدي كذلك الى توسيع نطاق هذه الطائفة من الحقوق توسعة مصطنعة ليس لها من مبرر الا مجرد التجوز في التعبير والترخص في اغداق اصطلاح « الحق » دون تمييز أو تثبت من توافر مدلوله الدقيق . ويكشف عن أمر هذه التوسعة المصطنعة لنطاق هذه الطائفة من الحقوق أن هذه الحقوق ما تزال - حتى في نظر الداعين لها - مفتقرة الى كثير من التحديد والتماصك .

وقد أحسن المشرع المصرى - على نحو ما يفعل بعض المشرعين الحديثين - كالمشرع السويسرى - بالاحجام عن مسايرة الفقه السائد فى تعداد حقوق الشخصية على النحو السالف ذكره اكتفاء بالإشارة الى حماية هذه الحقوق بصفة عامة (١) بنصه على أن « كل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » (م ٥٠ مدنى) .

والواقع أننا اذا أمعنا النظر فى قائمة الحقوق التى يقدمها الفقهاء لطائفة حقوق الشخصية ، لم نجد منها ما يصدق عليه وصف الحق بالمعنى الدقيق . الا العدد القليل .

فالحقوق المتعلقة بحرية نشاط الشخصية ليست أصلا حقوقا بالمعنى الدقيق ، اذ هي بذاتها الحريات أو الرخص العامة التى تثبت للناس كافة دون أن يختص بها بعض منهم على سبيل الاستثناء والافتراء ، والتى سبق أن

(١) وهذه الحماية العامة يؤكدتها بصفة خاصة فى صدر حق من حقوق الشخصية هو حق الاسم (م ٥١ مدنى) كما سترد الإشارة من بعد .

ميزنا بينها وبين الحقوق (١) . ولذلك يجب استبعادها من نطاق حقوق الشخصية .

وأما الحقوق الواردة على المقومات المادية والمعنوية للشخصية ، فأقلها هو الذى يصدق عليه وصف « الحق » بالمعنى الدقيق فيصح اعتباره بالتالى ضمن طائفة حقوق الشخصية ، أما أغلبها فيفتقد هذا الوصف بحيث يجب استبعاده من نطاق هذه الطائفة . ذلك أن الحق يفترض شخصا يكون صاحبه ومحلا يقع عليه ، وبديهي وجوب انفصال المحل عن الشخص أو صاحب ، اذ لا يتصور أن يكون الشخص صاحبا للحق ومحلا له فى نفس الوقت . وأكثر الحقوق التى يقال بورودها على المقومات المادية والمعنوية للشخصية إنما يرد على الشخص ذاته لا على محل خارجى عنه (٢) ، ولذلك لا يحل اعتبارها من قبيل الحقوق ولا ادخالها بالتالى ضمن « حقوق الشخصية » . أما حيث يوجد من مقومات الشخصية ما له كيان خارجى قائم بذاته متميز عن كيان الشخص ، فلا حرج حينئذ من اعتبار المكنات والسلطات المخولة للفرد عليه من قبيل الحقوق . ولذلك ينبغي اعتبار الحق فى الاسم حقا بالمعنى الصحيح ، لأنه يرد على شيء له كيان خارجى قائم بذاته رغم اتصاله الوثيق بالشخص . وكذلك الحق المعنوى للمؤلف حق بالمعنى الصحيح لأنه يرد على أثر فكري قد أصبح له كيان مستقل منذ أن خرج عن شخص مبتكره بالتعبير وإن كانت الصلة بينهما تظل قائمة ووثيقة . ومن هنا يكون صحيحا اعتبار هذين الحقين من حقوق الشخصية .

وإذا كنا تنكر صفة الحقوق على الكثرة الغالبة مما يسميه جمهور الفقهاء

(١) انظر سابقا ، ص ٤٤٠ و ٤٤١ .

وانظر كذلك فى هذا المعنى :

Capitant, Sur l'abus des droits, Rev. trim. de droit civil, 1928, pp. 371 - 374. — Notre thèse précitée, ppp. 98 - 105.

(٢) فى هذا المعنى : Notre thèse précitée, p. 91 :

وقارن مع ذلك فيما يقال من تبريرات لنفى هذا المعنى :

Edmond Picard, Le droit pur, Nos. 37, 41, 42. — Dabin, op. cit., p. 169.

وانظر فى مناقشة هذه التبريرات : كتابنا سالف الذكر ، هامش «أ» ص ٥٩١ .

بحقوق الشخصية ، فليس معنى ذلك أننا نذر القيم والمصالح التي تمثلها دون حماية كما يظن البعض (١) . فليس ينكر أحد ضرورة حماية مصلحة الفرد في سلامة جسمه أو شرفه أو سرية حياته ومراسلاته أو حرية نشاطه ، وإنما ليس يحتم أن تكون وسيلة الحماية هي اصطناع حق يفتقد مقومات الحقوق . فالحماية مكفولة ميسورة بوسائل أخرى توافق الواقع ولا تناقضه مثل هذه المناقضة الظاهرة ، إذ في فكرة المسؤولية التقصيرية غناء عن غناء التحايل على اصطناع وتأصيل مثل هذه الحقوق المزعومة (٢) .

والواقع أن الكثرة الغالبة من حقوق الشخصية التي تنكر عليها وصف الحق بالمعنى الدقيق لا وجود لها قبل وقوع اعتداء عليها . فطالما لم يقع اعتداء على الجسم أو الشرف أو السمعة أو السرية أو الحرية ، لا يوجد بعد حق في سلامة الجسم أو في الشرف أو في السرية أو في الحرية . وإنما ينشأ ، بعد الاعتداء على هذه القيم والمصالح ، حق للمعتدى عليه في حمايتها وإصلاح أضرار الاعتداء عليها . وهذا الحق إنما مصدره فعل الاعتداء غير المشروع ومسئولية المعتدى عن خطئه المتمثل في هذا الاعتداء (٣) . ذلك أن الرابطة القانونية - وهي قوام الحق كما رأينا - لا تنشأ قبل هذا الاعتداء (٤) ، لأنه ليس للشخص تسلط على نفسه كما يتسلط على الأشياء . أو حق بعد في اقتضاء أداء معين من شخص معين من الأشخاص (٥) . فكان هذه الحقوق المزعومة إذن في سلامة الجسم أو الشرف أو السرية أو الحرية

(١) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 653.

(٢) انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٥٩٣ .

(٣) في هذا المعنى :

Nerson, thèse précitée, No. 174. — Roubier, préface à la thèse précitée de M. Nerson. — Notre thèse précitée, pp. 91, 92.

(٤) في هذا المعنى :

Notre thèse précitée, pp. 115, 116.

(٥) وليس صحيحاً القول بأن للشخص حقاً في اقتضاء امتناع الكافة عن الإعتداء على سلامة جسمه أو شرفه أو سره أو حرته ، إذ لا يقع على الكافة - كما سنرى - التزام بالمعنى الدقيق حتى يقابله حق واقتضاء صحيح .

ليست الا حقوقا فى اصلاح أو تعويض الضرر الواقع على الشخص فى مقوماته
المادية أو المعنوية أو فى حرياته .

٢٣٤ - خصائص حقوق الشخصية (١)

إذا كانت انقطة الضئيلة من طائفة حقوق الشخصية كما يعددها الفقه
السائد هى وحدها التى يصمدق اعتبارها وتسميتها باسم الحقوق ، فىكون
لجميعها رغم ذلك - بين أنواع الحق - فى طائفة مستقلة تعرف باسم « حقوق
الشخصية » ما يبرره من تميزها بخصائص ذاتية لا تشاركها فيها بقية
طوائف الحقوق .

فمن الواضح أن حقوق الشخصية حقوق لا تنفك ملازمة ولصيقة
بالشخص ، وهو ما يستطيع اثباتها لصاحب معين لا غيره (٢) بحيث تنقضى
بموته وانقضاء شخصيته فلا تنتقل من بعد موته باليراث الى وريثه . وهذه
الحقوق - نظرا لالتصاقها بالشخصية - تكتسب نفس صفاتها ، فتكون حقوقا
غير مالية أى لا تقوم بمال . وبذلك تعتبر هذه الحقوق خارجة عن دائرة
التعامل ، فتكون غير قابلة للتصرف أو الحجز عليهما ، وتكون غير قابلة
للسقوط أو الاكتساب بالتقادم . وعلى ذلك ، فالاسم ان كان القانون يثبت
فى حياة الأب لأولاده ، فهو لا ينتقل الى الورثة بوفاته ، وهو كذلك لا يقبل
التصرف أو التنازل ، ولا يسقط مهما طال مدة اهماله وعدم استعماله ،
والحق المعنوى للمؤلف يظل له وحده حتى ولو نزل عن احتكار استقلاله ،
وكل تصرف منه فيه يستتبع بطلانه .

ولكن يجب عدم المبالغة فى مدى هذه الخصائص ، فهى ليست على النحو
من الاطلاق الذى قد يظن بها .

فحقوق الشخصية ، ان كانت حقوقا غير مالية ، الا أنها قد تستتبع

(١) راجع فى تفصيل ذلك خاصة :

Nerson, thèse précitée, Nos. 120 - 208.

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 642. (٢)

آثاراً مالية ، إذ أن الاعتداء عليها يولد لأصحابها حقاً مالياً في التعويض ، كما سنرى . ولذلك يكون لكل من انتحل الغير اسمه دون حق أو نازعه في استعماله بلا مبرر أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر . ويكون للمؤلف أن يطالب بوقف تدخل الغير أو اعتدائه على ما يخوله له حقه المعنوي من سلطات معينة على مصنفه أو أثره الفكري ، وبالتعويض عما يلحقه به هذا التدخل أو الاعتداء من ضرر .

ويبدو من ذلك أن الاعتراف بوصف الحق بالمعنى الدقيق ليهض حقوق الشخصية كما في هذه الحالات ، يخول صاحبه - فضلاً عن المطالبة بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية حيث تتوافر شرائطها من الخطأ والضرر وعلاقة السببية - المطالبة كذلك بوقف الاعتداء على حقه دون توقف على إثبات ترتب ضرر على هذا الاعتداء . ويجب أن لا يفهم من ذلك أن صاحب الحق يملك مثل هذه المطالبة دون مصلحة له فيها ، فلكل صاحب حق - والحق اختصاص واستثثار - مصلحة ولو معنوية قائمة دائماً وظاهرة في منع الغير من مشاركته في سلطات حقه أو التدخل فيها أو الاعتداء عليها ، وخاصة إذا كان الحق من حقوق الشخصية أو لصيقاً بها . ولذلك فحيث يعتدى على حق من الحقوق - وخاصة إذا كان من حقوق الشخصية - فإن الاعتداء يتضمن في ذاته حتماً معنى الضرر دون حاجة إلى إثباته ، ويولد المصلحة لصاحب الحق في المطالبة برد الاعتداء وإيقافه (١) .

وكذلك إذا كان الأصل أن حقوق الشخصية غير قابلة للتعامل أو التصرف ، إلا أنه خروجاً على ذلك يمكن تجويز وتصحيح بعض الاتفاقات في شأن هذه الحقوق ما دامت مبنية على اعتبارات جدية ومحقة لأغراض نافعة دون مخالفة للقانون أو النظام العام والآداب . ومن قبيل ما يعتبر صحيحاً من هذه الاتفاقات : ترخيص الشخص في استعمال الغير لاسمه كاسم مستعار أدبي ، أو اذن الشخص لكاتب أو روائي في إطلاق اسمه على بعض أشخاص

(١) قريب من ذلك :

Nerson, thèse précitée, No. 14; No. 174, pp. 200, 270.

رواياته أو مسرحياته ، أو اذن الشخص في استعمال اسمه كاسم تجارى ، أو ترخيص فنان مشهور في اعطاء بعض المنتجات الصناعية اسمه على سبيل الدعاية والاعلان (١) . وكذلك يعتبر صحيحا في فرنسا - حيث تسمى الزوجة بلقب زوجها - ترخيص الزوج بعد الطلاق لزوجته السابقة في التسمى بلقبه واستعماله (٢) .

واذا كانت حقوق الشخصية غير قابلة في الأصل كذلك للاكتساب أو السقوط بالتقادم ، فقد يكون لمضى المدة - استثناء - شأن في تأكيد اكتساب بعض هذه الحقوق وحمايتها . ومن قبيل ذلك أن القضاء الفرنسى يدخل في اعتباره استتالة استعمال اسم أدبى مستعار مدة طويلة لتأكيد وحماية صاحبه في استعماله ، بحيث لا يحل لشخص يطابق اسمه الحقيقى هذا الاسم المستعار المطالبة بتحريم استعماله على صاحبه بعد امتداد استعماله له هذه المدة الطويلة (٣) .

واذا كانت حقوق الشخصية لا تنتقل بالوفاة الى الورثة ، فاستثناء من ذلك يخلف ورثة المؤلف مورثهم في بعض سلطات حقه المعنوى ، كقالة لذكراه وحماية لآثاره (٤) .

Nerson, thèse précitée, No. 185, pp. 401, 402. — Perreau, (١)
article précité, p. 518.

Marty et Raynaud. op cit., t. I. No. 968, p. 1180. (٢)

Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 558, 564, et pp. 551, 552. (٣)

Nerson, thèse précitée, No. 200. — Mazeaud, op. cit., t. I, (٤)
No. 609.

المبحث الثاني

الحقوق العينية والحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية (١)

٢٣٥ - تمهيد

إذا كانت « حقوق الشخصية » التي فرغنا من عرضها حقوقا غير مالية ، فإلى جوارها توجد حقوق مالية خالصة تضم « الحق العيني » و « الحق الشخصي أو حق الدائنية » . وقد آثرنا دراسة الحقين معا في مبحث واحد ، نظرا لأن أمر التفرقة بينهما كان مجالا لجدل كبير في الفقه . فنعرض لكل من هذين الحقين على التوالي ، ثم نعرض لمناقشة أساس التفرقة بينهما ووجوبها بما يتفرع عليها من آثار .

المطلب الأول

الحق العيني

Le droit réel

٢٣٦ - تعريف الحق العيني ، وأنواعه

التعريف السائد في الفقه منذ قديم للحق العيني هو أنه يخول صاحبه سلطات قانونية مباشرة على شيء مادي (٢) ، بحيث توجد صلة مباشرة بين الشيء وصاحب الحق ، فلا يحتاج في سبيل أعمال حقه والتمتع بسلطاته على الشيء إلى تدخل من جانب شخص آخر . فقوم الحق العيني إذن وجود صلة مباشرة بين صاحب الحق وبين محله ، وهذه الصلة المباشرة أمر طبيعي

(١) راجع في ذلك خاصة :

Rigand, *Le droit réel*, thèse, Toulouse, 1912 — Derruppé, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, thèse, Toulouse, 1952. — Ionescu, thèse précitée, Nos. 97, 98, 111, 121. — Notre thèse précitée, pp. 95-105.

(٢) ولذلك سنرى أن الحق الذهني ليس حقا عينيا ، لأنه حق يرد على شيء غير مادي.

(أنظر لاحقا ، المبحث الثالث من هذا الفصل) .

• ما دام المحل شيئا لا ارادة له بحيث يخضع لارادات الأفراد وتسلبهم دون اختيار • ولذلك سبق أن اشرنا الى أن الحق العيني يفترض وجود « رابطة تسلط » لا « رابطة اقتضاء » ، لأن صاحب الحق لا يتصور أن يطالب الشيء بعمل أو يقتضى منه أداء ، وإنما يخضعه مباشرة لسلطانه وتصرفه •

وإذا كانت الحقوق العينية تشترك كلها فى تخويل أصحابها سلطات مباشرة على شيء مادي فإنها تنقسم مع ذلك الى نوعين كبيرين : « الحقوق العينية الأصلية » (Les droits réels principaux) و « الحقوق العينية التبعية » (Les droits réels accessoires) • ولا يعنى وصف الأولى بالأصلية والثانية بالتبعية ، أن الثانية تتبع الأولى وترتكز عليها • وإنما تعتبر الثانية تبعية ، لأنها تتبع حقا من الحقوق الشخصية أى حقوق الدائنية وتستند فى وجودها اليه ، بقصد ضمان الوفاء به وتأمين اقتضاء صاحبه له • ولذلك فإذا وصفت الأولى بأنها أصلية ، فما ذلك الا لتفرقتها عن هذه الثانية التبعية ، وللدلالة على أنها تقوم بنفسها استقلالاً دون استناد الى أى حق آخر وعلى أنها مقصودة لذاتها لا لضمان الوفاء بمثل هذا الحق •

٢٣٧ - الحقوق العينية الأصلية

قلنا ان الحقوق العينية الأصلية هى تلك الحقوق العينية المستقلة التى لا تتبع حقا آخر أو تستند فى وجودها اليه ، وإنما توجد لأنها مقصودة لذاتها بما تعطيه لأصحابها من سلطات الاستحصال على المزايا والمنافع المالية للأشياء المادية ، وهى لا تخرج عن سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف • غير أن هذه الحقوق تتنوع تبعا لاختلاف مضمونها باتساع أو ضيق ما تخوله من هذه السلطات الثلاث • فحيث تتجمع هذه السلطات معا فى يد صاحب الحق ، يسمى الحق « حق الملكية » • وحيث تتجزأ أو تقوزع هذه السلطات ، تنفرع عن حق الملكية حقوق أخرى تعتبر اقتطاعا منه • ولذلك يعتبر حق الملكية هو الحق الرئيسى فى طائفة الحقوق العينية الأصلية ، بينما تعتبر باقى الحقوق العينية الأصلية الأخرى بالنسبة اليه مجرد حقوق فرعية • فنعرض جازيا لحق الملكية ، ثم للحقوق المنفرعة عنه •

(١) حق الملكية (Le droit de propriété) أقوى الحقوق العينية الأصلية وأوسعها مضمونا وسلطات هو « حق الملكية » ، اذ يخول لصاحبه كل السلطات المتصورة على شيء مادي من استعمال واستغلال وتصرف (م ٨٠٢ مدني) .

فلمالك الشيء استعماله ، أي استخدامه فيما هو قابل أو صالح له من أوجه الاستخدام ، كركوبه سيارته أو إقامته في بنائه أو قراءته كتبه . وله كذلك استغلاله أي الحصول على ما يتولد أو ينتج عنه من ثمار ، كنتاج الماشية وصوف الأغنام والمحاصلات الزراعية وأجرة المباني والأراضي الزراعية وفوائد السندات وأرباح الأسهم . وله - فضلا عن ذلك - التصرف في الشيء ، أي التسلط على رقبة الشيء أو على كيانه ووجوده ، بحيث يملك دون غيره التحكم في مصيره واستنفاد سلطاته عليه استنفادا كلياً أو جزئياً . وتصرفه في الشيء إما أن يكون مادياً بافناؤه والقضاء على مادته أو بتغييره تغييراً جوهرياً يقلب وظيفته والغرض منه ، وإما أن يكون قانونياً بالنزول عن ملكيته إلى الغير أو بتقرير حق عيني أصلي آخر أو حق عيني تبعي للغير عليه .

والأصل أن حق الملكية حق دائم أو مؤبد ، بمعنى أن الشيء المملوك يظل على الدوام محملاً بحق الملكية رغم تغير أشخاص ملاكه وتعاقبهم . ولذلك لا يتصور - مع استمرار بقاء الشيء - أن توفقت ملكيته بمدة معينة تنقضي بعدها نهائياً دون أن تثبت لأحد من الأشخاص ، أو تنقضي هذه الملكية بالتقادم المسقط أي بعدم الاستعمال مدة طويلة (٢) ، أو أن تسقط هذه الملكية بمجرد الترك أو الإسقاط من المالك دون أن ينقلها في نفس الوقت إلى الغير (٣) .

(١) راجع في ذلك : كتابنا « الحقوق العينية الأصلية » ، الجزء الأول ، حق الملكية ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٥ .

(٢) ولكن ليس ما يمنع من أن يكتسب الغير الملكية بالتقادم أو مرور الزمن ، اذ ليس في ذلك ما يتنافى مع دوام الملكية حيث لا يتغير بهذا التقادم اكتساب الشخص المالك وحده مع استمرار بقاء حق الملكية نفسه .

(٣) ولكن استثنى من ذلك ، بباح ترك أو إسقاط الملكية في المنقولات وحدها دون العقارات ، بحيث تعود المنقولات المتركبة مباحة سائبة غير مملوكة لأحد ، فيمكن من بعد أن يستولي عليها أي شخص وأن يملكها بهذا الاستيلاء (انظر كتابنا سالف الذكر ، ج ١ ، ص ١٦٩ و ١٧٠) .

والأصل كذلك أن تثبت ملكية الشيء لمالك واحد يستأثر عليه وحده بكل السلطات ، وهذه هي الملكية العادية أو المفروزة . ولكن يمكن أن تثبت ملكية الشيء لعدة ملاك في نفس الوقت ، بحيث يكون لكل منهم حصة حسابية في الملكية كالربع أو الثلث أو النصف دون أن يتجزأ الشيء بعد بينهم بما يوازي هذه الحصص ، كمدة وريثة يرثون قطعة أرض من مورثهم فيتملكونها غير مجزأة معا كل بقدر نصيبه في الارث ، وهذه هي الملكية الشائعة . ومن الواضح أن الملكية الشائعة تتحول الى ملكيات عادية مفروزة ، اذا تم من بعد تقسيم الشيء الشائع بين الشركاء بحيث يفرز لكل منهم جزء من هذا الشيء يوازي حصته الأصلية في الشيوع .

(٢) **الحقوق المتفرعة عن الملكية :** هي الحقوق العينية التي تقنطع بعض سلطات الملكية لحساب شخص آخر غير المالك . وقد حدد التقنين المدني الحالي هذه الحقوق بحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الحكر وحق الارتفاق ، فنعرض لكل منها بإيجاز على التوالي .

١ - **حق الانتفاع (droit d'usufruit)** هو حق يخول لمنتفع سلطة استعمال واستغلال ملك غيره دون التصرف فيه ، اذ تظل سلطة التصرف باقية في يد المالك لأنه ما زال - رغم تقريره للغير حق انتفاع على ملكه - محتفظا بملكية الرقبة . وعلى المنتفع - طوال انتفاعه - أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الشخص المعتاد (م ١/٩٩٠ مدني) ، وأن يردده عند انتهاء حق الانتفاع . وحق الانتفاع حق مؤقت ينتهي بانقضاء الأجل المعين ، فان لم يعين له أجل عد مقررًا لحياة المنتفع ، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين (م ١/٩٩٣ مدني) .

٢ - **حق الاستعمال وحق السكنى :** يقتصر حق الاستعمال (Le droit

d'usage) على تخويل صاحبه سلطة استعمال شيء مملوك لغيره ، فهو يختلف اذن عن حق الانتفاع في أنه لا يخول لصاحبه كذلك سلطة استغلاله . واذا كان محل حق الاستعمال عينا معدة للسكنى سمي حينئذ « حق السكنى » (Le droit d'habitation) ، واقتصر على تخويل صاحبه مجرد سكنى هذه العين دون بقية أوجه استعمالها الأخرى ، ودون استغلالها من باب أولى

بالتأجير مثلا إلى الغير . وينحدد في الأصل نطاق حق الاستعمال وحق السكنى بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته الخاصة أنفسهم (م ٩٩٦ مدني) . ولا يجوز النزول للغير عن أي منهما إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي (م ٩٩٧ مدني) . وكلا الحقين - كحق الانتفاع - حق مؤقت ينتهي بانقضاء الأجل المعين أو حتى قبل انقضائه في حال موت صاحبه .

٣ - حق الحكر : يتقرر هذا الحق على الأرض الموقوفة (١) ، ويخول لصاحبه - ويسمى المحتكر - استعمالها بالغراس فيها أو البناء عليها . وهو يملك ما يحدثه فيها من بناء أو غراس أو غيره ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق الحكر (م ١٠٠٢ مدني) . ولا يجوز التحكير إلا لضرورة أو مصلحة . ويجب على أي حال أن لا يزيد التحكير على ستين سنة (م ٩٩٩ مدني) .

وحق الحكر حق مؤقت ينتهي بحلول الأجل المعين له . ولكنه - على خلاف حق الانتفاع وحق الاستعمال والسكنى - لا ينقضي بموت المحتكر إذا كان موته قبل حلول الأجل وبعد بنائه أو غراسه . أما إذا كان الموت قبل البناء أو الغراس ، فالأصل هو انقضاء الحكر إلا إذا طلب جميع الورثة بقاءه (م ١٠٠٨/١ و ٢ مدني) .

٤ - حق الارتفاق (Le droit de servitude) : الارتفاق - كما يعرفه المشرع - « حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر » (م ١٠١٥ مدني) . والعقار المثل بالارتفاق أو العقار المرتفق به يسمى « العقار الخادم » ، والعقار المرتفق أي المقرر لفائدته الارتفاق يسمى « العقار

(١) لم يعد حائزا لترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة منذ العمل بالتقنين المدني الحالي في ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ . مع ذلك يظل مستمرا ما كان مرتفقا من قبل زمانا وقت العمل بهذا التقنين من حكر على أرض غير موقوفة (م ١٠١٢ مدني) .
ولم تكن المشرع المصري قد ألغى الوقف الأهلي بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، فقد أدى ذلك إلى انتهاء الأحكام المرتبة على الأعيان الموقوفة وفقا لأهلها . ثم لم يلبث المشرع بعد ذلك أن مضى في سياسة تصفية الأحكام على الأوقاف الخيرية فأجاز القانون رقم ٣٤٦ لسنة ١٩٥٣ لوزير الأوقاف إنهاء إذا اقتضت المصلحة ذلك . ثم حدد بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ مهنة خمس سنوات لإنهاء هذا الإنهاء ، ومدت هذه المهلة بعد ذلك .

المخدوم ، ومن أمثلة حقوق الارتفاق : حق المرور الذى يوجد طريقا أو ممرا للعقار المرتفق أو المخدوم عبر العقار المرتفق ، أو الحادم ، وحق المثل الذى يسمح فتح مطلات على ملك الجار على أقل من المسافة القانونية المشروعة .

ولما كان حق الارتفاق مقررنا منفعة عقار معين ، فمعنى ذلك أن المنفعة التى يحققها منفعة عينية تتعلق بالعقار لا منفعة شخصية تتعلق بمالكه . ولذلك فالأصل بقاء هذا الحق واستمراره رغم تغير ملاك العقار المرتفق . ولكن ليس معنى هذا أنه يعتبر حقا أبديا أو دائما فى جوهره (١) بل تملك الإرادة تأقيته بأجل معين ، وحينئذ يكون انتهائه بانقضاء هذا الأجل (م ١٠٢٦ مدنى) .

وعلى خلاف حق الملكية الذى لا ينقضى فيما طال مدة عدم استعماله ، تخضع كل الحقوق العينية المتفرعة منه للتقادم المسقط فتتنقضى بمضى المدة القانونية على عدم استعمالها (م ٩٩٥ و ١٠١١ و ١٠٢٧ مدنى) .

٢٢٨ - الحقوق العينية التبعية

يقصد بهذه الحقوق تلك الحقوق العينية (٢) التى توجد لتأمين أو لضمان الوفاء بحق شخصى أى بحق دائنيه ضمانا خاصا ، فهى تابعة لهذا الحق المضمون ، ومن هذه التبعية جاءت تسميتها . فهذه الحقوق تأمينات أو ضمانات عينية لوفاء الديون ، اذ تخول للدائن سلطة تتبع الشئ الضامن الذى ترد عليه ولو خرج من تحت يد المدين ، وسلطة التنفيذ عليه واقتضاء حقه

(١) أنظر كتابنا سالف الذكر ، ج ١ ، هامش ص ١٦٤ .

(٢) أنظر فى اعتبار هذه الحقوق حقوقا عينية :

شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات فى القانون المدنى الجديد ، ج ١ ، فى التأمينات العينية ، فقرة ٢٨ - كتابنا أصول القانون هامش ص ٦٠٦ .
وقارن مع ذلك :

Chauveau, Classification nouvelle des droits réels et personnels, Rev. crit. de législation et de jurisprudence, 1931, pp. 589-612. V. Nos. 40-50, pp. 584-612.

شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العيني ، فقرة ١١ وما بعدها .

من قيمته النقدية بالأولوية والأفضلية على غيره من الدائنين العاديين غير المزودين بمثل هذه الحقوق . ولذلك تجنب الحقوق العينية التبعية أصحابها مخاطر الضمان العام وما يجره من اقتسام الدائنين أموال المدين قسمة غرماء أى بنسبة دين كل منهم .

وتتنوع هذه الحقوق بحسب مصدرها أنواعا ثلاثة ، حق الرهن وحق الاختصاص وحق الامتياز . والأول يتقرر بمقتضى عقد من العقود ، والثاني يأمر من القضاء ، والثالث ينص فى القانون .

(١) حق الرهن : الرهن نوعان : رهن رسمى ورهن حيازى :

١ - **الرهن الرسمى (Le droit d'hypothèque)** : ينشأ هذا الرهن عن عقد رسمى يخول الدائن ، على عقار مخصص لوفاء دينه ، سلطة التقدم على الدائنين التالين له فى المرتبة ، فى استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون (م ١٠٣٠ مدنى) .

٢ - **الرهن الحيازى (Le droit de gage)** : ينشأ هذا الرهن عن عقد يخول للدائن سلطة حبس الشيء المقدم كضمان للدين الى حين استيفائه . وسلطة التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء دينه من ثمن الشيء فى أى يد يكون (م ١٠٩٦ مدنى) .

واذا كان هذان الحقان يخولان للدائن المرتهن سلطة تتبع الشيء المرهون فى أى يد يكون وسلطة التقدم على غيره من الدائنين فى اقتضاء دينه ، فانهما يختلفان فى أن حق الرهن الرسمى لا ينشأ الا بمقتضى عقد رسمى يحرر أمام موظف مختص والا كان باطلا ، أما حق الرهن الحيازى فينشأ بمقتضى عقد رضائى أى بمجرد التراضى . وكذلك يختلف الحقان فى أن حق الرهن الحيازى يقع على العقار أو المنقول على السواء ، بينما لا يقع حق الرهن الرسمى فى الأصل الا على العقار وحده . وكذلك فانه يترتب على حق الرهن الحيازى وضع الشيء المرهون فى حيازة الدائن المرتهن أو من ينوب عنه دون خروجه من ملك المدين الراهن ، على خلاف الحال فى حق الرهن الرسمى حيث يبقى العقار المرهون فى حيازة مالكة .

(٢) حق الاختصاص (Le droit d'affectation) : لا ينشأ هذا الحق كحق الرهن بمقتضى عقد ، ولكن ينشأ بمقتضى أمر من القضاء به . وهو لا يتقرر لكل دائن ، بل يتقرر للدائن حسن النية الذى ييده حكم واجب التنفيذ ضد المدين ، ويتقرر على عقار أو أكثر من عقارات المدين (فلا يتقرر على منقولاته) ، وذلك ضمانا لأصل الدين والفوائد والمصروفات (م ١/١٠٨٥ مدنى) . ويكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمى ، أى يكون له حق التتبع وحق التقدم أو الأولوية فى اقتضاء الدين من المقابل النقدي للشيء . ولذلك يسرى على الاختصاص فى الأصل ما يسرى على الرهن الرسمى من احكام ، فيما عدا ما ورد بشأنه من أحكام خاصة (م ١٠٩٥ مدنى) .

(٢) حق الامتياز (Le droit de privilège) : ينشأ هذا الحق بنص القانون ، لا بأمر من القضاء كحق الاختصاص ، ولا بمقتضى عقد رسمى أو رضائى كحق الرهن بنوعيه . وهو يتقرر مراعاة لصفة خاصة تقوم فى الدين ، فيعتبر القانون الديون التى تتوافر فيها مثل هذه الصفة ديونا ممتازة يستوفىها الدائنون بالتقدم والأولوية على غيرهم من الدائنين (م ١١٣٠ مدنى) . وهذا الحق اما عام يرد على جميع أموال المدين (١) من منقول وعقار ، واما خاص يرد على مال معين بالذات من أموال المدين سواء كان هذا المال عقارا أو منقولا .

ومن أمثلة حقوق الامتياز العامة الامتياز المقرر للمبالغ المستحقة عن الستة الأشهر الأخيرة كأجور ورواتب الخدم والكتبه والعمال ، وكأثمان لما تم توريده من مأكلا وملبس ، وكنفقة مستحقة فى ذمة المدين لأقاربه (م ١١٤١ مدنى) . ومن أمثلة حقوق الامتياز الخاصة ، الامتياز المقرر لما يستحق للمؤجر بمقتضى عقد الايجار على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من

(١) ولكن يكون من المشكوك فيه حيثذ اعطاه وصف الحق العيني ، أنظر : شمس الدين

الوكيل ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٢٠٤ . - وكتابنا سالف الذكر ، هـ ص ١٥ ص ٦٠٩ .

منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى (م ١١٤٣ مدنى) ، والامتياز المقرر للمبالغ المستحقة لصاحب الفندق فى ذمة النزىل - عن اجرة الاقامة والمؤونة وما صرف لحسابه - على الأمتعة التى أحضرها النزىل فى الفندق أو ملحقاته (م ١١٤٤ مدنى) ، والامتياز المقرر على الشئ المبىع لما يستحق لبائعه من الثمن وملحقاته (م ١١٤٥ و ١١٤٧ مدنى) .

المطلب الثانى

الحق الشخصى أو حق الدائنية

Le droit personnel ou de créance

٢٣٩ - تعريف الحق الشخصى أو حق الدائنية

يعبر الحق الشخصى عن قيام « رابطة اقتضاء » ، أى عن قيام رابطة بين شخصين بمقتضاها يلتزم أحدهما وهو المدين قبل الآخر وهو الدائن بأداء معين أى القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل ، وبذلك يكون للدائن حق فى اقتضاء هذا الأداء من المدين . فالحق الشخصى اذن هو سلطة تثبت لشخص معين فى اقتضاء أداء معين من شخص آخر . واصطلاح « الحق الشخصى » الشائع عن هذا النوع من الحقوق انما يقوم على أساس تضمنه علاقة أو رابطة بين الأشخاص ، وتحققه عن طريق شخص معين غير صاحبه . ولكن لعل فى التعبير عن الحق الشخصى باصطلاح « حق الدائنية » خير بيان لطبيعة هذا الحق من كونه علاقة دين أو علاقة اقتضاء بين الأشخاص اذا نظر اليها من ناحية الدائن ، فضلا عما فيه من دفع للاختلاط بين اصطلاح « الحق الشخصى » واصطلاح « حق الشخصية » المعبر عن حق نصيق بالشخصية .

والحق الشخصى أو حق الدائنية - كما يبين من تعريفه - ليس محله - كالحق العينى - شيئا من الأشياء ، وانما محله دائما عمل معين (١) من جانب

(١) وذلك حتى فى صورة الالتزام باعطاء أى الالتزام بتقرير حق عينى على شئ من الأشياء . فحق مشترى العقار فى اقتضاء نقل الملكية اليه من بائعه - وهو حق شخصى - ليس محله العقار المبىع ، وانما محله عمل ايجابى هو قيام البائع بتحقيق نقل الملكية الى المشترى عن طريق المساهمة فى اجراءات التسجيل (فى هذا المعنى : محمد سامى مدكور ، ص ١٥ - اسماعيل غانم ، ص ٢٧) .

مدين معين ، سواء كان هذا العمل ايجابيا أو سلبيا . ومثال العمل الايجابى
التزام المقرض برء مبلغ القرض الى المقرض ، والتزام المقاول ببناء منزل ،
والتزام الطبيب بأجراء جراحة معينة . ومثال العمل السلبى أى الامتناع
عن عمل معين : التزام بائع المحل التجارى قبل مشتره بعدم منافسته له عن
طريق فتح محل مشابه فى نفس الحى طوال مدة معلومة ، والتزام كاتب شهر
- متعاقد مع صحيفة معينة على الكتابة فيها مدة معينة - بعدم الكتابة فى غيرها
طوال مدة العقد .

واذا كان الأداء أو العمل على اختلاف صورته الايجابية والسلبية محلا
للحق الشخصى ، فينبغى أن تتوافر لهذا الأداء أو العمل صفة مالية^(١) ، بمعنى
أن يكون فى الامكان تقديره بالنقود ، حتى ولو كانت المصلحة التى يستهدفها
صاحب الحق الشخصى من وراء هذا الأداء محض مصلحة أدبية أو
معنوية^(٢) . ومالية الأداء هى التى تؤدى الى اعتبار الحق الشخصى حقا من
الحقوق المالية ، والى تمييز الالتزام بصفته المالية عن مجرد الواجبات القانونية
التي تفتقد الصفة المالية . وهى التى تؤدى كذلك الى دخول الحق الشخصى
ضمن العناصر الايجابية للذمة المالية للدائن ، والى دخول الالتزام ضمن
العناصر السلبية للذمة المالية للمدين .

والحق الشخصى ليس فى واقع الأمر الا أحد وجهين لرابطة الاقتضاء .

(١) انظر فى هذا المعنى بوجه خاص :

عبد الحى حجازى ، النظرية العامة للالتزام ، ١٩٥٤ ، ج ١ ، ص ٢٤ وما بعدها . -
اسماعيل غانم ، فى النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، ١٩٥٦ ، فقرة ٦ . ص ١٠ و ١١ ،
وحامش «٢» ص ١١ - ١٢ ، مصادر الالتزام ، العقد والارادة المنفردة ، ١٩٦٦ ، فقرة ٦ ،
ص ١٥ و ١٦ . - سليمان مرقس ، أصول الالتزامات ، ج ١ ، فى مصادر الالتزام ، ١٩٦٠ ،
فقرة ١٦ ، ص ١٧ و ١٨ . - جلال العدوى ، أصول المعاملات ، ١٩٦٧ ، ص ٤٣ .

وانظر كذلك :

Gaudemet, Théorie générale des obligations, éd. 1965, pp. 12-14. —
Mazeaud, op. cit., t. II, No. 10.

ولكن قارن خاصة :

Demogue, Traité des obligations en général, t. I, No. 5, pp. 8-10.

(٢) فى هذا المعنى :

عبد الحى حجازى ، اسماعيل غانم ، المواضع السابقة .

فهذه الرابطة ، اذ تفترض وجود طرفين من الأشخاص يملك أحدهما اقتضاء أداء مالى معين ويلتزم الآخر بالخضوع لهذا الاقتضاء ، انما توضع فى يد الأول حقاً وتلقى على عاتق الثانى التزاماً . فالحق الشخصى والالتزام وجهان متقابلان لرابطة قانونية واحدة هى رابطة اقتضاء ، كل ما فى الامر أن الحق الشخصى هو وجهها الايجابى المتمثل فى سلطة الاقتضاء المعطاة للدائن ، والالتزام هو وجهها السلبى المتمثل فى الالتزام المحمل به المدين . ولذلك يمكن أن تسمى هذه الرابطة « رابطة اقتضاء » أو « رابطة التزام » ، ويستوى فى التعبير عنها اطلاق اصطلاح « الحق الشخصى » أو اصطلاح « الالتزام » ، فالاصطلاح الأول انما يعبر عن هذه الرابطة من ناحية الدائن أى من ناحية الطرف المقتضى ، والاصطلاح الثانى انما يعبر عنها من ناحية المدين أى من ناحية الطرف الملتزم .

ومع ذلك ، فقد شاع فى التشريع وفى الفقه النظر الى هذه الرابطة أساساً من ناحية المدين لا من ناحية الدائن ، والتعبير عنها بالتالى بالالتزام لا بالحق الشخصى ، ولعل مرجع ذلك الى الرغبة فى تأكيد أهمية الالتزام ، بما يعنيه من ايراد قيد خاص على حرية المدين ، وبما يمثل من عنصر سلبى فى الذمة المالية للمدين .

وعلى أى حال ، فنظرية الالتزام التى بدرس تحتها الالتزام والحق الشخصى تعتبر قطب الرحى فى الدراسات القانونية جميعاً . ومرجع ذلك أساساً الى أن روابط الاقتضاء أو الالتزام هى أكثر روابط القانون شيوعاً فى الحياة الاجتماعية ، ليس فحسب فى محيط المعاملات المدنية المحض ، وانما كذلك فى مجال باقى المعاملات الأخرى على اختلاف أنواعها .

المطلب الثالث

التفرقة بين الحق العينى وبين الحق الشخصى

٢٤٠ - التفرقة التقليدية بين الحقين

التفرقة بين الحق العينى من ناحية وبين الحق الشخصى أو حق الدائنية من ناحية أخرى تفرقة عريقة فى الفقه . وتقوم هذه التفرقة التقليدية على

أساس أن الحق العيني يخول لصاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء من الأشياء المادية فلا يوجد فيه إلا عنصران : شخص هو صاحب الحق ، وشئ هو محل الحق . بينما يخول الحق الشخصي أو حق الدائنية لصاحبه سلطة مطالبة شخص آخر معين بعمل أو بامتناع بناء على ما يوجد بينهما من رابطة قانونية ، بحيث يتوافر في هذا الحق عناصر ثلاثة : طرف ايجابي هو صاحب الحق أو الدائن ، وطرف سلبي هو المحمل قبله بالالتزام أو المدين ، ومحل هو العمل أو الامتناع المتزعم به الطرف السلبي .

٢٤١ - محاولة تقريب الحق العيني من الحق الشخصي

رغم أن التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي تفرقة تقليدية مستقرة في الفقه ، إلا أن ذلك لم يمنع جانبا من الفقه الحديث من جردها ومحاولة تقريب الحق العيني من الحق الشخصي ، على أساس القول بأن الحق العيني يتوافر له نفس الرابطة القانونية القائمة بين طرفين من الأشخاص والمسلم وجودها في الحق الشخصي ، وبذلك تجتمع في كل من الحقين نفس العناصر الثلاثة : الطرف الإيجابي والطرف السلبي والمحل .

ونقطة الابتداء عند أصحاب هذه المحاولة ، وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي الكبير ، بلانويول ، Planiol (١) ، أن الروابط القانونية لا يتصور قيامها إلا بين الأشخاص وحدهم . ولما كانت الحقوق في منطقهم ليست إلا روابط قانونية ، فمن المحتم إذن القول بأن الحق العيني - كالحق الشخصي سواء بسواء - يشتمل على رابطة قانونية بين الأشخاص خلافا للنظرة التقليدية ، أى يشتمل على طرف ايجابي من ناحية ، وطرف سلبي من ناحية ثانية ، ومحل من ناحية ثالثة . كل ما في الأمر أن الطرف السلبي في الحق العيني لا يكون معينا نفس التعيين المتوافر في الحق الشخصي ، فهو سائر الأشخاص كافة غير الشخص المكون للطرف الايجابي ، ومضمون التزامهم يكون سلبيا محضا إذ يتركز في الامتناع عن التعرض للطرف الايجابي في تمتعه بالحق .

(١) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 11e éd., par Ripert. No. 2158 et s.

وبذلك ينتهى منطق هذا النظر الى تصور الحق العينى كرابطة تقوم بين شخص معين والكافة ، بمقتضاه يلتزم الكافة بالامتناع عن التعرض لما يكفله القانون لهذا الشخص من سلطة على شيء مابدى معين .

وعلى هذا النحو ، لا يبقى من فرق - عند أهل هذا النظر - بين الحق العينى والحق الشخصى او حق الدائنية ، سوى أن الطرف السلبى فى الحق الشخصى شخص أو أشخاص معينون ، بينما هو فى الحق العينى غير معين لانه يشمل الناس كافة دون تحديد . وسوى أن التزام الطرف السلبى فى الحق العينى هو مجرد التزام سلبى قاصر على الامتناع عن التعرض للطرف الايجابى فى حقه ، بينما يكون فى الحق الشخصى التزاما محددًا ، ايجابيا كان أم سلبيا ، أى بعمل أو بامتناع . وتلك فروق ليست بذات بال عند أنصار هذا الاتجاه فى التقريب بين النوعين من الحقوق ، اذ هى فروق لا تكشف عن اختلاف فى الطبيعة بينهما وانما هى مجرد اختلاف فى المدى والنطاق .

٢٤٢ - الابقاء على التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى

تلك هى محاولة تقريب الحق العينى من الحق الشخصى للجمع بينهما على أساس وجود رابطة بين الأشخاص فى كليهما . وظاهر أن هذه المحاولة صناعية ابتكرها أهل هذا النظر للتوفيق بين ما هو واقع فى العمل من وجود صلة مباشرة بين صاحب الحق العينى وبين الشيء محل حقه دون حاجة لوجود أو تدخل شخص آخر ، وبين المقدمة التى يبدأون منها وبينون عليها وهى أن الحقوق انما تعبر عن روابط قانونية والروابط القانونية لا تتصور الا بين الأشخاص .

وقد سبق عند التعرض لتعريف الحق أن أظهرنا ما فى اطلاق القول بحصر الروابط القانونية بين الأشخاص وحدهم من تجوز^(١) . فليس يصدق مثل هذا القول - فيما نرى - الا فى شأن نوع معين من الروابط القانونية هو

(١) انظر سابقا ، ص ٤٢٨ .

وانظر فى هذا المعنى :

Mazeaud, t. I, No. 166. — Beudant et Voirin, t. IV, No. 56.

« روابط الاقتضاء » ، أى الروابط التى تخول لشخص معين اقتضاء أداء معين من شخص آخر يلزم بالموضوع لهذا الاقتضاء ، اذ هذا النوع من الروابط وحده هو الذى يفترض وجود التزام معين واقع على عاتق طرف آخر يكون له اقتضاء الوفاء به ، والالتزام لا يتصور محملا به الا الاشخاص وحدهم . أما النوع الآخر من الروابط القانونية أى « روابط التسلط » ، فلا يتصور منطلقا قيامه بين شخص وشخص وانما بين شخص وشئ ، لأن التسلط لا يتصور واقعا على الأشخاص بل على الأشياء وحدها .

والتشبيث بالنظر الى الروابط القانونية نظرة واحدة على أساس أنها جميعا روابط أشخاص ، هو الذى أوقع بعض الفقهاء فى الحرج ازاء الحق العينى الذى لا يظهر فيه الا صاحب ومحل دون حاجة لوجود شخص آخر كطرف سلبى ، فلم يجدوا مخرجا من هذا الحرج الا التحايل على الواقع باصطناع طرف سلبى وهمى فى هذا الحق - وهو الناس كافة - يقع عليه التزام سلبى بعدم التعرض لصاحب الحق العينى فى تمتعه بحقه .

ووجه التحايل والاصطناع فى هذا القول ظاهر واضح . فمثل هذا الالتزام السلبى العام المقول بوجوده فى الحق العينى على عاتق الناس كافة بعدم تعرضهم لصاحب الحق فى تمتعه بحقه ، ليس مقصورا على الحق العينى وحده بل هو قائم بالنسبة لكافة الحقوق بما فيها الحق الشخصى أو حق الدائنية (١) . فذلك أثر حتمى لوجود الحق ولاستناده الى القانون ، فهو فى الحقيقة مظهر حماية القانون للحق . والبصر بذلك يكشف عن أن مثل هذا الالتزام السلبى العام لا يدخل فى عناصر تكوين الحق بل هو تال لوجوده كوسيلة لحمايته ، فنشوء مثل هذا الالتزام اذن انما يفترض أولا نشوء الحق . فكيف يتأتى بعد ذلك النظر الى هذا الالتزام باعتباره عنصرا من العناصر المكونة للحق

(١) فالناس كافة ملزمون بعدم التعرض لصاحب الحق الشخصى فيما يكفله له القانون من قدرة اقتضاء أداء معين من شخص معين . فصاحب المصنع الذى يحرض عاملا يشتغل عند غيره على الاخلال بالتزامه التعاقدى قبل هذا الغير بترك العمل قبل انتهاء مدة العقد ليعمل عنده ، يخل بالالتزام السلبى العام المفروض على الكافة باحترام الحقوق ايا كان نوعها ، فيلزمه التعويض عما أحدثه فعله من ضرر للغير .

المعنى ، ومقارنته بالالتزام الخاص الواقع على المدين في الحق الشخصي أو حق الدائنية وهو الذي يعتبر عنصرا جوهريا من عناصر تكوينه بحيث لا يتصور قيام هذا الحق بدونه؟ (١) .

ولذلك فالالتزام الخاص وحده - دون الالتزام السلبي العام - هو الذي يصدق عليه اصطلاح « الالتزام » بالمعنى الفني الدقيق . فالالتزام الخاص عنصر من عناصر الذمة المالية لأنه عنصر من عناصر حق مالى هو الحق الشخصي . أما الالتزام السلبي العام ، فلا يدخل ضمن عناصر الذمة المالية ، لأنه واجب مجرد من القيمة المالية . والالتزام الخاص - على خلاف الواجب السلبي العام المتوجه الى الكافة - يفترض قيда خاصا يرد على حرية شخص أو أشخاص معينين ولا يرد على حرية الآخرين . وكذلك ففي الالتزام الخاص يكون شخص المدين محددا معينا وقت نشأة الالتزام ، بينما يكون شخص المدين فى هذا الواجب السلبي العام غير محدد أو معين وقت نشأته اذ يترك مجهلا ومعلقا على رؤوس الكافة (٢) . وكذلك فان مضمون الالتزام الخاص يحدد مضمون الحق المقابل له . أما مضمون الواجب السلبي العام ، فلا يحدد مضمونا لاي حق ، لأنه طالما لم يحصل اخلال بهذا الواجب فلا يقابله بعد أى حق من الحقوق . فالواجب السلبي العام الذى يمنع التعرض للمالك فى ملكه مثلا ، لا يحدد بحال من الأحوال مضمون حق الملكية - من استعمال واستغلال وتصرف - الذى يقال انه يقابله ، بينما يحدد الالتزام الخاص الواقع على المقرض برد مبلغ القرض فى الأجل المضروب مضمون حق المقرض فى اقتضاء هذا الرد ، اذ الحق هنا ليس الا الالتزام نفسه ولكن منظورا اليه من ناحية الدائن .

(١) فى هذا المعنى :

Beudant, Voirin, t. IV, No. 56. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 106. —
Notre thèse précitée, p. 105, note 1.

(٢) وإذا تبين هذا المدين بالاعتداء على حق من الحقوق كالحق المعنى اخلالا بالواجب السلبي العام ، فان هذا الاعتداء ينشئ حينئذ حقا جديدا مستقلا عن الحق المعنى المعتدى عليه ، هو حق دائنية لصاحب الحق المعتدى عليه قبل المعتدى .

لذلك كله ، يكون من العبث محاولة رد الحق العيني الى نوع من الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية على أساس وحدة وجود التزام فى كل منهما ، ما دام الالتزام لا يأخذ نفس المعنى والمدلول فى الحالىن • فضلا عن أن الواجب السلبى العام الواقع على الكافة اذا كان موجودا فى الحق العينى وفى الحق الشخصى على السواء كغيرهما من الحقوق ، فيبقى أن الحق الشخصى ينفرد وحده بالاضافة الى ذلك بوجود التزام فيه بالمعنى الفنى الدقيق أى التزام شخص معين بأداء معين •

ولذلك لم يكتب الرواج فى الفقه الحديث لمحاولة تقريب الحق العينى من الحق الشخصى ، فظلت التفرقة التقليدية قائمة ثابتة بين الحقين •

والواقع أن هذه التفرقة التقليدية واجبة محتومة بين النوعين من الحقوق ، اذ هما مختلفان اختلافا ظاهرا فى المحل : فمحل الحق العينى شئ من الأشياء المادية ، ومحل الحق الشخصى أداء معين أى عمل أو امتناع • وهذا الاختلاف فى المحل ، هو الذى يفسر اختلاف طبيعة الرابطة القانونية التى يعبر عنها كلا النوعين من الحقوق • فما دام المحل فى الحق العينى شيئا من الأشياء فالرابطة المتصور وجودها لا يمكن أن تكون الا رابطة تسلط مباشر من شخص على هذا الشئ دون حاجة الى وساطة شخص آخر ، بحيث لا يوجد فى هذا الحق الا طرف ايجابى ومحل دون وجود لطرف سلبى • وما دام المحل فى الحق الشخصى عملا من الأعمال ، فالرابطة المتصور وجودها لا يمكن الا أن تكون رابطة اقتضاء لهذا العمل من شخص معين ، بحيث يحتاج الأمر دائما فى هذا النوع من الحق الى وساطة هذا الشخص لأداء ذلك العمل ، أى الى وجود طرف سلبى فضلا عن وجود الطرف الايجابى والمحل •

٢٤٣ - آثار التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى (١)

أما وقد انتهينا الى ضرورة التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى أو حق الدائنية على أساس اختلاف المحل بينهما وما يجره من اختلاف طبيعة

(١) راجع فى ذلك كتابنا فى حق الملكية سالف الذكر ، فقرة ١٥ ، ص ٤١ - ٥٢ •

الرابعة القانونية التي يعبر عنها كل منهما ، فلا يبقى الا عرض ما يترتب على هذه التفرقة من آثار متعددة نتيجة هذا الاختلاف .

(١) الحق العيني حق مطلق (droit absolu) والحق الشخصي أو حق الدائنية حق نسبي (droit relatif) : ومعنى ذلك أن الحق العيني يحتج به وينتج أثره في مواجهة الكافة ، بينما لا ينتج الحق الشخصي أثره ولا يحتج به الا في مواجهة شخص أو أشخاص معينين . ومرد ذلك الى أن الحق العيني انما يكون رابطة تسلط ، فيخول بذلك لشخص معين سلطة قانونية على شيء من الأشياء أى يجعل له هذه السلطة مباشرة على الشيء دون حاجة الى وساطة أى شخص آخر ، فهي اذن سلطة مطلقة سارية وناقذة في حق الكافة ما دامت لا تتوقف على عمل أو تدخل من جانب أحد منهم ، بل تتوقف على مجرد وجود الشيء وحده اذ تقع عليه مباشرة . بينما يكون الحق الشخصي رابطة اقتضاء فيخول لشخص معين قدرة اقتضاء أداء معين من شخص آخر ، وهو ما يجعل تحقيق هذا الاقتضاء رهنا بتدخل شخص معين - فهو اذن اقتضاء قاصر أو نسبي - مما يسبغ على الحق الشخصي صفة نسبية بحيث لا ينتج أثره أو يحتج به الا في مواجهة شخص أو أشخاص معينين (١) .

(٢) يخول الحق العيني دون الحق الشخصي ميزة أو حق التتبع (droit de suite) : قلنا ان الحق العيني انما يعطى لصاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء من الأشياء دون وساطة شخص آخر ، وهو بذلك يخلق رابطة مباشرة بينه وبين الشيء تعبر عن تسلطه على هذا الشيء وخضوع الشيء لهذا التسلط ، بحيث يظل هذا الخضوع قائما في أى يد يوجد هذا الشيء فيكون لصاحب الحق العيني تتبعه أينما كان . فمضمون هذا الحق هو التسلط على شيء من الأشياء ، وتحقيق هذا التسلط رهين بوجود هذا الشيء

(١) انظر في اختلاف هذا المعنى للاطلاق والنسبية من حيث تحقق مضمون الحق وممارسة سلطاته عن معنى آخر للاطلاق من حيث مدى احترام الحق تشترك فيه الحقوق جميعا : كتابنا حائلف الذكر في حق الملكية ، فقرة ١٥ ، ص ٤١ و ٤٢ .

دون اعتبار لمكان وجوده أو شخص من يخوزه ، اذ هو مستقل في وجوده عن أية رابطة بين الأشخاص ، فلا يتأثر بغيرهم ، فاینما يكون هذا الحق يدركه صاحب الحق العيني بما له من تسلط مباشر عليه (١) .

أما الحق الشخصي أو حق الدننية ، فلا يخول لصاحبه مثل هذا الحق في التمتع لأنه ليس بالحق الوارد على شيء - كالحق العيني - حتى يلزم الشيء ويتبعه في أي يد يكون ، ولكنه وارد على عمل شخص معين هو المدين ولا يتصور التمتع في شأن عمل من الأعمال . بل ولا يتصور التمتع كذلك حتى ولو كان موضوع العمل الملتمزم به المدين شيئاً من الأشياء ، اذ يظل محل حق الدائن رغم ذلك هو العمل لا الشيء ، فيكون الشيء بمنأى عن أي سلطان مباشر للدائن . ولذلك ، لا يكون لمشتري عقار لم يسجل عقد البيع أن يتبع هذا العقار تحت يد مشتر جديد له قام بإجراءات التسجيل ، اذ ليس له قبل التسجيل الا مجرد حق شخصي قبل البائع يتلخص في قدرة اقتضائه نقل ملكية العقار المبيع اليه ، دون أن تكون له فضلاً عن ذلك أية سلطة قانونية مباشرة على هذا المبيع تخول له حق تتبعه في أي يد وجد .

يخلص من ذلك أن الحق العيني هو الذي ينفرد دون الحق الشخصي بميزة تتبع الشيء في أي يد وجد (٢) . وهذه الميزة ليست قاصرة على نوع معين من الحقوق العينية دون نوع آخر ، فهي ميزة تقتضيها طبيعة الحق العيني ذاته ، بحيث نجد ملازمة للحقوق العينية جميعاً الأصلية والتبعية منها على السواء (٣) . ولذلك يكون للمالك تتبع الشيء المملوك اذا خرج من تحت يده .

(١) في هذا المعنى :

Beudant et Voisin, op. cit. t. IV, No. 73.

(٢) انظر عكس ذلك :

Chauveau, article précité, No. 18.

(٣) في هذا المعنى :

Derruppé, thèse précitée, Nos. 181-184. — Beudant et Voisin, t. IV, Nos. 73, 74. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, No. 45.

اسماعيل غانم ، ص ٢١ و ٢٢ . - محمد علي عرفة ، شرح القانون المدني الجديد في حق الملكية ، ج ١ ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٤ ، فقرة ٤ ، ص ٧ و ٨ .

واسترداده من أى شخص يكون حائزا له . وكذلك يكون للدائن المرتهن رهنا
رهنيا تتبع العقار المرهون اذا خرج من ملك مدينة ومباشرة حقه عليه بين
يدى المالك الجديد أو الحائز .

(٣) يخول الحق العيني دون الحسنى الشخصى ميزة أو حق الأفضلية
(droit de préférence) : قلنا ان الحق العيني ينشئ رابطة قانونية
مباشرة بين الشخص صاحب الحق والشيء محل الحق ، بحيث يستأثر صاحب
الحق العيني وحده - بمقتضى هذه الرابطة - بسلطاته على الشيء كاملة
لا يزاخمه فيها أحد . وما يخوله الحق العيني لصاحبه من استبعاد كل مزاحم
له فى ممارسة سلطاته على هذا النحو هو الذى يعبر عنه بميزة أو حق
الأفضلية . وتلك ميزة ضخمة تؤكد الرابطة المباشرة بين صاحب الحق العيني
ومخله ، وتبقى هذا المحل كله دون انتقاص خاصا لسلطان صاحب الحق
وحده دون منازع .

أما الحق الشخصى أو حق الدائنية ، فباعتباره لا ينصب على شيء معين
من أشياء المدين يخضعه مباشرة لسلطة الدائن بل يرد على مجرد عمل
إيجابى أو سلبى يلتزم بأدائه المدين ، يكون الوفاء به مضمونا بالجانب الإيجابى
من ذمة المدين كما سيرد البيان . وذلك قد يضر مخاطر جسيمة يتعرض لها
الدائنون اذا لم تكف أموال المدين لوفاء كل ديونهم ، اذ لا مناص حينئذ - وهم
مشاركون متساوون بطبيعة حقوقهم فى هذا الضمان العام - من اقتسام
أموال المدين فيما بينهم قسمة غرماء أى بنسبة ديونهم . فالحقوق الشخصية
اذن تعرض أصحابها لخطر التزاحم فيما بينهم والخروج بوفاء منقوص .

ولهذا فان الحقوق العينية لا تتزاحم مع الحقوق الشخصية (١) ، اذ أن

= ولكن النظر يمكن ذلك ::

Bonnetcase, op. cit., t. IV, p. 105.

حقيق محطاته ، مظاهرات فى النظرية العامة للحق ، فقرة ١٥ .

(١) ولا تتزاحم الحقوق العينية فيما بينها ، لأنها اذا اجتمعت على نفس الشيء وكانت من
نفس النوع ، ختم أوجه التفاضل بينها كالأصلية فى مرتبة القيد أو التهنر أو الحياة فى
المنقول .

حق الأفضلية الذي تتميز به يجنبها مثل هذا التزاحم : من أجل ذلك تولدت فكرة تأمين الوفاء بالحقوق الشخصية عن طريق إردافها بحقوق عينية تبعية تنشأ للدائنين من أصحابها سلطات مباشرة على أشياء معينة مملوكة للمدين ، بحيث تعتبر هذه الأشياء ضمانا يستوفون من قيمتها ديونهم بالأولوية والأفضلية على سائر الدائنين العاديين . والدائن الذي يرتهن عقارا لمدينه ضمانا لدينه ، يكون مقدما في اقتضاء هذا الدين من قيمة العقار المرهون على كل دائن عادي غير مزود بحق عيني تبعي .

ولئن كانت ميزة الأفضلية تبدو أوضح ما تكون في صدد الحقوق العينية التبعية ما حدا بنفر من الفقهاء الى قصر هذه الميزة على هذا النوع من الحقوق العينية وحده (١) ، الا أن النظرة الصحيحة الى حقيقة هذه الميزة وإرتباطها بطبيعة الحق العيني ذاته تجعلنا نذهب مذهب الكثير من الفقهاء (٢) في تصور هذه الميزة ملازمة للحقوق العينية التبعية والأصلية على السواء .

(٤) قصور إرادة الأفراد عن ابتداع حقوق عينية غير تلك التي يعينها القانون ، وقدرتها على ذلك في الحقوق الشخصية : هذه النتيجة التي جرى جمهور الفقهاء في القديم والحديث على اعتبارها بعض آثار التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي ، قد ناهضها مع ذلك بعض الفقهاء بدعوى أن مبدأ سلطان الإرادة يقضى بعدم قصر نطاقه على الحقوق الشخصية دون الحقوق العينية ، اذ ما دامت الإرادة ملتزمة بحدود النظام العام والآداب فهي قادرة على ابتداع ما تشاء من حقوق عينية وحقوق شخصية على السواء .

ولكن هذا الرأي (٣) يفضل أن الحقوق العينية ذاتها متعلقة بالنظام العام،

(١) Bonnocase, Ibid. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, No. 45.

شفيق شحاته ، فقرة ١٥ ، ص ٢٨ .

Derruppé, thèse précitée, Nos. 202-204. — Beudant et Voirin, (٢) op. cit., No. 79

اسماعيل غانم . هامش «٢» ص ٢٢ - محمد علي عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة

٤ ، ص ٨ و ٩ .

(٣) أنظر في انتقاد هذا الرأي : كتابنا سالف الذكر في أحكام حق الملكية ، ج ١ .

ص ٤٨ - ٥٠ .

بحيث لا يتصور أن يوجد مجال لسلطان إرادة الأفراد إزاءها .

فمن ناحية ، تعتبر الملكية - وهي أساس الحقوق العينية الأصلية - من الدعامات الرئيسية التي يقوم عليها بناء المجتمع الاقتصادي ، فتكون من هذا الوجه متعلقة بالنظام العام . أما بقية الحقوق العينية الأصلية ، فلا تعدو أن تكون قيودا واردة على حق الملكية باعتبارها تجزئة واقتطاعا مما يخوله هذا الحق للمالك من سلطات واسعة في الاستعمال والاستغلال والتصرف ، ومن هنا ، يكون الشأن في تقرير مثل هذه القيود من اختصاص المشرع وحده لمساسها أساسا خطيرا بحق الملكية وهو من النظام العام كما سبق البيان . فلا يكون لإرادة الأفراد سلطان في التخلص من بعض هذه القيود أو إضافة قيود أخرى إليها تحت ستار انشاء حقوق عينية أصلية جديدة ، والا تعرض الكيان الاقتصادي للمجتمع للانهدام (١) .

ومن ناحية أخرى ، فإن الحقوق العينية التبعية - وهي تمثل فكرة الائتمان والضمان في المعاملات - تعتبر في المصميم كذلك من النظام العام لاتصالها الوثيق بنظام المجتمع الاقتصادي . ولذلك يكون من الطبيعي أن ينفرد المشرع دون الأفراد بتقرير هذه الحقوق وتنظيمها التنظيم المتفق مع صالح المجتمع الاقتصادي (٢) .

(٥) ينبغي أن يكون الشيء في الحق العيني - دون الحق الشخصي - حالا ومعينا بالذات : ما دام الحق العيني يتضمن رابطة بين شخص و شيء تخول للشخص تسلطا قانونيا مباشرا على الشيء ، فلا يتصور إذن وجود الحق العيني الا بوجود محله وجودا حالا لا مستقبلا ، فبدون وجود الشيء وجودا محققا لا يتصور قيام الحق العيني . ولا يكفي لقيام الحق العيني وجود الشيء .

(١) في هذا المعنى :

Boudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 70.

اسماعيل غانم ، ص ٤٦ و ٤٧ - شفيق شحاته ، فقرة ١٦ .

(٢) في هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، ص ٤٧ .

وجودا محققا ، بل ينبغي فضلا عن ذلك أن يكون هذا الشيء معينا بالذات ،
اذ لابد أن يتحدد المحل الذى يقع عليه التسليط مباشرة تحديدا يعينه ويعزله
عن غيره ، وهذا ما يتطلبه القانون المصرى صراحة (١) .

أما الحق الشخصى ، فلكون محله عملا من الأعمال لا شيئا من الأشياء
لأنه يتضمن رابطة اقتضاء لا رابطة تسلط ، فإن من المتصور وجود هذا الحق
حتى ولو كان محله - وهو العمل - متعلقا بشيء من الأشياء المستقبلية أو من
الأشياء المعينة بالنوع لا بالذات . ولذلك يقضى القانون المصرى بأنه يجوز -
كقاعدة عامة - أن يكون موضوع المحل شيئا مستقبلا (م ١/١٣١ مدنى) .

ولكن تم استثناءات ترد على هذه القاعدة . منها ما هو خاص بالتعامل
فى التركة المستقبلية أى فى تركة انسان على قيد الحياة من قبيل الوارث
المستقبل فهو تعامل باطل ولو كان برضاء الشخص المتعامل فى تركته أى
المورث المستقبل (م ٢/١٣١ مدنى) . ومنها ما هو خاص بحظر هبة الأموال
المستقبلية (م ٤٩٢ مدنى) .

(١) اذ ينص على أن « الالتزام ينقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه
هذا الحق ، اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون اخلال بالقواعد
المتعلقة بالتسجيل » (م ٢٠٤ مدنى) ، وعلى أنه « اذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم
يعين الا بنوعه فلا ينتقل الحق الا بافراز هذا الشيء » (م ١/٢٠٥ مدنى) .

المبحث الثالث

الحقوق الذهنية (١)

Les droits intellectuels

٢٤٤ - ظهور طائفة الحقوق الذهنية ، وتصدى التشريعات الحديثة لتنظيم أحكامها

كان الفقه التقليدى جاريا على حصر الحقوق فى الأنواع المتقدمة . غير أن التطور لم يلبث أن أظهر حقوقا ترد على نتاج الفكر والذهن لا تقل أهمية عن الحقوق التقليدية ، فاحتار الفقه فى تكييفها وفى موضعها بين الحقوق وفقا لمقاييسه التقليدية حيرة بانث فى الاختلاف حتى على تسميتها ، فعرفت تارة باسم « الملكة الأدبية أو الفنية أو الصناعية » ، وعرفت حينئذ باسم « الحقوق المعنوية أو الأدبية » ، وعرفت أخيرا باسم « الحقوق الذهنية » .

ويبدو أن التسمية الأخيرة هى التى كتب لها الشىوع والرواج فى الفقه الحديث ، باعتبارها أقدر من غيرها على تجلية طبيعة هذه الحقوق التى ترد على خلق ذهنى . فالمقصود بالحقوق الذهنية ذلك النوع من الحقوق الذى يرد على أشياء معنوية غير محسوسة من خلق الذهن ونتاج الفكر ، فيثبت لصاحب الحق الذهنى أو الفكرى أبوة هذا الخلق ونسبته إليه وحده ، ويعطيه احتكار استغلاله استغلالا ماليا يكفل له الحصول على ثمراته . ومن أظهر أمثلة الحقوق الذهنية حق المؤلف بالمعنى الواسع ، أى حق الكاتب وحقوق المخترع

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Ollivier, Le droit d'auteur, 2 vol., 1934. — Desbois, Le droit d'auteur, 1930. — Roubier, Le droit de la propriété industrielle, t. I, 1952.

محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرات ٢٧١ - ٢٩٧ - كتابنا أصول القانون .
فقرات ٢٥٢ - ٢٥٩ ، ص ٦٣١ - ٦٦٤ . — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٨ ،
١٩٦٨ ، فقرات ١٦٤ - ٢٩٠ ، ص ٢٧٤ - ٤٧٦ .

(م ٣١ - المخل إلى القانون)

وحق الملحن وحق الفنان - رساما كان أو مصورا أو مثالا - في أبوة واستقلال ما ابتكروه من أفكار أو اكتشافات أو ألحان أو لوحات أو صور أو تماثيل . ولكن يعتبر كذلك من الحقوق الذهنية في معناها الواسع ، الحقوق الواردة على مقومات « المحل التجارى » المعنوية من اسم تجارى وعلامة تجارية وسمة وثقة عملاء والتي أصبح الاصطلاح جاريا على تسميتها باسم « الحقوق المتعلقة بالعملاء » *droits de clientèle* .

وقد غيّت القوانين الداخلية لأغلب الدول الحديثة بتنظيم هذه الحقوق بمعناها الواسع . بل أن الضرورة لم تلبث أن دعت إلى عقد اتفاقات دولية متعددة بقصد توحيد القواعد بشأنها وتنظيم حماية متبادلة من جانب كل دولة موقعة على هذه الاتفاقات . فأبرمت في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٦ اتفاقية برن الخاصة بتنظيم حماية حقوق المؤلفين . وقد تناولها التعديل عدة مرات في مؤتمرات عقدت خصيصا لذلك ، كان آخرها مؤتمر بروكسل المنعقد سنة ١٩٤٨ . وكذلك أبرمت في ٢٠ مارس سنة ١٨٨٣ اتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية من علامات تجارية وبراءات اختراع ورسوم ونماذج صناعية ، وتناولها التعديل كذلك أكثر من مرة .

أما في القانون المصرى ، فقد تأخر التدخل التشريعى (١) لتنظيم مختلف هذه الحقوق وكفالة حماية فعالة لها . إذ كانت بداية هذا التدخل صدور القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ لحماية الحقوق المتعلقة بالعلامات والبيانات التجارية . ثم تلاه القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها الذى يتضمن نصوصا خاصة بمقومات المحل التجارى المعنوية ، والقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، والقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٠ بانضمام مصر الى اتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية . ثم أصدر للشرع القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن حماية حق المؤلف ، وقد تم أخيرا تعديل بعض أحكام هذا القانون بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢ .

(١) ولكن القضاء المصرى لم يتكفل حينئذ عن اصطلاح الحماية القانونية الواجبة في هذا الشأن ، مستهديا في ذلك بمبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة (انظر كتابنا سالف الذكر من وهامش ٢٥ ص ٥٣٠) . ولكنها كانت حماية قاصرة محدودة أمام انعدام النص .

ويعني في شأن تبين معيار وطبيعة الحقوق الواردة على أشياء غير مادية ومكانها بين الحقوق ، أن تقتصر منها على الحقوق الذهنية بالمعنى الدقيق وهي حقوق المؤلف . ذلك أن غيرها من الحقوق المتعلقة بالعملاء والخاصة ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات والبيانات التجارية ومقومات المحل التجاري المعنوية ، لها ما يميزها من صفاتها التجارية والاقتصادية من ناحية ، وأن حقوق المؤلف ، من ناحية ثانية ، هي التي تتبدى فيها بجلاء الطبيعة الخاصة بالحقوق الذهنية الواردة على خلق فكري معين فيما يتعلق أساسا بالناحية المعنوية (١) والتي تختلف اختلافا بينا - كما سنرى - عن طبيعة الحقوق العينية .

٢٤٥ - معيار الحقوق الذهنية

إذا كان القانون يشمل الحقوق الذهنية بحمايته ، فيجب الوقوف على معيار هذه الحقوق لتحديد أصحابها المستفيدين من هذه الحماية وهم من يتوافر فيهم وصف « المؤلف » . والواقع أن المقصود بالمؤلف معنى أوسع بكثير من مجرد المعنى الضيق له المنحصر في كل شخص يعبر عن آرائه ويبسطها في كتاب ، فهو يعنى كل شخص ينتج انتاجا ذهنيا أو خلقا فكريا أيا كان نوعه وطريقة التعبير عنه ما دام هذا الانتاج أو الخلق ينطوي على قدر معين من الابتكار . ولذلك فعنصر الابتكار هو المعيار الأساسي للحقوق الذهنية أو حقوق المؤلف . وهذا ما عناه المشرع المصري في قانون « حماية حق المؤلف » بنصه على أنه « يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات المبتكرة » (م ١/١) .

وليس المقصود بالابتكار هو اختراع أفكار وآراء غير معروفة من قبل - فالأفكار والآراء كثيرا ما تكون مطروقة معروفة ومتداولة بين الناس على اختلاف الزمان والمكان - وإنما المقصود بالابتكار أن يتميز الانتاج الفكري أو الخلق الذهني بطابع معين يبرز شخصية معينة لصاحبه (٢) ، سواء في جوهر

(١) انظر بخاصة ، فيما يميز حقوق المؤلف عن الحقوق المتعلقة بالعملاء من خصائص ذاتية: Desbois, op. cit., No. 262.

(٢) راجع في ذلك بخاصة : Desbois, op. cit., Nos. 5 et 6.

الفكرة المعروضة ، أو في مجرد طريقة العرض أو التعبير أو الترتيب أو
التجويد أو الأسلوب .

وعلى ذلك ينبغي اعتبار المترجم الذى يقوم بترجمة مصنف من المصنفات
من لغته الأصلية الى لغة أخرى مؤلفا بالمعنى المقصود بالحماية القانونية (١) ،
ما دامت ترجمته لهذا المصنف تبرز شخصيته الخاصة فى تخير اللفظ وتماسك
الأسلوب والتصرف فى التعبير بما يوافق المعنى الأصلي اذا كان من شأن
الترجمة الحرفية للألفاظ تشويه هذا المعنى أو تحريفه . ومن باب أولى ينبغي
أن تشمل الحماية من يبدل - فى سبيل نقل مصنف الى لغة أخرى - جهدا
أكبر من مجرد الترجمة سواء كان ذلك بتلخيصه أو التصرف فى عرضه
أو التعليق على مضمونه ، اذ فى ذلك كله ابتكار معين يستحق حماية القانون .
وقد أحسن المشرع المصرى برفع كل شك قد يثور فى شأن المصنفات المترجمة
وما يشابهها ، فنص على شمولها بالحماية الواجبة (م ١/٢ من قانون حماية
حق المؤلف) .

وينبغي كذلك بسط الحماية القانونية على ما يقوم به بعض الأفراد من
تجميع معين لمختارات من الشعر أو النثر أو الموسيقى ، أو من تجميع للأحكام
القضائية أو القوانين أو اللوائح المعمول بها ، اذا كان هذا التجميع لا يقتصر
جهد الجامع فيه على مجرد عمل مادي آلى بل يتميز بما يكشف عن ابتكاره
أو جهده الشخصى ، فيتميز بذوق معين فى اختيار مجموعات الآداب أو الفنون
أو بترتيب معين لعرض الأحكام أو القوانين أو اللوائح أو بتمهيد لها أو تعليق
أو تعقيب عليها (م ٤/فقرة أخيرة) (٢) .

ومتى توافر عنصر الابتكار فى الانتاج أو الخلق الذهني على هذا النحو ،
اعتبر صاحبه مؤلفا يتمتع بحماية القانون ، عن طريق الاعتراف له - على

(١) انظر فى ذلك :

Desbois, op. cit., Nos. 32-34.

(٢) انظر كذلك فى نفس المعنى .

Desbois, op. cit., No. 56.

انتاجه أو خلقه - بحق معنوى وحق مالى على السواء (١) ، وذلك أيا كان نوع هذا الانتاج أو الخلق الذهني ، وأيا كانت قيمته من الناحية الأدبية أو العلمية أو الفنية (٢) ، وأيا كانت طريقة التعبير عنه بالكتابة أو الالقاء أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة (م ١/١ و ٢) .

٢٤٦ - أصحاب الحقوق الذهنية

إذا كان معيار الحق الذهني هو الابتكار كما رأينا ، وكان صاحبه أو المؤلف بالتالي هو المبتكر ، فواضح أن تحديد المؤلف صاحب هذا الحق يكون يسيرا إذا كان فردا واحدا . ويستخلص المشرع من نشر المصنف منسوباً إلى شخص معين - سواء بذكر اسمه على المصنف أو بأى طريقة أخرى - قرينة قانونية على اعتباره هو المؤلف صاحب الحق الذهني عليه ، وإن كانت هذه القرينة غير قاطعة يجوز إقامة الدليل على عكسها (م ٢/١) . فإذا أقيم مثل هذا الدليل وتعين المؤلف الحقيقي المستتر ، ثبت له وحده دون المؤلف الظاهر المسمى صفة المؤلف وسلطات الحق الذهني .

ولكن تحديد صفة المؤلف وتعيين من له مباشرة سلطات الحق الذهني ، يحتاج إلى بعض الدقة في صورتى المصنف المشترك والمصنف الجماعى .

(١) المصنف المشترك (٣) : هو الذى يتعاون على إخراجه ويشارك فى ابتكاره أكثر من شخص واحد . وهنا يكون من الطبيعى استناد الحق الذهني إلى كل المشتركين . ولكن من الواضح أن اشتراكهم فى ابتكار معين لابد أن يلقى على عاتقهم التزامات متبادلة تقيد من قدرة مباشرة كل منهم على حدة .

(١) يعزز المشرع هذه الحماية المدنية بفرض جزاءات على الاعتداء على حقوق المؤلف . (م ٤٧ من القانون رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٤) .

(٢) راجع فى تفصيل ذلك :
Desbois, op. cit., Nos. 50, 52, 53.

(٣) راجع فى ذلك بخاصة :
Desbois, op. cit., Nos. 170 et s.

محدد على عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٣٩١ . - عبد الرزاق السنهوري ، ج ٨ ، فقرات ١٩٥ - ٢٠٣ من ٢٢٤ - ٢٥٦ .

• سلطات هذا الحق •

١ - فإذا كان اشتراكهم اشتراكا مختلطاً لا يتميز فيه نصيب كل منهم في العمل المشترك ولا يمكن فصله عن نصيب الآخرين ، اعتبروا جميعاً أصحاب الحق الذهني على المصنف المشترك ، واعتبر اشتراكهم فيه في الأصل بالتساوي ، بحيث يجب توافر أجمعهم لمباشرة سلطات الحق الذهني والا تولى القضاء الفصل فيما يقع بينهم من خلاف (م ٢٥) • وواضح أن اعتبار المشتركين جميعاً أصحاب الحق الذهني بالتساوي ، مرجعه تعذر تحديد نصيب كل منهم - عند علم الاتفاق - لاستحالة فصله وتمييزه ، وهو ما يوجب كذلك عدم تغليب بعضهم على البعض الآخر في مباشرة سلطات هذا الحق ورهن هذه المباشرة باتفاقهم الإجماعي •

٢ - أما إذا كان اشتراك كل منهم يندرج تحت نوع مختلف من الفن أو العلم مما يتيح تمييز نصيب كل منهم وفصله عن نصيب الآخرين ، فواضح أنه يجب الاعتراف لكل منهم على حدة بحقه الذهني على نصيبه المتميز ، بحيث يكون له في الأصل - إلا إذا وجد اتفاق مخالف - الحق في الانفراد باستغلال الجزء الذي ساهم به على حدة • ولكن مباشرة حقه على هذا الجزء باستغلاله خاصة ، لا بد وأن تقتيد باحترام المصنف المشترك والغاية المشتركة من ابتكاره وإخراجه على هذا النحو الذي تتآزر فيه جهود المؤلفين المشتركين ، ولذلك يجب أن لا يكون من شأن استغلال هذا الجزء منفصلاً الإضرار باستغلال المصنف المشترك (م ٢٦) •

والأصل أن ثبوت الحق الذهني لكل من المؤلفين المشتركين على الجزء المتميز الذي ساهم به في المصنف لا يبطئه حقا استثنائياً على المصنف المشترك حتى مجموعه ، بل يثبت الحق الذهني على مجموع هذا المصنف لجميع الشركاء دون تمييز أو تفضيل مما يتطلب اتفاقهم الإجماعي في شأن مباشرة سلطات هذا الحق على هذا المجموع • ومع ذلك ، فلا يلتزم المشرع دائماً هذا الأصل ، بل يخرج عليه في بعض الحالات ، فيمكن مؤلف الشطر الأساسي فيها من الانفراد بمباشرة الحق الذهني على مجموع المصنف المشترك دون حاجة إلى

موافقة مؤلف الشطر الثاني (م ٢٩ و ٣٠ و ٣٢) (١) .

(٢) المصنف الجماعي (٢) : هو المصنف الذي يشترك في وضعه جماعة بتوجيه شخص طبيعي أو معنوي يتكفل بنشره تحت ادارته وباسمه ، ويندمج عمل المشتركين فيه في الهدف العام الذي قصد اليه هذا الشخص الطبيعي أو المعنوي ، بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة (م ١/٢٧) . فلا يكفي ، لاعتبار المصنف جماعيا ، تضافر جهود جماعة من الأفراد على وضع مصنف ما ، والا وجب اعتباره مصنفا مشتركا . بل ينبغي - فضلا عن ذلك - أن يكون وضعهم لهذا المصنف بأمر أو توجيه شخص آخر طبيعي أو معنوي بحيث يتم وضعه في الأصل لحسابه ويندمج عمل المساهمين في وضعه فيما يقصد اليه هذا الشخص بذلك من هدف : وأن لا يمكن تمييز نصيب كل مساهم وقدر اسهامه في هذا المصنف عن نصيب الباقيين . ومن أمثلة المصنفات الجماعية المصنفات التي توجه الدولة الى وضعها تحقيقا لغرض معين تفرا من موظفيها أو غيرهم من المتخصصين في علم أو فن معين ، بحيث ينشر باسمها لا باسمهم ويستحيل تمييز نصيب كل منهم على حدة .

والأصل أنه ينبغي الاعتراف بوصف المؤلف صاحب الحق الذهني للأفراد الذين تآزرروا على وضع المصنف وحدهم لأنه من خلقهم وابتكارهم ، لا للشخص الطبيعي أو المعنوي الذي وجههم الى وضعه دون أن يقدم في ذلك أية مساهمة فكرية أو ذهنية . بل انهم لا يملكون النزول له عن حقوقهم المعنوية في الابتكار (٣) وفي أبوة المصنف نظرا لاتصالها الوثيق بشخصيتهم وخروجها بالتالي عن دائرة التعامل . ورغم ذلك فقد خرج المشرع المصري على هذا الأصل واعترف بوصف المؤلف لمن وجه الى وضع المصنف الجماعي لا لمن قاموا فعلا بوضعه وابتكاره (م ٢/٢٧) . ويجب أن يؤخذ هذا الحكم على

(١) انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٦٤١ و ٦٤٢ .

(٢) راجع في ذلك خاتمة :

Desbois, op. cit., Nos. 153-168.

محمد علي عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٣٩٢ .

(٣) ولكنهم يملكون على العكس النزول له عن حقوقهم المالية في احتكار استغلال المصنف -

أنه استثناء محض مقام على أساس الافتراض ، بقصد تفادي ما ينشأ من صعوبات عن تدخل المؤلفين الحقيقيين الأصليين مما قد يتهدد الهدف المقصود من التوجيه الى وضع مثل هذا المصنف الجماعي (١) . ولكن يظل الشك محيطا بقيمة هذا الافتراض كوسيلة لحماية هذا الهدف (٢) .

٢٤٧ - طبيعة الحقوق الذهنية

ذهب الفقه والنقضاء أول الأمر الى تكييف الحقوق الذهنية باعتبارها حقوقا عينية والى وصفها بأنها حقوق ملكية أشياء معنوية على نسق ملكية الأشياء المادية . ولكن مثل هذا التكييف ما لبث أن انتقد انتقادا شديدا في الفقه : فهو من ناحية : يخرج اصطلاح « الملكية » عن مدلوله الفني التقليدي كحق يرد على الأشياء المادية وحدها . وهو ، من ناحية ثانية ، يتعارض مع خصيصة التأييد والموافاة اللازمة لحق الملكية ، ذلك أن احتكار الاستغلال الذي تخوله الحقوق الواردة على خلق ذهني أو فكري إنما هو احتكار مؤقت بمدة معلومة يحددها القانون . وهو أخيرا لا يتفق مع الطبيعة المالية الخاصة النابتة لحق ملكية الأشياء المادية ، ففي الحقوق الذهنية جانب معنوي غير مالي يتصل أوثق الاتصال بشخصية صاحب الخلق أو النتاج الفكري مما ينعكس أثره انعكاسا ظاهرا على استغلال هذا الخلق أو النتاج استغلالا ماليا (٣) .

من أجل ذلك ، انصرف الفقه المعاصر في مجموعه عن تكييف الحقوق الذهنية بأنها حقوق ملكية (٤) ، واتجه الى تكييفها بأنها حقوق من نوع خاص

(١) في هذا المعنى : Desbois, op. cit., No. 188.

(٢) كتابنا سابق الذكر ص ٦٤٤ ، وأنظر كذلك في انتقاد هذا النص :

محمد علي عرفة ، المرجع السابق ، ج ، فقرة ٣٩٢ ، ص ٥٤٧ ، ٥٤٨ .

(٣) أنظر ، بصفة خاصة ، في بسط الانتقادات التي ترد على تكييف الحقوق الذهنية بأنها

حقوق ملكية :

Desbois op. cit., Nos. 222, 223. — Roubier, op. cit., t. I, No. 21.

(٤) راجع في ذلك بخاصة :

Desbois ; Roubier ; ibid. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit., t. III, No. 574. — Boudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 161.

محمد علي عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٣٧٦ . — عبد المنعم البدرأوى ، فقرة =

ذات طبيعة مزدوجة تجمع بين حقين مختلفين : حق معنوي يعبر عن أبوة صاحبه لحلقه ونتاجه الفكري ، وحق مالى يعبر عن احتكاره استغلال هذا الحلق والنتاج استغلالا ماليا .

ونجد صدى هذا التطور الفقهي فى تكييف الحقوق الذهنية واضحا فى القانون المصرى ، فبعد أن كان التقنين المدنى القديم يحتسبها من حقوق الملكية بنص صراحة على أن « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف فى ملكية مؤلفاته حسب القانون الخاص بذلك » ، اكتفى التقنين المدنى الحالى بالنص على أن « الحقوق التى ترد على شىء غير مادى تنظمها قوانين خاصة » . وبذلك أظهر المشرع المصرى بجلاء اعراضه عن التكييف القديم للحقوق الذهنية بأنها حقوق ملكية أشياء معنوية . ثم جاء القانون رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف . فأصبح بجلاء عن طبيعته المزدوجة وما تعطيه للمؤلف من حق معنوي وحق مالى على السواء . وقد عدلت بعض أحكام هذا القانون أخيرا بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢ .

من أجل ذلك ينبغي أن نعرض لكل من هذين الحقين ومدى الارتباط القائم بينهما حتى يتأكد بذلك ما سبق أن ذكرناه من اختلاف طبيعة الحقوق الذهنية عن طبيعة الحقوق العينية عموما وحق الملكية خصوصا اختلافا كبيرا لا يدع مجالا للخلط بينهما .

٢٤٨ - الحق المعنوي

يعبر هذا الحق عن الصلة الوثيقة القائمة بين النتاج الفكري أو الحلق الذهني وبين شخص خالقه ومبتكره أو بين المصنف وبين مؤلفه . ولذلك يخول هذا الحق للمؤلف سلطات متعددة تؤكد أبوته على مصنفه وتكفل احترام هذا المصنف بوصفه امتدادا لشخصيته . وهذه السلطات هى الآتية :

= ٢٢٧ - عبد الرزاق السنهورى . الوسيط ، ج ٨ ، ص ٢٧٨ - ٢٨١ .
ولكن انظر عكس ذلك .

Bonnecase, op. cit., t. V, No. 388 — Chauveau, article précité, pp. 561, 562.

(١) سلطة النشر (١) : يعطى الحق المعنوي للمؤلف سلطة تقديرية بشأن نشر مصنفه (م ١/٥) ، ذلك أن هذا المصنف ليس الا جانبا من جوانب شخصيته هو الجانب الذهني أو الفكري ، فيكون هو صاحب السلطة في تقدير مدى صلاحية هذا الجانب للنشر . وبمقتضى هذه السلطة التقديرية يكون للمؤلف الحق في الامتناع عن اخراج مصنفه وتقديمه الى الجمهور اذا وجدت اعتبارات أو مبررات تدعوه الى ذلك ، بأن قدر ضرورة هذا الامتناع للمحافظة على سمعته الأدبية أو الفنية أو العلمية اذا لم يكن راضيا عن انتاجه الفكري .

واذا استعمل المؤلف سلطته التقديرية فقام بنشر مصنفه أو تقديمه الى الجمهور ، فالأصل انه لا يجوز للغير - دون إذن من المؤلف ودون تعويضه - أن يقوم من جانبه بتكرار هذا النشر أو التقديم ولو بطريقة أخرى . ورغم ذلك ، يخرج المشرع على هذا الأصل في بعض الحالات ، فيجيز فيها تكرار النشر أو تقديمه بطريقة أخرى دون إذن من المؤلف (٢) مراعاة لما يقتضيه الصالح العام من « تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشري » (٣) .

(٢) سلطة تعيين نسب المصنف (٤) : يعطى الحق المعنوي للمؤلف

(١) انظر في ذلك بخاسة : Desbois, op. cit., Nos. 530 et s.

(٢) ومن قبيل ذلك الآثار التي تلقى في اجتماعات أو جلسات علنية عامة كالخطب في المجالس النيابية أو المرافعات في المحاكم (م ١٥) . وكذلك لا يحتاج الى إذن من المؤلف : التحليلات والاقتباسات المأخوذة من المصنف بقصد النقد أو المناقشة أو الاخبار ، ما دامت تشير الى المصنف وإلى اسم المؤلف اذا كان معروفا (م ١٣) ، وإيقاع المصنف أو تمثيله أو نقاؤه في اجتماع عائلي أو جمعية أو منتدى خاص أو مدرسة ، ما دام لا يحصل في نظير ذلك رسم أو مقابل مالي (م ١/١١) . وكذلك أجاز المشرع المصري للهيئات الرسمية المنوط بها الاذاعة اللاسلكية الحق في اذاعة المصنفات التي تعرض أو توقع في المسارح أو في أى مكان عام آخر دون إذن مؤلفيها أو موافقة أصحاب هذه الأماكن ، ولكن بشرط اذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف ودفع تعويض عادل للمؤلف أو لخلفه أو لمستقل المكان الذي يذاع منه المصنف (م ٢/٣٥) .

(٣) المذكرة الايضاحية لقانون حماية حق المؤلف ، النشرة التشريعية ، يونية ١٩٥٤ ، ص ١٣٢٤ .

(٤) راجع في ذلك بخاسة :

Desbois, op. cit., Nos. 591-608.

السلطة فى أن ينسب مصنفه اليه وحده بأن يقوم بنشره أو عرضه أو تقديمه للجمهور حاملا اسمه ، والسلطة فى دفع أى اعتداء على حقه فى ذلك (م ١/١٩) . وله كذلك أن ينتشره باسم مستعار يختاره لنفسه ان أملت عليه اعتبارات خاصة عدم الكشف عن شخصيته الحقيقية ، بل ويكون له الحق - اذا أراد - فى نشره غير حامل لى اسم . ورغم تمام النشر أو العرض باسم مستعار أو بدون اسم ، يظل المؤلف محتفظا دائما بحقه فى الكشف عن أبوة الفكرية وانتساب مصنفه اليه فى أى وقت يشاء ، فهو حق متصل بشخصيته لا يسقط بالنزول عنه أو عدم استعماله مهما طاللت المدة على ذلك .

(٣) سلطة التعديل : يعطى الحق المعنوى للمؤلف سلطة ادخال أية تعديلات أو تغييرات فى مصنفه (م ١/٧) ، براها ضرورية لتحسينه والكمال به أو جملة موافقا لتغير الزمن وتطور الفكر وتقديم العلم ، ويعطيه كذلك سلطة الاعتراض ومنع أى تحريف أو تغيير أو تعديل يصيب مصنفه - دون اذن منه - عند نشره أو عرضه (م ١/٩) (١) ، بما له من حق الأبوة على هذا المصنف الذى يمثل شخصيته الفكرية وسمعته الأدبية أو العلمية أو الفنية .

(٤) سلطة السحب : يعطى الحق المعنوى للمؤلف أخيرا السلطة فى سحب مصنفه من التداول ووقف نشره أو عرضه أو اذاعته (droit de repentir) (٢) ، فهو خالقه ومبتكره ، فتكون له سلطة اعدامه والرجوع فيما تم من تقدمته الى الجمهور . والواقع أن الاعتبارات التى قد تحدد المؤلف الى اصدار ما يشبه الحكم بالاعدام على مصنفه كثيرة متعددة . فقد يبدو المصنف أمام تقدم الفكر والمدنية تافها لا قيمة له مما تتأثر معه سمعة المؤلف الأدبية أو الفنية اذا استمر تداوله بين الجمهور . وقد

(١) راجع فى تفصيل ذلك :

Desbois, op. cit., Nos. 561, 565-590.

ولكن مراعاة ما قد تقضيه الترجمة من بعض الحذف والتغيير ، جعلت المشرع المصرى يرخس فى اجرائه بشرط الاشارة اليه وعدم الاضرار بسمعة المؤلف أو قدره الفكرى (م ٢/٩) -

(٢) راجع فى تفصيل ذلك :

Desbois, op. cit., Nos. 550-564.

يكون المصنف معبرا عن مرحلة من المراحل الأولى لتفكير المؤلف وشبابه بما قد تتضمنه من اندفاع أو تهور وتهجم على بعض القيم المسلمة في المجتمع، فيرى المؤلف - صيانة لسمعته الأدبية أو الفنية أو استجابة لما يفرضه عليه تقدم العمر من رزانة وحكمة - أن يسحب من التداول ما قد يكون باقيا من نماذج المصنف .

٢٤٩ - الحق المالي (١)

يعبر هذا الحق عن الصلة المالية القائمة بين المؤلف صاحب الحق الذهني وبين مصنفه أو أثره الأدبي أو العلمي أو الفني . فمن العدل إعطاء كل صاحب خلق ذهني أو إنتاج فكري فرصة الاستفادة ماليا من هذا الخلق أو ذلك الإنتاج . عن طريق تمكينه من الاستئثار بثمرات عرضه وتقديمه الى الجمهور . فهذا الحق إذن انما يعطى للمؤلف على مصنفه احتكار استغلاله *monopole d'exploitation* بما يعود عليه من منفعة أو ربح مالى .

واستغلال المصنف قد يقوم به المؤلف نفسه . وقد يقوم به الغير الذى ينزل له المؤلف عن حقه فى الاستغلال لقاء مبلغ من المال يقدر عادة بنسبة مئوية من أرباح الاستغلال أو قيمة المبيعات ، ويدفع اما جملة واحدة واما على أقساط طوال مدة معلومة أو يقدر بطريقة جزائية .

ويستوى فى استغلال المصنف استغلالا ماليا أن يكون ذلك عن طريق نقله الى الجمهور مباشرة (٢) أو غير مباشرة (٣) .

(١) راجع فى تفصيل ذلك :

Desbois, op. cit., Nos. 264 et s.

(٢) يكون النقل المباشر بالتلاوة العلنية أو التوقيع الموسيقى أو التمثيل المسرحى أو العرض العلنى أو الإذاعة اللاسلكية أو العرض بواسطة القانوس السحرى أو السينما (م ٦/أولا) .

(٣) يكون النقل غير المباشر بنسخ صور أو عمل تصادج متعائلة من المصنف توضع فى متناول الجمهور ، ويتم هذا بصفة خاصة عن طريق الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافى أو قالب أو التسجيل أو النسخ أو النحت على أسطوانات أو أشرطة مسجلة أو مرة أو بأية طريقة أخرى (م ٦/الثاني، مجلة القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢) .

وقد يتم استغلال المصنف عن طريق ترجمته الى لغة أخرى (١) . ويكون للمؤلف وحده الحق في ذلك ، ولا يجوز لغيره في الأصل أن يباشر شيئا من ذلك الا باذن كتابي منه أو ممن يخلفه .

٢٥٠ - آثار التمييز بين الحق المعنوي والحق المالى

قلنا ان حق المؤلف أو الحق الذهني بوجه عام يتكشف عن حقين متميزين: حق معنوي من ناحية ، وحق مالى من ناحية أخرى . وهذان الحقان المتقابلان متصلان مرتبطان ، وان كانا مختلفين اختلافا جوهريا في طبيعتهما ، مما ينعكس أثره على ما يخولان من سلطات ومكنات . وتأصيل التفرقة بينهما مرده الى أن الحق المعنوي انما يعبر عن الجانب الفكري لشخصية صاحب الحق الذهني أو المؤلف ، بينما يعبر الحق المالى عن الجانب المادى لاستغلال المصنف أو الأثر الذهني بما يعود على صاحبه من منفعة أو ثمرة مالية . ومن هنا ، كان الحق المعنوي - باعتباره حق أبوة على نتاج فكري معين - حقا من حقوق الشخصية أو الحقوق اللصيقة بالشخصية (٢) ، وهو على هذا النحو لا يقوم بمال ، فيندرج في سلك الحقوق غير المالية . بينما كان الحق المالى - باعتباره حق احتكار استغلال لأثر ذهني معين - حقا من الحقوق المالية يندرج في سلكها الى جوار الحقوق العينية والحقوق الشخصية . والبصر بهذا الاختلاف الجوهري بين طبيعة كل من الحقين ، يجلو لنا ما يرتبه كل منهما من نتائج وآثار متفاوتة عن الآخر نعرضها فيما يلي :

١ - الحق المعنوي - باعتباره من حقوق الشخصية غير المالية - يتمتع

(١) ولكن مبانرة الاستغلال عن هذا الطريق يرد عليها - فيما يتعلق بترجمة المصنفات الأجنبية الى اللغة العربية - قيد خطير في القانون المصري ، اذ يرفع المشرع عنها الحماية اذ لم يتم بها المؤلف أو يأذن بها في بحر خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الاصل أو المترجم (م ٨ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤) . وذلك رعاية لمصلحة البلاد كيلا تحرم من ثمار الفكر الانساني في الأمم الأخرى لمدة طويلة . ولكن تقصير المدة الى هذا الحد محل للانتقاد (انظر كتابنا أصول القانون ، هامش «١» ص ٦٥٤) .

(٢) انظر سابقا ، ص ٤٥٤ .

التعامل فيه بنقله أو النزول عنه (م ٣٨) أو الحجز عليه (م ١٠) (١) . فهو حق مرتبط بشخصية المؤلف وبذلك يكتسب من وراء هذا الارتباط صفات الشخصية نفسها ، ولا يدخل في عناصر الذمة المالية .

٢ - يترتب على قابلية الحق المالى - دون الحق المعنوى - لتعامل والتصرف فيه ، أن الحق الذهني أو حق المؤلف لا يكون لوجهه دائما نفس صاحب . فاذا نزل المؤلف عن حقه المالى في احتكار استقلال مصنفه ، فيبقى له دائما على هذا المصنف حقه المعنوى الذى لا يملك النزول عنه . وبذلك يتوزع حق المؤلف حينئذ على صاحبين : صاحب للحق المالى هو المتنازل له عن احتكار استقلال المصنف ، وصاحب للحق المعنوى هو دائما المؤلف مبتكر هذا المصنف .

والتصرف فى الحق المالى قد يكون على سبيل العوض أو التبرع ، وقد يكون نهائيا أو مؤقتا يعود من بعد الى المؤلف ، وقد يكون منجزا حال حياة المؤلف أو مضافا الى ما بعد الموت بالوصية (٢) ، وقد يكون شاملا أو قاصرا على بعض طرق الاستغلال أو على قدره أو مكانه ، مما يوجب تحديده على نحو قاطع للشك . ولذلك يشترط المشرع لتمام التصرف أن يكون مكتوبا ، وهذا شرط انعقاد لا شرط اثبات ، وان يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محلا للتصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه (م ٣٧/٢) . ولكن يعتبر باطلا تصرف المؤلف فى مجموع انتاجه الفكرى المستقبلى (م ٤٠) ، وذلك حماية للجانب الفكرى لشخصيته ومنعا من تقييده مقدما تقييدا أبديا .

ولا يعنى التصرف فى نسخة من المصنف التصرف فى الاستغلال المالى

(١) انظر سابقا ، ص ٤٥٦ .

ولكن اذا كان لا يجوز الحجز على حق المؤلف ، فيجوز الحجز عن نسخ المصنف الذى تم نشره (م ١٠) .

(٢) وقد أعفى المشرع المصرى المؤلف من التقيد بأحكام الوصية فى شأن القدر الجائز الايضاء به ، فيجوز له الايضاء بحق الاستغلال المالى دون تقيد بهذا القدر وحتى لو كان هذا الحق هو كل تركته (م ٢/٢٨) . انظر فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٦٥٦ . - عبد الرزاق السنهورى ، ج ٨ ، فقرة ٢٢٨ .

لذات المصنف ، وإنما يقتصر حق المتصرف اليه على النسخة المادية أو النموذج المادى محل التصرف لا على ما يتضمنه هذا الجسم المادى من خلق فكرى أو ذهنى ، ولذلك يتمتع على المتصرف اليه مباشرة حق الاستغلال المالى بأية صورة من الصور كاستخراج نسخ أو نماذج ينشرها أو يبيعها للجمهور ، لأن هذا الحق لا يزال ثابتا للمؤلف لعدم ورود التصرف والتنازل عليه (١) .

٣ - ما دام الحق المعنوى يعتبر انعكاسا لشخصية المؤلف ، فيبقى دائما للمؤلف ، بما له من أبوة فكرية على مصنفه ورغم نزوله عن حقه المالى فى استغلاله ، سلطة كبيرة مهيمنة على سلطة الاستغلال المالى . فله الاعتراض والمطالبة بمنع المستغل من أى تعديل أو تبديل فى المصنف يضر بسمعته الفكرية . وله كذلك اذا شاء الامتناع عن تسليم المصنف الى المتنازل له عن الاستغلال المالى . بل وسلطة وقف هذا الاستغلال المالى بعد بدئه باقتضاء سحب المصنف من التداول وسلطة ادخال تعديلات جوهرية عليه .

ومثل هذه السلطات التى يعطيها الحق المعنوى للمؤلف تكون ذات نتائج خطيرة على الحق المالى الذى انتقل الى المتنازل له عن الاستغلال . ولذلك فان تخويل هذه السلطات للمؤلف ، يجب أن لا يعفيه من المسؤولية عن الأضرار التى قد يسببها لمتنازل له عن الاستغلال نتيجة استعماله لها . فضلا عن أن الواقع أن هذا الاستعمال دون مبرر قوى يستند الى اعتبارات خاصة بالمصنف ذاته وما يتضمنه من قيم فكرية معينة ، أو بشخصية المؤلف وسمعته الأدبية أو الفنية ، يعتبر استعمالا تعسفيا غير مشروع من جانب المؤلف صاحب الحق المعنوى ، يجب على القضاء حماية المستغل منه (٢) .

(١) وقد طلق المشرع المصرى هذا الحكم ، حتى ولو كانت النسخة محل التصرف على النسخة الأصلية الوحيدة ، اذ نص على أنه « لا يترتب على التصرف فى النسخة الأصلية من المصنف أى كان نوعه نقل حق المؤلف » . ولكنه نص كذلك على أنه « لا يجوز إلزام من انتقلت اليه ملكية هذه النسخة بأن يمكن المؤلف من نسخها أو نقلها أو عرضها ، وذلك كله ما لم يتفق على غير ذلك » (م ٤١) . لذلك يحسن بالمؤلف عند التصرف فى النسخة الأصلية أن يحتفظ لنفسه بحق الاستغلال المالى .

(٢) انظر فى هذا المعنى :

Bendant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 164. — Notre thèse précitée.
pp. 166-168.

غير أنه فيما يتعلق بسلطة سحب المصنف من التداول وكذلك بسلطة ادخال تعديلات جوهرية عليه ، جعل المشرع المصرى هذا السحب أو التعديل منوطا بموافقة القاضى اذا تحقق من طرود أسباب خطيرة تبرر ذلك ، وعلى أن يلزم المؤلف بدفع تعويض عادل معجل^(١) الى المستغل (م ٤٢) .

٤ - يعتبر الحق المالى - باعتباره ذا صفة مالية محضة - عنصرا من عناصر الذمة المالية وينتقل بالوفاة الى الورثة . غير أن مثل هذا الحق ليس بالحق المؤبد ، بل هو حق مؤقت ينتضى بفوات مدة معينة يحددها القانون ، بحيث لا يصبح استغلال المصنف ماليا بعد فواتها احتكارا لاحد ، اذ يعتبر حينئذ من التراث الفكرى العام المشاع بين الجميع . ولهذا نص المشرع المصرى على انقضاء حقوق الاستغلال المالى بمضى خمسين سنة على وفاة المؤلف (م ١/٢٠)^(٢) ، أو على وفاة آخر من بقى حيا من المشتركين فى تأليف نفس المصنف (م ٢/٢٠) . أو بمضى خمسين سنة على تاريخ النشر اذا كان صاحب الحق شخصا معنويا (م ٣/٢٠) أو اذا كان المصنف منشورا غفلا من اسم المؤلف أو باسم مستعار ولم يكشف المؤلف خلال هذه المدة عن شخصيته (م ٢١) .

والواقع أن طبيعة الحق المالى فى استغلال المصنف تقضى بجمعه موقوتا . ذلك أن الأصل أن المصنف معد للجمهور وموجه اليه . بحيث يكون مصيره فى نهاية الأمر أن يسقط كما يقال فى الملك العام وينضاف الى التراث الفكرى الانسانى المتجمع على مر الأجيال . فلا يكون اعطاء المؤلف احتكار استغلاله اذن الا من قبيل تمكينه من الحصول على ما يكافئ جهده الذهنى ، وهو ما يتحقق عادة فى ظرف مدة معينة .

أما الحق المعنوى ، فهو حق مؤبد لا ينتضى بمضى مدة معينة ، بل يظل

(١) انظر فى انتقاد اشتراط دفع التعويض مقدما :

محمد على عرفة ، ج ١ ، فقرة ٢٨٨ ، ص ٥٢١ . - كتابنا سالف الذكر ، ص ٦٥٩ .

(٢) ولكن تنص المادة الى خمس عشرة سنة من تاريخ اول نشر للمصنف فى شأن المصنفات التصويرية الزمنية والمصنفات السمعية البصرية التى ليس لها طابع انشائى وتختص فيها على مجرد نقل المناظر نقلا كليا . وتنص المادة الى عشرين سنة من تاريخ ابداع المصنف فى شأن مصنفات الحاسب الآلى (م ١/٢٠) مطبوع بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢ .

ثابتاً للمؤلف طوال حياته ، ثم ينتقل عنه الى ورثته بوفاته . غير أن الورثة لا يتلقون هذا الحق كاملاً كما كان لمورثهم ، بل يتلقونه في الأصل في جوانبه السلبية دون جوانبه الايجابية . فيتلقونه ناقصاً قاصراً على مجرد المحافظة على سمعة المورث الفكرية ، بالدفاع عن احترام نسبة المصنف الى المؤلف واحترام مضمون المصنف ، وذلك برقابة استمرار نشر المصنف أو عرضه كما تركه المؤلف عند وفاته حاملاً اسمه أو الاسم المستعار الذي اختاره ودون تحريف أو تشويه (١) . فيقتصر مركز الورثة اذن على مركز الحارس لتراث مورثهم الفكري (٢) ، ويبقى لهم هذا المركز على الدوام رغم انقضاء الحق المالى بمضى المدة القانونية المقررة له .

أما الجوانب الايجابية للحق المعنوى ، وهي تقرير نشر المصنف ابتداء وتناوله بالتغيير والتعديل وسحبه من التداول ، فلا تنتقل في الأصل الى الورثة ، اذ هي لصيقة بشخصية المؤلف وحده باعتباره خالق المصنف ومبتكره وصاحب الأبوة الفكرية عليه . ولكن هذا الأصل ليس مطلقاً في القانون المصرى . اذ تثبت للورثة سلطة تقرير نشر المصنف اذا مات المؤلف قبل هذا التقرير (م ١/١٩) وهو ما يفترض عدم ايصاله بمنع النشر (٣) ، ويمكن تبرير ذلك على أساس استخلاص اتجاه ارادة المؤلف الضمنية الى النشر من سكوته عن الايصال بمنعه وقيام الورثة حينئذ بتنفيذ هذه الارادة (٤) . وتثبت للورثة كذلك سلطة التعديل أو التغيير في المصنف (م ٢/١٩) (٥) ، ولكن

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة .

Desbois, op. cit., Nos. 623-628.

(١) Desbois, op. cit., No. 625.

(٢) من الواضح أن المؤلف اذا كان قد أوصى بتأجيل النشر وحدد له موعداً معيناً ، فيجب

على الورثة تنفيذ ما أوصى به (م ٣/١٩) .

(٤) احتياطاً لما قد يحدث من احجام ورثة المؤلف عن النشر في هذه الحالة ، وتحقيقاً

للصالح العام بعدم قبح المصنفات القيمة وحجبها عن الجمهور ، يرخص المشرع المصرى لوزير الثقافة في الحل محل الورثة في النشر بعد اطلوهم واستصدار أمر من المحكمة بذلك ، ولكن مع مضيهم مضي حذوا (م ٢٢) .

(٥) قانون مع ذلك :

عبد الرزاق السنهورى ، ج ٨ ، فقرة ٢٤١ .

(م ٣٢ - المدخل الى القانون)

هذا الحكم محل للنظر (١) ، باعتبار أن هذه السلطة لصيقة بشخصية المؤلف
باعتباره الأب الفكري للمصنف والقادر وحده على التصرف في مضمونه (٢) .

(١) أنظر كتابنا ، حالف الذكر ، متن ص ٦٦٢ ، وهامش «أ» ص ٦٦٣ و ٦٦٤ .
(٢) ولكن لا اعتراض إذا كان المؤلف قد خول قبل وفاته شخصا معيناً - من الورثة أو
من غيرهم - سلطة إجراء التعديل والتغيير في المصنف .

الفصل الرابع

الذمة المالية^(١)

Le Patrimoine

٢٥١ - تعريف الذمة المالية ، والخلاف حول تأصيلها

يقصد باصطلاح « الذمة المالية » ، في الفقه السائد ، التعبير عن مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية . وبذلك تتكون الذمة من جانبين : جانب ايجابي (L'actif) هو مجموع حقوق الشخص المالية ، وجانب سلبي (Le passif) هو مجموع التزامات الشخص المالية . وبقدر ما تزيد حقوق الشخص المالية على التزاماته تعتبر ذمته دائنة ، وبقدر ما تزيد التزاماته المالية على حقوقه تعتبر ذمته مدينة .

والذمة المالية - كما يدل عليه اسمها - لا تتكون في جانبها الايجابي والسلبي الا من حقوق الشخص والتزاماته المالية وحدها^(٢) ، فلا يدخل في الجانب الايجابي للذمة المالية أى حق غير مالى للشخص^(٣) ، ولا يدخل في الجانب السلبي لها أى واجب غير مالى عليه^(٤) .

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Aubry et Rau, op. cit., t. IX Nos. 573-583. — Mevorach, Le patrimoine, Revue trimestrielle de droit civil, 1906, pp. 811-825. — Ismail Chanars, Essai critique sur la notion de patrimoine en droit français et en droit égyptien, thèse Paris, 1951. Imp. Le Caire, 1957.

اسماعيل غالم ، المرجع السابق ص ١٠٢ - ١٢٣ . كتابنا في أحكام حق الملكية ، فترات ٥ - ١٠ ، ص ١٢ - ٣٢ .

(٢) قانون مع ذلك :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 292.

(٣) و (٤) كحق الإنسان على اسمه ، أو الحق المعنوي للمؤلف على مصنفه ، وكالواجب السلبي العام الواقع على الكافة باحترام الحقوق . ولكن الاعتداء على مثل هذه الحقوق أو =

وقد كان تأسيس فكرة الذمة المالية وتأصيلها محل جدل كبير في الفقه ،
فرى صدهاء في ظهور نظريتين متقابلتين في هذا الصدد : نظرية تقليدية ظلت
لها السيادة في الفقه الفرنسي طوال القرن الماضي وهي المعروفة بنظرية
الشخصية (Théorie de la personnalité) ونظرية حديثة راجت في
الفقه الألماني خاصة. وهي نظرية التخصيص (Théorie de l'affectation) .
فنعرض فيما يلي لهاتين النظريتين ، لنرى من بعد موقف الفقه الحديث منهما
ونظرته اليوم الى جوهر الذمة المالية وأهميتها العملية .

٢٥٢ - نظرية الشخصية

تنسب هذه النظرية الى الفقيهين الفرنسيين «أوبري» (Aubry) و «رو»
(Rau) . وهي تقوم على أساس ارتباط الذمة المالية بالشخصية وانبعائها
منها (١) . فالذمة اذن هي احدى خصائص الشخصية ، بل هي الشخصية ،
ذاتها منظورا اليها من جانبها المالى . ولم يكن بد - وهذا الأساس هو نقطة
الابتداء - من أن تخلع هذه النظرية على الذمة المالية صفات الشخصية كاملة
فترتب عليها النتائج الآتية :

(١) لكل شخص ذمة مالية : ما دامت الذمة المالية مرتبطة أو مندمجة
في الشخصية ، أو ما دامت - بعبارة أخرى - هي الجانب المالى للشخصية ،
فمن اهتم أن يكون لكل شخص ذمة مالية . فلا يعلق وجود الذمة المالية اذن
على ضرورة وجود حقوق مالية ثابتة للشخص أو التزامات مالية واقعة عليه
في وقت معين . فالطفل اللقيط العارى مثلا ، وهو مجرد من كل حق أو التزام
مالى ثابت له أو عليه ، تكون له ذمة مالية .

(٢) لكل ذمة مالية شخص تستند اليه : ما دامت الذمة المالية هي
الشخصية في مظهرها المالى ، فلا يتصور وجود ذمة لا تستند الى شخص ،

= خرق مثل هذا الواجب ، يولد التزام ماليا بالتعويض يدخل ذمة المعتدى كعنصر سلبى وذمة
المعتدى عليه كعنصر ايجابى .

(١) Aubry et Rau, op. cit., t. IX, No. 573.

سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا . ولكنها لا تثبت فيما وراء ذلك
لاحد أبا كان ، فلا تثبت لحيوان أو جماد ، ولا لجماعات من الأشخاص
أو مجموعات من الأموال لا تتوافر لها الشخصية المعنوية أو الاعتبارية .

(٣) **الذمة المالية واحدة لا تتعدد أو تتجزأ :** ما دامت الذمة المالية هي
الشخصية ذاتها في مظهرها المالى ، فهي اذن - كالشخصية - واحدة لا تتعدد
أو تتجزأ . ولا يطمع فى وحدة الذمة المالية للشخص - عند أنصار هذه
النظرية - أن تخضع عناصرها لنظام قانونى مختلف عن النظام القانونى
الذى تخضع له الذمة فى مجموعها . اذ لا يعدو ذلك عندهم أن يكون محض
استثناء تحتمل اعتبارات خاصة (١) .

(٤) **الذمة المالية وحدة أو مجموعة قانونية مستقلة عن العناصر المكونة
لها :** ما دامت الذمة المالية هي الشخصية نفسها فى مظهرها المالى ،
وما دامت الشخصية هي مجرد صلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل
بالالتزامات المالية ، فان الذمة لا تكون اذن مجموعة فعلية ثابتة من الحقوق
والالتزامات المالية ، بل مجموعة احتمالية لما يوجد للشخص فى الحاضر
وما قد يوجد له فى المستقبل من هذه الالتزامات وتلك الحقوق . ومن هنا ،
كانت الذمة تمثل تصورا قانونيا مجردا يعبر عن وحدة أو مجموعة مستقلة
ومنفصلة عن العناصر المكونة لها (٢) ، بحيث لا يتأثر وجودها بوجود هذه
العناصر أو بأى تغيير أو تعديل يطرأ عليها . وبذلك تكون الذمة - فيما
يقال - كالوعاء يستقل فى وجوده عن وجود محتوياته ، فهو يوجد فى ذاته
ولو خلا يوما من محتوياته ، ويظل موجودا ليمتلئ ما قد يدخل فيه مستقبلا
من محتويات ولما قد تتعرض له هذه المحتويات من تبديل وتغيير .

وما دامت الذمة المالية تكون وحدة قانونية مجردة مستقلة فى وجودها
عن وجود العناصر الداخلة فيها ، فلا يتصور التصرف فى الذمة أو النزول عنها
كوحدة ، وانما يتصور التصرف أو النزول واردا على ما يوجد من عناصرها

(١) Aubry et Rau, op. cit., t. IX, No. 574.

(٢) Aubry et Rau, op. cit., t. IX, No. 563, pp. 333, 334.

في وقت معين دون أن يمس ذلك وجود الذمة نفسها (١) . وهذه نتيجة حتمية لتصور الذمة على أنها هي الشخصية ذاتها في مظهرها المالي ، اذ كما يستحيل التصرف في الشخصية أو النزول عنها ، فكذلك يستحيل التصرف أو النزول عن الذمة المالية كوحدة قانونية .

ولكن اذا كانت حقوق الشخص والتزاماته تنتقل الى الورثة بوفاته ، فليس معنى ذلك انتقال ذمته اليهم - فالذمة لا تنتقل من شخص الى آخر - وانما معناه امتداد شخصية المورث واستمرار بقائها في أشخاص الورثة (٢) .

٢٥٣ - نظرية التخصيص (٣)

ترجع هذه النظرية الى بعض فقهاء الألمان خاصة ، الذين أرادوا هدم النظرية التقليدية بما قامت عليه من أساس اندماج الذمة المالية في الشخصية ، وما استتبعه هذا الأساس من نتائج غير مقبولة .

من أجل ذلك رأوا أن الذمة المالية لا تكون مجموعة أو كتلة متماسكة من الحقوق والتزامات المالية بسبب ثبوتها لشخص معين ، وانما بسبب تخصيصها لغرض معين ذي قيمة جديرة بالحماية . ولذلك فالعبرة في وجود الذمة المالية ليس بوجود شخص تسند اليه ، وانما بوجود غرض تخصص به . ومن هنا ، فكلما وجدت حقوق والتزامات مالية يجمعها الاستناد الى غرض معين ، أمكن القول بوجود ذمة مالية نون حاجة الى استلزام وجود شخص معين تسند اليه .

ونظرية التخصيص هذه ، قد أراد دعايتها من ورائها الاستغناء بفكرة

(١) Aubry et Rau, op. cit., No. 577.

(٢) Aubry et Rau, op. cit., Nos. 582, 583.

(٣) انظر في عرض هذه النظرية خاصة :

Michoud, La théorie de la personnalité morale, 3e éd. t. I, No. 17. —
Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 22. — Saleilles, De la personnalité juridique, 2e éd., pp. 477, 478.

الذمة القائمة على التخصيص عن فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية التي يعدونها مجرد افتراض بحث مخالف للواقع ، وحيلة مصطنعة بخاصة لامكان الاعتراف لمجموعات من الأشخاص (كالجمعيات والشركات) أو الأموال (كالأوقاف والمؤسسات) بذمة خاصة بها مستقلة عن ذمة كل عضو من أعضائها أو كل منتفع بها . إذ لا يحتاج الأمر - لادراك هذه النتيجة - الى مثل هذا الافتراض أو التحايل باعطاء هذه المجموعات شخصية صناعية ، فكل من هذه المجموعات من الأشخاص أو الأموال تفترض وجود حقوق والتزامات مالية يجمعها التخصيص لغرض واحد ، أى تفترض وجود ذمة مالية قائمة بذاتها ومستقلة عن غيرها دون استناد الى شخص معين . وترتب على هذه النظرية نتائج نذكر أهمها فيما يلي :

(١) **وجود الذمة دون شخص** : ليس من الحتم وجود شخص تستند اليه الذمة المالية ، فالذمة توجد ولو لم يوجد شخص اذا وجدت مجموعة من الحقوق أو الالتزامات المالية خاصة بنفس الغرض . وهذا يقضى عند أصحاب هذه النظرية - كما سبق البيان - عن فكرة الشخصية المعنوية التي تعتبر عندهم مجرد حيلة صناعية بحثة للاعتراف للأشخاص المعنوية أو الاعتبارية بذمة مالية مستقلة .

(٢) **امكان تعدد الذمة** : ما دامت الذمة المالية غير مندمجة في الشخصية وانما قائمة على وحدة التخصيص بين عناصرها لغرض معين ، فليس من الحتم أن توجد للشخص ذمة مالية واحدة ، بل قد توجد له أكثر من ذمة : فتتعدد ذمته بتعدد الأغراض التي تخصص بها مجموعات من حقوقه والتزاماته المالية . فالوارث مثلا الذي لا يكون مسؤولا عن ديون مورثه الا في حدود أموال التركة ، تكون له ذمتان منفصلتان مستقلتان : ذمته الأصلية ، وذمة مورثه التي آلت اليه ، بحيث تضمن حقوق كل ذمة ديونها فلا يلتزم الوارث في ذمته الأصلية بسداد ديون مورثه .

(٣) **امكان انتقال الذمة** : ما دامت الذمة المالية غير مستندة الى الشخصية بل الى غرض معين تتخصص به عناصرها ، فهي على هذا النحو

تكون مجموعة فعلية - لا مجموعة احتمالية - من الحقوق والالتزامات المالية المخصصة بفرض معين ، فيمكن بالتبعية التصرف فيها والنزول عنها . وكذلك يمكن انتقالها بالموت الى الورثة ، دون حاجة الى ما تصطنعه نظرية الشخصية - في سبيل تبرير هذا الانتقال - من افتراض بحث يخالف الواقع ، قائم على اعتبار شخصية الوارث امتدادا لشخصية المورث .

٢٥٤ - تقدير النظريتين

يراعى في شأن نظرية التخصيص أنه لا يمكن التسليم بمقدمتها الأولية القائمة على امكان قيام ذمة لا تستند الى شخص من الأشخاص . فمثل هذه المقدمة لا يمكن قبولها في ظل القوانين الوضعية الحديثة التى تسلم بوجود أشخاص معنوية أو اعتبارية الى جنب الأشخاص الطبيعية ، وحيث أصبح الفقه الحديث يرى وجود هذه الأشخاص حقيقة واقعية لا مجرد افتراض محض ، فقد قامت هذه النظرية على أساس القول بأنكار فكرة الشخصية الاعتبارية ، وقدمت فكرة الذمة المالية القائمة على التخصيص بفرض معين كبديل عنها .

فالتأيت اذن فى القانون الحديث اليوم أن الذمة المالية لا تتصور الا مستندة الى شخص معين سواء كان هذا الشخص طبيعيا أو اعتباريا . اذ من المسلم أنه لا يكتسب الحقوق أو يتحمل بالالتزامات الا الأشخاص وحدهم ، ومن هنا ينبغى أن تكون الذمة - وهى مجموع من الحقوق والالتزامات المالية - خاصة بشخص معين . ولكن ليس معنى ذلك رفض فكرة التخصيص فى ذاتها . فسنرى من بعد أن هذه الفكرة صالحة من وجوه معنة ولكن فى حدود ما قدمناه من ضرورة اسناد الذمة الى شخص معين . أى أن هذه الفكرة قاصرة عن خلق ذمة غير مستندة الى شخص . ولكنها صالحة - اذا وجدت ذمة لشخص معين - لتبرير اقتطاع مجموعة من عناصرها وتأليف ذمة أخرى مستقلة لنفس الشخص (١) .

وليس يعنى ذلك أيضا رفض ما ترتبه نظرية التخصيص من نتائج معينة ، كتعدد الذمة المالية للشخص الواحد وامكان التصرف فيها والتزول عنها بين الأحياء ، وامكان انتقالها بالموت الى الورثة دون حاجة الى افتراض امتداد شخصية المورث في أشخاص الورثة ، فتلك نتائج سلبية ينبغى التسليم بها في جملتها كما سنرى ، ولكن يمكن الوصول اليها دون حاجة الى انتهاج منطق نظرية التخصيص - غير المقبول - من انكار ضرورة اسناد الذمة الى شخص معين . والواقع أن اسراف النظرية التقليدية اسرافا شديدا في منطقتها من ربط فكرة الذمة بالشخصية الى حد ادماجها فيها هو الذى دفع الى انكار تلك النتائج بخلق كل صفات الشخصية على الذمة .

ولئن كان ينبغى التسليم بوجود استناد الذمة الى شخص ، الا أن ذلك لا يستتبع بحال من الأحوال ضرورة اعطاء الذمة نفس صفات الشخصية ، والا انتهى الامر - كما انتهت النظرية التقليدية فعلا - الى اعتبار الذمة هي الشخصية نفسها في مظهرها المالى أى هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المالية له أو عليه ، وهو لغيره لا يمكن قبوله ، اذا ما دامت الذمة والشخصية شيئا واحدا ، ففيم اذن كان اصطلاح « الذمة المالية » ، وما فائدته وليس له من مدلول جديد (١) ؟ .

فالتفرقة اذن واجبة بين الشخصية باعتبارها الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، وبين الذمة المالية باعتبارها مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية . واغفال هذه التفرقة هو الذى دفع بنظرية الشخصية الى المغالاة والقول بأن لكل شخص ذمة مالية حتما . ولئن كان الغالب فى العمل أن لكل شخص ذمة لأنه يندر أن يوجد شخص ليست له أو عليه حقوق مالية ، الا أنه اذا قام احتمال وجود مثل هذا الشخص

(١) انظر فى نقد الخلط بين الذمة والشخصية :

Beudant et Volrin, t. IV, No. 28. — Ismail Ghanem, thèse précitée, No. 62. — Mevorach, article précité, p. 816. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, No. 17.

فيكون من انكار الواقع القول بتوافر ذمة مالية له (١) .

• والحلط بين الذمة والشخصية دفع بالنظرية التقليدية كذلك الى القول .
بأن الذمة واحدة لا تتعدد أو تتجزأ ، وأنه لا يتصور أن توجد للشخص ذمة مالية متعددة . ومثل هذا القول - كما هو ظاهر - لا يستقيم الا مع مقدمة غير مسلمة ، هي اندماج الذمة في الشخصية . ومن ثم لا يوجد عقلا ومنطقا ما يمنع من تصور تعدد الذمة . وهنا نجد فائدة فكرة التخصيص ، اذ قد تخصص مجموعة معينة من أموال الشخص بغرض معين فتنشأ منها ذمة خاصة الى جانب ذمته العامة (٢) .

وفي قواعد القانون المصرى أمثلة على تعدد الذمة المالية لدى بعض الأشخاص نتيجة تخصيص معين لبعض ما لهم من أموال (٣) .

فللقاصر أهلية التصرف فيما يوضع تحت تصرفه من مال مخصص لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط (م ٦١ من قانون الولاية على المال) . وكذلك للقاصر البالغ السادسة عشرة أهلية التصرف فيما يكسبه بعمله من مال ، بشرط ألا يتعدى التزامه حدود هذا المال (م ٦٣ من القانون سالف الذكر) . ففي هاتين الحالتين ، يكون للقاصر - فضلا عن ذمته العامة - ذمة خاصة متعلقة بأموال معينة لا يلتزم الا في حدودها وحدها .

وكذلك فلمالك السفينة الحق في تركها الى أصحاب الديون الناشئة بسببها أو بسبب سفرها ، يقتضون ديونهم من التنفيذ عليها وحدها هي

(١) في هذا المعنى :

Mevorach, article précité, p. 817.

(٢) ولكن لا يتأتى التخصيص بإرادة الأفراد وانما القانون وحده هو الذى يقرره ، كقائمة لما يجب من قلة وائتمان في المعاملات ، ومنما من تقلت الضمان العام بتوزيعه بين ذمم الشخص المعقدة (انظر كتابنا أحكام حق الملكية سالف الذكر ، ص ١٢٤) .

(٣) انظر :

Ismael Ghanem, thèse précitée, Nos. 87-88.

اسماعيل غانم ، ص ١١١ - ١١٣ . - شليق شحاته ، فقرة ٦ ، ص ١٢ و ١٣ .

وأجرتها دون غيرها من أمواله (م ٣٠ بحرى) . وبذلك تكون السفينة ذمة مالية خاصة لمالكها الى جوار ذمته العامة ، بحيث تتحدد التزاماته الخاصة بالسفينة بحدود قيمتها وقيمة أجرتها ، فلا يملك الدائنون بهذه الالتزامات التنفيذ على غير السفينة وأجرتها مما يدخل فى ذمته العامة من أموال .

أخيرا فللوارث فى القانون المصرى - كما سنرى - ذمتان : ذمته الاصلية ، وذمة مورثه التى انتقلت اليه . فلا يسأل الوارث عن ديون مورثه الا فى حدود ما تركه المورث من أموال ، أى لا يقوم بسداد ديوان التركة من أمواله الاصلية ، فكل من الذمتين نطاق مستقل عن نطاق الأخرى .

بقى أن يراعى أن نظرية الشخصية ، وهى ترى أن الذمة باعتبارها هى الشخصية فى مظهرها المالى لا تنتقل من شخص الى آخر ، قد اصطدمت بنظام الميراث فاضطرت - فى سبيل تبرير انتقال ذمة المورث الى الوارث بالوفاة - الى القول بأن شخصية المورث ممتدة وباقية فى شخص الوارث (١) . وظاهر ما فى هذا التبرير من اصطناع وتحايل يقوم على افتراض محض مخالف للواقع ، مما يدل على فساد القول بامتناع التصرف فى الذمة المالية وانتقالها من شخص الى آخر .

والخلاصة مما تقدم وضوح جانب المغالاة والاسراف فى كل من نظرية الشخصية (٢) ونظرية التخصيص ، الأولى بادماج الذمة فى الشخصية ادماجا كليا ، والثانية بفصل الذمة عن الشخصية .

(١) بحيث يكونان اما شخصا واحدا حين يلتزم الوارث بكل ديون المورث ، أو يكون الوارث شخصين : شخصا هو امتداد لشخصية المورث ، وشخصه الخاص به حين لا يلتزم بسداد ديون المورث الا فى حدود أموال التركة .

(٢) أنظر مع ذلك فى الدفاع عن نظرية الشخصية فى الفقه المصرى :

عبد الحى حجازى ، ص ٢٢٨ - ٢٣١ . - محمد سامى مدكور ، نظرية الحق ، ١٩٥٤ ، ص ١٢٣ - ١٢٧ . - عبد المنعم البدرأوى ، فقرة ٢٩٤ .

٢٥٥ - جوهر فكرة الذمة المالية

يتجه الفقه الحديث في مجموعه (١) الى الإبقاء على فكرة الذمة المالية مبرأً مما خلعت عليه النظرية التقليدية من صفات الشخصية وخصائصها . وبذلك أصبحت النظرة اليوم إلى الذمة المالية باعتبارها وحدة قانونية مجردة لها ذاتية مستقلة ومنفصلة عن ذاتية ومفردات ما يدخل في تكوينها من حقوق والتزامات مالية ، أى باعتبارها وحدة تقنى وتتشكى فيها عناصرها .

ولكن ينبغي أن لا تصرف هذه النظرة للذمة المالية الى المعنى الذى كانت تفهمه منها نظرية الشخصية . فقد ظنت هذه النظرية أن تمتع الذمة بذاتية مستقلة عن ذاتية عناصرها ، يجعل من الذمة مجرد تصور فكري لا علاقة له بالواقع ، بحيث يمكن أن توجد الذمة حتى ولو كانت خالية من كل عنصر ايجابى أو سلبى . وليس مثل هذا الفهم لاستقلال ذاتية الذمة عن ذاتية عناصرها ، الا صدى للخلط بين الذمة والشخصية ، وهو خبط شائع عند أصحاب نظرية الشخصية كما أوضحنا ، ويكاد يلغى أى معنى لوجود فكرة الذمة اذ ينقلب مدلولها من مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية ، الى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات المالية . وفرق كبير بين المجموع الذى لا يرد الا على عناصر فعلية واقعية موجودة حتى ولو كانت متغيرة ، وبين مجرد الصلاحية التى تعتبر صفة قائمة مستمرة لا تتوقف على وجود عناصر فعلية ولا تتخلف بتخلفها .

فالذمة المالية اذن ينبغي أن تفهم على أنها وحدة متماسكة مترابطة من الحقوق والالتزامات المالية المتقابلة ، بحيث تظل هذه الوحدة قائمة - ما دامت لم تخل من عناصر قط - رغم تغير ذاتية العناصر المؤلفة لها . فقد تخرج بعض العناصر من ذمة الشخص ، وقد تدخل فيها بعض عناصر جديدة - اذ حقوق الشخص والتزاماته المالية فى تغير مستمر لا يثبت على حال واحدة - دون

(١) انظر فى ذلك :

Beudant et Voirin, t. IV. Nos. 17, 18. — Colin, Capitant et De La Morandière, t. I, No. 128. — Planiol, Ripert et Picard, t. III. No. 15.

أن ينفي ذلك وجود وحدة دائمة تنتظم مجموع حقوق هذا الشخص والتزاماته المالية المتغيرة . فالذمة اذن - وان كان لا وجود لها بغير عناصر تكونها - لا يتأثر وجودها بتغير عناصرها المستمر . ومثل الذمة في ذلك مثل الأمة ، لا يتأثر وجودها بالتغير المستمر في ذاتية أفرادها بموت من يموت منهم وميلاد من يولد .

وهذه الوحدة التي تنتظم مجموع حقوق الشخص والتزاماته المالية في ضرب من التماسك رغم ما قد تتعرض له هذه الالتزامات وتلك الحقوق من تغير مستمر ، هي جوهر فكرة الذمة المالية ، ذلك الجوهر الذي يعبر عنه عادة بأن للذمة - كوحدة - كيانا مستقلا عن كيان وذاتية عناصرها الدائمة التغير .

٢٥٦ - أهمية الذمة المالية

تربط الذمة المالية ، على هذا النحو ، بين الجانب السلبي والجانب الايجابي فيها ربطا محكما وثيقا تتضح أهميته من ناحيتين : فمن ناحية ، يعتبر الجانب الايجابي مسئولاً عن الجانب السلبي وضامناً له بحيث تكون كل ديون الشخص مضمونة دائماً بكل حقوقه ، فيكون للدائنين اذن ضمان عام على جميع أموال المدين . ومن ناحية أخرى ، تنتقل الذمة بجانبها الايجابي والسلبي الى الورثة كما تحدد مضمونها نهائياً عند الوفاة (١) . فنعرض فيما يلي بإيجاز لضمان العام للدائنين ، ثم لانتقال الذمة بالوفاة .

(١) **الضمان العام للدائنين** : قلنا ان الذمة المالية تكون وحدة قائمة بذاتها مستقلة عن مفردات وذاتية عناصرها . وهذا الكيان الذاتي للذمة يجعل الجانب الايجابي فيها مسؤولاً عن الجانب السلبي دون تحديد لمفردات كل منهما

(١) أنظر مع ذلك في انكار الحاجة الى فكرة الذمة المالية لتبرير الضمان العام للدائنين وانتقال حقوق المتوفي والتزاماته الى الورثة ، والدعوة الى الاستغناء بالتالي عن هذه الفكرة :

Ghanem, thèse précitée, Nos. 13-22.

اسماعيل غانم ، ص ١١٩ - ١٢٢ .

وأنظر في مناقشة هذا الاتجاه وفي الإبقاء على فكرة الذمة المالية :

كتابتنا سالف الذكر في أحكام حق الملكية ، ص ٢٩ و ٣١ و ٣٢ .

أو اعتبار لما قد يطرأ على هذه المفردات من تغيير . وبذلك يكون مجموع حقوق الشخص ضامناً لمجموع التزاماته ، بمعنى أن ضمان الدائنين لا يقع على حق أو حال معين بذاته من حقوق المدين أو أمواله ، بل يقع على الجانب الإيجابي من ذمة المدين برمته باعتباره ذاتاً كيان ذاتي مستقل عن ذاتية مفرداته ومحتوياته . ومن هنا يكون للدائنين حق ضمان عام (droit de gage general) على جميع أموال المدين . وهذا ما يعبر عنه المشرع المصري ينصه على أن « أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه » (م ٢٢٤ / ١ مدني) .

وهذا الضمان العام المقرر للدائنين ، يتفق مع طبيعة الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية . ذلك أن الدائنين أصحاب هذه الحقوق لا تكون لهم أية سلطة مباشرة على شيء أو عين معينة من أعيان المدين ، وإنما تكون لهم قدرة اقتضاء عمل معين من المدين . فإذا لم يف المدين بما عليه من التزام ، فليس معنى ذلك ضياع حقوق هؤلاء الدائنين بدعوى عدم ورودها مباشرة على عين معينة من أعيانه ، ذلك أن حقوقهم — باعتبارها داخلية في الجانب السلبي من ذمة المدين وهذا الجانب مضمون بما يقابله فيها من جانب إيجابي — إنما تكون مضمونة الوفاء بمجموع أموال المدين كوحدة ذاتية مستقلة لا كأموال معينة بالذات ، بحيث لا يقتصر الضمان على أموال المدين الحاضرة وقت نشوء الديون بل يمتد كذلك إلى أمواله المستقبلية .

غير أن هذا الضمان العام — ان كان ذا فائدة للدائنين من هذه الناحية ، وللمدين من ناحية أنه يجعل يده في الأصل حرة التصرف في أمواله باعتباره ضامناً لا يتحمل أحد هذه الأموال بالذات وإنما يرد عليها كمجموع ذاتي مستقل — إلا أنه قد يضر المدينين من ناحيتين : فمن ناحية ، يرد ضمان الدائنين على الجانب الإيجابي من ذمة المدين كوحدة ثابتة في ذاتها ومتغيرة في عناصرها ، فإذا نقصت العناصر المكونة لهذا الجانب بخروج بعضها من ذمة المدين ، فتنقص بالتبعية قيمة هذا الضمان بالنسبة للدائنين . ومن ناحية ثانية يتساوى الدائنون فيما لهم من ضمان على جميع أموال المدين (م ٢٢٤ / ٢ مدني) ، لأن كل ديون المدين مضمونة بكل حقوقه . وهذه المساواة قد تعرضهم لخطر التضاحم على أموال المدين عند عدم كفايتها لوفاء

الديون كاملة واقتسامهم اياها فيما بينهم قسمة غرما بنسبة دين كل منهم (١) .

(٢) انتقال الذمة المالية بالوفاة : ما دامت الذمة تمثل وحدة قانونية يرتبط فيها الجانب الايجابي بالجانب السلبي ، فان هذا الارتباط والتماسك بين الجانبين لا ينهار بوفاة الشخص بل يظل قائما بحيث تنتقل ذمته الى الوارث بمجموع حقوقها والتزاماتها المالية على السواء ، على النحو الذي تحددت به مفرداتها نهائيا عند الوفاة ، اذ بالوفاة يمتنع طرؤه أى تغيير عليها بعد ذلك بالزيادة أو النقصان .

وما دامت ذمة المورث - باعتبارها وحدة تمثل مجموع حقوقه والتزاماته المالية - تنتقل بالوفاة الى الوارث ، فمقتضى ذلك اما اندماج ذمة المورث في ذمة الوارث ، واما قيام ذمة المورث الى جانب ذمة الوارث بحيث تصبح للوارث ذمتان مستقلتان : ذمته الأصلية المتعلقة به ، وذمة مورثه التي آلت اليه عن طريق الارث .

واندماج ذمة المورث في ذمة الوارث ، يجعل الوارث مسئولاً عن ديون التركة لا في أموالها فقط ولكن حتى في أمواله الأصلية كذلك . وهذا هو النظام الأصلي المتبع في القانون الفرنسى بخاصة . وقد رأينا من قبل فساد تفسيره على النحو الافتراضى الذى تقول به النظرية التقليدية من اعتبار شخصية الوارث امتدادا لشخصية المورث .

أما قيام ذمتين مستقلتين للوارث ، ذمته الأصلية وذمة مورثه التي آلت اليه بالميراث ، وهو النظام المقرر في القانون المصرى أخذا عن الشريعة الاسلامية ، فمن شأنه تحديد مسئولية الوارث عن ديون التركة بقدر ما فيها من أموال (٢) . فتعتبر ذمة المورث التي آلت الى الوارث مكونة لوحدة مستقلة

(١) يمكن - كما سبق البيان - دفع هذا الخطر عن طريق ترتيب حق عيني للدائن على عين معينة بالذات من أموال المدين ، بحيث يكون له اقتضاء دينه من ثمنها بالافضلية والاولوية على غيره من الدائنين العاديين .

(٢) يأخذ القانون الفرنسى كذلك بهذا النظام استثناء ، بما يجيزه للمورث من تحديد مسئوليته عن ديون مورثه عن طريق ما يسمى : « قبول التركة بخيار الجرد » .
(Sous bénéfice d'inventaire)

قائمة بذاتها ، يضمن الجانب الايجابي فيها الجانب السلبي كما تحددت مفردات كل منهما عند الوفاة ، بحيث يقتصر ضمان ديونها على مجموع حقوقها وحده ، فلا يكون الوارث مسئولا في ذمتها وأموالها الأصلية عن وفاء ديون الذمة الموروثة . وبذلك تكون الذمة الموروثة ذمة مخصصة لغرض معين هو تصفية ما كان للموثر من مركز مالي آن الى الوارث بحيث لا يكون لذمة الوارث الأصلية - وهي مستقلة عنها - شأن بهذا الغرض .

ولا يحتاج وجود ذمتين منفصلتين للوارث على هذا النحو الى افتراض شخصيتين له كما كانت تفعل نظرية الشخصية . فهذا افتراض بحث غير مقبول ، يغني عنه وجوب تجريد الذمة من صفات الشخصية كما رأينا ، بحيث لا يعود ثم ما يمنع من امكان انتقالها بسبب الوفاة وتعددتها لنفس الشخص وهو الوارث .

والقول بوجود ذمتين منفصلتين للوارث في القانون المصري ، هو فيما نرى التفسير الصحيح لقاعدة « لا تركة الا بعد سداد الديون » ، المقررة فيه وفي الشريعة الاسلامية . وهذا التفسير يفضل تفسيراً آخر يذهب اليه بعض فقهاء الشريعة الاسلامية وبخاصة فقهاء المالكية والحنفية (١) من اعتبار تركة المتوفى المدينة باقية حكماً على ملكه تفرعاً على اعتبار شخصيته مستمرة وممتدة افتراضاً الى حين الفراغ من سداد ديونه وتصفية ذمته . اذ لا حاجة الى مثل هذا الافتراض البحث المخالف للقواعد القانونية الوضعية الحالية ، وهناك ما يغني عنه من حقائق الواقع المتمثل في وجود مجموعتين من الحقوق والالتزامات المالية ، لكل منهما استقلالة وكيانه الذاتي : المجموعة المتعلقة بالوارث أصلاً ، والمجموعة المتعلقة بالمورث التي آلت بوفاته الى الوارث (٢) .

(١) انظر في ذلك :

عمر عبد الله ، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية ، ١٩٥٥ ، ص ٣٠ - ٣٢ .

(٢) راجع في ذلك :

دروسنا في مصادر الحقوق العينية الأصلية ، على الآلة النسخة ، ١٩٦٤ ، ص ٣٣-٣٧ .

الباب الأول

صاحب الحق

(١) Le sujet de droit

٢٥٧ - صاحب الحق هو الشخص

يستند الحق الى شخص يكون صاحباً له (٢) ، بحيث يستأثر وحده - دون غيره من الاشخاص - بالتمتع بما يخوله من سلطات ومكنات . ومن هنا قام الترادف في الاصطلاح القانوني بين « صاحب الحق » وبين « الشخص » (La personne) ، وأصبحت « الشخصية » (La personnalité) بالنسبة الى الحق هي علامة الصلاحية لثبوته ونسبته الى صاحب معين . بل أصبحت هي كذلك علامة الصلاحية لثبوت « الالتزام » أو « الواجب » ونسبته الى صاحب معين . فالالتزام أو الواجب - كالحق - يلزمه صاحب ، وصاحب كل منهما هو الشخص .

٢٥٨ - مدلول الشخصية

إذا كان صاحب الحق - وهو ما يعيننا في هذا المقام - هو « الشخص » فينبغي تحديد مدلول « الشخص » أو مدلول « الشخصية » التي يتمتع بها هذا صاحب . وفي هذا الصدد ينبغي توقي الخلط بين مدلول هذا الاصطلاح

(١) يراعى أن هذا الاصطلاح الفرنسي إنما يؤخذ عند كثير من الفقهاء ، لا للدلالة على « صاحب الحق » فحسب ، وإنما للدلالة كذلك على المحمل بالالتزام المقابل للحق . أنظر فيما يؤدي اليه ذلك من خلط غير مرغوب فيه ، وفي محاولة دفع هذا الخلط على أساس قصر هذا الاصطلاح على « صاحب الحق وحده » والتعبير باصطلاح « صاحب الالتزام » "le sujet d'obligation" عن المحمل بالالتزام :

كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٦٨٩ .

(٢) أنظر في محاولات : انكار وجود صاحب الحق من حيث المبدأ ، والحد من مبدأ امتياز صاحب الحق ، وفي مناقشة هذه المحاولات ورفضها : كتابنا أصول القانون ، ص ٦٩٠-٦٩٧ . (م ٣٣ - المدخل الى القانون)

فى نظر الفلسفة والأخلاق وعلم النفس من ناحية وبين مدلوله فى نظر القانون من ناحية أخرى (١) . فالخط بين المدلولين كان من الأسباب الرئيسية انكسامة وراء ما أحاط مشكلة الشخصية فى الفقه من مشاكل وتعقيدات كبيرة وبخاصة فى شأن الشخصية المعنوية أو الاعتبارية .

فالشخص فى نظر الفلسفة والأخلاق وعلم النفس هو الإنسان وحده ، لأن الشخصية فى هذا النظر إنما تعبر عن صفة كانت متميز له من طبيعته الروحية الواعية العاقلة - سواء كانت متحققة أو متخلفة فى الواقع - ما يجعل له غاية خاصة به (٢) . وعى صفة لا تتوافر إلا للفرد الإنسانى دون غيره من الكائنات الأرضية . وليس الحال كذلك فى نظر القانون حيث يأخذ اصطلاح « الشخص » أو « الشخصية » مدلولاً آخر لا تلازم بينه وبين هذه الصفة الإنسانية . فقد يخرج القانون من عداد الأشخاص بعض بنى الإنسان ، وقد يثبت الشخصية لغير الإنسان . وآية ذلك ، أن الرقيق لم تكن له شخصية فى نظر الشرائع القديمة حيث كان الرق سائدا ومشروعاً . وإذا كان الرق قد زال اليوم فأصبحت الشخصية ثابتة لكل الناس على السواء ، إلا أنها ليست قاصرة عليهم بل هى ثابتة كذلك لغير الإنسان ، فشم جماعات من الأفراد كالشركات والجمعيات ، أو مجموعات من الأموال كالأوقاف والمؤسسات ، تعتبر أشخاصاً فى نظر القانون .

فمدلول الشخصية إذن فى نظر القانون لا يطابق تماماً مدلولها فى نظر الفلسفة والأخلاق وعلم النفس ولا يفترض بالتالى حتماً توافر الصفة الإنسانية . ولا يكفى القول - لتحديد هذا المدلول - بأن الشخص هو من يمكن نسبة الحقوق والواجبات أو الالتزامات إليه ، أو من يعتبر صالحاً ليكون

(١) فى هذا المعنى :

Michoud, op. cit., t. I, No. 2. — Réglade, op. cit., pp. 71, 74, 75. — Dabin, op. cit., pp. 108, 109.

(٢) انظر فى ذلك :

Lalande, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, 6e éd., 1951, V. Personne, p. 759. — Réglade, op. cit., p. 75. — Dabin, op. cit., p. 108.

صاحبا للحقوق والواجبات أو الالتزامات ، فلا يقدم هذا القول كثيرا في تحديد صاحب الحق ، اذ يبقى تحديد مدلول ومقياس مثل هذه الصلاحية .

ونرى هذا الصدد نجد اتجاهين متقابلين متطرفين : الاتجاه الاول يتطرق في تطبيق مدلول هذه الصلاحية باناطتها بالارادة العاقلة الواعية (١) ، حتى لينكر الشخصية على المجنون والصغير غير المميز أو في الأقل يعتبر شخصيتهما افتراضية وليست حقيقية . والاتجاه الثاني يتطرق في توسعة مدلول هذه الصلاحية باناطتها بالتمتع (٢) ، حتى ليعترف بالشخصية للحيوان أو الجماد اذا حصل تصرف لصالحه .

وكلا الاتجاهين مرفوض (٣) . فمن ناحية يقوم كل منهما على أساس تصوير معين للحق ، اذ يقوم الاول على أساس تصور الحق قدرة ارادية ويقوم الثاني على أساس تصور الحق مصلحة يحميها القانون ، وقد سبق لنا مناقشة ورفض هذين التصويرين لنحق . ومن ناحية أخرى ، يخالف كل منهما حكم القوانين الموضوعية : فالاول يخالف المقرر في هذه القوانين من اسناد الحقوق الى عديمي الارادة من الأفراد كالمجنون والصغير غير المميز وليس الى من يولى عليهم من أولياء أو أوصياء أو قوام . والثاني يخالف المقرر في هذه القوانين من التمييز بين صاحب الحق وبين محله واعتبار الحيوان أو الجماد دائما محلا للحق لا صاحبا له .

ورفض الاتجاهين المتقدمين يوجب الاتجاه وجهة أخرى لا تبلغ مبلغها من التطرف في قصر الشخصية على ذوى الارادة من الأفراد أو بسطها حتى على الأشياء من حيوان وجماد . ولكن ليس معنى وجوب احتساب الصغير غير

(١) انظر في هذا الاتجاه بخاصة :

Duguit, op. cit., t. I, Nos. 42 - 48, pp 451 - 533. — Roguin, op. cit., t. II, No. 647 - 692, pp. 315 - 356.

(٢) انظر في هذا الاتجاه بخاصة :

Demogue, La notion de sujet de droit, Rev. trim. de droit civil, 1909, notamment. pp. 631 - 645.

(٣) انظر في تفاصيل مبررات هذا الرفض :

كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٠١ - ٧٠٥ .

المميز من الأشخاص واستبعاد الأشياء من عداد الأشخاص ، إيجاد ترادف بين الشخص والانسان والمودة الى الخلط بين الشخصية القانونية والشخصية الفلسفية أو الأخلاقية ، فللقانون غاية معينة تمل عليه مدولا معينة للشخصية مختلفا عن مدولها الفلسفى أو الأخلاقى أو النفسى . ذلك أن القانون يستهدف إقامة نظام اجتماعى عادل ، وهو لا يتوصل الى ذلك الا بتكوين الكائنات المتميزة التى تمثل - بالنظر الى هذا الهدف - قيمة معينة من أن تكون لها أو عليها حقوق . وتحديد هذه القيمة الاجتماعية التى تثبت صلاحية لدى الكائن فى أن يكون على رأس حقوق والتزامات أو مركزا لها. أمر لا يتحكم فيه القانون الوضعى وانما تمنيه عليه حقائق الحياة الاجتماعية الواقعية والمثالية .

وإذا كانت هذه الحقائق تفرض اعتبار الانسان كائنا متميزا له مثل هذه القيمة وتلك الصلاحية بصرف النظر عن توافر أو تخلف الوعي والادراك عنده لأن الانسان هو حجر الأساس فى النظام الاجتماعى وصالحه يظل هو نهاية المطاف من وجود الجماعة ووجود القانون والحقوق ، فان هذه الحقائق تفرض عدم قصر هذه القيمة وتلك الصلاحية على الانسان وحده ، بل وجوب بسطها كذلك على تلك الكائنات الجماعية المتميزة بتنظيم معين لتحقيق مصالح انسانية لعدد كبير من الأفراد . فمثل هذه الكائنات الجماعية - على هذا النحو من التنظيم الذى يجعل لها كيانا مستقلا عن كيان الأفراد المنشئين لها أو المنتفعين بها ، ومن الهدف الذى يوجه كيانها المستقل الى تحقيق ما يعتبر غاية للحقوق والقانون من أغراض ومصالح انسانية - لا تقل عن الانسان فى نظر القانون والنظام الاجتماعى قيمة وصلاحية كمرکز للحقوق والواجبات أو الالتزامات . ولذلك اذا كان القانون يثبت الشخصية لكل انسان ، فانما يشبها له لا يمثل من هذه القيمة والصلاحية ، ولهذا لا يقصرها عليه وحده بل يجاوزه فيمثيها كذلك لغيره من الكائنات الجماعية المتميزة - مثل الجمعيات والشركات والأوقاف والمؤسسات - التى لها نفس هذه القيمة والصلاحية .

وعلى هذا النحو لا تناط الشخصية بالادراك أو الإرادة ، ولا بالانتفاع أو التمتع ، ولا بالصفة الانسانية ، وانما تناط أساسا بالقيمة الاجتماعية

(La valeur sociale) (١) . فيكون الشخص هو الكائن المتميز (٢) ذا القيمة الاجتماعية بالنظر لما يتعلق به أو يمثله أو يستهدفه من مصالح انسانية (٣) ، مما يفسر كونه صاحباً للحقوق والواجبات أو الالتزامات وكون شخصيته هي صلاحيته لوجوب الحقوق له أو عليه ونسبتها اليه .

٢٥٩ - الشخصية وأهلية الوجوب (٤)

إذا كان صاحب الحق هو الشخص ، وتحدد مدلول الشخصية على النحو المتقدم الذي يعنى صلاحية كائن ذي قيمة اجتماعية لوجوب الحقوق له أو عليه ، فينبغى مراعاة ما يشيع في الفقه (٥) من التعبير عن الشخصية كذلك باصطلاح « أهلية الوجوب » واعتباره مرادفاً لاصطلاحها ، بحيث يتحدد الشخص بأنه من يكون أهلاً للوجوب له أو عليه . ورغم الصلة الوثيقة بين الاصطلاحين ومدلوليهما فتبقى بينهما فروق تبرز التمييز بينهما (٦) .

(١) أنظر في ذلك خاصة :

Reglade, op. cit., pp. 75 - 79 — Saleilles, op. cit., pp. 583, 584. —

Dabin, op. cit., p. 110.

(٢) أنظر في استلزام أن يكون الشخص كائناً (être) له وجود متميز ، لا مجرد نشاط

(activité) ولو ذي قيمة اجتماعية : Dabin, op. cit., p. 110.

(٣) وزب : Dabin, ibid.

وقرن : Réglade, pp. 76, 78, 79

(٤) يطلق فقهاء الشريعة الاسلامية اصطلاح « الفمة » على الشخصية ، ويجعلونها مناطاً لأهلية الوجوب أو يجمعون الأهلية ثراً لها (أنظر في ذلك خاصة : أحمد ابراهيم ، الأهلية وعوارضها والولاية في الشرح الاسلامي ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الأولى ، ص ٣٥٢ . - على الخفيف . أحكام المعاملات الشرعية ، ١٩٤٢ ، ص ١٨٥ و ١٨٦ . - عمر عبد الله ، سلم الوصول لعلم الأصول ، ١٩٥٦ ، ص ٨٢ و ٨٣ .

وقارن : محمد يوسف موسى ، الفقه الاسلامي ، ١٩٥٤ ، ص ٢٢٠ و ٢٢١ ، الفى يستبدل. اصطلاح « الانسانية » باصطلاح « الفمة » .

(٥) أنظر بخاصة : عبد الرزاق السنهوزي وحشمت أبوستيت ، فقرة ٢٢٠ . - عبد الرزاق السنهوزي . الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٤٥ . - عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية الحق في القانون المدني الجديد ، ١٩٥٠ ، ص ٤٧ . - محمد سامي مذكور ، ص ٥٤ و ٨١ . - جميله الشرقاوى ، ص ١٢٠ .

(٦) أنظر في ذلك بخاصة :

سليمان مرقس ، هامش « ١ » ، ص ٣٧٩ ، ٣٨٠ .

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 791.

ذلك أن الشخصية ، وهي صلاحية كائن لأن تنسب إليه الحقوق والواجبات أو الالتزامات ، إنما تواجه هذه الصلاحية في ذاتها من حيث مبدأ وجودها بحيث تعتبر موجودة أو منعدمة ولكنها لا تتصور أبدا ناقصة . فوجودها لا يتراوح بين الكمال والنقصان بتراوح عدد ما تتعلق به الصلاحية من حقوق وواجبات و التزامات ، بل يكفي لوجود الشخصية ثبوت هذه الصلاحية أصلا ، ولو كانت منعلقة ببعض الحقوق والواجبات أو الالتزامات دون بعض أو حتى بواحد منها فحسب (١) . ولذلك فإذا كانت الشخصية ثابتة لكل أفراد الناس في القانون الحديث فمعنى ذلك أن لكل منهم - على قدم المساواة - مثل هذه الصلاحية في المبدأ ولو كان محروما من بعض الحقوق ، فيظل له - دون نقصان - نفس ما للباقيين غير المحرومين من شخصية ما دام أن له من القيمة الاجتماعية مثلهم ما يجعله صالحا كصاحب يمكن أن ينسب إليه أى حق أو التزام . وإذا كان اختلاف الأشخاص في قدر ما يمكن نسبته الى كل منهم من حقوق وواجبات أو التزامات ، لا ينتقص من تساويهم في الشخصية لأنه لا يمس مبدأ صلاحيتهم كأصحاب للحق وللواجب أو الالتزام ، فهو يفرق بينهم من حيث مدى هذه الصلاحية ، وهذا المدى هو المقصود أساسا بأهلية الوجوب (٢) ، وهو الذي يمكن أن يكون كاملا عند البعض وناقصا عند البعض الآخر بحسب شمول الصلاحية لكل الحقوق والواجبات أو الالتزامات أو اقتصارها على بعض منها دون بعض (٣) . ولذلك لا يحمل تساوى الأشخاص في الشخصية معنى تساويهم في أهلية الوجوب ، بل تتفاوت أهلية وجوبهم اتساعا وضيقا بحسب الأحوال دون أن ينتقص ذلك مما لهم من نفس الشخصية المتساوية .

فالشخصية إذن تتعلق بمبدأ الصلاحية لوجوب الحق أو الالتزام بعامة دون تحديد أو تعديد ، بينما تتعلق أهلية الوجوب بمدى هذه الصلاحية من

(١) في هذا المعنى :

سليمان مرقس ، المرجع السابق ، هامش «١» ، ص ٢٧٩ .

(٢) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, ibid.

(٣) قارن : سليمان مرقس ، هامش ص ٢٨٠ .

حيث قصورها أو شمولها لكل الحقوق والالتزامات • وعلى هذا النحو ، يتحدد الفاصل بين الشخصية وأهلية الوجوب ، رغم تعلقهما معا بهذه الصلاحية ، بالفاصل بين التجريد والتطبيق ، فتكون الشخصية هي الصلاحية المجردة وأهلية الوجوب هي الصلاحية الواقعية أو المجسمة •

وعلى هذا النحو اذا كان حرمان بعض الأشخاص من بعض الحقوق أو عدم الزامهم ببعض الواجبات أو الالتزامات لا يلغى الشخصية أو ينكرها عليهم ، فهو يقيد أو ينتقص - رغم ذلك - من أهليتهم للوجوب (١) • ولذلك تكون الشخصية ثابتة للنساء مثلا رغم حرمانهن في بعض الشرائع من الحقوق السياسية واعفائهن من الخدمة العسكرية ، وللأجانب رغم حرمانهم في بعض الشرائع من تملك العقارات أو الأراضي الزراعية ، وللقريب رغم حرمانه من الارث لاختلاف الدين أو لقتله المورث عمدا • ولكن يكون لهذا الحرمان والاعفاء أثره على أهليتهم للوجوب ، فتكون مقيدة أو ناقصة بالنسبة الى غيرهم من ذوي الصلاحية الكاملة لوجوب كل الحقوق والواجبات أو الالتزامات أو منعدمة في شأن الحق الوارد عليه الحرمان أو الالتزام محل الاعفاء بالذات •

٢٦٠ - منهج البحث

اذا كان صاحب الحق هو الشخص وكان الشخص - على ما رأينا - هو الكائن ذا القيمة الاجتماعية سواء كان انسانا من خلق الطبيعة أو كائنا جماعيا من خلق الفكر والتصور ، فينبغي أن نعرض للشخص صاحب الحق في نوعية الكبيرين هذين • ولذلك تقسم هذا الباب الى فصلين :

الفصل الأول - في الشخص الطبيعي •

الفصل الثاني - في الشخص المعنوي أو الاعتباري •

(١) في هذا المعنى : اسماعيل غانم ، ص ١٥٤ •

الفصل الأول

الشخص الطبيعي

La Personne Physique

٢٦١ - تمهيد وتقسيم

يقصد بالشخص الطبيعي الانسان ، وكل انسان اليوم - دون استثناء - يعتبر شخصا في نظر القانون الحديث ، اذ الشخصية تفتقر - كما رأينا - لوجود كائن متميز له قيمة اجتماعية بالنظر الى ما يتعلق به أو يستهدفه من مصالح انسانية ، والانسان هو المثال الاصيل - وان لم يكن الوحيد - لهذا الكائن ، غير أن هذه الحقيقة المسلمة اليوم من اسباب الشخصية على كل انسان (١) ، لم تكن كذلك على الدوام . فقد كانت بعض الشرائع القديمة تقصر الشخصية على الأحرار وحدهم من الناس وتنكرها على الأرقاء ، ولعل مرجع ذلك الى أن النظرة اليهم كانت باعتبارهم مجردين من القيمة الاجتماعية مناط الشخصية (٢) لارتهاق هذه القيمة حينئذ بالحرية ، مما حتم اخراجهم من عداد الأشخاص أصحاب الحقوق واحتسابهم ضمن الأشياء محل الحقوق .

واذا كانت الشخصية معترفا بها في القانون الحديث لكل انسان ، فهي ثابتة له دون توقف على وجود ارادة واعية عاقلة عنده ، ذلك أن توافر الصفة الانسانية حتى مع انعدام العقل الواعي والادراك كاف - بالنظر الى غاية

(١) أنظر في نظام « الموت المدني » الذي كانت تعرفه بعض الشرائع من قبل ، وفي أنه لم يكن معدما الشخصية اعداما تاما وانما كان مقيدا لاهلية الوجوب بصورها في اضييق نطاق : كتابنا سالف الذكر ، هامش « ١ » ص ٧١١ - ٧١٢ .

(٢) في هذا المعنى :
Dabin, op. cit., p. 116.

القانون وما يقرره من حقوق - لاثبات القيمة الاجتماعية والشخصية بالتالى لكل انسان حتى للمجننون أو الصغير غير المميز (١) . ولذلك تثبت للناس جميعا على قدم المساواة نفس الشخصية ، سواء كانوا كامل العقل والادراك أو ناقصيه أو عديميه .

ولكن تساوى الناس فى ثبوت الشخصية لكل منهم دون تمييز ، لا يعنى انهم سواء فى اكتساب نفس الحقوق (٢) . ولذلك ، فرغم اعتبار كل افراد الناس اشخاصا ، الا أنهم يتفاوتون فى مدى ما لكل منهم - نتيجة شخصيته - من أهلية وجوب كما سبق البيان ، فتكون كاملة شاملة لكل الحقوق والواجبات أو الالتزامات عند البعض ، وناقصة قاصرة على بعض الحقوق والواجبات أو الالتزامات عند أفراد آخرين (٣) .

(١) انظر بخاصة ، فى تأييد اثبات الشخصية للمجننون والصغير ونقد انكارها عليه :

Dabin, op. cit., pp. 117-128.

Dabin, op. cit., p. 117. (٢)

(٣) يشير نظام الرهبنة ، بما يفرضه من اعتبار الراهب ميتا بالنسبة الى العالم الدنيوى وغير صالح للتملك لنفسه وانما للدير الذى ينتمى اليه ، مشاكل تتعلق بتحديد مركز الراهب وحظه من ثبوت الشخصية أو انعدامها ، ومدى أهلية وجوبه اذا كانت الشخصية باقية له ، ومدى صحة تجرده من حقوقه واكتساب الدير لها بدلا عنه . وينفى أن تقرر فى هذا الشأن . ان مثل هذا النظام لا يمكن أن يعتبر صحيحا اذا كان القصد منه اسقاط الشخصية عن الراهب او حرر أهلية وجوبه فى أضيق نطاق ، لأن قواعد الشخصية والأهلية من القواعد المتعلقة بالنظام العام التى يمتنع على الافراد - بل وعلى عرف طائفة كعرف الرهبنة - اصدارها أو الخروج عليها (فى هذا المعنى : استئناف مصر ، ٩ ابريل ١٩٣١ ، المحللة ، ١٢ ، ٣٦٥ . ٧٤٦) . ولكن ليس معنى ذلك اسقاط قواعد الرهبنة كليا ، واعتبار الراهب - على نفس وضعه السابق قبل الترحب - صاحب كل ما يكتسبه من الحقوق وخاصة الحقوق المالية ، وذلك أن الراهب - بمجرد الدخول الى الدير - يتبوأ وظيفة دينية معينة فيه ، تفرض تحديدا معينا لعلاقاته بالدير وتمييزا بين ما يكتسبه من حقوق مالية يصفه الشخصية فيكون له وبين ما يكتسبه بصفته أو وظيفته الدينية فيكون للدير . وليس فى اعتبار الدير صاحب طائفة الحقوق الاخرى - ما يخالف قواعد القانون الوضعى ، ما دام اكتساب هذه الحقوق - رغم تحققه عن طريق الراهب - منظورا فيه الى وصف الراهب ووظيفته ككتاب عن الدير أو ممثل له ، مما يوجب - والراهب لا يكتسبها لحساب نفسه - نسبتها الى الدير وإيقاعها فى ذمته وحده .

وعلى هذا النحو ، يجب اعتبار الراهب شخصا غير منقوصة أهلية وجهية بسبب الترحب . فيظل رغم الترحب وبعبء - كما كان قبله - صالحا لأن يكون صاحبها للحقوق والالتزامات . ولما ما يكتسبه الدير من حقوق عن طريقه ، فهو اكتساب مشروع ليس مرده انطعام شخصية الراهب أو نقص أهلية وجوبه وتبعية نيابته عن الدير أو تمثيله له فى هذا الاكتساب بحكم صفته .

وإذا كانت الشخصية تثبت لكل إنسان ، فهي تلازمه من ابتداء حياته إلى حين وفاته . وهي ، في هذا المدى الزمني ، يكون لها ما يميزها - بالنسبة إلى كل فرد عن بقية الأفراد الآخرين - من مميزات خاصة به ، وهي إذا كانت - كما رأينا - لا تتطلب إرادة معينة في الفرد لثبوتها له ، باعتبارها مجرد صلاحية لوجوب الحقوق له أو عليه ، إلا أن توليد الحقوق والواجبات أو الالتزامات أو مباشرتها أو ترتيب الآثار القانونية بوجه عام قد لا يتحقق في بعض الصور إلا نتيجة قدرة إرادية معينة عند الشخص . وتفاوت الأفراد الطبيعي في توافر مثل هذه القدرة ، لا بد مغاوت بينهم بالتالي من حيث مباشرة النشاط الإرادي للشخصية أو « أهلية الأداء » ، فتتراوح هذه الأهلية - بتراوح قدر الإرادة عند الأفراد - بين الانعدام والنقصان والكمال .

ومن ثم تقسم هذا الفصل إلى ثلاثة محاث :

المبحث الأول - في مدة الشخصية .

المبحث الثاني - في مميزات الشخصية .

المبحث الثالث - في النشاط الإرادي للشخصية أو أهلية الأداء .

= ووظيفته . ولذلك لا يكتسب الدير ما يؤول إلى الراهب من حقوق يوصفه الشخص ، بل تظل له وحده يرثها عنه أفراده وورثته من بعده (في هذا المعنى : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، هامش « ١ » ص ٢٦٧ - نقض ١٤ مايو ١٩٤٢ ، مجموعة عمر (المدنية) ، ٣ ، رقم ١٥٥ ، ص ٤٣١ - كتابنا سالف الذكر ، هامش « ٢ » ص ٧١٤ و ٧١٥ - نقض ٢١ مايو ١٩٦٦ ، مجموعة المكتب الفتى لأحكام محكمة النقض ، ص ١٧ ع ٣ رقم ١٧٦ ص ١٢٩١ ، حيث يؤكد هذا الحكم بأنه وفقا لنظام الرهينة المتبع لدى بعض الطوائف المسيحية في مصر والتي اعترفت به الحكومة « لا تعدم الرهينة شخصية الراهب ولا تمس أهلية وجوبه ، إذ يظل صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، وإنما يعتبر كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه في سلك الرهينة ملكا للبيعة التي كرس حياته لخدمتها لأنه يعتبر طبقاً للأحكام الكنسية نائباً عن البيعة في تملك هذه الأموال » .

المبحث الأول مدة الشخصية

٢٦٢ - تمهيد

ما دامت الشخصية تثبت لكل انسان باعتباره صالحا لوجوب الحقوق له أو عليه ، فالأصل أن تظل ملازمة له ما دام بقيد الحياة ، فتبدأ بولادته وتنقضى بوفاته . ولكن هذا الأصل غير مطلق ، اذ نمة اعتبارات عملية تحتم الخروج عليه ، اما ببدء الشخصية قبل الولادة ، واما بانهاؤها دون تيقن من الموت الحقيقي . فنعرض فيما يلي على التعاقب لبداية الشخصية ونهايتها .

المطلب الأول بداية الشخصية

الأصل أن تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا . غير أن القانون يخرج على هذا الأصل ، فيثبت من قبل الولادة للجنين أو الحمل بعض الحقوق. ولكن بشرط تمام ولادته حيا من بعد .

٢٦٣ - ابتداء شخصية الانسان بتمام ولادته حيا

تبدأ شخصية الانسان في الأصل بتمام ولادته حيا (م ٢٩ مدنى) ، أى يشترط لبده شخصيته : تمام ولادته من ناحية ، مع تحقق حياته عند الولادة من ناحية ثانية .

(١) تمام الولادة : كان المذهب الحنفى المعمول به فى مصر ، يكتفى فى هذا الصدد بخروج أكثر المولود من أمه دون اشتراط خروجه كله (١) . ولكن المشرع المصرى - فى قانون الموارث والوصية الصادرين سنة ١٩٤٣ و ١٩٤٦ - على التعاقب - عدل عن اتباع هذا الحكم ، وأخذ بحكم المذاهب الاسلامية:

(١) أنظر كتابنا سالف الذكر ، متن وهامش «١» ص ٧١٨ .

الثلاثة الأخرى التى تشترط تمام الولادة بخروج المولود كله وانفصاله عن أمه انفصالا تاما ، وهذا أفضل جسما للأمر وقطعا للمنازعات . ثم أكد التقنين المدنى الحالى هذا الحكم من بعد ، ينصه على أن « تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا » (م ٢٩) .

(٢) تحقق الحياة عند تمام الولادة : لا يكفى لثبوت شخصية المولود تمام انفصاله عن أمه وخروجه خروجا كاملا ، وانما ينبغى - فضلا عن ذلك - تحقق حياته فعلا عند تمام الانفصال ، حتى ولو مات عقب ذلك مباشرة . فالعبرة فى ابتداء الشخصية اذن ، تكون بتوافر الحياة فى المولود لحظة واحدة هى لحظة تمام الانفصال ، دون توقف على استمرار الحياة بعد هذه اللحظة . ومن الاعراض الظاهرة لثبوت الحياة اليقينية وتحققها : البكاء والصراخ والشهيق . فان لم يظهر شيء من هذه الأعراض ، كان للقاضى الاستهداء برأى أهل الخبرة من الأطباء لتعزيز مدى تحقق حياة المولود وقت تمام الانفصال .

وهذا الحكم الذى يأخذ به القانون المصرى من الاكتفاء باشتراط تحقق الحياة فى المولود لحظة تمام الانفصال ، يفضل الحكم الذى يأخذ به القانون الفرنسى من اشتراط قابلية المولود للحياة *viabilité* فضلا عن ذلك ، اذ من العسير فى العمل التثبت من هذه القابلية مما يفتح الباب واسعا لكثير من المنازعات .

فاذا انفصل المولود اذن عن أمه انفصالا تاما وهو حى ، بدأت شخصيته ولو لم يكن قابلا للحياة . وأما اذا ولد ميتا أى وقع موته قبل تمام انفصاله ، لم تثبت له شخصية أصلا ، سواء كان موته طبيعيا أو بفعل فاعل .

وتثبت واقعة الميلاد بالقييد فى السجلات الرسمية المعدة لذلك (١)

(١) ينظم هذا القيد فى مصر القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الأحوال المدنية (انظر فى شرح أحكام هذا القانون عموما : عبد المنعم البدرأوى ، الرجوع السابق ، ققرات ٤٢٨ - ٤٤٥ ، ص ٦٥٩ - ٦٧٨) .

ويجوز لكل ذى شأن أن يستخرج صورة رسمية طبق الأصل من هذا القيد .
ولكن ليس لهذه السجلات ولا للصور المستخرجة منها حجية مطلقة فى اثبات
واقعة الميلاد ، اذ يقتصر دور الموظف المختص على مجرد قيد ما يقدم اليه دون
التحقق من مضمونه ، فيظل اثبات واقعة الميلاد - وعلى واقعة مادية - جائزا
بكافة الطرق (م ٢/٣٠ مدنى) . ولكن اثبات ما يتفرع عن هذه الواقعة من
نسب ، يخضع لقواعد الأحوال الشخصية (١) .

٢٦٤ - مركز الجنين أو الحمل

اذا كان الأصل هو ابتداء شخصية الانسان بولادته حيا على النحو
السالف بيانه ، فخروجا على ذلك يشبث القانون من قبل الولادة بعض الحقوق
للجنين أو الحمل ، والى هذا أشارت المادة ٢/٢٩ من التقنين المدنى بقولها
« حقوق الحمل المستكن يعينها القانون » . فيثبت له فضلا عن النسب ، الحق
فى الارث (٢) وفى الوصية (٣) وفى الافادة من الاشتراط لمصلحته (٤) .

ولما كانت الحقوق المتقدمة لا يتوقف ثبوتها على القبول ، فقد استخلص
بعض الفقهاء من ذلك أنه ليست للجنين صلاحية لاكتساب الحقوق التى
يتوقف ثبوتها على القبول ، ولذلك ذهبوا الى عدم جواز الهبة للجنين لأنها
تتعقد بايجاب وقبول (٥) .

وهذا النظر مؤسس على القول بأن الولاية انما تبتدىء بالولادة ، فلا
يوجد للجنين ولى يملك القبول عنه . ولكن طالما أن المشرع المصرى أصبح
يقرر اقامة وصى على الحمل المستكن (٦) فليس ما يبرر حرمان الحمل مما قد

(١) انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢١ .

(٢) م ٢ و ٤٢ من قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

(٣) م ٣٥ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .

(٤) م ١٥٦ مدنى .

(٥) عبد الحى حجازى ، ص ٩٥ و ٩٦ (الباشى) و ٩٩ . - شمس الوكيل . ص ٣٩ .

محمد سامى مذكور ، ص ٤٣ و ٤٤ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية الحق ، ١٩٥٧ ، فقرة

٣٨ ، ص ٦٠ . - عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٥ ، فقرة ٦٥ ، ص ١٠٢ .

عبد المنعم البدر اوى ، ص ٥٤٤ - ٥٤٦ .

(٦) م ١/٢٨ و ٢ ، و م ٢٩ من قانون الولاية على المال لسنة ١٩٥٢ .

يوهب له بدعوى توقف الهبة على القبول ، اذ يملك هذا الوصى حينئذ - بمقتضى ولايته عليه - القبول عنه (١) . وعلى هذا النحو ، يمكن تحديد صلاحية الجنين أو الحمل لاكتساب الحقوق ، فى القانون المصرى ، بما هو نافع له نفعا محضا دون تمييز بين ما يتطلب منها القبول وما لا يتطلبه ، اذ فى حال تطلب القبول يملكه الولي أو الوصى نيابة عنه .

وبذلك تكون للحمل قبل الولادة شخصية خروجاً على الاصل ، ولكنها شخصية لا تعطيه الا أهلية وجوب ناقصة أو محدودة (٢) ، لاقتصار صلاحيته أصلاً على اكتساب ما ينفعه نفعا محضاً من حقوق (٣) . غير أن هذه الشخصية غير باقة ، لتوقف استقرارها نهائياً على ولادته حياً . ولذلك فالشخصية والحقوق التى تنبت للحمل صلاحية اكتسابها قبل ميلاده . تكون معلقة على تحقق ولادته حياً ، بحيث اذا ولد حياً اعتبر شخصاً وصاحباً لهذه الحقوق منذ ثبوتها له وقت الحمل (٤) ، واذا ولد ميتاً فكأنه لم يكن ولم تتقرر له حقوق قط فيرد الموقوف له من الارث والوصية الى أصله من التركة ويقسم بين ورثة المورث الاصلى ويرد كذلك الشيء الموهوب الى الواهب .

(١) انظر فى تفصيل ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢٣ و ٧٢٤ .

وانظر كذلك فى نفس المعنى :

شفيق شحاته ، فقرة ٤٨ - اسماعيل غانم ، ص ١٥٦ و ١٥٧ .

(٢) انظر مع ذلك فيما يذهب اليه البعض ، نتيجة الخلط بين الشخصية وهذه الوجوب .

من القول بأن شخصية الحمل كذلك ناقصة : عبد المنعم فرج الصدة ، ص ٥٧ - محمد سامي

مذكور ، ص ٤٣ - جميل الشرقاوى ، ص ٦٦ - عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٦١ -

عبد المنعم البدرأوى ، فقرة ٣٤٨ ، ص ٥٤٦ .

(٣) وتشمل كذلك ما قد يتفرع من التزامات نتيجة ثبوت هذه الحقوق له ، كذلك الناشئة

عن ادارة أمواله أو بسببها (فى هذا المعنى : سليمان مرقس ، فقرة ٢٤٢ ، ص ٢٨٢ -

كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢٥) .

(٤) يراعى أن اعطاء الجنين أو الحمل شخصية على هذا النحو وتأكيدا بولادته حياً على

أساس اعتبار بدايتها منذ الحمل ، يشكك فى صحة الاصل المقرر من أن شخصية الانسان

لا تبدأ الا منذ ولادته حياً (انظر فى هذا المعنى : مصطفى أحمد الزرق ، نظرة عامة فى الحق .

والالتزام ، ١٩٤٨ ، فقرة ١٠٣ ص ١٧٥ و ١٧٦ ، مشار اليه فى : عدنان القوتلى ، الوجيز فى

الحقوق المدنية ، ج ١ ، ١٩٦٠ ، هامش ١٥ ص ٤٢٣ - منصور مصطفى منصور ، مذكرات

غير مطبوعة فى نظرية الحق ١٩٥٦ - كتابنا سالف الذكر ص ٧٢٦ - اذ ما دامت الشخصية

هى مجرد صلاحية لوجوب الحق أو الالتزام أيا كان مدى هذه الصلاحية ، وكان القانون بثبت -

الطلب الثاني نهاية الشخصية

إذا كانت شخصية الانسان تلازم وجوده وحياته ، فمعنى ذلك أنها لا تنتهى الا بالموت . غير أن نمة أحوالا قد يعوط الشك فيها وجود الانسان بحيث لا تعلم حياته من مماته كما هو الشأن فى المفقود ، فان غلب احتمال موته على احتمال حياته ، جاز - رغم تخلف اليقين والدليل على الموت الحقيقى - الحكم باعتباره ميتا وانهاء شخصيته بالتالى . فكانت شخصية الانسان إذن لا تنتهى فى الأصل الا بالموت الحقيقى ، ولكنها - استثناء - يمكن أن تنتهى كذلك بالموت الحكيمى أو التقديرى .

(١) نهاية الشخصية بالموت الحقيقى

٢٦٥ - انتهاء الشخصية بالموت وعدم امتدادها بعده الى حين الفراغ من تصفية التركة

إذا كانت الشخصية تلازم الانسان فى حياته ، فمعنى ذلك أن انقضاءها رهن بموته ، ولذلك تقضى المادة ١/٢٩ من التقنين المدنى بأن شخصية الانسان « تنتهى بموته » . وواقعة الموت - كواقعة الميلاد - تثبت بالقيء فى السجلات الرسمية المعدة لذلك ، ويجوز لكل ذى شأن أن يستخرج صورة

= للجنين مثل هذه الصلاحية منذ الحمل ، فان تحقق ولادته حيا لا يحدد اذن بداية شخصيته فهى مبتدأة منذ الحمل ، وانما يؤكد استقرار هذه الشخصية المبتدأة من قبل استقرارا باتا ونهائيا .

ونكن لتحقيق هذه الولاية أثرا دائما آخر ، هو اعتباره بداية لاتساع أهلية وجوب الانسان بعد ما كانت عليه من قصور ونقصان وقت الحمل . فكان تمام الولادة حيا شرط اذن لاستقرار ما كان ثابتا للانسان منذ الحمل من شخصية غير باتة ، وشرط كذلك لبداية اتساع مدى هذه الشخصية أو أهلية الوجوب والخروج بها من دور القصور والضمور . ولذلك قد يكون من الأصح القول بأن شخصية الانسان تبدأ منذ الحمل ، ولكنها لا تصير باتة الا بولادته ، وأن أهلية وجوبه تكون ناقصة وقت الحمل ، ولا يبدأ اتساعها الا منذ الولادة (قارن مع ذلك : عدنان القوتلى : المرجع السابق ، هامش «١» ص ٤٢٣ - ٤٢٥) . وهذا يؤكد ما سبق أن قلناه من وجوب التفرقة بين الشخصية وأهلية الوجوب (راجع سابقا ، فقرة ٢٥٩) ، فبينما تكون الشخصية ثابتة منذ الحمل ، لا تبتدى أهلية الوجوب المتفرعة عنها فى الاتساع الا بالولادة مع تحقق الحياة .

رسمية من هذا القيد . ولكن ليس لهذه السجلات ولا للصور المستخرجة منها حجية مطلقة في اثبات واقعة الموت ، فيظل اثباتها ممكنا بكافة الطرق (م ٢/٣٠ مدنى) .

وإذا كانت الشخصية تنتهى بالموت على هذا النحو ، فإن بعض فقهاء الشريعة الاسلامية وبخاصة فقهاء المالكية والحنفية (١) كانوا يذهبون الى ابقائها ممتدة امتدادا اعتباريا بعد الموت الى حين الفراغ من تصفية التركة وسداد ديون المتوفى ، وبهذا المعنى كانوا يؤولون القاعدة الشرعية المعروفة « لا تركة الا بعد سداد الديون » . وما يزال هذا الرأى يجد له الى اليوم أنصارا عند بعض الفقهاء المعاصرين (٢) . وهم يسندونه - كما كان يفعل الحنفية - بقوله تعالى فى أكثر آيات الموارث عقب تحديد فرائض الورثة « من بعد وصية يوصى بها أو دين » . ويسندونه - فضلا عن ذلك - بسند من النصوص الوضعية التى تقضى بأولوية الوفاء بالتزامات التركة ثم توزيع الباقي بعد ذلك على الورثة (٨٩٩ مدنى) ، مما يعنى عندهم أنه لا تملك للوارث الا بعد سداد الديون ، وهو ما يوجب - والتركة بحقوقها وديونها لا تكون قبل هذا السداد على ملك الوارث بعد - ضرورة اعتبارها على ملك المتوفى نفسه ، وهو ما لا يتأتى الا بافتراض بقاء شخصيته رغم موته وامتدادها حتى تصفية تركته .

ولكن هذا الرأى يخالف صريح نص المشرع المصرى على أن « شخصية الانسان ... تنتهى بموته » (٣) ، وعلى أنه « يستحق الارث بموت

(١) راجع فى ذلك :

أحمد ابراهيم ، التركة والحقوق المتعلقة بها والموارث ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، ص ٣٧٠ - على الخفيف ، مدى تعلق الحقوق بالتركة ، المرجع السابق ، ص ١٢ ، ص ١٥٧ وما بعدها . - محمد كامل مرسى ، الميراث وتصفية التركة ، ١٩٥١ ، فقرات ٩٤ و ٩٥ - عمر عبد الله ، أحكام الموارث فى الشريعة الاسلامية ، ١٩٥٦ ، ص ٣٠ - ٣٢ - حسن كبره ، دروس فى الحقوق العينية الأصلية ، أحكامها ومصادرها (على الآلة الناسخة) ، ج ٢ ، ١٩٦٩ ، ص ٢٥٥ - ٢٥٧ .

(٢) عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ٤٥ . - عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٤٥ .

(٣) م ١/٢٩ مدنى .

المورث ، (١) • وفضلا عن مخالفة النصوص الوضعية على هذا النحو ، يقوم هذا الرأي على افتراض غير مقبول ، هو افتراض حياة الشخص رغم موته • وليس من حاجة أو ضرورة تدعو الى هذا الافتراض الصارخ في مخالفة الطبيعة والقانون ، لأن الفرض من هذا الافتراض - وهو حفظ حقوق دائني المتوفى وتحديد مسئولية الوارث عما تركه المتوفى • في ديون - يمكن تحقيقه عن طريق آخر واقعي يفنى عن هذا الطريق الافتراضي • وقد سبقت الإشارة الى هذا الطريق ، عندما قلنا انه بوفاة الشخص تنقضي شخصيته فتؤول ذمته - بحقوقها وديونها - الى الوارث فور الوفاة دون أن تختلط بدمته الأصلية • بحيث تخصص هذه الذمة الموروثة - رغم اسنادها الى الوارث - بفرض معين هو تصفيتها بسداد ديونها من حقوقها •

وليس في استناد هذا الرأي أخيرا الى الآية الكريمة والنص التشريعي الذي يقيد عدم توزيع شيء من التركة على الورثة الا بعد الوفاء بالتزاماتها ما يعززه (٢) ، اذ هو يحملها ما لا يقصدان • فليس القصد مما يقرانه من أنه • لا تركة الا بعد سداد الديون ، أنه لا ملكية للوارث الا بعد هذا السداد ، وبالتالي تبقى شخصية المتوفى قائمة بعد وفاته وذمته مستندة اليه حتى هذا السداد • وانما القصد منهما فحسب أن لا ملكية خالصة للوارث الا بعد سداد الديون • ويعني ذلك أن الوارث وان كان يملك أعيان التركة فور وفاة المورث لاستحالة اعتبارها على ملكه نظرا لانقضاء شخصيته بالوفاة • الا أن هذه الأعيان تظل مشغولة بما لدائني المتوفى من ديون ، فلا تخلص للوارث ملكيتها خلوصا نهائيا كاملا الا بعد تخليصها مما يشغلها من هذه

(١) المادة الأولى من قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ •

(٢) نص المادة ٨٩٩ مدني المذكور لم يرد الا بسداد نظام التصفية الجماعية الذي يتولى فيه المصفي كل سنون التركة وتكون كل أعيان التركة وأموالها موضوعة في فترة التصفية تحت يده لا تحت يد الورثة رغم بقائهم على ملكيتهم • ولذلك يكون منهوما عند فراغ المصفي من الوفاء بديون التركة من أموالها الموحدة تحت يده أن يصبح المتبقي من هذه الأموال حقا خالصا يؤول الى الورثة بحيث يجب على المصفي تسليمه الى أصحابه ، وهذا ما دعا المشرع الى وضع النص المذكور تحت عنوان « تسلم أموال التركة وقسمة هذه الأموال » (انظر : دروسنا سالفة الذكر ، ج ٢ ، ص ٢٦٠) •

(م ٣٤ - المدخل الى القانون)

الديون . وهذا مصداق ما قلناه من انقضاء شخصية المورث بالموت ، وأبولة ذمته الى الوارث بكيانها المستقل مع تخصيصها بالتصفية وسداد الديون .

ورفض امتداد شخصية المتوفى بعد وفاته ، هو كذلك الرأي الذى يذهب اليه كثير من فقهاء الشريعة الاسلامية (١) ، ويستقر عليه جمهور فقهاء القانون المصرى (٢) اليوم .

وعلى ذلك نخلص مما تقدم الى أن شخصية الانسان تنتهى حتما بموته ، فلا تمتد - ولو امتدادا اعتباريا - بعد هذا الموت .

(٢) نهاية الشخصية بالموت الحكى او التقديرى

اذا كان الأصل أن الشخصية تنتهى بالموت الحقيقى اليقينى ، الا أن ضرورات العمل فى بعض الأحوال التى يفقد فيها الشخص دون أن يكون فى الامكان اقامة الدليل على موته - رغم رجحان احتمال وفاته على احتمال حياته - تفرض الحكم باعتباره ميتا أو اصدار قرار بذلك ، وانهاء شخصيته بالتالى ، ولكن هذا الحكم أو القرار قد يتقضى من بعد ظهور حياة المفقود .

(١) انظر فى الاشارة الى رأى هؤلاء الفقهاء وهم جمهور الشافعية والحنائية : احمد ابراهيم . المقالة السابقة . ص ٢٧١ وما بعدها . - محمد كامل مرسى . المرجع السابق . فقرة ٩٦ . - عمر عبد الله . المرجع السابق . ص ٣٢ و ٣٣ . - دروسنا مسأله الذكر ، ج ٢ ، ص ٢٥٦ .

ويستند هؤلاء الفقهاء الى حديث « من ترك مالا أو حقا فمورثته » . وإلى أن الموت سبب للتوديت وانتقال ملكية أعيان الشركة الى الورثة ، فيجب أن تتحقق هذه النتيجة شور حسون السبب أى فور الوفاة . إذ الأمور لا تتراخى عن أسبابها ، وإلى أن تعلق الدين بملك لا يؤيل الملك كما هو الشأن فى حق المدين الراهن والمدين المخلص .

(٢) شفيق شحاته . فقرة ٥٢ . - محمد سامى مدكور ، ص ٤٩ . - اسماعيل عاتم ، ص ١٥٧ . - محمد على عرفة . أساليب كسب الملكية . ١٩٥٥ . فقرة ٣٩١ . - عبد الرزاق السنهوى ، الوسط ج ٤ . ١٩٦٠ . فقرة ١٩٢ . ص ٣٥٥ . - عيد المنعم البدرأوى . فقرة ٣٥٠ . ص ٥٤٨ . - كدبنا سلف الذكر ، ص ٧٢٩ و ٧٣٠ . ودروسنا (على وكالة النسخة) فى مصادر الحقوق العينة الأصلية ، ١٩٦٤ . ص ٣٣ - ٣٧ .

وقارن مع ذلك فيما يذهب اليه بعض الفقهاء - مع رفضهم القول بامتداد شخصية المتوفى بعد وفاته - من اعتبر الشركة شخصا معنويا يمتلك أموال المتوفى ويلتزم بديونه حتى تسدد : عيد الفتاح عبد الجبارى . فقرة ٣٩ (انظر فى مناقشة هذا الرأى ورفضه : كدبنا سلف الذكر ، هامش ٢٥ ص ٧٣٠) .

فترض فيما يلي للحكم أو القرار باعتبار المفقود ميتا موتا حكما أو تقديريا.
ولأثر هذا الحكم أو القرار ، ثم لما قد يحدث بعده في بعض الأحوال من ظهور حياة المفقود.

٢٦٦ - الحكم أو القرار باعتبار المفقود ميتا وانتهاء شخصيته انتهاءا تقديريا

يقصد بالمفقود ذلك الغائب الذي انقطعت أخباره ، فلا يدرى مكانه ولا تعلم حياته من مماته . فهذا الشخص قد يخلو احتمال موته احتمال حياته ومع ذلك لا يمكن إقامة دليل يقيني على موته ، فلا يكون من الصالح ترك أمره معلقا وشخصيته ممتدة الى ما لا نهاية ، بل يجب حسم مركزه الفاضل بالترخيص للقاضي في الأصل أو للجهة الادارية المختصة استثناءا باعتباره ميتا ، بحيث تنقضي شخصيته بالموت التقديري لا بالموت الحقيقي خلافا للأصل في انتهاء الشخصية.

وقد أخذ المشرع المصري بذلك ، فأحال في المادة ٣٢ من التقنين المدني في شأن المفقود على الأحكام المقررة في قوانين خاصة ، فان لم توجد فأحكام الشريعة الاسلامية . والواقع أن المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - وهو مأخوذ عن فقه الشريعة الاسلامية دون تقييد بمذهب بعينه من مذاهبه (١) - سبق أن نظم أحكام المفقود : إذ كان يخول للقاضي الحكم بموت المفقود اعتباريا بعد أربع سنين من تاريخ الفقد إذا كان الفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك ، وكان يفرض القاضي في تحديد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها في غير ذلك من الأحوال (م ٢١). وقد عدل المشرع أخيراً هذا النص بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ الذي حول الجهة الادارية المختصة استثناءا سلطة تقرير اعتبار المفقود ميتا بعد مضي سنة على الفقد في بعض حالات محددة من أحوال الفقد في ظروف يغلب فيها الهلاك. وعلى هذا النحو ، ففي الامكان انتهاء شخصية المفقود - رغم عدم التيقن من موته - بحكم قضائي في الأصل (أو بقرار اداري استثناءا) يصدر باعتباره ميتا موتا تقديريا في حالتين :

(١) حالة غلبة الهلاك : اذا كانت غيبة المفقود واختفاؤه في ظروف

يغلب عليه فيها الهلاك ، كما اذا حصل الفقد في حرب أو كارثة كزلزال أو
بركان أو فيضان أو حريق ، فان المشرع يأخذ هذا الاحتمال الغالب بالهلاك

(١) انظر كتابنا سالف الذكر ، متن من ٧٣٩ ، وماتش « ١ » و « ٢ » من ٧٣٩ - ٧٣٢ .

- اذا ترجع بمضي أربع سنوات على القصد - أمانة وقرينة على وفاة المفقود ، فيكون للقاضي أخذا بهذه القرينة القانونية - بناء على طلب ذوي الشأن ، وبعد التحري بجميع الطرق الممكنة - الحكم باعتبار المفقود ميتا بعد مضي هذه المدة .

وإذا كان الأصل أن القاضي هو الذي يحكم بموت المفقود بعد مضي أربع سنوات على القصد في حال غلبه الهلاك، فاستثناءاً من ذلك يخول المشرع لرئيس مجلس الوزراء سلطة إصدار قرار باعتبار المفقودين موتي بعد مضي سنة من تاريخ القصد في إحدى حالتين : حالة من كانوا موجودين على ظهر سفينة غرقت ، وحالة من كانوا موجودين على متن طائرة سقطت. وكذلك يخول المشرع لوزير الدفاع سلطة إصدار قرار باعتبار المفقودين من أفراد القوات المسلحة موتي بعد مضي سنة من تاريخ القصد إذا كان قد قدم أثناء العمليات الحربية (١) (م ٢١/٢٢ و ٢٣) معدلة بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢. والاستثناء في هذه الأحوال ذو شقين : فهو أولاً استثناء من السلطة الأصلية التي تملك اعتبار المفقود ميتاً، إذ تؤول سلطة القاضي الأصلية في ذلك إلى الجهة الإدارية المختصة وهي رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال. وهو ثانياً استثناء من المدة الأصلية التي يمكن اعتبار المفقود ميتاً بعدها في أحوال غلبه الهلاك، إذ بدلاً من الأربع سنوات الأصلية التي لا يجوز الحكم باعتبار المفقود ميتاً إلا بمضيها ، تصبح المدة سنة واحدة من تاريخ القصد (٢). وأحوال القصد التي ورد بشأنها الاستثناء أحوال محددة محصورة ، فلا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها حسب ما تقتضي به أصول التفسير للنصوص الاستثنائية الواردة على خلاف الأصل. وكذلك فإن سلطة الاستثناء محصورة في رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال فلا يجوز لأحد آخر غيرهما إعمال الاستثناء . وعلى أي حال ، فقد قصد المشرع بالاستثناء - وأحواله المحددة المحصورة لا تختمل التردد في اعتبار المفقود فيها ميتاً - حسم الأمور وعدم تركها معلقة مدة طويلة ، وذلك على نحو يوفر حماية فعالة وسريعة لحقوق أهل المفقود وذوي الشأن.

(١) كان القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ ، الملحق للمادتين ٢١ و ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يقرر ذات السلطة لوزير الحرية (حينذاك) ولكن بعد مضي أربع سنوات من تاريخ القصد.

(٢) ينظر السؤال عن مدى السريان الزمني لحكم الاستثناء الذي استحدثه القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ في شأن حالات القصد المشمولة بالاستثناء التي وقعت قبل نفاذ القانون المذكور. وقد وضع هذا القانون حكماً ونهياً في هذا الشأن، قضى فيه بأن تسري أحكامه على من سبق قده في أي من الحالات المستثناة ومضي على هذا القصد سنة على الأقل من تاريخ العمل بهذا القانون أي تحسب السنة اعتباراً من تاريخ ٢ من يونيو سنة ١٩٩٢ .

وقد نص المشرع على أن قرار رئيس مجلس الوزراء أو قرار وزير الدفاع ، بحسب الأحوال ، يقوم - في أحوال الاستثناء المذكورة - مقام الحكم القضائي بموت المفقود (م ٣/٢١ معدلة) ، على أن يتم نشر القرار في الجريدة الرسمية ، وتترتب على القرار من تاريخ نشره ما يترتب على الحكم القضائي من آثار (م ٢٢ معدلة بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢).

(٢) حالة عدم غلبة الهلاك : إذا كانت غيبة المفقود واختفاؤه في ظروف لا يغلب فيها هلاكه ، كمن سافر لتجارة أو طلب علم أو سياحة ، ثم انقطعت أخباره ولم تعلم حياته من مماته ، فإن الأمر متروك إلى القاضي يستخلص من قرائن الأحوال المدة التي يترجح بانقضائها احتمال موت المفقود على احتمال حياته ، « على أن لا تقل (هذه المدة) عن أربع سنوات » (م ٣/٢١ ؛ معدلة بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢) (١) ، وهي المدة الدنيا التي لا يجوز الحكم قضائيا بموت المفقود قبل فواتها في حالة غلبة الهلاك ، وذلك بعد التحري بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرف مصيره.

٢٦٧- أثر الحكم أو القرار باعتبار المفقود ميتا

إذا حكم باعتبار المفقود ميتا ، أو صدر قرار بذلك وتم نشره ، فإن المفقود يأخذ في الأصل اعتبارا حكم الميت موتا حقيقيا وتنتهى شخصيته بالتالي من تاريخ صدور هذا الحكم أو نشر القرار في الجريدة الرسمية. ولكن هذا الأصل غير مطلق ، بل يرد عليه استثناء يقضي باعتبار المفقود ميتا - في حالة معينة - من تاريخ الفقد لا من تاريخ الحكم أو نشر القرار. فنعرض لبيان الأصل والاستثناء فيما يلي :

(١) اعتبار المفقود في الأصل ميتا من تاريخ الحكم أو نشر القرار : الأصل أن الحكم أو القرار باعتبار المفقود ميتا حكم أو قرار منشاء لهذا الموت الاعتباري وليس كاشفا له. ولذلك فإن أثره من انتهاء شخصية المفقود ومعاملة المعاملة الميت الحقيقي ، لا يتحقق إلا من تاريخ الحكم أو تاريخ نشر القرار وليس قبله. وتفرع عن ذلك تيجان هامتان ، هما :

(١) تظل شخصية المفقود قائمة قبل صدور الحكم أو نشر القرار باعتباره ميتا ، ولكنها تكون شخصية احتمالية ، فيعامل في الفترة من تاريخ الفقد إلى صدور الحكم أو نشر القرار على هذا الأساس. فبقي أمواله على ملكه ، ولكن يعين وكيل أو

(١) كان هذا هو ما رجحناه قبل صدور القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ رغم عدم تصريح المشرع بذلك صراحة.

قيم للمحافظة عليها وإدارتها وتولى شئونه (م ٧٤ - ٧٦ من قانون الولاية على المال) . وتظل زوجته على حكم الزواج منه ، إلا أن يقضى القاضي - بناء على طلبها - بالتطليق أو التفريق (١) لتضررها من غيبته . ويوقف له نصيبه المستحق له من ميراث أو وصية (م ٤٥ من قانون الميراث) ، حتى يستبين مصيره .

(٢) تنتهي شخصية المفقود ابتداءً من تاريخ صدور الحكم أو نشر القرار باعتباره ميتاً ، ويعامل من هذا التاريخ معاملة الميت موتاً حقيقياً . فتنتقض في الأصل الرابطة الزوجية التي تربطه بزوجته ، بحيث يحل لها الزواج من غيره (٢) بعد انقضاء عدة الوفاة (٣) . وتفتح تركته ، وتوزع أمواله على ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو نشر القرار في الجريدة الرسمية (٤) ، ولا شيء لمن مات منهم قبل الصدور أو النشر .

(٢) معاملة المفقود - استثناءً - معاملة الميت من تاريخ الفقد في شأن الموقوف له من ارض أو وصية : كان مقتضى الأصل المقرر ، وهو انتهاء شخصية المفقود واعتباره ميتاً من تاريخ صدور الحكم أو نشر القرار بذلك ، أن يدخل النصيب الموقوف له من ارض أو وصية - لاستحقاقه حال فقده - في تركته ، ويوزع - كباقي أمواله - على ورثته الموجودين وقت هذا الحكم أو نشر القرار . ولكن المشرع المصري يخرج على الأصل ، فيقرر رد هذا النصيب الى من يستحقه من ورثة المورث أو الموصى الموجودين وقت موت المورث أو الموصى (٥) ليوزع فيما بينهم . ويعنى ذلك معاملة المفقود - في شأن هذا النصيب - كما لو كان ميتاً من تاريخ الفقد ، لا من تاريخ الحكم أو نشر القرار بموته (٦) . ويرى ذلك بأن حياة المفقود

(١) يحكم القاضي - بناء على طلب الزوجة - بالتطليق اذا غاب الزوج سنة أو أكثر بلا عذر مقبول . ولو كان له مال تستطيع الزوجة الاتفاق منه (م ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩) . أما لدى الأقباط الأرثوذكس المصريين ، فلا يحكم القاضي بالتطليق إلا باستمرار الغيبة خمس سنوات متوالية (انظر : توفيق فرج ، أحكام الأحوال الشخصية لدى المسلمين ، طبعة الثانية ، ١٩٦٤ ، ص ٨٤٣ - ٨٤٥) .

(٢) ما لم تمنع قواعد الأحوال الشخصية بعض الطوائف غير الإسلامية من ذلك

(٣) م ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، مجلة بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ .

(٤) م ٢٢ المذكورة ، مجلة بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ .

(٥) م ٤٥ من قانون الميراث لسنة ١٩٤٣ .

(٦) ولذلك يقال ان المفقود يعامل في فترة الفقد معاملة الميت في حق أو مال غيره أي في شأن الحقوق التي تضره غيره ، على خلاف المقرر من معاملته معاملة الحي في حق نفسه أو ماله أي في شأن الحقوق التي تضره هو . واختلاف الحكم على هذا النحو المقرر في القانون المصري يوافق

طوال فترة الفقد ليست الا مجرد حياة احتمالية ، لا تكفى لتوريثه او استحقاقه وصية من غيره ، حيث الشرط لاستحقاق الارث او الوصية تحقق حياة الوارث او الموصى له وقت موت المورث او الموصى (٣) .

٢٦٨ - ظهور حياة المفقود

لما كان الحكم أو القرار بموت المفقود هو حكم أو قرار اجباري لاجتباري ، فالأصل أن يسقط هذا الحكم أو القرار هو وآثاره اذا عاد المفقود أو ظهرت حياته ، لكن على أن لا يضر هذا السقوط بحقوق الغير ، وذلك على النحو الآتي :

(١) في شأن الرابطة الزوجية : الأصل أنه اذا عاد المفقود أو ظهرت حياته ، فتعود زوجته اليه ، وتعتبر الرابطة الزوجية مستمرة كأن لم تنحل بمقتضى الحكم أو القرار باعتباره ميتا ، ولكن قد تكون زوجته تزوجت من غيره بعد هذا الحكم أو نشر القرار ، مما يوجب الترجيح بين حق الزوج الأول عليها وحق الزوج الثاني . وقد غلب المشرع المصرى حق الزوج الثانى اذا كان حسن النية لا يعلم بحياة المفقود ، وقد وقع زواجه صحيحا بعد انقضاء عدة وفاة المفقود ، وتم بمقتضاء الدخول بزوجة المفقود فعلا ، بحيث اذا توافرت هذه الشروط لا تعود الزوجة الى المفقود بعد ظهوره . اذ نصت المادة ٨ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أنه « اذا جاء المفقود أو لم بجى وتبين أنه حى ، فزوجته له ما لم يتمتع الثانى ببا غير عالم بحياة الأول . فان تمتع الثانى بها غير عالم بحياته ، كانت للثانى ما لم يكن عقده فى عدة وفاة الأول » (١) .

منهـب الحنفية والمالكية . ولكننا نفضل رأى الشافعية والحنابلة فى اعتبار المفقود ميتا من تاريخ الحكم بموته فى كل الاحوال ، سواء بالنسبة لما يضره كارت الغير منه أو لما يضر غيره . كارتة من الغير . اذ من الواضح أن الأصل فى الانسان الحى استمرار حياته حتى يقوم الدليل على العكس ، سواء كان دليلا يقينيا بالموت الحقيقى ، أو دليلا حكما بالموت الاعتبارى . ولذلك يكون الحكم الصادر باعتبار المفقود ميتا حكما منشأ لا كاشفا لموته الاعتبارى ، مما يوجب عدة من الاحياء قبل صدور الحكم وعدم احتسابه من الاموات الا من تاريخ صدوره ، دون تفرقة فى ذلك بين ما يضره وبين ما يضر غيره من الحقوق . والقول بغير ذلك واحتساب المفقود ميتا من تاريخ فقده فى شأن ما يضر غيره من الحقوق ، معناه قلب الأصل واعتبار المفقود ميتا حتى يثبت العكس . واعطاء الحكم باعتبار المفقود ميتا بالتالى صفة كاشفة ليست له (راجع فى تفصيل هذه الانتقاد ، كتابنا سالف الفكر ، هامش ٢٥ ص ٧٣٤ - ٧٣٥) .

(٢) عمر عبد الله ، المرجع السابق ، هامش ص ٢٢٧ .

(١) أنظر مع ذلك فى انتقاد هذا النص :

مسد عن غاشم . ص ١٦٠ .

ولكن اذا لم تتوافر الشروط التي يتطونها المشرع لتقليب حق الزوج الثاني ، فتعود زوجة المفقود اليه . ويتحقق ذلك اذا وقع عقد الزواج الثاني في عدة الوفاة التقديرية للمفقود اذ يكون الزواج باطلا ، أو وقع بعد انقضاء العدة ولكن عاد المفقود قبل تمام الدخول اذ صلة الزوجية لم تنصر واقعية بعد ، أو وقع بعد انقضاء العدة وتم الدخول قبل عودة المفقود ولكن كان الدخول عن علم من الزوج الثاني بحياة المفقود اذ لا ينفعه سوء قصده فيكون مردودا عليه .

(٢) في شأن الأموال : اذا عاد المفقود أو ظهرت حياته ، فالأصل أن له استرداد أمواله التي وزعت على ورثته ، واسترداد النصيب الذي كان مستحقا له من ارث أو وصية والذي ارتد بعد الحكم أو نشر القرار باعتباره ميتا الي ورثة المورث أو الموصى . ولكن خروجاً على هذا الأصل ، يمتنع على المفقود استرداد ما استهلكه الورثة من هذه الأموال أو هذا النصيب أو ما تصرفوا فيه الى الغير ، فلا يكون له الا استرداد الباقي في أيديهم فحسب . وهذا الحكم الاستثنائي مقرر رعاية لحق الورثة ولحق الغير ، فالورثة انما ملكوا أموال المفقود وأذنوا بالتصرف فيها بمقتضى سند شرعي هو الحكم أو القرار الصادر باعتبار المفقود ميتا ، فلا ضمان عليهم ولا على من تصرفوا اليه بالتالي (١) .

(١) في هذا المعنى :

عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية . الطبعة الثانية ، ١٣٨ هـ ، ص ٢٦٢ - عمر عبد الله . المرجع السابق ، ص ٢٢٥ ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، ص ٤٦٢ .

المبحث الثاني

مميزات الشخصية

٢٦٩ - تمهيد وتقسيم

لشخصية الانسان علامات معينة تصاحب الانسان وتتيح تمييزه عن غيره . وهذه العلامات أو المميزات يردّها الفقه الى ثلاث : الحالة التي تحدد مركزه الاساسى بالنسبة الى الدولة والأسرة وأحياناً الى الدين ، والاسم الذى يتيح التعرف على ذاته ، والموطن الذى يتيح العثور على مكانه .
فنعرض لكل من هذه المميزات فى مطلب على التوالى .

المطلب الأول

الحالة

L'état

٢٧٠ - تحديد الحالة^(١)

من أكثر الاصطلاحات القانونية ابهاماً وعموماً اصطلاح « الحالة » ، فالتعريفات الجارية له واسعة مرنة تسمح بصرفه الى مدنولات مختلفة مما يشيع الخلط بين الحالة وبين غيرها من الأفكار المشابهة أو المقاربة .

ولن ندخل فى تفصيل هذه التعريفات ، أو أصل فكرة « الحالة » وتطورها القانونى^(٢) ، بل يكفى - فى سبيل ضبط اصطلاح « الحالة » وتحديد مدلوله -

(١) انظر فى ذلك بصفة خاصة :

Capitant, op. cit., No. 111. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 12. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 462. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 335.

(٢) انظر فى ذلك كتابنا صالف الذكر ، ص ٧٢٧ و ٧٢٨ .

الابتداء بالمسلم في الفقه من حصر نطاقه في المركز الوطني أو السياسي والمركز العائلي أساسا والمركز الديني أحيانا ، ثم ملاحظة أمرين في شأنه : الأول ، أن هذه المراكز تنشأ للانسان وتتحدد بالميلاد منذ ابتداء الشخصية ، مما يعنى أنها أساسية وضرورية لها ، وهو ما يجعلها - رغم ما قد يطرأ على عناصرها من تغيير - ملازمة للشخصية طوال امتدادها (١) . والثاني ، أن اهتمام القانون بالنظر الى الانسان بوصفه عضوا في جماعة سياسية نظامية هي الدولة وجماعة عائلية هي الأسرة وأحيانا في جماعة أو مجموعة دينية كالجماعة أو المجموعة الاسلامية أو المسيحية ، مرده الى ما لكل هذه الجماعات أو المجموعات من قيمة اجتماعية أساسية كدعامة من دعائم المجتمع ، بحيث يعتبر تحديد مركز الفرد من حيث الانتماء اليها مسألة أولية يجب الفصل فيها ابتداء لتحديد حقوقه أو التزاماته من بعد على ضوء ذلك . ومن هنا نستطيع تحديد الحالة بأنها ما يلزم الشخصية من مركز للفرد كعضو في الجماعات أو المجموعات ذات القيمة الاجتماعية الأساسية (٢) . وهو ما يجعل منها حجر الأساس لما يثبت للأفراد بناء عليها من حقوق والتزامات تختلف بينهم باختلاف حالاتهم . وعلى هذا النحو ، تتيح الحالة تحديد مدى أهلية وجوب الفرد ضيقا أو اتساعا ، مما يعنى وجوب التمييز بين الحالة وأهلية الوجوب (٣) واعتبار الثانية مؤسسة على الأولى ومحددة بها . وأما أهلية الأداء فتحددها كما سنرى عناصر - كالعقل والارادة - لا شأن لينا بالحالة ولا تأثير لها عليها في الأصل (٤) .

وإذا كانت الحالة تعنى المركز الملازم للفرد باعتباره عضوا في جماعة أو

(١) في هذا المعنى :

Aubry et Rau, t. I, No. 52, p. 303. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, Nos. 13, 16. — Capitant, No. 111, p. 154.

(٢) كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٣٩ .

(٣) انظر في ذلك :

Aubry et Bau, t. I, No. 52, p. 304, note (3) — Capitant, p. 152, note (2).

(٤) في هذا المعنى :

Joasserand, op. cit., t. I, No. 244. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 466.

مجموعة ذات قيمة اجتماعية أساسية ، فإن نطاق الحالة قد يتفاوت اذن بتفاوت النظر الى هذه القيمة ونسبيتها في الشرائع المختلفة . ولذلك كانت الحالة في القانون الرومانى تشمل مركز الفرد من الحرية بانتتمائه الى مجموعة الأحرار أو الأرقاء ، وهى تشمل حتى فى بعض الشرائع الحديثة المركز العنصرى للأفراد بانتتمائهم الى مجموعة جنس من الأجناس (١) . ولكن الانتماء الى مجموعة الدولة والأسرة كان دائما من عناصر الحالة فى مختلف الشرائع ، ويعتبر القانون المصرى - بالإضافة الى ذلك - الانتماء الى الدين من هذه العناصر . فنعرض لهذه العناصر الثلاثة فيما يلى :

(١) الحالة السياسية أو الجنسية

٢٧١ - أهمية الحالة السياسية

يقصد بالحالة السياسية مركز الشخص من حيث انتسابه الى دولة معينة وارتباطه بها - كعضو من أعضائها - برابطة التبعية والولاء أو ما يسمى الجنسية *La nationalité* .

وللحالة السياسية أو الجنسية أهمية كبرى من حيث تحديد حقوق الشخص وواجباته ونشاطه القانونى . فالأصل أن الأجانب يحرمون من التمتع ببعض الحقوق التى يتمتع بها الوطنيون ، ويعفون من بعض الواجبات التى تقع على كاهل الوطنيين . فليس للأجانب مثلا حق التمتع بالحقوق السياسية ، كحق الترشيح أو الانتخاب فى المجالس النيابية ، وحق تولي الوظائف العامة . وهم يعفون مثلا من أداء واجب الخدمة العسكرية الذى يلزم به الوطنيون وحدهم . وحتى فيما يتعلق بالحقوق المدنية ، قد يضيق مدى تمتع الأجانب بها ومدى نشاطهم القانونى عما يكون مسموحا به للوطنيين فى شأنها . فكثير من التشريعات تحرم الأجانب من حق تملك العقارات عامة أو الأراضى الزراعية خاصة ، أو تحظر عليهم امتهان مهن حرة معينة كالطب والمحاماة . غير أنه ينبغى أن يراعى ألا يكون اختلاف الحالة السياسية أو

(١) Colin, Capitant et De la Morandière, t. I, p. 123, note (2)
— Mazeaud, t. I, No. 465. — Ripert et Boulanger, t. I, No. 393.

الجنسية بين الأشخاص سببا للحرمان من الحريات والحقوق الضرورية في الحياة ، فيوجد حد أدنى من الحريات والحقوق - هي عادة الحريات العامة أو الحقوق النصيقة بشخصية الانسان وكل الحقوق اللازمة للحياة الطبيعية العادية - تقضى قواعد القانون الدولي العزم بوجوب توفيرها وكفالتها للأجانب .

٢٧٢ - الجنسية الأصلية والجنسية الطارئة^(١)

والحالة السياسية أو الجنسية ، اما أصيلة أو أصلية للشخص بسبب ميلاده ومنذ هذا الميلاد ، واما مكتسبة أو طارئة تثبت لشخص من بعد ميلاده ولسبب آخر غير الميلاد .

أما الجنسية الأصلية ، فاما أن تفرض على أساس رابطة أو حق اند (Jus sanguinis) ، واما أن تفرض على أساس رابطة أو حق الاقليم (Jus soli) ومعنى فرض الجنسية على أساس رابطة الدم ، اعطاء الوند جنسية أبيه أساسا أو جنسية أمه أحيانا . ومعنى فرضها على أساس رابطة الاقليم ، اعطاء جنسية الدولة لمن يولد على اقليمها . وظاهر أن الاساس الأول القائم على وحدة الأصل هو الطبيعي والافوى بالقياس الى الاساس الثانى القائم على وحدة الاقليم ، ولذلك فان الالتجاء الى الاساس الثانى فى فرض الجنسية الأصلية يكون عادة فى الدول التى لا يسعها أساس وحدة الأصل فى تكثير رعاياها .

ويأخذ المشرع المصرى كقاعدة عامة برابطة أو حق الدم كأساس لفرض الجنسية، بحيث يعتبر مصريا كل من ولد لأب مصرى (م ٢ / ١ من قانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥) . وذلك بصرف النظر عن محل ميلاده داخل مصر أو خارجها ، ولكنه يأخذ فى حالات خاصة برابطة أو حق الاقليم، فيقرر مثلا اعطاء جنسية الدولة لمن يولد فى مصر من

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Niboyet, Traité de droit international privé français, 3e. éd., t. I, 1947, Nos. 88 - 119.

أبوين مجهولين ، ويعتبر اللقيط في مصر مولودا فيها مالم ثبت العكس (م ٢ / ٤ من قانون الجنسية) .

وأما الجنسية الطارئة بعد الميلاد ولغير سببه ، فهي التي تكتسب عادة عن طريق الزواج أو التجنس . فكثير من الشرائع يقر اكتساب الزوجة الأجنبية جنسية زوجها اما اكتسابها مطلقاً أو مشروطاً ، وأخذ القانون المصري بفكرة الاكتساب المشروط (م ٧ من قانون الجنسية) . ويتيح كل الشرائع ومن بينها القانون المصري جواز منح الجنسية إلى الأجانب بناء على طلبهم اذا توافرت شروط معينة . فيكتسبونها اذن بالتجنس (م ٤ و ٥ من قانون الجنسية) . ولكن الغالب ان لا يتمتع المتجنس فور تجنسه بكل حقوق الوطنيين ، فيحرم عليه التمتع ببعضها - وخاصة الحقوق السياسية - طوال فترة معينة من تجنسه ، وكذلك الشأن فيمن يكتسب الجنسية بالزواج (م ٩ من قانون الجنسية) .

(٢) الحالة العائلية أو القرابة

يقصد بالحالة العائلية مركز الشخص في أسرة معينة كعضو فيها تربطه ببقاى أعضائها رابطة وثيقة من قرابة النسب ووحدة الأصل ، وقد تربطه بأعضاء أسر أخرى كذلك رابطة من قرابة المصاهرة

٢٧٣ - قرابة النسب

يقصد بقرابة النسب الصلة القائمة بين الأشخاص بناء على دم وأصل مشترك (م ٢٤ مدنى) سواء كانت قرابة مباشرة أو قرابة حواش . والقرابة المباشرة هي التي تقوم على تسلسل عمودى بين من تجمعهم وحدة الدم ، أى هي « الصلة ما بين الأصول والفروع » (م ١ / ٣٥ مدنى) . أما

قرابة الحواش ، فهي الصلة التي تقوم بين من يجمعهم أصل مشترك دون تسلسل عمودى بينهم ، أى دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر (م ٢ / ٢٥ مدنى) . وعلى ذلك فالقرابة بين كل من الابن والاب (أو الأم) والجسد قرابة مباشرة . اذ الأول فرع للثانى ، والثانى فرع للثالث . بينما تعتبر قرابة حواش : القرابة بين الأخ وأخيه ، وبين الشخص وعمه أو عمته أو أبناء عمه أو عمته ، أو بين الشخص وخاله أو خالته أو أبناء أخواله وخالاته ،

فانه ان كان هناك أصل مشترك يجمعهم • الا أنه ليس أحدهم فرعاً أو أصلاً للآخر •

ويراعى فى حساب درجات القرابة بنوعيتها وجوب اسقاط الأصل أو الأصل المشترك (على حسب الاحوال) دائماً ، واعتبار كل فرع فيما عدا ذلك درجة (م ٣٨ مدنى) (١) • وفى القرابة المباشرة ، يعتبر الابن فى الدرجة الأولى من القرابة لأبيه أو لأمه ، لأن الابن فرع وهذه درجة والأب أو الأم أصل فلا يحسب درجة ، وكذلك يعتبر ابن الابن فى الدرجة الثانية من القرابة لجد (أو جدته) ، إذ يحسب ابن الابن درجة والابن درجة باعتبارهما فرعين فتلك درجتان ، ولا يحسب الجد (أو الجدة) باعتباره أصلاً • وفى قرابة الحواشي يعتبر الأخ فى الدرجة الثانية لأخيه ، إذ هو درجة باعتباره فرعاً ، والأب لا يحسب درجة لأنه الأصل المشترك بين الأخوين ، والأخ الآخر يحسب درجة لانه فرع • وكذلك يعتبر ابن العم قريباً من الدرجة الرابعة : فهو فرع فيحسب درجة ، ثم أبوه فرع كذلك فيحسب درجة هو الآخر ، ثم الجسد ولا يحسب درجة لأنه الأصل المشترك بين أبناء العم ، ثم ينزل الى الأب من ناحية الفرع الآخر فنحسبه درجة ، ثم ابنه فيحسب درجة كذلك ، فتلك اذن أربع درجات •

٢٧٤ - قرابة المصاهرة

ينشأ الزواج قرابة بالمصاهرة بين الزوج وأقارب الزوج الآخر (م ٣٧ مدنى) ، ولكن دون أن تمتد هذه القرابة لترتبط كذلك بين هؤلاء الأقارب وبين أقارب الزوج • وفى حساب درجة هذه القرابة ، تكون العبرة بدرجة قرابة النسب بين أحد الزوجين وأقاربه ، فيعتبر الزوج الآخر فى نفس درجة القرابة - ولكن بسبب المصاهرة - لهؤلاء الأقارب • ومن هنا ، فأخو الزوجة

(١) والحساب بهذه الكيفية هو نفس ما كانت تأخذ به محكمة النقض المصرية فى ظل التقنين القديم رغم عدم وجود نص فى هذا الشأن • (نقض ٢٣ نوفمبر ١٩٤٤ ، مجموعة عمر ، ج ٤ ، رقم ١٦١ ، ص ٤٥٢) • وهو يتفق كذلك مع المقرر فى القانون الفرنسى ، انظر : Carbonnier, Droit civil, t. I, 1962, No. 197. pp: 603 - 606.

قريب من الدرجة الثانية بالمصاهرة للزوج ، وابن عمها قريبه بالمصاهرة من الدرجة الرابعة ، وأبو الزوج قريب بالمصاهرة من الدرجة الأولى للزوجة ، وهكذا . . .

٢٧٥ - أهمية القرابة

تبدو أهمية القرابة ، وخاصة قرابة النسب ، فى تحديد حقوق الشخص والتزاماته العائلية - بحسب مركزه فى الأسرة - قبل باقى أعضائها .
فبوصفه أبا ، تجب عليه النفقة لأولاده ويكون له عليهم حق التأديب والولاية .
وبوصفه ابنا ، عليه واجب الخضوع للسلطة الأبوية وله على الأب حق التربية والنفقة . وبصفته زوجا ، عليه واجب الانفاق على الزوجة وله عليها حق التأديب والطاعة وأحيانا حق الطلاق . وبوصف الشخص زوجة ، عليها واجب الطاعة للزوج والقرار فى بيت الزوجية ولها حق المهر والنفقة .
وبوصف الشخص أما أو جدة أو أختا أو بنت أخت أو خالة أو أبا أو جدا صحيحا أو أخا أو ابن أخ أو عما ، يكون له - حسب مراتب الأولوية المقررة - حق حضانة الصغير (١) .

وتبدو كذلك أهمية القرابة ودرجتها - سواء كانت قرابة نسب أو قرابة مصاهرة - واضحة فى كثير من الأوضاع القانونية ، حين يعتد القانون بالقرابة فيحد - على أساسها - من مدى حقوق الأفراد ونشاطهم القانونى .
ومن أمثلة ذلك منع الأخذ بالشفعة اذا وقع البيع بين الزوجين أو بين الأصول والفروع أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية (م ٩٣٩ - ب مدنى) . وكذلك اعتبار القاضى - بعدا به عن مواطن الشبهات - غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها - ولو لم يردده أحد الخصوم - اذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم الى الدرجة الرابعة أو كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب مصلحة فى الدعوى القائمة (م ١٤٦ مراقعات جديد) .

(١) انظر فى الحضانة وأصحابها ومراتبهم فى الشريعة الاسلامية :

عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية ، ص ٤٢٩ وما بعدها .

- وتبدو أهمية القرابة كذلك فى شأن الزواج عند تحديد المحرمات من النساء ، سواء بسبب قرابة النسب أو قرابة المصاهرة (١) .
- ولعل من أهم ما يترتب على القرابة الحق فى الارث والحق فى النفقة .
- غير أنه يراعى أن هذين الحقين لا يترتبان عادة على أساس قرابة المصاهرة ، وإنما يترتبان على أساس قرابة النسب وصلة الزوجية .

(٣) الحالة الدينية

٢٧٦ - اعتداد القانون المصرى بالحالة الدينية اعتداد استثنائى

قلنا ان الشرائع الحديثة فى مجموعها انما تنظر الى حالة الشخص السياسية والعائلية ، أى تنظر الى حالته من حيث انتمائه الى دولة معينة ، ومن حيث ارتباطه بأسرة معينة . غير أن بعض القوانين الحديثة ، ومنها القانون المصرى ، ما زالت تنظر فضلا عن ذلك - فى حالات استثنائية - الى حالة الشخص الدينية من حيث انتمائه الى عقيدة دينية معينة . ولعل مرد ذلك الى ما كان للحالة الدينية فى القديم من أهمية كبرى فى تحديد المركز القانونى للشخص ، اذ كان الانتماء الى الدين حينئذ بمثابة الانتماء اليوم الى الدولة برابطة الجنسية ، فكانت الحالة الدينية اذن تقوم مقام الحالة السياسية .

فالمبدأ المسلم اليوم فى القانون الحديث اذن هو احوال الحالة السياسية محل الحالة الدينية فى تحديد المركز القانونى للشخص واكتسابه للحقوق وتحمله بالالتزامات ، مما ينفى كل اثر لاختلاف الدين فى تحديد مدى أهلية الوجوب بين الوطنيين . غير أن هذا المبدأ العام يرد عليه فى القانون المصرى بعض استثناءات توضع الحالة الدينية فيها موضع اعتبار عند تحديد المركز القانونى للشخص ، اذ ما يزال سلطان الدين قويا فى نظر المجتمع المصرى . ولذلك يعطى هذا القانون للجماعات أو المجموعات الدينية المختلفة فيه قيمة

(١) راجع فى المحرمات من النساء فى الشريعة الاسلامية :

عمر عبد الله - المرجع السابق ، ص ٩٢ - ٩٥ .

اجتماعية أساسية تبرر التمييز بين الأشخاص - على الأقل في نطاق محدود - بحسب انتمائهم كأعضاء الى مثل هذه الجماعات أو المجموعات المختلفة .

فما زال المصريون مثلاً - كما سلف البيان - يخضعون في بعض مسائل الأحوال الشخصية لشرائعهم الدينية المختلفة ، مما يستتبع اختلاف مراكزهم القانونية وتفاوت تمتعهم بالحقوق والواجبات المتعلقة بهذه المسائل بحسب تفاوت الأديان بينهم . ومن ذلك ما تقرره الشريعة الإسلامية من عدم التوارث بين مسلم وغير مسلم . وما تقرره كذلك للزوج المسلم من حق الزواج بأكثر من واحدة حتى أربع ، بينما يقتصر حق غير المسلمين على الزواج من واحدة ، وما تحرمه الشريعة الإسلامية كذلك من زواج المسلمة بغير مسلم ، وما تبيحه لمسلم من زواج غير مسلمة من أهل الكتاب . غير أن هذه كلها حالات استثنائية لا تلغى المبدأ العام المقرر في القانون المصري وهو تساوى الوطنيين جميعاً في الحقوق والواجبات وعدم تأثير الحالة الدينية في المركز القانوني للشخص .

المطلب الثاني

الاسم^(١)

Le Nom

٢٧٧ - تحديد الاسم ، وأهميته ، وطرق اكتسابه

قلنا ان كل انسان يتمتع بشخصية في نظر القانون ، غير أن شخصية كل انسان يجب أن تتميز بوسيلة أو علامة معينة تفرق بينه وبين الناس ، فمن صالح الجماعة ومن صالح الأشخاص أنفسهم وجود مثل هذه الوسيلة أو العلامة للتمييز بين الأشخاص وتعيين كل منهم بما يمنع اختلاطه واشتباهاه بغيره ، وهذه الوسيلة أو العلامة ان هي الا الاسم : فلكل شخص اذن اسم معين يعرف ويتميز به بين الأشخاص نى الجماعة .

وحينما نعرض للاسم باعتباره أحد مميزات الشخصية الطبيعية ، فانما نقصد الاسم بالمعنى الواسع الذى يشمل اللقب والاسم الخاص أو الشخصى معا ، ولا نقصد الاسم بالمعنى الضيق الذى يقتصر على الاسم الشخصى وحده^(٢) . ويقصد عادة باللقب *Nom patronymique ou nom de famille* اسم الأسرة التى ينتمى اليها الشخص ، اذ يشترك فى حملة جميع أفراد الأسرة . أما الاسم الشخصى *Prénom* فهو الذى يضاف الى اللقب للتمييز بين أفراد العائلة الواحدة الذين يحملون نفس اللقب . وبذلك يكون الاسم -

(١) راجع فى ذلك بخامة :

Capitant, op. cit., Nos. 128-132. — Nerson, thèse précitée, Nos. 9-16, pp. 30 - 46. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, Nos. 96 - 136, pp. 115 - 174. — Mazeaud, t. I, Nos. 531 - 566. — Marty et Raynaud, t. I, Nos. 944 - 966. — Ripert et Boulanger, t. I, Nos. 876 - 919.

وكتابتنا سالف الذكر ، فقرات ٢٨٦ - ٢٩١ ، ص ٧٥٠ - ٧٦٩ .

(٢) انظر فى استعمال المصطلح « الاسم » تارة بهذا المعنى وتارة بذلك : م ٢٨

و ٥١ مدنى .

بالمعنى الواسع - علامة على الشخص وعلى الأسرة التى ينتمى اليها فى نفس الوقت (١) .

والأصل أن اللقب يلحق الشخص عن طريق النسب ، فيأخذ الولد لقب أبيه . ولكن جرى العرف منذ قديم فى بعض الدول الغربية وخاصة فى فرنسا ، على أن تكتسب الزوجة حق حمل لقب زوجها بالزواج ، دون أن تفقد بذلك لقبها الاصلى الذى اكتسبته بالنسب (٢) . أما فى مصر ، فلا يلحق لقب الشخص زوجته (٣) .

وفى مصر ، لم يكن شائعا وجود ألقاب تلحق الأشخاص ، وانما كان الأمر جاريا على أن يعرف الشخص باسمه الخاص مضافا اليه اسم أبيه أو اسم أبيه وجده . من أجل ذلك - وتحقيقا للضرورة الاجتماعية الملحة فى التمييز بين الأشخاص - عنى التقنين المدنى الحالى بفرض اتخاذ لقب الى جانب الاسم الخاص على كل شخص ، بحيث لا يلحق هذا اللقب أولاده (م ٣٨ مدنى) .

واذا كان النسب هو الطريق الطبيعى لاكتساب الاسم فقد لا يكون هو الطريق الوحيد . ففي الشرائع التى تجيز نظام « التبني » يأخذ الولد المتبنى لقب متبنيه . وكذلك فحيث يباح تغيير الاسم ، يوجد بذلك طريق أو مصدر آخر لاكتساب الاسم . بل وكذلك فإكتساب اللقباء مجهولى الأبوين ما يطلق عليهم من أسماء لا يتأتى عن طريق النسب .

٢٧٨ - التكييف القانونى للاسم

اختلف الفقهاء فى الطبيعة القانونية للاسم ، وتراوحوا نظرتهم اليه بين اعتباره واجبا وبين اعتباره حقا . فمن نظر الى الاسم باعتباره واجبا ، رأى

(١) فى هذا المعنى :

Capitant, op. cit., No. 128, p. 171.

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 110 — Marty et Raynaud, op. t. I, No. 948.

(٣) كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الحالى ينص على أن لقب الشخص يلحق زوجته . ولكن حذف هذا النص فلم يظهر فى التقنين ، باعتبار أنه نظام غريب لم يعودده المصريون (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢٢٨ و ٢٢٩) .

فيه نظاما اداريا تفرضه الدولة على الأشخاص بقصد التمييز بينهم ومنع اختلاط بعضهم ببعض ضمانا لاستقرار المعاملات في المجتمع . ومن نظر الى الاسم باعتباره حقا ، اما كيفه بأنه حق ملكية واما كونه بأثره حق من حقوق الشخصية .

وواضح أن الاختصار على النظر الى الاسم باعتباره مجرد واجب أو وسيلة الزامية تمييز الاشخاص ونظاما للأمن المدني (institution de police) (١) ، وان كان يبصر بما للدولة من صالح في فرض حمل اسم على كل شخص ، الا أنه يفغل ما لكل شخص كذلك من مصلحة جوهرية في تمييز ذاته وشخصيته ومنع اختلاط غيره به عن طريق الاسم ، تلك المصلحة التي نسوغ حماية القانون للاسم من كل اعتداء أو اغتصاب يقع عليه من جانب الغير دون توقف على ترتب ضرر من جراء ذلك ، وهو ما لا يتأتى الا عن طريق الاعتراف بالاسم كحق لصاحبه (٢) .

وأما النظر الى الاسم باعتباره حق ملكية وهو مذهب القضاة العادى الفرنسى أساسا (٣) ، فهو وان كان يفضل النظر السابق بتغليب فكرة الحق في الاسم على فكرة الواجب وكفالة حماية أكبر له دون استلزام توافر ضرر محدد ، الا أنه مع ذلك محل انتقاد كبير . اذ لا يستقيم وصف الحق على الاسم بأنه حق ملكية ، طالما لا تتوافر فيه خصائصها ، بل تثبت له عكس هذه الخصائص تماما . فالشئ محل الملكية - على ما هو مسلم منذ قديم في الفقه - لا يكون الا ماديا ، بينما الاسم ليس الا شيئا معنويا . وحق الملكية من الحقوق المالية الداخلة في الذمة المالية ، مما يستتبع اعتباره محلا للتقادم المكسب واعتبار الشئ محله داخلا في دائرة التعامل ، بينما حق الاسم - كما

(١) انظر في الانتدرة الى أنصار هذا الرأي :

Nerson, thèse précitée, note (3), p. 36.

(٢) انظر في انتقاد اعتبار الاسم واجبا كنظام للأمن المدني :

Capitant, No. 131, — Nerson, thèse précitée, No. 13. — Mazeaud, t. I, No. 361.

(٣) راجع في الإشارة الى احكام هذا القضاء :

Nerson, thèse précitée, notes 7, 8, 9, p. 39.

هو مسلم - من الحقوق غير المالية الخارجة عن الذمة ، بحيث لا يخضع للتقادم المكسب أو المسقط ويمتنع كذلك التعامل والتصرف فيه أو النزول عنه . ولا تشابه كذلك بين حق الاسم وحق الملكية من حيث الاستخلاف عليه باليراث ، فاللقب يلحق الابن بال ميلاد وقبل موت الأب بحيث يثبت لهما معا نفس الحق عليه في آن واحد (١) .

وأمام التجافى بين حق الاسم وحق الملكية على هذا النحو ، اتجه الفقه الحديث في مجموعه (٢) نحو اعتبار حق الاسم حقا من حقوق الشخصية . وهذا التكييف السائد اليوم هو الواجب التأييد ، اذا نظر الى الاسم ، من ناحية كونه حقا لصاحبه . فهو يبصر بصرا صحيحا بطبيعة الاسم ، باعتباره علامة الشخصية المميزة ومظهر كيانه الذاتى المستقل ، وحدها العازل الفاصل بينها وبين ما تزخر به الحياة الاجتماعية من عديد الشخصيات المتميزة الأخرى . من أجل ذلك ، كان الاسم ملازما للشخصية ولصيقا بها ، بما يجعل حق الشخص عليه حقا من حقوق الشخصية بالمعنى الدقيق (٣) .

غير أن تكييف الطبيعة القانونية للاسم على هذا الأساس وحده ، فيه اغفال لوجه آخر لهذه الطبيعة لا يقل أهمية عن الوجه المتقدم ، هو اعتبار الاسم كذلك واجبا من الواجبات تفرضه الدولة على الأشخاص مراعاة للمصالح العام وتحقيقا لاستقرار وأمن المعاملات ، وهو الوجه الذى لم يعبه فيما رأينا الا اقتصار بعض الفقهاء عليه بوصفه الوجه الوحيد للاسم . ذلك أنه ما دامت

(١) راجع ، خاصة ، فى انتقاد تكييف الاسم بأنه حق ملكية :

Capitant, No. 131, p. 174. — Nerson, précitée, No. 14, pp. 37, 38. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 114. — Mazeaud, t. I, No. 562. — Marty et Raynaud, t. I, No. 955, p. 1176.

(٢) أنظر خاصة :

Capitant, No. 131. — Nerson, Nos. 11, 16. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 114. — Mazeaud, t. I, No. 565. — Marty et Raynaud, t. I, No. 955, p. 1177.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٢٢٥ . — شفيق شحاته ، فقرة ٤٢ . — عبد الحى حجازى ، ص ٢٩ و ٣٠ . — شمس الدين الوكيل ، ص ٣٦ . — اسماعيل غانم ، ص ١٦٥ .

(٣) أنظر سابقا ، ص ٤٥٤ .

الاسماء هي الحدود الفاصلة بين الأشخاص ، فان الاكتفاء باعتبارها مجرد حقوق قد يزعم هذه الحدود بكل ما يحمله ذلك من مخاطر تغيير الاسماء واختلاط الأشخاص والتحايل على القانون . فتشبيها لهذه الحدود وتأكيدا لاستقرارها ، ينبغي اعطاء الاسماء - فضلا عن وصف الحق الثابت لمصلحة الأشخاص أنفسهم - وصف الواجب المفروض كذلك على الأشخاص لصالح الدولة والمجموع .

ومن هنا نرى في الاسم طبيعة مزوجة مركبة ، فهو حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية من ناحية ، وهو واجب يقع على عاتق كل شخص من ناحية أخرى (١) . ولإزدواج طبيعة الاسم على هذا النحو أثره - كما سنرى - في تحديد خصائصه .

٢٧٩ - حماية الاسم

قد يقع اعتداء على الاسم من قبل الغير بالمنازعة فيه أو انتحاله لنفسه أو استعماله على أي وجه كان ، والمقصود بالمنازعة اعتراض الغير دون مبرر على حق الشخص في التسمي بالاسم الذي يحمله وفي استعماله إياه بالتالي ، أما الانتحال أو الادعاء فيقصد به تسمي الغير باسم شخص معين واستعماله إياه دون حق (٢) . فيثور التساؤل حينئذ عن كيفية حماية الاسم من مثل هذا الاعتداء .

(١) في هذا المعنى :

Josserand, t. I, No. 219. — Planiol, Ripert et Savatier, ibid. — Marty et Raynaud, t. I, No. 955. pp. 1176, 1179.

شفيق شحاته ، فقرة ٤٣ . - عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ٦٨ . - اسماعيل غانم ، الموضع السابق . - عبد المنعم البدرأوى ، فقرة ٣٥٨ ، ص ٥٥٦ .

(٢) ولذلك يخرج من صلب الانتحال حالة تشابه الاسماء وتطابقها تطابقا تاما ، فكل شخص يعمل مثل هذا الاسم المتشابه المشترك ويستهمله انما يكون مستعملا اسمه هو وبمقتضى حقه فيه ، فلا يعد منتحلا اسم الغير المطابق له حتى يملك هذا الغير منعه من استعماله . بل كل ما يملكه - اذا أراد توقي الخلط - أن يضيف الى اسمه ما يميزه عن سميته . ولكن اذا كان هذا الأخير يستغل تطابق الاسمين بما يعود بالضرر المادى أو المعنوى على الاول ، فيكون للضرر المطالبة بالتعويض وفق قواعد المسؤولية التصريية (انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٦١) .

وقد كان من الطبيعي أن يجد الجدل حول التكييف القانوني للاسم صدها فيما يتعلق بحمايته . فظاهر أن القول باعتبار الاسم مجرد واجب أو نظام أمن مدنى مفروض على الأفراد لا يجعل للاسم حماية الا فى حال حقوق ضرر بصاحبه وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية ، فلا يجوز له - فى حال تخلف الضرر - المطالبة برد ووقف الاعتداء الواقع على اسمه . ولعل الرغبة فى تفادى هذه النتيجة هى التى مهدت وروجت لاعتبار حق الشخص على اسمه حق ملكية ، ليتمكن بذلك صاحب الاسم - كما يتمكن المالك - من المطالبة برد ووقف أى اعتداء يقع على اسمه دون حاجة من جانبه الى اثبات وقوع ضرر ناجم عن ذلك (١) . غير أن حق الملكية لا يصلح - كما سبق البيان - تبريرا لحق الشخص على اسمه ، فهو فى واقع الأمر حق من حقوق الشخصية . ولكن اعتباره كذلك يستتبع من حيث حمايته نفس الأثر الذى يستتبعه اعتباره حق ملكية ، فتجب له الحماية حيث يعتدى عليه دون توقف ، على اثبات ترتب ضرر محدد من جراء ذلك ، فحقوق الشخصية - كالحقوق عموما - مكفولة لذاتها فى حال الاعتداء عليها ، اذ لأصحابها مصلحة ظاهرة تبرر المطالبة بوقف هذا الاعتداء ولو لم يترتب عليه ضرر محدد (٢) .

وعلى هذا النحو ، فوقوع الاعتداء على الاسم من قبل الغير بالمنازعة فيه - أو انتحاله لنفسه معناه - والاسم هو علامة الشخصية المميزة - المساس بشخصيته وانكار ذاتيته وتعرضها أو احتمال تعرضها للاختلاط بغيرها ، وهو ما يكفى - دون تحميل صاحب الاسم بعبء اثبات ترتب ضرر محدد (٣) - لتبرير حمايته بوقف مثل هذا الاعتداء . وبالإضافة الى ذلك ، يبقى حقه قائما - اذا أثبت ترتب ضرر محدد - فى المطالبة بالتعويض طبقا للقواعد

(١) Ripert et Boulanger, t. I, No. 907. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 116, p. 144.

(٢) انظر سابقا ، ص ٤٥٧ .

(٣) انظر فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، متن وعامش «١» ص ٧٥٩ .

دعائن : Mazeaud, t. I, No. 565

العامة • وبذلك يجمع صاحب الاسم^(١) وسيلتين لحماية حقه من المنازعة أو الانتحال : الأولى ، هي المطالبة بوقف الاعتداء وذلك دون تعليق على وقوع ضرر محدد ، والثانية ، هي المطالبة بالتعويض وهذه لابد فيها من وقوع ضرر محدد من جراء المنازعة أو الانتحال •

وقد عني المشرع المصري بالنص صراحة على هاتين الويلتين في صدد حقوق الشخصية بعامة^(٢) والحق في الاسم بخاصة (م ٥٠ و ٥١ مدني) •

٢٨٠ - خصائص الاسم

إذا كان للاسم طبيعة مزدوجة تجعله حقا من حقوق الشخصية من ناحية وواجبا على الشخص من ناحية أخرى ، فإن كلا من هاتين الطبيعتين تسبغ على الاسم خصائص معينة نبينها فيما يلي :

(١) خصائص الاسم باعتباره حقا من حقوق الشخصية : يكتسب الاسم - باعتباره من حقوق الشخصية - صفات الشخصية ، وهي عدم القابلية للتصرف والتقدم •

١ - عدم القابلية للتصرف (inaliénabilité ou indisponibilité)

ما دام الاسم يعتبر علامة للشخصية ووسيلة للتمييز بين الأشخاص وتجنب الخلط بينهم ، فمن الطبيعي أن يكون لصيقا بالشخص وأن يتمتع لذلك التصرف فيه - سواء بين الأحياء أو لما بعد الموت بالوصية - أو تخويل الغير حق

(١) يبدو أمام ما للاسم كلقب من طبيعة مزدوجة فردية وعائلية ، أنه يجب تخويل كل فرد من أفراد الأسرة على حدة حق المطالبة بحماية اللقب من أي منازعة أو انتحال من قبل الغير ، (انظر • Capitant, No. 133, p. 178 — Planiol. Ripert et Savatier, t. I. No. 116, pp. 145, 146. — Marty et Raynaud, t. I, No. 955, pp. 1177, 1178) .

(٢) انظر سابقا ، ص ٤٥٧ •

استعماله (١) . وهذه الخاصة التي يتصف بها الاسم تنفرع كذلك عن مبدأ ثباته وامتناع تغييره بمحض الإرادة المطلقة (٢) .

ولكن اذا كان مبدأ امتناع التصرف في الاسم مبنيا على اعتبار الاسم العلامة المميزة للشخصية والحالة ومقصودا به تمييز الأشخاص ومنع الخلط بينهم ، فيجب أن يتحدد مدى هذا المبدأ اذن بحدود هذا الغرض . ولذلك حيث يستعمل الاسم في غير هذا الغرض ، فليس ثم ما يمنع حينئذ من التصرف فيه أو النزول عنه أو الترخيص للغير في استعماله (٣) .

ولذلك يمكن للشخص تخويل مؤلف الحق في اطلاق اسمه على أحد الأشخاص الخيالية في رواياته أو قصصه ، أو السماح للغير باستعمال اسمه كاسم مستعار أدبي أو فني (٤) .

وكذلك يكون للشخص الذي ينشئ مالا معيناً يحمل اسمه - كمحل تجارى أو علامة تجارية أو براءة اختراع - النزول للغير عن حق استعمال هذا الاسم لاستغلال هذا المال . اذ تكون للاسم حينئذ وظيفتان مختلفتان : تمييز الشخصية والحالة المدنية باعتباره اسما مدنيا من ناحية ، وتمييز المحل أو العلامة أو البراءة باعتباره اسما تجاريا من ناحية أخرى . واذا كان

(١) ومع ذلك تعتبر محكمة النقض الفرنسية صحيحا اذن الزوج زوجته السابقة في الاستمرار في التسمي بلقبه واستعماله بعد الطلاق . ويمكن تبرير ذلك ، في حال ما اذا كانت الزوجة تمارس تحت هذا اللقب نشاطا أدبيا أو فنيا أو تجاريا معيناً بحيث عرفت واكتسبت ثقة الجمهور في هذا النشاط . اذ لا يعنى هذا الاذن تخويلها الاستمرار في استعماله كذلك كاسم مدني كما كان عليه الحال وقت الزوجية ، وانما تخولها مجرد استعماله بعد الطلاق كاسم مستعار أو اسم تجارى (في هذا المعنى : - Mazeaud, op. cit., t. I, p. 456. - كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٧٦٢) .

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 119, p. 148. — Marty et Raynaud, t. I, No. 966, p. 1180.

(٣) Planiol, Ripert et Savatier, ibid. — Mazeaud, t. I, No. 557.

(٤) Nerson, No. 186, pp. 401, 402. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 119, p. 149. — Mazeaud, ibid.

مستحيلا النزول عن الاسم المدنى لاستحالة النزول عن تمييز الشخصية والحالة ، فمن الممكن النزول عن الاسم التجارى ما دام يتخذ وسيلة مميزة لبعض الأموال . وبهذا النزول ، يكون للمتنازل له استعمال الاسم كاسم تجارى مجزى وفى حدود استقلال المحل أو العلامة أو البراءة ، ويستمر المتنازل حاملا له كاسم مدنى يميز شخصيته وحالته (١) .

٢ - **عدم القابلية للتقادم (imprescriptibilité)** : ما دام الحق فى الاسم لصيقا بالشخصية ، فمعنى ذلك أنه ليس من الحقوق المالية التى يرد عليها التقادم المسقط أو المكسب . ولذلك فانتحال شخص اسم شخص آخر لا يكسبه حقا فيه مهما طالّت مدة انتحاله واستعماله إياه (٢) . وعدم استعمال اللقب خاصة ، لا يفقد صاحبه ولا فروعه من بعده حق استعادته واستعماله مهما طالّت مدة اهماله . وواضح أن عدم القابلية للتقادم تقتصر على الاسم المدنى وحده باعتباره العلامة المميزة للشخصية والحالة . أما الاسم التجارى ، وثم قيمة مالية له ، فليس ما يمنع - والتصرف فيه جائز - من اكتسابه أو فقده بالتقادم (٣) .

(٢) **خصائص الاسم باعتباره واجبا** : قلنا ان الاسم فضلا عن اعتباره حقا ، يعتبر كذلك واجبا . واعتباره واجبا يجعله فرضا محتوما على كل فرد من ناحية ، وغير قابل للتغيير والتعديل بإرادة صاحبه من ناحية أخرى .

١ - **ضرورة الاسم لكل شخص** : قلنا ان الصالح العام واستقرار وأمن المعاملات يفرض ضرورة تسمى كل فرد باسم معين - مكون من اسم شخصى ولقب - ليكون علامة مميزة لشخصيته ومانعا من اختلاطه بغيره من الأفراد .

(١) أنظر فى النزول عن الاسم التجارى :

Nerson, No. 185, p. 402. — Planiol, Ripert et Savatier. t. I, No. 119, pp. 149 - 151. — Marty et Raynaud, ibid.

(٢) أنظر مع ذلك فى اعتداد القضاء الفرنسى - فى غير أحوال الانتحال - بعامل المدة واستطالتها ما يجاوز قرنا من الزمان ، لاستخلاص اكتساب حق فى الاسم : كتابنا سالف الذكر ، هامش «٢» ص ٧٦٣ .

Mazeaud, t. I, No. 558, p. 541 (٢)

ولذلك يعتبر الاسم من لوازم الشخصية وعلامتها الضرورية ، بحيث لا يتصور تخلفه عند أحد من الأفراد • ولهذا يوجب المشرع ، عند الاخطار بمولود ، ذكر اسمه ولقبه (١) •

٢ - ثبات الاسم وعدم تغييره بمحض الإرادة واستقلالها : اعتبار الاسم واجبا يجعله غير قابل للتغيير والتعديل بمحض ارادة الشخص وحده ، والا انقلب الغرض من فرضه وكثر في شأنه الادعاء والانتحال وشاع الاختلاط بين الأشخاص ، مما ينعكس أثره السئ على استقرار المعاملات في الجماعة • من أجل ذلك ، يجب أن يخضع تغيير الاسم لاجراءات معينة تضمن جدية التغيير المطلوب وحماية الغير مما قد يكمن وراء هذا التغيير من تحايل أو انتحال •

والاعتبارات التي قد تدعو الى تغيير الاسم وتعديله كثيرة ، كالاشتهار في الجماعة بغيره من الأسماء ، أو الرغبة في تفادي ما يسببه الاسم لصاحبه من عنت وحر ج إذا كان فيه ما يحمل على الهزء والسخرية ، أو الرغبة في مسايرة تغيير صاحبه لدينه • وقد يكون التغيير ضربا من التصحيح ، عند وقوع خطأ في تحرير الاسم عند قيده •

ومنع ارادة الشخص من الاستقلال بالتغيير ، يقتضى تدخل سلطة عامة مختصة لرقابة جديته وللتأكد من سلامة الغرض منه وعدم اضراره بالغير ، سواء كانت سلطة ادارية ، أو سلطة قضائية عن طريق المحاكم على اختلاف في ذلك بين الشرائع • والمشرع المصرى يكل اليوم (٢) أمر ذلك الى المحاكم (٣) ، فيما عدا تصحيح الأخطاء المسادية الذى يجعله من اختصاص الجهة الادارية المختصة وهي مصلحة الأحوال المدنية (٤) •

(١) م ١٨ من القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ الخاص بالأحوال المدنية •
(٢) أنظر في تطور أنظمة اجراءات تغيير الاسم في القانون المصرى قبل ذلك : كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٦٥ و ٧٦٦ •
(٣) لا يتم التصحيح أو التغيير الا بحكم قضائى يصدر من المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها مكتب السجل المدنى المقيد فيه الاسم (م ١/٣٦ من قانون الأحوال المدنية) •
(٤) يجرى التصحيح أمين السجل ، ويعتبه مفتش السجل المختص (م ٢/٣٦ من قانون الأحوال المدنية) •

٢٨١ - اسم الشهرة والاسم المستعار

قد يعرف الشخص باسم آخر مخالف لاسمه الأصلي ، سواء كان هذا الاسم الطارىء « اسم شهرة » (Surnom) يخلعه عليه الجمهور عموما بما يستوعب كامل شخصيته ونشاطه ، أو كان من قبيل « الاسم المستعار » Pseudonyme انذى يختاره الشخص ويخلعه على نفسه فى بعض نواح محددة من نشاطه كالنشاط الادبى أو الفنى دون أوجه نشاطه الأخرى (١) .

وإذا كان اسم الشهرة لا يخضع من حيث اطلاقه لتحديد وتنظيم معين لأنه يصدر عن الجمهور وما تجرى به عادته ، فواضح أن الاسم المستعار على خلاف ذلك يجب أن تقيد حرية صاحبه فى اختياره حماية للغير ومنعا للغش . فحرية اختيار الاسم المستعار تتقيد بداهة باحترام اسم الغير وتجنب انتحاله ، ولذلك يكون للشخص أن يطالب بمنع غيره من اتخاذ اسمه اسما مستعارا له (٢) ، لما يحمله ذلك من معنى وقوع أو احتمال الخلط بين الشخصين . ومع ذلك ، فالقضاء الفرنسى يترخص فى حماية الاسم المستعار ولو كان مطابقا لاسم شخص آخر اذا كان قد مضى على استخدام الاسم المستعار وقت طويل تأكد به وجه من أوجه نشاط صاحبه - كالنشاط الادبى - واكتسب ثقة الجمهور تحته (٣) ، اعتدادا باكتساب صاحبه شهرة معينة فى هذا الوجه من النشاط تحته وامتناع المنازعة فيه من ذوى الشأن طوال هذه المدة .

ولكن من الواجب التحفظ فى تأييد هذا القضاء وعدم أخذه على اطلاقه (٤) . فينبغى أن لا يكتفى بعامل مضى المدة واكتساب الشهرة تحت

(١) انظر فى التفرقة بين اسم الشهرة والاسم المستعار :

Planiol, Ripert et Savatier, t., No. 129. Marty et Raynaud t. I. No. 960.

(٢) الا أن يرخس له فى ذلك ، انظر سابقا ، ص ٤٥٧ .

(٣) Paris, 18 Juillet 1949, cité par Mazeaud, t. I, p. 551

وانظر سابقا ، ص ٤٥٨ .

(٤) قارن مع ذلك :

Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 130. — Marty et Raynaud, t. I. No. 961. — Mazeaud, t. I, No. 564.

الاسم المستعار طوالها لتبرير حمايته ، بل يجب أن يعتد أساسا - فضلا عن ذلك - بترتب أو عدم ترتب خلط بين الشخصين وبحسن أو سوء نية صاحب الاسم المستعار . فإذا كان الأصل أن مثل هذا الخلط يكون غير محتمل نظرا لاقتصار الاسم المستعار على وجه من أوجه نشاط صاحبه ، إلا أنه مع ذلك متصور إذا كان صاحب الاسم الأصلي يمارس نفس الوجه من النشاط تحته . وكذلك إذا كان الغالب أن صاحب الاسم المستعار يجهل مطابقتها لاسم أصلي لشخص آخر مما يزيد في تبرير حمايته ، فتبدو هذه الحماية غير واجبة إذا كان يعلم بهذه المطابقة ، وبخاصة إذا كان ينجم عنها خلط بين الشخصين .

وعلى أي حال ، فإذا كان للشخص اسم شهرة أو اسم مستعار ، فإن القانون يحمي حقه في استعماله بمنع المنازعة فيه أو انتحاله . فيكون لصاحبه أن يقتضى من الغير تعيينه باسم الشهرة مضافا إلى اسمه الأصلي ، أو بالاسم المستعار وحده في وجه النشاط الممارس تحته وخاصة إذا كان مقصودا به ستر الاسم الحقيقي . ويكون له كذلك المطالبة بمنع الغير من استعمال أو انتحال اسم شهرته أو اسمه المستعار كاسم مستعار لنفسه ، أو على الأقل بالتعديل فيه بما يمنع كل احتمال للاختلاط بينهما(١) .

ولكن يراعى أن اسم الشهرة والاسم المستعار - على خلاف الاسم الأصلي - تكون له صفة فردية مقصورة على صاحبه ، فلا يكتسبه أولاده وفروعه بالنسب(٢) .

٢٨٢ - الاسم التجارى

قد يستخدم التاجر اسما يمارس تحته التجارة ويكون مميزا لمحلله التجارى ، وهو ما يطلق عليه « الاسم التجارى » (Le nom commercial) ويدخل في تكوينه الاسم المدنى كعنصر أساسى إذا كان التاجر فردا(٣) .

(١) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 131. — Marty et Raynaud, t. I, No. 962.

(٢) Marty et Raynaud, ibid. (٣)

(٣) مصغى كمال طه ، القانون التجارى ، ج ١ ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٦ ، فقرة ٩٩٧ .

وما دام الاسم التجارى على هذا النحو ليس علامة مميزة للحالة وللشخصية فى ذاتها ، بل للنشاط التجارى للشخص بحيث يعتبر من عناصر ومقومات محله التجارى ، فتثبت له - كالمحل التجارى - صفة مالية ، مما يباعد بينه فى الخصائص وبين الاسم المدنى الذى يعتبر لصيقا بالشخصية . ولذلك يكون - على خلاف الاسم المدنى - قابلا للتصرف وللتقادم (١) .

ولكن اذا كان الاسم التجارى قابلا للتصرف باعتباره عنصرا من عناصر المحل التجارى ، فان ذلك يفرض النظر اليه باعتباره غير منفصل عن هذا المحل ، مما لا يجوز معه التصرف فيه تصرفا مستقلا عن التصرف فى المحل التجارى المخصص له (٢) . وهو ما يؤدى كذلك الى حماية الجمهور من اللبس والتضليل (٣) .

واذا كان للمتصرف اليه حق استعمال الاسم التجارى ، فواضح أن استعماله له قاصر على حدود الغرض منه كعلامة مميزة للمحل التجارى تجتذب ثقة جمهور معين من العملاء . وتأكيذا لذلك ومنعا للاختلاط بين المتصرف اليه الذى يستعمل الاسم التجارى فى هذه الحدود وبين المتصرف الذى يبقى حاملا لنفس الاسم - أو للعنصر الأساسى فيه - كاسم مدنى ، يجب أن يضاف الى الاسم التجارى ما يفيد منع هذا الاختلاط كسبقه أو اردافه بكلمة « خلف » أو « خلفاء » أو « محل سابق » . ويمتنع على الخلف المتصرف اليه التوقيع بالاسم التجارى فى غير شئون التجارة المتعلقة بالمحل ، بل والتوقيع باسم

(١) فى هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 119. — Mazeaud, t. I, Nos. 557, 558.

مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرات ٩٩٣ و ٩٩٤ .
وأنظر سابقا ، ص ٥٥٣ و ٥٥٤ .

(٢) م ٨ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ اخلاص بالاسماء التجارية .
وأنظر فى ذلك : أكرم الخولى : قانون التجارة اللبنانى المقارن ، ١٩٦٦ . فقرة ٣٢١ .
ص ٣٩٤ و ٣٩٥ .

(٣) مصطفى كمال طه ، فقرة ١٠٠٨ .

سلفه التجارى وحده دون اضافة فى هذه الشئون (١) .

وينبغى تقييد حق المتصرف اليه بما يمنع تصفئه فى استعمال الاسم التجارى الذى يظل ثابتا لسلفه المتصرف كاسم مدنى ، سواء بما يشين سمعة هذا السلف أو بما يثير الخلط بينهما (٢) .

وعلى أى حال ، فالقانون يحى الاسم التجارى ويحول صاحبه حق المطالبة بوقف المنازعة فيه أو انتحاله من قبل الغير مع التعويض عما يترتب على ذلك من ضرر . وإذا كان الأصل أن لكل شخص الحق فى أن يتخذ من اسمه المدنى اسما تجاريا يمارس تحته تجارته ويميز محله دون أن يملك الغير الذى له اسم تجارى مطابق سابق منعه من ذلك ، الا أن من الواجب الزامه باضافة ما يفيد التمييز بين الاسمين منعا للخلط وتوقيا من المنافسة غير المشروعة (٣) .

المطلب الثالث

الموطن (٤)

Le domicile

٢٨٣ - أهمية الوطن وتقسيمه

إذا كانت الحالة تحدد مركز الفرد بالنسبة الى الدولة والأسرة وأحيانا الى الدين ، والاسم يتيح التعرف على ذاته ومنع اختلاطه بغيره من الأفراد ، فان

(١) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 119, p. 150. —
Mazeaud, op. cit., t. I, No. 557.

وقرب : مصطفى كمال طه ، الموضع السابق .

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 119, p. 151.

(٣) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 119, p. 150.

مصطفى كمال طه ، فقرة ١٠٠٦ . - أكنم الخولى ، فقرة ٣٢٣ ، ص ٣٩٨ .
وانظر كذلك المادة ٣ من قانون الاسماء التجارية .

(٤) راجع فى ذلك بخاصة :

Capitant, Nos. 102 - 110. — Jossierand, t. I, Nos. 223 - 242. — Nerson,
Nos. 17 - 21. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, Nos. 137 - 173. — Ma-
zeaud, t. I, Nos. 567 - 590. — Marty et Raynaud, t. I, Nos. 967 - 984.

الموطن يتيح العثور على مقره ومكانه . فالمقصود بالموطن المقر القانوني للشخص فيما يتعلق بنشاطه القانوني وعلاقاته مع غيره من الأشخاص ، بحيث يعتبر موجودا فيه على الدوام ولو تغيب عنه بصفة مؤقتة . والموطن ، على هذا النحو ، يفترق عن « محل الوجود » La demeure الذي قد يوجد فيه الشخص بصفة عارضة مؤقتة ، كفندق يقيم فيه شخص على سفر بصفة أيام ، بحيث لا يمكن اعتباره في نظر القانون مقرا ثابتا في علاقاته مع غيره من الأشخاص .

وتبد أهمية وجود موطن للشخص في أنه يصبح المقر الذي يعتد القانون بكل ما يتم أو يوجه اليه فيه خاصا بعلاقاته ونشاطه القانوني . فالأوراق القضائية مثلا تعلن الى الشخص في موطنه (م ١٠ مرافعات جديد) ، والدعاوى الشخصية يكون النظر فيها من اختصاص المحكمة الواقع في دائرتها موطن المدعى عليه (م ٤٩ مرافعات جديد) ، وشهر الإفلاس يكون من اختصاص المحكمة الكائن بدائرتها موطن المدين التاجر (م ١٩٧ تجاري) ، والوفاء بالالتزامات التي ليس محلها شيئا معينا بالذات يكون في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين (م ٢٤٧ مدني) .

والموطن اما موطن عام واما موطن خاص . ويقصد بالموطن العام المقر الذي يعتد به القانون بالنسبة الى نشاط الشخص وأعماله وعلاقاته بوجه عام . اما الموطن الخاص فيقصد به المقر الذي يعتد به القانون في شأن بعض علاقات أو أعمال أو أوجه نشاط معينة للشخص على وجه التخصيص . فنعرض أولا للموطن العام ، ثم للموطن الخاص وأنواعه .

الوجه الأول

الموطن العام

Le domicile général

٢٨٤ - تراوح تحديد الموطن العام بين الاختيار والالتزام

قلنا ان الموطن العام هو المقر القانوني للشخص الذي يعتد به في شأن نشاطه ومعاملاته بوجه عام دون تخصيص أو تعيين . والأصل أن الشخص

ويختار بإرادته المكان الذى يعطيه القانون صفة الموطن العام ، فإذا كان القانون مثلا يعتبر الموطن العام هو محل الإقامة العادية المستقرة ، فإن الشخص هو الذى يتخير بإرادته المكان الذى يقيم فيه بصفة عادية مستقرة . غير أن الموطن العام ليس دائما اختياريا ، فقد يفرض القانون استثناء لبعض الأشخاص موطننا عاما لا دخل لإرادتهم فى اختيار مكانه . فنعرض للموطن الإرادى أو الاختيارى ثم للموطن القانونى أو الإلزامى .

٢٨٥ - الموطن الإرادى أو الاختيارى

(١) التصوير الواقعى والتصوير الحكى (١) : تختلف الشرائع فى تحديد الموطن العام الإرادى أو الاختيارى تبعا لاختلافها على تصويره . وفى هذا انصدد نجد تصويرين رئيسيين للموطن : تصويرا واقعيا ، وتصويرا حكيميا . أما التصوير الواقعى فيعتد بالواقع فى العمل من وجود إقامة فعلية مستقرة للشخص ، فيحدد الموطن بأنه محل الإقامة المعتادة المستقرة . وأما التصوير الحكى فيفصل بين الموطن والإقامة الفعلية ، ويقيم - دون اعتداد بحقيقة الواقع - رباطا صناعيا مفروضا بين الشخص ومكان معين يتحدد عادة إما بمحل الميلاد وإما بالتركز الرئيسى لأعماله ولو لم يقيم فيه إقامة معتادة ، ويترتب على اختلاف تحديد الموطن وتصويره على هذا النحو أو ذاك نتائج بعيدة المدى من حيث ضرورة الموطن ، ومن حيث وحدته أو تعدده .

١ - من حيث ضرورة الموطن : يحتم التصوير الحكى أن يكون لكل شخص موطن ، اذ هو يقيم صلة صناعية مفروضة بين الشخص وبين مكان معين . فمثلا فى القانون الفرنسى اذا لم يختار الشخص عند بلوغه سن الرشد مركزا رئيسيا للأعمال يكون موطننا له ، فيفترض أنه ظل محتفظا بموطنه الأصيل أى موطن والديه أو موطن وصيه ، ولو كانت

(١) انظر فى ذلك :

Jousserand, op. cit., t. I, No. 236, 238. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 568, 570.

(م ٢٦ - المدخل الى القانون)

كل صلة له به منقطعة (١) ، اذ لا يتصور في هذا التصوير وجود شخص دون موطن . أما التصوير الواقعي ، فهو على العكس من ذلك يسلم بإمكان انعدام المواطن ، ذلك أنه مؤسس على الإقامة العادية المستقرة ، فإذا تخلفت في الواقع هذه الإقامة لدى شخص من الأشخاص ، لا يكون له موطن ما .

٢ - من حيث وحدة الموطن أو تعدده : في التصوير الحكمي لا يكون الموطن الا واحدا ، لأن تحديد الموطن فيه بالمركز الرئيسي لأعمال الشخص يجعل من المستحيل وجود أكثر من موطن واحد ، لأن المركز الرئيسي - حتى بين مراكز متعددة - لا يتصور الا أن يكون دائما واحدا (٢) . أما في التصوير الواقعي فليس من المحتم أن يكون الموطن واحدا ، بل يتعدد موطن الشخص بتعدد محال إقامته العادية المستقرة .

(٢) تقدير التصويرين : هذان هما التصويران المتقابلان في شأن تحديد الموطن . ورغم ما يحققه التصوير الحكمي من فوائد ثبات الموطن نتيجة عدم تغير مركز الأعمال الا نادرا على خلاف ما يصيب محل السكن والإقامة من تغيير مستمر (٣) ، فظاهر ما في هذا التصوير الحكمي من افتراض وتحايل مخالف للواقع (٤) . فضلا عن أن الأخذ به أصبح عسيرا في العصر الحديث الذي كثرت فيه الأعمال وتشعبت وتعددت مراكزها بحيث بات يستعصى في كثير من الأحيان الوقوف على المركز الرئيسي من بينها (٥) . ولذلك انتهى التصوير الحكمي الى نتائج غير مقبولة في العمل ، بافتراضه وحدة الموطن رغم ما قد يوجد في الواقع من تعدده ، ورغم ما قد يجره هذا الافتراض من التضليل بالغير حسنى النية ، وبافتراضه ضرورة الموطن لكل شخص

Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 160. — Mazeaud, t. I, (١)
No. 573. — Marty et Raynaud, t. I, No. 981.

Planiol, Ripert et Savatier, No. 141. — Marty et Raynaud, (٢)
No. 984. — Ripert et Boulanger, No. 928.

Mazeaud, t. I, No. 569. (٣)

Jousserand, t. I, No. 236. (٤)

Mazeaud, ibid. (٥)

واضطرابه في سبيل ذلك الى انكار الواقع والزعم ببقاء الشخص محتفظا بموطنه الأصلي عند انعدام مركز رئيسي لأعماله رغم انقطاع كل صلة له به (١) ، ورغم وجود أشخاص كالبوهيميين ليس لهم في الواقع أى نوع كان من الوطن حتى ولا موطن أصلي اكتسبوه عن آبائهم (٢) .

أما التصوير الواقعي للوطن ، فرغم عدم ثباته ثبات الوطن في التصوير الحكمي نتيجة ما قد يتعرض له محل الإقامة والسكن من تغيير مستمر ورغم ما قد يشجع عليه من تعدد هذا التغيير في أى لحظة للتهرب من حكم القانون أو مطالبات الغير (٣) ، إلا أنه يمتاز بأساسه الواقعي وبنتائج العملية . فهو من ناحية يربط الوطن بالإقامة الفعلية المعتادة وهو ما يتفق مع الواقع والمنطق ، وهو من ناحية أخرى يسلم بما هو واقع في العمل من إمكان تعدد الوطن أو انعدامه .

(٣) موقف القوانين المختلفة من التصويرين : تختلف القوانين في الانحياز الى أحد التصويرين دون الآخر . وقد كان القانون الفرنسي - منذ مطلع القرن الماضي الى اليوم - المثل البارز على الشرائع التي تأخذ بالتصوير الحكمي للوطن ، فقد حدده بأنه المركز الرئيسي لأعمال الشخص ونشاطه . غير أن القضاء الفرنسي - أمام مفاجأة هذا التصوير للواقع وما يستتبعه من نتائج غير عملية - ما لبث أن خرج عليه وعلى ما يقرره من مبدأ وحدة الوطن خاصة ، فأقام نظرية « الوطن الظاهر » (Le domicile apparent) (٤) ، التي بمقتضاها يصح اعلان الشخص بالأوراق القضائية في الوطن الظاهر للناس على أنه موطنه وهو عادة محل سكنه وإقامته ، كما يصح اختصاصه أمام المحكمة

(١) Colin, Capitaint et De La Morandière, t. I, No. 669.

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, No. 140. — Ripert et Boulanger, t. I, No. 923. — Marty et Raynaud, No. 981.

(٣) في هذا المعنى :
Mazeaud, No. 591, p. 557

(٤) أنظر في ذلك :
Colin, Capitaint et De La Morandière, No. 669. pp. 515, 516. —
Planiol, Ripert et Savatier, No. 164. — Mazeaud, No. 578.

الواقع في دائرتها هذا الوطن ، مادام المعلنون أو المختصون حسنى النية
مخدوعين في هذا الوطن الظاهر بحيث ظنوه موطنه الحقيقي أى المركز الرئيسى
لأعماله ، أو عاجزين عن تحديد هذا المركز الرئيسى .

ويتبع القانون المدنى الألمانى التصوير الواقعى للموطن اذ يحدده بمحل
الإقامة المعتادة للشخص ويجوز تعدده (م ٧) . وكذلك تفعل الشريعة
الإسلامية ، اذ يقرر بعض فقهاء أنها « يجوز أن يكون الوطن الأصلى واحدا
أو أكثر من ذلك ، بأن كان (للشخص) أهل ودار فى بلدتين أو أكثر ، ولم
يكن فى نية أهله الخروج منها وإن كان هو ينتقل من أهل الى أهل فى السنة ،
حتى أنه لو خرج مسافرا من بلدة فيها أهله ودخل فى أية بلدة من البلاد التى
قربها أهله ، فيصير مقيما من غير نية الإقامة (١) » .

ويبدو أن ظهور أفضلية التصوير الواقعى على التصوير الحكمى للموطن ،
بدأ يحول الاتجاه نحوه فى المشروع التميدى لتفقيح التقنين المدنى الفرنسى
الحالى (٢) .

(٤) أخذ القانون المصرى بالتصوير الواقعى : رغم أن موقف القانون
المصرى فى ظل التقنينات القديمة كان مبهما فى شأن تحديد الوطن وأن
الاتجاه الغالب فى القضاء المصرى حينئذ كان يأخذ بالتصوير الحكمى له مع
الخروج على مقتضاه فى بعض الحالات (٣) ، إلا أن المشرع المصرى - استجابة
للحاجات العملية ، واتساقا مع المبادئ المقررة فى الشريعة الإسلامية ومع
الاتجاهات الحديثة فى الفقه والتشريع المعاصر - قد انحاز فى التقنين المدنى

(١) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، ج ١ ، ص ١٠٣ - ١٠٥ ، مشار إليه فى مجموعة الأعمال
التفسيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٣٤٣ .

(٢) راجع فى مناقشات لجنة التفقيح التى وضعت المشروع فى هذا الصدد :

Travaux de la Commission de réforme du code civil, année 1950 - 1951,
pp. 121 et s.

وانظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٧٦ ، وهاشمى ، ص ٧٧٦ و ٧٧٧ .

(٣) راجع فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٧٧ و ٧٧٨ .

الحال الى التصوير الواقعي للموطن(١) ، بنصه على أن « الوطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة » (م ١/٤٠) .

والمقصود بالاقامة المعتادة الإقامة الفعلية بصفة مستقرة . وبذلك يتميز الوطن عن مجرد الوجود أو السكن غير المصحوب بالاستقرار . وليس يقصد بالاستقرار استمرار الإقامة واتصالها دون انقطاع ، وإنما يقصد به استمرارها على وجه يتحقق معه وصف الاعتقاد ولو تخللتها فترات غيبة وقتية متباعدة أو متقاربة(٢) . فالعبرة إذن ، في تحديد الوطن ، يجب أن تكون بما تدل عليه ظواهر الحال من نية الاستقرار في الإقامة(٣) .

وقد رتب المشرع المصري على هذا التصوير الواقعي للموطن نتائج المنطقية من امكان تعدده وعدم لزومه لكل شخص فنص على أنه « يجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن ، كما يجوز ألا يكون له موطن ما » (م ٢/٤٠ مدني) . ومن هنا فكلما تعددت محال الإقامة المعتادة المستقرة للشخص كلما تعدد موطنه العام ، بحيث يكون له موطن عام في كل هذه المحال ، كشخص متزوج بأكثر من واحدة ويقيم مع كل منهن إقامة معتادة في مكان منفصل ، وكشخص يقيم إقامة معتادة في الريف واحدى المدن معا(٤) . وكذلك يتصور انعدام الوطن حيث لا يوجد للشخص محل إقامة معتادة مستقرة(٥) ، كالبدو الرحل الذين لا يقرون في مكان معين .

(١) في هذا المعنى :

نقض ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، س ٦ ، رقم ٤٢ ص ٣٣٦ .
نقض ٢٧ مايو ١٩٦٩ ، المجموعة السالفة ، س ٢٠ ، ع ٢ ، رقم ١٢٧ ص ٨٠٢ .

(٢) في هذا المعنى : المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الحال ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٣٤٢ .

(٣) أنظر نقض ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ و ٢٧ مايو ١٩٦٩ سالفى الذكر .

(٤) المذكرة الايضاحية ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٣٤٢ .

(٥) وإذا كانت هذه النتيجة متفقة مع التصوير الواقعي للوطن ، فإن أغلب التشريعات التى تأخذ به تنفادى عواقبها بتقرير اعتبار الوطن حينئذ هو محل الوجود . ولم يقرر المشرع المصرى قاعدة عامة فى هذا الشأن (أنظر فى انتقاده ، عبد الحى حجازى ، ص ١٤٧) .
شمس الدين الوكيل ، ص ٤٢) . ولكنه يقرر فى صدد اعلان أوراق المضربين أنه « إذا كان موطن المعلن اليه غير معلوم ، يجب أن تشمل الورقة على آخر موطن معلوم له فى الجمهورية

٢٨٦ - الموطن القانوني أو الإلزامي

إذا كان الأصل أن الشخص هو الذي يحدد بإرادته المكان الذي يسبق عليه القانون صفة الموطن العام ، فثم استثناء يرد على ذلك ، إذ قد يقوم القانون بتعيين المكان الذي يعتبر موطناً عاماً بالنسبة لبعض أشخاص يلحقهم وصف معين . فيكون موطنهم قانونياً لا إرادياً لأن القانون ينسب اليهم دون توقف على إرادتهم في تحديد مكانه ، ويكون إلزامياً لا اختيارياً لأن القانون يفرضه عليهم دون اختيارهم . والموطن القانوني أو الإلزامي هو الحاصل بعدى الأهلية وناقضها بسبب صغر السن ، وبالمحجور عليهم بسبب عوارض الأهلية من جنون وعته وسفه وغفلة ، وبالمفقودين والغائبين ممن تمنعهم ظروف فقدهم وغيبتهم من رعاية شئونهم ومباشرة التصرفات القانونية لحسابهم ، فهؤلاء الأشخاص يفرض لهم القانون - بالنظر إلى صغر سنهم أو عوارض أهليتهم أو فقدهم أو غيبتهم - موطناً إلزامياً هو موطن من ينوب عنهم في مباشرة التصرفات القانونية من أولياء أو أوصياء أو قوام أو وكلاء . ولذلك تقرر المادة ١/٤٢ من التقنين المدني أن « موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب ، هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً » .

ولكن ليس لغير هؤلاء موطن قانوني أو إلزامي . ولذلك فالزوجة إذا لم تكن قاصراً بحيث يفرض عليها موطن إلزامي هو موطن وليها أو وصيها ، يتحدد موطنها العام تحديداً إرادياً بمحل إقامتها المعتادة المستقرة . ولما كان الغالب أن تكون هذه الإقامة مع زوجها في مكان واحد فإن موطنها يكون حينئذ هو موطنه ، لا باعتباره موطناً إلزامياً لها وإنما باعتباره هو محل إقامتها المعتادة فعلاً . ولذلك ليس ما يمنع من أن يكون للزوجة موطن مختلف عن موطن الزوج ، إذا كانت إقامتها المعتادة - لسبب من الأسباب - في غير

المرية المتحدة أو في الخارج ، وتسلم صورتها إلى النيابة ، (م ١٠/١٣ مرافعات جديدة) .
ويقرر كذلك في صدد الاختصاص أنه « إذا لم يكن للمدعى عليه موطن ولا محل إقامة في الجمهورية العربية المتحدة ، ولم يتيسر تعيين المحكمة المختصة على موجب الأحكام المتقدمة ، يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى أو محل إقامته . فإن لم يكن له موطن ولا محل إقامة كان الاختصاص لمحكمة القاهرة (م ٦١ مرافعات جديد) .

مكان الإقامة المعتادة لزوجها(١) . وكذلك ليس للخادم موطن الزامي هو موطن مخدمه ، وانما يتحدد موطنه تحديدا اراديا بمحل اقامته المعتادة التي قد تكون - على حسب الأحوال - في محل مستقل به أو في نفس مسكن المخدم أو ملحقاته .

وهذا الموطن القانوني أو الالزامي - كما هو ظاهر - موطن حكومي . اذ لا يعتد القانون في شأنه بمحل الإقامة المعتادة للقاصر أو المحجور عليه أو المفقود أو الغائب كما يقضى الأصل ، وانما يعتد بموطن من ينوب عنه قانونا أي بمحل الإقامة المعتادة لوليّه أو وصيه أو القيم عليه أو وكيله ، وقد يكون غير محل إقامة القاصر أو المحجور ، ويكون حتما غير محل إقامة المفقود أو الغائب . وقد راعى المشرع في ذلك صالح القصر والمحجورين والمفقودين والغائبين نظرا لأنهم لا يباشرون شئونهم أو نشاطهم الارادى بأنفسهم بل يباشرونها من ينوب عنهم قانونا ، مما يوجب - مواجهة للواقع وتيسيرا للأمور - الاعتداد فيما يخصهم بموطن هذا النائب المتعامل مع الغير باسمهم ولحسابهم .

واذا كان أساس فرض الموطن القانوني أو الالزامي هو انعدام أهلية الشخص أو نقصها أو غيبته أو فقده ، فإن وجوده أو بقاءه مفروضا عليه يكون مرتتها اذن بتوافر أو استمرار هذا الأساس . ولذلك ، فحيث يعترف القانون للقاصر أو المحجور بأهلية أداء كاملة في صدد بعض تصرفات معينة ، تنتفى الحكمة - في شأن هذه التصرفات وحدها - من فرض الموطن القانوني أو الالزامي ، ولذلك سنرى أنه يثبت للقاصر أو المحجور - في شأنها - موطن خاص يتحدد في الأصل بمحل اقامته المعتادة ، بينما يبقى موطنه العام فيما عداها - حيث تكون أهليته منعدمة أو ناقصة - موطنا الزاميا محددا بمحل إقامة وليّه أو وصيه أو القيم عليه . وكذلك اذا زال سبب فرض الموطن

(١) في هذا المعنى :

شميق شحاته : فقرة ١١٢ - عبد الحى حجازى ، ص ١٤٩ - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٢٦٥ .

القانونى أو الاتسمى ، بأن بلغ القاصر سن الرشيد ، أو عاد المجنون أو المعتود ، أو السفیه أو ذو العقله الى تمام العقل والادراك واستقامة التقدير بزوال ما ألم به من عرض ، أو ظهير المفقود أو رجوع الغائب ، فلا تبقى ثم حاجة الى استمرار فرض موطن الزامى له . إذ نكتمل له أو تعود أهليته لا يعترضها عارض أو يعوق مانع . فيحدد موطنه حينئذ - طبقا لأصل - تحديدا اراديا اختياريا بمحل اقامته المعتادة المستقرة .

الوجه الثانى

الموطن الخاص

Le domicile spécial

الى جانب موطن العام الذى يعتبر المقر القانونى للشخص بالنسبة الى نشاطه وأعماله ومعاملاته بوجه عام . قد يوجد له موطن خاص يكون مقره القانونى بالنسبة الى أوجه نشاط أو أعمال أو معاملات له معينة بالذات وعلى وجه التحديد والتخصيص . وذلك بقصد التيسير على نفس الشخص أو على المتعاملين معه بشئنا . ونعرض فيما يلى لأهم أنواع هذا الموطن الخاص .

٢٨٧ - الموطن التجارى أو الحرفى

تنص المادة ٤١ من التقنين المدنى المصرى على أن « يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنه بالنسبة الى ادارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة » . وبمقتضى هذا النص تتركز المعاملات القضائية المتعلقة بأعمال التجارة أو الحرفة فى محل مباشرة صاحبها اياها ، أما ما عدا ذلك من أعماله الأخرى فيبقى الموطن فى شأنها هو موطنه العام أى محل اقامته المعتادة . ومن اشلم أن هذا الموطن الخاص لا ينصرف الى عمل الموظفين العاملين ، فلا يعتبر المكان الذى يباشرون فيه وظائفهم موطنًا خاصًا لهم فيما يتعلق بشئون الوظيفة (١) .

(١) فى هذا المعنى :

نص ٧ فبراير ١٩٥٢ ، مجموعة أحكام محكمة النقض (المدنية) ، المذبة الثالثة ، رقم ٧٦ ،

٢٨٨ - موطن ناقص الاهلية في شأن ما يعتبر أهلا لمباشرة من تصرفات

إذا كان فرض موطن الزامى على القاصر ومن في حكمه من عديمي الاهلية وناقصيها عموما هو موطن من ينوب عنه من ولي أو وصى أو قيم مرده الى عدم قدرته على تولى شئونه ومباشرة التصرفات القانونية بنفسه ، فتنتفى الحكمة من فرض هذا الموطن الالزامى كما سبق البيان حيث يقرر القانون لناقص الاهلية - خروجاً على الاصل العام - اهلية أداء كاملة في مباشرة بعض أعمال وتصرفات قانونية معينة . لذلك يكون من الطبيعي أن يتحدد له - في شأن هذه الاعمال والتصرفات - موطن خاص غير موطنه العام الالزامى أى غير موطن وليه أو وصيه أو القيم عليه . ويتحدد هذا الموطن الخاص تحديدا اراديا من جانبه ، سواء بمحل اقامته المعتادة وهذا هو الأصل ، أو بمحل مباشرة ما يكون ماذونا فيه من تجارة أو حرفة ، أو بمحل مختار لتنفيذ عمل أو تصرف قانونى معين يكون أهلا لمباشرة . فيكون حكم هذا الشخص اذن من حيث الموطن - فى الحدود الاستثنائية المعترف له فيها بالأهلية - هو حكم الشخص كامل الاهلية .

ولذلك تنص المادة ٤٢/٢ من التقنين المدنى على أن « ... يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ، ومن فى حكمه ، موطن خاص بالنسبة الى الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلا لمباشرتها » . وإذا كانت هذه المادة تحيل أساسا على ما يقرره انقانون من أهلية القاصر البالغ ثمانى عشرة سنة أو السفهيه وذى الغفلة المحجور عليه فى شأن ما يؤذن فيه من أعمال الادارة ، ومن أهلية القاصر البالغ ثمانى عشرة سنة فى شأن ما تأذنه المحكمة من مباشرة التجارة ، الا أنه ينبغى النظر الى هذا النص باعتباره مجرد تطبيق للمبدأ الذى أسلفناه من وجوب تقرير موطن خاص لناقص الاهلية فى شأن الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون كامل الاهلية لمباشرتها ، والقياس عليه لتقرير موطن خاص بالتالى فى شأن كل الأحوال الأخرى التى تثبت لناقص الاهلية فيها - ولو كان قاصرا لم يبلغ الثامنة عشرة - أهلية أداء كاملة فى شأن تصرفات معينة (١) .

(١) أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٨٥ .

٢٨٩ - الوطن المختار

يقصد بالوطن المختار (Le domicile élu) المحل - غير مكان الإقامة المعتادة (١) - الذى تنصرف الارادة الى اختياره لتنفيذ عمل أو تصرف قانونى معين ، بحيث يكون خاصا بهذا العمل أو التصرف وحده . ويعتبر المقر القانونى للشخص فى شأنه مغنيا بذلك عن موطنه العام . واتخاذ موطن مختار ارادى على هذا النحو ، يستوى أن يكون بالعقد أو بالارادة المنفردة . وقد نص القانون على هذا الوطن الخاص بقوله « يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل معين » (م ١/٤٣ مدنى) .

واتخاذ موطن مختار قد يقصد به تثبيت الوطن طوال المدة التى يستغرقها تنفيذ عمل قانونى دون تأثر بتغير محل إقامة ذوى الشأن ، أو تجنب الدائن مشاق وتكاليف اتخاذ اجراءات التنفيذ فى مواجهة مدين مقيم فى مدينة أو قرية بعيدة ، أو تركيز اجراءات التنفيذ فى يد وكيل معين كمحام مثلا .

والأصل أن اتخاذ موطن مختار يكون أمرا جوازيا لمن يشاء . غير أنه قد يكون وجوبيا على الشخص فى حالات معينة استثنائية . ومن ذلك ما تقضى به المادة ٣٠ من قانون الشهر العقارى من وجوب تعيين الدائن المرتهن ، ومن فى حكمه من الدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية التى يتم شهرها بطريق القيد ، محلا مختارا له فى دائرة المحكمة الواقع فى اختصاصها العقار محل حقه . وكذلك ما تقضى به المادة ٢/٧٤ من تقنين المرافعات الجديد من أن « على الخصم الذى لا يكون له وكيل بالبلد الذى به مقر المحكمة أن يتخذ له موطنا فيه » .

وضمائنا لاستقرار المعاملات وحسن تنفيذ الأعمال القانونية وحسما لكل خلاف حول تحديد الوطن المختار ، يستلزم القانون اثبات اختيار هذا الوطن بالكتابة (م ٢/٤٣ مدنى) ، أيا كانت قيمة العمل القانونى المختار الوطن لتنفيذه فيه ضئيلة أو تافهة .

ويكون الموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني معين هو الموطن بالنسبة الى كل ما يتعلق بهذا العمل بما في ذلك اجراءات التنفيذ الجبرى ، الا اذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى (م ٤٣/٣ مدنى) . ويستمر الموطن المختار قائما طالما لم ينته تنفيذ العمل القانوني المتعلق به ، بحيث يظل - على خلاف الموطن العام - موطنا مختارا ، فى شأن تنفيذه ، لورثة الشخص بعد وفاته (١) .

والاصل أنه لا يتأتى العدول عن الموطن المختار أو تغييره قبل تمام تنفيذ العمل القانوني المتعلق به الا بنفس طريق تقريره . فاذا كان مقررا بمقتضى العقد ، وجب تراضى الطرفين على ذلك . ولكن يجوز لأحد الطرفين الانفراد بتغييره اذا كان اختياره مقررا لمحض صالحه وحده ، أو لم يكن من شأن هذا التغيير الاضرار بالطرف الآخر طالما يتم اعلانه به (٢) .

Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 173. — Marty et Raynaud, (١)
t. I, No. 980, p. 1201.

Planiol, Ripert et Savatier, t. I, ibid. (٢)

المبحث الثالث النشاط الإرادي للشخصية أو أهلية الأداء

٢٩٠ - تعريف أهلية الأداء

إذا كانت الشخصية ثابتة لكل إنسان - على ما رأينا - بحيث يكون صالحا لأن يكون صاحبا للحق والالتزام ، إلا أن توليد الحق والالتزام ومباشرته أو أداء وانتاج الآثار القانونية بوجه عام في ذمة الشخص ، قد لا يتأبى نبي بعض الأحوال إلا نتيجة نشاط إرادي من جانبه وقدرة معينة من التمييز عنده ، أي نتيجة توافره على أهلية الأداء *La capacité d'exercice* . فأهلية الأداء إذن هي قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن إرادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية في حقه وذمته ، أو قدرته الإرادية على انتاج الآثار القانونية في حق نفسه ، أو هي - بإيجاز - قدرته على اجراء التصرفات القانونية لحساب نفسه . وهذا التعريف يتيح تحديد نطاق أهلية الأداء ومناطها على السواء .

٢٩١ - نطاق أهلية الأداء

(١) اقتصار أهلية الأداء على التصرفات القانونية : ما دامت أهلية الأداء هي صلاحية أو قدرة إرادية على انتاج أو توليد آثار قانونية ، فلا بد أن يتحدد نطاقها إذن بالأعمال الإرادية لا أعمال المادية ، أي بالتصرفات القانونية وحدها دون الوقائع القانونية (١) . فالتصرفات القانونية - كما

(١) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, t. I, Nos. 795, 796.

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ هامش «أ» ص ٢٦٩ . - عبد المنعم فرج الصفة ، فقرة ٨٩ . - سليمان مرقس ، فقرة ٢٤٤ . - اسماعيل غانم ، ص ١٨٧ و ١٨٨ .

ويكن أنظر عكس ذلك :

شفيق شحاته ، فقرة ٨٢ . - شمس الدين الوكيل ، ص ٤٩ - ٥٢ .

سنرى - هي ارادة محضة متجهة الى احداث اثر قانونى معين ، بحيث يترتب هذا الأثر ويتحدد بالارادة مباشرة • أما الوقائع القانونية ، فليست الا أعمالا مادية يرتب القانون وحده عليها - حتى ولو كانت اختيارية - أثرا قانونيا معينا •

وما دامت الآثار القانونية تترتب بإرادة الشخص مباشرة فى التصرفات القانونية ، ولا تترتب الا بالقانون نفسه فى الوقائع القانونية دون اعتداد بوجود الارادة أو عدم وجودها ، فان قدرة الشخص على النشاط الارادى الذى تعبر عنه أهلية الأداء ، لا تتصور اذن الا فى التصرفات القانونية حيث يكون للشخص سلطة توليد الآثار القانونية بإرادته مباشرة • أما حيث يتعلق الأمر بوقائع قانونية أو أعمال مادية صادرة عن الشخص ، فلا يتصور القول بوجود أهلية أداء له فى شأنها • ذلك أن أهلية الأداء تفترض - على أى نحو فهم مدلولها - وجود صلاحية أو قدرة معينة لدى الشخص على توليد الآثار القانونية بنفسه ، وليست للشخص مثل هذه الصلاحية أو القدرة فى شأن أعماله المادية • اذ ليس قيامه بها - حتى ولو كان اختياريا - هو الذى يولد بذاته الآثار القانونية عليها ، بل الذى يولد هذه الآثار هو القانون نفسه دون اعتداد باختياره وإرادته ، فان كانت ثمة قدرة على توليد الآثار القانونية بشأن أعمال الشخص المادية ، فهى فى الواقع قدرة القانون لا قدرة الشخص أو أهليته (١) •

(٢) التمييز بين أهلية الأداء وبين الولاية : اذا كانت أهلية الأداء تعنى صلاحية الشخص أو قدرته على التعبير عن إرادته تعبيرا منتجا آثاره القانونية ، فهى تعنى هذه الصلاحية أو القدرة من حيث انتاج الآثار القانونية لحساب نفس الشخص لا لحساب غيره من الأشخاص ، وهذا هو الفاصل بين أهلية الأداء وبين الولاية عموما والولاية على المال خصوصا • فالولاية انما تعنى سلطة لشخص على نفس أو مال شخص آخر عديم أهلية الأداء أو ناقصها أساسا أو يقوم به مانع من موافقها أحيانا ، بمقتضاها يقوم من له

(١) راجع فى ذلك : كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٩٠ و ٧٩١ •

الولاية بتصرفات قانونية تنتج أثرها في حق نفس أو مال المولى عليه .
فالولاية إذن إنما تفترض عدم قدرة المولى عليه على القيام بنفسه وحسابه
بالتصرفات القانونية نظرا لانعدام أو نقص أهلية أدائه أو وجود مانع من
مباشرة إياها ، مما يوجب تغطية هذا العجز من جانبه بالتولية عليه ، بحيث
تثبت للمولى سلطة القيام - بدلا عنه وحسابه - بما يعجز عن القيام به من
تصرفات قانونية بحيث تنصرف إليه آثارها كما لو كان هو الذي أجراها .

٢٩٢ - مناط أهلية الأداء

إذا كانت أهلية الأداء هي قدرة الشخص على التعبير بنفسه وحسابه
عن إرادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية ، فمقتضى ذلك وجوب توافر إرادة
واعية بصيرة بما تنجبه إلى أحداثه من أثر قانوني ، وهو ما يتطلب كامل
الادراك والتمييز عند الشخص ، ولذلك يكون مناط أهلية الأداء هو كمال
التمييز والإرادة .

وتحديد مناط أهلية الأداء على هذا النحو ، لا يجعل الناس متساوين
فيها لاستحالة تساويهم في كمال التمييز والإرادة وهو مناطها . ولذلك
تتراوح أهلية الأداء عند الأشخاص الطبيعيين بين الانعدام والنقص والكمال
تبعاً لانعدام أو نقص أو اكتمال التمييز والإرادة عند كل منهم . فلا تكون
للفرد أهلية أداء كاملة إلا إذا كان كامل التمييز والإرادة ، أما إذا كان ناقص
التمييز والإرادة أو عديمهما ، فهو ناقص أهلية الأداء أو عديمها .

وإذا أردنا أن نربط بين أهلية الأداء وأهلية الوجوب والشخصية من
حيث ثبوتها للإنسان ، لوجب القول بأن كل إنسان تثبت له الشخصية ،
ويكون له بمقتضى الشخصية حد أدنى من أهلية الوجوب ، فلا يتصور إنسان
دون أهلية وجوب ولو قاصرة أو محدودة . ولكن ثبوت الشخصية وأهلية
الوجوب له أيا كان مداها ، لا يحتم الاعتراف له بأهلية أداء ، لأن مناطها
التمييز وقد يكون منعدماً عنده .

وتحديد مناط أهلية الأداء على هذا النحو ، يتيح كذلك تمييز أهلية
الأداء عما قد يشتبه بها من أوضاع تتعلق بعدم قابلية بعض الأموال للتصرف

كالأموال العامة وأموال الوقف ، أو بمنع التصرف فى بعض الأموال بمقتضى شرط ارادى صحيح ، أو بحرمان بعض الأشخاص من التعامل أو التعاقد على أشياء معينة ، كحرمان القضاة والمحامين وكتبة المحاكم والمحضرين من شراء الحقوق المتنازع عليها والداخله فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها (م ٤٧١ مدنى) ، وكحرمان النائب من التعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه بشرائه مثلا لنفسه الشيء المنوط به بيعه بموجب هذه النيابة (م ١٠٨ و ٤٧٩ مدنى) . فكل هذه الأوضاح لا شأن لها بأهلية الأداء ، لأنها لا تترتب على انعدام أو نقصان التمييز عند الأشخاص (١) . وإنما تترتب هذه الأوضاح لأسباب أخرى بعيدة عن التمييز وعن أهلية الأداء . كحماية تخصيص معين لبعض الأموال يقتضى منع التصرف فيها مثل التخصيص لمنفعة عامة أو لغرض من أغراض البر التى لا تنقطع أو لضمان تحقيق مصلحة مشروعة مدة معينة من الزمان ، أو كتنزيه القضاء وصيانة سمعته وتأكيد حيده ، أو كحماية الأصيل من تحيز النائب اذا انفرد بالتعاقد باسمه مع نفسه .

واذا تعددت أهلية لأداء على هذا النحو من حيث النطاق والمناط فينبغى التعرض من بعد لأحكامها ، ثم لأحكام ما يكملها - عند الانعدام أو النقص أو المانع - من الولاية على المال .

المطلب الأول

أحكام أهلية الأداء

٢٩٣ - أنواع التصرفات القانونية التى ترد عليها الأهلية

إذا كانت أهلية الأداء هى قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن ارادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية فى حقه . فمعنى ذلك قدرته على أن يجرى

(١) انظر فى التمييز بين أهلية الأداء وهذه الأوضاح :

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٤٧ . - شفيق شحاته ، فقرة ٨٢ ،

بنفسه وحسابه التصرفات القانونية كلها بأنواعها المختلفة ، وهو ما يقتضى بيان هذه الأنواع من حيث تعلقها بأهلية الاداء واهميتها لها .

والقانون يقسمها - من هذا الوجه - أنواعا ثلاثة : تصرفات نافعة نفعا محضا ، وتصرفات ضارة ضررا محضا ، وتصرفات دائرة بين النفع والضرر . أما التصرفات النافعة نفعا محضا ، فهي تلك التى ترتب اغتناء من يباشرها دون مقابل يعطيه ، كقبول الهبة . وأما التصرفات الضارة ضررا محضا ، فهي تلك التى ترتب افتقار من يباشرها دون مقابل يأخذه ، كالإيهاب والإيصاء . وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فهي تلك التى لا ترتب لمن يباشرها اغتناء محضا ولا افتقارا محضا لأنها قائمة على تقابل بين أخذ وعطاء فتحتمل بطبيعتها الكسب كما تحتمل الخسارة (١) ، ويدخل تحت هذا النوع من التصرفات ما يسمى بأعمال التصرف التى ترمى الى تقرير حق عينى على الشئ كالبيع ، وما يسمى بأعمال الإدارة وهى التى ترمى فى الأصل الى مجرد استغلال الشئ كالايجار والتصرف فى غلته أو ريعه .

فاذا كان الشخص كامل أهلية الاداء ، ثبتت له قدرة مباشرة هذه التصرفات بأنواعها الثلاثة . واذا كان عديم الأهلية ، امتنع عليه مطلقا مباشرة أى نوع منها . واذا كان ناقص الأهلية ، جاز له مباشرة النافع منها نفعا محضا ، وامتنع عليه مطلقا مباشرة الضار ضررا محضا ، وتوقفت مباشرته الدائر بين النفع والضرر منها وصحته على اذن أو اجازة من له الولاية عليه أو المحكمة على حسب الأحوال .

٢٩٤ - منهج البحث

اذا كان مناط أهلية الاداء كمال الارادة والتمييز ، فمقتضى ذلك تدرجها مع تدرج التمييز فى الانسان تبعا للسن ، وتأثيرها - حتى بعد كمال التمييز

(١) تكون تعبيرة بطبيعة التصرف لا بنتيجته ، ولذلك فهما حق التصرف من كسب لمن باشره ، يظل - رغم ذلك - تصرفا دائرا بين النفع والضرر ، ما دام أنه بطبيعته محتمل الكسب والخسارة على السواء .

والرشد - بما قد يعترض التمييز من عوارض تعدمه أو تنتقص منه . وإذا اكتمل التمييز للانسان دون عارض يعترضه ، فتكون له أهلية أداء كاملة ، ولكن قد يعوقه أحد الموانع عن مباشرتها . فنعرض لأحكام هذه الأهلية اذن في تدرجها بتدرج السن ، وفي عوارضها ، ثم في موانعها .

الوجه الأول

تدرج الأهلية بتدرج السن

لما كان مناط أهلية الأداء كمال التمييز ، وكان التمييز متدرجا عند الانسان تبعا للسن ، فإن أهلية الأداء تتدرج اذن تبعا لتمييز والسن من الانعدام الى النقص الى الكمال .

٢٩٥ - انعدام الأهلية

قلنا ان أهلية الأداء مناطها كمال التمييز ، والتمييز منعدم تماما عند من لم يبلغ السابعة وهو من يعرف عادة لذلك باسم الصبي غير المميز ، فتكون أهلية الأداء عنده منعدمة انعداماً تاماً . وقد نصت على ذلك المادة ٤٥ من التقنين المدني بقولها « ١ - لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن ٠٠ - ٢ - وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز » .

ومعنى انعدام أهلية الأداء عند الصبي غير المميز ، انعدام قدرته على اجراء أى نوع من أنواع التصرفات القانونية حتى ما كان منها نافعا له نفعا محضاً كقبول الهبة ، اذ قوام التصرفات القانونية هو الارادة ، ولا ارادة عند من لم يبلغ السابعة من عمره . وبذلك تعتبر جميع تصرفاته القانونية باطلة لا يرتب القانون عليها أى أثر . وقد نصت على ذلك المادة ١١٠ من التقنين المدني بقولها « ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله . وتكون جميع تصرفاته باطلة » .

والمقصود ببطلان جميع تصرفات الصبي غير المميز ، بطلانها بطلاناً مطلقاً أى اعتبارها منعدمة كأن لم تكن ، بحيث يكون لكل ذى مصلحة - سواء كان (م ٣٧ - المدخل الى القانون)

هو نفس الصغير بعد اكتمال أهليته ، أو الولي أو الوصي أو من تعاقد مع الصغير غير المميز - التمسك بالبطلان ، ويجب على المحكمة القضاء بالبطلان من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به أحد من ذوى الشأن ، وتظل هذه التصرفات باطلة لا تصححها أية اجازة لاحقة (م ١/١٤١ مدني) سواء من الصغير بعد اكتمال أهليته أو من الولي أو الوصي قبل ذلك .

٢٩٦ - نقص الأهلية

تكون الأهلية ناقصة أى لا منعدمة تماما ولا مكتملة تماما ، فيما بين سن ابتداء التمييز وسن اكتماله أو سن الرشد ، أى فيما بين السابعة والحادية والعشرين ، اذ يكون التمييز فى هذا الدور من الحياة وسطا بين الانعدام والاكتمال ، فيكون النصيب المميز اذن - وهو من يكون بين هذين السنين - ناقص الأهلية . وعلى ذلك تنص المادة ٤٦ من التقنين المدني بقولها : « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد . . يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون » . وقد بين القانون حكم القواعد العامة فى هذا الشأن ، ولكنه ترخص فى الخروج عليها فى أحوال معينة .

(١) حكم القواعد العامة : الصبى المميز ناقص الأهلية (١) بمعنى أنه ليست له أهلية أداء الا فى صدد بعض التصرفات دون البعض الآخر . وتقضى القواعد العامة فى هذا الشأن بأنه يعتبر كامل الأهلية تماما - كمن بلغ سن الرشد - فيما يتعلق بالتصرفات النافعة له نفعا محضاً ، فتصدر عنه صحيحة . وعلى العكس من ذلك ، يعتبر عديم الأهلية - كالصبى غير المميز - فيما يتعلق بالتصرفات الضارة به ضرراً محضاً ، فتقع باطلة بطلانا مطلقاً لا تصححها أية اجازة (م ١/١١١ مدني) .

اما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فالأصل أنه ليس للصبى المميز مباشرتها بنفسه ، وانما يباشرها عنه الولي أو الوصي . فان باشر

(١) انظر فى اعتراض البعض على وصف الصبى المميز بأنه ناقص الأهلية :

سليمان مرقس ، هامش «٢» ، ص ٢٨٦ - ٢٨٨ .

وانظر فى مناقشة هذا الاعتراض : كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٧٩٧ .

الصبي المميز هذه التصرفات بنفسه ، لم تكن صحيحة تماما ولا باطلة بطلانا مطلقا ، وانما باطلة بطلانا نسبيا أى قابلة للإبطال لمصلحة الصبي المميز نفسه (١) (م ٢/١١١ مدنى) . بمعنى أنها تكون صحيحة ولكن يمكن أن يطلب إبطالها من له الحق فى ذلك ، أى اما الولي أو الوصى واما الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد . فاذا قضى بإبطال هذه التصرفات ، اعتبرت كأن لم تكن (٢) . ولكن اذا أجاز هذه التصرفات من له حق إجازتها ، أى المحكمة أو الولي أو الوصى أو الصبي المميز نفسه بعد بلوغه سن الرشد (٣) ، تأكدت صحة هذه التصرفات نهائيا وامتنع طلب إبطالها بعد ذلك (م ٢/١١١ مدنى) .

(٢) الخروج على حكم القواعد العامة : ذلك هو حكم القواعد العامة فى مدى أهلية الصبي المميز أو القاصر لمباشرة التصرفات القانونية . غير أن المشرع قد خرج على هذا الحكم فى حالات استثنائية أوردتها على سبيل الحصر ، نعرض لها فيما يلى :

(١) تنص المادة ٦١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال ، على أن « للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط » . وبذلك تصبح للصبي المميز مطلقا

(١) لما كان إبطال تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر مقصودا به حمايته ، فلا أصل أنه ليس للطرف الآخر - سواء كان عالما أو جاهلا بنقص الأهلية - طلب الإبطال بناء على هذا النقص . ولكن يبدو أنه ليس من حق القاصر فرض تصرفات قانونية على الغير لا يشاركه فيها مختارا ، كرفع دعوى قضائية على الغير ، فحينئذ يكون جائزا تخويل الغير طلب الإبطال كذلك .

أنظر فى هذا المعنى : نقض ١٤ ديسمبر ١٩٥٠ ، مجموعة المكتب الفنى لأحكام محكمة النقض ، السنة الثانية ، رقم ٣١ ص ١٦٢ .

(٢) ومعنى ذلك فى الأصل إعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانوا عليها قبل التعاقد ، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل . ولكن خروجنا على هذا الأصل لا يلزم ناقص الأهلية - اذا قضى بالإبطال لنقص أهليته - أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد (م ١٤٢ مدنى) .

(٣) ولكن يسقط حق الصبي المميز فى الإبطال اذا لم يتمسك به خلال ثلاث سنوات من هذا البلوغ الذى أزال نقص أهليته (م ١٤٠ مدنى) .

ومنذ بلوغ سن السابعة (١) أهلية أداء كاملة (٢) فيما يتعلق بالتصرف في أموال نفقته دون توقف على إجازة أحد . ولكن المشرع راعى مصلحته بأن قرر له ذمة خاصة بأغراض نفقته الى جوار ذمته العامة ، بحيث لا تكون الديون المتعلقة بهذه الأغراض مضمونة الا في حدود المال المخصص لها ، فلا تكون مضمونة بأموال ذمته العامة .

(٢) تنص المادة ٦٢ من قانون الولاية على المال على أن « للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردي وفقا لأحكام القانون ٠٠٠ » والقانون انما يقصد بذلك الاعتراف للقاصر منذ بلوغه السابعة بأهلية أداء كاملة في ابرام عقد العمل بوصفه عاملا (٣) ، لا بوصفه رب عمل لأن ذلك يفترض أن تكون له سلطة ادارة أمواله أو بعضها وهو ما لا يتحقق قبل الثامنة عشرة (٤) وهو يستهدف من ذلك تأكيد حرية الصغار في العمل واختيار نوعه دون أن يجبروا عليه من قبل الولي أو الوصي ، ما داموا قد بلغوا سن بدء التمييز وهي السابعة . ولكن مقابل هذه الحرية الكبيرة المعطاة للقاصر للتعاقد كامل ، جعل المشرع للمحكمة حق التعقيب على استعماله لها ، بأن أعطاها سلطة خطيرة في انتهاء ما أبرمه القاصر من مثل هذا العقد ، بناء على طلب الوصي أو ذي الشأن ، اذا كان في الانهاء مصلحة جدية للقاصر أو مصلحة

(١) انظر فيما يراه البعض من الاعتراف بالأهلية في هذه الحالة حتى للصبي غير المميز : منصور مصطفى منصور ، نظرية الحق ، ١٩٦٢ ، ص ١٥٣ .

(٢) قارن مع ذلك :

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ١٩٢ . - منصور مصطفى منصور ، ص ١٥٣ - ١٥٤ .

(٣) ولكن اذا كان بلوغ سن التمييز كافيا لابرام عقد العمل من جانب العامل ، الا أنه يجب مراعاة ما يفرضه المشرع المصري من حد أدنى لمن تشغيل العمال ، بحيث تعتبر عقود العمال القصر الذين لا يبلغون الثانية عشرة (أو الخامسة عشرة أو السابعة عشرة حيث يكون ذلك متطلبا) باطلة بطلانا مطلقا لمخالفتها هذا الحد الأدنى الامر ، وذلك رغم ما يتوافر لهم من أهلية ابرامها (انظر كتابنا اصول قانون العمل ، ج ١ ، عقد العمل ، ط ٢ ، ١٩٦٩ ، فقرة ٦٥ ، ص ١٩٠ - ١٩١) .

(٤) في هذا المعنى :

محمد حلمي مراد ، قانون العمل والتأمينات الاجتماعية ، الطبعة الرابعة ، ١٩٦١ ، فقرة ٢٢٠ - كتابنا اصول قانون العمل ، ج ١ ، فقرة ٦٥ ، ص ١٨٩ .

أخرى ظاهرة (م ٦٢ من قانون الولاية على المال) ، بأن كانت صحته مثلاً لا تحتمل مشاق العمل أو كان من مصلحته توجيهه توجيهها آخر الى احتراف مهنة أخرى أو اكمال تعليمه بما يتيح له مستقبلاً أوسع ويضمن له مركزاً أفضل . وواضح أن قرار المحكمة بانتهاء العقد لا يعنى ابطاله ، فقد عقد صحيحاً من شخص يعترف له المشرع - رغم قصره - بأهلية كاملة فى إبرام عقد العمل الفردى ، ولذلك لا تنصرف آثار هذه الانهاء الى الماضى وإنما الى المستقبل وحده .

(٣) تنص المادة ١/٦٣ من قانون الولاية على المال ، على أن « يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته » . وبذلك تصبح للقاصر بقوة القانون اذا بلغ السادسة عشرة أهلية أداء كاملة فيما يتعلق بالتصرف فى الأجر أو المرتب (١) الذى يحصل عليه من وراء عمله الخاص ، فيكون تصرفه فى هذا الشأن صحيحاً غير متوقف على اجازة أحد . غير أنه مراعاة لمصلحته ، قرر المشرع أن التزاماته فى هذا الشأن لا يتعدى أثرها حدود كسبه ، وبذلك جعل له ذمة خاصة بكسبه الى جوار ذمته العامة . ولكن يكون للمحكمة ، اذا اقتضت المصلحة وحماية للقاصر ، أن تقيد حقه فى ماله المذكور ، وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية (م ٢/٦٣) .

(٤) تنص المادة ١١٢ من التقنين المدنى على أنه « اذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره ، وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » . وبمقتضى هذا النص تكون للصبى المميز البالغ الثامنة عشرة أهلية أداء كاملة فيما يتعلق بأعمال الإدارة وحدها دون أعمال التصرف ،

(١) انظر فيما يقرره تقنين العمل للقاصر البالغ الرابعة عشرة من أهلية قبض الأجر ، ومضى اعتماد التماسق بين هذا الحكم وبين حكم قانون الولاية على المال باعطاء القاصر البالغ السادسة عشرة أهلية التصرف فى الأجر :

كتابنا أصول قانون عمل ، ج ١ ، فقرة ١٥٢ ، ص ٤٤١ و ٤٤٢ .

بشروط أن يؤذن له في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ممن يملك هذا
الاذن ، أى من الولي بأشهاد لدى الموثق أو من المحكمة بعد سماع أقوال
الوصى (م ٥٤ و ٥٥ من قانون الولاية على المال) .

ويفرض قانون الولاية على المال قيودا معينة على أهلية أداء القاصر
المأذون في شأن أعمال الإدارة ، فلا يجيز له تأجير المبانى لمدة تزيد على سنة ،
ولا التصرف فى صافى دخله (١) إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه
نفقتهم قانونا (م ٥٦) . ويخضع القاصر المأذون فى الإدارة - فضلا عن
ذلك - لرقابة المحكمة ، إذ عليه أن يقدم حسابا سنويا يؤخذ عند النظر فيه
رأى الوصى ، ويجوز للمحكمة أن تحد من الاذن المعطى للقاصر أو تسلبه
إياه بعد سماع أقواله ، إذا قصر فى تقديم الحساب السنوى أو أساء التصرف
فى إدارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال فى يده (م ٥٨ و ٥٩
من قانون الولاية على المال) ، ويجوز للولى كذلك - إذا كان هو الذى أذن
للقاصر فى تسلم كل أمواله أو بعضها لإدارتها - أن يسحب هذا الاذن أو
يحد منه بأشهاد لدى الموثق (م ٥٤ من قانون الولاية على المال) .

(٥) تنص المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال على أنه « لا يجوز
للقاصر ، سواء كان مشمولا بالولاية أو الوصاية ، أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة
عشرة من عمره وأذنته المحكمة فى ذلك إذا مطلقا أو مقيدا ، على حسب
ما تتبين من ظروفه . ويراعى أن الاذن للقاصر بالتجارة وإن كان يستوى مع
الاذن له بالإدارة فى اشتراط بلوغه الثامنة عشرة ، إلا أنه لا يصدر إلا من
المحكمة وحدها حتى مع وجود الولي ، بينما يكفى اذن الولي لمباشرة أعمال
الإدارة ، وما ذلك إلا زيادة احتياط وتدقيق فى الترخيص للقاصر بالتجارة
نظرا لما يحفظها من مخاطر يخشى منها على أمواله (٢) » .

(١) يخرج عن ذلك دخله من عمله ، إذ تثبت له منذ بلوغه السادسة عشرة أهلية التصرف
الكاملة فيه كما سبق البيان (فى هذا المعنى : عبد المنعم البدرأوى ، متن وهامش «١»
ص ٦٢٧) .

(٢) انظر فى أهلية القاصر المأذون له فى التجارة :

حطفي كمال طه ، ج ١ ، فقرات ٢٠٠ و ٢٠١ .

(٦) رغم أن الإيحاء تصرف من التصرفات الضارة ضررا محضا ، فلا يجوز من الصبي المميز ويعتبر باطلا بطلانا مطلقا ان أجراه الا أن قانون الوصية أجاز وصية القاصر البالغ الثامنة عشرة بشرط حصوله على اذن من المحكمة (م ٥) ، مراعى في ذلك أن الوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت فلا تلحق ضررا حالا بالقاصر وأنها على أي حال معلقة على اذن المحكمة وموافقتها (١) . وبذلك تعتبر وصية مثل هذا القاصر - خلافا لطبيعتها - فى حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، أى تكون باطلة بطلانا نسبيا أن أجراها دون الحصول على الاذن المذكور ، فتكون صحيحة حتى يحكم بإبطالها اذا طلب الإبطال القاصر بعد بلوغه سن الرشد أو وليه أو وصيه قبل ذلك ، وتتأكد صحتها نهائيا أن أجازتها المحكمة أو أجازها القاصر بعد بلوغ سن الرشد .

٢٩٧ - كمال الأهلية

إذا بلغ الشخص سن الرشد - وهى احدى وعشرون سنة فى القانون المصرى - اعتبره القانون فى الأصل كمال التمييز والارادة الواعية البضيرة . ولما كان كمال التمييز والارادة مناط أهلية الأداء ، فيكون هذا الشخص كمال الأهلية كمالا مطلقا بحيث يملك اجراء كل أنواع التصرفات القانونية بنفسه ، سواء منها النافع نفعا محضا والضرار ضررا محضا والدائر بين النفع والضرر . (م ٤٤ مدنى) .

واكتمال أهلية الشخص ببلوغ سن الرشد على هذا النحو ، معناه انتهاء - الولاية أو الوصاية التى كانت مقامة عليه ، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه (م ١٨ و ١/٤٧ من قانون الولاية على المال) ، بسبب اصابته بعارض يفقده قواه العقلية كالجنون أو العته (٢) أو يخل بتقديره وتديره كالسفه أو الغفلة . ومتى تقرر استمرار

(١) فى هذا المعنى :

عبد الختم فرج الصدة ، فقرة ٩٥ .

(٢) أنظر فيما يراه البعض من استمرار الولاية أو الوصاية فى حالتى الجنون والعته =

الولاية أو الوصاية بعد بلوغ سن الرشد ، فتظل قائمة لا يرفعها الا قرار من المحكمة في حال رجوع العقل أو اعتدال التقدير ، فيصبح الشخص به حينئذ كامل الأهلية .

الوجه الثاني

عوارض الأهلية

٢٩٨ - أثر عوارض الأهلية في اعدامها أو الانتقاص منها

إذا بلغ الشخص سن الرشد غير محكوم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، اعتبر منذ هذا البلوغ كامل أهلية الأداء . والأصل أن يستمر كمال أهليته حتى انتهاء شخصيته بالموت . ولكن قد يطرأ على عقل الشخص عارض يعدم تمييزه وإرادته كالجنون والعتة فيعده القانون عديم الأهلية ، أو يطرأ على تقديره عارض يخل بحسن تدبيره وبصره بالأمر كالسفه والغلظة فيعده القانون ناقص الأهلية . ويحجر عليه في الحالتين بحكم يصدر من المحكمة ، وينصب الحكم قيما عليه ، ولا يرفع الحجر عنه الا بحكم يقضى بذلك .

٢٩٩ - الجنون والعتة

يقصد بالجنون ذلك المرض الذي يصيب العقل فيفقده ويعدم التمييز ، وبالعتة ذلك الخلل الذي يعترى العقل دون أن يبلغ مبلغ الجنون فيجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم . والأصل أن العتة لا يعدم التمييز دائما كالجنون ، فقد يقتصر أحيانا على مجرد الانتقاص منه ، مما كان ينبغي معه التفريق في الحكم بين العتة المعدم للتمييز والمساوى للجنون وبين مجرد العتة المنتقص من التمييز . ولكن القانون المصري - أمام دقة التمييز بين نوعي

= وحدهما دون حكم سابق من المحكمة بذلك :

عبد الفتاح عبد الباقي ص ٩٢ و ٩٣ ، و هامش «١» ص ٩٣ .

ونظر في مناقشة هذا الرأي :

كتابنا أصول القانون ، هامش «٢» ص ٨٠٥ .

العتة - أغفل هذا التفريق (١) ، وسوى في الحكم بين المجنون وبين المعتوه عموماً ، فاعتبر كلا منهما عديم الأهلية كالصبي غير المميز (٢) ، اذ نص على أنه « لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون » (م ١/٤٥ مدني) . ويراعى أن المشرع المصري قد اعتبره الجنون معدماً للأهلية ، لا يفرق - كما يفعل فقهاء الشريعة الإسلامية - بين جنون مطبق كامل يستوعب كل الأوقات وبين جنون غير مطبق متقطع بالافاقة في بعض الأوقات (٣) ، وحسنا فعل ، لأن ذلك أدعى إلى الحسم والقطع في أمر كهذا يستغنى على الإثبات ويفتح الباب واسعاً لكثير من المنازعات .

وعلى ذلك ، فكل تصرفات المجنون والمعتوه تكون باطلة بطلاناً مطلقاً ، سواء منها النافع له نفعاً محضاً والضرار ضرراً محضاً والدائر بين النفع والضرر . غير أن إجراء حكم البطلان يفترض في الأصل صدور قرار من المحكمة بالحجر على المجنون أو المعتوه وتنصيب قيم عليه (م ٦٥ من قانون انولاية على المال) ، لأن الجنون والعتة عارضان طارئان خلافاً للأصل من اكتمال الأهلية منذ بنوغ سن الرشد . ولكن تحذير الكافة من احتمال توقيع الحجر على المجنون أو المعتوه وإعلامهم بهذا التوقيع من بعد ، يقتضى تسجيل طلب الحجر أو قرار الحجر ، بحيث لا يعتد بأثر الجنون أو العته ، المعتمد للأهلية إلا منذ هذا التسجيل . وعلى هذا النحو ، إذا صدر من المحكمة قرار بالحجر على المجنون أو المعتوه ، فيعتبر في حكم فاقداً للأهلية في مواجهة الكافة من تاريخ تسجيل طلب الحجر أو من تاريخ تسجيل قرار الحجر إذا لم يسجل .

(١) أنظر في الأخذ بهذا التفريق في الشريعة الإسلامية :

أحمد إبراهيم ، الأهلية وعوارضها والولاية في الشرع الإسلامي ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الأولى ، ص ٣٥٢ وما بعدها ، أنظر ص ٢٧٣ و ٢٧٤ . - عمر عبد الله . - سلم الوصول لعلم الأصول ، ص ١٠٣ .

(٢) قارن مع ذلك :

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٥٧ . - سليمان مرقس ، فقرة ٢٤٦ .

(٣) أنظر في هذه التفرقة :

أحمد إبراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٢٧٣ . - عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية ، ص ٢٢٧ ، ٢٢٨ . - عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٩٥ .

الطلب ، بحيث تقع كل تصرفاته الصادرة بعد هذا التسجيل أو ذاك باطلة
بطلانا مطلقا (م ١/١١٤ مدنى ، و م ٢/١٠٢٨ مرافعات (١)) .

ومقتضى اعتبار المجنون أو المعتوه غير فاقد الأهلية الا منذ تسجيل طلب
أو قرار الحجر ، أن يظل معتبرا كامل الأهلية الى حين حصول مثل هذا
التسجيل ، فلا تعتبر تصرفاته فى هذه الفترة باطلة على أساس انعدام الأهلية
رغم قيام حالة الجنون أو العته فى الواقع . ومع ذلك ، فهى تعتبر فى الأصل
باطلة فى هذه الفترة على أساس آخر هو انعدام الارادة عنده وهى قوام
التصرفات القانونية . ولكن اذا كان من شأن اطلاق هذا الحكم بسط حماية
كبيرة على المجنون أو المعتوه ، الا أن هذه الحماية تتحقق على حساب الغير حسن
النية . لذلك رأى المشرع المصرى فى التقنين المدنى الحالى (٢) أن لا يحسب
المجنون أو المعتوه فى هذه الفترة الا بالقدر الذى لا يضر التعاقد معه حسن
النية ، فنص على أنه « اذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر (أو
تسجيل طلب الحجر » م ٢/١٠٢٨ مرافعات » ، فلا يكون باطلا الا اذا
كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على
بيئة منها » (م ٢/١١٤) .

وعلى هذا النحو ، لا يوجد ما يحول دون اعمال الأصل وتوفير أكبر قدر
من الحماية للمجنون أو المعتوه فى الفترة السابقة على تسجيل طلب أو قرار
الحجر ، باعتبار كل تصرفاته خلالها باطلة بطلانا مطلقا لانعدام الارادة ، اذا
كان التعاقد معه سىء النية يعلم بقيام حالة الجنون أو العته أو كان من اليسير
أو الواجب عليه العلم بها نظرا لشيوعها . أما اذا كان التعاقد معه حسن

(١) هذه المادة من بين مواد قانون المرافعات الملغى التى لم يلغها قانون المرافعات الجديد
بل أبقى على العمل بها بعد ثباته .

(٢) كان القضاء المصرى جاريا فى ظل التقنين القديم على اطلاق حكم البطلان حماية
للمجنون والمعتوه .

انظر بخاصة فى ذلك :

نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، دار النشر للجامعات ، السنة
الاولى ، رقم ٤٣ ، ص ١٤٩ . - نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ ، مجموعة الكتب الفنى لأحكام محكمة
النقض ، السنة الثالثة ، رقم ١٨ ، ص ٩٣ .

النية لا يعلم بحالة الجنون أو العته أو لم يكن في استطاعته العلم بها لعدم ذبوعها وشيوعها ، فرعاية لحسن نيته وتحقيقه للأمن والاستقرار في المعاملات ، يترخص المشرع في رفع الحماية عن المجنون أو المعتوه والخروج على الأصل من وجوب اعتبار تصرفاته في هذه الفترة باطلة لانعدام الإرادة ، فيجعل لهذا المتعاقد حق التمسك بصحة تصرفات المجنون أو المعتوه (١) .

٣٠٠ - السفه والغفلة

يقصد بالسفه التبذير والسرف في انفاق المال على غير ما يقضى به العقل (٢) . ويقصد بالغفلة سهولة التردى في القبح لسلامة القلب والنية وبساطة العقل وعدم كمال التمييز بين الرابع والخاسر من التصرفات (٣) .

(١) نقص أهلية السفه أو ذى الغفلة في الأصل بالحجر عليه :

نظرا لأن السفه والغفلة لا يعتبران معدين للعقل أو التمييز ، بل يصيبان بالخلل سلامة التقدير وحسن التدبير ، فإن القانون يعد كلا من انسفيه وذى الغفلة في الأصل ناقص الأهلية (م ٤٦ مدنى) ، ويسوى بذلك بينه وبين الصبى المميز في الحكم . وعلى ذلك ، تكون تصرفات السفه وذى

(١) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٥٦ . - سليمان مرقس ، فقرة ٢٤٦ .
- سمس الدين الوكيل . ص ٨٠ و ٨١ . - أنور سلطان ، ج ١ فقرة ٦٥ . - اسماعيل غانم .
الرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ٢١٠ و ٢١١ .

نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ المشار اليه في الهامش السابق .

ومع ذلك ، يذهب بعض الفقهاء الى أن تصرفات المجنون أو المعتوه قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر تقع باطلة حتى ولو كان الجنون أو العته غير شائع أو كان الطرف الآخر على غير بينة منه ، وذلك على أساس انعدام الإرادة (عبد المتعم فرج الصفة ، فقرة ١٠٤ . - عبد الفتاح) .
عبد الباقي ، فقرة ٦٩ ، ص ١٠٥ - ١٠٧) .

ولكن أنظر في انتقاد هذا الرأى : كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٨١١ - ٨١٢ . - منصور مصطفى منصور ، هامش ص ١٧٨ .

(٢) أنظر نقض ٢٠ يونيو ١٩٥٧ ، مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض ، السنة الثامنة ،

رقم ٦٩ ، ص ٦١٩ .

(٣) أنظر نقض ٢٣ ديسمبر ١٩٥٤ ، المجموعة السالفة الذكر ، السنة السادسة ، رقم

٤٩ ، ص ٣٨٦ .

١٠ الغفلة صحيحة اذا كانت نافعة له نفعا محضا ، وتكون باطلة بطلانا مطلقا اذا كانت ضارة ضررا محضا ، وتكون باطلة بطلانا نسبيا أى قابلة للإبطال اذا كانت دائرة بين النفع والضرر .

غير أنه لما كان السفه والغفلة عارضين طارئین خلافا للأصل من اكتمال الأهلية منذ بلوغ سن الرشد ، فإن أثرهما فى الانتقاص من الأهلية بعد كمالها - كآثر الجنون والعتة فى اعدام الأهلية - لا يتحقق الا بقرار يصدر من المحكمة بالحجر على السفه أو ذى الغفلة (١) وتنصيب قيم عليه (م ٦٥ من قانون الولاية على المال) . ويعتد المشرع فى ذلك - كما يعتقد فى شأن الجنون والعتة - بتسجيل طلب أو قرار الحجر ، بحيث لا تأخذ تصرفات السفه أو ذى الغفلة المحجور فى مواجهة الكافة حكم تصرفات الصبي المميز الا اذا صدرت منه بعد تسجيل طلب الحجر أو بعد تسجيل قرار الحجر اذا لم يسجل الطلب (م ١١٥ / ١ مدنى ، و م ٢ / ١٠٢٨ مرافعات) . فما يصدر منها بعد هذا التسجيل ، يكون صحيحا اذا كان نافعا نفعا محضا ، وباطلا بطلانا مطلقا اذا كان ضارا ضررا محضا ، وقابلا للإبطال اذا كان دائرا بين النفع والضرر .

أما تصرفات السفه أو ذى الغفلة المحجور التى تصدر قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر ، فتعتبر كلها فى الأصل صحيحة . ولكن حماية مال السفه أو ذى الغفلة من نفسه أو من الغير ، يقتضى الخروج على هذا الأصل ، بتقرير نقص أهليته وبطلان تصرفاته أو قابليتها للإبطال على حسب الأحوال رغم وقوعها قبل هذا التسجيل ، فى مواجهة المتعاقد معه سىء النية الذى يقصد بالتعاقد استغلال حالته من السفه أو الغفلة أو يبيت به معه التوقى من آثار الحجر المتوقع تحايلا وتواطؤا على حكم القانون .

(١) أنظر فى اختلاف فقهاء الشريعة الاسلامية وبخاصة فى اختلاف أبى حنيفة والصاحبين حول جواز الحجر على السفه أو ذى الغفلة البالغ :
أحمد ابراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٥٢٣ - ٥٢٦ . عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ٢٢٩ و ٢٤٠ . عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١١٢ - ١١٥ . محمد مصطفى شلبي ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ، ص ٣٢٠ - ٣٢٢ .

لذلك قضى المشرع بأن التصرف الصادر من السفه أو ذى الغفلة قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر « لا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » (م ٢/١١٥ مدنى ، و م ٢/١٠٢٨ مرافعات) . وعلى هذا النحو ، لا يكفي لبطلان أو إبطال تصرفات السفه أو ذى الغفلة المحجور الواقعة قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر مجرد شيوع حالة السفه أو الغفلة أو حتى علم المتعاقد معه بهذه الحالة ، بل يجب أساساً ما توافر الاستغلال من جانب الأخير لهذه الحالة واما قيام التواطؤ بينه وبين السفه أو ذى الغفلة على تمكينه من التهرب مقدماً من آثار الحجر المرتقب (١) .

(٢) الخروج على أصل نقص أهلية أو ذى الغفلة المحجور :

إذا كان مقتضى الأصل اعتبار السفه أو ذى الغفلة المحجور ناقص الأهلية على النحو السالف ذكره ، إلا أن المشرع قد خرج صراحة على هذا الأصل فى الحالتين الآتيتين :

(١) أجاز القانونون للسفيه ولذى الغفلة المحجور عليهما الإيصاء (٢) بشرط الحصول على إذن من المحكمة (م ١/١١٦ مدنى) ، وذلك رغم أن هذا التصرف من التصرفات الضارة ضرراً محضاً مما كان ينبغي معه اعتباره - طبقاً للأصل - باطلاً بطلاناً مطلقاً . وبذلك تأخذ وصية السفه أو ذى الغفلة المحجور استثناء حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للإبطال إذا صدرت منه دون إذن من المحكمة .

(١) أنظر نقض ٢٨ يناير ١٩٦٩ ، مجموعة أحكام النقض ، ص ٢٠ ، ع ١ ، رقم ٣٠ ، ص ١٨٢ ، حيث يقرر الحكم أنه « يكفي ... لإبطال التصرف الصادر من السفه قبل تسجيل قرار الحجر أن يكون نتيجة استغلال أو تواطؤ ، فلا يشترط - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - اجتماع هذين الأمرين ، بل يكفي توافر أحدهما . والمقصود بالاستغلال أن يعلم الغير بسفه شخص فيستغل هذه الحالة ويستصدر منه تصرفات « تتعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة » . أما التواطؤ فيكون عندما يتوقع السفه الحجر عليه فيعتمد إلى التصرف فى أمواله إلى من يتواطأ معه على ذلك بقصد تقويت آثار الحجر المرتقب » .

(٢) يقرر النص كذلك صحة الوقف الصادر من السفه أو ذى الغفلة المحجور متى أذنته المحكمة فيه . ولكن لم يعد متأثراً اليوم هذا التصرف من جانبه ، لأن الأصل فى إباحته له وقفه على نفسه فى حياته أولاً ، وقد ألغى أخيراً نظام الوقف على غير الخيرات (فى هذا المعنى : محمد سامى مذكور ، ص ١٠١ - كتابنا سالف الذكر ، ص ٨١٨) .

(٢) أجاز القانون للسفيه ولذى الغفلة المحجور عنيهما مباشرة أعمال الإدارة إذا أذن لهما من المحكمة في تسلم كل أو بعض أموالهما لإدارتها ، فتكون لهما إذن أهلية أداء كاملة في شأن هذه الأعمال على التفصيل الذى سبق بيانه في أهلية القاصر البالغ الثامنة عشرة والمأذون له بالإدارة (١) (م ٦٧ من قانون الولاية على المال) .

وإذا كان المشرع يقتصر على التصريح بالخروج على أصل نقص أهلية السفيه أو ذى الغفلة المحجور في الحالتين المتقدمتين ، فيجب أن لا يستخلص من ذلك أن الخروج على حكم الأصل فى شأنه قاصر على هاتين الحالتين وحدهما . إذ يمكن عن طريق القياس الاعتراف للسفيه أو ذى الغفلة بأهلية أداء كاملة فى الحدود المعترف للصبي المميز بها ، إلا حيث يتعذر هذا القياس لتعارض بعض الأعمال المأذون بها هذا الصبي مع حالة السفه أو الغفلة .

ولذلك نرى أنه يكون للسفيه أو ذى الغفلة أهلية التصرف - كالصبي المميز عموماً - فيما يخص له من مال لأغراض نفقته وفى إبرام عقد العمل الفردى ، وأهلية التصرف - كالصبي البالغ السادسة عشرة - فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره . ولكننا لا نرى تسوية السفيه أو ذى الغفلة بالقاصر البالغ الثامنة عشرة من عمره من حيث جواز الإذن له من المحكمة بمباشرة التجارة (٢) ، لتناقى حالة السفه والغفلة تنافياً تاماً مع ما تقتضيه التجارة من استقامة واعتدال التدبير وحسن النظر إلى الأمور .

(١) ولكن يراعى أن الإذن بالإدارة للسفيه أو ذى الغفلة المحجور لا تملكه إلا المحكمة وحدها طبقاً لصريح نص المادة ٦٧ من قانون الولاية على المال ، بينما يملك الإذن بالإدارة للصبي البالغ الثامنة عشرة الولي أو المحكمة على السواء (م ٥٤ و ٥٥ من قانون الولاية على المال) .

(٢) أنظر عكس ذلك :

مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٢٠٦ .

الوجه الثالث موانع الأهلية

٣٠١ - طبيعة موانع الأهلية وتعدادها

إذا بلغ الشخص سن الرشد ولم يحجر عليه من بعد لعارض من عوارض الأهلية المتقدم ذكرها ، فيظل على حاله من كمال أهلية الأداء . غير أن ثم ظروفًا قد تقوم فتمنعه منعا كليًا أو جزئيًا - رغم كمال أهليته - من إمكان مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده . لذلك يجعل القانون لمثل هذا الشخص نائبًا يقوم عنه بمباشرة هذه التصرفات أو يعينه على مباشرتها .

وموانع الأهلية ثلاثة : مانع مادي هو انفية ، ومانع قانوني هو الحكم بعقوبة جنائية ، ومانع طبيعي هو وجود عاهة مزدوجة أو ضعف جسماني شديد . ولا تنتقص هذه الموانع من كمال تمييز أو إرادة من تقوم به . ولذلك يظل الغائب أو المحكوم عليه أو ذو العاهة المزدوجة أو الضعف الجسماني كامل الأهلية كما يقضى الأصل ، وإن امتنعت عليه مباشرة أهليته وأجراء التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده . فنعرض فيما يلي لهذه الموانع على الترتيب المتقدم .

٣٠٢ - المانع المادي بالفيبة

يقضى قانون الولاية على المال بأن تقيم المحكمة وكيلًا عن الغائب كامل الأهلية أو تثبت وكيله العام القائم متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه ، في حالة ما إذا كان مفقودًا لا تعرف حياته أو مماته ، وفي حالة ما إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم ، أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم في الخارج واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من ينوبه في إدارتها (م ٧٤ و ٧٥) .

فالغيبية التي يتحقق بها مانع الأهلية (١) قد تكون اذن غيبة يعتبر فيها الغائب في حكم المفقود الذي لا تعلم حياته من مآته ، وقد تكون غيبة محققة معها حياة الغائب ، ما دامت انقضت في الحالتين مدة سنة أو أكثر على ابتداء الغيبة . اذ في الحالة الأولى يتوافر المانع دائما لاستحالة مباشرة المفقود شئونه ، ولكنه لا يتوافر في الحالة الثانية الا حيث يستحيل على الغائب مباشرة التصرفات القانونية التي تقتضيها مصالحه أو الاشراف على من أنابه في مباشرتها ورعاية شئونه .

ولما كانت الغيبة مجرد مانع يقوم بالغائب فيمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه مما يقتضى تعيين وكيل يقوم بهذه المباشرة نيابة عنه ، فان العيبة تنتهى هي وآثارها بزوال سببها ، سواء بعودة الغائب أو توصله من بعد - رغم استمرار الغيبة - الى تولي شئونه بنفسه أو الاشراف على من ينييه في ادارتها . وكذلك تنتهى الغيبة اذا لم بعد ليا محل ، سواء بموت الغائب ، أو بالحكم - اذا كان مفقودا - باعتباره ميتا (م ٧٦ من قانون الولاية على المال) .

٣٠٣ - المانع القانوني بالحكم بعقوبة جنائية

تنص المادة ٢٥ / رابعا من تقنين العقوبات على أن كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه مدة اعتقاله من مباشرة أعمال الإدارة الخاصة بأمواله وأمواله . ويكون له تعيين قيم تقرر المحكمة المدنية التابع لها محل اقامته ليقوم بمباشرة هذه الأعمال عنه ، والا عينت له المحكمة قيما بناء على طلب النيابة العامة أو ذى مصلحة في ذلك . وفضلا عن ذلك ، تمتنع على المحكوم عليه بعقوبة جنائية مباشرة أعمال التصرف الا بناء على اذن من المحكمة المدنية المذكورة ، وكل تصرف يباشره دون الحصول على هذا الاذن يعتبر باطلا بطلانا مطلقا .

(١) ظاهر أن الغيبة لا تعتبر من موانع الأهلية الا اذا كان الغائب في الأصل كامل الأهلية . لأنه لو كان عديها أو ناقصا لكانت الولاية على ماله ثابتة من الأصل لولى أو وصى أو قيم ، فلا يوجد رغم الغيبة اذن ما يمنع من مباشرة شئونه ، اذ يباشرها عنه الولي أو الوصى أو القيم (في هذا المعنى : سليمان مرقس ، فقرة ٢٢٠ ص ٣٤٤ - كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٣١٢ ، ص ٨٢١ و ٨٢٢) .

فالحكم بعقوبة جنائية اذن مانع قانوني يمنع المحكوم عليه بها من مباشرة أعمال الادارة الا بواسطة قيم ، ومن مباشرة أعمال التصرف الا باذن من المحكمة، دون أن ينتقص ذلك من كمال أهليته، اذ مناط الأهلية كمال التمييز والارادة وهما لا يزالان سليمين لم يؤثر فيهما صدور حكم بالعقوبة عليه .

وهذا المانع يفرضه المشرع كعقوبة تبعية على المحكوم عليه بعقوبة الجنائية وحدها دون عقوبة الجنحة أو المخالفة ، نظرا لخطورة جريمته وعقوبتها ، بحيث يسلبه القيام بنفسه بالتصرفات القانونية دون رقابة ، ليحرمه بذلك من القدرة على الاستعانة بماله للتمكن من الهرب والنجاة من العقوبة أو التخفف من قيود تنفيذها . وواضح أمام هذه الحكمة أن قيام هذا المانع واستمراره يكون رهنا بتنفيذ العقوبة واستمرار هذا التنفيذ ، ولذلك يرتفع هذا المانع بالافراج عن المحكوم عليه ولو افراجا شرطيا(١) ، فترد اليه أمواله ويقدم له القيم حسابا عن ادارته .

٣٠٤ - المانع الطبيعي بالعاهتين أو العجز الجسماني الشديد

وقد يكون الشخص مصابا بعاهتين اثنتين من عاهات ثلاث هي الصمم والبكم والعمى ، بحيث تتعذر عليه الاحاطة الكاملة بكل ظروف التعامل الواقعية أو التعبير عن ارادته على الوجه الذي يفهم به عنه فهما صحيحا مما قد تتأثر به أمواله ومصالحه . أو قد يكون مصابا - رغم خلوه من هذه العاهات - بعجز جسماني شديد، كشلل في لسانه يعجزه عن النطق الواضح أو يجعل كلامه غير مفهوم بحيث لا يؤمن 'نفراده - على هذه الحال - بالتصرف في ماله . فمثل هذا الشخص أو ذلك ، رغم كمال أهليته الذي لا تنتقص منه العاهة المزدوجة أو العجز الشديد لأن تمييزه وارادته يظلان سليمين لا تشوبهما بسبب ذلك شائبة ، يكون في وضع يستعصى عليه فيه الانفراد بمباشرة هذه الأهلية في شأن ما يلزمه اجراؤه من تصرفات قانونية . من أجل ذلك ، يقرر القانون جواز اقامة مساعد قضائي يكون بمثابة عون له في اجراء هذه التصرفات ، بما يضمن احاطته بعناصر الواقع احاطة تامة والتعبير عن ارادته تعبير حقيقيا صحيحا . اذ تنص المادة ١١٧/١ من التقنين المدني

(١) انظر كتابنا مد لف الذكر ، ص ٨٢٤ .

على أنه « إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضى مصلحته فيها ذلك » . وكذلك تقضى المادة ٢/٧٠ من قانون الولاية على المال بأنه يجوز للمحكمة تعيين مساعد قضائي « إذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد ، » .

وعلى هذا النحو ، لا يكفي توافر عاهتين في الشخص من العاهات الثلاث المذكورة ولا توافر العجز الجسماني الشديد عنده لتعيين مساعد قضائي يعاونه في مباشرة التصرفات القانونية ، بل يجب فضلا عن ذلك أن يكون من شأن اجتماع العاهتين أو قيام العجز الشديد أن يتعذر على الشخص التعبير عن إرادته أو يخشى من انفراده بهذا التعبير ، فالأمر هنا يتعلق بمانع من الأهلية لا بعارض ينتقص من كمائها . ولذلك ليس ثم ما يدعو إلى تعيين مساعد قضائي لشخص ذي عاهة مزدوجة أو عجز جسماني شديد ، إذا كان يظل - رغم العاهة أو العجز - مستطيعا في يسر الاحصاء بظروف الواقع والتعامل والتعبير عن إرادته تعبيرا حقيقيا صحيحا ، إذ لا يقوم حينئذ خطر على أمواله ومصالحه من انفراده بمباشرة التصرفات القانونية .

فإذا قدرت المحكمة تعذر تعبیر ذي العاهة المزدوجة أو العجز الجسماني الشديد عن إرادته بحيث يخشى من انفراده بمباشرة التصرفات القانونية، تعين له مساعدا قضائيا يعينه على هذه المباشرة . غير أن المحكمة لا تقرر المساعدة القضائية في كل التصرفات ، وإنما فحسب في تلك التصرفات التي تقتضى مصلحة ذي العاهتين أو العجز تقرير المساعدة فيها (م ١/١١٧ مدني (١)) .

(١) إذا كان قانون الولاية على المال يحدد التصرفات التي تقرر فيها المساعدة القضائية بالتصرفات المنصوص عليها في المادة ٢٩ منه وهي التصرفات التي لا يجوز للموصى مباشرتها إلا بأذن من المحكمة (م ١/٧٠) ، فليس المقصود بذلك إلا إقامة قرينة قانونية على أن هذه التصرفات المحددة تقتضى مصلحة ذي العاهتين أو العجز تقرير المساعدة فيها بحيث يعني بذلك من إقامة الدليل في شأنه على توافر هذه المصلحة . ولذلك ليس ثم ما يمنع في غيرها من التصرفات وحيث تتخلف هذه القرينة . من تحمل عبء إقامة الدليل على توافر مثل هذه المصلحة لتقرير المساعدة في مباشرتها كذلك (انظر كتابنا سالف الذكر . ص ٨٢٥ و ٨٢٦ - رنجن انظر عكس ذلك : اسماعيل غانم ، ١٩٥٨ ، ص ٢١٥) .

والمساعد القضائي - على خلاف الولي أو الوصي على القاصر أو القيم على المحجور - لا يباشر منفردا تصرفات ذى العاهة المزدوجة أو العجز الجسماني الشديد نيابة عنه وانما يباشرها بالتعاون والاشتراك معه ، فهو ليس بنائب وانما هو معاون ، ولذلك لا تصدر التصرفات التى تتقرر بشأنها المساعدة القضائية من أحدهما بانفراد ، ولكن تصدر منهما معا . ومن هنا ، فانفراد المساعد القضائي بمباشرة تصرف من التصرفات القانونية محل المساعدة ، لا يجمعه نافذا فى حق ذى العاهة المزدوجة أو العجز الشديد . وكذلك فانفراد ذى العاهتين أو العجز بمباشرة تصرف من هذه التصرفات ، يجعله قابلا للإبطال لمصلحته اذ وقع التصرف بعد تسجيل طلب أو قرار المساعدة ، أما اذا وقع التصرف قبل هذا التسجيل ، فلا يكون قابلا للإبطال الا اذا كان المتعاقد مع ذى العاهتين أو العجز سىء النية (م ١١٧/٢ مدنى و م ١٠٢٨ مرافعات) .

واذا كان الأصل وجوب اشتراك المساعد القضائي مع ذى العاهتين أو العجز الشديد فى اجراء التصرفات التى تتقرر المساعدة بشأنها ، الا أن للمحكمة أن تأذن بانفراد أحدهما بالتصرف فى حالة امتناع الآخر : فلها أن تأذن المحكوم بمساعدته بالانفراد بالتصرف اذا كان امتناع المساعد فى غير محله ، ولها أن تأذن المساعد بالانفراد بالتصرف^(١) اذا كان امتناع المحكوم بمساعدته عن القيام بتصرف معين يعرض أمواله للخطر (م ٧١ من قانون الولاية على المال) .

واذا كان المانع من أهلية ذى العاهتين أو العاجز عجزا جسمانيا شديدا لا يتحقق الا بقرار من المحكمة بالمساعدة القضائية ، فهو كذلك لا يرتفع الا بقرار منها برفع المساعدة .

(١) اذا أذنت المحكمة المساعد القضائي بالانفراد باجراء تصرف من التصرفات المقررة فيها المساعدة أصلا ، فيعتبر المساعد حينئذ - بمقتضى هذا الاذن - نائبا عن ذى العاهتين أو العجز فى شأن هذا التصرف وحده . وليس مجرد معاون له كما هو دوره الأصل ، فتكون له اذن - خلافا للأصل - ولاية بالمضى الدقيق على مال ذى العاهتين أو العجز الشديد (أنظر كتابنا مسالك الذكر ص ٨٢٩ و ٨٥٤) .

المطلب الثاني

أحكام الولاية على المال

٣٠٥ - أهلية الأداء والولاية عموما

وقفنا فيما تقدم على أهلية الأداء باعتبارها قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن إرادته تعبيراً منتجاً آثاره القانونية لحسابه وفي ذمته . وتبيننا وجود أشخاص عديمي الأهلية أو ناقصيها إما لصغر في السن أو لعارض من العوارض التي تعدم التمييز والإرادة أو تنتقص منهما ، وأشخاص كاملي الأهلية ولكن تمنعهم موانع من مباشرة أهليتهم سواء كانت موانع مادية أو قانونية أو طبيعية ، بحيث تكون قدرة أولئك وهؤلاء على مباشرة التصرفات القانونية إما منعدمة وإما محدودة وإما ممتنعة . لذلك يجعل القانون لغيرهم ولاية مباشرة عنها ولحسابهم بحيث تنصرف اليهم فنتج آثارها في ذمتهم ولحسابهم لا في ذمة أو لحساب من لهم ولاية مباشرة . ومن هنا كانت الولاية بوجه عام هي قدرة أو سلطة قانونية لشخص معين في مباشرة التصرفات القانونية باسم ولحساب غيره من عديمي الأهلية أو ناقصيها أو كاملها ممن تقوم بهم بعض موانعها وبما ينتج آثارها في حقهم (١) ، والولاية على هذا النحو ، تفرق عن أهلية الأداء التي هي قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لنفسه ولحسابه وبما ينتج أثرها في حقه وذمته (٢) .

٣٠٦ - حصر البحث في الولاية على المال - التنظيم التشريعي لها ، ومنهج البحث فيها

إذا كانت الولاية هي قدرة شخص على مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر وبما ينتج آثارها في حق هذا الأخير ، فقد تكون هذه

(١) أنظر في المعنى الفقهي للولاية عند فقهاء الشريعة الإسلامية باعتبار أنها « تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى » : أحمد إبراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٥٣٢ .

وقارن : عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، ص ١٤٨ و ١٤٩ .

(٢) أنظر سابقا ، فقرة ٢٩٠ ، و فقرة ٢٩١ ، ص ٥٧٣ - ٥٧٤ .

الولاية ولاية على النفس وقد تكون ولاية على المال . والولاية على النفس تكون في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه ، كولاية التعليم والحضانة وولاية التزويج (١) . أما الولاية على المال ، فتكون في الأمور المتعلقة بمال المولى عليه . وسوف نقتصر في هذا المقام على دراسة أحكام الولاية على المال دون أحكام الولاية على النفس ، إذ لنولاية على النفس من الخصوصية ما يدخلها أساسا في دراسة مسائل الأحوال الشخصية وبصفة خاصة في دراسة الزواج وآثاره .

وقد جرى المشرع المصري على تنظيم أحكام الولاية على المال بقوانين خاصة منقصة عن التقنين المدني ، ولذلك اكتفى التقنين المدني الحالي بالإحالة إلى هذه القوانين (م ٤٧) . وقد كان قانون سنة ١٩٢٥ ومن بعده قانون سنة ١٩٤٧ الخاص بالمحاكم الحسبية هو الذي ينظم شئون هذه الولاية ، تنظيما قضى به على ما كان قائما من قبل من تعدد القوانين المطبقة في هذا الشأن باختلاف ديانات وملل الخصوم ووحدة أحكامها بالنسبة إليهم جميعا . ثم حل المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ « بأحكام الولاية على المال » محل قانون « المحاكم الحسبية » في شأن الأحكام الموضوعية لهذا التنظيم . أما الإجراءات المتعلقة بالولاية على المال ، فقد نظمها المشرع في الكتاب الرابع الذي أضافه إلى تقنين المرافعات الملحق رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ (المواد من ٨٥٩ - ١٠٣٢) وهو الكتاب المخصص للإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية . ورغم صدور ونفاذ تقنين المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، فقد استبقى هذا التقنين جل أحكام الكتاب الرابع المذكور (المواد من ٨٦٨ - ١٠٣٢) (٢) لتظل تحكم الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ومن بينها إجراءات الولاية على المال .

(١) بدران أبو العنين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة الإسلامية والمذهب الجعفري والقانون ، ج ١ ، الزواج والطلاق ، ١٩٦٧ ، بيروت ، ص ١٢٥ .
وأنظر كذلك : أحمد إبراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٥٣٣ - ٥٣٦ . - عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، ص ٥٨ - ٦٥ . - عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١٥٠ - ١٦٩ .

(٢) م ١ من قانون إصدار تقنين المرافعات الجديد .

وسوف تقتصر على بحث الأحكام الموضوعية للولاية على المال ، مراعيين في ذلك التقسيم الطبيعي للولاية تبعاً للموئع عنه ، اذ الولاية تثبت اما على مال القصر واما على مال البالغين المحجورين لجنس أو عا أو سعة أو غفة واما على مال كامل الأهلية ممن يقوم بهم مانع من موانعها ، فنعرض لكل من هذه الأنواع الثلاثة من الولاية على التوالي .

الوجه الأول

الولاية على مال القصر

٣٠٧ - أصحاب الولاية على مال القصر ، ومراتبهم

اذا كان من لم يبلغ سن الرشد يعتبر عديم الأهلية أو ناقصها تبعاً لانعدام تمييزه أو ابتدائه دون اكتمال بحيث يفتقد القدرة على مباشرة كل أو بعض التصرفات القانونية بنفسه وحسابه ، فيحتاج اذن الى من يباشر عنه هذه التصرفات بما ينتج أثره في ماله وذمته أي الى فرض الولاية على ماله وإيجاد ولي يرعى شئونه ويباشر تصرفاته .

والولاية على مال القصر تثبت اما للولي واما للوصي . و « الولي » بالمعنى الضيق هو اصطلاح شاع اطلاقه في فقه الشريعة الاسلامية على الأب والجدة الصحيح وهو أبو الأب ، وورثناه عنه ، أما « الوصي » فهو غير الأب أو الجدة الصحيح ، الذي يولى على مال الصغير القاصر اما بالاختيار من قبل الأب واما بالتعيين من قبل المحكمة .

وقد اتبع قانون الولاية على المال مذهب الحنفية في ترتيب أصحاب الولاية على مال القصر (١) : فتثبت هذه الولاية أولاً للأب فهو أولى من غيره بها ، ثم تثبت من بعده لوصيه المختار احتراماً لارادته التي عبر عنها قبل وفاته باختياره ، ثم تثبت من بعده الوصي المختار للجد الصحيح أي لأبي الأب ، ثم تثبت من بعده ذلك لمن تعينه المحكمة من الأوصياء . اذ تقضى المادة الأولى من قانون الولاية على المال بأن « للأب ، ثم للجد الصحيح اذا لم يكن

(٢) أنظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٨٣٢ .

الأب قد اختار وصيا ، الولاية على مال القاصر • وعليه القيام بها ، ولا يجوز له أن يتنحى عنها الا باذن المحكمة • وتقضى المادة ٢٩ منه بأنه « ان لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختار ، تعين المحكمة وصيا • » .

ولئن تعرض للأولياء على مال القاصر بهذا الترتيب ، وانما نعرض أولا للولى بالمعنى الضيق ثم للوصى ، لأن سلطات الولى - رغم بعض التفاوت فيها بين الأب والجد الصحيح - أوسع نطاقا ومنى من سلطات الوصى سواء كان مختارا من الأب أو معيناً من المحكمة ، نظرا لما يفترض فى الولى من شفقة بالصغير قد لا تتوافر فى الوصى •

٣٠٨ - ولاية « الولى » أى الأب والجد الصحيح

(١) ثبوت الولاية : الأصل فى الولاية على مال الصغير القاصر ثبوتها للأب أولا ، والا فتثبت للجد الصحيح اذا لم يكن الأب قد اختار وصيا على مال ابنه • والولاية تثبت على مال القاصر - سواء للأب أو للجد - بقوة اتفاق دون حاجة الى صدور قرار من المحكمة بتعيينه أو تثبيته ولما على ابنه أو ابن ابنه القاصر ، لأنها ولاية طبيعية مفروضة بحكم صلة الدم الوثيقة من القرابة المباشرة • بل ان ثبوت الولاية على هذا النحو ، لا يجعلها حقا للأب أو الجد فحسب ، بل يفرضها كذلك واجبا عليه بحكم مركزه العائلى بالنسبة الى ابنه أو فرعه الصغير ، ولذلك يقضى قانون الولاية على المال بأنه لا يجوز للأب أو الجد أن يتنحى عن الولاية الا باذن المحكمة (م ١) •

ومن البديهي أنه لا يتصور ثبوت الولاية للأب أو الجد على مال ابنه أو ابن ابنه القاصر الا اذا كان هو نفسه كامل الأهلية فى شأن ما يباشرة نيابة عن القاصر من تصرفات ، ولذلك تنص المادة الثانية من قانون الولاية على المال على أنه « لا يجوز للولى مباشرة حق من حقوق الولاية الا اذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو » • ويبدو من ذلك أن النظر الى أهلية الأب أو الجد لا يكون نظرا عاما الى كل حقوق الولاية وانما نظرا خاصا الى كل منها على حدة ، ولذلك اذا كان الولى أهلا لمباشرة بعض هذه الحقوق دون بعض ، تبقى ولايته فيما هو أهل لمباشرة ، أما ما ليس له أهلا

فتقييم المحكمة وصيا خاصا لمباشرة (م ٣١/ و) .

والأصل أن الولاية متى ثبتت للأب أو للجد ، فهي تثبت له على كل أموال القاصر ، ولكن المشرع يستثنى من ذلك ما يتبرع به للقاصر من مال اذا رغب المتبرع فى اخراجه من ولاية الولي ، اذ تنص المادة الثالثة من قانون الولاية على المال على أنه « لا يدخل فى الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع اذا اشترط المتبرع ذلك » ، وحينئذ تقيم المحكمة وصيا خاصا للولاية على هذا المال وادارته (م ٣١/ د) .

(٢) **سلطات الولي وواجباته :** تنحصر وظيفة الولي فى رعاية أموال القاصر وادارتها والتصرف فيها على النحو الذى يحدده القانون (م ٤) . وتقرض عليه هذه الوظيفة وتعطيه الحق فى القيام عن الصغير بما يعجز عن القيام به من تصرفات نظرا لانعدام أو نقص أهليته . وقد حدد القانون مدى ولاية الولي وسلطاته على مال القاصر أو قدرته على القيام عنه بهذه التصرفات ، مراوفا فيها بين الضيق والاتساع بحسب طبيعة التصرف من ناحية وبحسب كون الولي هو الأب أو الجد الصحيح من ناحية أخرى ، فالتصرفات ليست سواء من حيث نفع القاصر أو ضرره ، والأب بالنسبة الى الصغير أحق وأشفق عليه من جده . وقد ساوى القانون بين الأب والجد فى ولاية مباشرة التصرفات النافعة نفعا محضا والتصرفات الضارة ضررا محضا على السواء ، ولكنه فاوت بينهما فى صدد التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وذلك على النحو التالى :

١ - **التصرفات النافعة نفعا محضا للقاصر :** للولي - أبا كان أو جدا - سلطة مباشرة هذه التصرفات . ولكن لا يجوز له قبول هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة الا باذن المحكمة (م ١٢) .

٢ - **التصرفات الضارة ضررا محضا بالقاصر :** ليس للولي - أبا كان أو جدا - مباشرة هذه التصرفات فى الأصل . ولكن استثناء من ذلك ، أجاز له المشرع التبرع من مال القاصر فى حدود أغراض معينة وتحت رقابة المحكمة ، اذ نص على أنه لا يجوز له هذا التبرع « الا لأداء واجب انساني أو عائلي وبإذن من المحكمة » (م ٥) .

٣ - **التصرفات النائرة بين النفع والغرر للقاصر :** يفرق المشرع في شأن هذه التصرفات بين ما يتعلق منها بأعمال الإدارة وما يتعلق بأعمال التصرف .

أ - فما يتعلق منها بأعمال الإدارة : يملكه الأب والجدة على السواء كقاعدة عامة ، وإن كان لا يجوز لأى منهما بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد الى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة (م ١٠) ، ولا الاستمرار في تجارة آلت الى القاصر الا باذن من المحكمة ، وفي حدود هذا الاذن (م ١١) .

ب - وما يتعلق منها بأعمال التصرف ، فولاية الأب في شأنها أوسع من ولاية الجد نظرا لموفر شفقته على الصغير : إذ يكون للأب في الأصل ولاية التصرف في أموال القاصر ، ولا يستثنى من هذا الأصل الا بعض أعمال التصرف الهامة المحددة على سبيل الحصر فلا يملك الولي مباشرتها الا باذن المحكمة ، وهي التصرف في العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه (م ١/٧) (١) واقراض مال الصغير واقتراضه (م ٩) . وأما الجد فهو على خلاف الأب ، إذ ليست له ولاية التصرف في أموال الصغير القاصر الا باذن المحكمة (م ١٥) .

ولكن إذا كانت سلطة الأب أوسع من سلطة الجد في شأن التصرف في مال القاصر على هذا النحو ، فاستثناء من هذا الأصل يستوى الأب والجدة في ضرورة استئذان المحكمة والخضوع لاشرافها في التصرف فيما يؤول الى القاصر من مال موروث أو وصى المورث بعدم تصرف الولي فيه (م ٨) ، إذ في ذلك تحقيق لرغبة المورث ورعاية لمصلحة الصغير على السواء بتقييد الولي باذن المحكمة وخضاع اتمامه للتصرف لاشرافها ورقابتها . كما يستويان في أنه لا يجوز لأى منهما أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها الى الدرجة الرابعة الا باذن المحكمة (٢) ، ولا ... أن يرهن عقار

(١) ولكن « لا يجوز للمحكمة أن ترفض الاذن الا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر ، أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة » (م ٢/٧) .

(٢) إذا أذنت المحكمة بهذا التصرف ، فيكون لها أن تعين وصيا خاصا يتعاقد مع الأب (م ٢١/ب) .

القاصر لدين على نفسه « (م ٦) » ، وذلك يقصد تنزيه الولي ودفع شبهة استغلاله القاصر وتمريض ماله للخطر أو «حماية نفسه أو زوجه أو أقاربها» على حسابه ، خاصة وأن الأمر يعنى عقارا للقاصر لا منقولا والمشرع ما يزال متأثرا بالتقليد الجارى على اعتبار المقارنات اكبر فى القيمة الاقتصادية من المنقولات .

وإذا كان الأصل أن المشرع يمنح الأب ثقة وسلطات أكبر مما يمنح الجد لافتراضه زيادة شفقته على الصغير وإيثاره له ، فإن هذه النظرة المتفاوتة الى الأب والجد على هذا الأساس هى التى تكمن وراء كل الفروق الأخرى بينهما فى السلطات وفى المسئولية على السواء .

فمن ذلك أن المشرع ، يجيز للأب وحده استثناء^(١) - دون الجد - « أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر ، سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، الا اذا نص القانون على غير ذلك » (م ٢) (م ١٤) .

وكذلك ما يقضى به المشرع من اعطاء الأب - دون الجد - الولاية الكاملة للتصرف فى المال الذى تبرع به لابنه ، دون اضطرار لاستئذان المحكمة أو التزام بتقديم حساب عن هذا المال (م ١٣) .

وكذلك ما ينص عليه المشرع من أنه « لا يسأل الأب الا عن خطئه الجسيم ، أما الجد فيسأل مسئولية الوصى » (م ٢٤) حتى عن الخطأ العادى اليسير ، اذ لا يتفق ومقام الأب من ابنه أن يقف أمامه موقف المسئول عن خطأ يسير .

(٣) رقابة الولي : رأينا أن الولي ينضغ لرقابة المحكمة وضرورة استئذانها فى بعض التصرفات ، وإن كان الأب يمتاز على الجد بقسنة التصرفات التى يحتاج الى اذن المحكمة فى مباشرتها . وتفاوت مدى خضوع

(١) الاستثناء هنا من الأصل المقرر وهو عدم جواز تعاقد النائب مع نفسه باسم الأميل (م ١٠٨ مدنى) .

(٢) كص المادة السادسة من قانون الولاية على المال الذى سبقت الإشارة اليه .

الأب والجد للرقابة يتبدى كذلك من ناحية المسئولية والحساب ، فقد أشرنا الى أن الأب لا يسأل الا عن الخطأ الجسيم ، بينما يسأل الجد حتى عن الخطأ اليسير ، مما يجعل الرقابة على الجد أشد منها على الأب . وكذلك اذا انقضت الولاية بينو غ القاصر ووجب رد أمواله اليه ، فحساب الأب عن ذلك يكون أيسر من حساب الجد ، اذ الاصل أن الأب لا يحاسب على ما تصرف فيه من ريع مال القاصر الا اذا كان ريع مال موهوب للقاصر لغرض معين كالتهليم أو القيام بحرفة أو مهنة (م ٢/٢٥) ، بينما يحاسب الجد نفس حساب الوصى (م ٢٦) .

وفيما عدا هذه الحالات ، يتساوى الأب والجد من حيث الرقابة . ولذلك فعدم ايداع الأب أو الجد قائمة بمال القاصر أو ما يؤول اليه منه أو تأخيرها في الايداع ، قد تعدد المحكمة من قبيل تعريض مال القاصر للخطر ، وهو ما يعطيها سلطة الحد من الولاية أو ساطة سلبها في الأحوال الخطيرة (م ٢٠) ، وحينئذ لا تعود الولاية الا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التي دعت الى سلبها أو الحد منها (م ١/٢٣) .

(٤) وقف الولاية وسلبها وانقضاؤها - رأينا فيما تقدم أن رقابة المحكمة للولى قد تؤدى بها الى الحد من ولايته او سلبها ، حيث يؤدى بسوء تصرفه أو تقصيره الى تعريض أموال القاصر للخطر (م ٢٠) . وكذلك يرتب المشرع على الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير (١) سقوطها أو سلبها كذلك بالنسبة الى المال (٢) ، اذ ما دام ليس مؤتمنا على نفس الصغير فلا يؤتمن كذلك على ماله .

وقد لا تسلب الولاية بل توقف فحسب بقرار من المحكمة اذا اعتبر الولي غائبا أو اعتقل تنفيذا لحكم بعقوبة جزائية أو بالحبس مدة تزيد على سنة

(١) انظر في أسباب سلب الولاية على النفس م ٢ و ٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بتقرير حالات سلب الولاية على النفس .

(٢) م ٢٢ من قانون الولاية على المال ، و م ١٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ .
مصادر الذكر .

(م ٢١) ، اذ يقوم به حينئذ مانع من موانع الأهلية لا يتصور معه بقاء ولايته .
والولاية تفترض في الولي الأهلية الكاملة دون مانع .

وكما تسلب الولاية أو توقف بقرار من المحكمة ، لا تعود كذلك إلا
بقرار منها بعد التثبت من زوال الأسباب التي دعت إلى السلب أو الوقف .

وإذا استمرت الولاية قائمة فلم توقف أو تسلب لما ذكرنا من أسباب .
فإنها تنقضي بقوة القانون ببلوغ القاصر سن الرشد ، ما لم تحكم المحكمة
قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه بعد هذا البلوغ (م ١٨) ،
لبلوغه مجنوناً أو معتوهاً أو سفياً أو ذا غفلة (١) . وعلى الولي أو ورنه رد
أموال القاصر إليه عند انقضاء الولاية أو قيمة ما تصرف فيه منها باعتبار
القيمة وقت التصرف ، مع مراعاة ما تقدم من عدم محاسبة الأب - على خلاف
الجد - عما تصرف فيه من ريع مال القاصر (م ٢٥) .

٣٠٩ - ولاية الوصي

(١) تعيين الوصي : الوصي هو كل شخص غير الأب أو الجد تثبت له
الولاية على مال الصغير القاصر ، سواء بالاختيار من قبل الأب (٢) أو بالتعيين
من قبل المحكمة . والوصي المختار أو وصي الأب مقدم - كما رأينا - على الجد .
بينما يتقدم الجد على وصي المحكمة . ولذلك تثبت الولاية على مال القاصر عند
عدم وجود الأب لوصيه المختار حتى مع وجود الجد ، فإذا لم يكن الأب قد
اختار وصياً فالولاية للجد إذا وجد ، فإن لم يوجد تؤول الولاية إلى من تعيينه
المحكمة وصياً .

وعلى خلاف الحال بالنسبة للولي بالمعنى الضيق أي الأب أو الجد الذي
تثبت له الولاية بقوة القانون دون تعيين أو تشييت من المحكمة ، لا تثبت

(١) انظر سابقاً ، ص ٥٨٣ - ٥٨٤ .

(٢) يقصر القانون حق اختيار وصي على الأب وحده ، فليس للجد اختيار وصي يحل محله
بعد وفاته على مال ابنه خلافاً لما يذهب إليه فقهاء الحنفية خاصة (انظر - محمود سعد الدين
الشريف ، الرسالة السابقة ص ١٢٩ - ١٣١ . - عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق -
ص ٢٥٩) .

الولاية للوصى الا بقرار بالتعيين أو التثبيت على حسب الأحوال ، فالوصى المختار من قبل الأب لابد أن تعرض وصايته على المحكمة لتثبيتها (م ٢٨/٤) ، وأما وصى المحكمة فظاهر أنه لابد من صدور قرار من المحكمة بتعيينه (م ٢٩) .

وإذا كان للأب اختيار وصى لابنه التاصر أو حتى للحمل المستكن (م ١/٢٨) ، فيشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أو عرفية مصدق على توقيع الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بامضائه ، ويجوز للأب فى أى وقت أن يعدل عن اختياره (م ٢/٢٨ و ٣) .

وإذا كان الأصل أن ولاية الوصى عامة على كل أموال القاصر ، فقد تدعو الضرورة الى أن تقيم المحكمة - الى جوار الولى أو الوصى العام - وصيا خاصا تحدد مهمته تحديدا دقيقا تقصر بمقتضاه ولايته على بعض أموال القاصر أو بالنسبة الى تصرفات معينة بالذات . ويتحقق ذلك بخاصة : حيث تستلزم الظروف دراية خاصة لاداء بعض الأعمال ، أو حيث يكون الولى غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية ، أو حيث يحتاج الأمر الى التولية على مال آل الى القاصر بطريق التبرع وشرط المتبرع ألا يتولى الولى أو الوصى العام ادارته (١) ، أو حيث تتعارض مصلحة القاصر مع مصلحة الولى أو مع مصلحة الوصى أو زوج أحدهما أو أحد أصوله أو فروعه أو قاصر آخر مشمول بولايته أو وصايته (م ٣١) . وكذلك يجوز للمحكمة تعيين وصى خصومة خاص إذا كان القاصر طرفا فى خصومة ولو لم يكن له مال (م ٣٣) . وفى كل هذه الحالات يكون وجود وصى خاص ضمانا قويا أكيدا لرعاية مصلحة القاصر بوجه عام وحمايته من استقلال الولى أو الوصى بوجه خاص .

وظاهر من ذلك أن ولاية الوصى الخاص - على خلاف ولاية الوصى العام - يكون بقاؤها مؤقتا ومرتهنا بانتهاء العمل الذى أقيم لمباشرة . وتكون الوصاية كذلك مؤقتة - حتى ولو لم تكن خاصة من حيث المال أو التصرف - حيث يعين

(١) الا إذا كان المتبرع قد أقام وصيا مختارا ، فنعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها . كما هو الشأن فى الوصى المختار من الأب (م ٢٨) .

« وصى مؤقتة » من قبل المحكمة ، إذا حكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولي آخر ، أو وقف الوصى أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته (م ٣٢) .

(٢) **واجبات الوصى :** يفرض القانون على الوصى واجبات معينة ضمانا لحسن أدائه وظيفته ورعايته أموال القاصر ، أهمها وجوب تسلمه أموال القاصر وقيامه على رعايتها باذلا في ذلك من العناية ما يظب من الوكيل المأجور (م ٣٦ و ٨٦) حتى ولو كان غير مأجور الوصاية ، أى باذلا في ذلك عناية الرجل المعتاد (م ٢/٧٠٤ مدنى) لا مجرد العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة ولو كانت أدنى من عناية الرجل المعتاد كما هو شأن قرينه الوكيل غير المأجور (م ١/٧٠٤ مدنى) .

و ضمانا لأموال القاصر وهى تحت يد الوصى من تقصيره فى حفظها ، يكون للمحكمة أن تزم الوصى بتقديم تأمينات بالقيمة التى تراها ، ولكن على أن تكون مصروفات تقديم هذه التأمينات - كمصاريف ما يقدمه الوصى من رهن رسمى - على حساب القاصر (م ٣٧) .

وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة بغير تأخير ما يرفع على القاصر من دعاوى وما يتخذ قبله من اجراءات التنفيذ ، وأن يتبع فى شأنها ما تأمر به المحكمة (م ٤٢) .

وعلى الوصى كذلك ، إذا كانت أموال القاصر تزيد على خمسمائة جنيه أو كانت أقل من ذلك حسبما تتطلب المحكمة ، تقديم حساب سنوى قبل أول يناير مؤيدا بالمستندات عن أدبرته . وفى جميع الأحوال ، يجب على الوصى الذى يستبدل به غيره أن يقدم حسابا خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء وصايته (م ٤٥) .

(٣) **سلطات الوصى :** من الطبيعى أن يضيق المشرع من سلطات الوصى أكثر مما يضيق من سلطات الولى نظرا لصلة الدم الوثيقة المباشرة بين الولى وبين القاصر . ويستوى فى ذلك أن يكون الوصى مختارا من الأب أو معينة مباشرة من قبل المحكمة .

ويتساوى الوصى فى سلطاته مع الأب والجدة فى شأن التصرفات النافعة

نفعا محضا والتصرفات الضارة ضررا محضا ، فهو مثلها يملك مباشرة التصرفات النافعة نفعا محضا (٢) ، ولا يملك في الأصل مباشرة التصرفات الضارة ضررا محضا الا لأداء واجب استثنائي أو عائلي وبإذن من المحكمة (م ٢٨) .

ولكنه يختلف عن الأب والجد على السواء في شأن مباشرة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر . فالقاعدة أن الوصي لا يملك مباشرة هذه التصرفات ، سواء منها ما تعلق بأعمال التصرف أو بأعمال الإدارة ، الا بإذن من المحكمة (٢) ، ولكن استثناء من هذه القاعدة ثبت له - دون استئذان المحكمة - ولاية مباشرة بعض أعمال الإدارة القليلة الأهمية ، كإيجار عقار القاصر مدة لا تجاوز ثلاث سنوات ، أو الصلح والتحكيم فيما يقل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة (٣) . وبذلك يتبدى الفارق الكبير بين سلطات الوصي وسلطات الأب بخاصة في هذا الشأن ، إذ بينما يملك الأب في الأصل مباشرة أعمال التصرف وأعمال الإدارة على السواء دون استئذان المحكمة ، يتقيد الوصي في الأصل بهذا الاستئذان في شأن مباشرتها . أما الفارق بين سلطات الوصي وسلطات الجد ، فلا يبدو الا في شأن أعمال الإدارة وحدها ، حيث تضيق سلطة الوصي فيها عن سلطة الجد إذ الأصل هو قدرة الجد على مباشرتها دون استئذان المحكمة وتقيد الوصي - الا فيما يستثنى - بمثل هذا الإذن ، أما أعمال التصرف ، فسلطتهما واحدة في شأنها ، إذ ترتب مباشرة من أيهما بإذن المحكمة .

(١) ولكن لا يجوز للوصي - كالأول - أن يقبل تبرعا للصغير - حبة كان أو وصية - اذا كان مقترنا بشرط أو محملا بالتزام ، أو يرفضه ، الا بإذن المحكمة (م ٣٩ / تاسعا) ، إذ بذلك يصير هذا التبرع في حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر التي تتقيد مباشرة الوصي لها في الأصل باستئذان المحكمة .

(٢) انظر في اختلاف هذا الحكم عن فقه الشريعة الإسلامية وفقه الجنتية خاصة ، وتبريره مع ذلك :

عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ٢٥٦ .

(٣) تفصل المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال الأصل الذي ذكرناه من تقيد سلطات الوصي في شأن مباشرة أعمال الإدارة وأعمال التصرف بإذن المحكمة الا ما يستثنى ، بتعداد التصرفات التي ترتب مباشرة الوصي لها بهذا الإذن .

(٤) رقابة الوصى : أخضع القانون الوصى لرقابة محكمة من قبل المحكمة : فمن ذلك أن القانون يبقى بيد المحكمة زمام الاذن للوصى في كافة التصرفات الا القليل النادر المستثنى المتعلق ببعض أعمال الإدارة كما سلفت الاشارة . وأن الوصى يلتزم - طبقا للقانون أو لما تلزمه به المحكمة - بتقديم حساب عن إدارته . وفي حالة ما إذا قصر الوصى في أداء الواجبات المفروضة عليه بمقتضى القانون أو وقف تنفيذ القرارات التي تصدرها المحكمة ، فلنمحوكمة سلطة الحكم عليه بغرامة (١) لا تزيد على مائة جنيه وحرمانه من أجره (٢) كله أو بعضه وعزله أو بأحد هذه الجزاءات (م ١/٨٤) .

وكذلك جعل القانون للمحكمة - في سبيل احكام الرقابة على الوصى - سلطة تعيين مشرف يراقب الوصى - ولو كان مختارا (م ٨٠) - في أداء واجباته ، بحيث يجب عليه ابلاغ المحكمة أو النيابة كل أمر تقتضى المصلحة رفعه اليهما . ويلتزم الوصى بإجابته الى كل ما يطلبه من ايضاح عن إدارة الاموال وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الاموال . ويجب على المشرف ، اذا خلا مكان الوصى لسبب من الأسباب ، أن يطلب الى المحكمة اقامة وصى جديد ، ويكون له - الى أن يباشر هذا الوصى عمله - أن يقوم من تلقاء نفسه بالأعمال التي يكون في تأجيلها ضرر (م ٨١) .

(٥) انتهاء الوصاية : تنتهى الوصاية انتهاء طبيعيا بزوال السبب المفروضة من أجله ، أى ببلوغ القاصر الخاضع لها إحدى وعشرين سنة غير محكوم قبل هذا البلوغ باستمرار الوصاية عايه بعده (م ١/٤٧) لجنون أو عته أو سفه أو غفلة (٣) . هذا فى شأن الوصاية العامة ، أما فى شأن الوصاية

(١) ويجوز للمحكمة أن تمنح القاصر هذه الغرامة أو جزاء منها (م ٢/٨٤) .

(٢) الأصل أن الوصاية تكون غير مأجورة نجدة للصغير وتطوعا لخدمته ، الا اذا كان الوصى محتاجا فتسلك المحكمة أن تعين له أجرا (م ٤٦) . وهذا مصداق قوله تعالى « ومن كن غنيا فليستغف » ومن كان فقيرا فلياكل بالمعروف » (انظر : عبد الوهاب خلاف ، احكام الأحوال الشخصية ، ص ٢٥٧) .

(٣) انظر سابقا ، ص ٥٨٣ - ٥٨٤ .

الخاصة أو الوصاية المؤقتة ، فتنتهى انتهاء طبيعيا بانتهاء العمل الذى أقيم الوصى الخاص لمباشرته أو بانتهاء المدة التى اقتضت تعيين الوصى المؤقت خلالها (م ٣٥) . وكذلك تنتهى الوصاية انتهاء طبيعيا بموت القاصر (م ٤٧/٤) .

ولكن قد تنتهى الوصاية قبل أوان انتهائها الطبيعى اما باستقالة الوصى وقبولها ، واما بعزله بقرار من المحكمة . والمحكمة تحكم بعزله فى إحدى حالتين : اذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية ، أو اذا أساء الادارة أو أهمل فيها أو أصبح فى بقاءه خطر على مصلحة القاصر (م ٤٩) . وكذلك تنتهى الوصاية بقيام عارض من العوارض المدممة لأهلية الوصى أو المنتقصة منها ، أو بثبوت غيبته ، أو بموته (م ٤٧/٤) . وعلى أى حال ، اذا توافرت أسباب جدية تدعو للنظر فى عزل الوصى أو فى قيام عارض من العوارض التى تزيل أهليته أو تنتقص منها ، يكون للمحكمة أن تأمر بوقفه حتى يتحدد مركزه . بصدور قرار الفصل أو بثبوت العارض (م ٤٨) .

وإذا انتهت الوصاية لأى سبب من الأسباب المتقدمة ، فيجب على الوصى - خلال الثلاثين يوما التالية لانتهائها - أن يسلم بمحضر الأموال التى فى عهده ، وأن يودع قلم الكتاب صورة الحساب ومحضر تسليم الأموال (م ٥٠) (١) . ويقع هذا الالتزام على عاتق ورثته ، أو على عاتق القيم عليه فى حال الحجر عليه بسبب عارض من عوارض الأهلية ، أو على الوكيل عنه فى حال ثبوت غيبته (م ٥١) .

وإذا انتهت الوصاية ، فمن الصالح عدم اطالة النزاع بشأنها . لذلك يخرج المشرع على حكم القواعد العامة ، فيقرر تقادما قصيرا لسقوط الدعاوى الخاصة بها مدته خمس سنوات ، تحتسب من تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد ، أو من تاريخ موته قبل ذلك (م ١/٥٣) . وتحتسب من تاريخ تقديم الحساب فى حالة عزل الوصى أو قبول استقالته (م ٢/٥٣) (٢) .

(١) وتقرر المادة ٨٨ من قانون الولاية على المال جزاء جنائيا على الإخلال عمدا بهذا الواجب .

(٢) وقياسا على ذلك ، تحتسب المدة من تاريخ انتهاء وصايته بالأسباب الأخرى : كموته =

(م ٣٩ - المدخل الى القانون)

تختصه دون الوصى أساسيا ببسيطة في سلطاته .

وتكون القوامة للابن البالغ ، ثم للأب ، ثم للجد ، ثم لمن تختاره المحكمة (م ٦٨) ، فالابن هنا مقدم على الأب بينما لا تتصور بداهة في شأن الولاية على القاصر ولاية للابن ، والجد يلي الأب مباشرة فلا يسبقه في المرتبة - كما في الولاية على مال القاصر - شخص مختار من الأب ، ويلي هؤلاء من تختاره المحكمة .

واستثناء من مبدأ خضوع القوامة والقوامة لأحكام الوصاية والأوصياء ، يقضى المشرع بأنه لا يحول الحكم بإفلاس الابن أو الأب أو الجد (١) أو الحكم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالأداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة دون تعيينه قيما ، اذا رأت المحكمة مصلحة في ذلك (م ٦٩ ، وم ١/٢٧ و ٤) .

الوجه الثالث

الولاية على مال ذوى موانع الأهلية

رأينا أن ثمة موانع قد تعوق الشخص كامل الأهلية من ممارسة نشاطه القانوني ومباشرة أهليته بنفسه أو بمفرده ، هي الغيبة والحكم بعقوبة جنابة والعاهة المزدوجة أو العجز الجسماني الشديد . لذلك يقام وكيل عن الغائب ، وقيم على المحكوم عليه ، ومساعد قضائي لذى العاهتين أو العجز ، ليباشر عنه تصرفاته أو يعاونه على مباشرتها .

٣١١ - الوكيل عن الغائب

سبق أن أشرنا (٢) الى أن للمحكمة أن تحكم بتعيين وكيل - أو تشييته اذا كان مقاما في الأصل - عن الغائب كامل الأهلية الذي تمضي مدة سنة أو أكثر على غيابه غيابا في معنى الفقد أو في غير معناه ، اذا أصبح مستحيلا عليه تولى شئونه بنفسه أو الاشراف على من ينوبه في ادارتها بما يترتب عليه تعطيل مصالحه (م ٧٤) . وبذلك تفرض المحكمة الولاية على مال الغائب بالنظر الى ما يعوق مباشرة أهليته - رغم كمالها - من مانع مادي .

(١) يقتصر الاستثناء على هؤلاء ، فلا ينصرف الى القيم الذي تختاره المحكمة من غيرهم .

(٢) انظر سابقا ، فقرة ٣٠٢ .

والأصل أنه يسرى على الوكالة والوكيل عن الخسائب ما يسرى على الوصاية والوصى على مال القاصر من أحكام (م ٧٨) ، سواء من حيث الشروط اللازم توافرها فيه (م ٧٥) ، أو من حيث واجباته ومسئولياته (م ٨٦) ورقابته (م ٨٠ و ٨١) والجزاءات المختلفة التي توقع عليه إذا قصر في واجباته أو أوقف تنفيذ القرارات التي تصدرها المحكمة أو تعمد الامتناع عن تسليم أموال الغائب لمن حل محله في الوكالة (م ٨٤ و ٨٥ و ٨٧ و ٨٨) .

وتنتهى مهمة الوكيل بموت الغائب موتاً حقيقياً أو تقديرياً ، أو بعودته ، أو توصله - زعم استمرار الغيبة - إلى تولى شئونه بنفسه أو الإشراف على من ينوبه في دارتها (م ٧٦) .

٣١٢ - القيم على المحكوم عليه بعقوبة جنائية

رأينا (١) أن الحكم بعقوبة جنائية يستتبع إقامة مانع قانوني لدى المحكوم عليه بها من مباشرة أهليته رغم كمالها عنده ، وهو ما يوجب تعيين قيم عليه يتولى عنه جانباً من تصرفاته القانونية . والأصل أن تعيين هذا القيم يتولاه المحكوم عليه بنفسه ، ولكن على أن تقر المحكمة هذا التعيين . فإذا لم يعين المحكوم عليه قيماً ، عينته المحكمة بناء على طلب النيابة العمومية أو ذي مصلحة في ذلك ، ويجوز للمحكمة أن تلزم القيم الذي تنصبه بتقديم كفالة . ويتولى القيم عن المحكوم عليه - مدة اعتقاله - أعمال الإدارة وحدها دون أعمال التصرف ، ويكون تابعا للمحكمة التي أقرته أو نصبته - وهي المحكمة المدنية الواقع في دائرتها محل إقامة المحكوم عليه - في جميع ما يتعلق بقوامته (م ٢٥/رأيا عقوبات) .

وتنقضى القوامه على المحكوم عليه بعقوبة جنائية بانتهاء مدة العقوبة أو بالإفراج عنه ، فتدرد أمواله إليه ويقدم له القيم حساباً عن إدارته (م ٢٥/رأيا عقوبات) .

(١) انظر سابقاً ، فقرة ٣٠٣ .

٣١٣ - المساعد القضائي لذى العاهتين أو العجز

سبقت الإشارة (١) الى أنه يجوز للمحكمة تقرير تعيين مساعد قضائي لذى العاهتين أو العجز الجسماني الشديد ، اذا كان متعذرا عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته أو كان يخشى من انفراده بمباشرة التصرفات القانونية ، وقلنا ان وظيفة المساعد القضائي هي معاونة ذى العاهتين أو العجز على مباشرة التصرفات التي تقتضى مصلحته فيها ذلك وخاصة التصرفات التي لا يجوز للموصى مباشرتها الا باذن من المحكمة ، مما يجعل من المساعد معاونا أو شريكا لذى العاهتين أو العجز في هذه المباشرة لا نائبا عنه فيها كما هو الشأن في سائر أحوال الولاية على المال .

واذا كان الأصل هو وجوب اشتراك المساعد القضائي مع ذى العاهتين أو العجز ، فللمحكمة أن تأمر بانفراد المساعد القضائي بأجراء تصرف معين اذا كان من شأن امتناع ذى العاهتين أو العجز عن المشاركة في اجرائه تعريض أمواله للخطر (م ٣/٧١) ، وفي هذه الحالة يعتبر المساعد القضائي في هذا التصرف - استثناء - بمثابة نائب عن هو معين في الأصل لمساعدته وليس مجرد معاون كما هو الأصل في وظيفته ، وتكون له ولاية بالمعنى الدقيق على مال ذى العاهتين أو العجز الشديد ، اذ فيها يكون له بمفرده في هذه الحالة مباشرة تصرف قانوني بما ينتج اثره في ذمة ذى العاهتين أو العجز .

واذا كان المساعد القضائي يعتبر نائبا خلافا للأصل من وظيفته في هذه الحالة الاستثنائية ، فالقانون كذلك يعده في حكم النائب اعتبارا في تطبيق أحكام المواد ١٠٨ و ٣٨٢ و ٤٧٩ من التقنين المدني (م ٧٣) ، أي من حيث امتناع تعاقد بصفة عامة مع نفسه بالاشتراك مع ذى العاهتين أو العجز ، وشرائه - بصفة خاصة - ما ينافي به المشاركة في بيعه بموجب المساعدة القضائية ، وعدم سريان التقادم بينه وبين ذى العاهتين أو العجز فيما يكون به أحدهما مدينا به للآخر ، وذلك مراعاة للصلة القائمة بين المساعد وبين ذى العاهتين أو العجز بما قد يمتن الأول من استغلال الثاني أو يقيم مانعا أدبيا تتعذر معه مطالبة أحدهما الآخر بما عليه له من دين .

(١) انظر سابقا ، فقرة ٣٠٤ .

الوجه الرابع مجاوزة حدود الولاية على المال

٣١٤ - عدم نفاذ تصرفات من له الولاية - فيما يجاوز حدودها - في حق المولى عليه

إذا كان القانون يجعل لبعض الأشخاص ولاية على مال عديمي الاهلية أو ناقصيها أو من تقوم بهم بعض موانعها على التفصيل السابق بيانه ، ويعين حدود هذه الولاية ، فمعنى ذلك أن قدرة من تثبت له الولاية على القيام بتصرفات قانونية تنتج أثرها في مال وذمة المولى عليه لا تتأتى إلا حيث تكون هذه التصرفات داخلة في حدود الولاية كما يرسمها القانون . ومعنى ذلك أن ما يجاوز من هذه التصرفات حدود الولاية كما يرسمها القانون لا ينتج أثره في مال أو ذمة المولى عليه ، أي لا يكون نافذا في حقه .

وإذا كان الفرض أن مثل هذه التصرفات التي تجاوز حدود الولاية تخالف صالح المولى عليه ، فقد تكون موافقة له رغم ذلك في بعض الحالات ، وهو ما يقتضى حينئذ التمكين من بعد لانفاذها في حق المولى عليه عن طريق اقرارها ممن يثبت له القانون الحق في مثل هذا الاقرار .

ولا يتأتى تحقيق ذلك عن طريق القول باعتبار هذه التصرفات باطنة بطلانا مطلقا (١) ، إذ يستحيل حينئذ تصحيحها من بعد بالاجازة رغم ما قد تحققه من صالح المولى عليه ، مما يجاوز المقصود أساسا من الولاية وهو

(١) انظر في ذلك :

Appel mixte, B. 8, p. 296.

استئناف مصر ، ٢ فبراير ١٩٢٤ ، المجموعة الرسمية ، س ٢٦ ، رقم ٣٤ ، ص ٥٨ .
عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، هامش ص ٣٢٩ - أنور سلطان ، شرح البيع والهاينة ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ ، فقرة ٦٧ ، ص ٩٤ و ٩٥ - أنور سلطان ، النظرية العامة في الالتزام ، ج ١ ، فقرة ٧٤ .
وانظر في مناقشة حجج بعض القائلين بهذا الرأي : كتابنا صالف الذكر ، هامش ٩١ ، ص ٨٥٦ .

رعاية صالح المولى عليه . وكذلك لا يستقيم القول باعتبار هذه التصرفات باطلة بطلانا نسبيا (١) رغم ما يسمح به ذلك من امكان تصحيحها من بعد بالاجازة ، لما يؤدى اليه ذلك من اعتبارها منتجة آثارها منذ ابرامها في ذمة المولى عليه الى ان يتم تأييدها نهائيا بالاجازة أو زوالها نهائيا بالحكم بالابطال ، وهو ما لا يتفق مع وجوب اعتبارها فى الأصل غير نافذة فى حق المولى عليه لمجاوزتها ما يرسمه القانون للولاية من حدود .

فالاولى اذن أن يقال ان أثر تصرفات الولي المجاوزة حدود الولاية من النفاذ فى حق المولى عليه يكون موقفا على اقرار هذه التصرفات من بعدم من يملك هذا الاقرار (٢) ، سواء كان هو المحكمة أو نفس المولى عليه بعد زوال الولاية (٣) . ومعنى ذلك أن مثل هذه التصرفات - على خلاف التصرفات القابلة للابطال - لا يكون لها أثر أو نفاذ فى ذمة المولى عليه فى الأصل ، ولكن يمكن أن يتحقق لها هذا الأثر باقرارها من بعد من يملك ذلك ، أو يتأيد نهائيا انعدام أثرها بتخلف هذا الاقرار . وهى على هذا النحو ، تختلف كذلك عن التصرفات الباطلة بطلانا مطلقا التى تعتبر غير منعقدة أصلا منذ البداية فيستحيل تصحيحها بالتالى من بعد .

(١) أنظر فى ذلك :

الاحكام المشار اليها فى نظرية العقد لسنهوري ، الموضع السابق . - نقض ١٦ يونية ١٩٣٢ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، رقم ٥٩ ، ص ١٢٢ . - نقض ٢١ يناير ١٩٦٥ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٦ ، ع ١ ، رقم ١٢ ، ص ٧٣ .

(٢) فى هذا المعنى :

سليمان مرقس ، هامش «١» ص ٤٠١ . - سليمان مرقس و محمد على امام ، عقد البيع فى التقنين المدنى الجديد ، فقرة ١٣٨ ، ص ١٩١ - ١٩٣ . - اسماعيل غانم ، المرجع السابق . - ١٩٥٨ ، ص ٢٠٧ - ٢٠٩ .

وقارب : عبد المنعم البدراوى ، عقد البيع فى القانون المدنى ، ١٩٥٧ ، فقرة ١١٧ ، ص ١٧٦ .

(٣) أنظر فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٨٥٨ .

الفصل الثاني

الشخص المعنوي أو الاعتباري^(١)

La personne morale

٣١٥ - أهمية الشخصية المعنوية ، ولزومها ، وتنظيمها

إذا كانت القيمة الاجتماعية للكائن هي - كما رأينا - مناط اعترافه. انقانون له بالشخصية ، وكان من البادى ثبوت هذه القيمة للانسان باعتباره. الغاية من وجود الجماعة والقانون والحقوق ، فليس معنى ذلك انحصار هذه القيمة فى الانسان وحده وتخلفها بالضرورة عند غيره . اذ ليس ثم ما يحول - ومدلول الشخصية ما قدمنا - دون الاعتراف بها لغير الانسان من الكائنات ، ما دامت تتوافر له مثل هذه القيمة الاجتماعية بحيث يصلح مركزا للحقوق والالتزامات مما يحتم اسنادها ونسبتها اليه باعتباره. صاحبها^(٢) .

والواقع أن حقائق الحياة الاجتماعية نفسيا تفرض الاعتراف بالشخصية لبعض الكائنات الجماعية التى تقوم بفرض تحقيق أهداف ومصالح انسانية . ذلك أن الانسان بمفرده أعجز - بالنظر الى حده المحدود وعمره الموقوت .

(١) راجع فى ذلك صفة خاصة :

Salicrú, De la personnalité juridique, 2e éd., 1922. — Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 3e éd., par Trotabas, 2 vol., 1932. — Clements, Personnalité morale et personnalité juridique, 1935. — Coulombel, le particularisme de la condition juridique des personnes morales, en droit privé, thèse Nancy, 1949; Personne morale. Encyclopédie Dalloz, droit civil, t. III, pp. 759 - 764. — Durand, L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé, Etudes Ripert, t. I, pp. 138 - 150.

كتابنا سالف الذكر ، فقرات ٣٢٥ - ٣٧١ ، ص ٨٥٩ - ١٠٠٨ .

(٢) أنظر سابقا ، ص ٥١٦ و ٥١٧ .

— عن القيام بأعمال ضخمة لها حظ من الدوام والاستمرار • فصالح البشرية واستمرار وجودها متواصلة دون توقف أو انقطاع ، يجعل من المحتم قيام تجمعات فردية أو مالية قوية وفائضة ، تواصل رسالتها على مر أجيال متعاقبة ، في انطلاق من قصور طاقة الفرد وتحرر مما يتهدد الانسان من موت • وهو ما يتطلب الاعتراف لهذه التجمعات بكيان مستقل عن كيان الافراد المكونين لها أو المنتفعين بها ، بحيث تدخل باسمها ميدان النشاط القانوني وتصبح صاحبة للحقوق والالتزامات ، مما لا يتأتى الا باعطائها شخصية مستقلة خاصة بها •

وضرورات الحياة الاجتماعية المحتومة التي تفرض الاعتراف بالشخصية لمثل هذه التجمعات قد فرضت نفسها دائما على القوانين الوضعية ، منذ ما عرفت الدولة في القديم ووجب الاعتراف لها بداءة بشخصية ذاتية مستقلة عن شخصيات الافراد المكونين لها ، لتمكينها من النهوض بتبعاتها من تمثيل نفس الأمة على اختلاف حكامها وتعاقب أجيالها • ثم تطور الامر الى الاعتراف بالشخصية كذلك لبعض جماعات الافراد المستهدفة أو غير المستهدفة تحقيق الربح ولبعض مجموعات الأموال المرصودة على تحقيق البر أو النفع العام ، على اختلاف بين الشرائع في مدى هذا الاعتراف — ضيقا واتساعا — تبعا لمدى تخوف الدولة من ظهور مثل هذه الأشخاص المعنوية القوية الى جانبها واستشعارها الخطر من منافستها لها وتوسطها بين الفرد وبينها ، فتاريخ الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية (١) هو تاريخ كفاح الدولة ضدها (٢) •

ولم يعن المشرع المصري أول الامر بوضع قواعد عامة تؤصل نظرية للشخصية المعنوية أو الاعتبارية • ولكن التشريع المصري لم يكن يخلو على أى حال من نصوص تعتبر تطبيقات جزئية لفكرة الشخصية المعنوية ، كبعض نصوص التقنين التجارى ، ونصوص بعض القوانين الخاصة المتعلقة بأنواع

(١) راجع فى هذا التاريخ وفى تطور فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية :

كتابنا سالف الذكر ، ص ٨٦٢ — ٨٦٩ •

(٢) Mazeaud, t. I, No. 602.

ممينة من الجمعيات . غير أن القضاء المصرى لم يحصر حينئذ فكرة الشخصية المعنوية فى نطاق هذه النصوص وحدها ، بل توسع فيها وبسطها على كثير من جماعات الأشخاص وبعض مجموعات الأموال . فاستقر على الاعتراف بالشخصية للجمعيات ما دامت تهدف الى أغراض مشروعة خاصة وأن دستور سنة ١٩٢٣ كان يقرر أن للمصريين حق تكوين الجمعيات (١) ، وعلى الاعتراف بالشخصية كذلك للشركات ما عدا شركات المحاصة (٢) ، وللأوقاف (٣) . ولكنه لم يصل الى حد اسباغ الشخصية المعنوية على المؤسسات الخاصة اكتفاء بما كان يفنى عنها من الأوقاف .

وقد حرص المشرع المصرى أخيرا على تقنين هذا القضاء واكماله بخاصة فيما يتعلق بمنح المؤسسات الخاصة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ، فجاء التقنين المدنى الحالى متضمنا تنظيما عاما يحكم الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ويبين أنواعها المختلفة ، وتنظيما خاصا لأهم الأشخاص المعنوية الخاصة وهى الجمعيات والشركات والمؤسسات . ثم أعاد المشرع المصرى تنظيم أحكام الجمعيات والمؤسسات الخاصة مرتين : الأولى بالقانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ، والثانية بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ وهو القانون المطبق حاليا فى هذا الشأن . كل ذلك فضلا عن أحكام التنظيمات الخاصة ببعض الأشخاص الاعتبارية الأخرى وفى طليعتها النصوص الخاصة بالشركات التجارية .

٣١٦ - منهج البحث

لدراسة الشخص المعنوى أو الاعتبارى ، نقف أولا على الأصول العامة التى تحكم الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ، ثم نبين أنواع الشخص المعنوى

(١) أنظر : الاسكندرية المختلطة ١٩ مارس ١٩٢٣ ، المحاماة ٥ ، رقم ١٤٩ ، ص ١٦٣ ، مصر الأهلية (استثنائى) ٢٥ مايو ١٩٢٥ ، المحاماة ٥/٦١٨/٧٥٠ - مصر الكلية (مسعجل) ٢٠ مارس ١٩٤٠ ، المحاماة ٢٠/٥١٤/١٢٣٢ .

(٢) أنظر بصفة خاصة : نقض ٣١ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة عمر (مدنى) ج ٥ ، رقم ٣١ - ص ٧٢ .

(٣) نقض ٢٦ ابريل ١٩٣٤ ، مجموعة عمر (مدنى) ، ج ١ ، رقم ١٧٥ ، ص ٣٧٠ -

أو الاعتباري المختلفة عاماً كان هذا الشخص . خاصاً . ومن ثم تقسم هذا
لفصل الى مبحثين .

المبحث الأول - في النظرية العامة للشخصية الاعتبارية .

المبحث الثاني - في أنواع الشخص الاعتباري .

المبحث الأول

النظرية العامة للشخصية الاعتبارية

٣١٧ - تمهيد وتقسيم

إذا كان الاعتراف بوجود الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية قد أصبح أمراً واقعاً ومسلماً في القوانين الوضعية الحديثة ، إلا أن الخلاف ما يزال قائماً في الفقه حول طبيعة هذه الأشخاص وتكييفها ، وإن كان الراجح - كما سنرى - أن الشخصية المعنوية أو الاعتبارية حقيقة واقعية وليست مجرد حيلة صناعية . ومع ذلك فإنها في طبيعتها هذه تختلف بعض الاختلاف المحتوم عن الشخصية الطبيعية نتيجة الاختلاف بينها في التكوين ، مما يظهر أثره خاصة في كيفية ابتدائها ، وتحديد مداها وأهلوية وجوبها ، وتعيين علاماتها وخصائصها المميزة ، ورسم كيفية سيرها ونشاطها ، وتحديد طرق انقضائها وتحللها .

ولذلك نقسم هذا المبحث على النحو التالي :

- المطلب الأول - في طبيعة الشخصية الاعتبارية .
- المطلب الثاني - في ابتداء الشخصية الاعتبارية .
- المطلب الثالث - في مدى الشخصية الاعتبارية .
- المطلب الرابع - في مميزات الشخصية الاعتبارية .
- المطلب الخامس - في نشاط الشخصية الاعتبارية .
- المطلب السادس - في انقضاء الشخصية الاعتبارية .

المطلب الأول

طبيعة الشخصية الاعتبارية

٣١٨ - الخلاف حول طبيعة الشخصية الاعتبارية وأهميته

احتدم الجدل في الفقه حول طبيعة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية . بحيث تذازعت نظريتان متعارضتان : الأولى ترى في هذه الشخصية مجرد افتراض وحيلة صناعية ، والثانية ترى فيها حقيقة من الحقائق الثابتة . وليس مثل هذا الخلاف - كما قد يبدو في الظاهر - خلافا نظريا مجرد القيمة من الناحية العملية . ذلك أن تفاوت النظرة هذا التفاوت الى تكييف وتأصيل الشخصية الاعتبارية ، ينعكس أثره من الناحية العملية على مسائل كثيرة ، مثل تحديد مدى سلطان المشرع ازاء الأشخاص الاعتبارية ، وكيفية تعيين جنسيتها ، وامكان تقرير أو عدم تقرير مبدأ مسئوليتها الجنائية والمدنية ، وتبرير الحد من مدى أهليتها ، وتحديد أسباب ونتائج انقضاءها (١) .

فنعرض أولا لنظرية الشخصية الافتراضية (Théorie de la personnalité fictive) ثم لنظرية الشخصية الحقيقية (Théorie de la personnalité réelle) لنرى من بعد - على ضوء تقدير النظريتين - جوهر حقيقة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ومقوماتها .

٣١٩ - نظرية الشخصية الافتراضية (٢)

(١) عرض النظرية : تقوم هذه النظرية على أن الانسان وحده هو الذي

(١) أنظر في ذلك :

Beudant et Voritín, t. IV, No. 242.

(٢) راجع ، بصفة خاصة ، في عرض هذه النظرية وتقدمها :

Saleilles, pp. 306 - 386. — Roguin, t. II, Nos. 711 - 714, pp. 376 - 379. — Bonnecase, t. IV, Nos. 61 bis et s. — Michoud, t. I, Nos. 6 - 15 bis, pp. 16 38. — Beudant et Voirin, t. IV, No. 243. — De la Gressaye et Laborde-Lacoste, No. 390. — Mazeaud, t. I, No. 593. — Marty, et Raynaud, t. I, No. 1048.

محمد عبد الله العربي ، الفقه الإداري الحديث وتصويره للدولة ونشاطها القانوني ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الأولى ، ص ٩٤ - ١١٨ ، أنظر : ص ١٠٠ - ١١٠ .

تثبت له الشخصية فى نظر القانون • واذا كان القانون ، فضلا عن ذلك ، يعترف - فى أحوال معينة - لغير الإنسان بالشخصية فيخلعها على جماعات من الأشخاص أو مجموعات من الأموال حتى يثبت لها صلاحية فى اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، فانما يتوصل الى ذلك - تحقيقا لهذا الغرض - عن طريق حيلة صناعية بحث وافترض قانونى محض ، بتشبيه هذه الجماعات من الأشخاص وتلك المجموعات من الأموال بالإنسان ، رغم ما فى ذلك من مخالفة واضحة لحقائق الواقع • وبذلك لا يكون لمثل هذه الأشخاص المعنوية وجود حقيقى كالإنسان ، وانما يكون إيا مجرد وجود صناعى من خلق القانون • فالحق عند هذه النظرية قدرة ارادية لدى صاحبه ، بحيث لا يتصور ثبوت الحق الا للإنسان وحده باعتباره - بحسب طبيعته - الكائن الوحيد ذا الارادة ، مما يجعل اثبات الشخصية أو صلاحية اكتساب الحقوق لغير الإنسان مجرد تحايل من قبل القانون يسبغ على الشخص المعنوى أو الاعتبارى ارادة لا يثبتها له الواقع •

والنظر الى الشخصية المعنوية أو الاعتبارية على أساس أنها مجرد خلق صناعى وافترض بحث لا يستند الى حقيقة واقعة ، يولد عند أنصار هذه النظرية نتائج عملية معينة ، منها إطلاق يد المشرع وسلطانه فى أمر الشخصية الاعتبارية . بحيث يكون هو المتحكم فى منحها أو منعها ، وهو صاحب القول الفصل فى بقائها ان شاء مد فى حياتها وان شاء أنهاها • ومنها الحد من حقوق الشخص الاعتبارى وحصر أهليته فى نطاق لا تعدوه هو نطاق الغرض من وجوده ، وهو ما يعنى تخصصه بهذا الغرض وحده • ومنها كذلك امتناع تقرير مسئولية الشخص الاعتبارى الجنائية والمدنية على السواء ، لأن القصد الجنائى والخطأ الشخصى - وهما يتطلبان الوعى والارادة والادراك - لا يتصور نسبتهما الى شخص وهمى افتراضى لا وجود حقيقى له (١) •

(١) راجع ، بصفة خاصة ، فى تفصيل النتائج المتفرعة على نظرية الافتراض :

Saleilles, pp. 312 - 360.

عبد الله العربى ، المقالة السابقة ، ص ١٠١ - ١٠٥ •

(٢) تقدير النظرية : واضح أن هذه النظرية تقوم على مقدمات غير مسلمة . فالقول بأن الإنسان وحيد، هو الذى تثبت له الشخصية فى القانون . باعتبار ذلك من قبيل المسلمات البديهيّة المحتومة . قول يعوزه الدليل ويصبح لذلك نعتة بما ينعت به الشخصية المعنوية من افتراض . وهو انما يقوم على خط ظاهري ينبغي توقيه ، كما سبق البيان ، بين مدلول الشخصية فى القانون وبين مدلولها فى الفلسفة والأخلاق وعلم النفس . بينما انابت أن مدلول الشخصية فى القانون أوسع نطاقا وأرحب مدى من مدلولها الفلسفى أو النفسى . إذ يتسع للإنسان ولغير الإنسان . وكذلك تستند هذه النظرية الى تعريف خاص الحق بأنه قدرة ارادية ، ليس هو التعريف السائد ولا المقبول .

وكذلك يؤخذ على هذه النظرية خطورة النتائج التى يحتملها منطقيا . فهى حين تنظر الى شخص الاعتبارى بوصفه شخصا وهما افتراضيا . لا تحل المشكلة الضخمة التى تختفى وراء فكرة الشخصية الاعتبارية وهى مشكلة تحديد من يعتبر مالكا لأشياء غير مملوكة لإنسان بعينه ، كما هى الحال فى صورة جماعات الأفراد أو مجموعات الأموال ، أو هى تحلها على نحو غير معقول أو مقبول باعتبار أن المالك هو ذلك الشخص الاعتبارى الافتراضى الذى لا وجود حقيقى له ، وهو ما يعنى فى الواقع أن هذه الأشياء سائبة غير مملوكة لأحد (١) .

ومن ناحية أخرى ، فإن منطق هذه النظرية فى إطلاقه يحتم اعتبار الدولة نفسها شخصا افتراضيا وهما ، وليس يخفى خطر مثل هذه النتيجة على القانون وعلى الجماعة وفكرة السيادة فيها . وإذا كان بعض أنصار هذه النظرية يتحايلون - لتفادى هذه النتيجة - بالقول بأن الدولة شخص معنوى حقيقى لأن وجودها ضرورى محتوم (٢) ، ففى ذلك القضاء على النظرية (٣)

(١) فى هذا المعنى :

Michoud, t. No. 8, p. 19.

(٢) انظر فى الإشارة الى هذا القول وإلى أصحابه :

Bonnet, t. IV, pp. 111, 120, 121, 138.

Michoud, t. I, No. 12, p. 28. (٣)

واستقامة منطقتها (١) .

وإذا كانت هذه النظرية تفتقد - على هذا النحو - الأسس المسلمة والمنطق السليم وتفضي الى نتائج غير مقبولة أو واقعية ، فهي حقيقة اذن بما يخطئه الفقه الحديث تجاهها من رفض واعراض .

٣٢٠ - نظرية الشخصية الحقيقية

إذا كانت النظرة الى الشخصية المعنوية أو الاعتبارية بوصفها شخصية وهمية افتراضية أمرا غير مقبول ، فإن جمهور الفقه الحديث يستقر اليوم على النظر الى الشخصية المعنوية بوصفها حقيقة واقعية . وليس معنى هذا أن الاتفاق سائد حول مفهوم هذه الحقيقة وجوهرها ، فأنصار الشخصية الاعتبارية الحقيقية في اتساقهم على الصفة الحقيقية لهذه الشخصية ونفى الصفة الافتراضية عنها يختلفون بعد ذلك في تصوير هذه الحقيقة أشد الاختلاف ، مما أدى الى ظهور نظريات مختلفة في هذا الشأن .

(١) نظريات تماثل الشخصية الاعتبارية والشخصية الطبيعية :

يوجد اتجاه كبير يحادل تصوير حقيقة الشخصية الاعتبارية على نسق وحذاء حقيقة الشخصية الطبيعية وتكوين الانسان ، اما بادعاء وجود تكوين عضوي في الشخص المعنوي مماثل للتكوين العضوي أو الحيوي للانسان ، واما بادعاء وجود ارادة جماعية في الشخص المعنوي مقابلة للارادة في الشخص الطبيعي .

١ - النظرية العضوية او الحيوية Théorie organique ou biologique (٢) :

لا ترى هذه النظرية فارقا في التكوين بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي ، فكل منهما يتكون من تجمع خلايا متعددة تكون كلا واحدا ، اذ الأفراد المكونون للشخص الاعتباري هم خلايا هذا الجسم الواحد التي تؤلف وجوده وتخلق حياته .

(١) انظر كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٢٢٠ ، ص ٨٧٦ و ٨٧٧ .

(٢) راجع في عرض هذه النظرية وانتقادها .

Saleilles, pp. 527, 528. — Michoud, t. I, Nos. 33 - 35. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 72.

(م ٤٠ - المدخل الى القانون)

ولكن من الواضح أن مثل هذا التصوير تصوير مجازي محض وليس بالتصوير الحقيقي . فضلا عن أن القول بكفاية وجود خلايا تكون بتجمعها كلا أو جسما واحدا لقيام الشخصية قول غير صحيح على إطلاقه ، فالحيوانات والنباتات تتكون كذلك من خلايا ومع ذلك لا تتمتع بالشخصية في نظر القانون .

٢ - **نظرية الإرادة** : ترى هذه النظرية أن للشخص الاعتباري إرادة جماعية واحدة مستقلة عن إرادات الأشخاص الطبيعيين المؤلفين له ، وهو ما يكفي لأسباب الشخصية عليه كما تكفي الإرادة عند الإنسان لذلك (١) .

وتركيز هذه النظرية على عنصر الإرادة وتعليقها الشخصية بالتالي على وجود الإرادة أو إمكان ظهورها ، ناشيء من أخذها الحق على التعريف التقليدي من أنه قدرة أو سلطة إرادية ، وهو تعريف بين الفساد كما سبق البيان . وكذلك يعيب هذه النظرية أنها تحاول أن تخلق تماثلا أو تطابقا بين الشخص المعنوي أو الاعتباري والشخص الطبيعي في الشخصية الفلسفية أو الأخلاقية أو النفسية من حيث الإرادة خاصة (٢) ، رغم أن هذا التماثل أو التطابق مستحيل بين الشخصين وأن الإرادة ليست مناط الشخصية كما سبق البيان .

(٢) **نظرية المصلحة الجماعية** : تربط هذه النظرية - التي تروج عند جمهور الفقه الفرنسي الحديث (٣) - الشخصية المعنوية أو الاعتبارية بتعريف الحق

(١) راجع بخاصة في عرض هذه النظرية وانتقادها :

Saleilles, pp. 524 - 526, 528 - 540 — Michoud, t. I, Nos. 36 - 44. — Clements, pp. 62 et s.

كتابنا سالف الذكر ، ص ٨٨٨ - ٨٩٠ .

(٢) في هذا المعنى :

Michoud, No. 43. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 72.

اسماعيل غانم ، ص ٢٢٠ .

(٣) Michoud, t. I, 52, 53. — Capitant, No. 160. — Beudant et Voirin, t. IV, No. 252. — Colin, Capitant et De La Morandière, t. I, No. 308. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 71.

بأنه مصلحة يحميها القانون ، فتؤسس هذه الشخصية على وجود مصلحة جماعية (intérêt collectif) مستقلة عن المصالح الفردية . ومنطق هذه النظرية أنه إذا كانت الحقوق مصالح يحميها القانون ، فليس يحتم أن تكون هذه المصالح فردية وأن يوجد على رأسها أفراد أو أشخاص طبيعيون ، بل قد توجد مصالح جماعية تتبلور في تنظيم معين يوفر لها كيانا مستقلا عن المصالح الفردية للأعضاء الداخلين في هذا التنظيم أو المنتفعين به ، فحينئذ تكون جديرة بحماية القانون ، وتكون حقوقا جماعية مستقلة يمكن نسبتها الى شخص جماعي مستقل .

وإذا كانت هذه النظرية تفضل النظرية العضوية أو الحيوية نظرية الارادة بتجنبها محاولات هاتين النظريتين العقيدة الفاشلة لاثبات شخصية فلسفية أو نفسية للأشخاص الاعتبارية كالأشخاص الطبيعية سواء من حيث التكوين العضوي أو الارادي ، الا أنها وقد ربطت نفسها بتعريف معين للحق كمصلحة يحميها القانون ، لابد وأن تتعرض لما يتعرض له هذا التعريف من انتقادات كثيرة سبقت الإشارة اليها (١) . فضلا عن ذلك ، فإن ربط الشخصية بهذا التعريف يقود منطقا الى حصر الشخصية في صاحب المصلحة أو المتمتع بالفائدة والمنفعة ، وهو ما يكشف عن أن الشخصية يجب أن تثبت لجماعات الأفراد أو مجموعات الأموال نفسها ككل واحد مستقل ولتن للأشخاص الطبيعيين المكونين لهذه الجماعات أو المنتفعين بهذه المجموعات ، لأن المنفعة والتمتع انما يعود اليهم وحدهم في نهاية المطاف لا الى هذه الجماعات أو تلك المجموعات (٢) . وكان الاعتراف لهذه الجماعات أو المجموعات ككل بشخصية معنوية أو اعتبارية مستقلة ليس في الواقع اذن الا افتراضا محضاً يستر حقيقة الواقع.

(٣) النظرية الاجتماعية أو نظرية النظم (٣) : تتصدى هذه النظرية

(١) راجع سابقا ، فقرة ٢٢٨ .

(٢) في هذا المعنى :

Dabin, op. cit., pp. 142, 143.

(٣) راجع في ذلك بخاصة :

لتفسير الشخصية الاعتبارية على أساس من البصر بالواقع الاجتماعي وما تتضمنه ظواهره من نظم مختلفة . وهي تقصد بالنظم وجود فكرة موجهة تتحقق وتستمر في الجماعة عن طريق سلطة منظمة تعمل بأدوات وأجهزة خاصة ، وتعطيها كيانا أو هيئة اجتماعية مستقلة لها حياتها الداخلية ونشاطها الخارجي (١) .

ومن ذلك يتضح أنه ليست كل فكرة يتاح لها التحقيق والاستمرار في المحيط الاجتماعي تكون شخصا معنويا وبالتالي شخصا قانونيا . فثم نظم يمكن تسميتها « النظم الاشياء » (institutions - choses) ليست بأشخاص ، لأنها - رغم اعتبارها فكرة تيش وتتحقق في المحيط الاجتماعي - لا تولد كيانا أو هيئة ذاتية تعمل بوسائل خاصة بها . فالقاعدة القانونية مثلا اذا كانت نظاما يعيش في المجتمع حول فكرة أساسية موجهة ، الا أنها لا تتخذ شكل هيئة ذات كيان مستقل تعمل بأدوات وأجهزة ذاتية لتحقيق هذه الفكرة وانما تتوصل الى هذا التحقيق باستعارة سلطة الدولة . ولذلك تظل مجرد نظام من الأنظمة الأشياء (٢) .

وانما يصير النظام شخصا أو يدخل مرحلة التشخيص المعنوي فالقانوني (٣) ، اذا ولدت الفكرة هيئة لها وجود ذاتي في المجتمع وتنظيم معين

= Hauriou, Au sources du Droit, 1933, La théorie de l'institution et de la fondation, pp. 89 - 128. — Renard, La théorie de l'institution, 1930; La philosophie et l'institution, 1939. — Delos, La théorie de l'institution, La solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif, Arch. de Phil du droit et de soc. juridique, 1931, Nos. 1 - 2, pp. 97 - 153.

(١) ترجع الجذور الأولى لهذه النظرية الى الفقه الألماني ، وإن كان بناؤها كنظرية متكاملة قد تم في الثلث الأول من القرن الحالي على يد جانب من الفقه الفرنسي الحديث . وهي تنسب فيه خاصة الى « هورويو » ، الا أن فكرتها قد أثارها من قبل « سال » (Saleilles, pp. 606, 609) ثم فصلها وبسطها من بعد « رينار » و « ديلا » .

ويأخذ بهذه النظرية كذلك بعض الفقهاء المصريين ، انظر :

شفيق شحاته ، فقرة ١٢٣ - عبد الحى حجازي ، ص ١٦٨ و ١٦٩ .

Hauriou, op. cit., p. 97. (٢)

(٣) ترى هذه النظرية ان الشخصية القانونية ليست الا تعبيرا عن الشخصية المعنوية في المحيط القانوني ، أو هي أسلوب القانوني (Hauriou, op. cit., p. 127)

يعمل لتحقيقها بوسائل وأجهزة خاصة ، وباندماج واتحاد جماعة من الأفراد - الأعضاء أو المنتفعين - مع هذه الأجهزة في هذه الفكرة . فالدولة مثلا تعتبر من « النظم الأشخاص (institutions - personnes) » (١) ، لأن الفكرة الموجهة - وهي حماية مجتمع وطني - لا تلبث أن تخلق هيئة اجتماعية لها كيان ذاتي مستقل هي الدولة ، تقوم على تنظيم معين وأجهزة خاصة - كأجهزة التنفيذ والتشريع - لتحقيق هذه الفكرة في اتحاد وتعاون مع المواطنين أعضاء هذا المجتمع المندمجين في هذه الفكرة .

فاجتماع هذه العناصر الأساسية اللازمة للشخصية من شأنه أن يصير الفكرة كائنا اجتماعيا متميزا ، له وعي بذاته وبصر بمصيره وأهدافه ، وقدرة على النشاط لتأكيد استمرار بقائه محققا غاياته بوسائله وأجهزته الخاصة ومتحملا مسئولية أفعاله وتصرفاته (٢) .

وإذا كانت هذه النظرية تفضل نظرية المصلحة بما تقدم من تحليل مبتكر لحياة الكائنات الجماعية مستوحية كنه الروابط والظواهر الاجتماعية ، فيبقى أنها نظرية يحوطها الكثير من الغموض ، وأن معيار الشخصية المعنوية أو الاعتبارية فيها ما يزال يفتقد دقة التحديد (٣) ، وأن الفصل بين « النظم الأشياء » و « النظم الأشخاص » فصل تحكمي يعوزه الوضوح والتبرير على السواء .

وإذا كان ظاهر هذه النظرية قد يشعر بتجنبها محاولات بعض النظريات الأخرى بناء الشخصية المعنوية أو الاعتبارية على نسق وحذاء شخصية الانسان الى حد التطرف العكسي غير المقبول في محاولة بناء شخصية الانسان نفسها على نسق وحذاء شخصية الجماعات واعتبارها كذلك نظاما من النظم

(١) Hauriou, op. cit., p. 98.

(٢) انظر في بيان ذلك : كتابنا سالف الذكر ، ص ٨٩٥ و ٨٩٦ .

(٣) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, t. I, No. 1049, p. 1264.

ولذلك يعيب عليها بعض الفقهاء (Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 72)

عجزها عن تفسير عدم تمتع الأسرة بالشخصية ، وهي نظام من أكثر النظم متانة واستقرارا .

التي تقوم على فكرة موجهة معينة يعمل في خدمتها ولتحقيقها تنظيم معين بمعاونة واشتراك خلايا متعددة (١) ، الا ان هذه النظرية في حقيقة الأمر ما تزال تدور في الحلقة المفرغة التقليدية من محاولة تصوير الشخص المعنوي على هيئة وتكوين شخص الانسان ، وآية ذلك أنها تستلزم في الكائن الاجتماعي وعيا بذاته وبصره بأهدافه وتحكم في وسائله بما يحقق الغاية الموجهة .

٣٢١ - جوهر حقيقة الشخصية الاعتبارية

هاتان هما النظريتان الاساسيتان في تكييف طبيعة الشخصية الاعتبارية على اختلاف وتباين صور كل منهما . وواضح مما قدمنا أنه يجب استبعاد فكرة الافتراض في هذا الشأن ، فلا يبقى الا التسليم بأن الشخصية الاعتبارية تمثل حقيقة واقعية ، ولذلك نفضل اصطلاح « الشخصية المعنوية » على اصطلاح « الشخصية الاعتبارية » الذي يستعمله المشرع المصري منذ صدور التقنين المدني الحالي بخاصة ، لا ينطوي عليه الاصطلاح الثاني من معنى الافتراض . غير أننا رأينا أن التصورات المختلفة لهذه الحقيقة ليست بالتصورات المقنعة . من أجل ذلك ، ينبغي محاولة التماس تصوير آخر لحقيقة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية يكون أكثر منطقاً وقبولاً ، باستبعاد الحقائق التي استخلصناها من مناقشة التصورات المختلفة لحقيقة هذه الشخصية والمدلول المحدد الذي أعطيناه للشخصية القانونية .

والشخصية في نظر القانون - كما سبق البيان - انما تعنى فحسب مجرد صلاحية كائن من الكائنات لوجود الحقوق له أو عليه . وقد حددنا هذا الكائن بأنه كائن متميز ذو قيمة اجتماعية معينة (٢) . وواضح أنه ليس المقصود بالكائن المتميز كائناً حياً حياة طبيعية حسية عضوية بالضرورة ، فالحيوان بل والنبات كائن بهذا المعنى ولكنه لا يتمتع بالشخصية في نظر

(١) انظر في ذلك بغضامة :

Hauriou, op. cit., pp. 198, 199.

(٢) راجع سابقاً ، ص ٥١٧ .

القانون . وانما المقصود به كل موجود له وجود ذاتي مستقل وحقيقي .
ويجب أن يؤخذ الوجود الحقيقي بالمعنى الواسع الذي يصرفه الى كل وجود
مادى أو معنوى ، لا بالمعنى الضيق الذى يقصره على الوجود المادى
الحسى ، اذ ينبغى الحذر من الخلط بين المادة (matière) وبين الحقيقة
(réalité) (١) ، فليست الماديات المحسوسة وحدها هي التي تتمتع بوجود
حقيقي . ويستوى في هذا الوجود الحقيقي أن يكون الكائن الموجود من خلق
الطبيعة كالانسان ، أو من خلق الانسان وخدمته (٢) - كالشركات والجمعيات
والمؤسسات - ما دام لها من الوجود والكيان المستقل ما يميزها عن كيان
وذاقية الشركاء والأعضاء والمنشئين .

ولكن ليس معنى ذلك أن كل كائن له وجود ذاتي مستقل وحقيقي على
هذا النحو يتمتع حتما بالشخصية ، بل يلزمه لهذا التمتع - فضلا عن ذلك -
أن يمثل قيمة اجتماعية معينة (٣) تجعله أهلا لأن يدخل في الوجود القانوني
كصاحب حياة قانونية مستقلة يصبح بمقتضاها مركزا للحقوق والواجبات
أو الالتزامات . فالشخصية القانونية اذن انما تتحقق بتحويل الوجود الواقعي
لمثل هذه الكائنات الى وجود قانوني توضع فيه على رأس حياة قانونية
مستقلة ، ما دام أن لها من القيمة الاجتماعية ما يقتضى ويبرر مثل هذا
التحويل . ولذلك فبعض الكائنات التي لها وجود ذاتي واقعي بل وحسي
كالحيوانات ، اذا دخلت مرحلة الوجود القانوني فلا تدخل فيه باعتبارها
صاحبة حياة قانونية مستقلة ، لأنه ليس لها من القيمة الاجتماعية ما يبرر
وضعها على رأس مثل هذه الحياة وجعلها مركزا وصاحبة للحقوق
والالتزامات ، وانما تدخل فيه - بحكم طبيعتها التي تجعلها مسخرة لخدمة
الانسان - بوصفها شيئا تابعا ومجلا وموضوعا لحقوق الأشخاص ذوى الحياة

(١) Dabin, p. 135

(٢) Dabin, p. 151

(٣) في هذا المعنى :

Régade, pp. 75 78. — Dabin, pp. 148, 149.

وانظر كذلك سابقا ، ص ٥١٦ و ٥١٧ .

القانونية المستقلة (١) .

فالإنسان إذا كانت له الشخصية القانونية اليوم ، فليس ذلك مؤسسه اذن على شخصيته الفلسفية أو النفسية ولا على تكوينه العضوى أو الجينوى . الحاس ولا على ارادته المستكنة أو الناشطة . وانما تثبت له الشخصية باعتباره كائنا له كيان ذاتى مستقل ويمثل من القيمة الاجتماعية ما يحتم وضعه على رأس حياة قانونية مستقلة واعتباره مركزا صالحا لان تسند اليه مظاهر هذه الحياة من حقوق والتزامات .

وكذلك الشأن فى الدولة والجمعيات ، الشركات والمؤسسات والأوقاف وغيرها من صور الكائنات الجماعية أو الاجتماعية ، فهى كائنات لها وجودها الذاتى والحقيقى فى الحياة الاجتماعية ، وتمثل من القيمة الاجتماعية ما يدخلها فى نطاق القانون صاحبة حياة قانونية مستقلة ومركزا لحقوق والتزامات أى شخصا من أشخاص القانون . ومثل هذه القيمة الاجتماعية تتوافر لهذه الكائنات حينما يصبح وجود هذه الكائنات مفروضا بالضرورة . وهو ما يتحقق أمام ضخامة بعض الأهداف الإنسانية المشروعة ذات القيمة الاجتماعية أو الرغبة فى استدامتها على مر أحوال طويلة متعاقبة ، اذ يكون من الخطر اسناد هذه الأهداف الى كائن فردى بعينه وربط مصيرها بمصيره ، مع ما هو معلوم من طاقته المحدودة وظروفه غير المضمونة وحياته الموقوتة . بل ينبغى الاعتراف لهذه الأهداف بحياة مستقلة عن حياته ، وقدرة قوية تطاول قوته ، وهو ما لا يتأتى الا باسنادها الى هذه الكائنات الجماعية أو الاجتماعية ، التى توحد كما رأينا وجودا حقيقيا وان لم يكن ماديا فى الحياة الاجتماعية ، التى تتمتع - رغم خروجها من تجمع وتكتل عدد من الأفراد أو رصد فرد أو أفراد مجموعة من الأموال على تحقيق هذه الأهداف - بكيان ذاتى مستقل لا يختلط بكيان وذاتية تكوينها أو منشئها من الأفراد .

ومن ذلك تتضح حقيقة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية وقيامها على عنصرين أساسيين :

(١) فى هذا المعنى :

Dabin, op. cit., p. 147.

(١) **الكائن جماعى أو اجتماعى** يخرج من تجمعات فردية أو مالية ويتمتع بكيان ذاتى مستقل عن كيان وذاتية تكوينيه أو منشئته من الافراد .
ووجود مثل هذا الكائن وجود حقيقى لا افتراض فيه ، مادامنا نفصل الشخصية القانونية عن الشخصية الفلسفية أو النفسية ولا نقصر الحقيقة على الحقيقة المادية وحدها ، ودون حاجة الى اصطلاح وعى . أو تكوين عضوى أو ارادى له مماثل للانسان .

(٢) **توافر قيمة اجتماعية** لهذا الكائن ، متأية من قيمة الهدف الذى يسعى الى تحقيقه ، ومن قدرته وأفضليته على الكائن الفردى فى هذا التحقيق .

فاذا توافر هذان العنصران ، استوى الكائن الجماعى أو الاجتماعى على رأس حياة قانونية مستقلة متعلقة بهذا الهدف وصار مركزا تسند اليه مظاهر هذه الحياة من حقوق وواجبات والتزامات ، اذ يكون حينئذ أهلا لأن يستأثر بما يتعلق بهذا الهدف من قيم وسلطات ويتحمل بما يفرضه من واجبات وتبعات .

وبراعى أننا نستبعد من مقومات وعناصر الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ما تتفق عليه كثير من النظريات والآراء (١) من استلزام وجود تنظيم معين للشخص المعنوى يعمل فى خدمة غرضه أو فكرته بأجهزة وأدوات خاصة به . وليس معنى ذلك أننا ننكر الحاجة الى وجود مثل هذا التنظيم ، فهو ضرورى ولكن لنشاط الشخصية المعنوية لا لوجودها . وليس فى ذلك غرابة ، فالصغير غير المميز يتوافر على الشخصية لمجرد كونه كائنا ذاتيا ذا قيمة اجتماعية ، دون استلزام قيامه بنفسه بما تستلزمه شخصيته من

(١) انظر فى ذلك بصفة خاصة :

Michoud, t. I, Nos. 54, 55. — Hauriou, pp. 98, 102 et s. — Bonnet, t. IV, No. 155. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, Nos. 393 - 395. — Dabin, pp. 148, 149, 163.

شفيق شحاته ، فقرة ١١٩ و ١٢٠ - عبد الميم فرج الصدة ، فقرة ١١٧ - سليمان مرقس ، فقرة ٢٢٧ - اسماعيل غانم ، ص ٢٢١ .

نشاط اذ ينوب عنه في ذلك شخص آخر هو الولي أو الوصي . وكذلك الحال في الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية التي تتوافر لها مقومات وجود الشخصية بكيانها الذاتي المستقل ذي القيمة الاجتماعية ، ثم تحتاج من بعد الى جهاز وتنظيم معين يباشر عنها نشاطها .

المطلب الثاني

ابتداء الشخصية الاعتبارية

٣٢٢ - اكتساب الشخصية الاعتبارية منوط باعتراف القانون

اذ كانت شقة الخلاف النظري واسعة على ما رأينا بين نظريات الافتراض ونظريات الحقيقة حول طبيعة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ، فلم تلبث أن انعكست على تحديد مدى سلطات المشرع ازاء الأشخاص المعنوية من حيث اكتساب شخصيتها . اذ رتب أنصار نظرية الافتراض عليها أن الشخصية المعنوية أو الاعتبارية تكون منحة من المشرع ، بحيث تترك لمحض حريته وتقديره دون قيد أو الزام عليه في ذلك . بينما رتب أنصار نظريات الحقيقة نتيجة عكسية ، مقتضاها أن الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ما دامت تعبر عن حقائق واقعية ، فشخصيتها القانونية لازمة وقائمة تفرض نفسها على المشرع بحيث لا يمكن انكارها اذا توافرت مقوماتها .

ويبدو أن من المغالاة رد أمر التقييد أو الإطلاق في حرية نشوء مثل هذه الكائنات الجماعية واكتسابها الشخصية الاعتبارية الى الخلاف حول طبيعة هذه الشخصية وهل هي افتراضية أو حقيقية (١) ، اذ ليس من المقبول في ظل القوانين الوضعية - وأيا كانت طبيعة هذه الشخصية - انكار الحاجة الى تدخل المشرع لاكتساب هذه الشخصية وابتدائها كما ذهب الى ذلك بعض غلاة أنصار نظرية الحقيقة . وليس في ذلك ما يناقض ما انتهينا

(١) في هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، ص ٢١٩ .

اليه من حقيقة هذه الشخصية ، أو ما يحمل معنى التسليم بأن المشرع إنما يخلق بذلك الشخصية لهذه الكائنات خلقا صناعيا من العدم في شكل منحة يتفضل بها عليها . فليس تدخل المشرع مرادفا دائما للتحكم أو للافتراض ومخالفة الحقيقة ، وإنما يكون تدخله بمثابة الاعتراف بما توافر لهذه الكائنات في الحياة الاجتماعية من وجود حقيقي يستند الى مقومات معينة تجعلها أهلا لأن توضع على رأس حياة قانونية مستقلة بما تستتبعه من حقوق والتزامات ، فهو في تدخله في اكتساب وابتداء الشخصية الاعتبارية إنما يلتزم حكم الواقع والحقيقة لا يعدوه الى الاصطناع والافتراض ، فلا يقوم اذن بالخلق بقدر ما يقوم بالاعتراف (١) .

وإذا كان تدخل المشرع لازما لاكتساب وابتداء الشخصية الاعتبارية على هذا النحو من الاعتراف والتعبير عن حقائق الواقع ، فليس معنى ذلك أن المشرع يلتزم بهذا الاعتراف التزاما مفروضا ، إذ يبقى الأساس في الشخصية الاعتبارية - وهو القيمة الاجتماعية التي تعطى الكائن الجماعي صلاحية تصدر حياة قانونية مستقلة - أمرا نسبيا يخضع لاعتبارات كثيرة أهمها اعتبارات العدل واختلاف صوره ومدلوله والترحح بالتالي بين النزعة الفردية والنزعة الاجتماعية ، وهو ما يفسح للمشرع - باستيحاء هذه الاعتبارات - حرية في الاعتراف غير قليلة .

وعلى كل حال ، فتدخل المشرع للاعتراف بالشخصية الاعتبارية وتوقف اكتسابها على هذا الاعتراف ليس بالتدخل الغريب ولا القاصر على الأشخاص الاعتبارية وحدها ، حتى يحتاج الأمر الى انكاره أو التجاوز عنه احتفاظا للشخصية الاعتبارية بصفاتها الحقيقية . فالشخصية الطبيعية كذلك تستلزم مثل هذا الاعتراف وتتوقف عليه (٢) ، دون أن يمارى أحد في صفاتها الحقيقية .

(١) في هذا المعنى :

Michoud, t. I, No. 58, p. 130.

(٢) في هذا المعنى :

Michoud, t. I, No. 56..

كل ما فى الأمر أن الاعتراف بها لم يعد يثير النظر أمام شمولها اليوم الناس كافة نتيجة ما انتهى إليه التطور من التسليم بما لكن فرد من قيمة اجتماعية تؤمّن له حياة قانونية مستقلة يكون صاحبها وعلى رأسها ، خلافا لما كان عليه الحال فى الشرائع القديمة حين كانت القيمة الاجتماعية قاصرة على الأحرار وحدهم دون الأرقاء . أما الشخصية الاعتبارية ، فإذا كان يلزمها اعتراف المشرع كالشخصية الطبيعية ، إلا أن هذا الاعتراف يمثل أهمية خاصة وظاهرة بالنظر الى عدم تساوى الكائنات الجماعية من جماعات الأفراد ومجموعات الأموال الموجودة فى المجتمع فى التوافر على القيمة الاجتماعية اللازمة لتشخيصها ، وهى نفس الأهمية التى كانت ثابتة للاعتراف بالشخصية الطبيعية فى الشرائع القديمة كما أشرنا .

فتدخل المشرع للاعتراف بالشخصية الاعتبارية هو نفس تدخله اذن للاعتراف بالشخصية الطبيعية ، وإن كانت سلطته فى الاعتراف بالشخصية الأولى أوسع مدى ، نتيجة ما يقع عليه من واجب التيقن من توافر القيمة الاجتماعية للكائن الجماعى بالتحقق من هدفه وقدره فى ميزان القيم الاجتماعية ومدى حاجته الى حياة قانونية مستقلة تكفل تحقيقه ، ونتيجة تكوين هذا الكائن وصدوره عن تصرفات الأفراد وإراداتهم التى تخضع لحكم المشرع ورقابته للتأكد من سلامتها ومشروعيتها^(١) .

٣٣٣ - الاعتراف العام والاعتراف الخاص

إذا كان تدخل القانون أو المشرع لازما على هذا النحو للاعتراف بالشخصية الاعتبارية وابتدائها ، فهو يتخذ إحدى صورتين : صورة الاعتراف العام ، أو صورة الاعتراف الخاص .

أما صورة الاعتراف العام ، فتتحقق بوضع المشرع ابتداء شروط عامة ، إذا توافرت فى أى جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال .. اكتسبت هذه الجماعة أو تلك المجموعة الشخصية المعنوية بقوة القانون ..

(١) فى هذا المعنى :

Michoud, t. I, No. 57.

دون حاجة الى ترخيص أو اذن خاص من جانب المشرع بصدد تكوين كل جماعة أو مجموعة منها على حدة . وهذا الاعتراف اعتراف غير مباشر ينشأ عن تنظيم تشريعى سابق لنماذج معينة من جماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال ، ولذلك تعرف صورته كذلك باسم « طريقة التنظيم القانونى » (Système de la réglementation légale) (١) .

وأما صورة الاعتراف الخاص ، فتستلزم صدور ترخيص أو اذن خاص من المشرع بقيام الشخصية المعنوية لكل جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال عند تكوين كل منها على حدة . وهذا الاعتراف - على خلاف الاعتراف العام - اعتراف مباشر وفردى ، ولذلك تعرف صورته كذلك باسم « نظام الاذن أو الترخيص » (Système de la l'autorisation) (٢) .

وظاهر أن طريق التنظيم القانونى أو الاعتراف العام أكثر سعة وسماحة من طريق الترخيص أو الاعتراف الخاص بجاه قيام الأشخاص المعنوية . ولئن كان الطريق الأخير فى أصله مناسباً للنزعة الفردية بالنظر الى تركيز اهتمامها فى الفرد وعدائها للجماعات التى تتوسط بين الفرد والدولة ، ومستجيباً لنوازع الحذر التقليدى عند المشرع من قيام بعض أشخاص معنوية قوية قد تشكل خطراً على الدولة ، إلا أن الحاجة اليه لم تنقطع اليوم على الأقل بوصفه طريقاً استثنائياً أو احتياطياً الى جانب الطريق الأول . إذ يمكن المشرع من مراعاة ما يلزم من بحث وتدقيق فى شأن بعض الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ذات الأهمية ، ومن مواجهة ما قد يجد فى المستقبل من جماعات أشخاص أو مجموعات أموال متشكلة فى غير العصور التى يعرفها التنظيم القانونى الحاضر وتقضى الضرورة والمصلحة بالاعتراف لها كذلك بالشخصية المعنوية أو الاعتبارية (٣) .

(١) Michoud, t. I, No. 58, p. 131. — Coulombel, Encyclopédie, t. III, No. 7, p. 780.

(٢) Coulombel, Ibid.

(٣) فى هذا المعنى :

وقد جعل القانون المصرى الاعتراف العام هو الأصل ، والاعتراف الخاص هو الاستثناء . فيكفي الاعتراف العام فى شأن شخصية الدولة والمحافظات والمدن ، والقرى ، والأوقاف ، والشركات ، والجمعيات ، والمؤسسات الخاصة (م ١/٥٢ و ٣ و ٤ و ٥ مدنى) . وغيا عدا ذلك ، لا تثبت الشخصية الاعتبارية الا بمقتضى اعتراف خاص (م ٦/٥٢ مدنى) .

٢٢٤ - مركز الشخص الاعتبارى فى مرحلة تكوينه

إذا كان اكتساب الشخصية الاعتبارية منوطا باعتراف القانون على النحو السابق . فيتحدد وقت ابتداء هذه الشخصية اذن بتمام تكوينها وفق التنظيم القانونى فى صورة الاعتراف العام ، أو بصدر الترخيص أو الاذن الخاص فى صورة الاعتراف الخاص ، ومعنى هذا أنه فى مرحلة تكوين الشخص الاعتبارى وقبل تمام هذا التكوين أو صدور هذا الاذن ، لا تثبت أى شخصية بعد فى نظر القانون .

ولكن مرحلة تكوين بعض الأشخاص الاعتبارية وتأسيسها ، وبخاصة الشركات المساهمة ، قد يستغرق وقتا طويلا يقوم فيه المكونون أو المؤسسون بأعمال وتصرفات يقتضيها التكوين أو التأسيس وبقصد تحقيقه ، مما يرتب حقوقا والتزامات يجب تحديد من تسند اليه من الأشخاص . ويتجه الفقه الحديث (١) - أمام خطورة اسناد هذه الحقوق والالتزامات الى المؤسسين - الى استباق تمام تكوين الشخص الاعتبارى ، والاعتراف له من قبل ذلك بنوع من الشخصية فى حدود غرض التكوين أو التأسيس وحده ، بحيث تسند

= المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الحال ، مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٢٧٢ - اسماعيل غانم ، ص ٢٢٨ .

(١) Sébag, La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance, thèse Paris, 1938. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 92. — Mazeaud, t. I, No. 608. — Marty et Reynaud, No. 1053.

مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرات ٢٦٥ ، ٢٢٢ ، ٢٢٣ .

اليه أنشاء مرحلة التكوين - لا الى أشخاص المؤسسين - الحقوق والالتزامات المتعلقة بالتأسيس .

وأيا كان الرأي فى تأصيل مثل هذا الفقه واسناده الى فكرة الإشتراط لمصلحة الغير أو الى فكرة الفضالة أو الى غيرها من الأسس ، فمن الثابت أن ثم تشابها بين مركز الشخص الاعتبارى فى مرحلة التكوين وبين مركز الشخص الطبيعى فى مرحلة الحمل ، مما يبرر الاعتراف للشخص الاعتبارى فى هذه المرحلة بالشخصية كما يعترف القانون للجنين قبل ولادته بالشخصية، على أن يتوقف مصير اسناد الحقوق والالتزامات الى الشخص الاعتبارى فى هذه المرحلة على تمام تكوينه تكوينا صحيحا من بعد كما يتوقف مصير الحقوق المسندة الى الجنين على تمام ولادته حيا(١) . فاذا استحال من بعد تمام تكوين الشخص الاعتبارى ، اعتبرت شخصيته كأن لم تقم أبدا وكان لم تثبت له بالتالى حقوق أو التزامات قط .

غير أن التشابه بين الشخص الاعتبارى فى مرحلة التكوين وبين الجنين فى مرحلة الحمل لا يعنى تطابقا تاما فى المركز(٢) . فيبدو أن مدى الشخصية الاعتبارية هنا أو أهلية وجوب الشخص الاعتبارى فى دور التكوين أوسع من أهلية وجوب الجنين ، فلا تقتصر فى الأصل مثنها على ما يتمحض لصالحه من حقوق ، بل تنصرف كذلك الى ما قد يضره من التزامات(٣) ما دامت فى حدود وبقصد التأسيس .

وعلى أي حال ، ففى نصوص القانون المصرى ما يسمح بالقول بإمكان قيام شخصية للشخص الاعتبارى فى دور التكوين . اذ ينص القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ فى شأن شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة على أن تسري العقود والتصرفات التى أجراها المؤسسون باسم الشركة تحت التأسيس فى حق الشركة بعد

(١) انظر سابقا ، ص ٥٢٦ .

(٢) فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, t. I, No. 1038, p. 1274.

Marty et Raynaud, t. I, p. 1274, note "1". (٣)

تأسيسها متى كانت ضرورية لتأسيس الشركة (م ١٣) (١). وكذلك كان قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام الملني ينص على أن « تنقل إلى شركة القطاع العام بمجرد شهرها في السجل التجاري آثار جميع التصرفات التي أجريت لحسابها قبل الشهر، كما تتحمل الشركة جميع المصاريف التي أنفقت في تأسيسها » (م ٣٦ / ٣).

المطلب الثالث

مدى الشخصية الاعتبارية

٣٢٥ - أهلية وجوب الشخص الاعتباري المحدودة

إذا كان من الواجب التفرقة - كما سبق البيان - بين الشخصية القانونية وبين أهلية الوجوب على أساس اعتبار الأولى صلاحية كائن لأن ينسب إليه الحق والالتزام بصفة عامة أي الصلاحية المجردة واعتبار الثانية مدى هذه الصلاحية من حيث قصورها أو شمولها لكل الحقوق والالتزامات أي الصلاحية الواقعية (٢)، فمن الواضح أن الشخص الاعتباري له نفس ما للشخص الطبيعي من صلاحية مجردة لأنه صالح من حيث المبدأ مثله لأن يكون صاحب حق أو التزام فيتوافران إذن على ذات الشخصية . ولكنهما يختلفان بعد ذلك في مدى هذه الصلاحية أي في الصلاحية الواقعية من حيث نطاق وقدر ما يسند إلى كل منهما من حقوق والتزامات بالنظر إلى ما بينهما من اختلاف التكوين والغرض ، فيتفاوتان إذن فيما لكل منهما من أهلية وجوب . وعلى هذا النحو ، إذا كان الشخص الاعتباري - كالشخص الطبيعي - صاحباً للحقوق والتزامات ، فهو ليس حتماً صاحباً لنفس أو كل حقوق الشخص الطبيعي والتزاماته (٣) ، بل تضيق أهلية وجوبه

(١) لما أثيره المؤسسون باسم الشركة تحت التأسيس من عقود وتصرفات غير ضرورية لتأسيس الشركة ، فلا تسري في حق الشركة بعد التأسيس إلا إذا تم اعتمادها من مجلس إدارة الشركة أو من جماعة الشركاء أو بقرار من الجمعية العامة للشركة (م ١٢ / ١ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١).

(٢) راجع سابقاً ، ص ٥١٨ و ٥١٩ .

(٣) في هذا المعنى :

عن أهلية وجوب الشخص الطبيعي، فتقصر إزاما عن الإحاطة ببعض ما تسبب
له أهلية وجوب الشخص الطبيعي من حقوق والتزامات .

وإذا كانت أهلية وجوب الشخص الاعتباري أضيق نطاقا من أهلية
وجوب الشخص الطبيعي بوجه عام ، فبراعى أنه إذا كان الأصل في شأن
الأشخاص الطبيعية هو التساوي في أهلية الوجوب إلا في حالات استثنائية
نادرة ، فعلى خلاف ذلك يكون الأصل في شأن الأشخاص الاعتبارية هو
الاختلاف والتفاوت في أهلية الوجوب . أى أنه لا توجد في الأصل أهلية
وجوب واحدة للأشخاص الاعتبارية - كما هو الوضع بالنسبة للأشخاص
الطبيعية - بل مجموعة من أهليات الوجوب المختلفة (١) ، ولذلك يقال إن
المساواة المدنية بين الأشخاص الطبيعية غير قائمة بين الأشخاص الاعتبارية (٢) .
ومرجع ذلك إلى تفاوت أغراض الأشخاص الاعتبارية تفاوتا كبيرا وتنوعها
فيما بينها أنماطا مختلفة ، مما يفاوت بالتالي بينها فيما يسند إليها من حقوق
والتزامات .

٣٢٦ - قيود أهلية وجوب الشخص الاعتباري

قلنا إن أهلية وجوب الشخص الاعتباري محدودة بالقياس إلى أهلية
وجوب الشخص الطبيعي بالنظر إلى ما بين الشخصين من اختلاف في
التكوين والغرض . ومعنى ذلك أنه ترد على أهلية وجوب الشخص الاعتباري
قيود معينة لا ترد على أهلية وجوب الشخص الطبيعي . وهذه القيود يمكن
ردها إلى نوعين رئيسيين : نوع أول يرجع إلى طبيعة تكوين الشخص
الاعتباري واختلافه في ذلك عن الشخص الطبيعي ، إذ لا يتصور أن يسند إلى
الشخص المعنوي أو الاعتباري ما يسند إلى الشخص الطبيعي من حقوق
والتزامات ملازمة لطبيعة الإنسان ، ونوع ثان يفرضه مبدأ تخصص الشخص
الاعتباري - على خلاف الشخص الطبيعي - بفرض معين يتحدد به وحده

(١) قرب من ذلك :

Mazeaud, t. I, No. 386.

Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 78, pp. 88, 89. (٢)

(م ٤٩ - المدخل إلى القانون)

ما يسند اليه من حقوق والتزامات . فنعرض لكل من النوعين من القيود فيما يلي :

١ - **الحقوق والتزامات الملازمة لطبيعة الانسان** : اذا كان الشخص الاعتباري يتمتع بالشخصية كالشخص الطبيعي ، فواضح أن الاختلاف بينهما في طبيعة التكوين يحتم تضيق أهلية وجوب الشخص الاعتباري عن أهلية وجوب الشخص الطبيعي واستبعاد اسناد الحقوق والتزامات الملازمة لصفة الانسان الى الشخص الاعتباري . وقد عبرت عن هذا القيد الطبيعي الذي يرد على أهلية وجوب الشخص الاعتباري المادة ١/٥٢ من التقنين المدني بقولها « الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق الا ما كان منها ملازما لصفة الانسان الطبيعية » .

ولذلك فمن المستحيل عقلا تطبيق النظم المؤسسة على طبيعة الانسان ، مثل تلك التي تفترض سنا أو جنسا أو قرابة (١) أو جسدا على الشخص الاعتباري . فيمتنع إذن أن يسند الى الشخص الاعتباري التزامات وحقوق الأسرة الناشئة عن الزواج ، مثل حق المعاشرة الجنسية بين الأزواج ، والسلطة الأبوية (٢) ، وحق النسب ، والطلاق والالتزام بالنفقة للأولاد أو الزوجة أو المطلقة . أو أن تسند اليه الواجبات والحقوق المتصلة بالكيان الجسدي للانسان ، مثل واجب الخدمة العسكرية أو حق السلامة الجسمية أو البدنية في رأى من يعدم حقا ويدرجه تحت حقوق الشخصية . أو أن تسند اليه الحقوق المترتبة على الزوجية أو القرابة حتى ولو كانت حقوقا مالية ، مثل حق الارث (٣) .

(١) Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, No. 43, p. 763.

(٢) ومع ذلك ، فيبعض الشرائع الحديثة - كالفاتون الفرنسي - يتبع اثبات بعض حقوق السلطة الأبوية لأشخاص معنوية ، كمؤسسات المساعدة الاجتماعية . ولكن ظاهر أن ذلك ليس الا استثناء مخصصا مؤسسا على الافتراض وتقليد الحقوق المنفردة عن رابطة الدم والنسب . انظر :

Michoud, t. II, No. 214, p. 87.

(٣) ومن التجوز في التعبير اعتبار الدولة صاحبة الحق في ارث من لا وارث له (انظر مع ذلك : عبد الحمى حجازي ، المرجع السابق ، ص ١٧٤) . ذلك أن أسباب الارث أسباب تفترض وجود انسان ، فلا يصور توافرها لشخص معنوي كالدولة . فاستحقاق الدولة لتركة من =

ويذهب بعض الفقهاء الى انكار تمتع الشخص الاعتباري بالحقوق السياسية ، وبخاصة حق الانتخاب والترشيح ، على أساس أنها من الحقوق الملازمة لصفة الانسان (١) . ولكن الواقع أنه ليس في طبيعة الحقوق السياسية ما يفترض حتما نسبتها الى فرد انساني أو يجعلها من الحقوق الملازمة له والمقصورة عليه ، اذ هي تعبير عن المشاركة في حكم الدولة ، وهذه المشاركة - كما تتصور من جانب الفرد - قد تتصور كذلك من جانب بعض الكائنات الجماعية المؤلفة بخاصة من جماعات من الأشخاص ، والشرائح المختلفة تتضمن أمثلة على ذلك (٢) .

وقد اختلف في شأن الحق المعنوي للمؤلف على مصنفه ، هل يعتبر من الحقوق الملازمة لطبيعة الانسان فيستحيل بالتالي اسناده الى الشخص الاعتباري (٣) أم لا يعتبر من هذه الحقوق فيتصور ثبوته للشخص الطبيعي وللشخص الاعتباري على السواء . ونحن نرى أن الابتكار أو الخلق الذهني - وهو معيار المؤلف وحقوقه المعنوية - ليس إلا نتيجة وعى وتفكير عقلي ، وصدى انفعال وانطباع نفسي ، وهو ما لا يتسرع صادرا الا عن الانسان وحده باعتباره الكائن المتوافر على عقل ونفس وقدرة على الاستخراج منهما والتعبير . فيكون من الافتراض وقصر الطبيعة اذن تصوير الشخص الاعتباري بوصفه مؤلفا يتمتع بحقوق المؤلف المعنوية كالشخص الطبيعي (٤) ، وهو على

= لا وارت له . كما هو مقرر في القانون المصري ، لا يثبت لها اذن بمقتضى حق في الارث ، وانما بمقتضى مالها من حق الولاية العامة على الاموال التي لا مالك لها (في هذا المعنى : محمد سامي مذكور ، هامش « ١٥ » ، ص ١٦١) .

(١) جميل الشرقاوي ، ص ١٨٦ . - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٣٠ ، ص ١٧٩ .

(٢) فمن ذلك أن الولايات هي التي تمثل في مجلس الشيوخ الأمريكي ، وأن الجامعات تمثل في مجلس العموم البريطاني Michoud, t. II, Nos. 223, 224 وأن بعض الدساتير تأخذ بتمثيل المهن والحرف في المجالس التشريعية (انظر : عبد الحميد متولى ، الوسيط في القانون الدستوري ، ١٩٥٦ ، ص ٢١٢ وما بعدها) . وأن الدستور المصري لسنة ١٩٥٦ كان يجعل

للاتحاد القومي حق الترشيح لعضوية مجلس الأمة (م ١٩٢/٢) .

(٣) انظر بخاصة في انكار وصف المؤلف على الشخص المعنوي :
Marty et Raynaud, t. I, No. 1058, p. 1280.

شمس الدين الوكيل ، ص ١١١ و ١١٢ .

Desbois, No. 163. (٤).

نقيضه يفتقد - بحسب تكوينه - أداة ومناط الابتكار والخلق الذهني . ومع ذلك ، فقد اعترف المشرع المصرى صراحة للشخص الاعتبارى بوصف المؤلف وحقوقه على المصنفات الجماعية التى يوجه وينظم ابتكارها ويتكفل بنشرها تحت إدارته (م ٢٧ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤) (١) .

٢ - مبدأ التخصص : إذا كان الأصل أن الشخص الطبيعى صالح ليكون صاحباً للحقوق والالتزامات عامة دون تحديد ، فالشخص الاعتبارى - على خلاف ذلك - تخصص صلاحيته لذلك دون تعميم ، فلا يصلح إلا للحقوق والالتزامات المتعلقة بغرضه دون غيرها مما يجاوز هذا الغرض . ويرجع هذا الاختلاف الجوهرى ، الذى تضيق نتيجة له أهلية وجوب الشخص الاعتبارى عن أهلية وجوب الشخص الطبيعى ضيقاً كبيراً ، الى الاختلاف المحتوم فى الغرض بين الشخصين .

فالشخص الطبيعى لا ينحصر فى غرض بعينه ، لان قيمته الاجتماعية تأتية من ذاته بصرف النظر عما يسلك من سبل نشاط أو يستهدف من أغراض مختلفة . ولذلك فالأصل أن كل الأغراض مباحة ومطروقة له دون حصر أو تحديد ما دامت لا تنافى حكم القانون (٢) . فلا تخصص صلاحيته لوجوب الحقوق له أو عليه اذن بغرض معين أو جملة معينة من الأغراض ، بل تتسع لتستوعب كل غرض مشروع أيا كان هو وما يتعلق به من حقوق والتزامات .

أما الشخص الاعتبارى ، فالأصل ارتئان وجوده وقيام شخصيته بهدف معين ، مما يحدد بالتالى اطار حياته القانونية المستقلة يحدود هذا الغرض ، فيحتم تخصصه به وانحصاره فيه بحيث لا يصلح مركزاً إلا لما يتعلق به

= وانظر كذلك : كتابنا سالف الذكر ، ص ٦٤٤ و ٩١٥ - ٩١٧ .

(١) انظر فى ذلك : سابقاً ، ص ٤٨٧ ، ٤٨٨ ، وكتابنا سالف الذكر ص ٦٤٤ .

(٢) فى هذا المعنى :

Michoud, t. II, No. 248. — Capitant, No. 198, p. 245. — Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, No. 36, p. 762.

وحده دون غيره من حقوق والتزامات (١) . ولذلك يخضع الشخص الاعتباري .
- دون الشخص الطبيعي - لمبدأ التخصص بفرض معين *le principe*
de la spécialité ، مما ينكمش بأهلية وجوبه عن أهلية وجوب الشخص
الطبيعي الطليقة المتسعة لمختلف ومتعدد الأغراض .

ومبدأ التخصص الذي يقيد ويحد من أهلية وجوب الشخص الاعتباري
على هذا النحو مبدأ مسلم ، أيا كان وجه النظر في طبيعة الشخصية الاعتبارية .
فأساس هذا المبدأ عند نظرية الافتراض ، ان الشخصية الاعتبارية ما دامت
منحة من خلق المشرع وصنعه ، فيملك المشرع كذلك الحد من مداها وقصر
ما يتفرع عنها من أهلية وجوب على القدر الضروري من منحها وخلقها .
ولكن هذا الأساس يتغير بطبيعة الحال في منطق النظر الى الشخصية
الاعتبارية بوصفها حقيقة واقعية ، اذ ما دامت هذه الحقيقة مرتبطة بالفرض
الذي يستهدف الشخص الاعتباري تحقيقه وبما يمثل هذا الفرض من قيمة
اجتماعية ، فمقتضى ذلك وجوب انحصار حياته القانونية في نطاق هذا
الفرض وحده (٢) ، وتركز صلاحيته فيما يندرج تحت هذا الفرض من حقوق
والتزامات وتلاشيها فيما يجاوزها (٣) . فمبدأ التخصص لا يناقض اذن
ما للشخصية الاعتبارية من صفة حقيقة ، بل هو أسد منطقاً وأفضل تأصيلاً
باستقراره على هذه الحقيقة من اقامته على النصفة الافتراضية المزعومة
للشخصية الاعتبارية .

وقد أعلن المشرع المصري مبدأ التخصص كمبدأ (٤) ، وطبقه تطبيقات

(١) قارن : Michoud, t. II, No. 243, pp. 153 - 155.

(٢) قرب من ذلك :

Michoud, t. II, No. 244. — Saleilles, pp. 641 - 642.

(٣) ويفرغ بعض الفقهاء على اختلاف أساس مبدأ التخصص تبعاً للاخذ بنظرية الافتراض
او بنظرية الحقيقة . ان هذا المبدأ في ظل نظرية الافتراض لا يقبل التوسع في تفسيره متلماً
يقبله في ظل نظرية الحقيقة .

انظر في ذلك :

Saleilles, pp. 643, 644.

وكتابتنا سالف الذكر ، هامش «٢» ، ص ٩١٩ .

(٤) اذ ينص على أن « للشخص الاعتباري أهلية في الحدود التي بينها سند انشائه أو

التي يقررها القانون » (م ٢/٥٣ ب مدني) .

- خاصة في صدد بعض الأشخاص الاعتبارية (١) -

وإذا كانت الأشخاص الاعتبارية تخضع لمبدأ التخصص ، فيراعى أن تخصصها بغرض معين قد يكون تخصصاً قانونياً (spécialité légale) ، وقد يكون تخصصاً نظامياً (spécialité statutaire) . ويتحقق التخصص القانوني نتيجة انتماء الشخص الاعتباري الى نموذج معين دون غيره من نماذج الأشخاص الاعتبارية التي يحددها القانون (٢) ، كالشركة تخصص باقتسام الربح ، والجمعية تخصص بغرض غير الحصول على ربح مادي ، والمؤسسة الخاصة تخصص بعمل من أعمال البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام . ويتحقق التخصص النظامي عن طريق النص في نظام الشخص الاعتباري على موضوع أكثر تحديداً داخل نطاق الغرض الأصلي والتخصص القانوني (٣) ، كتخصص شركة بصناعة المنسوجات القطنية ، أو جمعية باحياء التراث الأدبي القديم ، أو مؤسسة برعاية اليتامى من الأطفال أو تشجيع الطلبة المتفوقين في فرع من فروع العلم والمعرفة ، أو عن طريق التصريح في نظام الشخص الاعتباري باستبعاد بعض الموضوعات الداخلة في نطاق الغرض الأصلي والتخصص القانوني (٤) .

وإذا كان مبدأ التخصص يقيد ويحد من أهلية وجوب الشخص الاعتباري على هذا النحو ، فسنرى من بعد أثره كذلك في الحد من نطاق نشاطه .

(١) تنص المادة ٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ على أنه يجوز حل الجمعية بقرار مسبب من وزير الشؤون الاجتماعية « إذا تصرفت في أموالها في غير الأغراض المحددة لها طبقاً لأغراضها » .

(٢) Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, Nos. 37, 38, p. 762. — (٢)

Marty et Raynaud, t. I, No. 1059, p. 1281.

Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, No. 41, p. 763. (٣)

Marty et Raynaud, t. I, No. 1059, pp. 1282. (٤)

المطلب الرابع

مميزات الشخصية الاعتبارية

٣٢٧ - تمهيد

إذا كان للشخص الاعتباري من الشخصية ما للشخص الطبيعي رغم تفاوتهما في مدى أهلية الوجوب على ما بينا ، فثم مميزات للشخص الاعتباري مقابلة لمميزات الشخص الطبيعي ، ولكن دون أن يعنى ذلك قيام تماثل وتطابق كامل بينهما في مدلول هذه الميزات أو في الضوابط والعناصر التي تتحدد بها ، إذ يبقى بينهما من الفروق في طبيعة التكوين والغرض ما يفرق بينهما في عناصر أو مدلول ما يتوافران عليه من نفس الميزات .

فنعرض فيما يلي لمميزات الشخصية الاعتبارية المقابلة لمميزات الشخصية الطبيعية من حالة واسم وموطن . ونعرض كذلك لما يميز الشخصية الاعتبارية من توافرها على ذمة مالية خاصة بها مستقلة عن ذمم أعضائها أو منشئها من الأشخاص الطبيعيين .

٣٢٨ - حالة الشخص الاعتباري

إذا كان الشخص الطبيعي - كما رأينا - يتميز بحالة معينة تحدد أساساً مركزه من الدولة ومن الأسرة وأحياناً من الدين ، فواضح أن من أنواع هذه الحالة ما لا يتأتى نسبته إلى الشخص الاعتباري نظراً لاختلاف طبيعته وتكوينه عن طبيعة وتكوين الشخص الطبيعي . إذ من البديهي أنه لا يتصور وجود حالة عائلية للشخص الاعتباري ، فهي قاصرة بالطبيعة على الفرد الانساني ، ولذلك أشرنا من قبل إلى عدم تمتع الشخص الاعتباري بما يتمتع به الشخص الطبيعي من حقوق الأسرة . وأما الحالة الدينية ، وهي تقوم على فكرة الانتماء إلى دين أو عقيدة دينية معينة ، فواضح أنها كذلك من خصائص الانسان وحده الذي تتوجه إليه الأديان فيرتبط بأحدها ارتباطاً إيماناً (١) .

(١) وإذا كانت بعض الدساتير تنص على دين معين للدولة ، فليس معنى ذلك أن للدولة عقيدة دينية وحالة دينية كالأفراد تؤثر في مدى ما تتمتع به من حقوق ، وإنما المقصد من =

فتبقى بعد ذلك الحالة السياسية أو الجنسية ، وهذه ينصور توافرها .
ننشخص المعنوي كالشخص الطبيعي ، ولكن مع اختلاف بينهما في مدلولها
وعناصرها .

٣٢٩ - جنسية الشخص الاعتباري (١)

يذهب كثير من الفقهاء الى انكار تميز الشخص الاعتباري بجنسية على
غرار الشخص الطبيعي ، ولا يرون في الجنسية المزعومة للشخص الاعتباري
الا صدى للمحاولات الفقهية غير الموفقة لاصطناع تشابه وتمائل تام بين
الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي . ذلك ان الجنسية هي رابطة قانونية
وسياسية بين الدولة والافراد المكونين لها بحيث يتحدد بها عنصر الشعب
في الدولة ، وهو ما يجعلها عقلا قاصرة على افراد الناس وحدهم اذ من غير
المتصور النظر الى الأشخاص الاعتبارية بوصفها أعضاء في دولة او جزءا من
شعب (٢) . وكذلك فان الجنسية انما تبنى على ما يقوم بين الافراد ووطنهم من
روابط عاطفية ونفسية مختلفة ، وليس لثل هذه الروابط بداعة معنى او

= ذلك مجرد اعلان بالاعتزاز بالدين الذي ينتمي اليه غالبية رعايا الدولة . ولكن دون مرضه
على من لا يدينون به من الرعايا والقاطنين ، فقد صارت حرية العقيدة الدينية اليوم في ظليلة
الحرريات الاساسية للفرد التي تلتزم كل دولة باحترامها وتوفيرها للافراد جميعا دون تفرقة .

(١) راجع في ذلك :

Michoud, op. cit., t. II, Nos. 315 - 332. — Niboyet, Cours de droit
international privé français, 2e éd., 1949, Nos. 255-272, 348-361; Traité de
droit international privé français, t. I, 2e éd., Nos. 77-79, t. II, 2e éd., Nos.
760 et s. — Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé, 1949.
Nos 192 et s. — Lerebours. — Pigeonnière, Précis de droit international
privé, 6e éd. 1954, Nos. 172 et s.

عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص المصري ، ج ١ ، الجنسية والوطن وتمتع
الأجانب بالحقوق (مركز الأجانب) الطبعة الثالثة ، ١٩٥٤ ، فقرات ٢١٢ - ٢٢٥ . - أحمد
مسلم ، القانون الدولي الخاص ، ج ١ ، الجنسية ومركز الأجانب ، ١٩٥٦ ، فقرات ٢٧٨-٢٩٨
و ٤١٢ - ٤١٦ . - محمد كمال فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص ١٩٥٥ ، فقرات
١١١٧ - ٢٢٢ . - شمس الدين الوكيل ، الجنسية ومركز الأجانب في مصر ١٩٥٨ ، فقرات
١٩٨ - ٢٠٢ .

(٢) في هذا المعنى :

Niboyet, Cours, No. 257, p. 233.

وجود بالنسبة الى الأشخاص الاعتبارية التي ليس لها جسم يتحمل بالآلام أو روح يتعنى بالمثل والآمال (١) .

ولكن انكار الجنسية على الشخص الاعتباري على هذا النحو ، إنما يقوم على افتراض أن مميزات الشخص الطبيعي لا يمكن ثبوتها للشخص الاعتباري الا على نفس العناصر وفي نفس الحدود ، وهو تماثل غير متصور التحقيق في العمل . لأن الشخص الاعتباري اذا كان يتوافر - كالشخص الطبيعي - على ذات الشخصية ، فلا يعنى ذلك أنه نسخة ثانية منه . بل ان بينهما من الاختلاف فى الطبيعة والتكوين ما يحتم الاختلاف بينهما فى مدلول وعناصر مميزاتها المتقابلة ، دون أن يؤدي ذلك الى انكار هذه المميزات على أحد الشخصين دون الآخر . فليس معنى أن الجنسية تحدد عنصر الشعب فى الدولة وتثبت لشخص الطبيعي وصف العضوية فيها ، أنها تنتج حتما نفس الأثر وتقوم على نفس العناصر بالنسبة الى الشخص الاعتباري والا امتنع ثبوتها له ، فالاختلاف محتوم بين الجنسيتين مثل ما هو محتوم بين الشخصين .

والواقع أنه رغم الاختلاف القائم بين جنسية الشخص الاعتباري وجنسية الشخص الطبيعي نتيجة ما بينهما من اختلاف فى الطبيعة والتكوين، فالفكرة واحدة فى الجنسيتين وهى وجوب رابطة من التبعية بين الشخص وبين دولة معينة . ومثل هذه الرابطة قائمة فى شأن الشخص الاعتباري ، ويسلم بقيامها وضرورتها منكرها « جنسية » الشخص الاعتباري أنفسهم (٢) ، مما يجعل انكارهم مجرد انكار للتسمية لا للمضمون . اذ الشخص الاعتباري بوصفه شخصا تتوافر له صلاحية وجوب الحقوق والالتزامات كالشخص الطبيعي ، لا بد له مثله من الارتباط بدولة ما تحكم بقانونها نظامه وضيره وتحديد ما يتمتع به من حقوق داخلها (٣) . وتبسط عليه حمايتها خارج حدودها (٤) . وبذلك تكون للشخص الاعتباري جنسية تؤكد تبعيته لدولة

(١) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 83.

(٢) Niboyet, ibid.

(٣) اذ الأصل أن الوطنيين المرتبطين بالدولة برابطة التبعية يتمتعون بحقوق أكبر مما يتمتع به الأجانب غير المرتبطين بهذه الرابطة ، فيكون من اللازم حينئذ التمييز بين الشخص الاعتباري الوطني والشخص الاعتباري الأجنبي .

(٤) Lerebours-Pigeonnière, op. cit., No. 172.

معينة ، سواء تبعيته القانونية في شأن خضوع نظامه ونشاطه لقانون هذه الدولة ، أو تبعيته السياسية في شأن تمتعه بحقوق الوطنيين داخل الدولة وشموله بحماية الدولة للوطنيين خارجها .

وينبغي جانب من الفقه في هذا الشأن الى الفصل بين التبعية القانونية والتبعية السياسية وتحديد معيار مستقل لكل منهما ، فيكون معيار الأولى هو مركز الادارة الرئيس الفعلي للشخص الاعتباري وهو المعيار السائد في كثير من الشرائع ، ومعيار الثانية هو السيطرة أو الرقابة الفعلية على الشخص الاعتباري (١) .

ولكن هذه التفرقة توجد ازدواجا غير مرغوب فيه في شأن معيار جنسية الشخص الاعتباري الوطنية أو الأجنبية وتبعيته القانونية والسياسية على السواء ، بصرف النظر عن جنسية أعضائه أو المهيمنين عليه من الأفراد أمام استقلال شخصيته عن شخصياتهم . وليس معنى ذلك رفض فكرة الرقابة وعدم اعمالها اطلاقا ، فقد كشفت ظروف الحروب الأخيرة عن فائدتها في الكشف عن النشاط الأجنبي والمصالح الأجنبية المعادية المستترة وراء الطابع الوطني لجنسية بعض الأشخاص الاعتبارية والشركات منها بخاصة ، مما يوجب ويبرر حرمانها من التمتع بحقوق الوطنيين في مثل هذه الظروف العصيبة . وانما يكون الالتجاء الى فكرة الرقابة على سبيل الاستثناء للحد مما تتمتع به الأشخاص الاعتبارية الوطنية في الأصل من حقوق ، حيث تقتضي ذلك ظروف استثنائية خاصة كالحرب ، أو قوانين خاصة تتطلب تدخل المشرع باعمال فكرة الرقابة وبيان حدودها (٢) .

(١) في هذا المعنى :

Niboyet, Cours, Nos. 251 - 272 ; Traité, t. II, Nos. 700 et s.

عز الدين عبد الله ، فقرات ٢١٥ و ٢١٧ . - محمد كمال فهمي ، فقرات ٢١٨ - ٢٢٢ .

(٢) أنظر في توحيد معيار جنسية الشخص الاعتباري والإعتداد بعنصر الرقابة استثناء على

هذا النحو :

Batiffol, op. cit., Nos. 197, 198. — Lerebours - Pigeonnière, op. cit., Nos. 174, 182, 194.

أحمد مسلم ، المرجع السابق ، فقرات ٤٢١ و ٤١٥ و ٤١٦ . - شمس الدين الوكيل ،

المرجع السابق ، فقرة ٢٠٢ ، ص ٦٥٢ و ٦٥٣ .

ولذلك اذا اعتبر المركز الرئيسى الفعلى هو المعيار الاصلى جنسية الشخص .
الاعتبارى ، فمقتضى ذلك أن جنسية كل شخص اعتبارى تتحدد باندونة التى
يوجد فيها مركزه هذا ، فيخضع لقانونها نظامه ويتمتع فيها بما يتمتع به
انوطنيون من حقوق . وليس للرقابة الاجنبية عليه بخضوعه للسيطرة
الفعلية لرعايا من الأجانب أى تأثير فى الاصل على جنسيته الوطنية . ولكن
اذا اقتضت ظروف استثنائية الاعتداد بمثل هذه الرقابة حماية للصالح
الوطنى العام ، فليس من شأن ذلك اسقاط جنسيته الوطنية الاصلية وانما
مجرد الحد مما يتمتع به من حقوق .

ولا يوجد فى القانون المصرى نص عام يحكم جنسية الاشخاص
الاعتبارية ، ولكن يمكن القول بأن الاصل فيه هو الأخذ بمعيار المركز الرئيسى .
الفعلى معيارا أصليا لهذه الجنسية (١) . والمركز الرئيسى قد يكون فى الدولة
التى أسس الشخص الاعتبارى فيها ، وقد يكون فى غيرها . ولكن المشرع
المصرى يحتم فى شأن الشركات المساهمة التى تؤسس فى مصر أن يكون
مركزها الرئيسى فى مصر كذلك (م ٤١ تجارى) .

غير أن المشرع المصرى يعتد بفكرة الرقابة الأجنبية الاعتداد الصحيح ،
لا لتحديد جنسية الشخص الاعتبارى ، وانما مجرد الحد من تمتعه ببعض
حقوق الوطنيين رغم جنسيته المصرية الثابتة ، وذلك فى ظروف استثنائية
خاصة . فمن ذلك فرضه الحراسة أثناء الحرب العالمية الثانية والعدوان
الثلاثى على مصر سنة ١٩٥٦ على أموال الشركات والجمعيات والمؤسسات
المصرية الخاضعة لاشراف رعايا الأعداء أو الداخلة لهم فيها مصالح
هامة (٢) .

(١) انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٢٦ و ٩٢٧ .
وقد طبق المشرع المصرى هذا الاصل بطلبه أن يكون مركز ادارة الجمعية والمؤسسة
الخاصة فى الجمهورية العربية المتحدة (م ٣ و م ٧٠ من القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٤) .

(٢) انظر فى ذلك :
شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٦٤٦ - ٦٤٨ . - كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٢٧ و ٩٢٨ .

٣٣٠ - اسم الشخص الاعتباري

إذا كان للشخص الطبيعي - كما رأينا - اسم معين ، فكذلك للشخص الاعتباري اسم أو عنوان يتميز به ويكون العلامة الخارجية لشخصيته بما يتيح تعيينه ويمنع اختلاطه بغيره من الأشخاص . ويشترط المشرع عادة ذكر الاسم أو العنوان عند انشاء الشخص الاعتباري (١) .

والغالب - وبخاصة في شأن أشخاص القانون الخاص الاعتبارية - تعبير الاسم عن الغرض الذي يستهدفه الشخص الاعتباري كما في الجمعيات والمؤسسات وشركات المساهمة . ولكنه أحيانا - كما في شأن شركات الأشخاص - قد يكون أساسا اسم فرد أو أكثر من أعضاء الشخص الاعتباري، ولكن مضافا إليه ما ينفي النشاط الفردي ويشعر بوجود الشخص الاعتباري واستقلاله عن شخصية أعضائه .

وإذا كان اسم الشخص الاعتباري اسما يمارس التجارة تحته، فيكتسب بذلك قيمة مالية تباعد في الخصائص بينه وبين اسم الشخص الطبيعي اللصيق بالشخصية ، ولذلك يصبح - على خلافه - داخلا في دائرة التعامل مما يجعل الحق فيه محلا للتصرف والاكتساب أو السقوط بالتقادم . ولكن لا يجوز التصرف فيه تصرفا مستقلا عن المصرف في المحل التجاري المخصص له ، حماية للجمهور من اللبس والتضليل ، كما سبق البيان (٢) .

وواضح أن القانون يحمي اسم الشخص الاعتباري كما يحمي اسم الشخص الطبيعي من كل انتحال أو منازعة فيه من قبل الغير ، فيخول الشخص الاعتباري حق طلب وقف أي اعتداء على اسمه (٣) مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

(١) انظر بخاصة : م ٣ و ٧٠ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة

١٩٦٤ .

(٢) انظر سابقا ص ٥٥٣ - ٥٥٤ و ٥٥٨ .

(٣) والمطالبة بوقف الاعتداء على اسم الشخص المعنوي - كما هي الحال في شأن اسم

الشخص الطبيعي - لا تعلق على إثبات ضرر معين (في هذا المعنى : مصطفى كمال طه ، ج ١ ، =

٣٣١ - موطن الشخص الاعتباري

إذا كان الموطن يحدد للشخص مقرا قانونيا يعتد بكل ما يتم أو يوجه إليه فيه خاصا بعلاقاته ونشاطه القانوني ، فيراعى أن للشخص الاعتباري موطنًا خاصا به ومستقلا عن موطن منشئيه أو أعضائه . ويتحدد موطن الشخص الاعتباري في القانون المصري بالمحل الذي يوجد فيه مركز إدارته الرئيسي (م ٢/٥٣ - د مدني ، وم ١/٥٢ مرافعات جديد) . والمقصود بمركز الإدارة الرئيسي للشخص الاعتباري المركز الرئيسي لنشاطه القانوني والمالي والإداري ، فهو ليس بالضرورة نفس مركز الاستغلال ، فكثيرا ما يوجد الاستغلال في المكان المناسب له بعيدا عن مركز الإدارة الرئيسي . ولكن يجب أن يكون هذا المركز مركزا حقيقيا لا وهميا للإدارة (١) . وإذا كان من الممكن تغييره ، فلا يعتد بهذا التغيير إلا إذا كان تغييرا حقيقيا (٢) .

وإذا كان الشخص الاعتباري لا يباشر نشاطه في مكان واحد ، بأن كانت له فروع متعددة ومنتشرة في أماكن متفرقة متباعدة ، فيعتبر المكان الذي يوجد به كل فرع من هذه الفروع موطنًا خاصا بالأعمال المتعلقة به . وهذا هو المقرر في القانون المصري (٣) . وعلى ذلك ، يجوز رفع الدعاوى المتعلقة بأعمال كل فرع إلى المحكمة التي تقع في تأثيرها هذا الفرع (م ٢/٥٢ مرافعات جديد) .

= فقرة ٩٩٤ . وقارن مع ذلك : شمس الدين الوكيل ، نظرية الحق ، ص ١١٦) - إذ الاعتداء على الاسم يتضمن في ذاته حتما معنى الضرر دون حاجة إلى إثباته ، لأن لصاحب الاسم - ككل صاحب حق - مصلحة ولو ممنوية في الاستئثار وحده باسمه وبسلطانه عليه (انظر سابقا ، ص ٤٥٧ و ٥٥١) .

(١) Planol, Ripert et Savatier, t. I, No. 144, p. 184. — Mazeaud, t. I, No. 588.

(٢) مصطفى كمال طه ، ج ١ - فقرة ٢٧٩ ، ص ٣١٠ .

(٣) ويأخذ القانون المصري بالاعتداد بهذا الموطن ، بنظرية « المحطات الرئيسية أو الفروع » التي ابتدعها القضاء الفرنسي (انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٣١) .

وقد طبق المشرع المصري نفس الفكرة في شأن الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في مصر ، فقضى بأنه بالنسبة إلى القانون الداخلي يعتبر موطنها أو مركز إدارتها هو المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية (م ٢/٥٣ - د مدني) .

٣٣٢ - ذمة الشخص الاعتباري المستقلة

إذا كان للشخص الاعتباري كيان مستقل عن كيان أعضائه أو منشئيه وشخصية مستقلة عن شخصياتهم ، فمقتضى ذلك أن له حقوقه والتزاماته الخاصة به التي لا تختلط بحقوقهم والتزاماتهم ، وأن له بالتالى ذمة مالية مستقلة عن ذمة كل منهم (م ٥٣/٢ - أمدني) . وينبنى على ذلك بخاصة أن ديون الشخص الاعتباري تكون مضمونة بحقوقه وحدها وأن هذه الحقوق لا تضمن ديون أعضائه أو منشئيه . فلا يجوز إذن لدائني الشخص الاعتباري التنفيذ بديونهم على الأموال الخاصة لأعضائه أو منشئيه ، ولا لدائني الأعضاء أو المنشئين التنفيذ بديونهم على أموال الشخص الاعتباري .

ومع ذلك ، فثم أشخاص اعتبارية تكون ديونها مضمونة بأموالها وأموال أعضائها على السواء ، كالشركات المدنية ، وشركات التضامن والتوصية من الشركات التجارية ، التي يكون كل الشركاء فيها أو بعضهم مسئولين عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة . ولكن لا يعنى ذلك اختلاط ذمتهم بذمتها أو احلال شخصياتهم محل شخصيتهم ، كما يرى البعض (١) . وإنما هو يعنى - ولكل من الشركة والشركاء شخصيته المستقلة - أن الشركاء يعززون مركز الشركة المدين فيقدمون أموالهم الخاصة الى جوار أموال الشركة ضمانا اضافيا لدائنيها ، بحيث يقوى ضمان هؤلاء الدائنين بتعدد المسئولين وتعدد الذمم الضامنة لحقوقهم (٢) . فالأمر إذن لا يعدو اعتبار

(١) انظر بخاصة :

Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1948, Nos. 721, 727. — Escarra (J. et El.) et Rault, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales*, t. I, 1950, No. 210.

شفيق شحاته ، فقرة ١٣١ . - عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ١٢٠ . - عبد الحى حجازي ص ١٨٥ و ١٨٦ . - محمد سامي مدكور ، ص ١٤٦ . - مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرة ٢٧١ . وأنظر في انتقاد ما يراه هؤلاء الفقهاء من اعتبار شخصية هذه الشركات ناقصة :

كتابتنا سالف الذكر ، ص ٩٣٣ .

(٢) في هذا المعنى :

عحسن شفيق ، الوسيط في القانون التجارى المصري ، ج ١ ، ط ٣ ، ١٩٥٧ ، فقرة ٢٨٠ . - سليمان مرقس ، هامش «٣» ص ٣٥٨ و ٣٥٩ . - كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٣٣ و ٩٣٤ .

الشركاء ضامنين ديون الشركة ، وليس في ضمان شخص ديون شخص آخر
أو ضم مسؤوليته الى مسؤوليته عن وفائها ما يتقص من شخصية المضمون
وذمته المستقلة .

المطلب الخامس

نشاط الشخصية الاعتبارية

٣٣٣ - استحالة نشاط الشخص الاعتباري بنفسه ، وضرورة نشاطه
بواسطة أشخاص طبيعيين

إذا كان الشخص الاعتباري يتوافر على الشخصية كالشخص الطبيعي
بحيث تكون له مثله حقوق والتزامات ، فواضح بالنظر الى طبيعة تكوينه أنه
- على خلافه ، لا يقدر على النشاط بنفسه ، بل محتوم عليه أن يباشر عنه
هذا النشاط غيره من الأشخاص الطبيعيين ، فيقومون بتمثيله والعمل باسمه
ولحسابه في الحياة القانونية .

ويتولى القانون أو نظام الشخص الاعتباري تحديد ممثليه من الأشخاص
الطبيين وبيان اختصاصاتهم وكيفية نشاطهم لحسابه . وقد يتولى النشاط
عن الشخص الاعتباري فرد منفرد ، كرئيس الدولة أو الوزير أو المحافظ
أو المدير بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة ، أو المدير بالنسبة للجمعيات
أو الشركات أو المؤسسات الخاصة ، أو المتولى أو الناظر بالنسبة للوقف .
وقد يتولى هذا النشاط هيئة أو هيئات معينة تتألف واقعيا من أفراد ، مثل
المجالس التشريعية ومجالس المحافظات والمجالس البلدية والجمعيات العمومية
ومجالس الإدارة .

وإذا كان للشخص الاعتباري أشخاص طبيعيون ينشطون باسمه
ولحسابه ، فيجب أن لا يستخلص من ذلك أنه شخص وهمي افتراضي .
فهناك فارق بين وجود الشخصية وبين نشاطها ، والشخصية قد توجد
لشخص لا يستطيع أن يباشر النشاط بنفسه ، كما هو شأن بعض الأشخاص
الطبيين مثل الصغير أو المجنون ، دون أن يعطى ذلك في وجود شخصيته
أو في حقيقتها ، فكذلك الحال في شأن الشخص الاعتباري .

٣٣٤ - مركز الأشخاص الطبيعيين من الشخص الاعتباري الذي يباشرون عنه نشاطه^(١)

إذا كان نشاط الشخص الاعتباري لا يتأتى إلا عن طريق أشخاص طبيعيين ، فينبغي تحديد مركز هؤلاء بالنسبة إلى الشخص الاعتباري وطبيعة العلاقة القائمة بينهما ، إذ على ضوء هذا التحديد يمكن تأصيل كثير من النتائج العملية المتعلقة بهذا النشاط أو اشتراكه عليه .

ويصادفنا في ذلك أولا التصوير التقني القائم على فكرة الوكالة (mandat) ، بحيث يكون الشخص الاعتباري في صف الموكل وهؤلاء الأشخاص الطبيعيين في مركز وكلائه . ولكن الوكالة تفترض وجود ارادتين : ارادة الموكل و ارادة الوكيل ، وإذا وجدت ارادة الوكيل هنا ، فارادة الموكل غير موجودة إذ ليست للشخص الاعتباري نفسه ارادة^(٢) .

ولذلك يتجه تصوير آخر إلى فكرة النيابة القانونية représentation légale ، بحيث يوجد الأشخاص الطبيعيون الذين يتولون شئون الشخص الاعتباري في مركز مماثل لمركز الأولياء أو الأوصياء أو القوام على عديمي الأهلية أو ناقصيها من الأفراد . ولكن هذا التصوير بدوره غير مقبول^(٣) . فإذا كان الشخص الاعتباري في نشاطه بواسطة غيره يشبه عديمي أهلية الأداء أو ناقصيها من الأشخاص الطبيعيين ، فليس معنى ذلك أن مركزهما واحد ومتماثل من كافة الوجوه . ذلك أن ما يفرض على الأشخاص الطبيعيين من تخلف أهلية الأداء أو نقصانها ومن تولية غيرهم شئونهم والنشاط باسمهم إنما تمليه فكرة حمايتهم ، بينما وجود أجهزة أو هيئات من الأفراد

(١) راجع في ذلك بخاصة :

Michoud, t. I, Nos. 50 et s. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1067.

Marty et Raynaud, *ibid.* (٢)

وقرب من ذلك :

Michoud, t. I, No. 50, p. 132.

(٣) أنظر كذلك في انتقاد هذا التصوير :

Michoud, t. I, No. 50, p. 132. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 93 bis.

تعمل باسم الشخص الاعتباري وحسابه يفرض بقوة الأشياء نتيجة ما يلزم الشخص الاعتباري من استجابة طبيعية لمباشرة النشاط بنفسه (١) . ويستتبع هذا الاختلاف الطبيعي أن يركز نشاط الشخص الاعتباري بواسطة غيره هو القاعدة الطبيعية الدائمة طوال حياته ، بينما لا يعتبر نشاط عديم الأهلية أو ناقصا من الأفراد بواسطة غيره الا مجرد استثناء بحث ومقوت .

وأخيرا يتجه جمهور كبير من الفقه الحديث (٢) الى تأييد نظرية راجت في اللغة الألمانية في هذا الصدد هي نظرية الجهاز أو الاداة *Théorie de l'organe* . ومقتضاها أن الشخص الاعتباري لا يتصور وجوده دون أجهزة معينة تحقق نشاطه في الحياة القانونية ، بحيث تعتبر هذه الأجهزة جزءا لا يتجزأ منه فلا كيان له بذاتها منفصلة عنه . فهي في الواقع بمثابة جسمه القانوني يستخدمها لتحقيق نشاطه وأغراضه كما يستخدم الشخص الطبيعي عضوا من أعضاء جسمه كفه أو يده (٣) . ولذلك يعتبر كل عمل أو نشاط تقوم به هو عمل أو نشاط الشخص الاعتباري نفسه ، بحيث ينتج أثره في حقه مباشرة على هذا الأساس أي بطريق الأصالة لا بطريق النيابة .

وإذا كانت هذه النظرية تبدو أفضل من نظرية الوكالة ونظرية النيابة القانونية من حيث اتساع نطاقها للأعمال للمادية والتصرفات القانونية على السواء وأكثر توفيقا منهما في تأصيل مسئولية الشخص الاعتباري نفسه مسئولية شخصية ومباشرة ، فيعيبها رغم ذلك أنها ليست الا صدى للنظريات

(١) في هذا المعنى :

Capitant, No. 194. — Colin, Capitant et De La Morandière, t. I, No. 968, p. 738.

(٢) انظر بخاصة :

Michoud, t. I, Nos. 60 - 64. — Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, t. II, 4e, éd. Nos. 1985, 1986. — Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, No. 35, p. 762. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1067, p. 1288.

مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرة ٢٧٧ - عبد الحليم البعراوى ، فقرة ٤٦٢ .

(٣) Michoud, t. I, No. 60, p. 134.

(م ٤٢ - المدخل الى القانون)

الضحية أو الحيوية^(١) غير المقبولة التي تحارب التماس تطابق وتماثل تام في التكوين بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي .

وعندنا أن عيب هذه النظريات جميعا ينحصر في محاولات الاستناد إلى نظريات متفقة مع طبيعة الفرد الانساني لتفسير نشاط الشخص الاعتباري ومركز القائمين به من الأفراد ، رغم الاختلاف المحتوم بين طبيعة وتكوين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي . ولذلك ينبغي النظر في هذا الشأن إلى الشخص الاعتباري نظرة مستقلة متفقة مع طبيعة تكوينه . ومجردة عن محاولة اضطناع تطابق كامل بينه وبين الشخص الطبيعي .

وإذا كان الشخص الاعتباري لا يتصور قيامه بنفسه بالنشاط الذي تتطلبه حياته القانونية على اختلاف صوره وأنواعه وكان ذلك منوطا بأشخاص طبيعيين يتولون عنه هذا النشاط ، فيجب الاعتراف باخترقة الواقعة من أن هؤلاء الأشخاص الطبيعيين - وليس الشخص الاعتباري نفسه - هم الذين يقومون بكل نشاطه . وليس في ذلك - كما سبق البيان - ما يطفن في شخصية الشخص الاعتباري ، لأن ثبوت الشخصية لشخص معين لا يمنع من اسناد نشاطها إلى شخص آخر . ولذلك ليس ما يدعو اذن إلى ما تدعيه بخاصة « نظرية الجهاز » من تلاشي هؤلاء الأشخاص الطبيعيين في الشخص الاعتباري كأجزاء لا تتجزأ منه ولا كيان لها بذاتها منفصلة عنه مثل أعضاء الجسم بالنسبة إلى الفرد الانساني .

ولكن إذا كان هؤلاء الأشخاص الطبيعيون هم الذين يتولون النشاط لا الشخص الاعتباري ، فلا يعني ذلك أن آثار هذا النشاط تنصرف إليهم بل هي تنصرف إليه وحده . وواضح أن انصرافها إليه ليس نتيجة أن النشاط نشاطه لا نشاطهم كما تدعى « نظرية الجهاز » ، فقد سبق أن رفضنا منطقها

(١) في هذا المعنى :

Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse Paris, 1947, p. 202.

فى هذا الصدد . وكذلك اذا كانت فكرة النيابة القانونية بخاصة قد تبدو اقرب الأفكار لتفسير آثار هذا النشاط اليه ، فبى قاصرة رغم ذلك عن هذا التفسير أمام اختلاف وضع الشخص الاعتبارى عن وضع الأفراد عديمى الاهلية أو ناقصيها ، وعدم اتساع هذه الفكرة بحسب الأصل الا للتصرفات القانونية دون الأعمال المادية . ولذلك ينبغى بناء نظرية خاصة مستقمة تقابل نظرية النيابة القانونية ، يعتد فيها بطبيعة الشخص الاعتبارى المختلفة عن طبيعة الفرد الانسانى وباتساع ميدان نشاطه عن نشاط الشخص الطبيعى . فبطبيعة الشخص الاعتبارى تجعل مستحيل نشاطه بنفسه سواء كان هذا النشاط فى صورة أعمال مادية أو فى صورة تصرفات قانونية . وبذلك يصبح محتوما وطبيعيا قيام أشخاص طبيعيين بممثل الشخص الاعتبارى وتولى نشاطه المادى والقانونى على السواء . وتوليهم هذا النشاط انما يكون لحساب الشخص الذى يمثلونه لا لحسابهم الخاص . ولذلك يكون طبيعيا أن تنصرف كل آثار هذا النشاط وما يولده من حقوق والتزامات اليه لا اليهم .

ففكرة التمثيل اذن فى شأن الشخص الاعتبارى تقابل فكرة النيابة القانونية فى شأن الشخص الطبيعى ، وتفسر انصراف آثار نشاط الممثلين الى الشخص الاعجبارى ، كما تفسر الأخرى انصراف آثار نشاط الأولياء أو الأوصياء أو القوام الى عديمى الاهلية أو ناقصيها من الأفراد . ولكنها مع ذلك تبقى متميزة عنها تميزا ظاهرا . اذ هى مفروضة بقوة الأشياء وبحكم طبيعة الشخص الاعتبارى كأصل دائم تدوم ما دامت الشخصية الاعتبارية ، وليست كالنيابة القانونية علاجا لنقص موقت أو عارض طارىء . وهى تستوعب بالتالى حتما كل ما يحتاجه الشخص الاعتبارى من نشاط أيا كانت صورته من الأعمال المادية أو التصرفات القانونية ، على خلاف النيابة القانونية التى تقتصر على بعض نواحي النشاط دون بعض وتتركز أصلا فى التصرفات القانونية وحدها .

وبذلك يتحدد مركز الأشخاص الطبيعيين الذين يتولون النشاط عن الشخص الاعتبارى بكونهم ممثلية الطبيعيين اللازمين له على الدوام فى كل

ما يحتاجه من نشاط ، بحيث ينشطون هم دونه - لا بوصفهم أجزاء لا تتجزأ منه كما تدعى نظرية الجهاز - وأما بوصفهم أشخاصاً ذوي شخصية وكين ، وإن كانوا لا يباشرون هذا النشاط باسمهم وحسابهم الخاص ولكن باسمه وحسابه هو بما يستتبع انصراف آثار هذا النشاط إليه .
ونته .

٣٣٥ - أهلية الأداء والشخص الاعتباري

ينبغي أخذ أهلية الأداء في شأن الشخص الاعتباري بمعنى يتفق مع طبيعته دون قيد حرفي بمعناها في شأن الشخص الطبيعي ، ما دام الاختلاف محتوماً بين طبيعتهما (١) . إذ أنه إذا كان مفهوماً في شأن الشخص الطبيعي انفاة أهلية الأداء بتوافر كمال التمييز والارادة عند من يباشر التصرف القانوني لحساب نفسه لتفاوت الأشخاص الطبيعيين في انعدام أو نقص أو اكتمال التمييز والارادة ، فليس ذلك مفهوماً في شأن الشخص الاعتباري الذي لا يتوافر على ارادة بحكم طبيعته نفسه . ولذلك يجب أن تحمل أهلية الأداء في شأن الشخص الاعتباري على المعنى المتفق مع طبيعته هذه ، فيكون المقصد منها هو تحديد مجال النشاط الارادي المعترف به للشخص الاعتباري لتحقيق أغراضه ، دون تطلب الارادة عنده عز لأنه بحكم طبيعته لا تتصور له ارادة . اكتفاء بوجود ارادة مسخرة لخدمته على ارادة مثله . ولذلك إذا أمكن القول بثبوت أهلية أداء للشخص الاعتباري فيجب حمل ذلك على هذا المعنى ، لا على معنى توافر الشخص الاعتباري نفسه على الارادة . ولذلك خص المشرع المصري على أن يكون للشخص الاعتباري نائب يعبر عن ارادته ، (م ٣/٥٣ مدني) نص منتقد (٢) .

(١) قرب من ذلك :

عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٣٠ ، ص ١٨٠ .

(٢) انظر في ذلك :

شمس الدين الوكيل ، ص ١١٤ - اسماعيل غانم ، ط ٢ ، ١٩٥٨ ، ص ٢٢٢ .

كتابنا سابق الذكر ، ص ٤٠ و ٩٤١ .

ولكن قارن : عبد الحى حجازي ، ص ١٧٥ .

٣٣٦ - مسئولية الشخص الاعتباري

إذا كان ممثلو الشخص الاعتباري من الأشخاص الطبيعيين يقومون بأنشطة لحسابه ، فيجب التساؤل عن مدى مسئوليته هو عن هذا النشاط ، سواء من الناحية المدنية أو من الناحية الجنائية .

١ - **المسئولية المدنية**(١) : رغم أن مبدأ مسئولية الشخص الاعتباري مدنيا عن أفعال ممثليه أو أجهزته مبدأ مسلم مستقر ، بالنظر بخاصة الى أن أثر هذه المسئولية مما يصلح انصرافه الى الشخص الاعتباري لأنه يقع أساسا في ماله ، فإن تأسيس هذا المبدأ وتأصيله محل خلاف فقهي كبير(٢) .

والواقع أن البصر بطبيعة الشخص الاعتباري وكونه مستحيلا عليه مباشرة أي نشاط بنفسه بل بواسطة غيره من الأشخاص الطبيعيين ، وما يؤيده ذلك من الحاجة في تحديد مركز هؤلاء الأشخاص قبله الى ما فضلناه من فكرة موافقة لهذه الطبيعة هي فكرة التمثيل ، التي تستوعب في اتساعها كل ما يحتاجه الشخص الاعتباري من نشاط سواء عن طريق الأعمال المادية أو التصرفات القانونية ، وتصرف أثر هذه الأعمال والتصرفات جميعا الى الشخص الاعتباري رغم صدورها عن ممثليه ، يجعل في الامكان الاستناد الى هذه الفكرة لتحميل الشخص الاعتباري بالمسئولية المدنية عن الأخطاء التي يرتكبها ممثلوه(٣) . ذلك أن هذه الأخطاء ، رغم عدم صدورها عن الشخص الاعتباري مباشرة لاستحالة قيامه بنفسه بأي نشاط ، ورغم

(١) راجع في ذلك بخاصة :

Saloffien, pp. 322-329. — Michoud, t. II, Nos. 265 - 278. — Planiol Ripert et Esmein, t. VI, No. 501. — Mazeaud, Traité de la responsabilité, t. II, Nos. 1962 - 1963. — Starck, thèse précitée, pp. 250 et s. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1067; pp. 1288, 1289.

(٢) راجع في الاختلاف على هذا التأسيس بين فكرة خطأ الشخص الاعتباري نفسه أو فكرة تحميله تبعاً المخاطر أو فكرة الضمان : كتابنا صالف الذكر ، فقرة ٣٤٩ ص ٩٤٣ - ٩٤٦ .

(٣) قارب : Ripert et Boulanger, op. cit., t. III, No. 973.

صدورها فعلا عن مثليه من الأفراد ، يجب أن تصرف آثارها إليه وحده ولا تصرف إليهم ، ما داموا قد ارتكبوا هذه الأخطاء بسبب أو بمناسبة النشاط لحساب الشخص الاعتباري وفي حدود اختصاصهم بمقتضى تمثيلهم له في هذا النشاط (١) .

٢ - المسؤولية الجنائية (٢) : ترفض أكثر الشرائع الحديثة قبول مبدأ مسؤولية الشخص الاعتباري جنائيا عن أفعال مثليه . ويؤيد جيمبوز الفقه ذلك على أساس أن شرط المساءلة الجنائية هو توافق الإرادة عند المسؤول ولا إرادة للشخص الاعتباري ، وأن في تقرير مسؤولية الشخص الاعتباري جنائيا عما يرتكبه ممثلوه من جرائم خرقا لمبدأ مسلم هو مبدأ شخصية العقاب ، فضلا عن استحالة توقيع أعجب العقوبات الجنائية - كالعقوبات الجسدية أو البدنية - على الشخص الاعتباري .

ويبدو لنا أن هذه الاعتراضات لا تنصب على مسؤولية الشخص الاعتباري جنائيا من حيث المبدأ بقدر ما تنصب على مدى مناسبة تطبيق نفس قواعد المسؤولية الجنائية الخاصة بالأفراد اتصالا على الأشخاص الاعتبارية . والواقع أنه ما دام مسلما مبدأ مسؤولية الشخص الاعتباري مدنيا عن أفعال مثليه رغم انعدام إرادته ، فليس ما يمنع منطقيا من تصور مسؤوليته جنائيا عما يرتكبه ممثلوه من جرائم بسبب أو بمناسبة توليهم عنه نشاط . وفي نفس فكرة تمثيل الشخص الاعتباري في النشاط الإرادي والمادي معا .

(١) أما ما يجاوز حدود هذا النشاط والتثيل من الأخطاء ، فلا تصرف أثره إلى الشخص الاعتباري ، بل إلى ذات مرتكبيه من أفراد مثليه . فيتحملون وحدهم حينئذ بالمسؤولية عن أخطائهم الشخصية ، دون أن يتحملها الشخص الاعتباري (أنظر كتابنا سالف الذكر . حمش ١٤ ص ٩٤٧) .

(٢) راجع في ذلك بخاصة :

Salcilles, pp. 654 et s. — Michoud, t. II, Nos. 279 - 287. — De Vabres, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3e. éd. 1947.

السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة في قانون العقوبات ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٧ ، ص ٢٤٧ - ٢٥٣ - محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة الثانية - ١٩٥٤ ، فقرة ٢٢٥ .

• ما يسمح بإسناد مسئولية الجنائية كمسئولية المدنية على السواء (١) .
أما العقوبات التي يتحمل بها الشخص الاعتباري نتيجة مسئولية الجنائية ،
فلا بد وأن تتفق مع طبيعته ، سواء كانت مشتركة بينه وبين الشخص
الطبيعي أو مقصورة عليه وحده ، كعقوبة الغرامة والمصادرة والوقف والحل
والإغلاق .

٣٣٧ - مبدأ التخصص واثره في تقييد نشاط الشخص الاعتباري

إذا كان مبدأ التخصص - كما رأينا - يحد من مدى أهلية وجوب
الشخص الاعتباري فيحصر صلاحيته كصاحب للحقوق والالتزامات في نطاق
الغرض المحدد الذي يستهدفه ويستمد منه قيمته الاجتماعية ، فكذلك يحد
هذا المبدأ من نشاط الشخص الاعتباري - الذي يتولاه عنه ممثلوه - فيركز
نشاطه في هذا الغرض وحده ويحرم عليه كل نشاط لغيره من الأغراض (٢) .

ومقتضى اعمال مبدأ التخصص ضرورة التزام كل شخص اعتباري في
نشاطه حدود التخصص القانوني والنظامي ، أي حدود غرضه العام المحدد
بالقانون وفق الطائفة التي ينتمي إليها وحدود غرضه الخاص المحدد بنظامه
داخل غرضه العام (٣) . فلا يجوز لجمعية القيام بأعمال تجارية ، أو الدخول
في مضاربات مالية (٤) ، ولا لجمعية علمية أو دينية القيام بنشاط سياسي ،
ولا يجوز لشركة الاشتغال بالسياسة ، ولا لشركة تخصص في انتاج افلام
سينمائية توجيه نشاطها كذلك الى بناء عمارات استغلالية أو الى استخراج
البتروول أو المواد المعدنية .

ولكن اذا تجمعت حول الغرض الأصلي الأساسي للشخص الاعتباري

(١) قارن :

Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, Nos. 35, 44, pp. 762, 763.

(٢) انظر بخاصة : م ١٩ و ٢٠ و ٢/٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات رقم ٣٢ لسنة

١٩٦٤ .

(٣) انظر في جزاءات خروج الشخص الاعتباري في نشاطه على مبدأ التخصص :

كتابنا سابق الذكر ، ص ٩٥٢ و ٩٥٣ .

(٤) م ٢٠ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ سالف الذكر .

أغراض أخرى ثانوية لا تتعارض معه ، بل تكون من مستلزماته أو بعض آثاره أو مكملاته (١) ، فلا حرج على الشخص الاعتباري من النشاط كذلك في حدودها دون أن يحمل ذلك معنى الخروج على مبدأ تخصصه بفرضه الأصلي ، كالشركة الصناعية التي تنشئ مصحاً لعلاج عمالها وموظفيها وعائلاتهم أو مدرسة لتعليم أولادهم ، والجمعية الخيرية التي تطرح أوراقاً للنصيب لزيادة مواردها ، إذ هذه الأغراض الثانوية متفرعة من الغرض الأصلي أو موجهة لخدمته .

المطلب السادس

انقضاء الشخصية الاعتبارية (٢)

٣٣٨ - أسباب الانقضاء

إذا كان الشخص الاعتباري أطول حياة عادة من الشخص الطبيعي وكان ذلك بعض أسباب وجوده وقيمه وامتيازاته ، إلا أنه ليس معنى ذلك أنه مخد لا يدركه الفناء ، بل هناك من الأسباب الكثيرة - المتفقة وطبيعته - ما يقضى عليه وينهى شخصيته .

فهو ينقضي انقضاء طبيعياً بانتهاء الأجل المحدد له إذا وجد مثل هذا التحديد ، أو باستنفاد الغرض الذي وجد من أجله بتحقيقه كاملاً أو باستحالة هذا التحقيق ، أو بموت كل الأفراد من أعضائه إذا كان جماعة من الأشخاص (٣) ، أو انقراض كل المنتفعين بفرضه إذا كان مجموعة من المال ،

(١) في هذا المعنى :

اسماعيل غانم ، ص ٢٣٠ .

(٢) راجع في ذلك بخاصة :

Michoud, t. II, Nos. 383 - 395. — Capitant, Nos. 176-183. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1054.

(٣) ومع ذلك ، فقد يترتب على موت عضو واحد انقضاء الشخص الاعتباري ، وذلك حيث يقبل الاعتبار الشخصي في تكوينه كشركة التضامن . ولكن خروجاً على ذلك يجوز الاتفاق على استمرار الشركة مع وريثة الشريك أو فيما بين الباقين من الشركاء وحدهم (م ٢٢٨ مدني - وأنظر مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرات ٣٥٤ - ٣٥٦ و ٣٥٨ - ٣٦٤) .

أو بتضاؤل أعضائه في جماعات الأشخاص الى عضو واحد^(١) ، أو الى عدد من الأعضاء أقل من الحد الأدنى الواجب توافره^(٢) .

وكذلك ينقضى الشخص الاعتبارى انقضاء اختياريا ، اذا كان جماعة من الأشخاص ، اما بالاجماع من كافة أعضائه على حله ، واما بالأغلبية المحددة في القانون أو النظام والتي تملك بمقتضى أيهما سلطة الحل .

ويكون الانقضاء اجباريا بعمل من الدولة ، سواء من السلطة التشريعية بانغاء عداثة عينها من طوائف الشخص الاعتبارى بصفة عامة^(٣) ، أو بالفناء شخص اعتبارى معين اكتسب الوجود والشخصية عن طريق هذه السلطة . أو من السلطة التنفيذية أو الادارية^(٤) بسحب الترخيص السابق اعطاؤه عنها لقيام أحد الأشخاص الاعتبارية ، أو في غير ذلك من الأحوال اذا وجد من الأسباب ما يبرر الحل^(٥) . أو من السلطة القضائية بحكم يصدر من المحكمة المختصة بحل شخص اعتبارى معين لمخالفة نظامه أو القانون أو النظام العام والآداب ، أو لوجود مسوغ خطير يبرر ذلك^(٦) .

٣٣٩ - ذبول الانقضاء

إذا انقضى الشخص الاعتبارى بأحد الأسباب المتقدمة ، فمعنى ذلك

-
- (١) ولكن استثناء من ذلك ، لا تنقضى شخصية الشركة بالتأميم ورغم أيلولة كل أسهمها الى شخص واحد هو الدولة اذا أبقى على شكلها كشركة (انظر : مصطفى كمال طه ، الوجيز في القانون التجارى ، ج ١ ، ١٩٦٦ ، فقرات ٢٥٢ و ٤٨١) .
- (٢) لا يجوز في القانون المصرى أن يقل عدد الشركاء في شركات المساهمة عن ثلاثة (م ٨ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في شأن شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة) ، ولا أن يقل عدد أعضاء الجمعيات عموما عن عشرة (م ٢ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤) .
- (٣) كإلغاء الأوقاف الأهلية في القانون المصرى ، بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .
- (٤) لكن اعطاء السلطة الادارية حق حل أو إنهاء الشخص الممنوع لم يعد يقصد به اعطاؤها سلطة تقديرية تحكمية كما كان مفهوم نظرية الافتراض ، بل سلطة حقة بأسباب محددة بقلما تبرز الحل .
- (٥) انظر بخاصة : م ٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ .
- (٦) انظر بخاصة : م ٥٣٠ مدنى في شأن حل الشركات .

انتهاء شخصيته وصلاحيته كمركز وصاحب للحقوق والالتزامات • ويشير ذلك -
مشكلة تحديد مصير حقوقه والتزاماته وإلى من تؤول من بعده •

ولكن ليست كل حقوق الشخص الاعتباري والتزاماته بأشئ تشور مشكلة
تحديد مصيرها عند انقضائه • إذ منها ما ينقضي ويتلاشى بانقضاء هذا
الشخص ، كالحقوق غير المالية مثل الحق التأديبي للشخص الاعتباري على
أعضائه (١) وحق السيادة الثابت للدولة أو لغيرها من أشخاص القانون
العامة (٢) ، بل وبعض الحقوق المالية ذات الطابع الشخصي مثل حق الانتفاع (٣)
الذي ينقضي حتماً - من قبل حلول أجله - بانقضاء الشخص الاعتباري
ولا ينتقل عنه إلى غيره •

وأما باقى حقوق الشخص الاعتباري المالية والتزاماته المالية ، فهي التي
تشور مشكلة تحديد مصيرها • وفي ذلك ينبغي التفرقة بين ما إذا كان مقصوداً
بانقضاء الشخص الاعتباري حلول شخص أو أشخاص اعتبارية أخرى محله ،
أو كان انقضاؤه انقضاء كاملاً لا يعقبه مثل هذا الحلول •

ففي الحالة الأولى ، سواء كان انقضاء الشخص الاعتباري بقصد
تجزئته إلى جملة أشخاص اعتبارية كتقسيم دولة أو جمعية إلى دولتين أو
جمعيتين أو أكثر ، أو كان بقصد ادماجه في شخص اعتباري آخر أو ضمه إليه
كاندماج دولة أو شركة في دولة أو شركة أخرى أو ضمها إليها ، نجد أن
الغالب أن الأشخاص الاعتبارية الناشئة عن التجزئة أو الشخص المندمج فيه
يخلف الشخص الاعتباري المتجزئ أو المندمج على حقوقه والتزاماته
المالية (٤) ، ويكون ذلك بمثابة حوالة لهذه الحقوق والالتزامات (٥) أي لذمة

(١) Michoud, t. II, No. 395.

(٢) Michoud, No. 396.

(٣) Michoud, No. 394.

مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ٦ ، ص ٥٥٠ •

(٤) Michoud, t. II, No. 393.

نقض ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ ، مجموعة أحكام النقض (المدنية) ، ص ٦ ، ع ٢٠ رقم

١٠١ ص ٧٦٣ •

(٥) مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرة ٦٢٤ •

الشخص الاعتباري المنقضى .

وفي الحالة الثانية ، حيث يكون الانقضاء كاملا لا يعقبه حلول شخص أو أشخاص اعتبارية أخرى محل الشخص الاعتباري المنقضى ، ينبغي تصفية ذمة هذا الشخص بوفاء ديونه من حقوقه . وحاجات التصفية وضرورتها تقتضى الإبقاء على الشخصية الاعتبارية رغم توافر سبب انقضائها . ولكن امتداد هذه الشخصية ، باعتباره خروجاً على الأصل ، ينبغي أن يكون محصوراً في نطاق التصفية وأجراءاتها فحسب فلا ينصرف إلى غير ذلك من الأغراض . ومبدأ استمرار الشخصية الاعتبارية قائمة طوال فترة التصفية وبإقتران اللازم لاتمامها ، هو ما يستقر عليه القضاء الفرنسي^(١) ، ويصرح به في شأن الشركات المشرع المصري (م ٥٢٣ مدني)^(٢) ، وما ينبغي عن طريق القياس تعميمه - عند عدم وجود نص يقضى بالعكس - على غير الشركات من الأشخاص الاعتبارية الأخرى^(٣) حيث يحتاج الأمر إلى التصفية .

فإذا تمت تصفية ذمة الشخص الاعتباري المنقضى وتبقت حقوق بعد وفاء كافة الديون ، فينبغي التساؤل عن مصير هذه الحقوق . وفي الإجابة على ذلك ، يجب عدم مسايرة نظرية الافتراض فيما كانت تذهب إليه من إيلولة هذه الحقوق إلى الدولة باعتبارها أموالاً سائبة لا صاحب لها^(٤) ، وإنما تؤول هذه الحقوق أو توزع طبقاً للقانون أو لنظام الشخص الاعتباري . والمستقر في هذا الشأن التفرقة فيما يتعلق بالأشخاص الاعتبارية الخاصة بين

(١) Marty et Raynaud, t. I, No. 1054, p. 1276.

(٢) راجع في ذلك :

مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرات ٢٢٦ و ٦٣٠ .

(٣) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, ibid

(٤) أنظر في الإشارة إلى مذهب نظرية الافتراض في هذا الصدد وفي رفضه :

Michoud, t. II, Nos. 357, 361. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 96.

ومع ذلك ، فقد تؤول حقوق الشخص الاعتباري إلى الدولة إذا فرض المشرع حله معزراً ذلك -

ما يستهدف منها الربح وبين ما لا يستهدفه . فما يستهدف منها الربح كالشركات ، يخضع لمبدأ توزيع المتبقى من الحقوق بعد التصفية على الأعضاء أو الشركاء (م ٥٣٦ مدني) . وما لا يستهدف منها الربح ، كالجمعيات والمؤسسات الخاصة ، لا يعود المتبقى من حقوقها الى الأعضاء أو المنشئين أو ورثتهم في الأصل (١) ، وإنما يؤول عادة - وفقا لنظامها أو لقرار الحل أو للقانون - الى شخص اعتباري آخر (٢) .

(١) ومع ذلك ، فقد ينص المشرع استثناء على عودة أموال الشخص الاعتباري الى منشئه - أو المتتبعين به - ومن هذا القبيل ما يقرره القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بالنسبة لنظام الوقف على غير الخيرات في حصر من عودة أموال الوقف عند انتهائه الى الواقف ان كان حيا وكان له حق الرجوع فيه ، فإن لم يكن ، آلت الى المستحقين الحاليين ، أو اليهم وإلى ذرية من مات من ذوي الاستحقاق من طبقتهم إذا كان الوقف مرتب الطبقت (م ٣) .

(٢) انظر بخاصة : م ١/٥ و ٢ ، و م ٦٠ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة سائف الذكر .

المبحث الثاني

أنواع الشخص الاعتباري

٣٤٠ - تقسيم الأشخاص الاعتبارية الى عامة وخاصة (١)

من المستقر اعتبار التقسيم الأساسي للأشخاص الاعتبارية هو تقسيمها الى أشخاص عامة وإلى أشخاص خاصة تبعا لتقسيم القانون الى عام وخاص ، اذ تخضع الأولى لأحكام القانون العام والثانية لأحكام القانون الخاص ، مما يعطى لتقسيم الأشخاص الاعتبارية على هذا النحو نفس الأهمية البالغة التي رأيناها لتقسيم القانون الى عام وخاص .

والترفة بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص الاعتبارية قد أصبحت اليوم دقيقة الى حد بعيد ، نتيجة تدخل الدولة المتزايد في ميادين كانت متروكة الى قريب للنشاط الخاص وحده مما خلع الى جوار المرافق والمؤسسات العامة الادارية البحتة مرافق ومؤسسات أخرى اقتصادية ومهنية وأثار مشكلة تكييفها ، ونتيجة رقابة الدولة المتزايدة على أشخاص القانون الخاص ما يكاد يوقع في الخلط بينها وبين أشخاص القانون العام .

والمعايير التي يقول بها الفقه للترفة بين الأشخاص الاعتبارية العامة والأشخاص الاعتبارية الخاصة معايير كثيرة متعقبة (٢) . ويبدو أن الوقوف عند واحد منها فحسب ، ليس بالحاسم في أمر تبين حدود هذه الترفة في

(١) انظر في ذلك :

Michoud, t. I, Nos. 75, 82 - 86. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, Nos. 74, 74 bis. — Mareaud, t. I, No. 808.

(٢) انظر في الإشارة الى هذه المعايير وفي مناقشتها :

Michoud, t. I, Nos. 88, 87.

مصطفى أبو زيد فهمي ، الوجيز في القانون الإداري ، ج ١ ، نظرية المرافق العامة . ١٩٥٧ ، فقرات ٢٥٤ - ٢٥٩ ، ص ١٩٧ - ٢٠١ . - محمد لؤي مهنا ، القانون الإداري المصري والمقارن ، ج ١ ، السلطة الإدارية ، ١٩٥٨ ، ص ٤٥٦ - ٤٥٩ .

قطع ويقين . لذلك قد يكون من الواجب النظر الى جملة القواعد القانونية التي تحكم الشخص الاعتباري في مجموعها ، والاعتداد في شأنه بجملة معايير أو علامات تكشف معا عن توافر صفة العامة أو تخلفها (١) : كتمتعه أو عدم تمتعه ازاء أعضائه وإزاء الغير بامتيازات السلطة العامة ، وأصله ومنشأه ، وتمتع الادارة بالسيطرة عيه والكنمة النهائية في شأنه أو اكتفائها بمجرد الاشراف عليه ورقابته الرقابة العادية .

وعلى أى حال ، فقد عني المشرع المصري - وهو بسبيل بيان أنواع الأشخاص الاعتبارية وكيفية اكتسابها الشخصية - بتحديد طوائف الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة على السواء ولكن دون عناية بوضع معيار للتفرقة بينها ، فنص في المادة ٥٢ من التقنين المدني على أن الأشخاص الاعتبارية هي :

١ - الدولة ، وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط التي يحددها القانون ، والادارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية .

٢ - الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية .

٣ - الأوقاف .

٤ - الشركات التجارية والمدنية .

٥ - الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقا للأحكام التي سنأتي فيما بعد .

٦ - كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص القانون .

فنعرض فيما يلي للأشخاص الاعتبارية العامة ، ثم للأشخاص الاعتبارية الخاصة .

(١) في هذا المعنى :

Michoud, t. I, No. 86, pp. 243 - 248.

المطلب الأول

الأشخاص الاعتبارية العامة

٣٤١ - طوائف الأشخاص الاعتبارية العامة

تنقسم الأشخاص الاعتبارية العامة الى نوعين رئيسيين : أشخاص اقليمية من ناحية ، ومنشآت أو هيئات أو مؤسسات عامة من ناحية ثانية .

(١) **الأشخاص الاعتبارية الإقليمية :** هي الأشخاص الاعتبارية العامة التي تشمل اختصاصها في الأصل جميع المرافق ولكن في حدود اقليمية معينة . وفي طبيعة هذه الأشخاص شخص أساسى وضرورى هو الدولة التي ينسبط سلطانها ونشاطها على كافة اقليمها ، ويليهما الأشخاص المحلية التي يتولى كل منها أمور المرافق العامة على اختلاف أنواعها في بقعة معينة من اقليم الدولة كالمحافظات والمدن والقرى (م ١/٥٢ مدنى) . وواضح أن ثبوت الشخصية الاعتبارية لهذه الأشخاص ، إنما يتم عن طريق الاعتراف العام وبمجرد نشوئها وفق الشروط العامة المحددة في القانون(١) . وتمثل هيئات وأجهزة معينة هذه الأشخاص في نشاطها ، فتمثل الحكومة (بالمعنى الواسع) الدولة ، وتمثل مجالس المحافظات والمجالس البلدية والقروية المحافظات والمدن والقرى على التوالي .

(٢) **المنشآت أو الهيئات أو المؤسسات العامة :** أشارت الى هذا النوع الثانى من الأشخاص الاعتبارية العامة ، ولكن دون تفصيل أو تمثيل ،

(١) ظاهر أن هذا القول يصدق على المحافظات والمدن والقرى . أما الدولة ، فإن شخصيتها الاعتبارية تنشأ لها في المحيط الداخلى من قبل هذا الاعتراف ودون حاجة اليه بمجرد توافر عناصر واقعية معينة ، وإن كانت تحرص على تسجيل هذه الشخصية ومظاهرها في نصوص تشريعية من بعد . أما في المحيط الدولى ، فإن ثبوت شخصية الدولة يتوقف على الاعتراف بها من قبل الدول الأخرى (انظر في شخصية الدولة وكيفية ثبوتها :
Michoud, op. cit., t. I, Nos. 107 et s.)

المادة ١/٥٢ من التقنين المدني بقولها « الإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية » ، وإذا كان ظاهر هذا النص يشعر بأن هذا النوع من الأشخاص الاعتبارية - على خلاف النوع الأول - يلزم لثبوت شخصيته اعتراف خاص ، إلا أن المشرع ببصه من بعد على ثبوت الشخصية الاعتبارية للهيئة العامة (١) وللمؤسسة العامة (٢) عموما ، يكون قد خلق اعترافا عاما بالشخصية الاعتبارية لهيئات والمؤسسات العامة بحيث تثبت لها الشخصية بمجرد انشائها الذي يتم بقرار من رئيس الجمهورية ، دون حاجة الى اعتراف خاص بالشخصية لكل هيئة أو مؤسسة عامة منها على حدة .

وهذه الأشخاص الاعتبارية العامة المسماة بالمنشآت أو الهيئات أو المؤسسات العامة (établissements publics) ، أو بالأشخاص المرفقية كما يسميها البعض (٣) تميزها لها عن الأشخاص الإقليمية ، تخصص - وسواء كانت قومية أو محلية - بوجه معين من أوجه النشاط أو بمرافق أو مرافق محددة ، تتمتع في توليها وإدارتها بنوع من الاستقلال الذاتي عن الدولة أو الأشخاص الاعتبارية الإقليمية الأخرى التي تتبعها .

وقد كانت الأشخاص المرفقية محدودة من قبل وقاصرة على مجرد الهيئات أو المؤسسات العامة الإدارية التقليدية ، كالجوامع المصرية ودار الكتب ومجمع اللغة العربية والإذاعة اللاسلكية (٤) . ولكن أمام اتساع وظيفة الدولة وازدياد تدخلها في مختلف نواحي النشاط المتروك أصلا للجهود الخاصة ، كان لابد من اتساع مضمون فكرة الهيئات أو المؤسسات العامة وتكاثر عدد الأشخاص المرفقية وتنوعها بالتالي .

وقد اتجه تدخل الدولة المتزايد أساسا الى الميدان الاقتصادي أمام

(١) م ١ من قانون الهيئات العامة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ .

(٢) م ٦ من قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ .

(٣) محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ٢٦٢ و ٢٧١ .

(٤) مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فقرة ٢٩٥ ، ص ٢٢٢ .

انتشار النزعات الاجتماعية اليوم وما نعينه من ضرورة هيئة الدولة على الاقتصاد في الجماعة ، وبذلك ظهرت صورة جديدة من المرافق أو المؤسسات العامة الاقتصادية (١) لا تتولاها الدولة بنفسها مباشرة ، وانما تعطى لها الشخصية الاعتبارية وتمنحها بذلك حظا من الاستقلال الفنى والادارى والمالى ، تتخفف به من الاساليب الادارية أو الحكومية المعقدة لتتبع أساليب ادارة المشروعات الحرة الماثلة ، مما يزيد فى فرصة نجاحها وتحقيق المقصود من أغراضها .

وقد جرى المشرع المصرى فى البداية على التمييز بين ما سماه «الهيئات العامة» وما سماه «المؤسسات العامة» . ولكن لم يستقر معيار التمييز بوضوح بين هذين النوعين من الأشخاص الاعتبارية (٢) ، وان كان الظاهر من المشرع المصرى يرمز عموما بالهيئات العامة الى المنشآت العامة التقليدية وبالمؤسسات العامة الى المنشآت العامة الاقتصادية (٣) .

(١) انظر فى المؤسسات العامة الاقتصادية :

مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فقرات ٢٩٥ - ٢٩٦ ، ٣٠٠ - ٣٠٤ ، ٣١٢ - ٣١٣ .
محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ٢٧٨ - ٢٨٠ .

(٢) انظر فى ذلك :

مصطفى كمال طه ، الوجيز فى القانون التجارى ، ١٩٦٧ ، فقرة ٤٩٣ . - محمد فؤاد مهنا ، القانون الادارى العربى فى ظل النظام الاشتراكى الديمقراطى التماونى ، المجلد الأول ١٩٦٧ ، ص ٦٢٤ و ٦٢٦ .

(٣) انظر فى هذا المعنى : تقضى ١٠ ابريل ١٩٦٩ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، ص ٢٠ ، ع ٢ ، رقم ٩٥ ص ٥٨٨ ، حيث اعتبر هذا الحكم الهيئة العامة لتسوين سكك حديد جمهورية مصر هيئة عامة لا مؤسسة عامة « لانها كانت فى الاصل مصلحة عامة حكومية رعت الدولة ادارتها عن طريق هيئة عامة للخروج بالمرفق عن النظام (الروتين) الحكومى » . ك ان الغرض الاساسى لها هو أداء خدمة عامة - وان كان لهذه الخدمة طبيعة تجارية - فى حين ان « الغرض الاساسى للمؤسسة العامة يكون ممارسة نشاط تجارى أو صناعى أو زراعى أو مالى » . وبالإضافة الى هذا المعيار الجوهرى ، أضاف الحكم ضوابط تبرز فى هذا المثل وجود الهيئة العامة بما يميزها عن المؤسسة العامة بقوله « ان قانون انشاء هيئة السكك الحديدية وان نص على أن تكون لها ميزانية سنوية مستقلة الا أنه ألحق هذه الميزانية بميزانية الدولة وبذلك تتحمل الدولة ما قد يصيبها من خسائر ويؤول اليها ما تحققه الهيئة من أرباح » . بينما رباح المؤسسة العامة بحسب الاصل تؤول اليها وتتحمل من الخسارة ثم ان الرقابة التى جبلتها ذلك القانون لوزير المواصلات على الهيئة وعلى قرارات مجلس ادارتها من نوع رقابة المونة على الهيئات العامة والتى لا نظير لها فى المؤسسات العامة » .

(م ٤٣ - المخل الى القانون)

وعلى أي حال ، قد كان للشرع ذاته يتكفل بإقامة هذا التمييز . إذ كان ينص على أن يحدد رئيس الجمهورية بقرار منه ما يعتبر هيئات عامة وما يعتبر مؤسسات عامة (١) .

ثم عدل المشرع عن تسمية « المؤسسات العامة » إلى تسمية جديدة هي « هيئات القطاع العام » ، وذلك بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ في شأن هيئات القطاع العام وشركائه الذي أنقح القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ في شأن المؤسسات العامة وشركات القطاع العام . وقد أبرز المشرع الطابع الاقتصادي لهيئات القطاع العام (م ١) ، واعتبرها من أشخاص القانون العام (م ٢) .

وتمهيدا للسير في الاتجاه الجديد نحو تحرير الاقتصاد القومي وتكبير دور القطاع الخاص ، أنشأ المشرع ما سماه « قطاع الأعمال العام » الذي يشمل ما سماه « الشركات القابضة » و « الشركات التابعة » لها ، محلا الأولى محل « هيئات القطاع العام » والثانية محل « شركات القطاع العام » (م ١ و ٢ من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ باصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام) . ورغم أن رأسمال « الشركة القابضة » مملوك بالكامل للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة (م ١/١ من قانون شركات قطاع الأعمال العام) ، فقد اعتبرها المشرع من أشخاص القانون الخاص (م ١/٢) ، وذلك على خلاف « هيئات القطاع العام » التي كان القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ يعتبرها من أشخاص القانون العام على ما سلفت الإشارة . وأوجب المشرع أن تتخذ الشركة القابضة شكل شركة المساهمة (م ٢/١) ، على أن تثبت لها الشخصية الاعتبارية من تاريخ قيدها في السجل التجاري (م ١/١) (٢) . ويسري على الشركة القابضة - فيما لم يرد بشأنه نص خاص في قانون شركات قطاع الأعمال العام وشركائه وبما لا يتعارض مع أحكامه - نصوص قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ (م ١ من قانون اصدار القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١) (٣) .

(١) م ١٨ من قانون الهيئات العامة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ ، وم ٥ من قانون اصدار قانون المؤسسات العامة الملقى رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٦ .

وانظر من اقترابات الجمهورية الصادرة باعتبار بعض الهيئات هيئات عامة : القرار رقم ٢٧١٥ سنة ١٩٦٦ في شأن الهيئة العامة لشئون السكك الحديدية ، والقرار رقم ٩٢٥ لسنة ١٩٦٧ في شأن الهيئة الزراعية المصرية . والقرار رقم ١٩٣٦ لسنة ١٩٦٧ في شأن الهيئة العامة للإنتاج الزراعي .

(٢) أبرم المشرع ذات الأحكام على الشركة القابضة (م ٢/١٦ من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١) وهي التي يكون لاحتي الشركات القابضة ٢٥١ من رؤسائها على الأقل (م ١/١٦ من القانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١) .

(٣) ويشمل هذا النص بمحكمة كذلك الشركة التابعة .

وكذلك يشير تدخل الدولة المتزايد في بعض مرافق التوجيه المهني وهيمنتها عليها مشكلة تحديد صفتها . وتقوم هذه المرافق أو النقابات المهنية (١) على ضم المشتغلين بمهنة معينة ضما إجباريا في جماعة ذات شخصية اعتبارية ، تشرف على نظام وأصول المهنة ، وتختص بقبول المشتغلين بها ، وتفرض عليهم رسوما معينة وتملك عليهم سلطة تأديبية واسعة ، وتمتع في سبيل ذلك كله ببعض مزايا السلطة العامة . ومن أمثلتها الغرف التجارية والصناعية ونقابات المحامين والأطباء والمهندسين والمعلمين . ويكاد يستقر الفقه الإداري الحديث على اعتبارها من أشخاص القسام (٢) ، بل واعتبارها كذلك صورة جديدة من صور المؤسسات العامة هي « المؤسسات المهنية » (٣) ، واعتبار قراراتها المتعلقة بالنشاط المهني قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء الإداري (٤) . وعلى أي حال ، فقد قطع المشرع المصري صراحة باعتبار بعض هذه المرافق المهنية مؤسسات عامة ، كما فعل في شأن الغرف التجارية (٥) والغرف الصناعية (٦) .

وكذلك فإن النص ، في صدد تحديد الأشخاص الاعتبارية ، على الهيئات والطوائف الدينية انتهى تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية ، (م ٢/٥٢ مدني) ، يشير استساؤل عن صفتها . وقد أتيح للقضاء الإداري المصري أن يجيب عن هذا التساؤل في شأن ما عرض عليه من الطعن في قرارات بعض هذه الهيئات والطوائف الدينية ، ف قضى باعتبارها من أشخاص القانون العام الاعتبارية (٧) وباعتبار قراراتها بالتالي قرارات إدارية تقبل الطعن فيها (١) . انظر في المرافق أو النقابات المهنية :

مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فقرات ١٠٩ - ١٣٢ و ٣٥٣ - ٣٦٢ . - محمد فؤاد مهنا ، القانون الإداري المصري والقانون ، ج ١ ، السلطة الإدارية ، ١٩٥٨ . ص ٢٨٠ - ٢٨٢ و ٤٥٠ - ٤٥٥ .

(٢) مصطفى أبو زيد ، فقرات ٢٩٧ - ٢٩٩

(٣) انظر : محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ٤٥١ - ٤٥٥ . والمراجع الفرنسية

العديدة التي يشعربها في حاشي ص ٤٥١ .

(٤) انظر في ذلك حكمين لمحكمة القضاء الإداري في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٠ . باللحظة

لنقابة المحامين وللقائمة المهن الهندسية وقراراتهما (مجموعة الكتب الفنى ، ص ٥ . رقم ٧٢ .

ص ٣٠٤ . ورقم ٧٥ ص ٣٢١ على التوالي) .

(٥) المادة الأولى من القانون رقم ١٨٩ لسنة ١٩٥١ .

(٦) المادة الأولى من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٤٧ . المعدل بالقانون رقم ٥٣٠ لسنة ١٩٥٣

(٧) انظر في هذا المعنى كذلك :

سليمان مرقس ، فقرة ٢٢٤ . - محمد سامي مذكور ، ص ١٤٤ .

بالإلغاء أمامه ، وذلك بالنظر إلى ما تتمتع به هذه الهيئات من بعض مزايا واختصاصات السلطة العامة وإلى قيامها بخدمات ذات نفع عام وإلى خضوعها خضوعاً جوهرياً لهيمنة الدولة وإشرافها (١) . ويراعى ، على أى حال ، أن مثل هذه الهيئات والطوائف الدينية إنما تثبت لها الشخصية الاعتبارية عن طريق الاعتراف الخاص بكل منها (٢) لا عن طريق الاعتراف العام ، وإن كان ليس لازماً أن يأتى هذا الاعتراف الخاص صريحاً .

المطلب الثانى

الأشخاص الاعتبارية الخاصة

٣٤٢ - تقسيم

يمكن أن نقسم الأشخاص الاعتبارية الخاصة التى تخضع للقانون الخاص، من حيث تكوينها ، إلى نوعين رئيسيين : جماعات الأشخاص التى تتألف من جملة أشخاص يجتمعون على تحقيق غرض معين ، ومجموعات الأموال التى تتكون من أموال مرصودة على تحقيق غرض معين . فنعرض لكل منهما على التوالى .

الوجه الأول

جماعات الأشخاص

٣٤٣ - تهييد وتقسيم

فيما عدا جماعات الأشخاص التى تثبت لكل منها الشخصية الاعتبارية

- (١) محكمة القضاء الإدارى ، ٦ إبريل سنة ١٩٥٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، سن ٨ ، رقم ٦٠١ ، ص ١١٧١ ، بالنسبة لبطركخانه الأقباط الأرثوذكس .
ومحكمة القضاء الإدارى ، ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، سن ٩ ، رقم ٣٤٠ ، ص ٣١ ، بالنسبة للمجلس الصوفى الأعلى .

(٢) فى هذا المعنى :

- عبد المقيم البدرى ، فقرة ٤٥٦ ، ص ٦٩٥ . - عبد القدوس عبد الباقي ، فقرة ١٠٥ ، ص ١٥٨ .

ولكن ليس بلازم أن يكون الاعتراف الخاص بقانون ، وإنما يكفي أن يكون « وفقاً للقواعد العامة فى هذا الصدد » (المادة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٢٧٤) ، أى يكفي أن يكون اعترافاً جرى به العرف (أنظر سليمان مرقس ، المرجع السابق ، هامش ٤٠ ، ص ٣٤٧ ، و ٣٤٨) .

بمقتضى اعتراف خاص أو نص في القانون (م ٦/٥٢ مدني) ، تثبت الشخصية الاعتبارية - عن طريق الاعتراف العام - لطائفتين من جماعات الأشخاص هي الشركات والجمعيات (م ٤/٥٢ و ٥ مدني) . فنعرض بإيجاز فيما يلي للشركات ، ثم نعرض للجمعيات .

(١) الشركات

Les Sociétés

٣٤٤ - مقومات الشركة وأنواعها

الشركة جماعة من الأشخاص تتجمع بقصد تحقيق ربح مادي يقتسمونه فيما بينهم . وغرض تحقيق الربح الذي توجد من أجله الشركة ، هو الذي يميزها عن الجمعية . وقد عرفت المادة ٥٠٥ من التقنين المدني الشركة بما يبرز هذا الغرض بقولها : « الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر ، يساهم كل منهم في مشروع مالي ، بتقديم حصة من مال أو من عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة » .

والشركة على هذا النحو تفترض وجود شخصين على الأقل (١) من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية (٢) ، ووجود ارتباط بين الشركاء والتزام بالتعاون على تحقيق مشروع استغلال بقصد تحصيل ربح أو كسب مالي يزيد في ثروتهم (٣) ، عن طريق تقديم أنصبة أو حصص سواء كانت مالية نقدية أو عينية أو كانت حصصا بالعمل ووضعها في خدمة هذا المشروع . ولتحقيق هذا الغرض ، حتى تعود عليهم من بعد ثمرته فيقتسمون فيما بينهم أرباحه أو يتحملون بمخاطره وخسائره .

(١) ولكن استثناء من ذلك ، تظل الشركات الموزعة لمخبرة شركات رغم أن التأميم من شأنه إيلولة ملكية أسهم الشركة أو حصصها إلى شخص واحد هو الدولة (في هذا المعنى : مصطلحي كمال طه ، الوجيز في القانون التجاري ، ١٩٦٧ ، ص ١٦٨ و ٢٥٢) . ولذلك نص قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام للمني رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ على أن المؤسسة العامة - في سبيل تحقيق أغراضها - إنشاء شركات مساهمة بمفردها (م ١ / ٩) ، ونص قانون شركات قطاع الأعمال العام رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ على نص الحكم في شأن الشركة المقايضة (م ٢/٢ - ١) وهي التي حلت بهذا القانون محل المؤسسة العامة .

(٢) ومع ذلك ، فلي شأن بعض الشركات لا يكتفى بوجود شخصين بل يجب وجود عدد أكبر من الشركاء كحد أدنى ، مثل شركات المساهمة التي يلزم أن يكون عدد الشركاء المؤسسين فيها ثلاثة على الأقل (م ٨ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في شأن شركات المساهمة وشركات الترخيم بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة) .

(٣) مصطلحي طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٤٢ .

والشركات اما شركات تجارية تحترف القيام بصفة رئيسية بالأعمال التجارية - كمطابخ البنوك أو النقل أو التأمين أو الصناعة ، واما شركات مدنية تقوم بصفة رئيسية بالأعمال المدنية كالاستغلال الزراعي (١) .

٣٤٥ - تكوين الشركة وبه شخصيتها

يلزم في البداية لتكوين الشركة وجود عقد مكتوب بذلك لما كان مقدار رأس المال ، والا كانت الشركة باطلة (م ٥٠٧ / ١ مدني) (٢) ، بحيث تكون الكتابة اذن شرطا لانقضاء عقد الشركة لا لمجرد ثباته . ويكفي العقد المكتوب العرفي في الأصل لتكوين الشركة ، كما هو الشأن في الشركات المدنية عموما . ولكن قد يستلزم القانون - فضلا عن ذلك - اجراءا شكلها آخر في شأن بعض الشركات كالشركات التجارية ، فقد تطلب القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في شأن شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة أن يكون العقد الابتدائي ونظام الشركة (بالنسبة لشركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم) أو عقد تأسيس الشركة (بالنسبة للشركة ذات المسؤولية المحدودة) عقدا رسميا أو مصدقا على التوقيعات فيه (م ١٥) .

وتكتسب الشركة المدنية الشخصية الاعتبارية بمجرد تكوينها بعقد مكتوب (م ٥٠٦ / ١ مدني) . ومع ذلك لا يحجج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر التي يقررها القانون (م ٥٠٦ / ١ مدني) (٣) . غير أن النشر مقصود به مصلحة الغير لا مصلحة الشركاء ، ولذلك لا يستطيع الشركاء الاحتجاج بشخصية الشركة على الغير قبل القيام باجراءات النشر المقررة ، بينما يظل للغير حق التمسك بهذه الشخصية رغم عدم شهر الشركة على النحو المذكور (م ٥٠٦ / ٢ مدني) . أما الشركات التجارية سالفة الذكر ، فلا ترتب لها الشخصية الاعتبارية إلا باشهار عقد الشركة ونظامها - بحسب الأحوال - في السجل التجاري (م ٢٢ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١) ومن تاريخ هذا الشهر (٤) .

(١) تطبق طه . المرجع السابق ، فقرة ٢٨٤ .

(٢) ولكن هذا المبدأ مقرر لمصلحة الغير ، ولذلك لا يجوز للشركاء الاحتجاج به قبل الغير .

(م ٥٠٧ / ٢ مدني) ، وان جاز له التمسك قبلهم بقيام الشركة أو بطلانها حسب مصلحته .

(٣) ومع ذلك لم يقرر التقنين المدني اجراءات نشر معينة لشهر الشركات المدنية ، ولذلك

ينبغي القول بأن شخصية هذه الشركات - على خلاف الشركات التجارية - تبدأ ويحجج بها على

الغير منذ تكوينها (في حصة المعنى : عبد المنعم البدر ، المرجع السابق ، فقرة ٧١) .

(ص ٧١) .

(٤) ولا يجوز بعد انقضاء الشهر المذكور الطعن بطلان الشركة بسبب مخالفة الأحكام المتعلقة بالتأسيس (م ٢٢

من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١) .

وقد سلفت الإشارة إلى إمكان ثبوت الشخصية الاعتبارية للشركة في مرحلة تأسيسها إذا كانت التصرفات التي أجراها المؤسسون في هذه المرحلة ضرورية للتأسيس (١).

٣٤٦ - انقضاء الشركة

تنتهي الشركة بوجه عام - أيا كان نوعها أو شكلها - بانقضاء الميعاد المعين لها ، أو بانتهاء العمل الذي قامت من أجله (م ١/٥٢٦ مدني) ، أو بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة في استمرارها (م ١/٥٢٧ مدني) ، أو بإجماع الشركاء على حلها (م ٢/٥٢٩ مدني) أو باتفاق أغليبيتهم على هذا الحل في الحدود المقررة في عقد الشركة أو نظامها ، أو بحكم قضائي بناء على سبب خطير يسوغ الحل (م ٥٣٠ مدني) .

وفضلا عن ذلك ، توجد أسباب انقضاء خاصة بشركات الأشخاص . فهذه الشركات ، بقيامها على الاعتبار الشخصي ، تتعرض للانقضاء بكل طارئ ، يحمل معنى الإخلال بهذا الاعتبار ، كموت أحد الشركاء ، أو الحجر عليه ، أو اعساره ، أو إفلاسه (م ١/٥٢٨ مدني) ، أو انسحابه إذا كانت الشركة غير معينة المدة (م ١/٥٢٩ مدني) . ولكن هذه الأسباب غير متعلقة بالنظام العام ، ولذلك يجوز الاتفاق على استمرار الشركة رغم توافر أحد هذه الأسباب .

وبانقضاء الشركة تتعين تصفية أموالها وقسمتها . وتتم هذه التصفية والقسم بالطريقة المبينة في العقد ، وعند خلوه من حكم خاص تتبع أحكام القانون (م ٥٣٢ مدني) . ولحاجات التصفية ، تبقى استثناء شخصية الشركة - رغم توافر سبب انقضائها - بالقدر اللازم لهذه التصفية وإلى نهايتها (م ٥٣٣ مدني) (٢) . وبعد تمام التصفية باستيفاء الدائنين لحقوقهم . تقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعا ، فيختص كل واحد منهم بمبلغ يعادل قيمة الحصة التي قدمها في رأس المال ، وإذا بقي شيء بعد ذلك ، يقسم بين الشركاء بنسبة نصيب كل منهم في الأرباح . أما إذا لم يكف صافي مال الشركة للوفاء بحصص الشركاء ، فإن الخسارة توزع عليهم جميعا بحسب النسبة المتفق عليها في توزيع الخسائر (م ٥٣٦ مدني) .

(١) انظر سابقا ، ص ٦٣٩ - ٦٤٠ .

(٢) وهذا ماؤكدته كذلك القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ في شأن شركات الجمعية وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة (م ١/١٣٨) ، على أن يضاف إلى اسم الشركة خلال التصفية عبارة « تحت التصفية » (م ٢/١٣٨) .

(٣) انظر سابقا ، ص ٦٦٧ .

(٢) الجمعيات

Les Associations

٣٤٧ - تهيئة

عنى التقنين المدنى الحالى بوضع أحكام عامة للجمعيات فى المواد من ٥٤ الى ٦٨ منه . وقد صدرت قبله وبعدة تشريعات خاصة ببعض أحكام جزئية متعلقة بالجمعيات أو بأنواع معينة منها . وقد رأى المشرع من بعد جمع شتات هذه الأحكام فى صعيد واحد مع إعادة النظر فيها ، مما اقتضاه إخراجها من صلب التقنين المدنى وإصدار تشريع جديد خاص بها . ولكنه لم يقتصر فى هذا التشريع على أحكام الجمعيات وحدها بل ضم إليها كذلك أحكام المؤسسات الخاصة . وقد هدر بهذا التشريع أولا القانون رقم ٢٨٤ لسنة ١٩٥٦ ، ثم حل محله اليوم القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ . وبذلك تم نسخ نصوص التقنين المدنى الأصلية فى هذا الشأن .

٣٤٨ - مقومات الجمعية

يقصد بالجمعية : كل جماعة ذات تنظيم مستمر ، لمدة معينة أو غير معينة ، تتألف من أشخاص طبيعيين لا يقل عددهم عن عشرة أو من أشخاص اعتبارية ، لغرض غير الحصول على ربح مادى ، ومن هذا التعريف ، تبين أركان الجمعية ومقوماتها الآتية :

١ - تتألف الجمعية من عدد أو جماعة من الأشخاص . ويستوى أن يكون هؤلاء الأشخاص أشخاصا طبيعيين أو أشخاصا اعتباريين . ولكن إذا كانوا أشخاصا طبيعيين ، فيجب أن لا يقل عددهم عن عشرة .

٢ - تمثل الجمعية تنظيما مستمرا . ولا يقصد بالاستمرار التأييد والدوام ، إذ يمكن أن تعين للجمعية مدة محددة تنقضى بانتهائها ، وإنما يقصد بالاستمرار أن يكون وجودها وتنظيمها مستقرا ثابتا يميزها عن مجرد الاجتماعات العارضة أو الوقائية التى لا تكون جمعية ولا تستأهل اكتساب الشخصية .

٣ - تهدف الجمعية الى غرض غير الحصول على ربح مادى ، وهذا هو

الذى يميزها عن الشركة (١) . ويستوى بعد ذلك - ما دام غرض الجمعية غير مخالف للنظام العام والآداب - أن يكون خيرا أو دينيا أو علميا أو ثقافيا أو رياضيا أو اجتماعيا ، أو سياسيا كالأحزاب ، أو مهنيا للدفاع عن مصالح أبناء المهنة الواحدة كنقابات العمال .

٢٤٩ - نشوء الجمعية وبدا شخصيتها

لا تنشأ الجمعية الا بمقتضى نظام مكتوب موقع من المؤسسين (٢) . (م ١ / ٢) . والكتابة هنا - كما في حل الشركة - شرط وجود وانقضاء لا شرط اثبات . ويجب أن يشتمل نظام الجمعية المكتوب على بيانات عددها المادة ٢/٣ وهى : اسم الجمعية (٣) ونوع وميدان نشاطها (٤) ونطاق عملها الجغرافى ، ومركز إدارتها على أن يكون هذا المركز فى جمهورية مصر العربية ، واسم كل من الأعضاء المؤسسين ولقبه وسنه وجنسيته ومهنته ومحل إقامته ، وموارد الجمعية وكيفية استقلالها والتصرف فيها ، والأجهزة

(١) قد تدق التفرقة بين الشركة والجمعية فى صورة بعض الجمعيات التى تدعى تحقيق منافع اقتصادية لأعضائها . ولكن ينبغى أن يكون مفهوما أن المقصود بالربح الذى يستره اسم الشركة هو الميز الأساسى للشركة هو الكسب الإيجابى المالى أو المادى الذى يضاف الى روه الشركة وليس مجرد الكسب السلبى بالاقتصاد فى النفقات أو توقي بعض الخسائر . ولذلك ينبغى أن تعتبر جمعيات لا شركات ، جمعيات التأمين التبادلى التى تستهدف تعويض من يهين به من أعضائها خطر معين من حيلة ما يساهم به فيها كل الإحصاء من أموال وحصى . وجمعيات التعاونية لاستهلاك التى تباع السلع للأعضاء بالسعر الجارى ثم يبيع اليهم فى آخر كل عام الفرق بين هذا السعر وبين التكلفة وحسابات الإدارة (أنظر : مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٤٢ . وأنظر كذلك فى تأييد اعتبار الجمعيات التعاونية جمعيات لا شركات : شفيق شحاته ، فقرة ١٢٦ - محمد سامى مذكور ، ص ١٤٩ - سليمان مرقس حمش ، ص ٣٥٠ - عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١١٦ ، ص ١٦٨ . ولكن أنظر عكس ذلك ، بور سعيد الجزئية ٣٠٠ إبريل سنة ١٩٣٣ ، المعلقة ١٤ ، رقم ١٠٩ ، ص ٢٩٦) .

(٢) ويجب أن لا يشترك فى تأسيسها أو ينضم الى عضويتها أى من الأشخاص المحرومين من مباشرة الحقوق السياسية الا بتصريح من الجهة الإدارية المختصة (م ١/١٣) . وهى وزير الشؤون الاجتماعية (م ٤٤ من اللائحة التنفيذية للقانون ، معدلة بالقرار رقم ٢٢٢٢ لسنة ١٩٦٧) .

(٣) لا يجوز لأية جمعية أن تتخذ تسمية تدعو الى اللبس بينها وبين جمعية أخرى تشترك معها فى نطاق عملها الجغرافى (م ٢/٣ - أ) .

(٤) تنص المادة الثانية من القانون على أن « كل جمعية تنشأ مغالفة للنظام العام أو الآداب أو لسبب أو لغرض غير مشروع أو يكون الغرض منها المساس بسلامة الجمهورية أو بشكل الحكومة الجمهورى أو نظامها الاجتماعى تكون باطلة » .

التي تمثل الجمعية واختصاصات كل منها وكيفية اختيار أعضائها وطرق عزلهم ، ونظام العضوية وشروطها وحقوق الأعضاء وواجباتهم ، ونظام المراقبة المالية ، وكيفية تعديل نظام الجمعية وكيفية إدماجها أو تكوين فروع لها ، وقواعد حل الجمعية والجهة التي تؤول إليها أموالها .

وقد كان التقنين المدني يقرر ثبوت الشخصية الاعتبارية للجمعية بمجرد انشائها أى بتحرير نظامها (م ١/٥٨ و م ٥٥) ، ولكنه كان يطلق الاحتجاج بهذه الشخصية فى مواجهة الغير على شهر نظامها (م ٢/٥٨) ، غير أنه الشهر كان مقررًا لحماية الغير ، ولذلك كان يستطيع - رغم إهمال الشهر - التمسك ضد الجمعية بالآثار المترتبة على شخصيتها الاعتبارية (م ٢/٥٩) . ولكن المشرع لم يلبث أن عدل عن هذه الأحكام فى القانون رقم ٢٨٤ لسنة ١٩٥٦ وأكد هذا العدول فى القانون الحالى رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ ، مقررًا أنه لا تثبت الشخصية الاعتبارية للجمعية إلا إذا شهر نظامها وفقا لأحكام هذا القانون (م ٨) ، وبذلك لم يعد نشوء الجمعية بتحرير نظامها كافيا أصلا لبده شخصيتها . ويكون شهر نظام الجمعية بمجرد قيده فى السجل المعد لذلك (م ١/١٠) (١) ، مقابل دفع رسم معين (م ٩) . وينشر ملخص القيد فى الوقائع المحرية بغير مقابل (م ٢/١٠) ، ولكن لا يترتب على تأخير هذا النشر تأخير بده شخصية الجمعية ، فهى تبدأ فور قيد نظام الجمعية فى السجل المعد لذلك (٢) ، والأصل أن تقوم الجهة الإدارية المختصة - وهى مديرية الشؤون الاجتماعية المختصة (م ٤٤/و من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار رقم ٢٢٢٢ لسنة ١٩٦٧) - بإجراء الشهر خلال ستين يوما من تاريخ طلبه ، فإذا مضت الستون يوما دون اتمامه ، اعتبر الشهر واقعا بحكم القانون (م ١١) . ولكن تملك هذه الجهة - بعد أخذ رأى الاتحاد المختص - حق رفض الشهر إذا كانت البيئة فى غير حاجة الى خدمات الجمعية ، أو إذا كان انشاؤها لا يتفق مع دواعى الأمن ، أو لعدم صلاحية المكان من الناحية الصحية والاجتماعية ، أو لكون الجمعية قد أنشئت بقصد احياء جمعية أخرى

(١) ويجب كذلك شهر كل تعديل فى نظام الجمعية ، والا اعتبر التعديل كأن لم يكن .

(٢) م ١٢/٢ .

(٣) فى هذا المعنى .

عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، جلد ٢٥ ص ١٦٩ .

سبق حلها (م ١/١٢) • غير أن لدوى الشأن حق التنظيم الى الجهة الادارية المختصة من قرار الرفض (١) •

٣٥٠ - قيود اهلية وجوب الجمعية

سبق ان اشرنا الى أن اهلية وجوب الشخص الاعتبارى بوجه عام محدودة بالقياس الى اهلية وجوب الشخص الطبيعى بالنظر الى ما بين الشخصين من اختلاف فى التكوين والفرص ، فتتقيد بامتناع اسناد الحقوق والالتزامات الملازمة لطبيعة الانسان الى الشخص الاعتبارى ، وبانحصار ما يسند الى الشخص الاعتبارى من حقوق والتزامات فى حدود ما يتخصص به من غرض (٢) • وهذان القيدان فى شأن الشخص الاعتبارى بعامة ، يصدقان كذلك فى شأن الجمعية بخاصة •

وفضلا عن هذه القيود العامة ، خص المشرع الجمعيات بقيد خاص بنصه على أنه « لا يجوز أن تكون للجمعية حقوق ملكية أو أية حقوق أخرى على عقارات ، الا بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله ما لم تحصل على اذن بذلك من الجهة الادارية المختصة » (م ١/٧) • غير أن هذا القيد الخاص يجاوز حدود فكرة التخصص ، اذ ليس فى تملك أو اكتساب حقوق على عقارات تزيد على القدر الضرورى لتحقيق غرض الجمعية ، ما يحمل المعنى الذى يفرضه التخصص كقيد عام من المخرج على ذلك الغرض (٣) •

(١) يقدم التنظيم خلال ستين يوما من تاريخ ابلاغ ذوى الشأن قرار الرفض (م ٢/١٢) •
ويجب البت فى التنظيم بقرار مسبب خلال ستين يوما من تاريخ وصوله الى الجهة المختصة والا اعتبر مقبولا (م ٣/١٢) •

(٢) اذا كانت شخصية الجمعية لا تبدأ الا بشهر نظامها ، فينبغى التساؤل عما اذا كان فى الامكان اسناد ما يتعلق بانشاء الجمعية من حقوق والتزامات ، فى فترة التأسيس وقيل ابتداء شخصيتها بالشهر ، الى الجمعية لا الى المؤسسين • وقد سبق أن رأينا امكان الاعتراف من حيث المبدأ للأشخاص الاعتبارية عموما بشخصية معينة فى هذه الفترة فى حدود غرض التأسيس وحده • على أن يتوقف صير الحقوق والتزامات المستندة اليها فى هذه الحدود من حيث استقرارها نهائيا أو زوالها على تمام أو عدم تمام تكوين هذه الأشخاص وثبوت شخصيتها • ومع ذلك ، فقد اورد المشرع المصرى حكما يشكك فى اعمال هذا المبدأ فى شأن الجمعيات ، وهو ما يمكن معه اعتباره استثناء منه ، بنصه على أن يعتبر مؤسسو الجمعية « مسئولين عما يستلزمه انشاء الجمعية من نفقات وما يتفرع عن ذلك من التزامات » • فاذ اشهر نظام الجمعية •
رد اليهم النفقات التى تفرها الجمعية العمومية ، (م ٢م قرة الأخيرة من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٤)

(٣) اسماءيل غانم ، المرجع السابق ص ٢٢٩ •

«ولعمل المشرع كان متأثراً في ذلك بتوازن الحذر التقليدي من ازدياد قوة الجمعيات بما قد يحمله ذلك من خطر على الدولة ، وبالنظرة التقليدية الاقتصادية الى العقارات باعتبارها أكبر قيمة من المنقولات وعماد ثروة وقوة الجمعيات بالتالي(١) » .

وعلى أي حال ، فليس هذا القيد بالمطلق ، اذ لا يسرى على الجمعيات التي تعمل في ميدان الرعاية الاجتماعية والجمعيات الثقافية (م ٢/٧) والجمعيات ذات الصفة العامة (م ٦٥) . فيجوز لها أن تملك أو تكتسب حقوقاً على عقارات ولو كانت تجاوز القدر الضروري لتحقيق غرضها ، حتى تضمن لنفسها موارد ثابتة تنفق منها على هذه الأغراض الجديرة بالتحقيق والتشجيع وتنحوط في شأنها للمستقبل . ولأنه لا حرج - بل ليس أولى وأفضل - من التزيد في تحقيق هذه الأغراض أمام نفعتها وأهميتها البالغة دون الوقوف عند القدر اللازم والضروري منها . فضلاً عن انعدام خطر هذه الجمعيات على الدولة بالنظر الى طبيعة أغراضها والى خضوعها لرقابة إدارية أو إشراف إداري أشد من سائر الجمعيات .

٣٥١ - نشاط الجمعية

١ - قيود نشاط الجمعية : من الواضح أن نشاط الجمعية - كنشاط أي شخص اعتباري - يتقيد بمبدأ التخصص فينحصر في حدود غرضها وحده دون غيره من الأغراض . وقد أكد المشرع المصري هذا القيد في شأن الجمعية خاصة بنصه على أن « على الجمعية أن تنفق أموالها فيما يحقق أغراضها » . ولها أن تستعمل فائض إيراداتها لضمان مورد ثابت في أعمال مضمونة الكسب على ألا يؤثر ذلك في نشاطها ، (م ١٩) ، وأنه (لا يجوز للجمعية الدخول في مضاربات مالية ، (م ٢٠) باعتبار ذلك مناقضاً للتخصص القانوني للجمعية بوصفها لا تستهدف تحقيق الربح المادي .

(١) ولذلك يكون للجمعية أن تملك أو تكتسب حقوقاً على المنقولات دون قيد ، ولو كانت تجاوز القدر الضروري لتحقيق غرضها (في هذا المعنى : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للفقهاء المدني ، مجسوة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٣٩١ - لكن قانون : عيد افتتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١١٨ ، ص ١٧١) .

وفضلا عن هذه القيود العامة ، يضع المشرع قيودا خاصة على نشاط الجمعية . منها عدم انتسابها أو اشتراكها أو انضمامها الى جمعية أو هيئة أو ناد مقره خارج الجمهورية العربية المتحدة قبل ابلاغ الجهة الادارية المختصة بذلك وانقضاء ثلاثين يوما من تاريخ الابلاغ دون اعتراض منها ، وعدم جواز حصولها على أموال من شخص أو هيئة أجنبية ، أو ارسالها شيئا من ذلك الى أشخاص أو منظمات في الخارج الا باذن من الجهة الادارية المختصة فيما عدا المبالغ الخاصة بـ شمن الكتب والمجلات العلمية والفنية (م ٢٣) ، وكل ذلك بقصد الرقابة على ما يكون للجمعية من صلات خارجية قد تضر بأمن الدولة وصالحها . ومن هذه القيود الخاصة كذلك أنه لا يجوز الترخيص بجمع تبرعات من الجمهور أو اقامة حفلات وأسواق خيرية أو مباريات رياضية أو غير ذلك من وسائل جمع المال للأغراض الاجتماعية الا للجمعيات والاتحادات المشهورة وفي الأحوال وبالأوضاع وبالشروط التي تبينها اللائحة التنفيذية (م ٢٥) .

٢ - رقابة نشاط الجمعية : كان المشرع يخضع في الأصل نشاط الجمعية لرقابة ادارية . غير أنه زاد هذه الرقابة في القانون الحالي رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ محكما بذلك قبضة الادارة على الجمعيات . وفي سبيل تمكين الادارة من ممارسة سلطتها في الرقابة ، جعل المشرع للجهة الادارية المختصة حق الاطلاع على السجلات والوثائق التي يلزم المشرع الجمعية الاحتفاظ بها في مركز ادارتها (م ١٦) ، وحق فحص أعمال الجمعية والتحقق من مطابقتها للقوانين ونظام الجمعية وقرارات الجمعية العمومية (م ٢٧) .

ونوجز أهم أوجه الرقابة الادارية فيما يلي :

١ - يجب على الجمعية أن تخطر هذه الجهة عند تغيير المصرف المودع به أموالها خلال أسبوع من تاريخ حصوله (م ١٨) . وأن تبلغها بكل اجتماع للجمعية قبل انعقاده بخمسة عشر يوما على الأقل وبالمسائل الواردة في جدول الأعمال والأوراق المرفقة به (م ٣٩) . وأن تبلغها كذلك بصورة من محضر اجتماع الجمعية العمومية خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الاجتماع (م ٤٤) .

٢ - لوزير الشؤون الاجتماعية تعيين ممثل للوزارة وممثل لكل هيئة من الهيئات الادارية المعنية اعضاء في مجلس ادارة الجمعية ، على ان لا يزيد عددهم عن نصف مجموع اعضاء المجلس (م ٤٨) .

٣ - خروجاً على الاصل من انعقاد الجمعية العمومية للجمعيات بناء على دعوة من مجلس الادارة ، يمكن انعقادها بناء على دعوة من الجهة الادارية المختصة اذا رأت ضرورة لذلك وبعد اخذ رأى الاتحاد المختص (م ٣٦ / ج) .

٤ - للجهة الادارية المختصة ، اذا دعت الضرورة ، طلب عقد مجلس ادارة الجمعية بكتاب موصى عليه تحدد فيه الموضوعات التي ترى عرضها على المجلس . ويجب على المجلس النظر في هذه الموضوعات في الموعد الذي تحدده الجهة الادارية او خلال شهر على الاكثر من تاريخ ابلاغه (م ٥٣) .

٥ - للجهة الادارية المختصة وقف تنفيذ أى قرار يصدر من الأجهزة القائمة على شئون الجمعية ، يكون مخالفا للقانون او لنظام الجمعية او للنظام العام او للأداب (م ٣٢ / ١) . ولكن يكون للجمعية ولكل ذى شأن الطعن فى قرار وقف التنفيذ بغير رسوم أمام محكمة القضاء الادارى ، ويجب على هذه المحكمة ان تقضى فى الطعن على وجه الاستعجال (م ٣٣ / ٢) .

٦ - لوزير الشؤون الاجتماعية ، بقرار مسبب ولمدة محددة ، تعيين مدير او مجلس ادارة مؤقت للجمعية ، اذا أصبح عدد اعضاء مجلس الادارة غير كاف لانعقاده انعقادا صحيحا ، او اذا لم يتم انعقاد الجمعية العمومية عامين متتاليين بدون عذر تقبله الجهة الادارية المختصة (م ٢٨) .

٧ - للجهة الادارية المختصة ان تقرر - بقرار مسبب - ادماج أكثر من جمعية تعمل لتحقيق غرض مماثل أو توحيد ادارتها أو تعديل أغراضها ، تبعاً لاحتياجات البيئة أو لتحقيق التناسق بين الخدمات التي تؤديها أو لغير ذلك من الأسباب التي تراها كفيلة بحسن تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله ، على أن يراعى بقدر الامكان رغبات المؤسسين وغرض الجمعية ونوع ما تؤديه من خدمات (م ٢٩) .

٣٥٢ - انقضاء الجمعية

تنقضى الجمعية بالأسباب العامة لانقضاء الشخص الاعتباري (١) ، مثل انتهاء الأجل المحدد لها ، أو استنفاد الغرض منها أو استحالة تحقيقه ، أو موت كل أعضائها أو تضاؤلهم إلى أقل من الحد الأدنى المفروض (٢) ، أو بحلها حلا اختياريا أو حلا اجباريا . وهذا السبب الأخير هو الذى نعرض له بخاصة فيما يلي :

١ - **الحل الاختيارى** : لا يتأتى حل الجمعية حلا اختياريا إلا بقرار يصدر من الجمعية العمومية بأغلبية ثلثي أعضائها ، ما لم يرد فى نظام الجمعية نص يشترط أغلبية أكثر من ذلك (م ٢/٤٢) .

٢ - **الحل الإجبارى** : لم يكن يتأتى فى الأصل حل الجمعية حلا اجباريا إلا بحكم قضائى ، وهذا أفضل ضمانا لعدالة الحل ولزومه وارتفاعه عن مظان الشبهة والتحكم (٣) . ولكن القانون الحالى رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ جعل هذا الحل بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية بعد أخذ رأى الاتحاد المختص ، على أن يبنخ هذا القرار للجمعية بخطاب موصى عليه بعلم وصول (م ٥٧/٢١) . غير أن الوزير لا يملك تقرير الحل إلا فى حالات محددة ذكرها القانون على سبيل الحصر وهى : (١) إذا ثبت عجز الجمعية عن تحقيق الأغراض التى أنشئت من أجلها . (٢) إذا تصرف فى أموالها فى غير الأوجه المحددة لها طبقا لأغراضها . (٣) إذا تعذر انعقاد جمعيتها العمومية عامين متتاليين . (٤) إذا ارتكبت مخالفة جسيمة للقانون أو خالفت النظام العام أو الآداب (م ٥٧/١) . ولكن يظل من حق الجمعية ومن حق كل ذى شأن الطعن فى قرار الحل أمام محكمة القضاء الإدارى ، ويوجب المشرع على المحكمة الفصل فى الطعن على وجه الاستعجال وبدون مصروفات (م ٣/٥٧) .

٣٥٣ - تصفية الجمعية

إذا حلت الجمعية حلا اختياريا أو حلا اجباريا ، فتدخل دور التصفية التى يقوم بها مصف تعينه الجهة التى أصدرت قرار الحل

(١) انظر سابقا ، فقرة ٣٢٥ .

(٢) انظر سابقا ، ص ٦٦٥ .

(٣) انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٨٧ و ٩٨٨ .

(م ٥٩) ، أى تعينه الجمعية العمومية فى حال الحل الاختيارى ووزير الشؤون الاجتماعية فى حال الحل الاجبارى • وينبغى - قياسا على المقرر فى شأن الشركات - الابقاء على شخصية الجمعية المنحلة طوال فترة التصفية ، ولكن فى حدود حاجات التصفية وبالقدر اللازم لاتمامها فحسب كما سبق البيان(١) ، واعتبار المصفى ممثلا لها فى هذه الحدود •

وبعد تمام التصفية ، يقوم المصفى بتوزيع ما تبقى من أموال الجمعية وفقا لما هو مقرر فى نظامها وبما لا يتعارض مع أحكام القانون الآمرة • ومن هذه الأحكام أنه • لا يجوز أن ينص فى نظام الجمعية على أن تؤول أموالها عند الحل الا الى الجمعيات أو المؤسسات الخاصة أو الاتحادات التى تعمل فى ميدان عمل الجمعية المنحلة ، (م ٥) ، مما يعنى عدم جواز النص على أيلولة أموالها عند الحل الى الأعضاء أو ورثتهم أو أسرهم • وحكمة ذلك واضحة ، لأن الأصل فى وجود الجمعيات ليس هو تحقيق ربح للأعضاء ، فضلا عن أن مواردنا تجمع فى الغالب من حصيلة التبرعات والاعانات فيجب أن لا يكون مصدرا لاثراء الأعضاء • ولكن اذا انتفت هذه الحكمة - وهو ما يتحقق فى شأن المال المخصص لصندوق الاعانات المتبادلة أو لصندوق المعاشات (م ٣/٥) ، وفى شأن حصص الجمعيات التعاونية (م ٥٥ من قانون الجمعيات التعاونية رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٦) - فليس ما يمنع من النص فى نظام الجمعية على أيلولة هذه الأموال أو تلك الحصص الى الأعضاء أو ورثتهم أو أسرهم •

واذا لم يوجد فى نظام الجمعية نص صحيح واجب التنفيذ على كيفية توزيع المتبقى من أموالها ، أو وجد ولكن أصبحت طريقة التوزيع المنصوص عليها غير ممكنة ، وجب على الجهة الادارية - وهى المجلس التنفيذى للمحافظة - أن يقرر - بعد أخذ رأى الاتحادات المختصة - توجيه أموال الجمعية المنحلة الى الهيئات الاجتماعية التى تراها (م ٢/٦٠ ، و م ٢/٥٦ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٧١ فى شأن الحكم المحل) •

٣٥٤ - الجمعيات ذات النفع العام أو الصفة العامة

من الجمعيات ما يتمحض غرضه للصانع والنفع العام ، مما يبرر معاملتها معاملة ممتازة رعاية لهذا الغرض ، بالتصكين لها من تمام القدرة على تحقيقه عن طريق منحها بعض امتيازات السلطة العامة واعفائها من بعض ما يرد من قيود على أهلية الجمعيات بوجه عام ، واعطاء السلطة الادارية - مقابل ذلك - قسطا من الاشراف والهيمنة عليها اكبر مما لها من ذلك على الجمعيات العادية . وهذه الجمعيات كانت معروفة دائما في القانون المصري باسم الجمعيات ذات النفع العام ، ولكن المشرع أصبح يسميها اليوم « الجمعيات ذات الصفة العامة » .

وواضح أن اخضاع مثل هذه الجمعيات لهذا النظام الخاص يقتضى القطع فى حقيقة غرضها واستهدافها الخدمة أو المنفعة العامة . ، وهو أمر يجب أن يترك تقديره للسلطة التنفيذية ، ولذلك ينص المشرع على أن « تعتبر جمعية ذات صفة عامة كل جمعية يقصد بها تحقيق مصلحة عامة يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها كذلك » . كما يجوز بقرار من رئيس الجمهورية سحب الصفة العامة من الجمعية ، (م ٦٣) . غير أن سحب الصفة العامة من الجمعية لا يفقدها شخصيتها الاعتبارية ، بل يقتصر على مجرد حرمانها من الخضوع لنظام الجمعيات ذات الصفة العامة واعادة اخضاعها للنظام العادى للجمعيات عموما .

والجمعيات التى يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها من الجمعيات ذات الصفة العامة ، تظل - رغم تمتعها ببعض امتيازات السلطة العامة - من أشخاص القانون الخاص الاعتبارية ، فلا تعد بذلك من أشخاص القانون العام الاعتبارية ولا تختلط بصفة خاصة ببعض صورها كالمؤسسات العامة .

(١) امتيازات الجمعيات ذات الصفة العامة : تتمتع الجمعيات ذات الصفة العامة - بالنظر الى ما تقوم به من خدمة ومنفعة عامة - بنوعين هامين من الامتيازات :

(م ٤٤ - المدخل الى القانون ،

١ - تعتبر هذه الجمعيات مستثناة من قيود الأهلية المتعلقة بتملك الأموال والعقارات (م ٦٥) ، فتستطيع أن تملك أو تكتسب حقوقاً على العقارات ولو كانت مجاوزة للقدر الضروري لتحقيق غرضها .

٢ - تتمتع هذه الجمعيات ببعض اختصاصات وامتيازات السلطة العامة ، كعدم جواز الحجز على أموالها كلها أو بعضها ، وعدم جواز تملك هذه الأموال بمضى المدة ، وجواز قيام الجهة الإدارية المختصة بنزع الملكية للمنفعة العامة التي تقوم بها الجمعية . ويحدد بقرار من رئيس الجمهورية ما تتمتع به الجمعية ذات الصفة العامة من هذه الاختصاصات والامتيازات (م ٦٤) (١) .

(٢) سلطة الإدارة في الإشراف على الجمعيات ذات الصلة العامة :

إذا كانت الجمعيات ذات الصلة العامة تتمتع ببعض مزايا واختصاصات السلطة العامة ، فيجب أن يقابل ذلك خضوعها لإشراف ورقابة إدارية أشد من سائر الجمعيات العادية . ولذلك أعطى المشرع لجهة الإدارة المختصة - وهي المحافظ (٢) - الرقابة على تشكيل مجالس إدارة هذه الجمعيات وهيئاتها

(١) وقد أعطيت خصائص السلطة العامة الثلاث المذكورة في هذا النص بقرار رئيس الجمهورية الصادر في ١٩ فبراير سنة ١٩٥٧ باعتبار الجمعيات الآتية ذات نفع عام : للجمعية العليا لمونة الشتاء وفروعها ، وجمعية الهلال الأحمر بالقاهرة والاسكندرية ، وجمعية الاسعاف العام الأهلية في جميع أنحاء الجمهورية ، والجمعية العامة لمكافحة الدرن بالقاهرة ، والجمعية النسائية لتحسين الصحة ، وجمعية المبرة وفروعها ، والجمعية الخيرية الإسلامية بالقاهرة ، وجمعية المواساة الإسلامية بالقاهرة ، ورابطة الإصلاح الاجتماعي بالقاهرة ، وجمعية المواساة الإسلامية بالاسكندرية ، وجمعية الحرية لرعاية الطفولة بالاسكندرية ، وجمعية العروة الوثقى بالاسكندرية ، ومبرة الاسكندرية ، وجمعية الحرية لرعاية الطفولة بالاسكندرية ، وجمعية أولادى بالمعادي (النشرة التشريعية ، فبراير سنة ١٩٥٧ ، ص ٣٦٣) . وصدر كذلك قرار من رئيس الجمهورية في ٢ نوفمبر سنة ١٩٥٧ باعتبار سبع وستين جمعية أخرى جمعيات ذات نفع عام . وفوض وزير الشؤون الاجتماعية في أن يعين - بقراره - ما تتمتع به هذه الجمعيات من اختصاصات السلطة العامة (النشرة التشريعية ، نوفمبر سنة ١٩٥٧ ، ص ١٩٢٧) .

تم كذلك قرار رئيس الجمهورية رقم ٩٧٦ لسنة ١٩٦٠ باعتبار ثلاث جمعيات من الجمعيات ذات النفع العام ومن بينها الهيئة العليا لسباق الخيل بالقاهرة ، ودخل وزير الشؤون الاجتماعية سلطة تعيين ما تتمتع به هذه الجمعيات من اختصاصات السلطة العامة .

(٢) م ٤٤/ج من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار الجمهوري رقم ٢٢٢٢ لسنة ١٩٦٧ .

التنفيذية ، باستبعاد من ترى استبعاده من المرشحين لانتخاباتها (١) ،
والإشراف على هذه الانتخابات ، وإلغاء الانتخاب (٢) الذى يقع مخالفا لنظام
الجمعية أو للقانون (م ٥٥) .

الوجه الثانى مجموعات الأموال

٣٥٥ - تهديد وتقسيم

يقصد بمجموعات الأموال تلك الأشخاص الاعتبارية التى تتألف من
أموال مرصودة على تحقيق غرض معين . وقد كانت الأوقاف الى قريب هى
الصورة الوحيدة التقليدية فى مصر لمثل هذا النوع من الأشخاص الاعتبارية.
اذ حجب انتشار الوقف فى مصر وتناوله فيها منذ قديم ، كنظام تقليدى
مستقر ، وأخر طويلا ظهور صور أخرى الى جواره من مجموعات الأموال ذات
الشخصية الاعتبارية . غير أن ما أحاط نظام الوقف فى العمل من جمود
وما اتسمت به إدارته من فساد ، صرف كثيرا من الناس - فى تحقيق ما
يريدون من أغراض البر - عن سلوك طريق الوقف ، واضطروهم - لذلك
ولعدم اتساع صورة الوقف لبعض أغراض النفع العام التى لا تحمل معنى
البر (٣) - الى سلوك طرق غير مباشرة كالهبة للحكومة أو طرق غير مناسبة
كإنشاء جمعيات لتحقيق هذه الأغراض . من أجل ذلك لم يجد المشرع
المصرى بدا من إنشاء صورة جديدة من صور مجموعات الأموال ذات الشخصية

(١) يجب إبلاغ الجهات المختصة بأسماء المرشحين قبل موعده إجراء الانتخابات بخلاف
يوما على الأقل . ولهذه الجهة استبعاد من تراه وإبلاغ ذلك الى الجمعية قبل موعد الانتخاب
بسبعة أيام ، والا اعتبر سكوتها عن علم الاعتراض خلال هذه المهلة موافقة منها على الترشيح
(م ٥٥) .

(٢) يتم الإلغاء بقرار مسبب تصدره الجهة الإدارية المختصة خلال خمسة عشر يوما من
إبلاغها بمحضر الانتخاب (م ٢/٥٥) .

(٣) كمشروع القرش (أنظر فى امتناع إخراج مخرج الوقف : سليمان مرتس ، المرجع
السابق ، فقرة ٢٢٠ ، ص ٣٦٢) .

الاعتبارية الى جوار الوقف ، واختار لذلك الصورة المعروفة والمنتشرة في كثير من الشرائع الحديثة وهي صورة « المؤسسة » .

(١) الأوقاف

٣٥٦ - شخصية الوقف الاعتبارية

الوقف هو حبس العين عن التصرف أو عن التملك لأحد من العباد ورصد منفعتها - على سبيل التأييد أو التأييد - على جهة من جهات البر ابتداء أو انتهاء . وقد تأصل نظام الوقف في الفقه الإسلامي ، وشاع الالتجاء إليه منذ أول العهد الإسلامي في البلاد الإسلامية وفي مصر منها خاصة ، لما يحمله من معنى التصديق المندوب إليه ديانة .

وقد كان ثبوت الشخصية الاعتبارية للوقف محل شك ، أمام عدم وجود نص صريح أول الأمر في القانون المصري ، وأمام افتقار نظرية للشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي . ولكن الواقع أن هذا الفقه يحتوي على بعض أحكام فرعية لا يمكن حملها الا على محمل الاعتراف لبعض الجهات بصلاحيته بوجوب الحقوق والالتزامات ، مما يعنى وجود أساس صالح لفكرة الشخصية الاعتبارية في هذا الفقه (١) : فضلا عن ذلك ، ففي أحكام الوقف الفرعية خاصة ما يؤكد صلاحيته - في نظر الفقه الإسلامي - للوجوب له وعليه ويثبت له الذمة أو الشخصية ، اذ ثابت له - بمقتضى هذه الأحكام - انفصاله واستقلاله عن شخصية الواقف وشخصية الناظر وشخصيات المستحقين ، واستناد الالتزامات والحقوق اليه بذاته لا الى أحد من هؤلاء ، كتحملة بالدين في أحوال الاستدانة الصحيحة ، وحقه في الضمان عن استهلاك ماله أو إغتيابه أعيانه وحقه في ملكية ما يشتري من فائض غلاته (٢) .

(١) انظر في ذلك :

محمد قرج السنهوري ، مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الإسلامي ، ج ٢ ، قانون الوقف ، فقرة ٥٥٥ ، ص ٨٢٣ - وكتابنا سالف الذكر ، ص ٨٦٤ - ٨٦٥ ، و ٩٩٤ - ٩٩٥ .

(٢) انظر في تأكيد الشخصية الاعتبارية للوقف في نظر الفقه الإسلامي : محمد قرج

السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥٦ ، ص ٨٢٤ و ٨٢٥ .

ولذلك لم يكن غريبا أن يستقر القضاء المصرى على اعتبار الوقف شخصا من الأشخاص الاعتبارية (١) ، وأن يعتبر ناظره نائبا عن الوقف لا عن المستحقين . وقد أحسن المشرع المصرى من بعد بإقرار هذا الاتجاه المحمود الذى يتفق وحقيقة الواقع من نظرة الفقه الإسلامى إلى الوقف ، اذ نص صراحة فى التقنين المدنى الحالى على احتساب الأوقاف من طوائف الأشخاص الاعتبارية (م ٥٢ / ٣) .

ويخضع الوقف فى تنظيمه وأحكامه أساسا للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ والقوانين المعدلة له ، وللراجع من مذهب أبى حنيفة فيما لا تعرض له هذه القوانين من مسائل . وليس هذا مجال عرض أحكام الوقف ، فانما يعيننا الكلام فيه فى هذا المقام بوصفه شخصا اعتباريا .

وتبدأ شخصيته الاعتبارية بتمام نشوئه وتكوينه وفق أحكام القانون ، اذ هو من طوائف الأشخاص الاعتبارية التى يعنى الاعتراف العام فى شأنها دون اعتراف خاص ، ويتم نشوء الوقف وتكوينه بأشهاد لدى المحكمة (٢) وقيدته فى دفاترها .

وتنتهى شخصية الوقف انتهاء طبيعيا بانتهاء المدة المعينة له ان كان مؤقتا ، أو بانقراض الموقوف عليهم (م ١٦ من قانون الوقف) . ويعود الوقف ملكا للواقف اذا كان حيا ، والا فلورثته الموجودين وقت وفاته ، والا كان للخزانة العامة (م ١٧) . وتنتهى هذه الشخصية بحكم من المحكمة - بناء على طلب ذوى الشأن - اذا تخربت أعيان الوقف كلها أو بعضها ، ولم يمكن عمارة المتخرب أو الاستبدال به على وجه يكفل للمستحقين نصيبا فى الغلة غير ضئيل ولا يضرهم بسبب حرمانهم من الغلة وقتا طويلا (٣) ، ويصير

(١) السيدة زينب الجزئية ، ٢٥ يولية سنة ١٩٢٢ ، المحاماة ٤٨٣/١٦٢/٢ . استئناف مختلط ، ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ ، المحاماة ٤٧١/٤٠٠/٥ . نفس ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، رقم ١٧٥ ، ص ٣٧٠ .

(٢) اذا كان الموقوف عقارا ، فيجب تسجيل الأشهاد المذكور فى سجلات الشهر العقارى .

(٣) وكذلك يمكن - بقرار من المحكمة - إنهاء الوقف جزئيا فى نصيب أى مستحق يصبح سما يأخذه من الغلة ضئلا (م ١٨) .

ما انتهى فيه الوقف ملكا للواقف ان كان حيا ، والا فلمستحقه وقت الحكم بانهاؤه (م ١٨) .

٣٥٧ - مصير نظام الوقف

اذا كان نظام الوقف قد رسخت أقدامه وشاع العمل به في مصر منذ قرون عديدة ، الا أن تطور الأوضاع الاقتصادية في العصر الحديث قد كشف عن جمود هذا النظام بعرقلته تداول الأموال واستغلالها على النحو المثير المفيد ، مما انعكس معه القصد منه فتضاءلت ثمراته على نحو جعل نصيب الفقراء والمستحقين فيه تافها عديم الجدوى ، فضلا عما كان لسوء ادارته من يد طولى في تخريب أعيانه ونهب ثمراته وتضييع أغراضه . من أجل ذلك ، عمت الشكوى من سوء حال الأوقاف ، وارتفعت الدعوة الى انبائها وحلها . وقد وجد المشرع المصرى ، فى صدور قانون الاصلاح الزراعى المحدد للملكية الاراضى الزراعية بما لا يزيد على نصاب معين ، فرصة سانحة للتدخل تدخلا حاسما - وان كان جزئيا - بالبتير بعد أن استعصى العلاج . فقضى بإلغاء الوقف على غير الخيرات وهو المعروف بالوقف الأهلى بالمرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

وبذلك انكمش وضاق نطاق الوقف الى حد الانحصار فى الوقف الخيرى وحده الذى يكون مصرفه فى الحال خالصا لجهة من جهات البر . وفى شأن هذا الوقف ، تدخل المشرع كذلك للتوقى من مساوئ ادارته المزمته ومن جمود نظامه ، فجعل الولاية عليه لوزارة الأوقاف ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه (١) ، وأجاز لوزير الأوقاف - بموافقة مجلس الأوقاف الأعلى وإجازة المحكمة - اصدار شرط الواقف وصرف ريع الوقف كله أو بعضه على جهة بر أخرى تكون أولى من الجهة التى عينها الواقف (٢) . وإذا كانت هذه الأحكام تستجيب لدواعى الاصلاح والعلاج الواجبة ، فيبدو أنها تكاد تحمل الأفراد على الاحجام عن سلوك طريق الوقف وتكاد تقضى بالتالى على البقية الباقية

(١) م ٢ من القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ المعدل بالقانون رقم ٥٤٧ لسنة ١٩٥٣ .

(٢) المادة الأولى من القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ .

منه (١) . وبخاصة بعد استحداث القانون المصرى نظام المؤسسات الخاصة .

(٢) المؤسسات الخاصة

٣٥٨ - تمهيد

سبق أن أشرنا الى أن قيام نظام الوقف واستقراره فى مصر منذ بعيد كان سببا فى تأخير ظهور المؤسسات الخاصة فيها . فلم يتم ادخال صورة المؤسسة الا على يد التقنين المدنى الحالى الذى عنى بتنظيم أحكامها فى المواد من ٦٩ الى ٧٨ منه . وقد رأى المشرع من بعد - بمناسبة اعادة تنظيم وجمع أحكام الجمعيات - أن يعيد تنظيم أحكام المؤسسات كذلك - فأصدر القانون رقم ٢٨٤ لسنة ١٩٥٦ حاملا لأحكام الجمعيات والمؤسسات التى سماها « المؤسسات الخاصة » تمييزا لها عن « المؤسسات العامة » ، وناسخا بذلك ما كان يحكمها من مواد التقنين المدنى . وقد تم من بعد إلغاء هذا القانون واحلال القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٤ محله ، وهو الذى نعرض لأحكامه فى تنظيم المؤسسات الخاصة فيما يلى :

٣٥٩ - مقومات المؤسسات الخاصة

المؤسسة الخاصة شخص اعتبارى ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة لعمل ذى صفة انسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية ، أو لأى عمل آخر من أعمال البر والرعاية الاجتماعية والنفع العام ، دون قصد الى ربح مادى (م ٦٩) . ومن هذا التعريف ، تبين أركان ومقومات المؤسسة الخاصة الآتية :

١ - تقوم المؤسسة أساسا على مال أو مجموعة من الأموال كالوقف ، وليس على تجمع جماعة من الأشخاص كالشركة أو الجمعية ، فقد يكون منشؤها واحدا ، وقد يكون لها منشئون عدة ومع ذلك فهم لا يدخلون فى

(١) محمد مصطفى شلبى ، الوقف والنوعية بين الفقه والقانون ، ١٩٥٨ ص ١٢٥ ، ١٢٦ .

تكوينها كأعضاء فيها بل ينتهى دورهم برصد ما يخصصون من مال أو أموال على تحقيق الغرض المقصود .

٢ - تستهدف المؤسسة تحقيق غرض من أغراض البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام ، دون أى قصد الى تحقيق ربح مادي . وبذلك تتميز المؤسسة أساسا عن الشركة التى تستهدف الربح المادى . وإذا كانت المؤسسة تتفق وتشارك مع الجمعية فى استبعاد استهداف تحقيق الربح ، الا أنهما يفترقان مع ذلك فى نوع ما يصلحان لتحقيقه من أغراض ، اذ لا تصلح المؤسسة الا لتحقيق أغراض ومصالح عامة ، بينما تصلح الجمعية لتحقيق أغراض ومصالح عامة أو خاصة على السواء . وإذا كانت المؤسسة كذلك تتفق مع الوقف - منذ الفاء الوقف الأهل (١) - فى استهداف تحقيق غرض عام من أغراض البر ، الا أن أغراض المؤسسة تجاوز بعد ذلك غرض الوقف ، لأنها تتسع لتحقيق النفع العام الذى قد لا يحمل معنى تحقيق البر .

٣ - تنشأ المؤسسة لجهة غير معينة ، فلا يجوز تحديدها بمدة مؤقتة معلومة ، وهى فى ذلك تختلف عن الوقف الذى يجوز أن يكون مؤقتا أو مؤبدا .

٣٦٠ - انشاء المؤسسة الخاصة وبدء شخصيتها

يتحقق انشاء المؤسسة بإرادة منشئها اذا كان واحداً أو منشئها اذا كانوا عدة ، سواء كان انشاء حالا توجد به المؤسسة فى حياته أو حياتهم ، أو كان مضافا الى ما بعد الموت لا توجد به الا بعد وفاته أو وفاتهم . ويتطلب المشرع أن يتم الانشاء بسند رسمى اذا كان حالا ، واذا كان مضافا الى ما بعد

(١) كان من شأن وجود الوقف الأهل امكان تحقيق غرض خاص لا تتسع له المؤسسة ، كرمد الشخص مالا على تعليم أفراد أسرته . أما اليوم وبعد أن ألغى الوقف الأهل ، فلا يتأتى اعطاء هذا المال الشخصية الاعتبارية الا عن طريق اعتراف خاص من المشرع (انظر : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٢٨) ، أو بسلوك طريق غير مباشر بتكوين جمعية ، وهو غير متيسر فى كل الأحوال .

الموت فيتم عن طريق الوصية دون اشتراط رسميتها ، اذ ينص على أن « يكون انشاء المؤسسة بسند رسمي أو وصية » (م ١/٧٠) .

ويعتبر انشاء المؤسسة ، بالنسبة الى دائني المنشئ وورثته ، تصرفا على سبيل التبرع من جانب المنشئ^(١) ، فيخضع لما يخضع له هذا النوع من التصرفات من أحكام^(٢) .

ويعتبر السند الرسمي أو الوصية بانشاء المؤسسة دستورها ، ولذلك يجب أن يشتمل على البيانات الأساسية المتعلقة بها وهي : اسم المؤسسة وميدان نشاطها ونطاق عملها الجغرافي ، ومركز ادارتها على أن يكون هذا المركز في « جمهورية مصر العربية » ، والغرض من انشائها ، وبيان للأموال المخصصة له ، ونظام ادارة المؤسسة بما في ذلك اسم مديرها (م ٢/٧٠) .
وفضلا عن ذلك يجب أن يشتمل سند المؤسسة على البيانات الأخرى التي يصدر بتعيينها قرار من الجهة الادارية المختصة (م ٣/٧٠) .

واذا كان انشاء المؤسسة يتم من جانب المنشئ وبارادته وحده ، فمقتضى ذلك في الأصل امكان رجوعه في هذا الانشاء . وظاهر أن الانشاء اذا كان بوصية ، فمقتضى القواعد العامة - باعتبار الوصية غير ملزمة للموصى الا بموته - امكان رجوع المنشئ عن المؤسسة في أي وقت قبل موته^(٣) ، فلا

(١) ينص المشرع على أن « يعتبر انشاء المؤسسة بالنسبة الى دائني المنشئ وورثته بمثابة حبة أو وصية » (م ٧١) - ولكن من الواضح أنه غير صحيح وصف انشاء المؤسسة بأنه حبة لأن الهبة عقد يتطلب الإيجاب والقبول ، ولا يتصور القبول من المؤسسة التي لم تنشأ بعد ، بل ولا حاجة للقبول لنشوء المؤسسة إذ تكفي لذلك إرادة المنشئ وحده (انظر : عبد الحفيظ حجازي ، ص ١٨٩ - ١٩٠ - اسماعيل غانم ، ص ٢٤٩) .

(٢) فيجوز لدائني المعلن في هذا التصرف ومنع نفاذه في حقهم اذا توافرت شرائط الدعوى البوصية (م ٢٣٨ مدني) . ولا ينفذ هذا التصرف في حق الورثة - اذا كان وصية أو في حكمها - فيما زاد على ثلث التركة الا بأجازتهم .

(٣) في هذا المعنى :

سليمان مرقس ، ص ٣٦٤ - شمس الدين الوكيل ، ص ١٢٢ - جميل الشرقاوي ، ص ١٧٦ و ٢٧٧ - اسماعيل غانم ، ص ٢٤٩ - عبد النعم البدواي ، ص ٧٢٧ .
وقارن مع ذلك :

شفيق شحاته ، هامش ص ١٢٧ - عبد الحفيظ حجازي ، ص ١٨٩ - محمد سامي حدكور ، ص ١٥٦ .

توجد المؤسسة الموصى بها إذن إلا يموت منشئها مصرا عليها . أما إذا كان انشاء المؤسسة حالا بسند رسمي ، فيجوز لمنشئها العدول عنها بسند رسمي آخر بشرط أن يتم هذا العدول قبل شهر المؤسسة (م ٧٢) . وكما هو الشأن في الجمعيات لا تثبت الشخصية للمؤسسة إلا بشهر نظامها (م ٧٣) وابتداء من هذا الشهر ، وذلك في مواجهة الكافة . ويتم شهر المؤسسة ، بناء على طلب منشئها أو أول مدير لها أو الجهة الادارية المختصة بالاشراف على المؤسسة ، طبقا للأحكام المقررة لشهر الجمعيات (م ٧٤) .

وقد كان المشرع في التقنين المدني يجعل انشاء المؤسسة في الأصل حرا دون رقابة ابتدائية عليه من قبل الدولة أو السلطة التنفيذية فيها بوجه أخص . ولكنه عدل من بعد عن ذلك ، فأخضع الانشاء لمثل هذه الرقابة (١) ، اذ نص على أن « للجهة الادارية المختصة ، بعد أخذ رأى الاتحاد ، الاعتراض على انشاء المؤسسات » (م ٧٥) . ولكنه أحسن بتحديد الأسباب المبررة للاعتراض على انشاء المؤسسة ، حتى لا تنقلب سلطة الاعتراض الى سلطة تحكمية من جانب الجهة الادارية ، وحتى يمكن للقضاء الادارى مراقبة قرارات الاعتراض للتأكد من سلامتها ومشروعيتها ، اذ نص على أن « للمجلس التنفيذي للمحافظة (٢) ، بعد أخذ رأى الاتحاد المختص ، الاعتراض على انشاء المؤسسات اذا تبين أنها تسعى الى أغراض لا تدخل فى نطاق أوجه النشاط الأكثر حاجة الى الرعاية بالنسبة الى منطقة عملها أو لا تدخل فى نطاق ميادين الخدمة الوارد بيانها بهذه اللائحة » (م ١/٣٥) من اللائحة التنفيذية لقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) ، وذلك تفاديا لبعثرة الجهود وتخيرا للأصلح والأحوج لكل منطقة .

(١) أنظر فى موقف التشريعات المختلفة وتراوحها بين مبدأ حرية انشاء المؤسسات ومبدأ

رقابته :

Travaux de la semaine internationale de droit, Paris, 1937, t. III, les fondations.

(٢) حل هذا المجلس محل « مجلس المحافظة » القديم الذى يشير اليه النص (م ٦/٥٦)

من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٧١ فى شأن الحكم المحل) .

٣٦١ - مدى شخصية المؤسسة الخاصة ونشاطها

(١) قيود أهلية وجوب المؤسسة : واضح أن المؤسسة تتقيد أهلية وجوبها بما تتقيد به أهلية وجوب الشخص الاعتباري بوجه عام ، فلا تثبت لها الحقوق والالتزامات الملازمة لصفة الإنسان الطبيعية ، ويقتصر ما يسند إليها من حقوق والتزامات على المتعلق منها بفرضها المحدد فحسب دون غيره من الأغراض خضوعاً لمبدأ التخصص الذي سبقت الإشارة إليه .

وفضلاً عن هذه القيود العامة التي تحد من أهلية وجوب المؤسسات والأشخاص الاعتبارية بوجه عام ، خص المشرع المؤسسات الخاصة كذلك بقيد خاص ، اذ نص على أنه « لا يجوز للمؤسسة قبول الوصايا أو الهبات إلا بأذن من الجهة الإدارية المختصة » (م ٧٨) ، وذلك لضمان عدم انطواء مثل هذه الوصايا والهبات على شروط متعارضة مع غرض المؤسسة الأصلي أو من شأنها اخراج المؤسسة عن هذا الغرض .

وتكن لا يرد على أهلية وجوب المؤسسات - كما سبق البيان - مثل ما يرد على أهلية وجوب الجمعيات من حظر تملك العقارات أو اكتساب حقوق عليها إلا بالقدر الضروري لتحقيق غرضها . فتستطيع المؤسسات اذن أن تملك أو تكتسب حقوقاً على عقارات ولو جاوزت في ذلك هذا القدر الضروري .

(٢) نشاط المؤسسة ورقابته : اذا كانت أهلية وجوب المؤسسة تتقيد بمبدأ التخصص ، فهي تتقيد به كذلك في شأن نشاطها ككل شخص اعتباري ، فيجب عليها التزام حدود غرضها المحدد فيما تقوم به من نشاط ، دون أن تملك الخروج عليه بنشاط يحقق أساساً غرضاً أو أغراضاً أخرى . ويتولى نشاطها مدير يقوم بإدارتها وتمثيلها فيما لها من حقوق وما عليها من واجبات (م ٧٦) .

وضمماً لالتزام المؤسسة في نشاطها أحكام القانون وأحكام نظامها وكفالة حسن إدارتها وتحقيق ما يستهدفه وجودها من غرض ، جعل القانون

للادارة سلطات واختصاصات واسعة في رقابتها وفي تعديل نظامها على السواء .
(م ٧٥) (١) .

١ - ففيما يتعلق بالرقابة ، أعطى القانون لجهة الادارة المختصة سلطات رئيسية ثلاث هي :

(١) لجهة الادارة المختصة - وهي مديرية الشئون الاجتماعية المختصة (٢) - سلطة الاعتراض على أى تصرف مالى - يجريه مدير المؤسسة أو مجلس ادارتها خلال شهر من تاريخ اخطارها به (٣) فإذا لم تعترض خلال تلك المدة . اعتبر التصرف نافذا (م ٨٠) .

(٢) لجهة الادارة المختصة - والمقصود بها هنا المحافظ (٤) - سلطة عزل المديرين الذين يثبت اهمالهم فى الادارة ، أو عدم تنفيذ ما فرضه عليهم القانون أو سند المؤسسة ، أو الذين يستعملون أموال المؤسسة فيما لا يتفق مع أغراضها أو قصد منشئها ، أو الذين يرتكبون أى خطأ جسيم آخر . أو لاعتبارات قومية . وتقوم هذه الجهة بتعيين من يحل محلهم فى ادارتها (م ١/٧٩) .

(٣) لجهة الادارة المختصة - وهي المجلس التنفيذى للمحافظة (٥) - وقف تنفيذ أى قرار يصدر من الأجهزة القائمة على شئون المؤسسة يكون مخالفا للقانون أو لنظام المؤسسة العام أو للآداب (م ١/٣٣ و ٨١) (٦) .

(١) وذلك على خلاف ما كان يقرره التقنين المدنى (م ٧٦) من اعطى هذه السلطات والاختصاصات للمحكمة بناء على طلب تقدمه جهة الادارة المختصة .
(٢) م ٤٤/و من اللائحة التنفيذية للجمعيات والمؤسسات الخاصة ، معدلة بالقرار رقم ٢٢٢٢ لسنة ١٩٦٧ .

(٣) يجب أن يتم الاخطار خلال اسبوع من تاريخ اجراء التصرف (م ٨٠) .

(٤) م ٤٤/ج من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار سالف الذكر .

(٥) م ٤٤/ب من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار سالف الذكر ، و م ٢/٥٦ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٧١ فى شأن الحكم المحلى .

(٦) وللؤسسة ولكل ذى شأن أن يظن فى قرار وقف التنفيذ بغير رسوم أمام محكمة القضاء الإدارى ، وعلى المحكمة أن تظن فى الظن على وجه الاستعجال (م ٢/٢٣ و م ٨١ من القانون) .

وفضلا عما تقدم من سلطات الرقابة في شأن المؤسسات عموماً فاللمجلس التنفيذي للمحافظة سلطة تعيين ممثل أو أكثر لمديرية الشئون الاجتماعية في مجلس ادارة المؤسسات التي تنشأ بمال جمع كله أو بعضه من الجمهور (م ٢/٣٦ من اللائحة التنفيذية م ٢/٥٦ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٧١ في شأن الحكم المحلي) .

٢ - وفيما يتعلق بتعديل نظام المؤسسة ، أعطى القانون جهة الادارة المختصة وهي المحافظ(١) - سلطة تخفيف أو الفاء كل أو بعض الالتزامات والشروط المقررة في سند انشائها ، اذا كان ذلك لازماً للمحافظة على أموال المؤسسة أو لتحقيق الغرض من انشائها (م ٧٩) .

٣٦٢ - انقضاء المؤسسة

اذا كانت الجمعية أو الشركة تنقضى بالحل الاختياري والحل والاجباري على السواء ، فواضح أنه لا يتصور انقضاء المؤسسة الا عن طريق الحل الاجباري وحده دون الحل الاختياري لأنها مجرد مجموعة أموال وليست بجماعة أشخاص .

ويقرر القانون أنه يسرى على المؤسسة من حيث حلها وتصفياتها ما يسرى على الجمعيات من أحكام (م ٨١) ، مما يعنى أن مثل هذا الحل يصدر به قرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية بعد أخذ رأى الاتحاد المختص وذلك في حالة عجز المؤسسة عن تحقيق أغراضها ، أو تصرفها في أموالها في غير الأوجه المحددة لها طبقاً لأغراضها ، أو ارتكابها مخالفة جسيمة للقانون أو مخالفتها النظام العام أو الآداب (م ٥٧) .

وتجرى التصفية وفق الأحكام المقررة في سند انشاء المؤسسة ، والا وجب على الجهة الادارية - بعد أخذ رأى الاتحادات المختصة - أن تقرر توجيه أموال المؤسسة المنحلة الى الهيئة الاجتماعية التي تراها (م ٢/٦٠ و م ٨١) .

(١) م ٤٤/ج من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار سالف الذكر .

الباب الثاني

محل الحق

٣٦٣ - تمهيد وتقسيم

إذا كان للحق صاحب هو الشخص ، فله كذلك محل . وفي هذا الصدد ينبغي اجتناب الخلط بين « محل الحق » وبين « مضمون الحق » (١) . فمضمون الحق هو السلطات أو المكينات التي يعطيها الحق ويحولها لصاحبه ، بينما محل الحق هو ما يرد أو يقع عليه الحق - بمضمونه هذا - من شيء أو عمل . فمضمون حق الملكية مثلا هو ما يثبت للمالك من سلطات الاستعمال والاستقلال والتصرف ، بينما يعتبر الشيء الذي تنصب عليه هذه السلطات هو محل هذا الحق .

ومحل الحق - كما سبق البيان - قد يكون شيئا وقد يكون عملا . والمثل الرئيسي للحقوق التي محلها أشياء هو الحق العيني الذي يعطى صاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء مادي ، وكذلك فالحق الذهني محلّه شيء من الأشياء وإن كان شيئا معنويا غير مادي هو الحق الذهني أو الفكري . والمثل الرئيسي للحقوق التي محلها أعمال هو الحق الشخصي أو حق الدائنية ، إذ هو سلطة للدائن في اقتضاء عمل من جانب المدين سواء كان هذا العمل ايجابيا أو سلبيا .

فنقسم الكلام في محل الحق اذن الى فصلين :

الفصل الأول - في الأشياء .

الفصل الثاني - في الأعمال .

(١) في هذا المعنى :
Dabin, pp. 108 - 109.

الفصل الأول

الأشياء

٣٦٤ - مدلول الشيء ، وتمييزه عن المال

المقصود أصلاً بالشيء كل ما لا يعد شخصاً ، ويكون له كيان ذاتي منفصل عن الإنسان (١) سواء كان هذا الكيان مادياً يدرك بالحوس أو معنوياً لا يدرك إلا بالتصور ، ولذلك فالشيء إما مادي أو معنوي . ومن أمثلة الأشياء المعنوية المصنفات الفكرية والاختراعات القابلة للاستغلال الصناعي والتي يحميها القانون بمنح براءات بها ، والعلامات والبيانات والأسماء والعناوين التجارية ، وأسماء الأشخاص الطبيعيين ، والمحل التجاري *Le fonds de commerce* الذي ينظر إليه في مجموعه كشيء معنوي مجرد له كيانه الذاتي المستقل عن العناصر المكونة له (٢) .

وإذا كان الشيء - مادياً أو معنوياً - يصلح على هذا النحو محلاً للحق ، فقد سبق أن رأينا أنه ليس محلاً لكافة أنواع الحقوق وإنما هو محال لبعضها دون البعض . فهو يصلح محلاً للحقوق القائمة على أساس من روابط التسلط ، لأن التسلط لا يتصور منصبا على الأشياء ، ولذلك يصلح الشيء محلاً للحق المعنوي وللحق الذهني وبعض حقوق الشخصية كالحق في الاسم ،

(١) ولذلك لا تعتبر أشياء أجزاء الجسم الإنساني وأعضاؤه طالما لم تنفصل عنه . فإذا انفصلت عنه وأصبح لها كيان ذاتي مستقل ، أمكن النظر إليها حينئذ بوصفها أشياء ومحلاً للحقوق (انظر سابقاً ، متن وهامش «١» ص ٤٥٠) .

(٢) والنظر إلى « المحل التجاري » كمجموع مستقل عن عناصره ، مرده إلى تخصيص هذه العناصر بفرض مشترك وتجميعها حول تحقيق هذا الغرض . ويؤدي ذلك إلى إخضاع « المحل التجاري » كمجموع معنوي لنظام قانوني مستقل ومختلف عن النظام القانوني الذي يخضع له كل عنصر من عناصره على حدة ، وإلى اعتباره في مجموعه كذلك محلاً لتصرفات قانونية كالبيع والرهن والإيجار (انظر في عناصر المحل التجاري وأحكامه : مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرة ٧٦٣ وما بعدها) .

ومع مراعاة أن محل الحق العيني هو الشيء الملقى ، ومحل الحق الذهني والحق في الاسم هو الشيء المعنوي . أما الحقوق التي تقوم على أساس من روابط الاقتضاء ، كحق الدائنية ، فمحلها هو العمل لا الشيء ، حتى ولو كان الغرض من اقتضاء العمل هو الحصول على شيء من الأشياء .

وينبغي عدم الخلط بين « الشيء » و « المال » . ذلك أن « المال » يقصد به الدلالة على الحق ذي القيمة المالية (١) ، أي كان نوعه ، وأيما كان محله شيئا أو عملا ، وبذلك يعتبر مالا محل الحق العيني والحق الذهني في وجهه المالي وحق الدائنية . أما « الشيء » ، فيقصد به الدلالة على ما يصلح محلا مباشرا للحقوق التي تخول التسلط أو موضوعا لمحل الحقوق التي تخول الاقتضاء (٢) .

٣٦٥ - الأشياء المسادية ، مقوماتها وتقسيماتها

قلنا ان الشيء المادي هو محل الحق العيني . ولكن ليست كل الأشياء المادية محلا صالحا للحق العيني ، بل ينبغي - لصلاحياتها لذلك - أن تكون غير خارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون (م ١/٨١ مدني) . وهي تكون غير خارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها اذا كانت قابلة للحيازة والاحتراز على سبيل الاستثناء والانفراد (م ٢/٨١ مدني) . أما الأشياء التي لا تقبل الاستثناء بحيازتها - كالياه في البحر ، وأشعة الشمس وضوء القمر في الكون ، والهواء في الجو - فتعتبر ، رغم ماديتها ، خارجة عن التعامل بطبيعتها ولا تصلح محلا للحق العيني . غير أن هذه الأشياء اذا انفصلت أجزاء منها عن أصلها ومحل وجودها وأمكن بذلك احترازها وحيازتها، تصبح قابلة لأن تكون محلا للحق العيني ، مثل كمية من الهواء تضغط في وعاء أو كمية من ماء البحر تعجز في اناء .

(١) المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدني المصري الحالي ، مجموعة الأعمال التحضيرية ،

ج ١ ، ص ٤٥٧ .

(٢) وقد يصر المشرع المصري بهذا التمييز الاساسي بين الشيء والمال ، فأورد في الفصل

الثالث من الباب التمهيدي للتقنين المدني الحالي تقسيمات للأشياء وأخرى للأموال . ونص - في

مجال المقابلة بين الأشياء والأموال - على اعتبار الأول محلا للثانية (م ١/٨١ ،

(م ٤٥ - المدخل الى القانون)

وقد تكون الأشياء المادية قابلة بحسب طبيعتها للحيازة والاحتراز على سبيل الاستثناء والافراد ، ومع ذلك لا تصلح محلا للحق العيني ، اذا اعتبرها القانون حكما غير قابلة للاحتراز بتحريمه حيازتها والتعامل فيها^(١) كالمخدرات بأنواعها^(٢) .

وتقسم الأشياء المادية تقسيمات عدة ، فى طبيعتها من حيث الأهمية التقسيم الرئيسى الى عقارات ومنقولات ، والى جواره يوجد تقسيمان آخران للأشياء الى قابلة وغير قابلة للاستهلاك والى مثلية وقيمة . فنبحث فيما يلى بایجاز^(٣) كل تقسيم منها فى مبحث على حدة .

المبحث الأول

العقارات والمنقولات

٣٦٦ - أساس التقسيم ، وأهميته

تقسم الأشياء من حيث ثباتها أو عدم ثباتها الى عقارات ومنقولات . وقد عنى القانون المصرى بالنص على هذا التقسيم بقوله « كل شئ مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شئ فهو منقول » (م ٢/٨٢ مدنى) . وهذا التقسيم على هذا النحو تقسيم

(١) أنظر فيما يذهب اليه بعض الفقهاء من اعتبار الأشياء أو الأموال المسماة خارجة عن التعامل بحكم القانون ، وفى مناقشة ذلك ورفضه : كتابنا الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، أحكام حق الملكية ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٥ ، ص ٥٨ و ٥٩ .

(٢) ولا ينبر من ذلك اجازة التعامل استثناء فى هذه الأشياء . كاجازة بيع المخدرات لأغراض طبية (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الحال ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ص ٤٦٠) .

(٣) أما تفصيل هذه التقسيمات فمجاله عند دراسة الحقوق العينية ، اذ هى تقسيمات للأشياء المادية باعتبارها محلا للحق العيني ، وهذا ما جرينا عليه عند دراسة الحقوق العينية الأصلية ، اذ عرضنا بالتفصيل لهذه التقسيمات (راجع فى ذلك : كتابنا فى أحكام الملكية سالف الذكر ، فقرات ٣٣ - ٤٠ ، ص ٦٨ - ١٢١ . - عبد الرزاق اللاسنهورى ، الوسيط ج ٨ ، فقرات ٣ - ٤٢ ، ص ١٠ - ٩٠) .

طبيعى يصدر عن اختلاف الطبيعة المادية للأشياء (١) وثبات البعض منها واستقراره فى مكانه وتحرك البعض الآخر أو قابليته للحركة ، مما يسوغ اختلاف القواعد والنظم التى تحكم النوعين من الأشياء . ولذلك فإن لهذا التقسيم أهمية كبيرة نعرض لبعض أوجهها البارزة فيما يلى :

(١) كان من المحتم ، أمام ثبات العقارات واستقرارها ، ضرورة إخضاع التصرفات القانونية التى من شأنها انشاء أو نقل أو زوال حقوق عينية عليها أو الاحتجاج بها على الغير لاجراءات شهر معينة ، بحيث لا يتم شئ من ذلك الا باتمام هذه الاجراءات (٢) . أما مثل هذه التصرفات الواردة على منقولات ، فمن العسير تصور إخضاعها لنظم شهر مماثلة أمام طبيعة المنقولات المتحركة غير المستقرة وسرعة تداولها بين الأيدى . وعلى ذلك ، فبينما تنتقل الملكية مثلا فى المنقولات المعينة بالذات بمجرد التعاقد ، لا تنتقل الملكية فى العقارات الا بالتسجيل .

(٢) ما دامت لا توجد اجراءات معينة تجعل تقرير الحقوق العينية على المنقولات أمرا مشهرا معلوما للكافة كما هى الحال فى العقارات ، ونظرا لسرعة تداول المنقولات فى الأيدى سرعة فائقة ، لم يكن بد من اعتبار الحيازة فى المنقول سندا للحائز فيما يدعيه من حق عليه وقرينة على توافر السبب الصحيح لحيازته . بينما الأمر يختلف عن ذلك فى العقارات نظرا لامكان التثبت من الحقوق العينية المقررة عليها بالكشف عن ذلك فى دفاتر التسجيل أو القيد ، ولذلك لا يكون لحيازة العقار من الأثر القانونى ما لحيازة المنقول ، بل يقع على الحائز دائما عبء اثبات السبب الصحيح لهذه الحيازة حتى يثبت حقه بمدة التقادم القصيرة وهى خمس سنين ، والا لم يثبت له هذا الحق الا بالمدة الطويلة وهى خمس عشرة سنة .

(١) أنظر فى ذلك وفى رفض الأساس الاقتصادى للتقسيم الذى ينظر الى العقارات باعتبارها الأشياء ذات القيمة والمنقولات هى الأشياء القابلة للحركة أو التناقلية : كتابنا أحكام حق الملكية سالف الذكر ، فقرة ٢٣ ، ص ٦٩ و ٧٠ .

(٢) هذه الاجراءات هى التسجيل اذا تعلق الأمر بحقوق عينية أصلية ، والقيد فى شأن الحقوق العينية التبعية (م ٩ و ١٢ من قانون الشهر العقارى) .

(٣) اذا كان الحق العيني يخول صاحبه سلطنة أو حق تتبع الشيء فى أى يد يوجد ، الا أن ذلك ليس بالمبدأ المطلق ، اذ يختلف الأمر فى شأنه باختلاف طبيعة هذا الشيء وهل هو عقار أو منقول . فالمبدأ مطلق فيما يتعلق بالعقار . ولكنه معطل كقاعدة عامة فى المنقول حيث تعتبر الحيازة فيه سنداً للحائز .
يمكن بمقتضاه من دفع كل تعرض له من قبل الغير .

وامتناع تتبع المنقولات دون العقارات يسمح بترتيب حقوق عينية تبعية على العقارات يستغنى فيها عن حيازتها اكتفاء بإمكان تتبعها ، كما هو الشأن فى الرهن الرسمى وحق الاختصاص . بينما يحتاج الأمر عادة فى ترتيب حقوق عينية تبعية على المنقولات الى حيازة أصحاب هذه الحقوق لها خوفاً من سهولة تهريبها واستحالة تتبعها من بعد تحت يد الحائز ، وهو ما يتضح فى صورة الرهن الحيازى .

(٤) ما دام العقار ثابتاً ومستقراً فى مكان معين ، فيكون طبيعياً أن يتحدد الاختصاص المحلى فى الدعاوى العينية العقارية خاصة على أساس هذا المكان فتكون المحكمة المختصة فى شأنها أصلاً هى المحكمة الواقع فى دائرتها العقار (م ١/٥٠ مرافعات جديد) . بينما المنقول يكون من العسير تحديد محله نظراً لحركته وكثرة تداوله بين الأيدي ، مما يستعصى معه اناطة الاختصاص المحلى فى الدعاوى المنقولة بهذا المحل ، ولذلك يجعل الاختصاص فى شأنها للمحكمة الواقع فى دائرتها موطن المدعى عليه (م ٤٩ مرافعات جديد) .

(٥) لا تكون الشفعة الا فى العقارات وحدها دون المنقولات (م ٩٣٥ مدنى) .

(٦) يفرق قانون المرافعات بين اجراءات الحجز على المنقول واجراءات التنفيذ على العقار ، فيجعل الأولى أكثر سرعة وأقل تعقيداً من الثانية .

(٧) يقيد القانون أهلية الجمعيات فى اكتساب الحقوق الواقصة على عقارات بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى أنشئت هذه الجمعيات من أجله ، ولا يورد عليها مثل هذا القيد فى الحقوق الواقعة على منقولات .

والاثران الآخرين ليسا الا بعض بقايا النظرة القديمة المنتقنة الى العقارات باعتبارها ارفع قيمة من المنقولات .

المطلب الأول

العقارات

Les Immeubles

٣٦٧ - الأصل والاستثناء

يقصد بالعقارات الاشياء ذات الأصل الثابت الممتنعة على النقل منه دون تلف ، فهي اذن أشياء ثابتة أو عقارات بالطبيعة . غير أن المشرع قد اعتبر بعض المنقولات عقارات استثناء من طبيعتها وذلك اذا خصصت لخدمة عقار أو استغلاله ، فتعتبر حينئذ عقارات بالتخصيص لا بالطبيعة .
فتعرض فيما يلي بايجاز لهذين النوعين من العقارات .

٣٦٨ - العقارات بالطبيعة

تعتبر عقارات بالطبيعة (Immeubles par nature) الأشياء ذات المستقر الثابت الذي لا يمكن نقلها منه دون تلف (م ١/٨٢ مدني) . وفي مقدمة هذه العقارات الأراضي ، سواء كانت معدة للزراعة أم للبناء . وكذلك ما يكون في جوفها من مناجم ومحاجر . وما يثبت على سطحها من نباتات أو مزروعات أو اشجار تكون جذورها ممتدة فيها ، أما النباتات التي توضع في أوعية فلا تعتبر عقارات ، حتى ولو كانت هذه الأوعية مدفونة أو مغروسة في الأرض . وكذلك يعتبر عقارات بالطبيعة ما يقام على الأرض أو في جوفها من أبنية ثابتة مستقرة (١) ، حتى ولو كانت مملوكة لغير مالك الأرض ، أو كانت مؤقتة البقاء (٢) ، ما دام لا يمكن نقلها دون تلف يصيبها ،

(١) تعتبر الأبنية من العقارات بطبيعتها في مجموعها أي في وكل أجزائها اللازمة والمتصلة لها كالأبواب بأقفالها والمساعد والنوافذ (في هذا المعنى : كتابنا في أحكام حق الملكية ص ٧٦) .

(٢) نفس ٣١ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة عمر (المدنية) ، رقم ٣٦ ، ص ٩٣ .

أما المباني التي لا تكون مثبتة في الأرض ، بل يمكن رفعها ونقلها دون تلف فهي منقولات ، كخيام البدو ومخيمات الجواله والكشافة والأكشاك الخشبية غير المثبتة في الأرض .

وما دامت الصفة العقارية للأشياء مناطها ثبات الأشياء واستقرارها في الأرض ، فمقتضى ذلك فقدانها هذه الصفة واعتبارها من المنقولات اذا فصلت عن الأرض وأصبح لها كيان مستقل غير ثابت ، كأنقاض البناء المهدوم والمعادن المستخرجة من الأرض ، والأحجار المقطعة منها والنباتات والزرروعات المأجنية .

٣٦٩ - العقارات بالتخصيص (١)

(١) أساس فكرة العقار بالتخصيص : اذ كانت القاعدة أن العقار هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف ، الا أن تم استثناء هاما يورده المشرع على هذه القاعدة ، مؤداه مخالفة طبيعة الأشياء ، واعطاء صفة العقار لبعض المنقولات نظرا لكونها مرصودة على خدمة عقار أو استغلاله ومخصصة لذلك ، فتعتبر - رغم طبيعتها المنقولة - عقارات بحكم القانون أو بالتخصيص . وقد نصت على ذلك المادة ٨٢/٢ من التقنين المدني بقولها « ومع ذلك ، يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله » .

وواضح أن فكرة العقار بالتخصيص (Immeubles par destination) هي مجرد افتراض أو حيلة قانونية (٢) يقيمها المشرع للتوصل الى ترتيب أحكام العقار على ما يتبعه من منقولات مرصودة على خدمته أو استغلاله

(١) راجع في ذلك بغاية :

Gulphe, L'immobilisation par destination, thèse Paris, 1948. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, Nos. 75 - 88. — Boudant et Voirin, t. IV, Nos. 110-124.

كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرات ٢٧ - ٣٠ ، ص ٧٧ - ١٠٦ .

(٢) انظر في ذلك وفي مناقشة محاولة تأسيس « العقار بالتخصيص » على فكرة التسمية .

كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرة ٢٧ ، ص ٧٨ - ٨٠ .

كفالة لاستمرار هذه الخدمة وذلك الاستغلال ، ومنعاً لما قد يجره الإبقاء على طبيعتها المنقولة وخضوعها بالتالي لنظم مخالفة للنظم التي يخضع لها العقار الذي تتبعه من امكان فصلها عنه وتعطيل ما ترصد عليه من خدمته أو استغلاله .

(٢) ثبوت صفة العقار بالتخصيص : يشترط لثبوت صفة العقار بالتخصيص أن يتحقق أولاً تخصيص بعض المنقولات لخدمة عقار أو استغلاله ، وأن تكون هذه المنقولات ثانياً مملوكة لنفس مالك العقار بحيث يصدر تخصيصها منه (م ٢/٨٢ مدني) . فنعرض فيما يلي بإيجاز لكل من هذين الشرطين :

١ - تخصيص منقولات بطبيعتها لخدمة أو استغلال عقار بطبيعته : ينبغي لأعتبار المنقولات عقارات بالتخصيص أن تكون منقولات بطبيعتها وترصد على خدمة عقار بطبيعته أو استغلاله . وليس بشرط أن يكون تخصيص المنقولات لخدمة أو استغلال العقار تخصيصاً مؤبداً أو دائماً (١) ، بل يكفي أن يكون ملحوظاً فيه صفة الثبات والاستمرار . ويشترط في التخصيص أن يكون عينياً لا شخصياً ، أي لخدمة أو استغلال عقار لا لخدمة مالكه (٢) ، فالدابة المعدة لركوب صاحب الأرض لا تعتبر عقاراً بالتخصيص ، بخلاف الماشية المخصصة لاستغلال الأرض نفسها . ولا يشترط في التخصيص أن يكون بالقدر الضروري لخدمة العقار أو استغلاله (٣) ، فيكفي مجرد نفعه وفائدته .

(١) في هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Picard, t. III, No. 84. — Gulphe, thèse précitée, No. 70.

كتابنا أحكام حق الملكية ، ص ٨٢ .

Planiol, Ripert et Picard, ibid. — Beudant et Voirin, t. IV, (٢) No. 115. — Gulphe, thèse précitée, No. 72.

(٣) في هذا المعنى :

المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدني المصري الحالي ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٤٦٧ — كتابنا مالف الذكر ، ص ٨٢ ، ٨٤ .
وفانن : Planiol, Ripert et Picard, ibid. — Gulphe, No. 75.

ويستوى بعد ذلك أن يكون التخصيص لخدمة عقار أو استغلاله ، ومن قبيل التخصيص للخدمة ما يوضع في دور العبادة لخدمتها من سجاد ومقاعد وتماثيل وكتب مقدسة . ومن أمثلة التخصيص للاستغلال : ما يرصد على استغلال الأرض زراعيا من آلات مختلفة ، وأسمدة ، وبذور ، وحيوانات أو ماشية ، وأوعية أو صناديق أو أكياس تعبأ فيها المحاصيل الزراعية ما دامت لا تباع مع هذه المحاصيل بل تبقى في الأرض . وما يرصد على استغلال المصانع من آلات وأدوات التصنيع المنقولة ومن عربات وسيارات مخصصة لنقل المواد الأولية أو المواد المنتجة ، وما يوضع في الفنادق من أثاث ومفروشات طالما أن الأبنية العقارية معدة أعدادا خاصا لاستغلالها كمصانع أو فنادق .

٢ - وحدة مالك العقار والنقولات وصولور تخصيصها منه :

إذا تحقق تخصيص منقولات لخدمة عقار أو استغلاله ، فلا يكفي ذلك لثبوت صفة العقار بالتخصيص لهذه المنقولات ، بل يجب إلى جوار ذلك أن تكون هذه المنقولات مملوكة لنفس مالك العقار بحيث يصدر تخصيصها منه . وهذا الاشتراط طبيعي ، لأن مشكلة الحاق بعض المنقولات بالعقار وربط مصيرها بمصيره واخضاعها لنفس نظامه وقواعده ، لا تثور إلا حيث توجد وحدة أو مجموعة متماسكة يراد المحافظة على كيانها من التفكك والتفتت ، وهو ما يفترض وقوع عناصر هذه المجموعة - أي العقار والمنقولات المرصودة على خدمته أو استغلاله - في ملك شخص واحد (١) ، حتى لا يتأتى فصل هذه العناصر بعضها عن بعض رغم إرادة المالك ، إذ لو كان مالك المنقولات غير مالك العقار لكان هذا الفصل متوقفا وطبيعيا . وعلى ذلك ، فلا تعتبر عقارات بالتخصيص المنقولات المملوكة لمستأجر عقار أو صاحب حق انتفاع عليه رغم رصدها من جانبها على خدمته أو استغلاله ، ولا المنقولات التي

(١) في هذا المعنى :

Pianiol, Ripert et Picard, t. III, No. 60. — Beudant et Voltrin, t. IV, No. 114. — Gulphe, thèse précitée, No. 62, p. 144.

كتابنا أحكام حق الملكية ، ص ٨٩ و ٩٠ .

يستأجرها أو يستعيرها مالك عقار ويرصدها على خدمته أو استغلاله ،
أو حتى يشتريها ولكن بعقد معلق نقل الملكية على الوفاء بكامل الثمن إذا قام
برصدها على هذه الخدمة أو الاستغلال من قبل تمام الوفاء .

وإذا كان مشروطا وحدة مالك العقار والمنقولات المخصصة لخدمته أو
استغلاله ، فليس مقتضى ذلك استلزام أن يكون مالك المنقولات مالكا للعقار
ملكية مفرزة خالصة له وحده ، بل يعتبر شرط وحدة المالك متحققا وصفة
العقار بالتخصيص ثابتة للمنقولات المملوكة مفرزة لأحد الشركاء المستأجرين
في ملكية عقار إذا قام برصدها على خدمة أو استغلال هذا العقار
الشائع (١) .

ولا يكفي وحدة مالك العقار والمنقولات المخصصة لخدمته أو استغلاله ،
بل ينبغي أن يصدر التخصيص من نفس المالك أو من نائبه الذي يعمل
لحسابه . ولذلك لا تعتبر عقارات بالتخصيص الأدوات الزراعية أو الماشية
المخصصة لاستغلال الأرض ، حتى ولو كانت مملوكة لصاحب الأرض ، إذا
كان الحاقها بالأرض وتخصيصها لاستغلالها آتيا من غير المالك ، كما لو قام
بذلك المستأجر أو المنتفع أو الدائن المرتهن رهن حيازة ، إلا إذا كان نائبا في
ذلك عن المالك .

(٢) حكم العقار بالتخصيص : إذا توافر الشرطان السابقان : شرط
التخصيص وشرط وحدة المالك ، فإن المنقول المرصود على خدمة أو
استغلال عقار يعامل معاملة العقار ، فيسوى بذلك في الحكم بالعقار الذي
رصد على خدمته أو استغلاله ، وهو ما تتحقق به الوحدة اللازمة بينهما في

(١) في هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Picard, ibid.

كتابنا أحكام حق الملكية ، ص ٩١ .

وأنظر مع ذلك حكما عكسيا لحكمة النقص في ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ ، مجموعة المقتب
الفني لأحكام النقص (المدنية) ، ص ٦ ، رقم ٨٤ ، ص ٦٣٩ . ولكن أنظر في انتقاده :
اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ ، حق الملكية ، ١٩٥٨ ، هامش ٥١ ، ص ١٧٠ .
- كتابنا أحكام حق الملكية ، هامش ٥١ ، ص ٩١ - ٩٢ .

المصير والحكم استجابة لما يقوم بينهما من وحدة واقعية مردها الى
التخصيص (١) .

وعلى هذا النحو لا يجوز الحجز على العقارات بالتخصيص حجز المنقول ،
ولا التنفيذ عليها منفصلة عن العقار المرصودة على خدمته أو استغلاله .
ويشمل بيع العقار ورهنه والوصية به - دون حاجة الى نص أو شرط خاص -
ما يلحقه من عقارات بالتخصيص مرصودة على خدمته أو استغلاله ، الا أن
ينص على خلاف ذلك .

المطلب الثاني

المنقولات Les Meubles

٣٧٠ - الأصل والاستثناءات

إذا كان المشرع يكتفى بتعريف العقار، مما يترك تعريف المنقول يستنبط
عن طريق الاستبعاد ، فمعنى ذلك أن كل شيء لا تتوافر له صفة العقار - أي
صفة الاستقرار والثبات في حيزه - يعتبر منقولاً بالطبيعة . غير أن تم
استثناءات ترد على هذا الأصل ، إذ تعتبر بعض الأشياء - خلافا لطبيعتها -
منقولات بحكم القانون ، هي المنقول بالمال والمنقولات المعنوية .

٣٧١ - المنقولات بالطبيعة

يقصد بالمنقولات بالطبيعة (Meubles par nature) الأشياء المادية
غير الثابتة ، القابلة للنقل من مكان الى آخر دون تلف (٢) . ومن أمثلتها

(١) ولكن اذا كانت المنقولات المرصودة على خدمة عقار أو استغلاله تأخذ حكم هذا العقار .
وتجبه في مصيره ، الا أن ذلك لا ينفي أن هذه المنقولات تظل محتفظة بذاتيتها وفرديتها ، مما
يبرر في احوال خاصة الخروج على المبدأ العام القاضى بمعاملتها معاملة العقارات من كل الوجوه
وفي مواجهة الجمع . ولذلك لا يفقد بائع المنقولات الذى لم يستوف كامل الثمن حقه عايب
كمنقولات رغم قيام المشتري برصدها على خدمة أو استغلال عقاره واعطائها بذلك وصف العقار
بالتخصيص (انظر كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرة ٢٩ ، ص ٩٤ و ٩٥) .

(٢) ليس الانتقال القبل شرطاً لاعتبارها من المنقولات ، وانما يكفي مجرد قابليتها للحركة
والنقل من مكانها دون تلف ولو لم تنقل منه بأن كانت مدة للبقاء في مكان معين كالحامات
الراسية على ضفاف الأنهار .

الحيوانات ، والسيارات ، والسفن والطائرات (١) ، وأثاث المنزل ، والكتب ، والبضائع ، والماكولات ، وأنشروبات . وقد ثار الشك حول اعتبار بعض الأشياء منقولات بالطبيعة كالغاز والكهرباء . ولكن الرأي أصبح مستقرا الآن على اعتبارها منقولات بالطبيعة ، اذ هي أشياء مادية تدركها الحواس رغم أنه قد تحتويها أنابيب ثابتة لها صفة العقار . وتطبيقا لذلك يعتبر اختلاسها من قبيل السرقة التي لا تقع الا على المنقولات .

٣٧٢ - المنقولات بالمآل (٢)

يقصد بالمنقولات بالمآل (Meubles par anticipation) أشياء هي بحسب طبيعتها من العقارات ، ولكنها تأخذ حكما وافترضا وصف المنقولات باعتبار أنها ستصير كذلك في القريب (٣) . ومثل هذا الافتراض القانوني إنما تبرره الغاية منه . ذلك أن بعض العقارات بطبيعتها تكون معدة - أما بحسب طبيعتها وأما بإرادة الأفراد - لكي تصير منقولات بالطبيعة في القريب ، فيكون من النافع استباق هذا المآل القريب دون انتظار حلوله واخضاعها لحكم المنقول لا لحكم العقار ، تيسيرا في الاجراءات وتخفيفا من القيود فيما يرد عليها من تصرفات أو حجوز .

ومن أمثلة هذه المنقولات بالمآل : الأشجار المعدة للقطع ، والمباني المعدة للهدم ، والمحصولات الزراعية المعدة للجنى ، والمعادن أو الأحجار المعدة للاستخراج أو الاقتطاع من المناجم أو المحاجر .

(١) اذا كانت السفن والطائرات تخضع لنظام خاص متميز عن النظام الذي تخضع له المنقولات بصفة عامة لخضوعها لنظام شهر معين وامكان تتبعها مما يكاد يقربها من العقارات من هذه الوجهة ، الا أن ذلك لا يغير في شيء من طبيعتها المنقولة .

(٢) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Fréjaville, Des meubles par anticipation, thèse Paris, 1927. — Boudant et Voirin, t. IV, Nos. 108 - 109. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, Nos. 102 - 103.

كتابا أحكام حق الملكية ، فترات ٢٢ - ٢٥ ، ص ١٠٢ - ١١٥ .

(٣) ينبغي اجتناب الخلط بين المنقولات بالمآل وبين الأشياء المستقبلية . فالمنقولات بالمآل ليست أشياء مستقبلية وإنما هي أشياء موجودة متحققة ، ولكن طبيعتها القانونية ومصدما هي التأثيرة بحسب ما ستؤول اليه هذه الأشياء في المستقبل .

(١) **ثبوت صفة المنقول بالمآل :** لم يضع المشرع قاعدة عامة في شأن اعتبار بعض العقارات منقولات بالمآل ، ولكنه في نصوص خاصة قليلة عامل بعض العقارات المعدة للانفصال عن أصل ثباتها واستقرارها معاملة المنقول ، لا باعتبار طبيعتها الحالية وانما باعتبار مآلها المستقبل . ومن قبيل ذلك ما ينص عليه المشرع المصري من اتباع اجراءات حجز المنقول ، بالنسبة للشمار المتصلة والمزروعات القائمة ، ولكن مع عدم جواز هذا الحجز الا خلال مدة محددة قبل موعد نضجها (م ٣٥٤ مرافعات جديد) . ومن هذا القبيل كذلك ، ان التقنين المدني يضع بين حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول : امتياز المبالغ المنصرفة في البذر وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات والمبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد على المحصول الذي صرفت في انتاجه (م ١/١١٤٢) وامتياز مؤجر الأراضي الزراعية بأجرتها على ما يكون موجودا فيها من محصول زراعي (م ١/١١٤٤) رغم أن المحصول قبل حصده يعتبر عقارا بالطبيعة .

ولم يلبث الفقه والقضاء أن استخلصا من مثل هذه النصوص الخاصة نظرية عامة في هذا الشأن يمتضاها تعتبر بعض العقارات منقولات بالمآل ، اذا كانت ارادة المتعاقدين تنظر اليها باعتبار ما ستؤول اليه في القريب من فصل مؤكد عن أصل ثباتها يصيرها منقولات بالطبيعة (١) . اذ ما دام المآل المنقول لهذه العقارات هو محل اعتبار المتعاقدين عليها ، فلا حرج من استباق المستقبل ومعاملتها منذ التعاقد على هذا الأساس وبحسب هذا المآل . ولذلك يشترط لثبوت صفة المنقول بالمآل ، شرطان جوهريان :

(١) يجب أن تنصرف ارادة المتعاقدين انصرافا حقيقيا جديا الى اعداد العقارات المتعاقد عليها لتصبح منقولات بالطبيعة ، وذلك بالاتجاه الى فصلها

(١) انظر في ذلك خاصة :

Fréjaville, thèse précitée, pp. 59, 60. — Beudant et Voirin, t. IV, No. 106.

اسماعيل غانم ، محاضرات في النظرية العامة للحق ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٨ ، ص ٩٢
و ٩٥ - كتابنا احكام حق الملكية ، فقرة ٣٤ ، ص ١٠٥ - ١٠٩ .

عن أصل ثباتها واستقرارها ، بحيث لا يتصور في ذهن المتعاقدين تمام تنفيذ العقد الا بصيرورة هذه الأشياء منقولات فعلا .

ولكن لا يكفي لتوافر هذا الشرط مجرد التصرف في هذه الأشياء تصرفا مستقلا عن أصل ثباتها واستقرارها ، فمثل هذا التصرف المستقل لا يعتبر وحده قرينة على انصراف الارادة الى فصل هذه الأشياء وتصييرها منقولات بالطبيعة في القريب ، ولذلك فهو لا يغير من الطبيعة القانونية لهذه الأشياء باكسابها وصف المنقول بالمآل الا اذا كانت ارادة المتعاقدين منصرفة حقيقة الى اعدادها لانفصال حقيقي قريب . وعلى ذلك ، فبيع بناء دون الأرض المقام عليها يعتبر بيع عقار لا بيع منقول اذا لم تكن ارادة المتعاقدين منصرفة الى بيعه على أساس الهدم ، بينما يعتبر بيع منقول اذا وجد التزام على عاتق المشتري بهدمه (١) .

(٢) يجب أن يكون المصير المحقق - في نظر المتعاقدين - للعقارات المتعاقدة عليها هو التحول في القريب الى منقولات بالطبيعة . فلا يكفي اذن وجود مجرد احتمال بشأن انفصال هذه العقارات في القريب عن أصل ثباتها واستقرارها ، اذ لا يتصور أن يفقد محل التعاقد مقدما الصفة العقارية الثابتة له طبقا لطبيعته اذا لم يكن من المحقق والمؤكد صيرورته في القريب منقولا بالطبيعة . وعلى ذلك لا يكتسب العقار المتعاقد عليه وصف المنقول بالمآل اذا ترك أمر تحويله الى منقول بالطبيعة الى محض تقدير ورغبة أحد المتعاقدين ، أو اذا لم يحدد موعد قريب في التعاقد لمثل هذا التحويل أو لم يكن مثل هذا الموعد قابلا للتحديد (٢) .

(٢) آثار ثبوت صفة المنقول بالمآل : اذا توافر الشرطان السابقان فان صفة المنقول بالمآل تثبت للعقار محل التعاقد منذ اتمام العقد . فيخضع هذا العقار منذ ذلك الوقت لما يخضع له المنقول من قواعد وأحكام ، فلا يكون من

(١) Fréville, thèse précitée, pp. 67 - 70.

(٢) انظر في ذلك كتابنا أحكام حق الملكية ، ص ١٠٨ و ١٠٩ .

اللازم التسجيل لنقل ما قد يرتبه من حق عيني على المنقول بالمآل (١) ، ويكون للدائنين اتخاذ اجراءات حجز المنقول لا اجراءات التنفيذ على العقار لاستيفاء حقوقهم من قيمته ، ويتحدد الاختصاص المحلى بنظر المنازعات الناشئة عن هذا التعاقد بمحكمة موطن المدعى عليه .

٣٧٣ - المنقولات المعنوية

الأصل أن الأشياء المعنوية لا يمكن اعتبارها من العقارات ولا من المنقولات ، لأن التقسيم الى عقارات ومنقولات - وهو مبني على أساس الثبات أو القابلية للحركة - لا يتصور الا في شأن الأشياء المادية وحدها . ومع ذلك فخروجها على هذا الأصل ، تعتبر الأشياء المعنوية من المنقولات حكما وتخضع لأحكام المنقول . ويقال عادة في تبرير ذلك أن المشرع يعتبر منقولا كل ما ليس بعقار وهذه الأشياء المعنوية ليست قطعاً من العقارات .

المبحث الثاني

الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك (٢)

٣٧٤ - أساس التقسيم وأهميته

الأشياء القابلة للاستهلاك (choses ou biens consommables) هي تلك التي لا يتصور استعمالها الا عن طريق استهلاكها ، بمعنى أنها تستهلك بمجرد استعمال واحد دون أن تحتمل ورود استعمال متكرر عليها، ولذلك يعرفها المشرع المصري بأنها « . . هي التي ينحصر استعمالها ، بحسب ما أعدت له في انفاقها أو استهلاكها » (م ١/٨٤ مدني) . ويستوى في هذا

(١) فينتقل الحق العيني فور التعاقد اذا كان محله معيناً بالذات (م ٢٠٤ مدني) أما اذا كان هذا المحل معيناً بنوعه ، فينتقل الحق بإفرازه (م ١/٢٠٥ مدني) .
(٢) راجع في ذلك بخاصة

Humbert, Essai sur la fungibilité et la consommabilité des meubles, thèse Paris, 1940. — Jaubert, La consommabilité, Revue, trimestrielle de droit civil, 43e. année, 1948, pp. 75 - 101.

كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرات ٣٦ و ٣٧ ، ص ١١٦ - ١١٨ .

الشأن أن يكون استهلاك هذه الأشياء ماديا بالقضاء على ماديها كأكل الطعام ، أو بتغيير صورتها كتحويل المنسوجات الى ملابس ، أو أن يكون هذا الاستهلاك قانونيا بالتصرف كأنفاق النقود وبيع السلع . أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك *choses ou biens non consommables* ، فهي تلك التي تقبل الاستعمال المتكرر دون أن تستهلك بمجرد استعمال واحد لها ، ولو ترتب على تكرار استعمالها أو طول هلاكها أو ضياعها أو بخس قيمتها أو نقص متانتها ، كالأرض والمنازل والسيارات والمفروشات والآلات .

والأصل أن طبيعة الشيء هي التي تحدد قابليته أو عدم قابليته للاستهلاك . غير أن الإرادة لها من السلطان ما تملك به مثل هذا التحديد كذلك ، إذا خصص استعمال الشيء تخصيصا يخرج عما تقضى به طبيعته ، فيصبح حينئذ قابلا أو غير قابل للاستهلاك بالتخصيص^(١) لا بالطبيعة . فالنقود وهي قابلة بحسب طبيعتها للاستهلاك قانونيا بمجرد استعمالها أي بانفاقها ، تصبح غير قابلة للاستهلاك إذا أعيرت على أساس مجرد عرضها ثم ردها بعد ذلك . بل وكل شيء يكون بحسب طبيعته غير قابل للاستهلاك يصبح قابلا له بالتخصيص إذا أعد للبيع (م ٢/٨٤ مدني) ، إذ يخصص حينئذ لنوع من الاستهلاك هو الاستهلاك القانوني .

وتبدو أهمية التفرقة بين الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك في أن بعض الحقوق التي تخول استعمال الشيء ، كحق الانتفاع وحق الاستعمال ، لا يتصور ورودها الا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك وحدها ، لأن المنتفع أو المستعمل يلتزم عند انتهاء حقه برد الشيء بعينه الى مالكه واستعماله لا يستهلكه . وكذلك الشأن في الإيجار والعارية ، فهي عقود لا ترد الا على أشياء غير قابلة للاستهلاك بمجرد الاستعمال .

المبحث الثالث

الأشياء المثلية والقيمة^(١)

٣٧٥ - أساس التقسيم وأهميته

الأشياء المثلية (choses ou biens fongibles) هي التي لها نظائر متماثلة في الأسواق ، فلا تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به ، ولذلك فيقوم بعضها مقام بعض في الوفاء . وهذه الأشياء هي التي جرى العرف على التعامل فيها بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن (م ٨٥ مدني) ، كالنقود ، والكتب من طبعة واحدة ، والقماش من نوع ولون واحد ، والحبوب من نفس الصنف والجودة ، والقطن من نفس الصنف والرتبة .

أما الأشياء القيمة (choses ou biens non fongibles) فهي تلك التي تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به حيث لا يقوم غيرها مقامها عند الوفاء كالأرض والمنازل والحيوانات .

وإذا كان الأصل في تعيين الصفة المثلية أو القيمة للأشياء هو طبيعتها من حيث تماثل أو تفاوت أحادها ، إلا أن إرادة الأفراد قد تسبغ على شيء مثل طبيعته الصفة القيمة أو على شيء قيمى بطبيعته صفة المثلية^(٢) ، فيقال إن الشيء يصبح قيمياً أو مثلياً بالتخصيص^(٣) . ومثال الحالة الأولى إعاقة كتاب يقصد الإطلاع عليه ورده بذاته، ومثال الحالة الثانية ما تقوم به بعض الشركات التي تستهدف بيع أراضي زراعية تستصلحها أو أراضٍ للبناء تعدها وتمهدها من تقسيمها إلى قطع متساوية متماثلة .

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

De La Grasserie, De la fongibilité juridique, Revue générale du droit, 1911. — Humbert, thèse précitée. — Jaubert, article précitée.

كتابنا أحكام الملكية ، فقرات ٢٨ - ٤٠ ، ص ١١٨ - ١٢١ .

(٢) نفس ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٣ ، مجموعة عمر (المدنية) ج ١ ، رقم ١٤٦ ، ص ٢٦٩ -

Jaubert, article précitée, pp. 78, 79, 96 - 100. (٣)

وتبدو أهمية تقسيم الأشياء الى مثلية وقيمة^(١) في كون المقاصة القانونية لا تقع الا بين دينين موضوع كل منهما أشياء متماثلة (م ١/٣٦٢ مدنى) . وفى كون هلاك الأشياء القيمة ينقضى به الالتزام لأن تنفيذه يصبح بهذا الهلاك مستحيلا ، أما هلاك الأشياء المثلية فلا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا بل يظل الالتزام قائما فى شأنها ، لأن لها نظائر فى الأسواق فيقوم بعضها مقام بعض فى الوفاء ، ولذلك يقال إن الأشياء المثلية لا تهلك . وفى كون الملكية أو أى حق عينى آخر لا ينتقل أو يتقرر على الأشياء المثلية الا بافرازها لأنها تكون بوصفها هذا غير معينة بالذات ، بينما يتقرر فور التعاقد على الأشياء القيمة المنقولة باعتبارها معينة بالذات .

(١) السائد فى الفقه أن تقسيم الأشياء الى مثلية وقيمة يقوم على أساسه التفرق بين الأشياء المعينة بنوعها والأشياء المعينة بذاتها . غير أن تم اتجاها جديدا فى الفقه Joubert article précitée, p. 88. يشكك فى وجود تطابق كامل بين التفسيرين (انظر فى مناقشة هذا الاتجاه : كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرة ٣٩ ، ص ١٢٠ و ١٢١) .

(م ٤٦ - المدخل الى القانون)

الفصل الثاني

الأعمال

٣٧٦ - العمل وشروطه بوصفه محلا للحق

قلنا ان محل الحق يكون شيئا أو عملا . وقد نكلمنا في الاشياء باعتبارها محلا للحقوق القائمة على أساس من رابطة التسلط كالحق العيني والحق الذهني والحق في الاسم . بقي أن نتكلم في الأعمال باعتبارها محلا للحقوق القائمة على أساس من رابطة الاقتضاء ، وأظهرها الحق الشخصى أو حق الدائنية^(١) الذى يخول صاحبه أى الدائن قدرة اقتضاء عمل معين من المدين . ويستوى فى العمل - بوصفه محلا لهذا النوع من الحقوق - أن يكون ايجابيا أو سلبيا ، ولكن يجب أن تتوافر فيه شروط رئيسية ثلاثة هي : الامكان والتعيين والمشروعية .

(١) شرط الامكان : يجب أن يكون العمل ممكنا ، بمعنى أن يكون غير مستحيل فى ذاته (م ١٣٢ مدنى) ولو كان مستحيلا بالنسبة الى بعض الأشخاص فالاستحالة التى تمنع من امكان العمل اذن هي الاستحالة المطلقة لا النسبية . ومن أمثلة العمل غير الممكن التعهد برفع استئناف عن حكم قضائي اذا كان ميعاد الاستئناف قد فات قبل التعهد ، أو بنقل ملكية عين تكون قد هلكت قبل التعهد ، اذ رفع الاستئناف ونقل الملكية فى هذه الظروف عملان مستحيلان فى ذاتهما استحالة مطلقة فى حق الكافة . أما اذا كانت الاستحالة نسبية ، كمن يتعهد برفع أثقال من الحديد لا يقدر على رفعها

(١) ولذلك فتفصيل الكلام فى العمل وشروطه مجاله نظرية الالتزام ، راجع فى هذا التفصيل بخاصة :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٢١٣ - ٢٤١ - انور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، الطبعة الأولى ، ١٩٥٥ ، فقرات ١٦٦ - ١٩٣ .

وان كان غيره يقدر على ذلك ، فيعتبر معها العمل ممكنا لانه غير مستحيل في ذاته ويكون للدائن الحق في اقتضاء الوفاء به ، فاذا استحال على المدين شخصيا القيام به يكون مسئولاً أمام الدائن عن تخلفه عن الوفاء .

ويعتبر العمل ممكنا اذا كان مضمونه اعطاء شيء ، حتى ولو لم يكن هذا الشيء موجودا وقت التعهد باعطائه ، ما دام أنه ممكن وجوده في المستقبل . ولذلك فكون موضوع المحل شيئا مستقبلا لا ينفي امكانه (١) .

(٢) شرط التعيين : يجب أن يكون العمل معينا أو قابلا للتعين ، حتى يحدد أو يكون قابلا للتحديد مضمون اقتضائه أو الحق الوارد عليه . فالتعهد باقامة بناء ، يجب فيه تعيين مواصفاته ، أو في الأقل استخلاص ذلك من ظروف التعاقد وملابساته كالغرض من البناء وسعته وما الى ذلك . واذا كان مضمون العمل اعطاء شيء ، فيجب - اذا كان الشيء قيميا - أن تحدد ذاتيته على النحو الذي يميزه عن غيره بأن يعين مثلا موقع الأرض المبيعة ومساحتها وحدودها ، وأما اذا كان الشيء مثليا فيجب أن يحدد نوعه ومقداره (٢) ، وان كان ليس من اللازم تحديد درجة جودته (٣) .

(٣) شرط المشروعية : يجب أن يكون العمل مشروعاً أي غير مخالف للقواعد القانونية الآمرة أو للنظام العام أو الآداب (م ١٣٥ مدني) . ومن أمثلة العمل غير المشروع المبطل للتعهد به : الالتزام بارتكاب جريمة معينة ، أو بيع كمية من المخدرات ، أو بدفع مبلغ من المال الى امرأة مقابل انشاء أو استمرار علاقة جنسية غير مشروعة معها .

(١) اذا كان الأصل هو جواز أن يكون محل الالتزام عملاً وارداً على شيء مستعين (م ٢/١٣١ مدني) ، فاستثناء من ذلك يعتبر التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطلاً ولو كان يرضاه (م ٢/١٣١ مدني) ويحظر هبة الأموال المستقبلية (م ٤٩٢) .

(٢) ولكن يكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستلزم به تعيين مقداره (م ٢/١٣٣ مدني) .

(٣) فاذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي طرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئا متوسط الجودة (م ٢/١٣٢ مدني) .

الباب الثالث

مصادر الحق (١)

٣٧٧ - الوقائع القانونية والتصرفات القانونية، وتفاصيل التفرقة بينهما

قلنا ان الحق يستند في وجوده الى القانون . غير أن القانون - في ترتيبه واستناده للحق - إنما يعتد بوقائع أو أحداث أو أعمال معينة يرتب على تحققها وجود الحق ، وهذه الوقائع أو الأحداث أو الأعمال هي التي نعينها بمصادر الحق أو بمصادره المباشرة التي تولده ، وإن بقي القانون من ورائها كلها هو المصدر غير المباشر للحقوق جميعا . وغنى عن البيان ، أن هذه المصادر المباشرة للحقوق لا تقتصر على انشاء الحق وحسب ، بل تمتد الى نقله أو تغييره أو انقضائه .

والمصادر المباشرة للحق لا تخرج في الأصل - رقم تعددها وكثرة تنوعها - عن طائفتين أساسيتين : طائفة الوقائع القانونية (faits juridiques) وطائفة التصرفات أو الأعمال القانونية (actes juridiques) . . . ويقصد بالوقائع القانونية كل حدث أو عمل مادي يرتب القانون عليه أثرا معيناً ، وخاصة انشاء حق أو نقله أو تغييره أو زواله . أما التصرفات أو الأعمال القانونية ، فيقصد بها كل ارادة تتجه الى ترتيب مثل هذا الأثر (٢) .

(١) Bonnesse, Supplément, op. cit., t. II, Nos. 248, et s.; t. III, op. I, et s. — Hébraud, Encyclopédie Juridique, Répertoire de droit civil, Dalloz, t. I, V, acte, pp. 65 - 68.

عبد الرزاق السنهوري ، التصرف القانوني والواقعة القانونية ، دروس في قسم الدكتوراه ١٩٥٣ - ١٩٥٤ ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٢٢ - ٢٤ ، ص ١٢٩ - ١٣٤ ، ج ٢ ، فقرات ١ - ٢ .
وكتابنا « أصول القانون » ، فقرات ٣٩١ - ٣٩٧ ، ص ١٠٣٧ - ١٠٧٥ .
(٢) تجب الإشارة الى وجود طائفة ثالثة يمكن تسميتها بالمصادر المزدوجة ، تقسم على الجمع بين جوهر الواقعة القانونية وجوهر التصرف القانوني ، بحيث لا يترتب الأثر القانوني بالتولد عنها الا بوجود واقعة أو عمل مادي معين واتجاه الارادة الى توليد هذا الأثر . ومن هذه :

ومن أمثلة الوقائع القانونية واقعة الموت ، فهي حدث مادي طبيعي يترتب عليه أثر قانوني هو الحق في الارث . والفعل الضار كذلك واقعة قانونية ، فهو فعل مادي اختياري يترتب عليه أثر قانوني هو الحق للمضروب في التعويض . والمثل الرئيسي للتصرف أو العمل القانوني هو العقد ، وهو عمل ارادي من طرفين تتولد عنه حقوق للمتعاقدين وعليهما . فعقد البيع مثلا يولد للبائع حقا في اقتضاء الثمن وللمشتري حقا في اقتضاء تسليم المبيع ونقل ملكيته اليه . والوصية كذلك تصرف أو عمل قانوني ، فهي عمل ارادي من جانب واحد يوجب للموصى له حقا في الموصى به.

واذا كانت التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية تبدو سيرة في بعض الحالات كما تبدو من الأمثلة المتقدمة ، فيجب أن لا يحجب ذلك - في حالات أخرى - صعوبتها ودقتها واختلاف الفقهاء حول تكييف ووصف مصدر الحق في شأنها . وأكثر ما يعرض ذلك في صدد الأفعال الاختيارية التي تترتب عليها آثار قانونية ، اذ يقوم الاختيار في الفعل على الارادة مما يكاد يقربه في الذهن من الارادة قوام التصرف ويسر الانزلاق إلى الخلط بين الواقعة القانونية وبين التصرف القانوني . ويبدو أنه يجب البصر - في صدد التمييز بينهما (١) - بأمرين رئيسيين .

(١) ان الارادة في التصرف القانوني هي ذات هذا التصرف وجوهره ، ولذلك يصح بل يجب وصفه بأنه ارادة محضة (٢) . بينما في الواقعة القانونية قد توجد الارادة كما في الأفعال الاختيارية ، وقد لا توجد كما في الوقائع

= الطائفة : الشفعة والاستيلاء والوقف ، ففيها جميعا يلزم اقتران العنصر المادي بالعنصر الارادي . (انظر كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٣٩١ ، ص ١٠٤٢ - ١٠٤٤) . وقد كان لاستاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهوري فضل التنبيه الى هذه الطائفة . وهو يقسمها - زيادة في الايضاح - الى قسمين : وقائع مركبة تتركب من واقعة مادية ومن تصرف قانوني ، مثلها الشفعة . ووقائع مختلطة تقوم على شيء واحد ولكن يختلط فيه العنصر المادي بعنصر الارادة - ومثالها الاستيلاء والوقف (عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، هامش ص ١٣٣) .

(١) انظر في بعض محاولات هذا التمييز وفي مناقشتها :

كتابنا سالف الذكر ، ص ١٠٣٩ و ١٠٤٠ .

(٢) عبد الرزاق السنهوري ، التصرف القانوني والواقعة القانونية ، ص ٧٥ .

الطبيعية . واذا وجدت الإرادة ، فانها - على خلاف الظاهر - تتميز بوضوح عن الإرادة في التصرف القانوني . ذلك أنه اذا كانت الإرادة في التصرف القانوني هي ذات هذا التصرف ، فهي في الواقعة القانونية - اذا وجدت - تكون متميزة عن ذات هذه الواقعة وجوهرها ، إذ تكون مجرد إرادة في إتيان العمل المادي المكون لهذه الواقعة (١) . ولذلك يبدو التمييز ظاهرا بجلاء بين الواقعة القانونية وبين التصرف القانوني من هذا الوجه . فجوهر التصرف القانوني هو الإرادة المحضة ، أما جوهر الواقعة القانونية فهو العمل المادي حتى ولو كان ثمة إرادة واختيار في إتيانه .

(٢) انه ينبغي على اختلاف الجوهر بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني على النحو المتقدم أن الأثر القانوني المترتب على التصرف إنما يترتب لأن الإرادة - وهي جوهر التصرف - قد اتجهت الى ترتيبه . أما في الواقعة القانونية ، وليست الإرادة اذا وجدت هي جوهرها وإنما جوهرها العمل المادي وحده ، فإن ما يترتب على الواقعة القانونية من أثر قانوني لا شأن للإرادة في ترتيبه وإنما هو يترتب لمجرد وجود وتحقيق العمل المادي .

ولذلك يستوى - اذا وجد العمل المادي - أن توجد إرادة أو أن لا توجد أو اذا وجدت أن تكون إرادة في إتيان العمل المادي دون قصد الى نتائجه أو حتى أن تكون إرادة في إتيانه وفي قصد نتائجه على السواء (٣) . فما دام وجود الإرادة لا يغير مما يرتبه القانون أصلا على العمل المادي من أثر ، فلا يكون لوجودها إذن اعتبار في ترتيبه ، ولا في قلب العمل المادي نفسه من واقعة قانونية الى تصرف قانوني .

ولذلك يبدو خطأ الرأي الفائل بالتمييز بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية على أساس أن النتائج القانونية تكون مقصودة في الثانية وغير

(١) عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٤٦ و ٧٥ .

(٢) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ١١٩ .

مقصودة في الأولى ، فقد تكون النتائج القانونية مقصودة ومع ذلك تكون بصدد واقعة قانونية لا بصدد تصرف قانوني لأن هذه النتائج تترتب على مجرد وجود عمل مادي . فالشخص الذي يصدم آخر بسيارته بخطأ منه ، إنما يعتبر فعله الضار هذا عملا ماذيا ، والقانون يكفي بظهور هذا العمل المادي الى الوجود ليرتب عليه أثر قانونيا معينا هو الحق في التعويض ، وهذا الحق يترتب حتما لمجرد تحقق الاصابة بخطأ دون اعتبار لما اذا كانت ارادة صاحب السيارة قد اتجهت أو لم تتجه الى صدم المصاب ، ولا حتى اذا كانت - حين اتجهت الى صدمه - قد اتجهت كذلك فرضا الى الالتزام بالتعويض قبله ، ولذلك يظل مصدر الحق في التعويض في كل هذه الصور واقعة قانونية هي الفعل الضار .

وعلى هذا النحو ، فالتفرقة بين الواقعة القانونية وبين التصرف القانوني إنما تقوم اذن على أساس التمييز بين الفعل المادي وبين الارادة المحضة . فحيث يتولد الحق أو يترتب الأثر القانوني بوجه عام من مجرد وجود فعل أو عمل مادي ، بصرف النظر عما اذا كان وجوده طبيعيا أو اختياريا وعما اذا كانت آثاره القانونية - لو كان اختياريا - مقصودة أو غير مقصودة ، نكون امام واقعة قانونية . أما حيث يترتب الأثر القانوني أو يتولد من مجرد وجود ارادة تتجه الى هذا الترتيب أو التوليد ، فنحن أمام تصرف قانوني .

٢٧٨ - أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية وبين التصرفات القانونية

إذا تحددت التفرقة بين الوقائع القانونية وبين التصرفات القانونية على النحو الذي بيناه ، فينبغي الوقوف على ما تثيره هذه التفرقة من أهمية بالغة . ففضلا عما تعنيه هذه التفرقة أولا من جمع شتات مصادر القانون وردها الى هاتين الطائفتين الأساسيتين واخضاع كل طائفة لقواعد وأصول كلية واحدة ، نجد أن لهذه التفرقة أهمية بالغة من ناحية الاثبات خاصة .

ذلك أن نشوء الحق أو تعديله أو تحديد أوصافه أو نقله أو زواله ، أو بوجه عام وجود أي أثر قانوني ، يقتضى - عند المنازعة فيه - اثبات مصدره المباشر ، أي اثبات الواقعة القانونية أو التصرف القانوني المرتب لأي من

ذلك (١) . وفي هذا الصدد نجد أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية ، إذ من الواضح - وهما مختلفان في الجواهر - كما سبق البيان - ضرورة اختلافهما في وسائل الإثبات .

فالتصرف القانوني ، باعتباره إرادة محضة متجهة إلى توليد حق أو تغيير أو زواله أو توليد أثر قانوني بوجه عام ، يعنى اناطة هذا الأثر بمسلك إرادى يقصد ترتيبه . وهو ما يقتضى فى الأصل إمكان تهيئة واعداد دليل كتابى على هذا المسلك واتقصد وقت وقوعه ، لكى يكون من بعد وسيلة البتة إذا حصلت المنازعة فيه . وليس الحال كذلك فى شأن الوقائع القانونية - وهى محض وقائع أو أعمال مادية تترتب عليها آثارها بصرف النظر عن اتجاه أو عدم اتجاه الإرادة إلى هذا الترتيب - حيث يستعصى فى الأصل اعداد دليل كتابى يسجلها عند وقوعها (٢) . ولذلك فالأصل هو اشتراط اثبات التصرفات القانونية بالكتابة (٣) ، وإمكان اثبات الوقائع القانونية - على خلاف ذلك - بأية طريقة من طرق الإثبات ولو بمجرد البينة أى الشهادة أو القرائن القضائية أو المعاينة (٤) .

(١) ولذلك ، فمن التجوز فى التعبير القول بأن ذات الحق أو الأثر القانوني هو محل الإثبات ، بل الواقع أن محل الإثبات دائما هو ما يولد هذا الحق أو الأثر من مصدر سواء كان هذا المصدر واقعة قانونية أو تصرفا قانونيا (فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، رقم ١١ ، ص ١٥) .

(٢) فى هذا المعنى :

عبد النعم فرج الصدة ، الإثبات فى المواد المدنية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ . فقرات ٢٢ و ١٩٠ . - عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، فقرة ١٨٢ ، ص ٣٤٠ و ٣٤١ .

ومع ذلك ، فيحتم المشرع فى شأن بعض الوقائع القانونية الخطيرة ، كالإلحاد والموت ، اعداد دليل كتابى وقت وقوعها . ولكن يراعى أن هذا الدليل الكتابى ليس هو وسيلة الإثبات الوحيدة المتصورة فى شأن هذه الوقائع ، إذ أنه إذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحته بما أدرج بالسجلات الرسمية المعدة لتقيد المواليد والوفيات ، جاز الإثبات بأية طريقة أخرى (أنظر سابقا ، ص ٥٢٥ و ٥٢٨) .

(٣) ولكن يستثنى من ذلك بعض التصرفات القانونية ، فيجوز اثباتها بالبينة والقرائن وهى التصرفات القانونية التجارية بوجه عام ، والتصرفات القانونية المدنية التى تكون قيمتها أقل من قيمة نصاب الكتابة (وهذا النصاب هو ما يجاوز اليوم عشرين جنيها طبقا لقانون الإثبات الجديد) .

(٤) وأما اثبات المصادر المزدوجة ، فيعتد فيه أساسا بطبيعة هذا الازدواج . بحيث يكون =

وتبدو أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية باورة
كذلك من حيث افراد التصرفات القانونية بكل الاحكام المتعلقة بالارادة
وبقدرتها على ترتيب الآثار القانونية ، اذ هي - على خلاف الوقائع القانونية -
ارادة محضة متجهة الى ترتيب هذه الآثار .

واذا كان للتفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية هذه الاهمية
الكبيرة ، فضلا عن أهمية الوقائع والتصرفات القانونية في ذاتها أهمية
قصوى من حيث اعتبارهما معا مصدرا لنشوء أى حق أو تحديد وصفه أو
تعديله أو انقضائه أو بوجه عام لاي أثر قانوني كان ، فمن الواجب صياغة
نظرية عامة للواقعة القانونية والتصرف القانوني رغم الصعوبات الجمة التي
أخرت هذه الصياغة حتى الآن (١) .

ونعرض فيما يلي بإيجاز لكل من الواقعة القانونية والتصرف القانوني
وما يولدان من حقوق وآثار مختلفة .

= هذا الازدواج مؤديا الى الاختلاط ، يبدو من المنطقي الاعتماد بالمعنى الغالب ، ومعاملة المبدن
- رغم ازدواج طبيعته - على هذا الأساس من حيث الاثبات . وأما حيث يكون مقتضى الازدواج
وجود عدة وقائع مركبة غير مختلطة ، فيبدو من المنطقي وجوب معاملة كل منها على حدة بحسب
طبيعتها واختصاصها لاحكام الاثبات الخاصة بهذه الطبيعة (انظر : عبد الرزاق السنهوري ،
الوسيط ، ج ٢ ، فقرة ١٨٤ ، ص ٣٤٣ و ٣٤٤ . - كتابنا سالف الذكر ، هامش ٢٥ ..
ص ١٠٤٦) .

(١) انظر كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٣٩٣ ، ص ١٠٤٧ - ١٠٥٠ .

الفصل الأول

الواقعة القانونية

٢٧٩ - الواقعة القانونية ، أنواعها وأهميتها وآثارها

لم تلق « الواقعة القانونية » من عناية الفقه ما لقيه منها « التصرف القانوني » ، ممثلاً على الأقل في صورته الكبيرة وهي « العقد » . ومرد ذلك إلى الاعتقاد الذي ساد في الفقه التنقيدي - تأثراً بالمذهب الفردي ومبدأ سلطان الإرادة - في أن دائرة التصرفات القانونية أرحب وأفسح مدى من دائرة الوقائع القانونية ، وأن الوقائع القانونية لا تبلغ من العدد ولا من الأهمية ما تبلغه التصرفات القانونية^(١) . وساعد على ذلك التقديس الكبير الذي تمتعت به نظرية الالتزام منذ قديم ، وحصر التصرف القانوني والواقعة القانونية في نطاقها ، واعتبار العقد بالذات - وهو تصرف قانوني - قطب المرحى في هذه النظرية .

وقد سبق أن رأينا وجوب تحديد الواقعة القانونية بأنها فعل أو عمل مادي يرتب القانون أثراً قانونياً معيناً على مجرد وجوده في ذاته ، وبصرف النظر عن تخلف أو وجود إرادة تصاحبه .

والوقائع القانونية ، بهذا التحديد ، نوعان رئيسيان : وقائع طبيعية أو غير اختيارية ، ووقائع اختيارية . فالوقائع الطبيعية أو غير الاختيارية مثل الصواعق والبراكين والزلازل والفيضانات قد يكون حدوثها قوة قاهرة تعفى المدين من التزامه ، والميلاد يرتب القانون عليه أثراً هو بداية الشخصية ،

(١) انظر على سبيل المثال :
Capitant, op. cit., Nc. 229.

والموت يترتب عليه انتهاء شخصية الميت وفتح تركته واستحقاق وراثته فيها .
وأما الوقائع الاختيارية فهي الوقائع المادية التي تحدث بفعل الإنسان واختياره ويرتب القانون على مجرد وجودها المادى أثرا قانونيا معيناً ، ومشية الفعل الضار الذى يمثل خطأ من جانب فاعله فيولد للمضرور حفا قبله فى التعويض ، والبناء فى أرض الغير يجعل مالك الأرض مالكا للبناء بالالتصاق ويلزمه بتعويض البانى ، والأثر بلا سبب مشروع على حساب الغير ينشأ لمفتقر حفا قبل المثرى فى التعويض .

يخلص من هذه الأمثلة أن الواقعة القانونية قد تكون مفروضة على الإنسان وتنتج آثارها قرضا عليه كذلك ، كما فى واقعة الميلاد والموت . وقد تكون باختيار الإنسان . وحينئذ إما أن تكون مشروعة كالفعل النافع الذى يؤدى الى اثره شخص على حساب فاعله ، أو غير مشروعة كالفعل الضار . وفى الحالىن يرتب القانون عليها آثارا معينة لمجرد وجودها المادى بصرف النظر عما إذا كان فاعلها قد انصرف ارادته الى هذه الآثار أو لم تنصرف .

وواضح أنه طالما كانت الواقعة القانونية مجرد فعل أو عمل مصادى وتترتب عليها آثار قانونية بهذا الاعتبار ، فلا شأن للإرادة اذن فى هذا الترتيب . ولذلك لا تحتاج الواقعة القانونية الى ما يحتاجه التصرف القانونى من قواعد كثيرة متعلقة بالإرادة وقدرتها على ترتيب الآثار القانونية ، وخاصة فى شأن الأهلية والاثبات والصحة أو البطلان . فلا يتوقف ترتيب الواقعة الأهلية محدثها (١) . ولا تشترط الكتابة لاثبات الواقعة القانونية ، بل تقبل الاثبات بأى طريق من الطرق كالبينة والقرائن . ولا يتوقف وجود الواقعة القانونية وانتاجها آثارها على مشروعيتها ، اذ هى عمل مادى فيكون وجودها ماديا محضا لا يمكن وصفه بالصحة أو البطلان ، بينما يتوقف وجود التصرف القانونى وانتاجه أثره القانونى على صحته ومشروعيته ، اذ هو إرادة

(١) راجع سابقا ، ص ٥٧٢ .

محضة (١) .

والواقعة القانونية قد تكون مصدرا للحقوق السياسية ، اذ بلوغ سن معينة - وهو واقعة طبيعية أى فعل من صنع الطبيعة - يعطى الشخص الحق فى الانتخاب أو الترشيح للمجالس النيابية . وقد تكون مصدرا لحقوق الشخصية ، فال ميلاد - وهو واقعة طبيعية - يكسب المولود حقا فى لقب والده . وقد تكون مصدرا للحقوق الذهنية ، فواقعة الخلق الذهنى أو الانتاج الفكرى عمل مادى اختيارى يعطى للمؤلف حقا معنويا وحقا ماليا على مصنفه . وقد تكون مصدرا لحقوق الأسرة ، فواقعة القرابة تعطى الأب الحق فى تأديب ولده .

وقد تكون الواقعة القانونية مصدرا للحقوق العينية : فالموت ، وهو واقعة طبيعية ، يولد للوارث حقا فى ملكية نصيبه من أموال المورث . والالتصاق ، وهو واقعة طبيعية أو اختيارية على حسب الأحوال ، قد ينشأ حقا فى الملكية : فالأرض التى تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين (م ٩١٨) ، والبناء أو الغراس الذى يقيمه شخص بمواد من عنده فى أرض غيره يمتلكه صاحب الأرض (م ٩٢٤ و ٩٢٥ مدنى) ، وكذلك يكون ملكا لصاحب الأرض ما يحدثه هو فيها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره (م ٩٢٣ مدنى) . ومن أسباب الأخذ بالشفعة ، وهى مصدر لكسب الملكية ، واقعة الجسور وهى واقعة مادية (م ٩٣٦) (٢) . ومضى المدة وهو واقعة

(١) فى هذا المعنى :

Hébraud, Encyclopédie Dalloz, op. cit., t. I, No. 34.

عبد الرزاق السنهورى ، التصرف القانونى والواقعة القانونية ، ص ١٢٠ .

(٢) ولكن الأخذ بالشفعة يحتاج فى الواقع إلى إعلان من جانب الشفيع عن إرادته فى ذلك . وهذا يجعل الشفعة مؤلفة من عنصرين : عنصر الواقعة القانونية وهو يقوم على واقعة الجوار بناء على إضافة إلى حصول بيع المبنى المضمون فيها وهو ما يعتبر واقعة مادية أو قانونية بالنسبة إلى الشفيع ، وعنصر التصرف القانونى وهو إرادة الشفيع إلى الأخذ بالشفعة وإعلانه ذلك . فلا تعتبر الشفعة تلقى واقعة قانونية خالصة وإنما واقعة مركبة (فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، هامش ص ١٢٣) .

طبيعية ، يعتبر سببا في اكتساب الملكية أو الحقوق العينية اذا اقرن بالحيازة وهي واقعة مادية اختيارية من فعل الانسان (م ٩٦٨ و ٩٦٩ مدنى) والاستيلاء ، وهو عمل مادي اختياري ، يكسب ملكية المنقول الذي لا مالك له (م ٨٧٠ مدنى) (١) .

وقد تكون الواقعة القانونية مصدرا للحقوق الشخصية أى حقوق الدائنية ، فواقعة القاربة - وهي واقعة مادية - قد تولد الحق في النفقة بين الأقارب . والفعل الضار ، وهو فعل اختياري من الانسان ، يولد الحق في التعويض ، سواء كان فاعله قاصدا احداثه أو غير قاصد ، اذ التعويض يترتب بفعله المادي لا بإرادته . والفعل النافع ، وهو عمل مادي ، يجعل للمفتقر حقا في التعويض قبل الشخص الذي أثرى بلا سبب مشروع على حسابه (م ١٧٩ مدنى) : فمن تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له ، وجب عليه رده (م ١٨١ مدنى) . والفضولى ، وهو من يتولى عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك ، كمن يتولى اصلاح جدار جاره الغائب اذا كان الجدار وشيك السقوط ، يتولد له نتيجة هذا الفعل النافع للجار حق في استرداد النفقات الضرورية والنافعة التي سوغت الظروف انفاقها للقيام بهذا الاصلاح وفوائدها ، وفي التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل (م ١٩٥ مدنى) .

وقد تكون الواقعة القانونية كذلك مصدرا لانقضاء الحقوق . فهلاك الشيء ، وهو واقعة مادية ، يؤدي الى انقضاء الحق العيني الوارد عليه . وتنتهي

(١) يراعى أن الحيازة والاستيلاء ، وهما في ذاتهما من الوقائع القانونية او المادية ، ينطويان على ارادة في التملك أو اكتساب الحق العيني ، ولذلك يعتبران من الوقائع المختلطة وان كان العمل المادي فيهما هو الغالب (انظر : عبد الرزاق السنهوري ، الموضع السابق . - وانظر سابقا ، هامش ٢٥ ص ٧٢٥ - ٧٢٦) .

ولكن يراعى أن المقاصة في القانون المصري الحالي - خلافا للقانون الفرنسي - مصدر مزدوج مؤلف من واقعة مادية ومن تصرف قانوني ، مما يجعل جنبها واقعة مركبة : اذ ٧٠ تكفى واتعة المقاصة المادية وحدها لانتاج أثرها ، بل لا بد لذلك من اعلان أحد طرفيها ارادته في التمسك بها (انظر في هذا المعنى : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، فقرة ٣٥٤ ، ص ٦٣٢) .

الحقوق المينية الأصلية ، عدا حق الملكية ، بعدم الاستعمال طوال خمس عشرة سنة وهو واقعة مادية . وتنتهى حقوق الدائنية بسكوت الدائن عن المطالبة بحقه طوال مدة معلومة تختلف بحسب الأحوال (م ٣٧٤ مدني وما بعدها) ، وباتحاد الذمة *La confusion* الذي تجتمع بمقتضاء صفة الدائن والمدين في شخص واحد (م ٣٧٠ مدني) ، وبالمقاصة التي بمقتضاها ينقضى الدينان المتقابلان بقدر الأقل منهما اذا كانا مستحقى الأداء خاليين من النزاع وكان محل كل منهما نقودا أو منليات (م ٣٦٢ مدني) .

وقد ترتب الواقعة القانونية آثارا أخرى ، فالقراية قد تكون مانعا من موانع الزواج ، والجوار قد يحد من استعمال حق الملكية ، وتزع الحيازة قد يترتب عليه قطع التقادم ، وحالة القصر قد يترتب عليها وقف التقادم .

الفصل الثاني

التصرف القانوني

٣٨٠ - التصرف القانوني ، أهميته وآثاره

سبق ان قلنا أن التصرف القانوني هو ارادة محضة متجهة الى احداث أثر قانوني ، وخاصة الى انشاء حق أو نقله أو تغييره أو انقضائه ، ورأينا ما يميزه على هذا النحو عن الواقعة القانونية وهي عمل مادي يرتب القانون عليه أثر معين ، وأهمية التمييز بينهما ونتائجه .

وقد حظي التصرف القانوني ، أو على الأصح العقد وهو صورته الرئيسية ، بعناية الفقه التقليدي الذي أعطاه أهمية بالغة بالقياس الى الواقعة القانونية التي كادت تتلاشى أمامه . وقد كان هذا المسلك مردودا في جانب كبير منه الى التأثير بالمذهب الفردي ، والمقالة فيما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الارادة مغالاة غير مقبولة تأدت بالبعض الى رد كل شيء الى الارادة وهي جوهر التصرف القانوني ، فقليل ان القانون انما يتولد من الارادة العامة في الجماعة أو من العقد الاجتماعي ، وان الميراث يتولد من وصية ضمنية للمورث ، وان حق المجتمع في توقيع العقاب على المجرم يتولد من ارادة هذا المجرم ورضاه مقدما بالعقاب (١) .

واذا كان من الواجب التسليم بأهمية التصرف القانوني في كل نواحي القانون وفروعه ، فينبغي أن لا يكون ذلك على حساب الواقعة القانونية بما يكاد يحجبها أو يقلل من أهميتها ، فالواقعة القانونية والتصرف القانوني صنوان في الأهمية من حيث ترتيب الآثار القانونية . وكذلك اذا كان من

(١) انظر في الإشارة الى منطق هذه المغالاة ، وفي تفنيده :

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٤٣ و ٤٤ .

الواجب الاعتراف بقدرة الإرادة على توليد الآثار القانونية المختلفة ودورها الكبير في ذلك ، فينبغي أن يظل مفهوما رغم ذلك أن الإرادة ليست مطلقة السلطان كل الإطلاق في ذلك ، فثم قيود ، غدت اليوم متزايدة ، تحد من هذا السلطان كما سنرى .

وعلى أي حال ، فينبغي أن يراعى أن الأهمية البالغة المعطاة في الفقه التقليدي للتصرف القانوني على حساب الواقعة القانونية ، إنما كانت منصرفة في الواقع إلى الصورة الرئيسية للتصرف القانوني وهي العقد ، فلم يعن هذا الفقه بتأصيل نظرية عامة للتصرف القانوني في ذاته . وقد سار المشرع المصري على هذا النهج . ولكنه نهج غير سليم ينبغي العدول عنه وبناء نظرية عامة للتصرف القانوني في ذاته ، تؤصل القواعد الكلية التي تحكم التصرف القانوني على اختلاف صورته وتطبيقاته . ويقتضي ذلك الخروج بالتصرف القانوني من النطاق المحدود الذي حصره فيه الفقه التقليدي وهو نطاق نظرية الالتزام (١) . فالواقع أن التصرف القانوني ليس مولدا للحقوق الشخصية أي حقوق الدائنية وما يقابلها من التزامات فحسب ، بل هو يولد كذلك حقوقا أخرى غيرها . فضلا عن أنه لا يقتصر على توليد كل هذه الأنواع من الحقوق المختلفة فقط ، بل هو كذلك يولد آثارا أخرى مختلفة من أهمها تعديل هذه الحقوق ونقلها وانقضاؤها .

فالتصرف القانوني يولد الحقوق أساسا : فعقد الزواج ، وهو تصرف قانوني ، يولد حقوق الأسرة وفق النظام القانوني للأسرة . والعقد بوجه عام ، وهو تصرف قانوني بإرادتين ، يولد الحقوق الشخصية أي حقوق الدائنية وما يقابلها من التزامات . وكذلك يولد الوعد بجائزة ، وهو تصرف قانوني بإرادة منفردة ، حقا شخصيا لمن يقوم بالعمل المتعلق به الوعد . وكذلك

(١) وقد صاغ المشرع الألماني منذ مطلع القرن الحالي في صلب تقييده المدني نظرية عامة للتصرف القانوني مخرجا إياه من النطاق التقليدي المحدود لنظرية الالتزام . ولكنه اقتصر على ذلك ، فلم يعن بصياغة نظرية عامة للواقعة القانونية (أنظر كتابنا أصول القانون ، ص ١٠٤٨ ، ومثن وهاشم « ٢ » ص ١٠٥٧) .

يعتبر التصرف القانوني عموماً مصدراً مولداً أو مكسباً للحقوق العينية الأصلية ، غير أن قدرته في هذا الشأن قد أصبحت محدودة مقيدة فيما يتعلق بالعقارات ، حيث يعلق انشاء هذه الحقوق عليها على شهر التصرف بالتسجيل ، حتى يمكن أن يقال اذن ان مصدر الحقوق العينية الأصلية العقارية مصدر مزدوج أو واقعة مركبة تتألف من العقد وهو تصرف قانوني ومن التسجيل وهو واقعة قانونية أو مادية (١) . وكذلك يعتبر العقد مصدراً لبعض الحقوق العينية التبعية ، وهي الرهن بنوعيه الحيازي والرسمي .

وكذلك يؤدي التصرف القانوني الى نقل الحقوق وتمثيلها وانقضائها . فالحقوق الشخصية أى حقوق الدائنية يمكن نقلها عن طريق الحوالة ، وهي اتفاق أو تصرف قانوني بين الدائن وشخص آخر بمقتضاء يخول الدائن لهذا الشخص ما له من حق في ذمة المدين (م ٣٠٣ مدني) . والحق الشخصي أو حق الدائنية ينقضى ويستبدل بالتجديد ، وهو تصرف قانوني أو اتفاق بين الدائن والمدين أو بين الدائن والمدين وأجنبي على استبدال حق أو دين جديد بحق أو دين قديم مما ينقضى به الحق أو الدين القديم وينشأ الحق أو الدين الجديد (م ٣٥٢ مدني وما بعدها) . وينقضى حق الدائنية كذلك بالإبراء ، وهو تصرف قانوني بإرادة منفردة ينزل الدائن بمقتضاء عن حقه قبل المدين دون مقابل (م ٣٧٦ و ٣٧٢ مدني) . والحق العيني ينقضى بنزول صاحبه عنه ، وهو تصرف بإرادة منفردة .

وكذلك قد يرتب التصرف القانوني آثاراً أخرى . فهو يتخذ وسيلة لتأكيد حق ثابت أصلاً وجعله باتاً غير قابل للنقض ، كقبول الموصى له الوصية ، وقبول المنتفع ما اشترط لمصلحته ، وهو في الحالين تصرف بإرادة منفردة . وقد يتخذ التصرف القانوني وسيلة لتصحيح تصرف سابق قابل للإبطال عن طريق الإجازة ممن شرع الإبطال لمصلحته ، أو لتغيير الوصف الذي يتصرف بمقتضاء الغير ، كإقرار رب العمل تصرف الفضولي بما يحول

(١) في هذا المعنى :

محمد سامي مذكور ، ص ٢٢٣ .

الفضلي في هذا الشأن الى وكيل ، وكل من الاجازة والاقرار كذلك تصرف
بازادة منفردة ، وكذلك فإرادة الواقف تنشئ الوقف كشخص اعتباري .

وإذا كانت الامثلة السابقة كلها تدخل في نطاق القانون المدني أو
القانون الخاص بوجه عام ، فلا يعنى ذلك أنه لا دور للتصرف القانوني في نطاق
القانون العام ، بل دوره فيه كذلك كبير وأهميته بالغة . ويكفي للدلالة على
ذلك التمثيل له في نطاق القانون العام الداخلى بالتشريع ، واللوائح أو
القرارات الادارية التنظيمية ، والقرارات الادارية الفردية (مثل تعيين أو
فصل موظف ، أو قبول طلب تجنس) ، والأحكام القضائية ، والمعاهدات في
مجال القانون الدولى ، فهذه كلها تصرفات قانونية تولد حقوقا أو تكشف عنها
وتؤكدها أو تنتج آثارا قانونية أخرى مختلفة .

٣٨١ - أنواع التصرف القانوني وأقسامه

يتنوع التصرف القانوني تنوعا كبيرا وينقسم أقساما عدة يعتمد الأوجه
التي ينظر اليه من خلالها . وقد سبق أن أشرنا الى أن التصرف القانوني إذا
نظر اليه من حيث الاثر الذي يعود به على صاحبه أو أصحابه قد يكون نافعا
نفعا محضا أو ضارا ضررا محضا أو دائرا بين النفع والضرر ، ورأينا كذلك
أهمية هذا التقسيم في شأن ناقضى الأهلية وتحديد ما يملكون اجراءه من
تصرفات (١) .

ويتفرع هذا التقسيم في الواقع عن تقسيم آخر للتصرف القانوني الى
تصرف بعوض (acte à titre onéreux) . يأخذ فيه المتصرف مقابلا لما
يعطى كالبيع والمقايضة والايجار ، وتصرف على سبيل التبرع (acte à titre
gratuit) يعطى به المتصرف دون مقابل كالهبة والوصية . وتبدو أهمية
هذا التقسيم بخاصة في أن المشرع قد يتطلب أحيانا في المتبرع أهلية خاصة
بينما يكتفى في شأن المعاوض بالأهلية العادية ، وفي أن تصرف المدين على
سبيل التبرع لا ينفذ في حق دائنه ولو كان المتبرع له حسن النية ولو ثبت

(١) أنظر سابقا ، فقرات ٢٩١ و ٢٩٤ .

أن المدين لم يرتكب غشاً ، بينما إذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش (م ٢٣٨ مدني) .

وينقسم التصرف القانوني كذلك ، بالنظر الى وقت نفاذه وترتيب آثاره الى تصرف فيما بين الأحياء (acte entre vifs) وتصرف مضاف الى ما بعد الموت (acte à cause de mort) . والأول ، كالبيع والإيجار والهبة ، وهو الأصل في التصرفات ، ينفذ في الأصل في حياة صاحبه أو أطرافه أو لا يعلق نفاذه على موته أو موتهم . بينما الثاني ، كالوصية ، يعلق نفاذه وترتيبه لآثاره على تحقق هذا الموت . وتبدو أهمية هذا التقسيم في أن للمتصرف بتصرف مضاف الى ما بعد الموت حق الرجوع في تصرفه قبل وفاته ، وفي أن هذا التصرف ليس مطلق الحرية في تصرفه حتى لا يضر بورثته ، ولذلك يحدد المشرع عادة نصاً ينحصر التصرف المضاف الى ما بعد الموت في حدوده .

غير أن ثم تقسيمات أخرى للتصرف القانوني ينبغي أن نعرض لها ببعض التفصيل بالنظر الى أهميتها ودقتها ، وهي تقسيم التصرف من حيث تكوينه ومن يصدر عنه الى تصرف من جانب واحد وتصرف من جانبين ، وتقسيمه من حيث دوره ووظيفته الى تصرف منظم وتصرف شرطي وتصرف شخصي أو ذاتي ، وتقسيمه من حيث أثره في الحقوق الى تصرف منشيء وتصرف كاشف . فنبين فيما يلي كل تقسيم منها وأهميته .

٣٨٢ - التصرف من جانب واحد والتصرف من جانبين

قد يكفي لقيام التصرف القانوني وجود إرادة واحدة أو صدور من شخص واحد يعمل بوصف واحد^(١) فيقال انه تصرف من جانب واحد أو

(١) فيخرج عن أن يكون تصرفاً بإرادة منفردة التصرف الذي يصدر من شخص واحد يعمل بوصفين مختلفين في نفس الوقت . ولذلك يعتبر عقداً تعاقداً الشخص مع نفسه باسم من يوجب عنه (راجع في أحكام تعاقداً الشخص مع نفسه : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٩٥ - ٩٧) .

تصرف بإرادة منفردة ، كالإيصاء^(١) ، والوقف ، والنزول عن الحق العيني .
والوعد بجائزة ، وقبول المنتفع ما اشترط لمصلحته ، وقبول الموصى له .
الوصية ، وإجازة العقد القابل للإبطال ، وإقرار رب العمل تصرف الفضول .
والقرار الإداري . وقد يتطلب انعقاد التصرف القانوني توافق إرادتين (أو
أكثر) على إنتاج الأثر القانوني ، فيقال انه تصرف من جانبين وهو ما يعرف
باسم العقد أو الاتفاق^(٢) ، مثل عقد البيع والإيجار والعمل والمقاوله وحالة
الحق وتجديد الدين .

ويشيع في فقه القانون العام ، وعند بعض فقهاءه بخاصة مثل
« ديجي »^(٣) ، انكار وصف العقد أو الاتفاق على بعض التصرفات القانونية
المنعقدة بإرادتين أو أكثر ، مثل : عقد الزواج ، بحجة أن طرفيه لا يمكن
تحدد آثاره ، بل القانون هو الذي يستقل بهذا التحديد . وعقد الشركة ،
بحجة أنه ينظم مصالح متوافقة - لا متعارضة كما هو الأصل - لأطرافه ويولد
التزامات متماثلة متبادلة بينهم . وعقد العمل الجماعي الذي يبرم بين نقابة
أو أكثر من نقابات العمال وبين صاحب عمل أو أكثر من أصحاب العمل ،
بحجة أنه لا ينشئ مراكز شخصية بقدر ما يحدد من مراكز موضوعية ويضع
أصولا وقواعد قانونية لتنظيم شروط العمل في حرفة أو مهنة أو منشأة
معينة .

وأيا كان ما يطلق على مثل هذه التصرفات من تسميات مختلفة كالتصرفات

(١) هذا هو المقرر في القانون المصري ، حيث لا ينظر الى قبول الموصى له على أنه ركن
لانعقاد الوصية وإنما مجرد شرط للزومها فحسب ، فلا تعتبر إذن عقدا من العقود ، ولذلك
تنص المادة ٢٠ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أنه « تلزم الوصية بقبولها من
الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى .. » .

(٢) يجري بعض الفقهاء على التمييز بين « الاتفاق » وبين « العقد » باعتبار الأول هو
الجنس والثاني هو النوع ، بحيث يكون الاتفاق هو توافق إرادتين أو أكثر على ترتيب أثر
قانوني بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه ، بينما يكون توافق الإرادة في العقد قائما
على إنشاء الالتزام فحسب . ولكن التفرقة بين الاتفاق وبين العقد على هذا النحو غير ذات أهمية
ولذلك يجري العمل على عدم التمييز بينهما واستعمال أيهما في الدلالة على نفس المعنى من القدرة
على ترتيب أي أثر قانوني كان أي على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه (في هذا
المعنى : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٣٦ ، ٣٧) .

Duguit, op. cit., t. I, Nos. 37 - 40, pp. 387 - 425.

الجماعية (*actes collectifs*) والتصرفات الاتحادية (*unions*) ، ورغم ما يوجد من أوجه اختلاف غير متكور بين هذه التصرفات وبين النموذج العادي التقليدي للعقد أو الاتفاق مما يبرر إخضاعها من هذه الوجوه لقواعد خاصة ، فيبقى أن فكرة الاتفاق يمكن أن تتسع لهذه الأشكال والصور جميعا إذا أخذنا اصطلاح الاتفاق بمعناه الأعم وهو توافق ارادتين أو أكثر على أحداث أثر قانوني^(١) .

٣٨٣ - التصرف المنظم والتصرف الشرطي والتصرف الشفهي

يرجع الفضل في هذا التقسيم الى فقهاء القانون العام أساسا^(٢)، ولذلك أتبع له أن يستقر في فقه القانون العام قبل القانون الخاص ، وإن كان يأخذ طريقه اليوم للدخول الى هذه الفقه الأخير^(٣) . وهذا التقسيم مبني على اختلاف دور التصرف القانوني ووظيفته ، وهو ما ينعكس أثره كذلك على مدى آثاره .

فحيث يكون دور التصرف القانوني هو وضع قواعد قانونية عامة مجردة ابتداء أو التعديل في القائم من مثل هذه القواعد ، يكون التصرف القانوني منظما (*acte-règle*) ، مثل التشريع العادي واللوائح الإدارية ، وعقد العمل الجماعي ، ونظم الجمعيات والنقابات والشركات .

وحيث يكون دور التصرف القانوني منحصرا في أن يكون وجوده شرطا أوليا لازما لأعمال أحكام نظام قانوني عام على شخص من الأشخاص ، أو لوضع هذا الشخص في مركز ينظمه ويحكمه القانون مباشرة ، يكون التصرف شرطيا (*acte-condition*) . فمثل هذا التصرف إذن لا يملك بذاته تحديد آثاره وإنما يحددها القانون وحده مباشرة ، بحيث لا يكون وجود التصرف إلا تمهيدا

(١) في هذا المعنى :

Gény, *Science et technique*, t. IV. pp. 210, 211.

(٢) انظر في ذلك بغضمة :

Duguit, op. cit., t. I, Nos. 29, 31, pp. 307 - 315, 325 - 331. — Règle de Valeur sociale et concepts juridiques, pp. 103 - 105.

(٣) انظر في ذلك بغضمة :

Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, Nos. No. 70, pp. 66 - 68.

وشرطا لاعمال احكام القانون وتطبيق نظام قانوني معين على شخص او اشخاص يعينهم التصرف . ومن امثلة التصرف الشرطي ، قرار تعيين الموظف ، وقبول التجنس ، وعقد الزواج .

وصيث يكون دور التصرف القانوني انشاء مركز شخصي لاطرافه ، اي مركزا خاصا مؤقتا يعين التصرف نفسه مداه ويحدد آثاره ، يكون التصرف شخصا او ذاتيا (acte subjectif) ، مثل الوصية وعقد البيع والايجار والهبة والعارية والوديعة .

ويراعى في شأن هذا التقسيم أن الحد الفاصل بين التصرف الشخصي والتصرف الشرطي ليس بالقاطع ، وانه يدع مجالا للتداخل والاختلاط بين نوعي التصرف ، حيث يضيق مدى سلطان الارادة ويصبح جانب غير قليل من آثار بعض التصرفات القانونية محددا ومحكوما مقدما بمجموع من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام^(١) ، وهو ما يكثر في العصر الحديث خاصة أمام ازدياد تدخل الدولة وهيمنتها على توجيه الاقتصاد الوطني^(٢) . فضلا عن ذلك ، فالقول بأن التصرفات المنظمة تضع قواعد قانونية بالمعنى الصحيح وتعتبر لذلك مصادر للقانون^(٣) قول محل نظر ، فانه اذا صدق هذا القول في شأن بعض صور التصرفات كالتشريع عموما سواء كان دستورا أو قانونا أو لائحة ، فهو محل شك في باقي صورها الأخرى .

٢٨٤ - التصرف المنشئ والتصرف الكاشف

يقوم هذا التقسيم على أساس تفاوت أثر التصرف القانوني في الحقوق ، فقد يكون هذا الأثر انشاء للحقوق ، وقد يكون كشفا وتقريراً لها . ولذلك فالتصرف القانوني من هذا الوجه اما تصرف منشئ واما تصرف كاشف . أو مقرر .

أما التصرف المنشئ (acte constitutif) ، وهو الغالب في

(١) Marty et Raynaud, t. I, 122, p. 211.

(٢) Colla, Capitant et De La Morandière, t. I, No. 70, p. 67.

(٣) Marty et Raynaud, t. I, No. 124, pp. 212 - 214.

«التصرفات فهو الذي من شأنه انشاء حق لشخص من الأشخاص ابتداء أو انتقالاً» (١) . والتصرف المنشئ ابتداء هو الذي يخلق حقاً جديداً أصلاً ، كمقد الزواج ينشئ لكل من الزوجين قبل الآخر - نتيجة اخضاعهما لنظام الزواج القانوني - حقوقاً مبتدأة ، والحكم القضائي بتطليق الزوجة على زوجها ينشئ للزوجة - وأحياناً للزوج - حقوقاً مبتدأة كذلك . والتصرف المنشئ انتقالاً هو الذي ينقل أو يحول حقاً قائماً أصلاً من صاحبه الأصلي الى صاحب جديد ، كمقد البيع أو الهبة ينشئ للمشتري أو للموهوب له حقاً في ملكية المبيع أو الشيء الموهوب بنقله اليه من البائع أو الواهب ، وينشئ للبائع حقاً في الثمن بنقله اليه من المشتري .

وأما **التصرف الكاشف أو المقرر (acte constitutif)** (٢) ، فليس من شأنه انشاء حق لشخص من الأشخاص لا ابتداء ولا انتقالاً وإنما هو يفترض أصلاً وجود حق قائم من قبل مترتباً على تصرف منشئ سابق . ولكن هذا الحق يعترضه من العقبات ما يجعله غير فعال ، فقد يرد على وجوده الإنكار ، أو تكون بعض عناصره - رغم التسليم بوجوده - محل منازعة . أو يرد عليه من الوصف ما يقيد ويحد من مباشرته ، فيحتاج اذن الى التحرر مما يشقله من هذه القيود والعقبات بما يطلق له كامل مفعوليته ، والتصرف الكاشف هو الذي يحقق له ذلك . فالتصرف الكاشف اذن هو الذي يسمح لحق سابق غير

(١) يشيع في الفقه قصر اصطلاح « التصرف المنشئ » على التصرف المنشئ ابتداءً فقط ، والتعبير باصطلاح « التصرف الناقل (acte translatif) » عن التصرف المنشئ انتقالاً . ونحن نرى انه ، على الأقل في مجال المقلنة بين هذين النوعين من التصرف من ناحية وبين السرف الكاشف أو المقرر من ناحية أخرى ، ليس من حرج في الاكتفاء باصطلاح « التصرف المنشئ » . وصرفه الى الانشاء على سبيل الابتداء والانتقال على السواء . فهو يستوعبها معا ويفيد ما يتحدان فيه من معنى انشاء حق لم يكن للشخص من قبل سوا « كذا ثابتاً او غير ثابت أصلاً لغيره » .

(٢) راجع في ذلك بخاصة :

Chevallier, De l'effet déclaratif des conventions et des contrats, Thèse. Rennes, 1932. — Boyer, La notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, Thèse, Toulouse, 1947. — Merle, Essai de contribution à la théorie générale de l'effet déclaratif, Thèse. Toulouse, 1948.

فعال بانتاج كل آثاره (١) ، أو هو الذي يطلق لحق سابق كامل مفعوليته -
بتحريره مما كان يتعرض من عقبات • ومن أمثلة التصرفات الكاشفة :
الاعتراف بالبنوة الطبيعية ، والأحكام القضائية في الأصل ، والصلح ،
والقسمة •

فالاعتراف بالبنوة الطبيعية غير الشرعية ، في الشرائع التي تتيح هذا
الاعتراف ، هو السند اللازم الذي كانت تفتقده البنوة الطبيعية القائمة أصلا :
لانتاج آثارها القانونية (٢) • والأحكام القضائية أحكام كاشفة في الأصل (٣) ،
لأنها إنما تعترف بحق سابق محل منازعة في وجوده أو في بعض عناصره -
وتعطيه ما كان يفتقده من تأكيد أو قوة أو تحديد • والصلح كذلك تصرف -
كاشف ، إذ هو عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا
فالصلح إذن ليس هو المصدر المنشئ لحق كل من المتصالحين إذ هو سابق على
الصلح ، وإنما يكشف الصلح عن وجود هذا الحق ويحدده على النحو الذي
تنتفي به المنازعة فيه فيكسبه ما كان ينقصه - نتيجة هذه المنازعة - من
تأكيد • وقسمة الشيء الشائع كذلك تصرف كاشف (٤) ، فهي لا تنشئ لكل
متقاسم حقا جديدا لم يكن له من قبل ، وإنما تكشف عن حقه القائم أصلا
منذ الشيوع وبنفس سنده (٥) ، ولكن مع تحريره مما كان يتقل مباشرة -

(١) Marie, Thèse précitée, Nos. 219, 254.

كتابنا أحكام حق الملكية ، ط ٢ ، ١٩٦٥ ، فقرة ١٥٣ ، ص ٥١٠ و ٥١١ :

(٢) أنظر في ذلك :

Marie, thèse précitée, No. 29.

(٣) ولكن استثناء من ذلك ، توجد بعض أحكام قضائية منشئة ، مثل الحكم بالتطبيق ،
والحكم برسو المزداد ، والحكم بالرجوع عن الهبة •

(٤) راجع في اعتبار القسمة تصرفا كاشفا ونفي اعتبارها تصرفا ناقلا أو منشئا : كتابنا

أحكام حق الملكية سالف الذكر ، فقرات ١٥٢ و ١٥٣ ، ص ٥٠٥ - ٥١٣ •

(٥) فإذا كن الشيوع نتيجة تركة وورثها الشركاء معا أو نتيجة اشتراك منهم في شراء
الشيء الشائع ، فيظل سند حق كل شريك متقاسم بعد القسمة هو سنده قبلها من الاوث أو عقد
البيع •

بغى ظل الشيوع من قيود التزام بين الشركاء ، اذ تفرز لكل شريك متقاسم نصيبا ماديا من الشيء الشائع يعادل حصته الرمزية فى الشيوع (١) بحيث يستأثر عليه وحده يكامل سلطات حقه دون مشاركة أو مزاحمة من الباقين .

وتبدو أهمية التفرقة بين التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة بخاصة (٢) فى أن التصرفات الكاشفة لا تصلح سببا صحيحا لاكتساب الحقوق العينية بالتقادم القصير ، لأن السبب الصحيح هو تصرف من شأنه نقل الحق لو أنه كان صادرا من صاحب الحق أى أنه من حيث طبيعته تصرف منشئ ولا يعيبه الا صدوره من غير صاحب الحق .

وكذلك تبدو هذه الأهمية من حيث أثر التسجيل . فبينما يجب تسجيل التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية الأصلية العقارية لى تنتج هذه التصرفات أثرها فيما بين ذوى الشأن أو بالنسبة الى الغير ، تنتج التصرفات الكاشفة أو المقررة لحق من الحقوق العينية الأصلية العقارية أثرها فيما بين أطرافها دون حاجة الى تسجيل ولكن لا يمكن الاحتجاج بها على الغير إلا بتسجيلها (م ٩ و ١٠ من قانون الشهر العقارى) .

٣٨٥ - مبدأ سلطان الإرادة وقيوده

إذا كان التصرف القانونى ارادة محضة متجهة الى أحداث أثر قانونى ، فمقتضى ذلك الاعتراف للإرادة بالقدرة على توليد الآثار القانونية ، وخاصة إنشاء الحقوق ونقلها وتغييرها وانقضائها ، ويعبر عن ذلك بمبدأ سلطان الإرادة . ولكن من الواضح أنه ليس للإرادة مثل هذا السلطان الا اذا كانت كاملة صادرة من ذوى أهلية ، وكانت صحيحة مبرأة من عيوب الغلط والخذاع

(١) كالصف أو الثلث أو الربع .

(٢) وقد كان الفقه التقليدى يربط كذلك أهمية أخرى على التفرقة بين التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة من حيث تميز الأخيرة بأثرها الرجعى . وليس هنا مجال الدخول فى مناقشة هذا الفقه تفصيلا . ولكن يكفى أن نقول أن ما يقيمه من ترادف بين الأثر الرجعى وبين التصرف الكاشف ليس الا محض افتراض . وأنه ليس فى طبيعة التصرف الكاشف ما يحرم رجعيته (انظر خاصة فى نفي الأثر الرجعى للقسمة باعتبارها تصرفا كاشفا ، كتابنا أحكام حق الملكية سالف الذكر ، فقرة ١٥٧ ، ص ٥٢٨ - ٥٤٠) .

أو التدليس والاكراه والاستغلال ، وكان لها محل وسبب مشروع (م ١٣٥ و ١٣٦ مدني) .

وقد سبقت الإشارة الى ما كان لانصار المذهب الفردي من أثر في المغالاة في اطلاق مبدأ سلطان الارادة . ولكن لم تلبث هذه المغالاة أن تكشفت - أمام تطور الحياة الاقتصادية - عن نتائج ظالمة ، اذ صار مبدأ سلطان الارادة سلاحا في يد الأقوياء يتحكمون به في الضعفاء باسم حرية الارادة وسلطانها ، مما مهد لمغالاة عكسية من جانب المذهب الاجتماعي في اهدار سلطان الارادة أمام سلطان الجماعة والقانون تحقيقا للصالح العام . غير أنه اذا كانت المغالاة في اطلاق مبدأ سلطان الارادة ليست بالمقبولة ولا العادلة ، فكذلك المغالاة في اهداره ليست بالمأمونة العواقب . لذلك يتخذ المشرع المصري موقفا وسطا بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي في هذا الشأن ، فيقرر في الأصل مبدأ سلطان الارادة ، ثم يورد عليه من القيود ما يتوقى خطر اطلاقه دون أن ينتهي الى الفائه .

ولمبدأ سلطان الارادة وجهان متقابلان : كفاية الارادة لانشاء التصرف القانوني ، وقدرة الارادة واستقلالها بتحديد ما يترتب على التصرف من آثار قانونية ، فنعرض لكل من الوجهين وقيوده فيما يلي :

١ - كفاية الادارة لانشاء التصرف القانوني : مقتضى مبدأ سلطان الارادة أن مجرد الارادة وحدها تكفي لانشاء التصرف القانوني ، دون تشكيلات معينة تصحبها . ويعبر عن ذلك بقاعدة الرضائية ، وهي السائدة اليوم في القانون الحديث كأصل عام . ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة . فثم تصرفات قانونية يحتم المشرع لنشوتها وانعقادها افرانها في شكل معين من الأشكال (١) ، بحيث يترتب على تخلف هذا الشكل بطلان التصرف نفسه بطلانا مطلقا .

(١) لما تطلب شكل معين ، كالكتابة ، لاثبات التصرف القانوني - فلهذا في طبيعة كفاية على قدرة الارادة وكفايتها لانشاء التصرف القانوني ، اذ يقوم التصرف غير المكتوب وينتقد في مثل هذه الأحوال بعض الادارة المجردة من هذا الشكل ، وإن كان تخلف هذا الشكل يجعل اثبات التصرف مستحيلا اذا لم يتيسر اثباته بالافراد أو اليمين .

«ولكن اشتراط الشكلية لانعقاد التصرفات القانونية ليس في القانون الحديث ، على خلاف الحال في بعض الشرائع القديمة كالقانون الروماني ، الا مجرد استثناء من القاعدة الأصلية وهي قاعدة الرضائية » .

٢ - فكرة الإرادة على تحديد الآثار القانونية واستقلالها بذلك :

«مقتضى مبدأ سلطان الإرادة كذلك أن الإرادة المنشئة للتصرف القانوني قادرة في الأصل على تحديد ما يتولد عنه من آثار قانونية وأنها تستقل بهذا التحديد ، بحيث يجب تحديد هذه الآثار كما حددتها الإرادة دون تغيير أو تعديل » . ولكن اطلاق هذا الوجه من مبدأ سلطان الإرادة ليس متصورا . «فهناك من القيود الكثيرة ما يعتبر فرضه ضروريا لرفع التباين وتحقيق الوحدة في أمر نظام من الأنظمة الأساسية في الجماعة ، أو لكبح جماح انطلاق الإرادة في ترتيب الآثار القانونية والحد من تغليب الصالح الفردي على حساب الصالح العام ، أو لحماية الغير واستقرار المعاملات » .

فثم تصرفات قانونية ينعدم سلطان الإرادة في تحديد ما يتولد عنها من آثار قانونية ، بحيث يقتصر دورها على مجرد الإحالة في شأن هذا التحديد إلى نظام قانوني معين يستقل بفرضه القانون ، كما هو الشأن في التصرفات الشرطية كمقد الزواج .

وواضح ، الى جوار ذلك ، أن فكرة النظام العام والآداب تعتبر هي القيد الرئيسي الذي يرد على سلطان الاداة في ترتيب ما نشأ من آثار قانونية . «وقد كان من أثر تراجع المذهب الفردي في صورته المطلقة ، أمام تقدم وانتشار المذهب الاجتماعي ، ازدياد تدخل الجماعة في علاقات الأفراد كفالة للمصالح العام وتحقيقا للتوازن بين قوى الأفراد غير المتعادلة ، مما اتسع معه نطاق فكرة النظام العام اتساعا كبيرا قابله بالطبيعة انكماش ظاهر في مدى سلطان إرادة الأفراد في ترتيب الآثار القانونية ، بحيث بات كثير من التصرفات القانونية - كمقد العمل الفردي - أقرب الى التصرفات الموجهة التي يستقل القانون بتنظيم كل أو جل آثارها » .

وكذلك قانون وجوب التزام ما تحدده الإرادة من آثار قانونية وتنفيذ التصرفات القانونية على هذا النحو من التحديد دون تعديل ، لم يعد اليوم بالقاعدة المطلقة . بل تتجه بعض القوانين الحديثة نحو إعطاء القاضي سلطة واسعة في تعديل العقود وتغيير ما حددته الإرادة من شروط في أحوال معينة . وفي طليعة هذه القوانين التقنين المدني المصري الحالي ، الذي يعطي القاضي هذه السلطة الواسعة في حالة الظروف الطارئة وفي شأن عقود الاذعان .

فإذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى - وإن لم يصبح مستحيلا - صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي - تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين - أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول (م ١/١٤٧ مدنى) (١) .

وكذلك ففي شأن عقود الاذعان ، التى يمل فيها طرف على الطرف الآخر شروط التعاقد دون أن يقبل مناقشة فيها ، بالنظر الى احتكاره الخدمة أو السلعة محل التعاقد احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو سيطرته عليها سيطرة تحد كثيراً من المناقشة فى شأنها ، كالعقود التى يعقدها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه - يجوز للقاضي - اذا كانت هذه الشروط تعسفية أن يعدلها أو أن يعفى الطرف المدعى منها ، وذلك وفقاً لما تقتضى به العدالة (م ١٤٩ مدنى) .

وكذلك اذا كان الأصل هو قدرة الإرادة بذاتها على توليد ما تحدده من آثار قانونية ، فقد يخرج المشرع على ذلك فيعلق توليد هذه الآثار أو بعضها على وجوب اتخاذ اجراء من اجراءات الشهر والعلانية للتصرف القانونى حماية للغير واستقراراً للمعاملات . ومن ذلك أن المشرع يعلق انتاج التصرفات

(١) وتقتن نظرية الظروف الطارئة بنص صريح يدخلها فى نطاق القانون المدنى المحرى والمعاملات المدنية على هذا النحو المستحدث ، سبقه أخذ القضاء الإدارى المصرى بهذه النظرية داخل نطاق القانون الإدارى اتباعاً لنهج القضاء الإدارى الفرنسى .

القانونية لانشاء أو نقل أو تغيير أو زوال الحقوق العينية الأصلية العقارية -
سواء فيما بين ذوى الشأن أو بالنسبة الى الغير - على تسجيل هذه
التصرفات (م ٩ من قانون الشهر العقارى) ، كما يعلق انتاج التصرفات
القانونية المنشئة لحقوق عينية عقارية تبعية لاثرها من التتبع والافضلية فى
مواجهة الغير على قيدها (م ١٢ من قانون الشهر العقارى) .

الباب الرابع

استعمال الحق

٣٨٦ - استعمال الحق في تطوره من الاطلاق الى التقييد

قلنا ، عند التفرقة بين محل الحق ومضمونه (١) ، أن مضمون الحق هو تلك المكنات والسلطات التي يخولها الحق لصاحبه . فمضمون حق الملكية مثلا هو تلك السلطات التي يخولها هذا الحق للمالك من استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه . ومضمون حق القرض هو قدرته على مطالبة المقرض برد القرض في أجل المضروب . ومضمون حق المؤلف هو السلطات التي تثبت للمؤلف على مصنفه ، سواء كانت معنوية تعبر عن أبوته الفكرية أو مالية تنحصر في استقلال المصنف استقلالاً مالياً .

وهذه السلطات التي تكون مضمون الحق ، هي التي يستعملها صاحب الحق في سبيل التمتع بحقه . والأصل أن استعمال هذه السلطات ، بوجه عام ، يحميه القانون ويعصم صاحبه من المسؤولية عن نتائجه ، لأن الحق إنما يستند الى القانون ويستمد وجوده الوضعي منه بحيث يعتبر كل استعمال للحق من جانب صاحبه فعلاً مشروعاً ما دام يلتزم مضمون الحق وحدود نطاقه كما رسمها وعينها القانون .

ومن هنا ، كان السائد زمناً طويلاً أن صاحب الحق يتمتع بحصانة مطلقة في استعمال حقه ، بحيث لا يكون مسئولاً عما يهيب الغير من ضرر من جراء

(١) انظر سابقاً ، فقرة ٣٦٣ .

هذا الاستعمال . وقد أعان على ترويج الاعتقاد في هذه الحصانة المطلقة انتشار المذهب الفردى الذى يقوم فقهه فى أساسه على الفرد وحقوقه ولا يعترف بوجود القانون الا لتمكين الفرد من التمتع بحقوقه وكفالة هذا التمتع له . فالنظرة الى الفرد فى هذا المذهب كانت باعتباره السيد المطلق الذى تسخر الجماعة فى خدمته ، مما استتبع اعتباره صاحب سلطان مطلق فى استعمال حقوقه كما يشاء داخل النطاق المحدد لها دون رقيب أو حسيب .

غير أن المذهب الاجتماعى الذى يقوم فى أساسه على الجماعة وحقوقها لا على الفرد وحقوقه ، قد اتجه وجهة عكسية لوجهة المذهب الفردى فى هذا الصدد ، فذهب غلاة أنصاره الى انكار فكرة الحق واعتباره مجرد وظيفة اجتماعية لا تخلع على صاحبها امتيازاً بل تفرض عليه التزاماً الى حد القول بأنه « ليس لأحد من حق الا فعل واجبه » ، بحيث يكون صاحب الحق كالموظف موكلاً باستعمال هذه الوظيفة كما حددتها الجماعة بما يكفل تحقيق الصالح العام وهو الهدف الأساسى لكل مجتمع .

وظاهر ما يوجد من مغالاة من جانب كل من المذهبين فى النظرة الى الحق واستعماله ، فاسباغ حصانة مطلقة على صاحب الحق فى استعماله يجعل الحق فى يده أداة طيعة مشروعة للاضرار بغيره فى سبيل تحقيق أغراض غير مشروعة ، واعتبار الحق وظيفة اجتماعية خالصة يلغى فكرة الحق الغاء يمحو كيان الفرد واستقلاله .

من أجل ذلك ، يذهب آلفه الحديث والتشريعات الحديثة فى مجموعها مذهباً وسطاً بين النزعتين المتطرفتين ، يتخذ مظهره فى النظرية المعروفة باسم « نظرية التعسف فى استعمال الحق » . فهذه النظرية تقيم التوازن بين صالح الفرد وصالح الجماعة ، فلا تلغى فكرة الحق بتحويله الى وظيفة اجتماعية خالصة ، بل تعترف بالحق وبحرية صاحبه فى استعماله بما يعود عليه من نفع ، ولكنها تقيد هذه الحرية حتى لا تندفع بصاحب الحق الى تحقيق أغراض أو أهداف غير مشروعة ، فتضع رقابة على استعماله لحقه بما يضمن مشروعية هذا الاستعمال .

وبذلك تبدلت النظرة الى استعمال الحق فلم يعد هذا الاستعمال مطلقا متروكا الى محض تقدير صاحب الحق يمارسه لتحقيق أغراض غير مشروعة ، وانما أصبحت حماية القانون مبسطة على الاستعمال المشروع وحده . أما الاستعمال المنحرف الذي يحيد به صاحب الحق عن طريقه الطبيعي ويخلق من الحق في يده سلاحا يرفعه في وجه الجماعة وصالحها ، فلا يستأهل حماية القانون ، مما يحتم مساءلة صاحب الحق عما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال المنحرف غير المشروع أو منعه أصلا من الاقدام على مثل هذا الاستعمال . وبذلك استقر مبدأ رقابة الحقوق وتقييدها ، وأصبحت « نظرية التعسف في استعمال الحق » التي تعبر عن هذا المبدأ نظرية أساسية مستقرة كذلك . فنعرض لهذه النظرية فيما يلي .

فصل وحيد

نظرية التعسف (١) في استعمال الحق (٢)

La théorie de l'abus de droit

٣٨٧ - الأصول التاريخية للنظرية ، واستقرارها في القانون الحديث

إذا كانت نظرية التعسف في استعمال الحق قد كتب لها التبلور والاستقرار كنظرية عامة في العصر الحديث ، فلا يعني ذلك أنها نظرية مستحدثة لم تعرفها الشرائع القديمة ، بل الواقع أن جذورها تمتد إلى الماضي البعيد بحيث نجد أصولها التاريخية مرتدة إلى القانون الروماني والشرعة الإسلامية .

(١) تسمية هذه النظرية على هذا النحو هي التسمية السائدة - ولكن توجد تسميات أخرى قد تكون أظهر في الدلالة على ما تعنيه هذه النظرية - كما سنرى - من ارتكان استعمال الحق بفايته أو قيمته الاجتماعية ، مثل تسميتها بنظرية « روح الحقوق ونسبيتها » كما يفعل بعض الفقهاء الفرنسيين مثل « جوسران » - ولكننا آثرنا رغم ذلك الإبقاء على التسمية السائدة ، لأنها قد اكتسبت - بشيوعها وقدمها - حجية واستقرارا في الأذهان ليس من الصالح تعزيزه بتغيير الاصطلاح .

(٢) راجع في هذه النظرية بخاصة :

Porcherot, De l'abus de droit, thèse, Dijon, 1901. — Josserand, de l'abus des droits, 1905. — Bardesco, l'abus de droit, thèse, Paris, 1913. — Perrochet, Essai sur la théorie de l'abus du droit dans ses rapports avec la responsabilité pour actes illicites, thèse, Neuchâtel, 1920. — Campion, De l'exercice antisocial des droits subjectifs, La théorie de l'abus des droits, Bruxelles, 1925. — Markovitch, La théorie de l'abus des droits en droit comparé, thèse, Lyon, 1936. — Josserand, De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits, 2ème éd., 1939. — Hassan Kira, La théorie de l'abus de droit en droit français et en droit égyptien, thèse Paris, 1962, (dactylographiée).

أنور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ١٧ ، العدد الأول ، ص ٧١ - ١٣٦ . - حسين عامر ، نظرية سوء استعمال الحقوق ، ١٩٨٧ . - كتابنا أصول القانون ، فقرات ٣٩٩ - ٤١٦ ، ص ١٠٧٩ - ١١٦١ . - ودروسنا غير المطبوعة في « نظرية التعسف » في استعمال الحق لطلبة دبلوم الدراسات العليا للقانون الخاص بجامعة الإسكندرية عام ١٩٥٩/١٩٦٠ .

وتراجعت أمام انتصار النزعة الفردية على يد الثورة الفرنسية في أواخر القرن الثامن عشر . وكان طبيعياً أن يتأثر التقنين المدني الفرنسي الصادر غداة هذه الثورة في مطلع القرن الماضي بهذه النزعة وما تعلنه من فكرة سيادة الفرد وحرية الكاملة وبخاصة في استعمال حقوقه استعمالاً مطلقاً دون تعقيب عليه في ذلك من قبل القضاء .

ولا نعيد القول في انتقاد المذهب الفردي ولا فيما جره تطبيقه من نتائج مظلمة كثيرة ، فقد فصلنا ذلك من قبل . وإنما يكتفي في هذا المقام أن تكاثر الهجوم على المذهب الفردي وابتداء ظهور الدعوة للمذهب الاجتماعي ، لم يلبث أن حمل القضاء الفرنسي منذ أواسط القرن الماضي - رغم عبارات النصوص المشبعة بروح الفردية ومعنى إطلاق الحقوق - على فرض رقابته على استعمال الحقوق ، وعلى مواصلة السير في طريق هذه الرقابة والتوسعة فيها ، مما انتهى في مطلع القرن الحالي - بمعونة الفقه وتأصيله - إلى إحياء ما اندثر من فكرة التعسف في استعمال الحق ، واستخلاص نظرية عامة كاملة وواسعة لها تجاوز النطاق المحدود الذي كانت عليه في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم . ولم يلبث المشرع الفرنسي أن اعتنق نظرية التعسف ، إن لم يكن جنس يفرض مبدأ عاماً ، ففي الأقل بنصوص تتضمن تطبيقات خاصة (١) لمثل هذا المبدأ الذي جرى عليه القضاء وأصله الفقه من قبل .

ثم اطرء واستقر الأخذ بنظرية عامة للتعسف في استعمال الحق في كثير من القوانين الحديثة ، سواء باجتهادات قضائية جريئة أو بنصوص تشريعية صريحة . ومن بين هذه القوانين القانون الألماني والسويسري والسوفيتي (٢) واللبناني (٣) والمصري .

(١) انظر في ذلك :

Mazeaud, op., cit., t. I, No. 558.

(٢) انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ١٠٨٦ .

(٣) انظر كتابنا للدخل إلى القانون وبخاصة القانون اللبناني والمصري ، بيروت ، ١٩٦٧ .
ص ٨٨٥ و ٨٨٦ و ٩٠٠ و ٩٠١ و ٩٠٧ - ٩١١ .

ففى القانون المصرى ، ورغم عدم اشتمال التقنين المدنى القديم الا على بضعة نصوص قليلة تأخذ بتطبيقات فردية لنظرية التعسف ، لم يتردد القضاء المصرى حينئذ فى اعتناق هذه النظرية والتوسع فى تطبيقها ، والسير بذلك فى الطريق الذى اختطفه الفقه الاسلامى منذ قديم واتبعه القضاء والفقه الفرنسى فى العصر الحديث . لذلك عنى التقنين المدنى الحالى بتقنين مسلك القضاء المصرى فى هذا الصدد وتقرير نظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق أحلها مكانا بارزا بين نصوصه التمهيدية ، فنص فى المادة الرابعة على أن « من استعمال حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر » . وعرض فى المادة الخامسة لضوابط التعسف ومعايره التى تجعل استعمال الحق غير مشروع ، فنص على أن « يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية : (أ) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير (ب) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها » (ج) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة » .

ولم يكتف المشرع المصرى بتقرير نظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق على هذا النحو ، بل جرى كذلك على النص على تطبيقات خاصة لها متعددة (١) .

٣٨٨ - منهج البحث

يثير البحث فى نظرية التعسف فى استعمال الحق اول ما يثير مشكلة تحديد ماهية التعسف وتأصيله ، حتى يمكن على هدى ذلك تمييز فكرة التعسف عما قد يشتبه بها من أفكار أخرى وتحديد موضوع نظرية التعسف ومدى تبعيتها لنظرية المسئولية التقصيرية أو استقلالها عنها . فاذا فرغنا من

(١) فمن ذلك نصه على أنه « اذا فسخ (عقد العمل) بتصرف من أحد المتعاقدين ، كان للمتعاقد الآخر .. الحق فى توضيح ما أصابه من ضرر .. » (م ٢/٦٩٥ مدنى) . وعن أنه « .. ليس لمالك الحائط أن يهضمه مختاراً دون عذر قوى ، ان كان هذا يضر الجار الذى يستتر .. ملكه بالحائط » (م ٢/٨١٨ مدنى) .

فالقانون الروماني ، وإن لم يتبن نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق ، إلا أن من المؤكد أنه قد عرف - في صدد بعض الحقوق - فكرة التعسف في صورتها البدائية الضيقة وهي صورة تعمد الاضرار بالغير (١) . والشريعة الإسلامية مكنت لفكرة التعسف في استعمال الحق (٢) وأعطتها أوسع تصوير ممكن وصلت إليه الشرائع والمذاهب الفقهية الحديثة . فالحقوق في نظر فقهاء هذه الشريعة ليست إلا منحة من الله وهو المشرع الأسمى ، يمنحها لعباده من أفراد الناس لتحقيق غاية معينة ، بحيث يبدو طبيعيا وجوب استعمال الحقوق وفق هذه الغاية . ولذلك لم تنحصر فكرة التعسف عند فقهاء الشريعة الإسلامية في صورة تعمد الاضرار بالغير على النحو الذي كانت عليه في القانون الروماني ، بل اتسعت لتشمل صوراً أخرى : كتخلف المصلحة عند صاحب الحق ، والضرر العام ، والضرر الفاحش الذي ينجم عن استعمال الحق (٣) .

وقد أتيح لفكرة التعسف في استعمال الحق أن تنتقل من القانون الروماني إلى القانون الفرنسي القديم ولكن على نحو أكثر اتساعاً ، إذ أصبح التعسف متحققاً - لا باستعمال الحق بنية الاضرار وحسب - بل كذلك باستعماله دون مصلحة لصاحبه (٤) . ولكن هذه الفكرة لم تلبث أن انتكست

(١) في هذا المعنى :

Perrochet, thèse précitée, p. 59. — Mazeaud, *Traité de la responsabilité*, t. I, No. 585. — Notre thèse précitée, p. 4.

كتابنا سالف الذكر ، ص ١٠٨١ .

(٢) راجع ، بخاصة ، في فكرة التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية .
Fathy, *La doctrine musulmane de l'abus des droits*, thèse Lyon, 1913.
السعيد مصطفى السعيد ، في مدى استعمال حقوق الزوجية وما تنقيد به في الشريعة الإسلامية والقانون المصري الحديث (دراسة في نظرية سوء استعمال الحقوق) ، رسالة من القاهرة ، ١٩٣٦ ، وبخاصة ، ص ٢٤ - ٤٢ . - صبحي محبصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، الجزء الأول ، ١٩٤٨ ، ص ٤١ - ٥٣ .

(٣) Fathy, thèse précitée, Nos. 153 et 9.

(٤) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 585. — Planiol, Ripert et Esmein, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, 2e éd., 1902, No. 573.

ذلك ، تعين الوقوف على معايير التعسف وضوابطه • ثم ينبغي بعد ذلك تحديد محل التعسف تحديدا دقيقا يحصر نظرية التعسف في نطاقها الحقيقي وينأى بها عن كل تضخم وهمي دخيل عليها • ويبقى بعد ذلك الكلام في اثبات التعسف وفي جزائه •

المبحث الأول

تأصيل التعسف وموضع نظريته^١

٣٨٩ - الربط بين التعسف والخطأ داخل دائرة المسؤولية التقصيرية -

مناقشة هذا الاتجاه ورفضه

يرد الاتجاه السائد عند جمهور الفقهاء الى اليوم « التعسف » الى فكرة الخطأ ، ويستبقى على هذا الأساس نظرية التعسف في استعمال الحق داخل دائرة المسؤولية التقصيرية^(١) • ولكن أنصار هذا الاتجاه تتفرق بهم المذاهب في سبيل تبرير ذلك على النحو الذى نعرضه ونناقشه فيما يلي :

(١) مذهب التسوية بين « التعسف في استعمال الحق » وبين « مجاوزة

الحق » : ظهر الخلط بين فكرة « التعسف في استعمال الحق » ، l'abus de droit وبين فكرة « مجاوزة الحق أو الخروج عنه » ، le dépassement de droit ، منذ حاول جانب من الفقه الفرنسى فى مطلع القرن الحالى تأييد مسلك القضاء الفرنسى فى محاربة الاستعمال التعسفى للحقوق عن طريق تطويع النصوص القائمة فى المسؤولية التقصيرية لتقبل واستيعاب فكرة التعسف • وكان أيسر سبيل الى ذلك هو القول بأن فكرة التعسف ليست بالفكرة الجديدة أو المستقلة التى تحتاج فى تقريرها أو تأكيدها الى نصوص قانونية جديدة تضيف أو تعدل فى النصوص القائمة ، لأن التعسف فى

(١) وهى المسؤولية التى تتحقق فى جانب من يرتكب خطأ يسبب ضررا للغير ، وتزعمه

بتمريضه (م ١٦٣ مدنى مصرى) •

«استعمال الحق ليس إلا خروجاً عنه ، والخروج عن الحق عمل غير مشروع
(acte illicite) يندرج - دون جدال - تحت أحكام المسؤولية التقصيرية
التقليدية .

وقد تزعم هذا المذهب ودافع عنه ببراعة الفقيه الفرنسى الكبير «بلانيول»
(Planiol) . ومنطقه فى ذلك أن الحق ينتهى حين يبدأ التعسف ، فلا يوجد
ثم استعمال تعسفى لحق ما ، لذلك السبب البديهى من أن نفس الفعل لا يمكن
أن يكون فى آن واحد موافقاً للقانون ومخالفاً له . فإذا كان هناك تعسف
فى سلوك الأفراد ، فلا يكون ذلك حينما يستعملون حقوقهم وإنما حين
يجاوزونها أو يخرجون عنها . اذ الحقوق ليست مطلقة ، بل هى مقيدة فى
أغلبها بحدود تحد من نطاقها وشروط تقيد من استعمالها ، والخروج عن هذه
الحدود أو عدم مراعاة تلك الشروط معناه العمل دون حق (١) .

ولكن منطق هذا المذهب ، رغم وجاهته البادية ، منطق شكلى يتلاعب
بوحدة اصطلاح « الحق » و « القانون » فى اللغة الفرنسية (٢) ، ليظهر تناقضاً
منطقياً بين اعتبار الفعل التعسفى مخالفاً للقانون واستمرار اعتباره داخلاً فى
حدود الحق واستعمالاً له . وما من شك فى أن الفعل الواحد يستحيل أن
يكون موافقاً للقانون ومخالفاً له فى نفس الوقت . ولكن ليس ما يمنع من أن
يكون الفعل الواحد موافقاً لحق من الحقوق لأنه يدخل فى نطاقه ومضمونه ،
ومخالفاً فى آن واحد للقانون فى مجموعه (٣) ، وهذا هو جوهر فكرة التعسف
فى استعمال الحق ومعناها .

ففكرة التعسف إنما تفترض وجود فعل يدخل فى حدود مضمون الحق
فيكون مشروعاً فى ذاته لأنه سلطة من السلطات التى يخولها الحق لصاحبه ،
ولكنه ينقلب معيباً أو غير مشروع لانحراف فى غرضه أو نتيجته . والتعسف

(١) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. II, 10e. éd. 1962, No. 871.

(٢) وهو اصطلاح Le droit

Jousserand, op. cit., No. 245. (٣)

على هذا النحو ، يتميز تميزا واضحا عن مجاوزة الحق أو الخروج عنه ، الذي يفترض بداهة عملا يجاوز حدود مضمون الحق فلا يعتبر بحال من الأحوال مشروعا في ذاته . فالفارق اذن ظاهر بين العمل التعسفي وبين العمل المجاوز للحق ، اذ بينما يكون الأول مشروعا في ذاته ولكنه معيب في غرضه أو نتيجته ، يكون الثاني غير مشروع في ذاته أصلا . فالمالك الذي يجور على ملك جاره ويبني فيه ، انما يأتي عملا مجاوزا لحقه وخارجا عن حدود مضمونه ، فيكون عمله غير مشروع في ذاته . بينما المالك الذي يبني جدارا في ملكه ولكنه يرتفع بالجدار ارتفاعا شاهقا لمجرد الاضرار بجاره ومنع الضوء والهواء عنه ، انما يتعسف في استعمال حق ملكيته دون أن يجاوز حدود هذا الحق بحال من الأحوال ، لأن حقه يخول له البناء في ملكه ، فمجرد بنائه فيه يعتبر عملا مشروعا في ذاته لأنه داخل في حدود مضمون حقه ، ولكنه يعتبر تعسفا رغم ذلك لما يشوبه من عيب وانحراف في غرضه مآتاه مجرد الرغبة في استخدام هذه السلطة المشروعة التي يخولها له حقه في الاضرار بغيره .

وعلى هذا النحو ، يجب التمييز بين صورة « الخروج عن الحق » وصورة « التعسف في استعمال الحق » . فالمشكلة التي تثيرها الصورة الأولى انما تتعلق بمضمون الحق ، فيكون الفعل المجاوز للحق فعلا غير مشروع في ذاته ، بحيث يتوجه التحريم أو الجزاء اليه ذاتيا ويمتنع الاتيان به امتناعا مطلقا . بينما المشكلة التي تثيرها الصورة الثانية تتعلق بغاية الحق لا بمضمونه ، فلا يتصرف عدم المشروعية الى ذات الفعل التعسفي وانما الى غرضه ، بحيث يتوجه التحريم أو الجزاء الى غرضه المنحرف فحسب دون مساس بمضمون الحق أو السلطة الواردة عليها التعسف . ولذلك يظل لصاحب الحق - رغم الحكم بالجزاء على فعله المكون للتعسف - القدرة على معاودة ذات الفعل دون خطر التعرض للجزاء ، طالما يبتغي به حيثث غرضاً غير مشوب (١) . وما دامت فكرة التعسف لا تمس مضمون الحق وانما تمس غايته ، فمن غير المقبول اذن القول بأن تحريم الأغراض المنحرفة في استعمال الحق يضيف حدا جديدا الى حدود الحق

(١) انظر في تفصيل ذلك :

المادية الأصلية بحيث يعتبر خرقه كخرقها خروجاً عن الحق ، اذ حدود الحق إنما تنصرف الى مضمونه وسلطاته وهما لا يتغيران بفرض رقابة على أغراض استعماله^(١) .

وعلى أى حال فقد بات مستقراً اليوم عند جمهور الفقهاء^(٢) التمييز بين التصسف في استعمال الحق ، وبين « الخروج عن الحق أو مجاوزة الحق » ، ولذلك اذا أريد استبقاء فكرة التصسف في نطاق المسئولية التقصيرية ، فينبغي البحث عن أساس آخر غير الزعم باعتبار التصسف خروجاً عن الحق أو مجاوزة له .

(٢) مذهب التسوية بين التصسف وبين الخطأ التقصيري : يرى هذا المذهب في التصسف في استعمال الحق تطبيقاً عادياً من تطبيقات الخطأ المولد للمسئولية التقصيرية^(٣) . ذلك أنه اذا كان الخطأ في المفهوم الحديث انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادي ، فهو متصور في استعمال الحقوق تصوره في ممارسة الرخص العامة على السواء . واذا كانت هذه الحقيقة قد حجبها ما كان سائداً في القرن الماضي من مبدأ اطلاق الحقوق ،

(١) Notre thèse précitée, pp. 178, 179.

(٢) انظر بخاصة :

Porcheret, thèse précitée, p. 106. — Bonbecase, op. cit., t. III, Nos. 226, 227. — Jousserand, op. cit., Nos. 245-247, 261. — Rouast, Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, Rev. trim. de droit civil, 1944, pp. 1 et s.v.p. 4, No. 5. — Dabin, pp. 271, 285. — Notre thèse précitée, pp. 172-183.

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٥٤٤ و ٥٥٦ . - أنور منسلطان ، مقالة السابقة ، ص ٩٩ .

(٣) انظر ، بخاصة ، في الاخذ بهذا المذهب :

Jannot, De la responsabilité civile par suite de l'abus du droit, thèse, Dijon, 1908, p. 140. — Mazeaud, Traité de la responsabilité, t. I, Nos. 563, 564, 576 - 581. — Colin, Capitant et De La Morandière, t. II, No. 234.

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٥٥٢ و ٥٥٧ و ٥٥٩ . - أحمد حبيب أبو ستيت ، نظرية الالتزام ، ج ١ ، ١٩٥٥ ، فقرات ٤٢٢ - ٤٤٤ . - عبد النعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٨ ، فقرات ٤٢٥ - ٤٤٥ . - اسماعيل غانم ، ص ١٦٤ - ١٦٧ .

فلم يعد ثم ما يمنح اليوم من اعلانها وتأكيدهما ، بعد أن اندثر هذا المبدأ وبات من المسلم فرض رقابة على استعمال الحقوق . فارتفع بذلك التناقض المنطقي المزعوم بين الخطأ وبين استعمال الحق .

وإذا كان من غير المنكور ما يمتاز به هذا المذهب من وضوح ، وما يحققه من وحدة أحكام المسئولية الناشئة عن ممارسة الرخص العامة وتلك الناشئة عن استعمال الحقوق ، وما ييسره من أمر تحديد معيار التعسف بالاكْتِفَاء برده الى معيار الخطأ التقصيري المعروف وهو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي ، الا أن كل هذه الميزات من الوضوح والتحديد والتيسير انما تتحقق على حساب فكرة الحق وفكرة الخطأ نفسها .

فمركز صاحب الحق في استعمال حقه ، ينبغي ألا يسوى بمركز الشخص في ممارسة رخصة من الرخص العامة ، حتى يقال ان التعسف في الصورة الأولى هو ذات الخطأ في الصورة الثانية . ففي مجال الحريات أو الرخص العامة حيث يقف الجميع على قدم المساواة ويستعملون نفس الحريات والرخص في نفس الوقت ، لا يحتاج الأمر إلا الى التنسيق في هذا الاستعمال الجماعي المتعاصر ، وهو ما لا يتحقق الا بالتزام كل فرد قبل الآخرين بالعمل بتبصر ويقظة وحيلة حتى لا يحد ما لهم من نفس الحريات الماثلة . أما في مجال الحقوق ، حيث صاحب الحق ذو مركز ممتاز بالنسبة الى الباقين لما يختص به القانون على محل معين من سلطة استثنائية يملكها دون غيره ، فيجب التأكد من أن هذه السلطة سوف تستخدم لتحقيق الغاية المعطى من أجلها الحق لا لمناقضتها ، وهو ما يقتضى قياس مسلك صاحب الحق في استعمال حقه وفق هذه الغاية المعينة لا وفق فكرة الحيلة أو اليقظة العامة ، مما يعنى امكان توافر التعسف كلما انحرف صاحب الحق في استعماله عن غايته حتى ولو لم يكن قد أخل بواجب الحيلة واليقظة العادية ذلك الاخلال الذى يكون الخطأ فى المعنى الفنى الدقيق . وبذلك يوجد التعسف ولو لم يتوافر له مقومات الخطأ . فلا يبنى إذن عن صاحب الحق شيئاً ما قد يتخذ في استعمال حقه من حيلة وتبصر ويقظة تنفى عنه الخطأ اذا كان بهذا الاستعمال يناقض غاية الحق . وعلى هدى ذلك ، يتوافر لفكرة « التعسف »

أساس ووجود مستقل عن فكرة « الخطأ » وبمعزل عنها ، فبينما يعني « التعسف » تخلف غاية الحق أو مناقضتها ، يعني « الخطأ » الانحراف عن السلوك المألوف (١) . والقول باعتبار التعسف تطبيقاً من تطبيقات الخطأ ، يتجامل ما للحق من غاية يجب الاعتداد بها في وزن استعماله ، ويقحم على الخطأ فكرة لا تدخل في مدلوله الدقيق .

واستقلال فكرة التعسف عن فكرة الخطأ أمر يحتمه كذلك كون التعسف — فيما يولده من مسئولية صاحب الحق — انما يولدها داخل دائرة المشروعية ورغمما عنها ، بينما يولد الخطأ المسئولية خارج دائرة المشروعية أصلاً (٢) . والقول بتسوية التعسف بالخطأ يتنافى كذلك مع تمييز أصحابه (٣) في نفس الوقت بين « التعسف في استعمال الحق » وبين « مجاوزة الحق » ، اذ ما فائدة مثل هذا التمييز اذا كانت نهاية المطاف هي تسوية صورة « التعسف » بصورة « المجاوزة » في التوافر على معنى الخطأ ؟ . وألا يفرض منطق التمييز بينهما رد المسئولية الناشئة عنهما الى مصدرين مختلفين ؟

(٣) مذهب اعتبار التعسف نوعاً متميزاً من الخطأ : حاول جانب من الفقه (٤) تأصيل التعسف على نحو أقل استهدافاً للنقد من التأصيل السابق ولكن دون الخروج به من دائرة المسئولية التقصيرية ، فاعتبروا التعسف نوعاً متميزاً من الخطأ أو خطأ ذا طبيعة خاصة (sui generis) يستقل من حيث المناط والنطاق عن الخطأ العادي التقليدي ، اذ هو خطأ يرتفع بروح الحق وغايته الاجتماعية (٥) ، وهو ما يخرج به من مدلول الخطأ العادي ويثير

(١) Notre thèse précitée, pp. 186, 187.

(٢) Notre thèse précitée, pp. 187, 188.

(٣) انظر بخاصة :

Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 550, 551.

(٤) انظر بخاصة :

César-Bru et Morin, La faute, le risque et l'abus du droit, Annales des Facultés de droit et des lettres d'Aix, 1908, t. II, pp. 63 et s. — Demogue, Traité des obligations en général, t. IV, Nos. 678, 686. — Josseland, op. cit., Nos. 280 - 282, 288.

Josseland, op. cit., No. 281, pp. 359, 360; No. 286, pp. 405, 406.

مشكلة ضمير جماعي لا مشكلة ضمير فردى كالحطأ التقليدي^(١) ، فهو اذن حطأ خاص أو « حطأ اجتماعي » ، (faute sociale) يتحقق بالانحراف عن غاية الحق الاجتماعية .

ويجب الاعتراف بأن هذا المذهب يمثل خطوة تقدمية بالنسبة الى مذهب تسوية التعسف بالحطأ العادى ، اذ يؤصل التعسف على نحو أكثر احاطة بحقيقة مدلوله وصلته بغاية الحق ، ولكن عيبه الأساسى ينحصر فى توقفه فى منتصف الطريق وقعوده عن الوصول الى النتيجة الحتمية التى يقود اليها منطق مقدمته . ذلك أنه اذا كانت فكرة الحطأ بمعناه التقليدى قاصرة فى نظر هذا المذهب عن الاحاطة بفكرة التعسف ، لارتباط هذه الفكرة الأخيرة بغاية الحق التى يخرج البحث فيها عن نطاق فكرة الحطأ العادى ، فلا يوجد أى معنى للتشبيث بفكرة الحطأ ومحاولة ابتداع نوع متميز منه للدلالة على ما تعنيه فكرة التعسف . وليس من فائدة تعود من القول بازدواج الحطأ على هذا النحو فى نطاق نفس المسئولية . فيصبح من الواجب اذن اطراح فكرة الحطأ والخروج من دائرة المسئولية التقصيرية للبحث خارجها عن أساس مستقل للتعسف^(٢) .

٣٩٠ - ارتباط التعسف بفكرة الحق ، واستقلاله بنظرية عمامة خارج دائرة المسئولية التقصيرية

ينبغى ، للوصول الى تأصيل صحيح لفكرة التعسف فى استعمال الحق وتحديد سليم للموضع الطبيعى لنظرية التعسف ، اطراح الظروف التى صاحبت فى القانون الحديث ظهور فكرة التعسف ، وفرضت نفسها من قبل أى تدخل تشريعى على الفقه والقضاء لاعطاء التعسف تأصيل الحطأ واستبقائه داخل المسئولية التقصيرية .

(١) César-Bru et Morin, article précité, p. 199.

(٢) Notre thèse précitée, pp. 196 - 198.

ذلك أن اطراح النزعة الفردية بما كانت تستتبعه من مبدأ حصانة صاحب الحق في استعمال حقه ، اضطرت الفقه والقضاء أمام خلو التشريع في أول الأمر من نص يقرر كمبدأ عام مساءلة أصحاب الحقوق عن انحرافهم عن استعمالها - إلى التماس أساس مقبول ومسلم من صلب نصوص التشريع القائم لفرض رقابة على استعمال الحقوق . ولم يكن ثم أفضل ولا أقرب في هذا الشأن من الاستناد إلى النصوص المقررة للمسئولية التقصيرية ، واعتبار التعسف ضربا من الخطأ العادي - سواء بالنظر إلى التعسف كخروج عن الحق أو غير خروج عنه - أو نوعا خاصا من الخطأ قائما بذاته . وبذلك لم يكن الاستناد حينئذ إلى الخطأ لتبرير تعقب التعسف في استعمال الحق ومنعه إلا مجرد تبرير مرحلي ، يحجب الثورة على الأصول القانونية التقليدية في غيبة النص التشريعي على مبدأ عدم التعسف . أما وقد دخلت القانون الحديث اليوم نصوص تشريعية تعلن هذا المبدأ بما يجعل منه أصلا من الأصول القانونية المقررة ، فقد أصبح من الواجب تخطي هذه المرحلة وامعان النظر في جوهر لفكرة التعسف وحقيقتها .

والواقع أن فكرة التعسف ترتبط أساسا بفكرة الحق وما يمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها لفساية معينة ، إذ بذلك ترتفع حماية القانون للحق وصاحبه بالتزام هذه الغاية وترفع بالانحراف عنها . ذلك أن الحقوق - بما تخول من سلطات استثنائية معينة لبعض الأشخاص دون بعض أو على حساب بعض ، وبما تؤدي إليه من وضع الأفراد في مراكز غير متساوية قبل بعضهم البعض - لا يتصور أن تكون مقررة بوصفها غاية في ذاتها وإنما بوصفها وسيلة لإدراك غاية معينة . وهو ما يرهنها - بوصفها تمثل قيمة اجتماعية يحميها القانون - بتحقيق هذه الغاية أو عدم مجافاتها ، بحيث تظل حماية القانون مبسوطة عليها أو ترتفع عنها بحسب مدى مطابقة استعمالها أو مناقضته لغايتها . وبذلك يتفرع عن اعتبار الحقوق وسائل لا غايات اعتبارها من حيث الاستعمال نسبية لا مطلقة ، وهو ما يقتضي إخضاع استعمالها لرقابة القضاء بما يضمن منع التعسف فيه بالخروج به عن غاياتها . ولذلك فإن « التعسف » يتوافر إذا انحرف

صاحب الحق في استعماله عن غايته ، حتى ولو لم يكن قد اخل بواجب الحيلة واليقظة العادية ذلك الاخلال الذي يكون الخطأ في المعنى الدقيق ، وهو ما يفهم بين « التعسف » و « الخطأ » ويخرجه بالتالي من دائرة المسؤولية التقصيرية ليستوى مبدأ عاما ونظرية أساسية ملازمة وداخلة في النظرية العامة للحق .

ولذلك تبدو فكرة التعسف متعلقة أساسا بتصوير الحق ، اذ هي في حقيقتها وزن لاستعماله على ضوء غايته ، مما يجعلها فكرة ملازمة ومكملة لفكرة الحق ، بحيث لا يستقيم النظر اليها بمعزل عنها ولا تكتمل صياغة نظرية عامة للحق دونها . بل ان فكرة التعسف تصبح في الواقع هي التصحيح أو التقويم اللازم لفكرة الحق . فبدونها وبدون ما تحققه من رقابة على استعمال الحقوق ، تبدو فكرة الحق - بما تعنيه من امتياز واستثناء - أهلا لا تعرضت له من انكار^(١) . وبفضل فكرة التعسف ، نستطيع تأكيد استبقاء فكرة الحق كفكرة أساسية في النظام القانوني ، دون حاجة الى الفائتها أو تحويلها - كما يقترح البعض - الى فكرة واجب ووظيفة اجتماعية خالصة^(٢) .

ومن ناحية أخرى ، فالمشكلة التي تثيرها فكرة « التعسف » مشكلة أولية سابقة على مشكلة المسؤولية^(٣) لا يتصور التماس حلها الا على ضوء حقيقة الحق وجوهره وبالتالي في ظل نظريته العامة وحدها . ذلك أن حل مشكلة التعسف يقتضي الاختيار أولا بين الاطلاق أو النسبية في استعمال الحقوق . ثم يقتضى - اذا وقع الاختيار على النسبية - تحديد مداها ومدى رقابة الحقوق ، وهو ما لا يتصور تحقيقه داخل إطار المسؤولية التقصيرية أو استخلاصه من مبادئها وقواعدها . بل يرتفع ذلك بفكرة الحق ودوره أو

(١) Saleilles, De la personnalité juridique, 2e. éd. 1922, p. 547.

(٢) Notre thèse précitée, p. 234.

وانظر كذلك سابقا ، ص ٤٣٠ .

(٣) في هذا المعنى :

Ripeft, La règle morale dans les obligations civiles, 4e. éd. 1949, No. 34.

وظيفته ، وبفكرة العدل ومدلوله ، وبالنظرة الى القانون وغايته من الفردية أو الاجتماعية أو من التوازن بين النزعتين ، وكل هذه مسائل تخرج - كما هو ظاهر - عن نطاق المسؤولية (١) .

وإذا حست مشكلة التعسف أوليا على هذا النحو ، فليس من الحتم أن تثور بعد ذلك دائما مشكلة المسؤولية . فقد يحرم صاحب الحق من استعماله على نحو تعسفي ابتداء ، وهو ما يمنع وقوع الضرر أصلا ويتفادى بالتالي قيام مشكلة المسؤولية . ففكرة التعسف إذن تجاوز فكرة المسؤولية في اقتصرها على رفع الضرر الواقع أو التعويض عنه ، فتحقق كذلك فكرة التوقي من الضرر بمنع وقوعه أصلا عن طريق حرمان صاحب الحق ابتداء من استعمال حقه استعمال تعسفيا (٢) . فكتيرا ما يحتاج صاحب الحق الى الالتجاء الى القضاء مطالبا بالاعتراف بحقه وحمايته وتمكينه من استعماله على نحو معين ، وهنا لا يكفي لاجابة طلبه أن يتأكد القاضى من وجود الحق المدعى فحسب ، بل يجب أن يتحقق كذلك من أن الاستعمال المرجو منه لا يحمل معنى التعسف . وفي حالة التعسف ، يكتفى برفض طلب صاحب الحق ، وهو ما يمنع من وقوع الاستعمال التعسفي أصلا ، فلا تثور حينئذ مشكلة مسؤولية بل يمنع ذلك فى الواقع قيامها من بعد (٣) .

وعلى هذا النحو ، تقوم فكرة التعسف فى استعمال الحق بدور وقائى (٤)

(١) Notre thèse précitée, pp. 235, 236.

(٢) فى هذا المعنى :

Ripert, *Ibid.* — Dabin, *op. cit.*, p. 303. — Notre thèse précitée, pp. 236 - 240.

(٣) راجع فى تفصيل ذلك :

Notre thèse précitée, pp. 237 et s.

(٤) من الأمثلة فى القانون المصرى على هذا الدور الوقائى ما سبقت الإشارة اليه من أن قانون حماية حق المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ يعلق استعمال المؤلف ما يحوله حقه من سلطة سحب مصنفه من التداول أو ادخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه فى حقوق الاستغلال المانى على موافقة المحكمة (انظر سابقا ، ص ٤٧٧) مما يجعل للقضاء رقابة مبتدأة على استعمال هاتين السلطتين يملك بمقتضاها - عند تخلف المبرر المشروع وتبين التعسف من جانب المؤلف - رفض الإذن له فى الاقدام على مثل هذا الاستعمال . وكذلك لأن ما ينص عليه التقنين المدنى من أنه =

ودور علاجي على السواء ، بما تفرض على استعمال الحق من رقابة سابقة أو لاحقة بحسب الأحوال . وفي ذلك ما يبرر - بالنظر الى اتساع دورها على هذا النحو اتساعا يجاوز ما تقتصر عليه فكرة المسؤولية من دور علاجي فحسب - استقلال فكرة التعسف بكيان ذاتي خارج نطاق المسؤولية التقصيرية .

وبذلك يخلص من كل ما تقدم أن فكرة التعسف فكرة ملازمة ومكملة لفكرة الحق ، وأنها تثير مشكلة أولية سابقة على مشكلة المسؤولية ، وتجاوز في دورها وجزائها الدور والجزاء التعويضي البحت الذي تقتصر عليه فكرة المسؤولية ، وأنها لكل أولئك يجب أن تتوافر على كيان ذاتي خارج دائرة المسؤولية التقصيرية ، لتصبح نظرية مستقلة تجد مكانها الطبيعي في نطاق النظرية العامة للحق .

وكثير من القوانين الحديثة التي تأخذ صراحة بنظرية عامة للتعسف في استعمال الحق - كالتقنين المدني السويسري والتقنين المدني السوفييتي^(١) والتقنين المدني المصري^(٢) - يؤيد هذا النظر من اعتبار هذه النظرية نظرية مستقلة ذات كيان ذاتي لا مجرد تطبيق من تطبيقات الخطأ أو المسؤولية . وهذا ظاهر من حرصها على وضع هذه النظرية بين نصوصها التمهيدية

= إذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي . : كان ذلك ، لا يلحق بالدائن ضررا جسيما » (م ٢/٣٠٢ مدني) ، يعني أنه إذا تصف الدائن في اقتضاء ما له من حق في التنفيذ العيني لغیر مصلحة جدية ، منع من ذلك وأجبر على قبول التعويض النقدي (- أنظر في ذلك : اسماعيل غانم ، ص ١٦٥) .

(١) أنظر في نصوص هذين التقنينين : كتابنا سالف الذكر ، ص ١٠٨٦ .

(٢) أنظر في تأكيد المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لهذا التقنين استقلال نظرية التعسف عن النظرية العامة للمسؤولية التقصيرية : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ١ ، ص ٢٠٧ ، ج ٢ ، ص ٣٥٠ و ٣٥١ .

ولكن أنظر عكس ذلك: عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٥٥٧ و ٥٦٤ . - جميل الشرقاوى ، ص ٢٤٦ . - عبد المنعم البدرأوى ، فقرة ٥٥٤ ، ص ٨١٦ . - عبد المم خرج الصفة ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٨ ، فقرة ٤٢٨ .

لا ضمن النصوص الخاصة بالمسئولية التصيرية (١) .

المبحث الثاني

معايير التعسف وضوابطه

٣٩١ - أصول ووسائل تحديد معيار التعسف

يثير تحديد معيار التعسف مشكلتين رئيسيتين : الأولى تتعلق بالأصول التي تحكم هذا التحديد ، والثانية تتعلق بالوسائل أو الأدوات الفنية التي تعبر عن هذه الأصول وتحققها .

(١) أصول تحديد معيار التعسف : تتعين الأصول التي تحكم تحديد معيار التعسف على ضوء تأصيل التعسف وتكييفه من ناحية ، وعلى ضوء نظرية التعسف ووظيفتها من ناحية ثانية . وقد رأينا أن تأصيل التعسف يقوم أساسا على الربط بين فكرة التعسف وبين فكرة الحق ، باعتبار مشكلة التعسف في حقيقتها مشكلة تحديد مدى استعمال الحق . وفي هذا الصدد تبدو أهمية دور نظرية التعسف ووظيفتها في تحديد معياره .

وقد ذهب بعض الفقهاء الى قصر دور نظرية التعسف على مجرد دور أخلاقي تشيع به الروح الأخلاقية السامية في استعمال الحقوق (٢) ، وهو ما تآدى بهم الى التضيق في مدلول التعسف الى حد حصر معياره في نية

(١) رغم أن جمهور الفقه الفرنسي ما زال يستمسك - مؤيدا في ذلك القضاء - باعتبار «التعسف تطبيقا عاديا أو خاصا لفكرة الخطأ ويستبقى بذلك نظرية التعسف في استعمال الحق داخل نطاق النظرية العامة للمسئولية التصيرية ، وإن ذلك أمر مفهوم في غيبة النص التشريعي في القانون الفرنسي على نظرية عامة للتعسف ، إلا أن ثم اتجاها بدأ يقوى أخيرا في محيط هذا «الفقه داعيا الى اخراج نظرية التعسف من دائرة المسئولية باعتبارها ميذا من الميادى العامة للقانون في شأن تحديد مدى استعمال الحقوق ، وانتهت لجنة تنقيح التقنين المدني الفرنسي الحال الى تبني هذا الاتجاه (أنظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «٢» ص ١٠٨٧ ، وهامش «٢» ص ١٠٠٦) .

(٢) أنظر في هذا الاتجاه بخاصة :

Salicrú, Rapport présenté à la première sous-commission de La Commission de révision du Code civil, Bulletin de La Société d'études législatives, 1906, pp. 325 et s. V. pp. 304 et s. — Bonnet, op. cit., t. III, Nos. 226, 228, 237. — Ripert, La règle morale, Nos. 89, 94, 102. — Dabin, op. cit., pp. 298 - 300.

(م ٤٩ - المخل الى القانون)

الاضرار عند صاحب الحق دون نفع ظاهر يعود عليه ، أو - عند تخلف هذه النية - في عدم مبالاته بما ينتج عن استعمال الحق من ضرر (١) . ولكن اعتبار دور نظرية التعسف في استعمال الحق على هذا النحو دورا اخلاقيا ، يهدد بطمس معالم الحدود بين القانون والأخلاق رغم اختلافهما البين في الهدف والغاية كما سبق القول . وكذلك فالتضييق في معيار التعسف نتيجة حصر دور نظرية التعسف في دور أخلاقي محض ينتقص كثيرا من قيمة هذه النظرية وأهميتها . ويطلق العنان لأصحاب الحقوق في استعمالها طالما لا يحمل هذا الاستعمال معنى المخالفة الأخلاقية رغم ما قد يعنيه من مجافاة غاية الحق أو اهدار صالح الجماعة (٢) .

والواقع أن الدور الصحيح لنظرية التعسف في استعمال الحق ينبغي تحديده على ضوء ما سبق ذكره من أن الحقوق ليست غاية في ذاتها وانما هي مجرد وسيلة لتحقيق غاية معينة ، بحيث يكون من الطبيعي وجوب التزام الاستعمال الواقعي للحقوق بحدود غاياتها . وبذلك تبدو فكرة التعسف مرتبطة أساسا بغاية الحق لا بأصول الأخلاق ، فيحدد دور نظرية التعسف بتحقيق الاستعمال الموافق لغاية الحق لا بالاستعمال الأخلاقي للحق ، ويكون ما تعلنه هذه النظرية من نسبية الحقوق نسبية غائية لا نسبية أخلاقية . وفي ضوء اعتبار نظرية التعسف نظرية تحديد مدى استعمال الحق وفق غايته على هذا النحو ، يتحدد معيار التعسف تحديدا طبيعيا بالانحراف عن غاية الحق (٣) . وهذا التحديد بعد ، يحظى بتأييد تشريعي (٤) وفقهي (٥) كبير في

(١) Dabin, op. cit., p. 300.

(٢) انظر في هذا الاتجاه بخاصة :
Notre thèse précitée, pp. 224-227.

(٣) انظر في تفصيل ذلك :
Notre thèse précitée, pp. 232 - 235; 239 - 241; 278 - 280.

(٤) انظر خاصة نص التفتيش المرفوعي في مادته الأولى على أن « الحقوق المدنية يحكمها القانون إلا في الحالات التي تستعمل على نحو يخالف غرضها الاقتصادي والاجتماعي » ونص المادة ١٢٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه « يلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير بجلبه في أثناء استعمال حقه ... الفرض الذي من أجله منح هذا الحق » .
(٥) انظر ، بخاصة ، في تأييد هذا المعيار ، سواء مع القول ببقاء التعسف داخل دائرة =

القانون الحديث اليوم (١) .

(٢) وسائل تحديد معيار التعسف : اذا تعينت الأصول التي تحكم تحديد معيار التعسف ، فيجب البحث عن الوسائل والادوات الفنية التي تمكن من التعبير عن هذه الأصول وصياغتها . ونجد في هذا الشأن وسيلتين رئيسيتين : الاولى تكتفى بوضع مبدأ عام كل العموم يعبر عن المعيار المختار للتعسف دون تعرض لتفصيل ما يندرج تحت هذا المبدأ من صور متعددة ، والثانية تعدد الصور المختلفة المعبرة عن الأصول المستهدفة دون ابراز المبدأ العام الذي يحكمها .

واذا كان ينبغي التفضيل بين الوسيلتين في مجال التشريع ، فلا نتردد في تفضيل الوسيلة الأولى . فضلا عن كونها أكثر مناسبة للعمل التشريعي فهي تعتبر كذلك الوسيلة المرنة المتجاوبة مع التطور ، على خلاف الوسيلة الثانية التي تحصر معيار التعسف في صور محددة لا يلبث أن يتبدى قصورها وعدم احاطتها بكل ما قد يظهره تقدم الزمان وتطور الأوضاع والعلاقات الاجتماعية من ضروب وصور جديدة من التعسف في استعمال الحقوق .

واذا كنا قد حددنا - على ضوء ما ارتضيناه من أصول - معيار التعسف في استعمال الحق بالانحراف عن غايته ، فنفضل - لما أوضحنا من أسباب -

= المسئولية التصيرية أو خروجه منها :

Perrochet, thèse précitée, pp. 253, 254. — Demogue, op. cit., t. IV, Nos. 679, 681. Joseerand, op. cit., Nos. 291 et s.

(١) اذا كان بعض الفقهاء ما يزالون يتخوفون من معيار التعسف في استعمال الحق على هذا النحو توكيا - كما يقولون - من تحكم القضاء أو من انزلاقه فيما وراء القانون الى ميدان السياسة وهو ميدان غير مأمون الحواقب ، فلا ترى رغم ذلك مبررا لهذا التخوف (انظر Notre thèse précitée, p. 282) لانفسه دائما خير من لأن الأمور بغيرها الصحيح دون تحكم أو انحراف . فضلا عن أن القاضي - في قوله تحديد غاية الحقوق - لا يتبع أهواء الشخصية ومعتقداته السياسية ، وإنما يستلهم روح القانون ومبادئه العامة والتيارات السائدة في الجماعة ، مما يجعل تحديده قائما على أسس موضوعية مستقرة لا على نزعات شخصية نسبية متغيرة . وأخيرا ففي وجود محكمة النقض من فوقه كذلك ، وهي الرقبة على صحة تطبيق القانون بما يكفل وحدة هذا التطبيق ، خير ضمان لالتزام القصد والاحتدال وتوقي انتحك والانحراف في التقدير (انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ١١١٠) .

الاكتفاء في التشريع بوضع مبدأ عام يقضى بتحريم الانحراف عن غاية الحق في استعماله^(١) وتجريد الحق من حماية القانون بهذا الانحراف ، لا الاقتصار على تعديد أو تعديد صور هذا الانحراف التي تبقى حتما صورا ناقصة غير ملاحقة للتطور . وهذا المسلك الذي نفضله ، هو بعد المسلك الذي تسير عليه اليوم كثير من القوانين الحديثة التي تصدت لتقنين نظرية التعسف في استعمال الحق ، كالقانون السوفييتي والقانون اللبناني خاصة^(٢) .

٣٩٢ - أخذ المشرع المصري بمجموعة من معايير التعسف وضوابطه

سلك المشرع المصري الوسيلة الثانية من وسائل تحديد معيار التعسف في استعمال الحق ، فجرى على تعديد الصور المختلفة للتعسف دون ابراز الاصل الذي يجمعها . اذ نص في المادة الخامسة من التقنين المدني الحالي على انه « يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية : (أ) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير . (ب) اذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . (ج) اذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها غير مشروعة » . ولكن ينبغي أن نضيف الى هذه المعايير الثلاثة معيارا رابعا هو معيار « الضرر الفاحش » المنصوص عليه في صدد حق الملكية (م ٨٠٧ مدني) وهو موطن تطبيقه الرئيسي . فنعرض لهذه المعايير المختلفة فيما يلي ، ثم ننظر من بعد في تقدير مسلك المشرع المصري .

(١) ويتبنى الاكتفاء في ذلك بالإشارة الى غاية الحق عموما دون تحديد أو وصف لهذه الغاية ، لأن الغايات تختلف باختلاف الحقوق وثقافات طبيعتها والفرض منها . ولذلك تفضل تجنب ما يذهب اليه بعض الفقهاء من وصف هذه الغاية بأنها « غاية اجتماعية » (but social) حتى لا يصرف الذهن - ولو أخلا - بظلم هذا الاصطلاح - الى اعتبار أن الحق بذلك يصير محض واجب أو وظيفة اجتماعية لتطبيق المصالح العام الاجتماعي وحده دون أي وزن لتحقيق المصالح الفردية (انظر في تفصيل ذلك : Notre thèse précitée, p. 281 . - كتابنا سالف الذكر ، هامش « ٢ » ، ص ١١١٢ - ١١١٣) .

(٢) انظر في معيار التعسف في القانون اللبناني : كتابنا المدخل الى القانون وبخاصة القانون اللبناني والمصري ، ١٩٦٧ ، غرة ٢٦٣ ، ص ٩٠٧ - ٩١١ .

٣٩٣ - تمحض قصد الاضرار بالغير

لعل هذا المعيار هو أقدم معايير التعسف وأكثرها شيوعا في الشرائع المختلفة ، لكثرة نسخير الافراد حقوقهم منذ قديم لمجرد تحقيق مأرب شخصية في النكاية والاضرار بالغير . وهذا المعيار ذاتي قوامه توافر نية الاضرار بالغير لدى صاحب الحق وتمحضها لهذا الغرض ، بمعنى أن يكون الاضرار بالغير هو القصد الوحيد من استعمال الحق (١) . واذا توافر التعسف بهذا المعنى ، فلا ينفيه ما قد يحققه استعمال الحق من منفعة عارضة لصاحبه لم يقصدها أصلا (٢) . فيتعسف اذن في استعمال حقه المالك الذي يغرس أشجارا عالية كثيفة في أرضه لمجرد حجب الضوء عن جاره حتى ولو عادت هذه الأشجار على الأرض بالنفع (٣) ، ما دام هذا النفع لم يكن مقصودا في ذاته بل جاء لتحقيقه عارضا بحتا اذا كان القصد الوحيد من غرسها هو مجرد الاضرار بالجار .

واذا كان اثبات تمحض قصد الاضرار بالغير أمرا عسيرا ، فان القضاء كثيرا ما يعتمد في استخلاصه على انعدام المصلحة لدى صاحب الحق في استعمال حقه ، معتبرا هذا الانعدام قرينة على تمحض قصد الاضرار عنده (٤) . فالمالك الذي يقيم حائطا مرتفعا على حدود ملكه بحيث يحجب الضوء عن ملك جاره يعتبر بذلك متمحضا للقصد للاضرار بهذا الجار اذا لم

(١) Notre thèse précitée, p. 284.

كتابنا سالف الذكر ص ١١١٧ و ١١١٨ .
ولكن أنظر عكس ذلك :

عبد الرزاق السنهوري ، ج ١ ، فقرة ٥٦٠ - أنور سلطان ، النظرية العامة في الالتزام ، ج ١ ، ص ١٩٥٥ ، ص ٤٤١ - اسماعيل غانم ، ص ١٦٢ .
(٢) في هذا المعنى :

المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدني ، مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ٢٠٩ .

(٣) عبد الرزاق السنهوري ، ج ١ ، فقرة ٥٦٠ .

(٤) في هذا المعنى :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 509.

المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني ، الموضع السابق .

تكن له مصلحة حقيقية في بناء مثل هذا الحائط المرتفع (١) . وكذلك الحال في شأن المالك الذي يقيم سياجا عاليا يطل به باللون الأسود لا شيء الا مجرد اظلام بناء جاره دون أى منفعة حقيقية تعود عليه من ذلك (٢) . وكذلك الحال في شأن صاحب العمل الذي يقدم على فصل العامل لمجرد الانتقام منه ، لأنه طالب بالحقوق المقررة له بمقتضى قوانين العمل ، أو لأنه قام بالشهادة ضد صاحب العمل .

٣٩٤ - انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي

يحقق بالغير

لا يكفي أن تكون لصاحب الحق مصلحة ولو مشروعة في استعمال حقه حتى تنتفى عنه شبهة التعسف ، فمن اليسير الادعاء بوجود مثل هذه المصلحة في الصور التي لا يكون قصد صاحب الحق متمحضا للاضرار بالغير . ولكن ينبغي أن تكون هذه المصلحة ذات قيمة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر من جراء استعمال الحق . أما اذا كانت المصلحة تافهة بالقياس الى الضرر الذي يعود على الغير بحيث لا يوجد بينهما تناسب اطلاقا ، فذلك دليل على الانحراف في استعمال الحق .

وواضح أن هذا المعيار موضوعي لا شخصي كالمعيار السابق ، قوامه بالتفاوت الشاسع بين الضرر اللاحق بالغير والمنفعة العائدة على صاحب الحق . وهو أمر تقدره المحاكم حسب الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة . والواقع أنه كثيرا - وإن لم يكن دائما - ما يكون في وجود مثل هذا التفاوت الجسيم قرينة على قصد الاضرار بالغير (٣) دون أن يتمحض القصد من

(١) في هذا المعنى :

Appel mixte : 17 Avril 1919. B. 13, 262 ; 12 Déc. 1924. Gazette, 15. 86, 126 ; 12 Nov. 1929. B. 42. 27.

مصر الكلية ٣٦ مايو ١٩٢٧ ، المحاماة ١٨/٣١/٧٤ .

Trib. civ. Sedan 17 Déc. 1901. S. 1904. 2. 217, Note Appert. (٢)

(٣) في هذا المعنى :

الفكرة الاصلية للمشروع التمهيدى للتقنين المدني مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون

المدني ، ج ١ ، ص ٢١٠ .

استعمال الحق لذلك .

وقد طبق المشرع المصرى هذا المعيار فى صور كثيرة . ومن ذلك نصه على أنه « ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ، ان كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط ، (م ٨١٨ / ٢ مدنى) » ذلك ان الحائط الفاصل ما دام مملوكا ملكية خالصة لأحد الجارين ، فلمالكه سلطة عدمه . غير أنه لما كان بناء الجار مستترا بهذا الحائط ، فيجب حتى يعتبر الهدم مشروعا أن يوجد تناسب بين المنفعة التى تعود على مالك الحائط من عدمه وبين الضرر الذى يلحق الجار نتيجة ذلك . وهذا التناسب يقوم اذا وجد لدى المالك باعث قوى يبرر الهدم من استهداف منفعة كبيرة تتوازى على الأقل مع الضرر العائد على الغير . أما اذا لم يوجد باعث على الهدم ، أو وجد باعث ولكنه ليس قويا بحيث يبرره ، فيعتبر ذلك قرينة على التمسك فى استعمال حق الملكية بابتغاء تحقيق مصلحة ضئيلة تافهة لا تستاهل حماية القانون أمام ما يصيب الجار فى مقابلها من أضرار جسيمة فادحة .

ومن تطبيقات المشرع كذلك لهذا المعيار ما يقضى به من أن « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه ، اذا لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » (م ١٠٢٩ مدنى) .

وكذلك يعتبر من تطبيقات هذا المعيار تخير صاحب الحق - من بين الطرق الممكنة المتعددة لاستعمال حقه - الطريقة الأكثر اضرارا بالغير دون نفع ذى قيمة كبيرة له (١) . وذلك كمالك يقيم مدخنة فى مكان معين من بنائه بحيث تضر بالجار ، وكان يمكنه - دون ضرر أو فوات منفعة عليه هو - تجنب ملك الجار هذا الضرر أو التقليل منه بإقامتها فى مكان آخر من البناء (٢) .

(١) يجرى القضاة الفرنسى كذلك على اعتبار هذه الصورة من صور التمسك فى استعمال الحق ، انظر بخاصة :

Trib. civ. Draguignan, 17 mai 1910. D. P. 1911, 2, 1933. — Req. 20 Mars 1939, S. 1939, 1, 45. — Paris 28 octobre 1941. Gaz. Pal. 1941, 2, 499.

Appel mixte, 25 novembre 1939, B. 6. 8. (٢)

٣٩٥ - عدم مشروعية المصلحة المتصودة تحقيقها من استعمال الحق

لا يكفي أن تكون المصلحة التي يرمى صاحب الحق الى تحقيقها من وراء استعمال حقه ظاهرة وذات قيمة أو نفع ولو كبير له ، بل يجب أن تكون هذه المصلحة كذلك مشروعة . ذلك أن الحقوق ليست لها قيمة في نظر القانون الا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة ، فالانحراف عن ذلك وتسخير الحقوق في سبيل تحقيق مصالح غير مشروعة يجردها من قيمتها ويخلع عنها حماية القانون .

وبناء على هذا المعيار ، يعتبر متمسكاً في استعمال حقه : المالك الذي يطالب باخلاء المنزل من مستأجره بحجة حاجته الى السكن فيه ، بعد محاولته زيادة الأجرة فوق ما يسمح به القانون واخفاقه في ذلك (١) . والمالك الذي يمتنع عن الترخيص بالايجار من الباطن أو التنازل عن الايجار ، حيث يكون ذلك معلقاً على موافقته بمقتضى العقد ، دون سبب مشروع (٢) أو بقصد الحصول على مقابل لذلك أو زيادة غير مشروعة . وصاحب العمل الذي يفصل العامل بسبب مذهبه السياسي ما لم يكن لذلك ارتباط بعمله أو تأثير فيه (٣) ، أو بسبب انضمامه أو عدم انضمامه الى نقابة معينة (٤) ، أو بسبب نشاطه النقابي المشروع (٥) .

وواضح أن هذا المعيار معيار موضوعي مرن يجعل للقضاء سلطة واسعة

(١) Trib. paix Vanves, 24 Août 1926, (2ème espèce), Repertoire
Commaille, 1926. I, p. 349.

(٢) انظر في الإشارة الى أحكام القضاء الفرنسي في هذا المعنى :
Jonserand, op. cit., pp. 189, 402.

وانظر كذلك في هذا المعنى في القانون المصري :
محمود مصطفى منصور ، العقود المسماة (البيع والمقايضة والايجار) ، ١٩٥٦ - ١٩٥٧ ،
فقرة ٢٧٢ ، ص ٥٧٢ .

(٣) القاهرة الاجتماعية ٢٤ مارس ١٩٦٠ ، مدونة الفقهاني الدورية ١٩٦٠ ، رقم ٢٠٨ ،
ص ٤٦٦ .

(٤) القاهرة الاجتماعية ٢٥ مايو ١٩٥٤ ، مدونة الفقهاني ، ج ١/٣ ، رقم ٣١٣ ، ص ٣٧٦ .

(٥) الجيزة الابتدائية ١٧ أكتوبر ١٩٥٤ ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٢ ، ص ٣٦٢ .

فى رقابة استعمال الحقوق ، ولعل صفته الموضوعية هى التى تجعله مفضلاً لدى بعض الفقهاء^(١) على معيار آخر شخصى يشيع الالتجاء اليه فى الفقه والقضاء الفرنسى^(٢) هو معيار الدافع أو الغرض غير المشروع *motif illégitime* خاصة . ومع ذلك ، فينبغى أن يراعى أن المعيارين مرتبطان أشد الارتباط ، بل هما فى الحقيقة وجهان لمعيار واحد ، إذ ليس معيار المصلحة غير المشروعة إلا التعبير الموضوعى عن المعيار الشخصى أو النفسى وهو معيار الدافع أو الغرض غير المشروع^(٣) ، فإذا لم يكن لصاحب الحق دافع مشروع لاستعمال حقه ، فهو يهدف إذن إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . والواقع أن هذين الوجهين إنما يقومان على فكرة ضرورة موافقة استعمال الحق لغايته . فللتحقق من هذه الموافقة ، يجب الوقوف على غاية الحق والمصالح المشروعة المقصود تحقيقها من وراء تقرير القانون له من ناحية ، وعلى الدوافع التى وجهت استعماله على نحو معين من ناحية أخرى ، ومطابقة هذه على تلك ، بحيث يعنى كل تباعد بينهما الانحراف فى استعمال الحق ، وبستوى بعد ذلك أن ينسب هذا الانحراف إلى الدوافع غير المشروعة أو إلى المصالح غير المشروعة^(٤) .

(١) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ٥٦٢ ، ص ٨٤٧ .

(٢) أنظر فى ذلك بخاصة :

Jousserand, op. cit., No. 298 et s.

(٣) فى هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى ، الموضع السابق .

Notre thèse précitée, p. 172.

Notre thèse précitée, ibid. (٤)

وإذا كان بعض الفقهاء (عبد الرزاق السنهورى ، الموضع السابق) يرى أن معيار « المصلحة غير المشروعة » أدق من معيار « الدافع أو الغرض غير المشروع » من ناحية الإنشائيين وأسهل منه من ناحية التطبيق ، فهو فى الواقع إنما يفصل بين شيئين متلازمين ووجهين متكاملين لمعيار واحد يحدد كل منهما الآخر ، بحيث لا يمكن الاكتفاء بالوقوف على أحدهما والاستغناء عن الآخر . ولذلك يقوم نفى صفة المشروعية عن المصلحة المقصودة من استعمال الحق على الاستناد أساساً بنظم مشروعية الدافع إلى هذا الاستعمال . وهذا ما بصرت به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى بقولها أن معيار المصلحة المشروعة إذا كان « مادياً فى ظاهره » . إلا أن النية كثيراً ما تكون الملة الأساسية لنفى صفة المشروعية عن المصلحة « (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٢٠٩ و ٢١٠) » .

٣٩٦ - الضرر الفاحش

كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى يضيف الى المعايير الثلاثة المتقدمة للتعسف معيارا آخر هو معيار « الاستعمال الذى يحول دون استعمال حقوق أخرى على الوجه المألوف » ، وإذا كان هذا المعيار قد حذف فلم يظهر فى نص المادة الخامسة من التقنين المتضمنة لمعايير التعسف ، فلم يكن ذلك عدولا عن اعتباره - بما يعنيه من فكرة « الضرر الفاحش » - معيارا للتعسف فى استعمال الحق ، وانما اكتفاء بالتطبيق الخاص الموجود له فى حق الملكية وهو تطبيقه الرئيسى . ذلك أن المادة ٨٠٧ من التقنين المدنى تقضى بأنه « ١ - على المالك ألا يفسد فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار . ٢ - وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى لا يمكن تجنبها . وانما له أن يطلب إزالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى فى ذلك العرف وطبيعة العقارات وموضع كل منها بالنسبة الى الآخر والغرض الذى خصصت له . ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » .

وعندنا أن هذا النص ليس الا مجرد تطبيق لفكرة التعسف فى استعمال الحق والمعيار من معاييرها الهامة هو معيار « الضرر الفاحش » . ويسند ذلك أن الشريعة الاسلامية - وهى التى اعتمد المشرع المصرى عليها اعتمادا رئيسيا فى صياغة نظرية عامة للتعسف - تجرى منذ قديم على اعتبار هذا المعيار من معايير التعسف (١) ، وان القضاء المصرى قد جرى كذلك على الأخذ بهذا النظر من التكييف فى ظل التقنين المدنى القديم (٢) . وليس فى الأعمال التحضيرية

(١) راجع فى ذلك :

Fathy, thèse précitée, Nos. 183, 184.

السعيد مصطفى السعيد ، الرسالة السابقة ، ص ٣٦ - ٣٨ و ٤١ .

انظر كذلك م ١١٩٨ وما بعدها من « المجلة » والواد ٥٧ و ٥٩ - ٦٢ من كتاب مرشد الحبران .

(٢) انظر بخاصة :

Appel mixte. 17 Avril 1945, B. 57. 125.

للتقنين المدني الحالي ما يفصح عن رغبة المشرع المصري في العدول عن هذا التكييف التقليدي المستقر .

وبالإضافة الى ذلك ، فإن الالتجاء الى فكرة التعسف هنا كتبرير لمسئولية المالك في أحوال المضار غير المعتادة للجوار يغنى عن التبريرات الأخرى التى تقدم فى هذا الشأن وتستهدف لانتقادات كثيرة : كاقامة المسئولية على أساس خطأ المالك (١) ، أو على أساس مجاوزته حقه وخروجه عن نطاقه (٢) .

والواقع أنه - فى تأسيس مسئولية المالك عن الأضرار التى يسببها لجيرانه - يجب عدم اغفال أن هذه الأضرار انما تتحقق نتيجة أفعال مشروعة فى ذاتها على المكونة لاستعمال حق الملكية ، فارتباط هذه المسئولية اذن بفكرة الحق ومدى مشروعية استعماله أمر ظاهر . وواضح أن المالك الذى يستعمل حقه استعمالا يؤدي الى تحميل جيرانه أضرارا تجاوز الحد المألوف تحمله والتسامح فيه بين الجيران ، انما يخل - لحساب الصالح الفردى - بالتوازن الواجب بينه وبين الصالح الجماعى (٣) وينحرف بالحق عن غايته المقصودة الى حد جعله وسيلة لفرض أضرار جسيمة فاحشة على الغير ، مما يصير معه استعماله تعسفيا غير مشروع لا يستاهل حماية القانون .

وإذا كانت صورة مضار الجوار غير المألوفة فى صدد استعمال حق الملكية (٤) هى أظهر صور معيار « الضرر الفاحش » ولذلك كانت عناية

(١) Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 620, 621.

(٢) أنظر كذلك فى تفصيل انظار الرأى القائل باعتبار مسئولية المالك عن الأضرار غير المألوفة مقامة على أساس مجاوزة الحق لا على أساس التعسف فى استعمال الحق : كتابنا أحكام حق الملكية ، هامش « ١ » ، ص ٢٢٢ - ٢٢٤ .

(٣) Notre thèse précitée, p. 204.

(٤) يراعى أن هذه الصورة تعرض كذلك فى صدد استعمال الشيء من له حق فيه كالمخضع أو المستأجر (فى هذا المعنى : شفيق شحاته ، هامش « ١ » ص ٨٦ - اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية ، هامش « ٢ » ، ص ١٠٤) .

المشرع المصري بالنص عليها صراحة في المادة ٨٠٧ مدني ، فيجب أن لا ينفي ذلك إمكان انبساط هذا المعيار على حقوق أخرى غير حق الملكية (١) .

وعلى أى حال ، فصورة مضار الجوار غير المألوفة تعبر عن معيار مرن كل المرونة يتسع لتطور الحياة الاجتماعية ويمكن القاضي من الاعتداد بالظروف والملابسات الخاصة بكل حالة . ومن تطبيقاته (٢) ما قضى به من مسئولية الحكومة بالتعويض عما أصاب السكان وأملاكهم من أضرار نتيجة انشائها محطة من محطات المجارى على قطعة من أملاكها أفلقت إدارتها راحة السكان فى حى مخصص للسكنى (٣) ، ومن مسئولية إحدى شركات الفنادق عن الأضرار التى تصيب الجيران نتيجة الاهتزازات المستمرة الناشئة عن تشغيل جهاز لتوليد الكهرباء مقام فى ملحق فندق تملكه (٤) .

٣٩٧ - تقدير مسلك المشرع المصري

تأثر المشرع المصري فى صياغة معايير التعسف بالمصادر الأساسية التى استقى منها نظرية التعسف فى استعمال الحق ، وهى فقه الشريعة الإسلامية من ناحية ، وأحكام القضاء المصري فى الأخذ بهذه النظرية فى ظل التقنين المدنى القديم من ناحية أخرى ، فجرى مثلها على تعدد صور مختلفة للتعسف (٥) . ولكن كان خليقا به ، وهو يستقر على الأخذ بهذه النظرية

(١) فنستطيع أن نعتبر التعاقد الذى يصر على التمسك بوجوب تنفيذ العقد بشروطه الأصلية المحددة فيه ، رغم أن هذا التنفيذ قد صلا - نتيجة طرود حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وقت التعاقد - مرجعا للمعاقد الآخر بحيث يهدده بخسارة فادحة ، متعسف فى استعمال حقه ، وإن نرد هذا التعسف الى فكرة الضرر الفاحش . وبذلك تستوى نظرية الظروف الطارئة التى أقرها المشرع المصري صراحة فى المعاملات المدنية (م ٢/١٤٩ مدني) على أساس سليم (انظر : Notre thèse précitée, pp. 243 - 245 . - وكتابنا سالف الذكر ، ص ١١٣٠ - ١١٣١) .

(٢) أنظر فى تفصيل هذه التطبيقات : كتابنا أحكام حق الملكية سالف الذكر ، فقرة ٩٩ ، ص ٣٢٥ - ٣٣٠ .

(٣) استئناف مصر ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ ، المعاملة ٢٧٦/٢١ ، ٨٩١/ .

(٤) (٤) Le Caire (mixte), 5 mai 1914, Gazette, 4. 206. 492.

(٥) أنظر ، كتابنا سالف الذكر ، ص ١١٣١ و ١١٣٢ .

ويعد الى تقنينها ، أن يستخلص المبدأ أو المعيار العام الذي ترد اليه مختلف صور التعسف ومعايره في أحكام الفقه الاسلامي وأحكام القضاء المصري ، خاصة وأن جهود الفقه الحديث قد مهدت أمامه السبيل لتأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق وبيان الفكرة العامة التي تحكم مختلف صورته ، وأن التقنينات الحديثة التي سبقته في تقنين هذه النظرية قد نحا أغلبها نحو وضع مبدأ عام يحكم معيار التعسف دون تحديد أو تعديد صورته ، وأن طريقة تعديد صور التعسف اذا كانت تناسب فقه الفروع وأحكام القضاء فهي أقل مناسبة في صياغة التشريع كما سبق البيان .

ويبقى بعد ذلك أن مسلك المشرع المصري من تعديد معايير مختلفة للتعسف مسلك منتقد من ناحية أخرى . ذلك أن هذا المسلك لا يخرج عن أحد أمرين : اما أن هذه المعايير واردة على سبيل الحصر ، وهو ما يتهدد نظرية التعسف في استعمال الحق بالجمود وعرقلة استجابتها ومقابلتها للتطور المحتوم في الجماعة . واما أن هذه المعايير واردة على سبيل المثال ، وكان من الأفضل حينئذ اعطاء القاضى المبدأ العام الذى يحكم توجيه كل هذه المعايير والصور (١) . واذا كان جمهور الفقه المصري (٢) يقطع بورود هذه المعايير على سبيل الحصر ويمنع القاضى من الأخذ بمعايير أخرى للتعسف غيرها ، فنعتقد من جانبنا أن المشرع المصري لم يرد تقييد القاضى تقييدا جازما بهذه المعايير وحدها (٣) . فهو قد وضع فى المادة الرابعة من التقنين المدنى المبدأ العام من ارتهان حماية القانون لصاحب الحق بمشروعية استعماله له بحيث ترقع مسئوليته اذا كان استعمال الحق مشروعاً وتتحقق اذا كان الاستعمال غير مشروع ، ثم ذكر فى المادة الخامسة أحوالاً يعتبر استعمال الحق فيها غير مشروع لا ليحصر فكرة عدم المشروعية فيها ، وانما - كما تقول المذكرة

(١) Notre thèse précitée, pp. 277, 278.

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٥٥٩ . - أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، فقرة ٥٥٤ . - اسماعيل غانم ، الخطرية العامة للحق ، ط ٢ ، ١٩٥٨ ، ص ١٦١ . - عبد المنعم فرج الصلة ، المرجع السابق ، فقرة ٤٤١ .

(٣) Notre thèse précitée, Ibid.

الايضاحية - لكى « يهى للقاضى عناصر نافذة للاسترشاد » (١) .

وعلى أى حال ، فينبغى البصر بالمبدأ أو المعيار العام الموجه لكل ضوابط ومعايير التعسف التى ذكرها المشرع المصرى . وهى لا تخرج ، فى الواقع ، عن فكرة التزام غاية الحق وعدم الانحراف عنها (٢) . اذ لا يتصور أن تكون الحقوق - وهى تمثل قيما اجتماعية يحميها القانون - معطاة كوسيلة لمجرد الاضرار بالغير ، أو لتحقيق مصالح قافهة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر ، أو لتحقيق مصالح غير مشروعة من باب أولى ، أو لتحميل الغير بأضرار فاحشة . وفكرة الغاية هذه هى التى ارتضيناها من قبل أصلا يحكم استعمال الحق ويحدد معيار التعسف فيه (٣) ، فى ضوء ما بيناه من اتصال التعسف أساسا بفكرة الحق وكون الحق وسيلة لغاية دون أن يكون غاية فى ذاته .

المبحث الثالث

محل التعسف

٣٩٨ - تهيد

إذا تحدد التعسف من حيث التأصيل والمعيار على النحو السابق تفصيله ، فيبقى تحديد نطاق نظرية التعسف فى استعمال الحق وهو ما يقتضى تحديد المحل الذى يرد عليه التعسف . وفى شأن هذا المحل ، نجد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢٠٩ .

(٢) Notre thèse précitée, pp. 278, 279.

(٣) لم يعد محل فى القانون المصرى للتخوف من اعتبار « الانحراف عن غاية الحق » موجها علما لكل معايير التعسف وصوره المختلفة ، أمام أخذ المشرع المصرى عراحة بمعيار « المصلحة غير المشروعة » وهو متوط كما رأينا بتحديد غاية الحق ودوافع استعماله ، مما يجعله فى الواقع خاضعا فى جانب منه للاعتبارات السياسية والنزعات الاجتماعية المختلفة التى يرفض بعض الفقهاء (عبد الرزاق السنهورى ، ج ١ ، فقرة ٥٦٢ ، ص ٨٤٧) معيار « غاية الحق » من أجل توقي الدخول فيها . بل ولعل معيار « المصلحة غير المشروعة » أن يكون فى الحقيقة هو أظهر تمثيل وتجسيد للمعيار العام الموجه وهو معيار « الانحراف عن غاية الحق » . (أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ١١٣٤) .

اتجاهين : أولهما الى التضخيم من نطاق تطبيق هذه النظرية بنسب محل التعسف الى الحريات أو الرخص العامة كالحقوق سواء بسواء ، والثاني الى التضييق باستبعاد بعض الحقوق بالمعنى الفني الدقيق من ورود التعسف عليها مما يجعلها حقوقا مطلقة أو تقديرية . والواقع أن ارتباط فكرة التعسف بفكرة الحق وغايته - على النحو السالف بيانه - يكشف عن التضخم المصطنع الذى يدخله الاتجاه الأول على فكرة التعسف ونظريته ، وأن عدم التخلص الى اليوم نهائيا من سيطرة النزعة الفردية وما ولدته فى الأذهان من حصانة مطلقة لأصحاب الحقوق فى استعمالها يكمن وراء الاتجاه الثانى فى استبقاء بعض الحقوق مطلقة تقديرية الاستعمال . فنعرض لمناقشة الاتجاهين وتحديد محل التعسف على ضوء ذلك .

٣٩٩ - التعسف يرد على استعمال الحقوق دون ممارسة الحريات أو

الرخص العامة

سبق أن أشرنا الى أن الخلط قديم فى الفقه بين الحقوق بالمعنى الدقيق وبين الحريات أو الرخص العامة . وكان طبيعيا أن يمتد هذا الخلط الى نظرية التعسف فى استعمال الحق ويجد فيها مرتعا خصيبا يرضى رغبة أنصارها والمدافعين عنها ، فى الأقل أول ظهورها ، فى إبرازها وتضخيم أهميتها بتوسيع نطاق تطبيقها على هذا النحو الذى لا يقتصر على الحقوق بالمعنى الصحيح فحسب ، بل يتبسط كذلك على الحريات أو الرخص العامة ويتناول حتى كل فعل مشروع مباح فى الأصل أيا كان ، بحيث كادت هذه النظرية تقتحم فى كتاباتهم كل نواحي القانون المدنى أن لم يكن نواحي القانون قاطبة ، وغدا من اليسير الجارى على أقدامهم ادعاء وجود التعسف وتلمسه دون تدقيق فى حقيقته وكنه محله .

والواقع أن هذا المسلك - على خلاف ما يظن أصحابه - ليس بالذى يحمل كسبا لنظرية التعسف فى استعمال الحق أو بالذى يعين على تدعيمها وتقويتها ، فليست قيمة النظريات فى اتساع نطاق تطبيقها بقدر ما هو فى دقة تحديدها . ومن شأن هذا التضخيم المصطنع فى نطاق تطبيق نظرية التعسف - على حساب اغفال أصلها من الارتباط بفكرة الحق بوصفها التقويم والتصحيح

اللازم لها - تبيع هذه النظرية وانطباع حدودها ، وهو ما يتهددها - من فرض اتساعها وانبساطها - بالعجز والضعف (١) .

فضلا عن أن توسعة نطاق نظرية التعسف على هذا النحو ، إنما تقوم على أساس خلط واضح بين فكرة « الحق » ، وفكرة « الحرية » أو الرخصة العامة ، وهو خلط تزايد خاصة في القرنين السابع عشر والثامن عشر في أوروبا حينما اصطنع الفلاسفة وكتاب السياسة ما سموه « حقوق الانسان الطبيعية » ، الحالة المقدسة مدرجين ضمنها عددا من الحريات العامة التي يجب كفالتها للأفراد ، ليقابلوا بها ويوقفوا حقوق الملوك الالهية المزعومة التي كانت سندهم حينئذ في الاستبداد والظلم . وإذا كانت نظرية « التعسف » في استعمال الحق ، لا تعنى - كما هو ظاهر من اسمها - إلا الحقوق واستعمالها ، فهي إنما تعنى الحقوق في المعنى القانوني الدقيق فحسب ، مما يستبعد من نطاق تطبيقها تلك الحريات أو الرخص العامة التي قد تعتبر حقوقا في المعنى السياسي أو الفلسفي لا في المعنى القانوني (٢) .

والواقع أن اجراء نظرية التعسف على ممارسة الحريات أو الرخص العامة كذلك ليس ثم ما يدعو اليه . ففكرة « الخطأ » في نطاق المسئولية التقصيرية كانت تتكفل دائما بحكم الانحراف في هذه الممارسة عن مقتضى انسلوك المألوف ، وكان استعمال الحق غير خاضع في الأصل لفكرة الخطأ مما دعا من بعد الى ظهور فكرة التعسف لحكم هذا الاستعمال . ولذلك فإذا كان ينبغي في نظر البعض التسوية في الحكم بين استعمال الحقوق وبين ممارسة الحريات أو الرخص العامة ، فإن منطق هذا النظر يقضى بمد فكرة الخطأ الأصلية الى استعمال الحقوق لا بمد فكرة التعسف الحديثة الى ممارسة الرخص والحريات العامة ، وهذا ما يفعله أنصار تسوية التعسف بالخطأ التقصيري تسوية كاملة (٣) .

(١) . Notre thèse précitée, p. 83.

(٢) انظر بخامة :

Waline, L'individualisme et le droit, pp. 94, 385.

(٣) انظر ، بخامة ، في هذا المعنى في الفقه المصري :

اسماعيل غانم ، النظرية العامة للحق ، ص ١٦٦ و ١٦٧ .

غير أنه إذا كان ينبغي - كما سبق البيان - الاعتراف لفكرة التعسف بذاتية واستقلال خاص عن فكرة الخطأ تخرجانها من دائرة المشغولية التقصيرية ، واعتبار فكرة التعسف هي الفكرة المناسبة في شأن تحديد الانحراف في استعمال الحقوق بالنظر إلى ما تعنيه الحقوق من تفاوت في مراكز الأفراد ، في حين تظل فكرة الخطأ هي الفكرة المناسبة في شأن تحديد الانحراف في ممارسة الحريات أو الرخص العامة بالنظر إلى ما تعنيه هذه الحريات من تساوي مراكز الأفراد^(١) ، فمقتضى ذلك كله التمييز بين الفكرتين فيما تردان عليه من محل : فتقتصر فكرة التعسف على استعمال « الحقوق » بالمعنى القانوني الدقيق ، وتظل فكرة الخطأ منبسطة - من بين ما تناوله - على ممارسة الرخص أو الحريات العامة . وهو ما يعطى أهمية بالغة - في شأن تحديد محل التعسف ونطاق نظريته - للفرقة بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة .

وقد سبق أن أقمنا التمييز بينهما - في صدد تعريف الحق - على أساس أن الحقوق تفترض وجود رابطة قانونية تثبت لشخص على سبيل الاستثناء والافراد تسليطاً على شيء معين أو اقتضاء أداء من شخص معين ، بينما الرخص أو الحريات العامة لا تفترض وجود مثل هذه الرابطة . وإذا كانت تخول مكنات معينة فانما تخولها في الواقع للناس كافة دون أن تكون محل استثناء أو اختصاص حاجز لواحد دون الباقين^(٢) .

ويبدو أن المشرع المصري يأخذ بهذا النظر من التمييز بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة ، ومن قصر أعمال نظرية التعسف على الحقوق وحدها دون الحريات أو الرخص العامة . فقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي يتضمن نصاً يهدد للأحكام المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق بالفرقة بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة ، وكان المقصود من ذلك -

(١) انظر سابقاً ، ص ٤٤٠ - ٤٤١ .

(٢) انظر الموضع السابق المشار إليه في الهامش السابق .

كما تقول المذكرة الايضاحية (١) - بيان أن « التعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها » ، أما الرخص فلا حاجة الى فكرة التعسف في ترتيب مسئولية من يباشرها عن الضرر الذي يلحق الغير من جراء ذلك . . . لأن أحكام المسئولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه . . . ولئن كان هذا النص قد حذف فلم يظهر في التقنين ، فلا ينتقص ذلك من دلالة على اتجاه المشرع المصري ، لأن حذفه كان على أساس اعتباره عملا فقهيا أكثر منه تشريعا .

وإذا تحدد ، على هذا النحو ، محل التعسف ونطاق نظريته باستعمال الحقوق دون ممارسة الحريات أو الرخص العامة ، فيكون اذن من باب التجوز البحت اجراء نظرية التعسف في استعمال الحق على حرية التعاقد بوجهيها الايجابي والسلبي (٢) ، أو حرية التجارة ، أو حرية الرأي ، أو حرية الاجتماع أو غير ذلك من عديد الحريات أو الرخص العامة . وإذا كان من المسلم ترتيب مسئولية من يرفض التعاقد في أحوال معينة ، أو يقوم بدعاية أو منافسة غير مشروعة ، أو يقود حملة صحفية مفرضة ، فلأن هذه الأفعال تتوافق فيها شروط الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية ولا تعتبر تعسفا في استعمال حقوق مزعومة لا وجود لها في المعنى القانوني الدقيق (٣) .

٤٠٠ - التعسف يرد على استعمال كافة الحقوق - رفض فكرة الحقوق المطلقة أو التقديرية

إذا كان التعسف لا يرد الا على استعمال الحق دون ممارسة الحريات أو الرخص العامة على النحو السابق بيانه ، فيبقى التساؤل عما إذا كان

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، هامش ص ٢٠١ .

(٢) قارن مع ذلك :

اسماعيل غانم ، تجديد عقد العمل المحدد المدة (تطبيق لنظرية التعسف على رفض التعاقد) ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، ص ٤ ، ع ٢ ، ص ٣٤١ وما بعدها ، انظر بخاصة ، ص ٣٨٧ وما بعدها .

(٣) Notre thèse précitée, pp. 109, 110.

كتابنا سالف الذكر ، ص ١١٣٩ - ١١٤١ .

التعسف يرد على استعمال كافة الحقوق دون تمييز أم يرد على استعمال بعضها دون البعض الآخر .

ونجد اتجاها قويا في الفقه الفرنسى خاصة يخرج بعض الحقوق من نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق ، ويعتبرها بذلك حقوقا مطلقة يترك استعمالها لمحض تقدير أصحابها دون خضوع هذا الاستعمال - في دوافعه وأغراضه - لرقابة أو تعقيب القضاء ، وهو ما يحمى أصحابها من أي حد من هذا الاستعمال ويعصمهم من أية مسئولية تترتب بسببه ، وهذه هي « الحقوق المجردة أو غير المسببة » *droits abstraits ou non causés* كما يسميها البعض (١) ، أو « الحقوق التقديرية » *droits discrétionnaires* كما يسميها بعض آخر (٢) . غير أن أنصار هذا الاتجاه لا يتفقون على تبرير واحد لوجود هذه الطائفة من الحقوق المطلقة أو التقديرية .

فبعضهم يرد ذلك الى ما لهذه الحقوق من حدود موضوعية معينة تعيينا دقيقا تغنى عن الحدود الشخصية التي تقيمها نظرية التعسف في استعمال الحق (٣) . غير أن هذا التبرير ليس بالمقنع . اذ لا يتوقف اعمال نظرية التعسف في الواقع على مدى التحديد الدقيق لمضمون الحق بقدر ما يتوقف على فكرة الحق نفسها وارتباطها بغاية معينة ، خاصة وأن حدود الحق الموضوعية - مهما بلغت دقة تعيينها - انما ترمم مضمون الحق والتعسف انما يتعلق بغايته . هذا فضلا عن عدم صدق هذا التبرير في كل الحالات : فبعض الحقوق ذات الحدود الدقيقة يظل مع ذلك محلا للتعسف ، وبعض الحقوق التي يقال انها مطلقة أو تقديرية تقتقد مثل هذا التحديد الدقيق (٤) .

ويرد بعض آخر من أنصار هذا الاتجاه بقاء بعض الحقوق مطلقة الى

Jousserand, op. cit., No. 308. (١)

Rouast, article précité. (٢)

Jousserand, op. cit., No. 308, p. 416. (٣)

Rouast, article précité, No. 3, pp. 2; 3. (٤)

أن استعمالها استعمالا تحكيميا يكون أمرا ضروريا أمام ما يهيمن على هذا الاستعمال من دوافع شخصية خالصة تستعصى على تقدير القاضى وتكون من شأن صاحب الحق وحده (١) . ولكن هذا التبرير بدوره غير مقنع . إذ ما دام من شأن اعمال نظرية التعسف فى استعمال الحق أخضاع دوافع استعمال الحقوق لرقابة القضاء وهى بحسب طبيعتها دوافع شخصية ، فلا وجه اذن لحرمانه - بدعوى الصفة الشخصية الخالصة - من رقابة بعض هذه الدوافع دون بعض . فضلا عن أن هذا التبرير يخلق مشكلة أخرى ليس من اليسير حلها ، هى مشكلة تحديد ما يعتبر من الدوافع ذا صفة شخصية خالصة بحيث يترك لمحض تقدير صاحب الحق وما لا يعتبر كذلك فيخضع لرقابة القضاء (٢) ، وبذلك يتعذر الوصول مسبقا - فى ضوء هذا التبرير - الى تحديد ما يعتبر من الحقوق مطلقا أو تقديريا وما يعتبر منها نسبيا يصلح محلا للتعسف .

والواقع أنه اذا كانت ما تزال توجد فى بعض القوانين والشرائع التى تقر الأخذ بمبدأ عدم التعسف فى استعمال الحق حقوق تقديرية أو مطلقة لا يخضع استعمالها لرقابة القضاء ، فليس ذلك الا بعض بقايا النزعة الفردية القديمة المتطرفة التى كانت تجعل لصاحب الحق حصانة مطلقة فى استعمال حقه . وقد أكد استبقاء هذه النزعة فى شأن تلك الحقوق ، أن التعسف فى استعمالها لا يمثل بعد فى نظر الجماعات صاحبة هذه القوانين درجة من الخطورة الكافية تجعلها على التصدى لتقويمه (٣) . ولذلك كان طبيعيا ألا تتفق هذه القوانين المختلفة على قائمة واحدة لما يعتبر تقديريا مطلقا من الحقوق ، إذ يختلف الأمر بحسب نظرة كل جماعة والمثل التى تسيرها والسياسة التشريعية التى تستهدفها ومدى ارتدادها عن النزعة الفردية القديمة ومدى استشعارها خطر التعسف فى استعمال هذه الحقوق . وعلى أى حال ، فالمسلم

Ripert, op. cit., No. 100. (١)

Notre thèse précitée, p. 122. (٢)

Notre thèse précitée, pp. 120, 121. (٣)

- حتى باعتراف المدافعين عن وجود هذه الحقوق التقديرية - أن هذه الحقوق في تراجع وعددها في تناقص^(١) ، ومآلها المحتوم - فيما نرى - هو الانقراض في القريب مسائرة للتطور المحتوم في هذه الجماعات . وأيا كان الأمر ، فوجود حقوق مطلقة أو تقديرية عرجة اذن ظروف خاصة بكل جماعة ، وليس في جوهر هذه الحقوق ما يحتم في المنطق اطلاق استعمالها لحض تحكم وتقدير أصحابها^(٢) .

وامام ذلك ، وبالنظر كذلك الى أن المشرع المصرى - في تقريره نظرية التعسف - انما يتكلم عن « استعمال الحق » بصفة عامة دون تمييز أو تحديد ودون اشارة الى امكان وجود حقوق تقديرية ، نستطيع أن نستخلص أن التعسف في القانون المصرى يرد على استعمال كافة الحقوق ، وأن هذا القانون قد تخلص تماما - في شأن استعمال الحقوق - من كل بقايا النزعة الفردية ، وأنه لا يقر بالتالى وجود حقوق تقديرية يتمتع أصحابها بسلطان مطلق في استعمالها دون تعقيب أو رقابة عليهم في ذلك من قبل القضاء^(٣) . ولذلك يجب القول - خلافا لما يرى البعض - باخضاع حق الايصاء وحق الطلاق في القانون المصرى لنظرية التعسف^(٤) . ومما يؤكد الرأى المتقدم كذلك أن المشرع المصرى حينما أتاحت له فرصة التعرض لبعض هذه الحقوق «التقديرية المزعومة أخضعها صراحة لرقابة القضاء لمنع التعسف في

(١) Rouast, pp. 2, 12, 16.

(٢) راجع في تفصيل مناقشة ورفض المبررات الخاصة لاطلاق استعمال كل حق من الحقوق التقديرية المزعومة على حدة :

Notre thèse précitée, pp. 131 - 168.

وكتابنا سالف الذكر ، ص ١١٤٨ - ١١٥٨ .

(٣) انظر في هذا المعنى :

كتابنا سالف الذكر ، ص ١١٤٧ وما بعدها . - اسماعيل خانم ، ص ١٦٧ . ولكن انظر عكس ذلك :

احمد سلامة ، نظرية الحق في القانون المدنى ، ١٩٥٩ ، فقرة ٨٢ .

(٤) راجع في تفصيل ذلك :

كتابنا سالف الذكر ، ص ١١٤٨ - ١١٥٧ .

استعمالها ، فهو ينفي الصفة التقديرية المزعومة للحق المعنوي للمؤلف ، بفرض رقابة قضائية مبتدأة على استعمال المؤلف سلطته في تعديل المصنف . وسحبه من التداول لضمان عدم التعسف فيه بالتحقق من وجود أسباب خطيرة تبرر هذا الاستعمال (م ٤٢ من قانون حماية حق المؤلف) (١) .

المبحث الرابع

اثبات التعسف وجزاؤه

٤٠١ - تحمل مدعى التعسف عبء اثباته

واضح أن على من يدعى وقوع تعسف من صاحب حق في استعمال حقه اثبات ما يدعيه طبقا للقواعد العامة في الاثبات . وعلى هذا النحو ، فالأصل أن صاحب الحق لا يتحمل عبء اثبات مشروعية استعمال حقه (٢) ، خاصة أن الاستعمال المشروع للحق هو الواجب الافتراض ابتداء الى أن يقوم الدليل على العكس (٣) .

ورغم ذلك ، فثم اتجاه يحاول قلب هذا الأصل في حالة انتهاء عقد العمل غير المحدد المدة بالإرادة المنفردة إنهاء تعسفيا أو بلا مبرر مشروع ، بتحصيل صاحب العمل إذا كان الانهاء من جانبه - وهذا هو الغالب - اثبات مشروعية الانهاء ومبرراته ، ويرى في ذلك خصوصية ملحوظة في التعسف في إنهاء

(١) أنظر سابقا ، ص ٤٩٥ - ٤٩٦ . وكتابنا سالف الذكر ، ص ١١٥٨ .

(٢) إلا أن يصرح المشرع بتحصيله بهذا العبء استثناء ، كنصه في المادة ٧/٧٥ من قانون العمل على تحميل صاحب العمل عبء اثبات أن فصل العامل لم يكن بسبب نشاطه النقابي . (أنظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «أ» ، ص ١١٦٠) .

(٣) في هذا المعنى :

Josserand, op. cit., No. 316.

هذا العقد (١) . وقد يكون في هذا الانجاء نجدة للعامل واقالة له من عبه اثبات عسير . ولكن هذا الاعتبار لا ينهض مبررا كافيا لتجاهل حكم القواعد العامة في وجوب تحميل مدعى التعسف ، وهو العامل في هذا الفرض ، بعبه اثبات تعسف صاحب العمل في الانهاء أو انعدام مبرر هذا الانهاء . وهذا ما يستقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية بخاصة (٢) ، وينحاز اليه القضاء المصرى فى مجموعه ويؤيده جمهور الفقه فى مصر (٣) .

٤٠٢ - الجزاء التعويضى والجزاء الوقائى على التعسف

واضح أن الجزاء على التعسف فى استعمال الحق يتمثل أساسا فى التعويض عن الأضرار المترتبة عليه . وقد ذهب رأى قديم (٤) الى اقتصار هذا التعويض على التعويض النقدي وحده دون التعويض العيني ، بدعوى أن التعويض العيني يفترض عملا مجاوزا حدود الحق بينما التعسف يفترض عملا داخل حدود الحق ومضمونه . ولكن هذا الرأى لم يلق تأييدا من الفقه أو القضاء ، فاستقر الرأى على هجره ، وعلى القول بأن جزاء التعسف التعويضى قد يكون نقديا وقد يكون عينيا حسب الاحوال (٥) .

(١) أنظر بخاصة :

محمد حلمى مراد ، قانون العمل ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فقرة ٣٧٦ . - محمود جبال الدين زكى ، عقد العمل فى القانون المصرى ، ١٩٥٦ ، فقرات ١٤٤ و ١٤٥ و ١٦٣ و ٢١٣ .

(٢) أنظر فى الإشارة الى هذا القضاء :

Mazeaud, t. I, p. 544, notes "5" et "6".

(٣) راجع فى الإشارة الى ذلك :

كتابنا أصول قانون العمل ، ج ١ ، ط ٢ ، ١٩٦٩ ، هامش «٣» ، ص ٦٥٢ - ٦٥٣ ، وهامش «١» ، ص ٦٥٣ .

(٤) Saleilles, Etudes sur la théorie générale de l'obligation, p. 373 en note.

(٥) أنظر بخاصة :

Demogue, op. cit., t. IV, No. 680. — Jousserand, op. cit., Nos. 324-327. — Notre thèse précitée, pp. 204, 207. — El-Kholy, La réparation en nature en droit français et en droit égyptien, thèse Paris, 1954 (imp. 1957), No. 288.

وإذا كان هذا الجزء التعويضي بصورتيه يرد على التعسف ، فليس هو
بجزائه الوحيد . بل ثم جزء آخر فعال يمكن أن يرد عليه ، بل ويعتبر
خصوصية من خصوصيات التعسف ، هو ذلك الجزء الوقائي الذي سبقت
الإشارة إليه والذي يمنع ابتداء الاستعمال التعسفي للحق ، ويحول بالتالي
دون وقوع الضرر أصلاً^(١) .

« تم بحمد الله »

= أنور سلطان ، المقالة السابقة ، ص ١٢٤ و ١٢٥ . - عبد الرزاق السنهوري ، ج ١ ، ص ٨٤٩ .

(١) في هذا المعنى :

Ripert, La règle morale, No. 94. — Dabin, op. cit., p. 308. — Notre thèse précitée, pp. 238 et s.

عبد الرزاق السنهوري ، الموضع السابق . - أساميل غانم ، ص ١٦٥ .

ولكن أنظر عكس ذلك :

El-Kholy, thèse précitée, Nos. 5 et s., No. 238.

الفهرس

الصفحة الفقرة

٧		المراجع
١١		مقدمة
١١		١. - اصطلاح القانون وتعدد مدلولاته
١٣		٢. - تفرع الحقوق عن القانون
١٤		٣. - خطة الكتاب

باب تمهيدى

فى القانون بوجه عام

١٧		٤. - عرض وتقسيم
١٨		الفصل الأول - خصائص القانون
١٨		٥. - الحاجة الى القانون
١٩		٦. - تعريف القانون واستخلاص خصائصه
٢٠		المبحث الأول - القانون مجموعة لقواعد سلوك
٢٠		٧. - القواعد التقريرية والقواعد التقويمية
٢١		٨. - القانون يفرض السلوك الواجب كامر أو تكليف
٢٢		المبحث الثانى - القانون مجموعة قواعد عامة مجردة
٢٢		٩. - التكليف القانونى تكليف عام مجرد

الصفحة	الفقرة
٢٥	المبحث الثالث - القانون مجموعة قواعد اجتماعية
٢٥	١٠ - بيئة القانون الاجتماعية
٢٧	١١ - القانون والعلوم الاجتماعية
٢٧	١٢ - القانون وقواعد السلوك الاجتماعية الأخرى
	(١) القانون وقواعد العادات والمجاملات والتقاليد (ص ٢٨)
	(٢) القانون والأخلاق (ص ٢٩) : النطاق (ص ٢٩) ،
	معيار التفرقة (ص ٣٠) ، آثار اختلاف الغاية
	بينهما (ص ٣٣) ، مدى تأثير القانون بالأخلاق
	(ص ٣٤)
	المبحث الرابع - القانون مجموعة قواعد ملزمة مكفولة بإجبار
٣٦	مدى جماعي
٣٦	١٣ - فكرة الجزاء أو الإجبار القانوني
٣٨	١٤ - الإجبار عنصر جوهري لقيام القانون
٣٩	١٥ - صور الجزاء أو الإجبار
٤٢	الفصل الثاني - مدى سلطان إرادة الأفراد إزاء القانون
	١٦ - تنوع قواعد القانون إلى أمرة ومكاملة يستتبع تفاوت سلطان
٤٢	إرادة الأفراد إزاء القانون بين الانعدام والإطلاق
٤٤	١٧ - توافر صفة الالتزام للقواعد المكاملة
٤٥	١٨ - معيار التفرقة بين القواعد الأمرة والقواعد المكاملة
٤٦	١٩ - مرونة فكرة النظام العام والآداب ونسبيتها
٤٧	٢٠ - النظام العام
٥١	٢١ - الآداب
٥٢	٢٢ - سلطة القاضي في تحديد مضمون النظام العام والآداب

الصفحة	الفقرة
٥٣	٢٣ - جزاء مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب
٥٦	الفصل الثالث - أقسام القانون وفروعه
٥٦	٢٤ - تمهيد
٥٧	المبحث الأول - التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص
٥٧	٢٥ - تاريخ التفرقة
٥٨	٢٦ - معيار التفرقة
٦٢	٢٧ - أهمية التفرقة
٦٣	٢٨ - مدى التفرقة
٦٤	المبحث الثاني - فروع القانون العام
٦٤	٢٩ - تقسيم
٦٤	المطلب الأول - القانون العام الخارجى
٦٤	٣٠ - مدى اعتبار القانون العام الخارجى قانونا بالمعنى الكامل
٦٦	المطلب الثانى - القانون العام الداخلى
٦٦	٣١ - تعريف وتقسيم
٦٧	٣٢ - القانون الدستورى
٦٨	٣٣ - القانون الادارى
٦٩	٣٤ - القانون المالى
٧٠	٣٥ - القانون الجنائى
٧٢	المبحث الثالث - فروع القانون الخاص
٧٢	٣٦ - تعريف وتمهيد
٧٢	٣٧ - القانون المدنى

الصفحة	الفقرة
٧٣	٢٨ - القانون التجارى
٧٤	٣٩ - القانون البحرى
٧٥	٤٠ - قانون العمل
٧٧	المبحث الرابع - فروع القانون المختلطة
٧٧	٤١ - تقسيم
٧٧	٤٢ - القانون الدولى الخاص
٨١	٤٣ - قانون المرافعات المدنية والتجارية

القسم الأول

النظرية العامة للقاعدة القانونية

٨٥	٤٤ - تقسيم
----	------------

الفرع الأول

تكوين القاعدة القانونية

٨٩	مقدمة
٨٩	٤٥ - تمهيد
٩٠	٤٦ - المذاهب الشكلية فى تكوين القاعدة القانونية
	(١) مذهب هيجل ، (٢) مذهب أوستن
٩٢	٤٧ - نقد المذاهب الشكلية واستبعادها
	٤٨ - التفرقة بين المصادر الرسمية أو الشكلية وبين المصادر المادية
٩٤	أو الموضوعية للقاعدة القانونية ، وأهميتها
٩٦	٤٩ - خطة البحث

الباب الأول

جوهر القاعدة القانونية

٩٧	٥٠ - تمهيد
٩٩	الفصل الأول - المدرسة المثالية
٩٩	مذهب القانون الطبيعي
٩٩	٥١ - تمهيد
١٠٠	٥٢ - القانون الطبيعي عند اليونان
١٠١	٥٣ - القانون الطبيعي عند الرومان
١٠٢	٥٤ - القانون الطبيعي عند الكنسيين في القرون الوسطى
	٥٥ - الدعوة الى سيادة الدولة المطلقة في القرن السادس عشر ، وانكار فكرة القانون الطبيعي نتيجة لذلك
١٠٣	
١٠٥	٥٦ - تبلور فكرة القانون الطبيعي كمذهب على يد جروسيوس
	٥٧ - رواج مذهب القانون الطبيعي وتطوره في القرنين السابع عشر والثامن عشر
١٠٦	
١٠٨	٥٨ - القانون الطبيعي والعقد الاجتماعي
١١٢	٥٩ - انتصار مذهب القانون الطبيعي على يد الثورة الفرنسية
	٦٠ - مهاجمة مذهب القانون الطبيعي وتراجعته في القرن التاسع عشر
١١٤	
١١٦	٦١ - حركة احياء القانون الطبيعي
	(١) القانون الطبيعي ذو المضمون المتغير (ص ١١٦) ، (٢) القانون الطبيعي موجه مثالي للعدل (ص ١١٨)
١١٩	٦٢ - القانون الطبيعي والقانون الوضعي

الصفحة	الفقرة
١٢٢	الفصل الثاني - المدرسة الواقعية
١٢٢	٦٣ - تمهيد
١٢٣	المبحث الأول - المذهب التاريخي
١٢٣	٦٤ - تمهيد
١٢٤	٦٥ - تعاليم المذهب التاريخي
١٢٦	٦٦ - نقد المذهب التاريخي
١٣٠	المبحث الثاني - مذهب التضامن الاجتماعي
١٣٠	٦٧ - تمهيد
١٣١	٦٨ - أسس مذهب التضامن الاجتماعي
١٣٥	٦٩ - نقد مذهب التضامن الاجتماعي
١٤٠	الفصل الثالث - الجمع بين فقه المدرستين المثالية والواقعية
١٤٠	٧٠ - ضرورة الجمع بين المدرستين
	المبحث الأول - العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند
١٤١	« جيني »
١٤١	٧١ - تمهيد
١٤٢	٧٢ - الحقائق الواقعية أو الطبيعية
١٤٣	٧٣ - الحقائق التاريخية
١٤٥	٧٤ - الحقائق العقلية
١٤٧	٧٥ - الحقائق المثالية
١٤٩	٧٦ - الغلبة للحقائق العقلية على بقية الحقائق
	المبحث الثاني - عنصر الواقع وعنصر المثال في تكوين جوهر
١٥٠	القاعدة القانونية

الصفحة	الفقرة
١٥٠	٧٧ - ضرورة استناد القاعدة القانونية الى الواقع والمثال معا
١٥٢	المطلب الأول - العنصر الواقعي التجريبي لو حقائق الحياة في الجماعة
١٥٢	٧٨ - تمهيد
١٥٣	٧٩ - العوامل الطبيعية
١٥٤	٨٠ - العوامل الاقتصادية
١٥٥	٨١ - العوامل السياسية والاجتماعية
١٥٧	٨٢ - العوامل الدينية والأخلاقية
١٥٧	٨٣ - العوامل التاريخية
١٥٨	المطلب الثاني - العنصر المثال لو للتل الأعلى للعدل
١٥٨	٨٤ - تمهيد
١٥٩	٨٥ - العدل التبادلي
١٦١	٨٦ - العدل التوزيعي
١٦٣	٨٧ - العدل الاجتماعي
١٦٤	٨٨ - اختزال صور العدل الثلاث المقسمة الى اثنتين : العدل الخاص والعدل العام
١٦٦	١ - المذهب الفردي
١٦٦	٨٩ - أسس المذهب الفردي
١٦٨	٩٠ - تقدير المذهب الفردي
١٧٠	٢ - المذهب الاجتماعي
١٧٠	٩١ - أسس المذهب الاجتماعي
١٧٣	٩٢ - تقدير المذهب الاجتماعي

الصفحة	الفقرة
١٧٣	٩٣ - ضرورة الجمع بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي أو بين العدل الخاص والعدل العام
١٧٩	٩٤ - القوانين الوضعية المخالفة لفكرة العدل
١٨٠	٩٥ - خلاصة هذا الباب

الباب الثاني

شكل القاعدة القانونية

١٨١	٩٦ - تمهيد
١٨٢	الفصل الأول - صياغة القاعدة القانونية
١٨٢	٩٧ - دور الصياغة وأهميته في تكوين القاعدة القانونية
١٨٣	المبحث الأول - أنواع الصياغة القانونية
١٨٣	٩٨ - تمهيد
١٨٣	٩٩ - الصياغة الجامدة
١٨٤	١٠٠ - الصياغة المرنة
١٨٥	١٠١ - مقارنة بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة
١٨٩	المبحث الثاني - طرق الصياغة القانونية
١٨٩	المطلب الأول - الطرق المادية
١٩٠	١٠٢ - احلال الكم محل الكيف
١٩١	١٠٣ - التشكيليات
١٩٣	المطلب الثاني - الطرق المعنوية
١٩٤	١٠٤ - القرائن القانونية

(١) القرائن القانونية في مجال الاثبات (ص ١٩٤)

(٢) القرائن القانونية في مجال القواعد الموضوعية

(ص ١٩٨)

- ١٠٥ - الافتراض أو الحيل القانونية ٢٠١
- الفصل الثاني - اعطاء القاعدة القانونية القوة الملزمة في العمل ٢٠٤
- ١٠٦ - تمهيد وتقسيم ٢٠٤
- المبحث الأول - المصادر الرسمية للقاعدة القانونية بوجه عام ٢٠٥
- ١٠٧ - تمهيد ٢٠٥
- المطلب الأول - العرف والتشريع ٢٠٥
- ١٠٨ - تمهيد وحالة ٢٠٥
- المطلب الثاني - الدين ٢٠٦
- ١٠٩ - صلة الدين بالقانون ٢٠٦
- ١١٠ - الدين المسيحي ٢٠٨
- ١١١ - الدين الاسلامي ٢١٠
- المطلب الثالث - الفقه ٢١١
- ١١٢ - الفقه مصدر رسمي في القانون القديم ٢١٢
- ١١٣ - الفقه مصدر تفسيري في القانون الحديث ٢١٢
- المطلب الرابع - القضاء ٢١٤
- ١١٤ - القضاء عند الرومان ٢١٤
- ١١٥ - القضاء في القانون الانجليزي ٢١٥
- ١١٦ - القضاء في أغلب القوانين الحديثة ٢١٥
- ١١٧ - الجدل حول اعتبار القضاء مصدرا رسميا ٢١٦

الصفحة	الفقرة
٢١٧	١١٨ - القضاء مصدر تفسيري حيث لا يوجد نظام السوابق القضائية
٢٢٠	١١٩ - القضاء مصدر تفسيري في القانون المصري
٢٢٣	المبحث الثاني - المصادر الرسمية للقانون المصري
٢٢٣	١٢٠ - تمهيد وتقسيم
٢٢٦	المطلب الأول - المصادر الرسمية الأصلية
٢٢٦	١٢١ - ازدواج المصدر الرسمي الأصل لقانون المصري
٢٢٧	الوجه الأول - التشريع ، المصدر الأصلي العام
٢٢٧	١٢٢ - تمهيد وتقسيم
٢٢٨	١ - خصائص التشريع
٢٢٨	١٢٣ - تمهيد
٢٢٨	١٢٤ - التشريع يضع قاعدة قانونية
٢٣٠	١٢٥ - التشريع يصدر في صورة مكتوبة
٢٣٠	١٢٦ - التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة
٢٣١	٢ - سن التشريع
٢٣١	١٢٧ - تمهيد
٢٣٢	١٢٨ - التشريع الأساسي
٢٣٣	١٢٩ - التشريع العادي
	من السلطة التنفيذية التشريع العادي في أحوال استثنائية :
	(١) تشريع الضرورة (ص ٢٣٦) ، (٢) تشريع التفويض
	(ص ٢٣٨)
٢٣٩	١٣٠ - التشريع الفرعي
	(١) اللوائح التنفيذية (ص ٢٤٠) ، (٢) اللوائح التنظيمية

الصفحة	العقود
(ص ٢٤١) ، (٣) لوائح الضبط أو لوائح البوليس (ص ٢٤١)	
٢٤٢	٣ - نفاذ التشريع
٢٤٢	١٣١ - تمهيد
٢٤٣	١٣٢ - اصدار التشريع
٢٤٤	١٣٣ - نشر التشريع
٢٤٧	٤ - نتائج تدرج التشريع أو رقابة صحته
٢٤٧	١٣٤ - خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى ، ورقابة ذلك
	(١) رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الشكل
٢٤٨	١٣٥ - لا خلاف على تقرير هذه الرقابة
	(٢) رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع
٢٤٨	١٣٦ - الخلاف حول هذه الرقابة تبعا لدرجة التشريع الأدنى
٢٤٨	١٣٧ - التسليم برقابة قانونية اللوائح ودستوريتها
٢٤٩	١٣٨ - مشكلة رقابة دستورية القوانين
	(١) الخلاف حول مبدأ الرقابة القضائية لدستورية القوانين
	(ص ٢٤٩) ، (٢) رقابة دستورية القوانين في القانون
	الحديث (ص ٢٥١) ، (٣) مدى رقابة دستورية القوانين في
	مصر : ١ - قبل انشاء المحكمة العليا (ص ٢٥٣) ٢ - منذ
	انشاء المحكمة العليا (ص ٢٥٥) - منذ انشاء المحكمة الدستورية العليا (ص ٢٥٦)
٢٦٠	٥ - التقنين
٢٦٠	١٣٩ - التقنين وضرورته
٢٦١	١٤٠ - مهاجمة فكرة التقنين والرد عليها
٢٦٣	١٤١ - حركة التقنين في العصر الحديث

الصفحة	الفقرة
٢٦٣	١٤٢ - حركة التقنين في مصر
	الوجه الثاني - الدين ، المصدر الأصل الخاص
٢٦٥	١٤٣ - تمهيد وتقسيم
٢٦٦	١٤٤ - مركز الدين قبل صدور التقنينات الأولى
٢٦٦	١٤٥ - مركز الدين بعد صدور التقنينات الأولى
٢٦٩	١٤٦ - أثر نشاط حركة التشريع الحديثة في مركز الدين
٢٧١	المطلب الثاني - المصادر الرسمية الاحتياطية
٢٧١	١٤٧ - الحاجة الى المصادر الرسمية الاحتياطية
٢٧٢	الوجه الأول - العرف
٢٧٢	١٤٨ - تمهيد
٢٧٣	١ - أركان العرف
٢٧٤	١٤٩ - الركن المادى - أطراد العمل بسنة معينة
٢٧٦	١٥٠ - الركن المعنوى - العقيدة في الزام السنة المتبعة
٢٧٦	١٥١ - التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية
٢٧٩	١٥٢ - آثار التفرقة بين العرف وبين العادة اتفاقية
	(١) من حيث افتراض أو عدم افتراض العلم بالمضمون
	(ص ٢٧٩) ، (٢) من حيث سنطة القاضى فى التطبيق
	(ص ٢٨٠) ، (٣) من حيث الاثبات (ص ٢٨٠) ، (٤) من
	حيث رقابة محكمة النقض (ص ٢٨١)
٢٨٣	٢ - أساس قوة العرف الملزمة
٢٨٣	١٥٣ - اختلاف النظر الى أساس الزام العرف
٢٨٤	١٥٤ - تأسيس الزام العرف على إرادة المشرع الضمنية
٢٨٥	١٥٥ - تأسيس الزام العرف على « الضمير الجماعى »

الصفحة	الفقرة
٢٨٦	١٥٦ - تأسيس الزام العرف على أحكام القضاء
	(١) عرض نظرية الأساس القضائي لالزام العرف (ص ٢٨٦) ،
	(٢) مناقشة ورفض النظرية (ص ٢٨٧) ، (٣) دور القضاء
	في تحديد مضمون العرف وتدعيم قوته الملزمة (ص ٢٨٨)
٢٨٩	١٥٧ - قوة الزام العرف الذاتية
٢٩٠	٣ - مكان العرف بين المصادر الرسمية للقانون
٢٩٠	١٥٨ - مقام العرف في القانون الحديث
٢٩١	١٥٩ - تقدم مرتبة التشريع على العرف في القانون المصري
٢٩١	١٦٠ - نتائج تخلف المرتبة بالعرف عن التشريع
	(١) عدم قدرة العرف على مخالفة أو إلغاء نصوص التشريع
	الأمرة (ص ٢٩٢) ، (٢) قدرة العرف على مخالفة النصوص
	المكاملة دون الغائها (ص ٢٩٤)
٢٩٥	٤ - نصيب العرف في فروع القانون المختلفة
٢٩٥	١٦١ - القانون التجاري
٢٩٦	١٦٢ - القانون المدني
٢٩٦	١٦٣ - القانون الدستوري
٢٩٧	١٦٤ - قانون العقوبات
٢٩٨	الوجه الثاني - مبادئ الشريعة الإسلامية
	١٦٥ - إدراج مبادئ الشريعة الإسلامية بين المصادر الرسمية
	للقانون المصري باعتبارها المصدر الاحتياطي الثاني التي على
٢٩٨	العرف
٣٠١	مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع

الفرع الثاني

تطبيق القاعدة القانونية

٣٠٥		مقدمة
٣٠٥		١٦٦ - السلطة القضائية تقوم على تطبيق القانون
٣٠٧		١٦٧ - جهة القضاء العادي
٣٠٨		١٦٨ - جهة القضاء الإداري
٣٠٩		١٦٩ - المحكمة الدستورية العليا
٣١٣		١٧٠ - منهج البحث

الباب الأول

مدى سريان القاعدة القانونية

٣١٥		١٧١ - تمهيد وتقسيم
-----	-------	--------------------

الفصل الأول - مدى سريان القاعدة القانونية في حق المخاطبين

٣١٦		بأحكامها
٣١٦		١٧٢ - مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون
٣١٦		١٧٣ - أساس مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون
٣١٧		١٧٤ - مدى مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون
		إطلاق هذا المبدأ : (١) بالنسبة إلى القواعد القانونية على اختلاف مصادرها (ص ٣١٧) ، (٢) بالنسبة إلى القواعد الآمرة والقواعد المكملّة على السواء (ص ٣١٨)
٣١٩		١٧٥ - الاستثناء من مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون »
		(١) إبطال العقد لغلط في القانون ليس استثناء (ص ٣٢٠) ،

(٢) امتناع المسئولية الجنائية في حالة الجهل بقوانين غير
جنائية تؤسس عليها العقوبة ليس استثناء (ص ٣٢٢)

٣٢٤ الفصل الثاني - مدى سريان القاعدة القانونية في المكان

١٧٦ - مشكلة السريان المكاني ٣٢٤

١٧٧ - مبدأ الإقليمية ومبدأ الشخصية في سريان القاعدة القانونية ٣٢٥

١٧٨ - مدى السريان المكاني للقانون المصري ٣٢٦

أولا - مبدأ الإقليمية القانون المصري (ص ٣٢٦)

ثانيا - أحوال الخروج الاستثنائي على مبدأ الإقليمية

القانون المصري (ص ٣٢٧)

٣٣٠ الفصل الثالث - مدى سريان القاعدة القانونية في الزمان

١٧٩ - تقسيم ٣٣٠

٣٣١ المبحث الأول - إلغاء القاعدة القانونية

١٨٠ - تمهيد ٣٣١

١٨١ - الإلغاء الصريح ٣٣٢

١٨٢ - الإلغاء الضمني ٣٣٢

(١) التعارض بين القديم والجديد (ص ٣٣٣) ، (٢) تنظيم

نفس الموضوع من جديد (ص ٣٣٦)

١٨٣ - سلطة إلغاء القاعدة القانونية ٣٣٦

٣٣٨ المبحث الثاني - تنازع القواعد القانونية في الزمان

١٨٤ - مشكلة التنازع الزماني ٣٣٨

١٨٥ - مبدأ عدم رجعية القوانين ٣٣٩

الصفحة	الفقرة
١٨٦ -	عدم كفاية مبدأ عدم رجعية القوانين لحل مشاكل التنازع
٣٤١	بينها في الزمان
١٨٧ -	منهج البحث
٣٤١	
٣٤٢	المطلب الأول - أصول حل مشكلة التنازع الزماني
٣٤٢	١٨٨ - تعدد النظريات الفقهية
٣٤٣	الوجه الأول - النظرية التقليدية في التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل
٣٤٣	١٨٩ - المبدأ هو عدم الرجعية ، أي عدم المساس بحق مكتسب
٣٤٥	١٩٠ - استثناءات مبدأ عدم الرجعية
	(١) النص الصريح على الرجعية (ص ٣٤٥) ، (٢) القوانين الجنائية الأصلح لمتهم (ص ٣٤٦) ، (٣) القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب (ص ٣٤٦) ، (٤) القوانين التفسيرية (ص ٣٤٨)
٣٤٨	١٩١ - تقدير النظرية التقليدية
٣٥١	الوجه الثاني - نظرية « ديجي » ، في التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والشخصية
٣٥١	١٩٢ - تمهيد
٣٥١	١٩٣ - القوانين المتعلقة بالأعمال
٣٥٢	١٩٤ - القوانين المتعلقة بالمراكز القانونية
	(١) التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والشخصية (ص ٣٥٢) ، (٢) الرجعية تنحصر في المساس بمركز قانوني شخصي لا موضوعي (ص ٣٥٢)
٣٥٥	١٩٥ - تقدير نظرية « ديجي »

الصفحة	الفقرة
	الوجه الثالث - النظرية الحديثة في التفرقة بين الأثر
٣٥٧	الرجعى والأثر المباشر
٣٥٧	١٩٦ - تمهيد
٣٥٨	١ - انعدام الأثر الرجعى للقانون الجديد
٣٥٨	١٩٧ - القاعدة هى عدم الرجعية
	(١) تكوين أو انقضاء المراكز القانونية (ص ٣٥٨) ،
	(٢) ترتيب الآثار القانونية (ص ٣٦٠)
٣٦١	١٩٨ - استثناءات عدم الرجعية
٣٦٢	٢ - الأثر المباشر للقانون الجديد
	١٩٩ - ضرورة اكمال مبدأ عدم رجعية القانون الجديد بمبدأ أثره
٣٦٢	المباشر
	(١) تمام ما بدأ فى الماضى من تكون أو انقضاء المراكز
	القانونية (ص ٣٦٣) ، (٢) الآثار المستقبلية للمراكز
	القانونية الماضية (ص ٣٦٤)
	٢٠٠ - الخروج على مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد باخضاع المراكز
٣٦٥	العقدية الجارية للأثر المستمر للقانون القديم
٣٧٠	٢٠١ - تقدير النظرية الحديثة
٣٧٣	٢٠٢ - النظريات الفقهية وأحكام القضاء فى مشكلة التنازع الزمانى
٣٧٤	٢٠٣ - الموجهات والأصول العامة فى حل مشكلة التنازع الزمانى
	المطلب الثانى - الحلول العامة الوضعية لبعض مشاكل
٣٧٩	التنازع الزمانى
٣٧٩	٢٠٤ - تمهيد
٣٧٩	٢٠٥ - التنازع الزمانى بين قوانين الأعلىية

الصفحة	الفقرة
٢٨٢	٢٠٦ - التنازع الزماني بين قوانين التقادم
٢٨٦	٢٠٧ - التنازع الزماني بين قوانين الاثبات
٢٨٨	٢٠٨ - التنازع الزماني بين قوانين المرافعات
٢٩٢	٢٠٩ - التنازع الزماني بين قوانين العقوبات

الباب الثاني

تفسير القاعدة القانونية

٣٩٧	٢١٠ - تمهيد وتقسيم
٣٩٩	الفصل الأول - أنواع التفسير
٣٩٩	٢١١ - التفسير التشريعي
٤٠٠	٢١٢ - التفسير الفقهي والقضائي
٤٠٢	الفصل الثاني - مدارس التفسير وطرائقه
٤٠٢	المطلب الأول - مدرسة التزام النص
٤٠٢	٢١٣ - فقه مدرسة التزام النص وطرائقها
	(١) الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية (ص ٤٠٣) ،
	(٢) الالتجاء الى ارادة المشرع المفترضة (ص ٤٠٤) ،
	(٣) الوقوف عند الارادة الحقيقية للمشرع فى بعض المسائل الجنائية (ص ٤٠٧)
٤٠٨	٢١٤ - نقد مدرسة التزام النص
٤٠٩	المطلب الثاني - المدرسة التاريخية او الاجتماعية
٤٠٩	٢١٥ - تطور التفسير بتطور الظروف الاجتماعية
٤١٠	٢١٦ - تقدير المدرسة الاجتماعية او التاريخية

الصفحة	الفقرة
٤١٠	المطلب الثالث - المدرسة العلمية
٤١٠	٢١٧ - البحث العلمى الحر
٤١١	٢١٨ - تقدير المدرسة العلمية
٤١٢	المطلب الرابع - التفسير فى القانون الوضعى المصرى
٢١٩	- نص المشرع المصرى على الرجوع الى مبادئ القانون الطبيعى
٤١٢	وقواعد العدالة عند قصور المصادر الرسمية ، ودلالته

القسم الثانى النظرية العامة للحق

٤١٩	٢٢٠ - تقسيم
-----	-------------

باب تمهيدى فى الحق بوجه عام

٤٢١	٢٢١ - الحق والقانون
٤٢٢	٢٢٢ - تقسيم
٤٢٣	الفصل الأول - وجود فكرة الحق
٤٢٣	٢٢٣ - تمهيد
٤٢٣	٢٢٤ - انكار وجود الحق
٤٢٦	٢٢٥ - الإبقاء على فكرة الحق
٤٣١	الفصل الثانى - تعريف الحق
٤٣١	٢٢٦ - تمهيد
٤٣١	٢٢٧ - الاتجاه الشخصى
٤٣٣	٢٢٨ - الاتجاه الموضوعى

الصفحة	الفقرة
٤٣٥	٢٢٩ - الاتجاه المختلط
٤٣٦	٢٣٠ - تحليل الحق وتعريفه
	(١) الرابطة القانونية (ص ٤٣٧) ، (٢) الاستثناء بما
	تخوله الرابطة القانونية من اقتضاء أو تسلط (ص ٤٣٩)
٤٤٤	الفصل الثالث - أنواع الحق
٤٤٤	٢٣١ - تعدد أنواع الحق وتقسيماته المختلفة
٤٤٨	المبحث الأول - حقوق الشخصية
٤٤٨	٢٣٢ - التصوير السائد لحقوق الشخصية
	(١) الحقوق الواردة على المقومات المادية للشخصية
	(ص ٤٤٩) ، (٢) الحقوق الواردة على المقومات المعنوية
	للشخصية (ص ٤٥٠) ، (٣) الحقوق المتعلقة بحرية نشاط
	الشخصية (ص ٤٥٢)
٤٥٣	٢٣٣ - نقد التصوير السائد ، والحد من نطاق الحقوق الشخصية
٤٥٦	٢٣٤ - خصائص حقوق الشخصية
	المبحث الثاني - الحقوق المعنوية والحقوق الشخصية أو حقوق
٤٥٩	الذاتية
٤٥٩	٢٣٥ - تمهيد
٤٥٩	الطلب الأول - الحق العيني
٤٥٩	٢٣٦ - تعريف الحق العيني ، وأنواعه
٤٦٠	٢٣٧ - الحقوق المعنوية الأصلية
٤٦٤	٢٣٨ - الحقوق المعنوية التبعية
٤٦٧	الطلب الثاني - الحق الشخصي أو حق الذاتية

الصفحة	الفقرة
٢٣٩ -	تعريف الحق الشخصى أو حق الدائنية
٤٦٧	
	المطلب الثالث - التفرقة بين الحق العينى وبين الحق الشخصى
٤٧٠	
٢٤٠ -	التفرقة التقليدية بين الحقين
٤٧٠	
٢٤١ -	محاولة تقرب الحق العينى من الحق الشخصى
٤٧٠	
٢٤٢ -	الإبقاء على التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى
٤٧٢	
٢٤٣ -	آثار التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى
٤٧٥	
	(١) الحق العينى حق مطلق والحق الشخصى حق نسبى
	(ص ٤٧٦) ، (٢) و (٣) يخول الحق العينى دون الحق
	الشخصى ميزة التبعية (ص ٤٧٦) وميزة الأفضلية
	(ص ٤٧٨) ، (٤) قصور إرادة الأفراد عن ابتداع حقوق
	عينية غير تلك التى يعينها القانون ، وقدرتها على ذلك فى
	الحقوق الشخصية (ص ٤٧٩) ، (٥) ينبغى أن يكون الشيء
	فى الحق العينى - دون الحق الشخصى - حالا ومعينا بالذات
	(ص ٤٨٠)
٤٨١	المبحث الثالث - الحقوق الذهنية
٢٤٤ -	ظهور طائفة الحقوق الذهنية وتصدى التشريعات الحديثة
٤٨١	لتنظيم أحكامها
٢٤٥ -	معيار الحقوق الذهنية
٤٨٣	
٢٤٦ -	أصحاب الحقوق الذهنية
٤٨٥	
	(١) المصنف المشترك (ص ٤٨٥) ، (٢) المصنف الجماعى
	(ص ٤٨٧)
٢٤٧ -	طبيعة الحقوق الفعنية
٤٨٨	
٢٤٨ -	الحق المعنوى
٤٨٩	

المفكرة الصفحة

- (١) سلطة النشر (ص ٤٩٠) ، (٢) سلطة تعيين نسب
المصنف (ص ٤٩٠) ، (٣) سلطة التعديل (ص ٤٩١) ،
(٤) سلطة السحب (ص ٤٩١)

- ٢٤٩ - الحق المالى ٤٩٢
٢٥٠ - آثار التمييز بين الحق المعنوى والحق المالى ٤٩٣
الفصل الرابع - الذمة المالية ٤٩٩
٢٥١ - تعريف الذمة المالية ، والخلاف حول تأصيلها ٤٩٩
٢٥٢ - نظرية الشخصية ٥٠٠
٢٥٣ - نظرية التخصيص ٥٠٢
٢٥٤ - تقدير النظريتين ٥٠٤
٢٥٥ - جوهر فكرة الذمة المالية ٥٠٨
٢٥٦ - أهمية الذمة المالية ٥٠٩

- (١) الضمان العام للدائنين (ص ٥٠٩) ، (٢) انتقال الذمة
المالية بالوفاة (ص ٥١١)

الباب الأول

صاحب الحق

- ٢٥٧ - صاحب الحق هو الشخص ٥١٣
٢٥٨ - مدلول الشخصية ٥١٣
٢٥٩ - الشخصية وأهلية الوجوب ٥١٧
٢٦٠ - منهج البحث ٥١٩
الفصل الأول - الشخص الطبيعى ٥٢٠

الصفحة	الفقرة
٥٢٠	٢٦١ - تمهيد وتقسيم
٥٢٣	المبحث الأول - مدة الشخصية
٥٢٣	٢٦٢ - تمهيد
٥٢٣	المطلب الأول - بداية الشخصية
٥٢٣	٢٦٣ - ابتداء شخصية الانسان بتمام ولادته حيا
٥٢٥	٢٦٤ - مركز الجنين أو الحمل
٥٢٧	المطلب الثاني - نهاية الشخصية
٥٢٧	(١) نهاية الشخصية بالموت الحقيقي
٥٢٧	٢٦٥ - انتهاء الشخصية بالموت وعدم امتدادها بعده الى حين الفراغ من تصفية التركة
٥٣٠	(٢) نهاية الشخصية بالموت الحكمي أو التقديرى
٥٣٠	٢٦٦ - الحكم أو القرار باعتبار المفقود ميتا وانتهاء شخصيته انهاءً
٥٣١	تقديرى
٥٣٣	٢٦٧ - أثر الحكم أو القرار باعتباره المفقود ميتا.
٥٣٥	٢٦٨ - ظهور حياة المفقود
٥٣٧	المبحث الثاني - مميزات الشخصية
٥٣٧	٢٦٩ - تمهيد وتقسيم
٥٣٧	المطلب الأول - الحالة
٥٣٧	٢٧٠ - تحديد الحالة
٥٣٩	(١) الحالة السياسية أو الجنسية
٥٣٩	٢٧١ - أهمية الحالة السياسية
٥٤٠	٢٧٢ - الجنسية الأصلية والجنسية الطارئة

الصفحة	الفقرة
٥٤١	(٢) الحالة العائلية أو القرابة
٥٤١	٢٧٣ - قرابة النسب
٥٤٢	٢٧٤ - قرابة المصاهرة
٥٤٣	٢٧٥ - أهمية القرابة
٥٤٤	(٣) الحالة الدينية
٥٤٤	٢٧٦ - اعتداد القانون المصرى بالحالة الدينية اعتداد استثنائي
٥٤٦	المطلب الثانى - الاسم
٥٤٦	٢٧٧ - تحديد الاسم ، وأهميته وطرق اكتسابه
٥٤٧	٢٧٨ - التكييف القانونى للاسم
٥٥٠	٢٧٩ - حماية الاسم
٥٥٢	٢٨٠ - خصائص الاسم
	(١) باعتباره حقاً من حقوق الشخصية : عدم القابلية للتصرف (ص ٥٥٢) - عدم القابلية للتقادم (ص ٥٥٤) ،
	(٢) باعتباره واجبا : ضرورة الاسم لكل شخص (ص ٥٥٤)
	- ثبات الاسم وعدم تغييره بمحض الإرادة واستقلالها (ص ٥٥٥)
٥٥٦	٢٨١ - اسم الشهرة والاسم المستعار
٥٥٧	٢٨٢ - الاسم التجارى
٥٥٩	المطلب الثالث - الوطن
٥٥٩	٢٨٣ - أهمية الوطن وتقسيمه
٥٦٠	الوجه الأول - الوطن العام
٥٦٠	٢٨٤ - تراوح تحديد الوطن العام بين الاختيار والالزام
٥٦٢	٢٨٥ - الوطن الارادى أو الاختيارى

الصفحة	الفقرة
	(١) التصوير الواقعي والتصوير الحكمي (ص ٥٦١) ،
	(٢) تقدير التصويرين (ص ٥٦٢) ، (٣) موقف القوانين
	المختلفة من التصويرين (ص ٥٦٣) ، (٤) أخذ القانون
	المصري بالتصوير الواقعي (ص ٥٦٤)
٢٨٦ -	الموطن القانوني أو الإلزامي ٥٦٦
٥٦٨	الوجه الثاني - الوطن الخاص
٢٨٧ -	الموطن التجاري أو الحرفي ٥٦٨
٢٨٨ -	موطن ناقص الأهلية في شأن ما يعتبر أهلا لمباشرة من
٥٦٩	تصرفات ٥٦٩
٢٨٩ -	الموطن المختار ٥٧٠
٥٧٢	المبحث الثالث - النشاط الإرادي للشخصية أو أهلية الأداء
٢٩٠ -	تعريف أهلية الأداء ٥٧٢
٢٩١ -	نطاق أهلية الأداء ٥٧٢
	(١) اقتصرارها على التصرفات القانونية (ص ٥٧٢) ،
	(٢) التمييز بينها وبين الولاية (ص ٥٧٣)
٢٩٢ -	مناط أهلية الأداء ٥٧٤
٥٧٥	المطلب الأول - أحكام أهلية الأداء
٢٩٣ -	أنواع التصرفات القانونية التي ترد عليها الأهلية ٥٧٧
٢٩٤ -	منهج البحث ٥٧٦
٥٧٧	الوجه الأول - تدرج الأهلية بتدرج السن
٢٩٥ -	انعدام الأهلية ٥٧٧
٢٩٦ -	نقص الأهلية ٥٧٨

الصفحة	الفقرة
	(١) حكم القواعد العامة (ص ٥٧٨) ، (٢) الخروج على حكم القواعد العامة (ص ٥٧٩)
٢٩٧ -	كمال الأهلية ٥٨٣
٥٨٤	الوجه الثانى - عوارض الأهلية ٥٨٤
٢٩٨ -	أثر عوارض الأهلية فى اعدامها أو الانتقاص منها ٥٨٤
٢٩٩ -	الجنون والعتة ٥٨٤
٣٠٠ -	السفه والغفلة ٥٨٧
	(١) نقص أهلية السفه وذى الغفلة فى الأصل بالحجر عليه (ص ٥٨٧) ، (٢) الخروج على أصل نقص أهلية السفه أو ذى الغفلة المحجور عليه (ص ٥٨٩)
٥٩١	الوجه الثالث - موانع الأهلية ٥٩١
٣٠١ -	طبيعة موانع الأهلية وتعدادها ٥٩١
٣٠٢ -	المانع المادى بالغيبة ٥٩١
٣٠٣ -	المانع القانونى بالحكم بعقوبة جنائية ٥٩٢
٣٠٤ -	الموانع الطبيعى بالعاهتين أو العجز الجسمانى الشديد ٥٩٣
٥٩٦	المطلب الثانى - أحكام الولاية على المال ٥٩٦
٣٠٥ -	أهلية الأداء والولاية عموما ٥٩٦
٣٠٦ -	حصر البحث فى الولاية على المال - التنظيم التشريعى لها ، ومنهج البحث فيها ٥٩٦
٥٩٨	الوجه الأول - الولاية على مال القصر ٥٩٨
٣٠٧ -	أصحاب الولاية على مال القصر ، ومراتبهم ٥٩٨
٣٠٨ -	ولاية « الرولى » أى الأب والجد الصحيح ٥٩٩

الصفحة	الفقرة
	(١) ثبوت الولاية (ص ٥٩٩) ، (٢) سلطات الولي وواجباته (ص ٦٠٠) ، (٣) رقابة الولي (ص ٦٠٢) . (٤) وقف الولاية وسلبها وانقضاءها (ص ٦٠٢)
٦٠٤	٣٠٩ - ولاية الوصي
	(١) تعيين الوصي (ص ٦٠٤) ، (٢) واجبات الوصي (ص ٦٠٦) . (٣) سلطات الوصي (ص ٦٠٦) . (٤) رقابة الوصي (ص ٦٠٨) ، (٥) انتهاء الوصاية (ص ٦٠٨)
٦١٠	الوجه الثاني - الولاية على مال المحجوزين
٦١٠	٣١٠ - ولاية القيم
٦١١	الوجه الثالث - الولاية على مال ذوى موانع الأهلية
٦١١	٣١١ - الوكيل عن الغائب
٦١٢	٣١٢ - القيم على المحكوم عليه بعقوبة جنسية
٦١٣	٣١٣ - المساعد القضائي لذى العاهتين أو العجز
٦١٤	الوجه الرابع - مجاوزة حدود الولاية على المال
٦١٤	٣١٤ - عدم نفاذ تصرفات من له الولاية - فيما يجاوز حدودها - فى حق المولى عليه
٦١٧	الفصل الثاني - الشخص المعنوى أو الاعتبارى
٦١٧	٣١٥ - أهمية الشخصية المعنوية ، ولزومها ، وتنظيمها
٦١٩	٣١٦ - منهج البحث
٦٢١	المبحث الأول - النظرية العامة للشخصية الاعتبارية
٦٢١	٣١٧ - تمهيد وتقسيم
٦٢٢	المطلب الأول - طبيعة الشخصية الاعتبارية

الصفحة	الفقرة
٦٢٢	٣١٨ - الخلاف حول طبيعة الشخصية الاعتبارية وأهميته العملية
٦٢٢	٣١٩ - نظرية الشخصية الافتراضية
	(١) عرض النظرية (ص ٦٢٢) ، (٢) تقدير النظرية (ص ٦٢٤)
٦٢٥	٣٢٠ - نظرية الشخصية الحقيقية
	(١) نظريات تماثل الشخصية الاعتبارية والشخصية الطبيعية (ص ٦٢٥) ، (٢) نظرية المصلحة الجماعية (ص ٦٢٦) ، (٣) النظرية الاجتماعية أو نظرية النظم (ص ٦٢٧)
٦٣٠	٣٢١ - جوهر حقيقة الشخصية الاعتبارية
٦٣٤	المطلب الثاني - ابتداء الشخصية الاعتبارية
٦٣٤	٣٢٢ - اكتساب الشخصية الاعتبارية منوط باعتراف القانون
٦٣٦	٣٢٣ - الاعتراف العام والاعتراف الخاص
٦٣٨	٣٢٤ - مركز الشخص الاعتباري في مرحلة تكوينه
٦٤٠	المطلب الثالث - مدى الشخصية الاعتبارية
٦٤٠	٣٢٥ - أهلية وجوب الشخص الاعتباري المحدودة
٦٤١	٣٢٦ - قيود أهلية وجوب الشخص الاعتباري
	(١) الحقوق والتزامات الملازمة لطبيعة الانسان (ص ٦٤٢)، (٢) مبدأ التخصص (ص ٦٤٤)
٦٤٧	المطلب الرابع - مميزات الشخصية الاعتبارية
٦٤٧	٣٢٧ - تمهيد
٦٤٧	٣٢٨ - حالة الشخص الاعتباري

الصفحة	الفقرة
٦٤٨	٣٢٩ - جنسية الشخص الاعتباري
٦٥٢	٣٣٠ - اسم الشخص الاعتباري
٦٥٣	٣٣١ - موطن الشخص الاعتباري
٦٥٤	٣٣٢ - ذمة الشخص الاعتباري المستقلة
٦٥٥	المطلب الخامس - نشاط الشخصية الاعتبارية
	٣٣٣ - استحالة نشاط الشخص الاعتباري بنفسه ، وضرورة نشاطه بواسطة أشخاص طبيعيين
٦٥٦	٣٣٤ - مركز الأشخاص الطبيعيين من الشخص الاعتباري الذي يباشرون عنه نشاطه
٦٦٠	٣٣٥ - أهلية الاداء والشخص الاعتباري
٦٦١	٣٣٦ - مسئولية الشخص الاعتباري
	(١) المسئولية المدنية (ص ٦٦١) ، (٢) المسئولية الجنائية (ص ٦٦٢)
٦٦٣	٣٣٧ - مبدأ التخصص وأثره في تقييد نشاط الشخص الاعتباري
٦٦٤	المطلب السادس - انقضاء الشخصية الاعتبارية
٦٦٤	٣٣٨ - أسباب الانقضاء
٦٦٥	٣٣٩ - ذبول الانقضاء
٦٦٩	المبحث الثاني - أنواع الشخص الاعتباري
٦٦٩	٣٤٠ - تقسم الأشخاص الاعتبارية الى عامة وخاصة
٦٧١	المطلب الأول - الأشخاص الاعتبارية العامة
٦٧١	٣٤١ - طوائف الأشخاص الاعتبارية العامة
	(١) الأشخاص الاعتبارية الاقليمية (ص ٦٧١) ،

الصفحة	الفقرة
	(٢) منشآت أو الهيئات أو المؤسسات العامة (ص ٦٧١)
٦٧٦	المطلب الثاني - الأشخاص الاعتبارية الخاصة
٦٧٦	٣٤٢ - تقسيم
٦٧٦	الوجه اول - جماعات الأشخاص
٦٧٦	٣٤٣ - تقييد وتقسيم
٦٧٧	(١) الشركات
٦٧٧	٣٤٤ - مقومات الشركة وأنواعها
٦٧٨	٣٤٥ - تكوين الشركة وبدء شخصيتها
٦٧٩	٣٤٦ - انقضاء الشركة
٦٨٠	(٢) الجمعيات
٦٨٠	٣٤٧ - تقييد
٦٨٠	٣٤٨ - مقومات الجمعية
٦٨١	٣٤٩ - نشوء الجمعية وبدء شخصيتها
٦٨٣	٣٥٠ - قيود اعملية وجوب الجمعية
٦٨٤	٣٥١ - نشاط الجمعية
	(١) قيود نشاط الجمعية (ص ٦٨٤) ، (٢) رقابة نشاط الجمعية (ص ٦٨٥)
٦٨٧	٣٥٢ - انقضاء الجمعية
٦٨٧	٣٥٣ - تصفية الجمعية
٦٨٩	٣٥٤ - الجمعيات ذات النفع العام أو الضفة العامة
	(١) امتيازاتها (ص ٦٨٩) ، (٢) سلطة الادارة في الاشراف عليها (ص ٦٩٠)

الصفحة	الفقرة
٦٩١	الوجه الثاني - مجموعات الأموال
٦٩٢	(١) 'أوقاف
٦٩٢	٣٥٦ - شخصية الوقف الاعتبارية
٦٩٢	٣٥٧ - مدير نظام الوقت
٦٩٥	(٢) المؤسسات الخاصة
٦٩٥	٣٥٨ - تمهيد
٦٩٥	٣٥٩ - مقومات المؤسسة الخاصة
٦٩٦	٣٦٠ - انشاء المؤسسة الخاصة وبدء شخصيتها
٦٩٩	٣٦١ - مدى شخصية المؤسسة الخاصة ونشاطها
	(١) قيود أهلية وجوب المؤسسة (ص ٦٩٩) - (٢) نشاط المؤسسة ورقابته (ص ٦٩٩)
٧٠١	٣٦٢ - انقضاء المؤسسة

الباب الثاني

كل الحق

٧٠٣	٣٦٣ - تمهيد وتقسيم
٧٠٤	الفصل الأول - الأشياء
٧٠٤	٣٦٤ - مدلول الشيء ، وتمييزه عن المال
٧٠٥	٣٦٥ - الأشياء المادية ، مقوماتها وتقسيماتها
٧٠٦	المبحث الأول - العقارات والمنقولات
٧٠٦	٣٦٦ - أساس التقسيم وأهميته

الصفحة	الفقرة
٧٠٩	المطلب الاول - العقارات
٧٠٩	٣٦٧ - الأصل والاستثناء
٧٠٩	٣٦٨ - العقارات بالطبيعة
٧١٠	٣٦٩ - العقارات بالتخصيص
	(١) أساس فكرة العقار بالتخصيص (ص ٧١٠) ،
	(٢) ثبوت صفة العقار بالتخصيص (ص ٧١١) ، (٣) حكم
	العقار بالتخصيص (٧١٣)
٧١٤	المطلب الثاني - المنقولات
٧١٤	٣٧٠ - الأصل والاستثناءات
٧١٤	٣٧١ - المنقولات بالطبيعة
٧١٥	٣٧٢ - المنقولات بالمال
	(١) ثبوت صفة المنقول بالمال (ص ٧١٦) ، (٢) آثار
	ثبوت هذه الصفة (ص ٧١٧)
٧١٨	٣٧٣ - المنقولات المعنوية
٧١٨	المبحث الثاني - الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك
٧١٨	٣٧٤ - أساس التقسيم وأهميته
٧٢٠	المبحث الثالث - الأشياء المثلية والقيمة
٧٢٠	٣٧٥ - أساس التقسيم وأهميته
٧٢٢	الفصل الثاني - الأعمال
٧٢٢	٣٧٦ - العمل وشروطه بوصفه محلاً للحق
	(١) شرط الامكان (ص ٧٢٢) ، (٢) شرط التعيين
	(ص ٧٢٣) ، (٣) شرط المبروعية (ص ٧٢٣)

الباب الثالث

مصادر الحق

- ٢٧٧ - الوقائع القانونية والتصرفات القانونية ، وقاصيل التفرقة
بينهما ٧٢٥
- ٢٧٨ - أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية ٧٢٨
- الفصل الأول - الواقعة القانونية** ٧٣١
- ٢٧٩ - الواقعة القانونية ، أنواعها وأهميتها وآثارها ٧٣١
- الفصل الثاني - التصرف القانوني** ٧٣٦
- ٢٨٠ - التصرف القانوني ، أهميته وآثاره ٧٣٦
- ٢٨١ - أنواع التصرف القانوني وأقسامه ٧٣٩
- ٢٨٢ - التصرف من جانب واحد والتصرف من جانبين ٧٤٠
- ٢٨٣ - التصرف المنظم والتصرف الشرطي والتصرف الشخصي ٧٤٢
- ٢٨٤ - التصرف المنشئ والتصرف الكاشف ٧٤٣
- ٢٨٥ - مبدأ سلطان الإرادة وقيوده ٧٤٦
- (١) كفاية الإرادة لإنشاء التصرف القانوني (ص ٧٤٧) ،
- (٢) قدرة الإرادة على تحديد الآثار القانونية واستقلالها
بذلك (ص ٧٤٨)

الباب الرابع

استعمال الحق

- ٢٨٦ - استعمال الحق في تطوره من الإطلاق إلى التقييد ٧٥١
- فصل وحيد - نظرية التصرف في استعمال الحق** ٧٥٤

الصفحة	الفقرة
٧٥٤	٣٨٧ - الأصول التاريخية لنظرية ، ويستقرارها في القانون الحديث
٧٥٧	٣٨٨ - منهج البحث
٧٥٨	٣٨٩ - المبحث الأول - تاصيل التعسف وموضع نظريته
٧٥٨	٣٨٩ - الربط بين التعسف والخطأ داخل دائرة المسئولية التقصيرية
٧٥٨	٣٩٠ - مناقشة هذا الاتجاه ورفضه
	(١) مذهب التسوية بين « التعسف في استعمال الحق » وبين
	مجاورة الحق ، (ص ٧٥٨) ، (٢) مذهب التسوية بين
	التعسف وبين الخطأ التقصيري (ص ٧٦١) ، (٣) مذهب
	اعتبار التعسف نوعاً متميزاً من الخطأ (ص ٧٦٣)
	٣٩٠ - ارتباط التعسف بفكرة الحق ، واستقلاله بنظرية عامة خارج
٧٦٤	دائرة المسئولية التقصيرية
٧٦٩	المبحث الثاني - معايير التعسف وضوابطه
٧٦٩	٣٩١ - أصول ووسائل تحديد معيار التعسف
٧٧٢	٣٩٢ - أخذ المشرع المصري بمجموعة من معايير التعسف وضوابطه
٧٧٣	٣٩٣ - تمحيز قصد الاضرار بالتفسير
	٣٩٤ - انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي
٧٧٤	يحقق بالتفسير
٧٧٦	٣٩٥ - عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق
٧٧٨	٣٩٦ - الضرر الفاحش
٧٨٩	٣٩٧ - تقدير مسلك المشرع المصري
٧٨٢	المبحث الثالث - محل التعسف
٧٨٢	٣٩٨ - تمهيد

الصفحة	المقالة
٣٣٩	- التعسف برء على استعمال الحقوق دون ممارسة الحريات
٧٨٣	أو الرخص العامة
٤٠٠	- التعسف برء على كافة الحقوق - رفض فكرة الحقوق المطلقة
٧٨٦	أو التقديرية
٧٩٠	المبحث الرابع - اثبات التعسف وجزأؤه
٧٩٠	- ٤٠١ - تحمل مدعى التعسف عبء اثباته
٧٩١	- ٤٠٢ - الجزاء التعويضى والجزاء الوقائى على التعسف
٧٩٣	الفهرس

تصويب أهم الأخطاء

الصفحة	السطر	الخطأ	التصويب
٥٢	١٠	المشروعة	مشروعة
١١٣	٢	القانون	القانون الوضعي
٢٣٩	٣ (هامش)	المحددة	المحددة
٢٥٨	٦	المحكمة العليا	المحكمة الدستورية العليا
٢٥٩	٨	دستورية	دستوريته
٢٦٨	١٦	وغين	وغير
٢٧٣	٣	بقي	بقي
٢٧٥	٦ (هامش)	للكا	ملكاً
٢٧٧	٥	رادتهم	ارادتهم
٣١٨	١٣	إذا	إذا
٣٦٠	٨	نسرى	لانسري
٣٨٩	٣	أثر	أثراً
٣٩٨	٦	وطرائقه	وطرائقه
٤٠٠	١٦	انشائه	اشارته الى
٤٠٨	١٠	له	لها
٤٩٦	٣ (هامش)	المصنفات التصوير المزية	مصنفات التصوير المرئية
٥٨٩	٩	نقص أهلية أو	نقص أهلية السفيه أو
٦٧٤	٧ (هامش)	القابضة	التابعة

استدراك

يضاف الى السطر (١٩) من صفحة (٤٠٠) ما يأتي :

« ثم صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإنشاء المحكمة الدستورية العليا ، وأعطاهما - ضمن اختصاصات متعددة - الاختصاص بتفسير نصوص القوانين والقرارات بقوانين ، وذلك على النحو السالف بيانه (سابقاً ص ٣٠٩ - ٣١٠) » .