2274
.1755
.395
.1963

2274.1755.395.1963
al-Quwatli
al-Wajiz fi al-Huquq al-madaniyah

DATE ISSUED | DATE DUE | DATE ISSUED | DATE DUE

[illegible] USE
[illegible] 1986
MAY 20 1986

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY
32101 013104573

عدنان القوتلي

دكتور في الحقوق
استاذ الحقوق المدنية بكلية الحقوق بدمشق
نقيب المحامين سابقاً

الوجيز في الحقوق المدنية

محاضرات القيت على طلاب السنة الاولى من كلية الحقوق بدمشق

الجزء الأول

١ـ المدخل للحقوق المدنية : النظرية العامة للحقوق
٢ـ نظرية الحق الذاتي : اركانه ، محله ، مضمونه

الطبعة السابعة

مزيدة ومنقحة

دمشق

١٣٨٣ هـ ـ ١٩٦٤ م

5184-1
140

al-Qūwatli, ʿAdnān Tawfīq

عدنان القوتلي

دكتور في الحقوق

استاذ القانون المدني في جامعة دمشق

الوجيز

في

الحقوق المدنية

الجزء الأول

المدخل للعلوم القانونية

القسم الأول

المبادىء العامة للحقوق

الطبعة السابعة

معدلة وفق النهج الجديد

مطابع دار الفكر بدمشق

دمشق ١٣٨٣هـ - ١٩٦٣م

2274
·1755
·395
·1963

المقدمة

منذ عام ١٩٥٠ ، بعد أن نشر القانون المدني الصادر في مايس ١٩٤٩ وأصبح نافذاً في سورية اعتباراً من الخامس عشر من حزيران ١٩٤٩ ، اضطرني واجب التدريس إلى طبع محاضرات الحقوق المدنية التي ألقيتها إذ ذاك على طلاب السنة الأولى من كليـة الحقوق في كتاب أسميته « الوجيز في الحقوق المدنية » ليكون مرجعاً ييسر للطلاب دراستهم ، وقـد أشرت في مقدمة الطبعة الأولى إلى صعوبة البحث وسعته ، وتشابك الموضوع ودقته ، وقلت أنني سأبقي في حدود البحث المدرسي الذي يتلاءم مع طبيعة هـذه المحاضرات والغاية التي وضعت من أجلها ، آملاً أن تتيـح لي الظروف إكمال النواقص وتصحيح الأخطاء ، والتبسط في بعض مواضيـع الكتاب بأبحاث مستقلة بقدر ماتوجبه الحاجة ويسمح به الوقت.

واليوم ، بعد أن انقضى على الطبعة الأولى أكثر من اثنتي عشر سنة ، أعيد خلالها طبـع الكتاب ست مرات ، عدل في بعضها ، وزيد في بعضها الاخر . وقـد نفدت جميع هذه الطبعات ، وبعد أن صدرت خلال هذه الفترة تشريعات مختلفة تناول بعضها نواحي تتعلق في موضوعات الكتاب ، رأيت من واجبي تلبية للرغبات وسداً لحاجة التدريس ، إعادة الطبعة السادسة آخذاً بعين الاعتبار ماطرأ من تعديلات أو ما صدر من تشريعات، مستفيداً من تجارب السنين السابقة سواء في اختصار مايحسن اختصاره أو تفصيل مايجب تفصيله ، مستبقياً في أول الكتاب الفصل التمهيدي في ايجاز تاريخ الحقوق المدنية ومراحل تطورها قبل صدور

3-28-69 19

القانون المدني العتيد ، وفي آخره مايتعلق بمحل الحق ، مع بقاء هذا الجزء الأول في قسمين مستقلين ومتكاملين في آن واحد لما لمست من فوائد ذلك في السابق .

وإني لأرجو ، كما قلت في الطبعة السابقة ، أن أحقق في هذه الطبعة الغاية الاصلية التي رجوتها منذ الطبعة الاولى وهي تسهيل سبل الدراسة للطلاب أولاً ، كما آمل أن أساهم في خدمة فقه القانون المدني ثانياً ، والله أرجو السداد والتوفيق .

دمشق في كانون أول ١٩٦٢

عدنان القوتلي

توطئة

في السنة التالية لصدور القانون المدني عام ١٩٥٠ ، بدأت في كلية الحقوق دراسة جديدة في الحقوق المدنية اختلفت عن الدراسة السابقة ، تبعاً لاختلاف القانون المدني موضوع البحث .

وبعد أن كانت الدراسة السابقة للحقوق المدنية قائمة على دراسة مجلة الأحكام العدلية ، والأحكام الشرعية المستمدة منها في المعاملات والعقود ، أضحت دراستنا الجديدة مختلفة عن القديم ، إن في المفهوم وإن في الطريقة . وأصبح بيننا وبين الجامعات الأخرى ولا سيما المصرية منها ، تقارب وتشابه ، بل وحدة في الأسس والنهج معاً . الأمر الذي حدا بنا إلى بحث القانون المدني ودراسته بشكل علمي ومدرسي يختلف عن طريقة المجلة وأساليبها .

وموضوع بحثنا ومادته في هذا الجزء الأول من الوجيز في الحقوق المدنية يتناول في الاصل من الناحية النظرية والعملية **الباب التمهيدي من القانون المدني** وهو بحث أساسي وأولي في الحقوق المدنية ودراستها ، يجمع بين دفتيه كثيراً من القواعد والمبادىء والاحكام التي تصادف في كل فرع من فروع الحياة الحقوقية ، ولا سيما الحقوق الخاصة منها ، كأساس لبنائها بتمامه ، ولذلك حرصت أكثر القوانين المدنية على التقدمة لها بمثل هذا الباب .

على أننا لن نبحث في هذه المحاضرات جميع الاحكام والنصوص الواردة في الباب التمهيدي بما يجب لها من تفصيل ، لان قسماً منها ، كتنازع القوانين من

حيث المكان مثلا ، يؤلف وحده موضوع قسم كبير من دراسة الحقوق الدولية الخاصة . كما أن علينا أن نستعرض ولو بايجاز واختصار ، التعاريف الاولية ، والمفاهيم العامة للحقوق بوجه عام ، وللحقوق المدنية بوجه خاص ، مما يدعى « بالمدخل العام للعلوم القانونية » أو « النظرية العامة للحقوق » ومما يؤلف مقدمة عامة لدراسة الحقوق ، تتناول معاني الحقوق وموضوعها ، أصلها وأسسها ، فروعها وأقسامها ، مصادرها الرسمية ومراتب هذه المصادر .

وإذا كانت هذه البحوث التي تؤلف القسم الاول من هذا الوجيز تتصل في موضوعها وجوهرها بالنظريات الفلسفية والاجتماعية بقدر ما تتصل بالحقوق والقانون من الناحية الفنية ، مما يصح أن يؤلف موضوع درس خاص ومستقل شامل لكل فروع الحقوق ، ومما يصح ربما أن يجعل مادة موسعة تدرس بعد سني الاجازة لما تحتويه من دقة الابحاث وعمقها ، كما جرت على ذلك بعض البلدان والجامعات ، غير أننا وقد أخذ بذلك منهاج التدريس الجديد في بلادنا ، آثرنا أن نجعلها في القسم الاول من بحوثنا لما توحيه من أفكار عامة ومفاهيم أساسية ذات صلة قوية بدراستنا للباب التمهيدي من القانون المدني بقدر ماتقوم على الفلسفة ومبادىء علم الاجتماع ، بحيث تمهد لدراستنا القانونية ، وتهيء لقبول النظريات الحقوقية والتطبيقات الفنية .

وأما القسم الثاني ، وهو المقابل للباب التمهيدي من القانون المدني ، فانه يتناول مايطلق عليه بعض الفقهاء اسم « نظرية الحق » ويقصدون بذلك الحق بالمعنى الشخصي أو الذاتي لانه يبحث في أركان الحق من أطراف أو أشخاص ، ومحل الحق من أشياء أو أموال ، ومضمون الحق بوجه عام في حدوده ومداه .

ونعتقد أن من المفيد أن نمهد لهذه الدراسة بقسمها ، بل للحقوق المدنية كلها بفصل تمهيدي عن تاريخ هذه الحقوق في سورية ، مما يتصل بمراحل التطور التاريخي الذي مرت به حقوقنا .

وهكذا فان برنامج دراستنا الحاضرة، وموضوع هذا الكتاب، يتألف مما يأتي:

١ — فصل تمهيدي في تاريخ الحقوق المدنية.

وفي هذا الفصل نستعرض وضع الحقوق في البلاد العربية عامة وسورية خاصة قبل الفتح الاسلامي وقيام الشريعة الاسلامية اولاً، ومن ثم ثانياً وضع الحقوق في العهد العربي الاسلامي وانتشار الشريعة الاسلامية سواء في عهد مصادرها الاصلية وسواء في عهد تكوّن مذاهبها وانتشارها، وسواء في عهد توسع الفقه وتنوعه في آخر مراحل الدولة الاسلامية.

ثم نستعرض ثالثاً وضع الحقوق في العهد العثماني في مرحلته الاسلامية البحتة من جهة والتقنيات اللاحقة نتيجة التنظيمات الخيرية من جهة أخرى.

ونشير رابعاً الى التشريع والحقوق في العهد التالي لتخلص بلادنا من السيطرة العثمانية أي في عهود الملكية الخديوية في مصر وفي عهد الانتداب في سورية والبلاد العربية التي كانت تابعة للدولة العثمانية. ونختم هذا الفصل التمهيدي بكيفية صدور القانون المدني والتشريعات الأخرى، وقيمة ذلك القانون والتشريعات.

٢ - القسم الاول

ويتناول المدخل الى دراسة الحقوق، او المدخل للعلوم القانونية، كما سماه قانون الجامعات، ويتضمن ثلاثة بحوث هي: **اولاً** المعلومات العامة لمفهوم الحقوق، معانيها وموضوعها، منشؤها وصلتها بالاخلاق والدين، أساسها وملهمها، وأخيراً تعريفها. **ثانياً** أقسام الحقوق وفروعها. **ثالثاً** مصادر الحقوق الرسمية أو الوضعية التي يرجع اليها في الحكم، وهي: ١ - **القانون او التشريع** في مفهومه وشروطه، وتصنيفه وأنواعه وما ينشأ عن ذلك من مشاكل وآثار وفي قيمته وتفسيره والغائه، والتنازع الذي قد يحصل في الزمان أو في المكان، ٢ - **العرف والعادة**

في أصلها ومنشئها واركانها وشروطها والفرق بينها ، ٣ - **الدين او الشريعة** ، ٤ - **القضاء او الاجتهاد القضائي** ، ٥ - **الفقه او آراء الفقهاء** ، ٦ - **واخيرا مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة** .

وسيؤلف هذا القسم مع الفصل التمهيدي المجلد الأول من هذا الوجيز .

اما القسم الثاني

فهو الذي يتعلق بنظرية الحق كما يسميها بعض المؤلفين وهو يتناول بحث الأركان الأساسية للحق (بالمعنى الشخصي أو الذاتي كما سنرى) من **اطراف** أولا — أي من أشخاص طبيعيين وأشخاص اعتبارية أو معنوية ، سواء في تحديد مفهوم هذه الأشخاص بنوعيها ، وسواء في بحث خصائصها من الناحية الحقوقية أو القانونية — ومن **محل** ثانياً — أي من أشياء أو أموال ينصب عليها الحق وتكون موضوعه سواء في تحديدها وتعريفها وسواء في تقسيمها وأنواعها ، وسواء في آثار هذا التقسيم ولاسيما بين الأموال العامة والأموال الخاصة .

وأخيراً من حيث **مضمونها** ثالثاً — أي في مدى استعمال الحق وما ينشأ عن ذلك من تعسف أو اساءة لاستعمال الحق .

وهذا القسم يؤلف المجلد الثاني من هذا الوجيز في جزئه الأول .

ذلكم هو منهاج البحث وبرنامج مقررنا لهذا العام .

وسنحاول في هذا الكتاب أن نتخذ حلا وسطاً في معالجة بحوثه ، بحيث نتفادى الاسهاب الممل ، ونتحاشى الايجاز المخل ، وان كنا الى الاختصار أقرب ، متوخين الا كتفاء بالمبادىء الأساسية والقواعد الرئيسية دون بحث الجزئيات والتفصيلات مكثرين من الأمثلة التي تساعد على فهم الفكرة وايضاح الموضوع.

وسنتبع في ذلك نفس الطريقة العلمية في التدريس الجامعي التي سلكناها من قبل وهي الطريقة التحليلية والتركيبية والمقارنة : تحليلية ، من حيث انها تقوم

أولا على استعراض النصوص والآراء والنظريات بشرحها وتوضيح معانيها ، وبيان أغراضها ومراميها ؛ وتركيبية ، بمعنى أننا لا نكتفي بالنص أو الحكم أو القول نفسه في موضوع ما وتحليل كلماته ومعانيه ، بل سنحاول استخلاص النتائج والوصول الى الحلول ، وبيان الآثار عن طريق المقابلة مع النصوص الأخرى ، أو المزج بين حكم وآخر أو التقريب بين نظريتين .

وأخيراً فان طريقتنا فضلا عما ذكر سوف تلجأ الى المقارنة فلا تقتصر على بحث القانون المحلي وأحكامه ، أو رأي فقه أو مذهب واحد ، بل سنسعى ضمن حدود البرنامج والامكان ان نقارن بين الحقوق الوطنية المحلية والشرائع الاخرى ليكون البحث كاملا بعض الشيء ، مستوفياً لما يجب أن يستوفيه ، مسايراً في ذلك تطور علم الحقوق الحديثة والنهضة الحقوقية المعاصرة .

وأما المراجع التي استقينا منها فكثيرة ولا بد من تقسيمها الى زمرتين : المراجع الأجنبية والمراجع العربية ، فالمراجع الأجنبية متنوعة ووافرة لا سبيل ولا حاجة الى ذكرها كلها ؛ وقد اكتفينا — كما يتضح من القائمة المنشورة في آخر هذا الكتاب — بالاشارة الى أبرزها وأكثرها انطباقاً على البرنامج ومسايرة للتطور وسهولة في المراجعة .

وعلى العكس فالمراجع العربية قليلة ، ومعدودة وان تكن آخذة بالتزايد ، وجلها كتب مصرية وحديثة كالقانون نفسه ، أدت بظهورها خدمة جلى الى علم الحقوق في البلاد العربية . وقد خصصنا بالذكر منها بعض الكتب الفقهية المعروفة وأبرز الكتب المصرية التي يسهل وجودها والرجوع اليها ؛ كما أشرنا الى المجلات والنشرات والمجموعات الباحثة في آراء الفقهاء واجتهادات القضاء .

وهناك كتب كثيرة أخرى أشرنا اليها في الهوامش أثناء البحث وفي معرض المواضيع التي تتعلق بها .

فصل تمهيدي

تاريخ الحقوق المدنية في بلادنا

تمهيد

اهمية هذه الدراسة وفائدتها وتقسيمها

آ — اهمية هذه الدراسة وفائدتها :

ان بحث تاريخ الحقوق المدنية في بلادنا بحث صعب ودقيق بقدر ماهو طريف وجديد ولعله لم يسبق ان تناوله بالنسبة لسورية خاصة أحد بدرس مفصل ، وتأليف مستقل ، وليس له كتاب شامل حتى الآن . وكل مانستطيع أن نجده شذرات من هنا وهناك ، وأبحاث متفرقة ناقصة في كتب التاريخ أو الفقه أو الأدب ، وهي في الغالب قاصرة على موضوع محدود في دور من أدوار هذا التاريخ أو مرحلة من مراحله ، دون تسلسل أو ارتباط . أما في مصر فقد حاول بعض المؤلفين أن يجمعوا مراحل التطور التاريخي للحقوق منذ عهد الفراعنة (١) ، ولا تزال هذه المحاولات غير تامة وتحتاج الى جهود وتحقيقات وزمن . وربما وقف

(١) راجع كتاب الدكتور شفيق شحاته ، التاريخ العام للقانون عام ١٩٥٨ .

أكثرها عند الحدود القديمة او الاخيرة الحديثة دون استعراض متواصل لجميع المراحل التاريخية .

وقد درج المؤلفون الغربيون على استهلال كل دراسة باستعراض تاريخي ، ونظرة الى الماضي — قد تختلف ايجازاً وإسهاباً — ولكنها في كل حال تبسط سوابق الموضوع المدروس ، ومراحل تطوره. حتى يكاد لايخلو بحث من الابحاث الحقوقية من مثل هذا الاستعراض .

ونحن في دراستنا الحالية للحقوق المدنية في بلادنا ، أحوج مانكون الى هذه النظرة التاريخية ، لما تعاقب على حقوقنا من أدوار ، ومامر بها من مراحل حتى ظهور القانون المدني الجديد ، في عام ١٩٤٩ . واذا كان هذا البحث يؤلف جزءاً من درس تاريخ الحقوق بوجه عام وداخلا فيه ، الا أن صلته بدروسنا وفائدته لفهم قانوننا تحدونا أن نشير اليه بايجاز ، وأن نبحثه باختصار .

وما نحسب أن أهمية هذه الدراسة التاريخية وفائدتها خافية على أحد . ونستطيع أن نؤكدها من الناحيتين النظرية والعملية [1].

أما من حيث الأهمية النظرية ، فان التاريخ بمجموعه بشكل عام ، وتطور التشريع بوجه خاص ، يعطيان القارىء ثقافة حقوقية عامة ، ومحصلة فكرية صحيحة تنير لصاحبها سبل فهم الحياة وتطوراتها ، وبصورة خاصة عندما يكون الامر متعلقاً بحقوق أمة من الامم أو تشريع بلد من البلاد . فنحن لانستطيع أن نفهم روح التشريع الحاضر وحقيقته اذا قطعنا صلته بالماضي ، وتجاهلنا تاريخه السابق . وقديماً قيل : « الحاضر مثقل بالماضي كما هو مفعم بالمستقبل » . ولعلنا لانستطيع ان نفهم تعدد المحاكم في بلادنا من نظامية وغير نظامية ، شرعية وطائفية ومذهبية ، وازدواج القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية أو ماجرى مجراها ، بل ولا أن

(١) راجع كتابنا الوجيز في الحقوق المدنية طبعة عام ١٩٥٠ ص ١٩٩ وما بعدها . وكتابنا ، محاضرات مستعجلة في تاريخ الحقوق ١٩٥٣ .

نفهم الكثير من القواعد والاحكام في المعاملات ، من أموال والتزامات ، في أكثر القوانين المرعية اليوم ، إن لم يكن لنا وقوف ولو بسيط على مراحـــل التطور التاريخية لهذا التشريع وتأثير التشريعات القديمة والغربية فيها .

وهكذا مثلا من العسير أن نفهم وضع العقارات والاموال غير المنقولة في سورية إذا لم نعرف أن التشريع العقاري فيها ، كان في العهـد الاسلامي سائراً على قواعد تختلف عما جاء به التشريع العثماني ، ولكن دون أن يستطيع هذا الاخير محو جميع الآثار الماضية . ثم قيام قوانين وأحكام جديدة في عهد الانتداب بدلت كذلك من قواعد التشريع العثماني ، ومع هذا لا تزال آثار الماضي ، ظاهرة كانت أو خفية ، موجودة تؤثر ليس في فهم الاوضاع الحقوقية لهذه العقارات والاراضي وما ينجم عنها فحسب ، بل وأحياناً في حقيقة الملكية والتصرف وأحكامها . ولعل الامر يبدو أكثر عمقاً وأهمية حين نقارن بين وضع العقارات في سورية والبلاد التي انسلخت عن الدولة العثمانية ووضعها في مصر حيث نتبين أن الاختلاف الحاضر ليس إلا أثراً من آثار التطور التاريخي لهذه الحقوق .

والأمر كـذلك في التشريعات الاخرى ، فنحن لا نستطيع مثلا أن نعرف أهمية تقسيم الاموال إلى منقولة وغير منقولة في الشرائع اللاتينية ، والفرق بينها في الاحكام والآثار ، إذا لم نذكر أن المنقول كان في الماضي يعتبر من الأشياء القليلة الاهمية ، بل وربما البخسة الثانوية ، كما قال عنها الرومان ، في حين كانت الاموال غير المنقولة هي التي تعتبر ذات القيمة والشأن ، فجاءت أحـكام الشرائع اللاتينيـة مرتكزة على هذا الأساس . حتى أن القانون المدني الفرنسي قد تأثر بدوره بهذا التفريق تأثراً ظهر في الاحكام المختلفة بين النوعين . ولم تبـد أهمية المنقول ، ولم تبلغ درجة من الاعتبار في الشرائع الحاضرة إلا خلال القرن التاسع عشر ، حيث بدأت القيم المنقولة ، ولا سيما السنـدات والأسهم ، تحتل شيئاً فشيئاً مكانتها في الحياة والاعتبار والتشريع .

بل لعلنا لا نستطيع أن نفهم التشريع الفرنسي أو الالماني أو السويسري أو غيرها من الشرائع الحاضرة ، ليس في ناحية من نواحيه أو مؤسسة من مؤسساته الحقوقية فقط ، بل بمجموعه وتمامه ، ما لم نقف على سوابقه وما كان قائماً في تلك البلاد قبله من حقوق ومصادر كنسية أو عرفية أو رومانية ، وكيف بلغ التشريع فيه الدرجة التي وصل اليها اليوم ، وما جاء به من اصلاحات وتبديلات في قوانينه المتعاقبة .

وإذا كان ذلك صحيحاً ، وكانت دراسة تاريخ التشريع لازمة نظريا ومفيدة بوجه عام وفي كل الشرائع ، فانها كما أشرنا أكثر لزوماً في حقوقنا لما مرت به هذه الحقوق من عهود ، ولما هي عليه من تعدد وتداخل ، ولما تتصل به من منشأ قديم .

وصفوة القول أن دراسة تاريخ القانون المدني ، والوقوف على تطوراته والمراحل التي مر بها لا تؤدي فقط إلى معرفة التاريخ والماضي ، وهي ثقافة لاشك في قيمتها ، بل إنه يفيد أيضاً من الناحية النظرية ، في تفهم أسباب التشريع الحاضر ، وعوامله ومؤثراته وتطوره وتقلباته ، ويساعد على إدراك مراميه وأهدافه ، لاسيما وأن العالم اليوم يدرس مقارنة القوانين المختلفة في المكان فما أحراه أن يقارنها في الزمان .

ثم إن أهمية هذه الدراسة لا تقتصر على الناحية النظرية التي ذكرناها ـ وهي بشكل غير مباشر عملية إلى حد ما ـ وإنما تتناول مباشرة فوائد عملية تطبيقية ، في الحياة التشريعية والقضائية .

فالقضاء في بلادنا ، قد يضطر عند عدم وجود نص قانوني يحتاج إلى تفسير ، أو توسع وتأويل ، أن يرجع إلى الحقوق القديمة والشريعة السابقة ، يتبين في ضوئها مباني الاحكام الحالية ومعاني النصوص المطبقة ، والهدف الذي قصد اليه المشرع من نصه ، مما قد يخالف أو يتفق مع الاحكام السابقة وما

بقي معمولاً به منها ولم يلغ ، وما يشكل اعرافاً تكمل النصوص ، كما سنرى في بحث العرف .

فمثلا لتفسير وفهم المادة ٣ من القانون المدني التي تقول : « تحسب المواعيد بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على غير ذلك » . يقتضي أن نعرف أنه سبق في تاريخ الحقوق في سورية أن كانت هذه البلاد لا تعرف غير التقويم الهجري في حساب المواعيد والمدد على اختلاف أنواعها وأسبابها ونتائجها ، حتى صدرت التشريعات العثمانية تباعاً ، آخذة بكثير من المفاهيم الحقوقية الغربية ، وبكثير من القوانين والنصوص الاجنبية ، ناصة على مدد ومهل تختلف طولاً وقصراً ، ولا بد فيها من اختيار تقويم يجري الحساب بموجبه ، فكان الاختلاف بين التقاويم من هجرية أو رومية شرقية ، أو ميلادية شمسية موضع خلاف ومحل نقاش طويل ، ولا سيما بالنسبة للمدد التي اخذت عن النصوص الاجنبية أو ذات المنشأ الاجنبي ، كالتقادم القصير ، أو مرور الزمن التجاري .. مما أوجد اجتهادات متناقضة ، واتجاهات مختلفة في الفقه والقضاء . فجاء هذا النص في المادة ٣ يضع حداً لهذه الاختلافات ، ويعين التقويم الواجب الاتباع بالنسبة لجميع المواعيد وسائر المهل[1] في حين أن مثل هذا النص لا مقابل له ولا أثر في القوانين الغربية وقوانين البلاد الاخرى التي استقى قانوننا المدني بعض أحكامه منها ، لأن هذه البلاد الاجنبية لم يحدث فيها ، كما حدث في بلادنا ، من اختلاف بين تقويمين . وقد قبل هذا النص عند اقتراحه من الجميع وفي كل اللجان لأنه يتجاوب مع الحاجة ويسد ثغرة في تاريخ تشريعنا .

على أن الفائدة العملية الهامة لدراسة تاريخ التشريع تبدو بشكل أكثر ظهوراً

---

(١) حتى ان محكمة التمييز السورية توسعت في تطبيق هذا النص الجديد ، وذهبت بعيداً فاعتبرته من النظام العام ، واعتبرت البطاقة المرسلة الى المستأجر بطلب الاجرة عن اشهر قرية غير صحيحة البتة (قرار تمييز صلحي رقم ٥٢ تاريخ ٢٣ كانون اول ١٩٥٠ غير منشور) .

وأهمية ، في التطبيقات القضائية لبعض القوانين الاستثنائية أو للأحكام القديمة عند عدم وجود نص تشريعي .

ذلك اننا سنرى أن العرف هو المصدر الثاني للحقوق ، وما العرف في الواقع إلا أحكام الحقوق القديمة المتصلة والمستمرة . وقلما تناول تشريع ما ولو حاضر وحديث ، تنظيم كل فعاليات الحياة ونواحيها ووعت أحكامه كل الوقائع والحادثات مما يستلزم أحياناً الرجوع إلى الحقوق القديمة والأحكام السابقة والحكم بموجبها أو السير على ضوئها . فقد بحث القانون المدني الفرنسي مثلا في الدعوى المسماة بالدعوى البوليسية action paulienne أو دعوى إبطال التصرفات كما جاء في بعض المؤلفات المصرية (١) ولكن دون أن ينص على شروط وتفاصيل هذه الدعوى ، فاضطر القضاء الفرنسي وتبعه في ذلك القضاء المصري في الماضي ، للرجوع الى أحكام الحقوق القديمة ، حتى الرومانية منها ، لمعرفة هذه الشروط والعمل بها ، فكانت دراسة تاريخ الحقوق القديمة فيما يتعلق بهذا الموضوع ذات فائدة عملية مباشرة وهامة .

وفي بلادنا بصورة خاصة نحتاج إلى هذه المعرفة في كثير من القضايا والقواعد الهامة والمتعددة ، وعلى الأخص في الأحوال الشخصية من نكاح وطلاق ونسب وارث ووصية ونفقة والخ .. سواء بالنسبة للمسلمين - رغم صدور قوانين تنظمها - وسواء ولا سيما بالنسبة لغير المسلمين خاصة - لا تزال خاضعة لاحكام الحقوق القديمة والشرائع الطائفية أو المذهبية المختلفة حسب أديان ومذاهب الأشخاص أصحاب العلاقة . وحتى بالنسبة إلى المسلمين فان تفسير وتطبيق التشريعات المتعلقة بالاحوال تستهدي بالشريعة الغراء وأقوال فقهائها . وهذه الشرائع القديمة التي تطبقها المحاكم

---

(١) وهي الدعوى التي منحها القانون للدائن في ابطال تصرفات مدينه ، اذا ما اجراها لتهريب امواله ، او انقاص ثروته ، تخلصاً من سد تمام الدين (راجع المادة ٢٣٨ من القانون المدني السوري) .

والمجالس المختلفة أو تهتدي بها ، منها ما يرجع إلى ماقبل الاسلام ، ومنها ما يرجع إلى ما بعد الاسلام . وبين هذا وذاك أعراف وتعامل اختلفت من حيث قوة الأحكام وشمولها ، واوجدت قواعد جديدة واجبة الرعاية في القضايا التي تخضع لهذا التشريع . وقد عرفت هذه البلاد قضايا قضائية كبرى قامت كلها حول مايجب تطبيقه في قواعد الإرث أو النسب ، بالنسبة إلى أشخاص ينتمون لطائفة من الطوائف ، واقتضت الرجوع إلى القوانين البيزنطية وإلى ماتم بعدها من تعامل وما قام من قواعد (١) .

---

(١) من اهم القضايا والدعاوى التي مرت بسورية والتي تتبين فيها اهمية وفائدة تاريخ التشريع ، دعوى ارث كبرى لمورث من الطائفة الكاثوليكية ، اختلف في كيفية توزيع ارثه وتركته ، هل يجري بحسب الشريعة الاسلامية ام بحسب القوانين البيزنطية ، والاحكام الكنسية الكاثوليكية ؟ وقد اضطرت المحاكم للرجوع الى تاريخ التشريع المدني السوري منذ قبل الاسلام حتى العهود العثمانية ، والاستناد ـ لاستنباط الحكم الواجب التطبيق ـ الى القانون البيزنطي والكنسي او الى القرآن والاعراف التي سادت منذ ذلك . ولقد اختلفت المحاكم في هذا فذهبت محكمة الاستئناف المختلطة السورية الى ان احكام القرآن والشريعة دينية في اصلها لاتقبل التطبيق على النصارى وغير المسلمين ، حتى أنه جاء في سورة المائدة « وليحكم اهل الانجيل بما انزل الله فيه ، ومن لم يحكم بما انزل الله فأولئك هم الفاسقون » .

وانه بناء على ذلك فان الاحكام الواجبة التطبيق على النصارى هي القانون البيزنطي والكنسي الذي كان سائداً في سورية عند الطائفة المسيحية قبل الاسلام والذي يجعل الانثى كالذكر في الارث . وبذلك رجعت محكمة الاستئناف الى التشريع القديم والبعيد في هذا الموضوع وطبقته .

إلا ان محكمة التمييز المختلطة ذهبت مذهباً معاكساً وقررت ان هذه الآية لاتتعلق إلا بالامور الدينية ، لأن الانجيل كتاب اخلاق وقواعد دينية للحياة الآخرة . ولايتضمن اي حكم لتنظيم الحياة الدنيا المدنية ، ولم يخرج عن نطاق الدين الا ليقول للناس اعطوا مالقيصر لقيصر وما لله لله في حين ان القرآن الكريم ـ على العكس ـ هو القانون الشرعي العام وأساس الحقوق السائدة في الدولة العثمانية . في احكامه المدنية والدنيوية على جميع سكان البلاد من مسلمين وغير مسلمين على السواء ، وان ذلك رغم انه يتضح من آيات القرآن وسوره (كما في سورة المائدة =

بل إن بعض القوانين والقرارات التشريعية، في مواضيع الاحوال الشخصية(١)، وفي مواضيع كثيرة أخرى قد عطفت صراحة على هـذه الحقوق القديمة واوجبت الرجوع اليها ، وهـكذا جاء في قانون العشائر القديم (٢) ، أن البدو الرحـــل — وعددهم كثير في سورية — يخضعون مبدئياً لقواعد العرف من حيث علاقاتهم فيما بينهم ، وأن القضاء كان يتم من قبل مشايخ العشيرة ورؤسائها ، وفقاً لهذه القواعد العرفيـة ولا يجوز للمحاكم العادية أن تنظر فيها ، حتى — وخصوصاً في الجنايات والجنح ، والعقوبات المتعلقة بها (٣) . وإذا تعمقنا في هذه القواعد العرفية تبينا أنها

= نفسها) مثل الآية القائلة « وانزلنا اليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ، ومهيمناً عليه فاحكم بينهم بما انزل الله ، ولاتتبع اهواءهم .. واحذرهم ان يفتنوك عن بعض ما انزل الله اليك .. » رغم وجود هذه الآيات فان التشريـع المدني السوري وماتقلب عليـــه يؤيدان غير المسلمين كانوا مطبقين لأحكام الشريعة في امور الحياة الدنيا ، حتى ان العثمانيين وما اصدروه من قوانين — كالمجلة في احكامها الواسعة — كانت تطبق على الجميع بلا استثناء ، بل ان القانون المشهور بقانون الخط الهمايوني الصادر سنة ١٨٥٦ الذي هو بمثابة الدستور لما يتمتع به غير المسلمين من حقوق وامتيازات ، قد ايد في الارث الرجوع الى المحاكم الشرعية والقانون الشرعي (المادة ١٢). ولم يعط لغير المسلمين من حماية واستقلال الا في أمور دينهم وما يتصل او يتعلق بهـــا ، فاذا اتفق الورثة على الرجوع الى احكام الكنيسة أو الحقوق البيزنطية في ارثهم واحوالهم الشخصية ، والى محاكمهم الطائفية ، فان الخط الهمايوني قد أجاز لهم ذلك . أما اذا لم يتفق الورثة على هذا فان المحكمة الشرعية هي التي تكون صالحة وبالتالي تطبق الأحكام الشرعية ...

اضف الى ذلك أن الأعراف المحلية التي سادت منذ القديم عند غير المسلمين مستقرة على تطبيق الاحكام الاسلامية للارث الاسلامي وقواعده ...

(راجع قضية غزالة ، قرار محكمة التمييز المختلطة السوريـــة غرفة الاستدعاء رقم ١٣ تاريـخ ٢٧ـ١ـ٩٣٠ منشور في مجموعة سليم صنيـج ج ٤ ص ٣٢٢ـ٣٥٣)

(١) راجع نظام الطوائف الدينية . القرار رقم ٦ ل ر في ٢٣ـ٣ـ ٩٣٦ : الجريـدة الرسمية ١٩٣٦ عدد ١٠ .

(٢) وهو القرار الصادر عن المفوضية العليا رقم ١٣٢ـ تاريـخ ٤ـ٦ـ٩٤٠ (الجريدة الرسمية ٩٤٠ عدد ٣٢ ص ٢٧٣) .

(٣) راجـع المادة ٩ ومابعدها من القرار السابق الذكر . راجع كذلك الجرائم والعقوبات عند البدو للدكتور عدنان الخطيب . رسالة دكتوراه ، باريس ١٩٤٧

تلك القواعد والأعراف القديمة المستقاة من الماضي البعيد ، والتقاليد المتوارثة التي انتقلت جيلاً عن جيل الى ماقبل الإسلام ...

كذلك مثلا اضطرت المحاكم النظامية في سورية ، في بعض الاحيان أن ترجع إلى أصل الدية وتاريخها الحقوقي ومنشئها القديم لتتبين طبيعتها الحقوقية ، والوجه الذي يجب الاستناد اليه ، للحكم بالدية الشرعية في مختلف الاحوال (١) .

وعلى هذا فان القاء نظرة إجمالية وسريعة على المراحل التي مرت بها الحقوق المدنية حتى ظهور القانون المدني الجديد ، أمر لاشك في أهميته وفائدته . ومع ذلك فان بحثنا سيكون موجزاً جداً ، وقاصراً على الخطوط الرئيسية والتشريعات الهامة.

ب — تقسيم هذه الدراسة :

لا شك أن تقسيم تاريخ الحقوق المدنية في بلادنا يمكن أن يكون باعتبارات وأسباب مختلفة ، ونعتقد أننا نستطيع تقسيم هذه الدراسة بحسب العهود والادوار السياسية والتاريخية التي مرت بها البلاد إلى أربعة عهود كبرى ، قبل ظهور القانون المدني الجديد ؛ وربما تضمن كل عهد منها عدداً من المراحل والادوار التي مر بها . وهذه العهود هي :

العهد القديم أو ماقبل الإسلام ، ثم العهد العربي الاسلامي ، ثم العهد العثماني ثم عهد الانتداب في سورية ولبنان ووضع الحقوق في مصر قبل القانون المدني الأخير ، ثم وأخيراً العهد الحاضر .

وسنفرد لكل من هذه العهود بحثاً ، كما سنلخص منها إلى بحث أخير في القانون المدني ، في سوابقه وأسبابه ، وفي مصادره ماأخذ عنه ، وفي وصفه وتحليله .

---

(١) راجع قرار محكمة التمييز السورية الناظرة بقضايا الاجانب ، غرفة العرائض اوالاستدعاء — اي دائرة الطعون — قرار رقم ٢٦ تاريخ ٢٧ — ٤ — ٩٣٣ ، مجموعة صنيج ج ٢ ص ٦٧ .

البحث الاول

العهد القديم

أو عهد ما قبل الاسلام [1]

لا يخفى أن بلاد الشام كانت قبل الفتح الاسلامي مهد مدنيات قديمة متعاقبة ، متعددة ومتنوعة في ذات الوقت ، تختلف باختلاف المناطق والشعوب التي كانت تقطنها .

ومما لا شك فيه أننا لا نستطيع هنا أن نحيط بكل ما يجب الاحاطة به ، في تاريخ التشريع المدني والحالة الحقوقية قبل الاسلام . ذلك لأن المصادر في هذا الموضوع معقدة ، مبعثرة وقليلة كما أشرنا ، لا تساعدنا في الوقت الحاضر على تحقيق ما نصبو اليه ، فضلا عن أن برنامجنا ، وما تقتضيه دراستنا هنا ، لا يوجبان شيئاً

---

(١) راجع في تاريخ الامبراطورية البيزنطية مايأتي : نورمان بينز Norman Baynes «الامبراطورية البيزانطية » تعريب حسين مؤنس ومحمود يوسف زايد ، القاهرة ١٩٥٠ ؛ شارل ديل Diehl ، تاريخ الدولة البيزنطية ، او بيزانس عظمتها وسقوطها . باريس ١٩١٩ ؛ لويس برهية L. Bréhier ، ج١ حياة بيزانس ومماتها ، ج٢ مؤسسات الامبراطورية البيزنطية ، باريس ١٩٤٦ ،

كولينه Colinet : «الطابع الشرقي لتشريع جوستينيان» باريس ١٩١٢ ؛ «تاريخ مدرسة حقوق بيروت» باريس ١٩٢٥ الخ ..

منه ، ولذلك فاننا سنكتفي بالاشارة الى الافكار الرئيسية والاجمالية البارزة للوضع الحقوقي في سورية قبل دخول الاسلام اليها .

عندما دخل الاسلام سورية ، لم تكن كلها ، بحسب حدودها الطبيعية ، خاضعة لحكم واحد ، ولم يكن سائداً فيها تشريع واحد أو حقوق واحدة . ويميز المؤرخون للتاريخ القديم [1] قبل الاسلام الاقسام الخصبة ، — وهي التي تؤلف قوساً كبيراً يحيط بسورية من جهة الغرب ، ومع الساحل ممتداً من جنوبها حتى شمالها من ساحل غزة والعقبة حتى انطاكية ، شاملاً المناطق الساحلية ، والاراضي الداخلية الخصبة الملاصقة لها ، وفي أعلاه القسم الشمالي من سورية حتى الفرات من جهة الشرق ، — يميزون هذه المناطق عن الاقسام الصحراوية — ، وهي التي تشغل الأراضي والصحاري الواقعة ضمن القوس ، غرباً وشمالاً من جهة ، والهلال المؤلف من هذا القوس ومن الاراضي العراقية الخصبة ، أي وادي دجلة والفرات من جهة الشرق ، متصلة بالجنوب بشبه الجزيرة العربية وتبلغ في الشمال حدود تدمر ومناطق البادية الشمالية [2] .

١ – بلاد الحقوق التشريعية

فالاولى — الاقسام الخصبة التي تؤلف القوس الموازي للساحل — وهي البلاد التي تقلب عليها الفينيقيون والكلدانيون والاراميون والسلوقيون وأخيراً الروم البيزنطيون حين دخلها الاسلام (عام ٦٣٤ – ٦٣٦ للميلاد) ، فيصح أن نسميها بلاد التشريع والقوانين المكتوبة ، لأنها كانت خاضعة منذ قبل المسيح لاحكام

---

(١) راجع في تاريخ الشام القديم الكتب الآتية : الاغاني لأبي الفرج الاصفهاني سنة ٨٦٨ ، تاريخ الرسل والملوك ، فتوح البلدان ، للبلاذري سنة ٨٦٦ ، مروج الذهب للسعودي ، ابن اياس ..الخ ..

(٢) راجع نورمان بينز، المرجع السابق ص ٤٩–٥١ والمخطط الملحق بالكتاب.

الشرائع الرومانية ، والبيزنطية من بعدها ، — متأثرة بأحكام الاعراف المحلية ، وقواعدها السابقة [١] .

فقد كان الفقهـــاء في العهد الروماني والبيزنطي ، يعتبرون الامبراطور نفسه قانوناً حياً قائماً ، لانه كان يسن التشاريع ويصدر القوانين الامبراطورية التي تصبح ملزمة للجميع بعد نشرها . وكانت مفاهيم الحقوق الرومانية هي نفسها التي سادت في بيزانس (أو بيزنطية) في الشرق [٢] وفي سـورية البيزنطيـة . وكانت ولاية سورية ، ولاية شرقية تتمتع بسلطان وصلاحية داخلية أوسع من غيرها من المقاطعات — التي حدد سلطانها [٣] — وكان واليها أو حاكمها يتمتع بصلاحيات الامبراطور وهو الرئيس الاعلى للقضاء في الولاية . حتى إذا جاء جوستنيان أدخل الاصلاحات المعروفة في الادارة والسلطات ، وأوجد التشريعات المشهورة والقوانين الخالدة [٤].

وقد كانت القوانين والتشريعات ملزمة وواجبة التطبيق ، مالم تعدل بقانون رسمي acte Solennel [٥] من الامبراطور — كما هي الحال في الحقوق الحديثة تقريباً — وكان الأباطرة ينظرون إلى سيـــادة القانون كأساس صحيح وأصلي لحكمهم وسلطانهم . ومن هنا جاء اهتمامهم المتزايد بالتقنين وتجميع التشريع ، وتكليفهم الفقهاء بتنظيم هذه القوانين الامبراطورية في مجموعات Codes ، وجمـــع القواعد المتعلقة بالاصول والحقوق الخاصة بما يسمى بالديجست Digestes وهي هذه المجاميع الشهيرة الخالدة ، التي تحتوي على القوانين المطبقة على الناس جميعاً [٥] .

وقـد تبنى البيزنطيون في الشرق ، التقليد الروماني في المجموعات الخـــاصة

---

(١) لمانس P.H.Lammens « سورية » La Syrie بيروت ١٩٢٠ ، ج ١ ص ١٠

(٢) برهية : مؤسسات الامبراطورية البيزنطية Les Institutions de l'Empire bysentin ، باريس ١٩٤٦ ص ١٧٣ .

(٣) برهية : نفس المرجع السابق ص ٩٩ — ١٠١ .

(٤) برهية : نفس المرجع ص ١١٠ .

(٥) برهية : نفس المرجع ص ١٧٣ .

للحقوق ، والطرق التي ساروا عليها . فأوجدوا المجموعة العامة لقانون الدولة وشؤونها العامة والادارية باسم codes . والمتعلق منها بالقوانين الاصولية والمدنية باسم Digeste وأخيراً المؤلفات الفقهية العلمية باسم Institut (١) .

وقد أدى تقنين الاجتهاد القضائي المستمر ، بهذه الطريقة ، إلى اصدار القانون المسمى بقانون تيودوز Théodose ، الذي رغم ما حواه من نقائص في الصوغ والترتيب والاحكام ، يعتبر خطوة كبيرة نحو التقدم الحقوقي البيزنطي (٢) .

ثم تبعه بعد ذلك جوستنيان بنشر مجموعة جديدة كاملة للقوانين Corpus juris وهي التي كان فكر فيها تيودوز ، كما نشر كتاباً مفصلا للحقوق ؛ ليساعد على تشكيل الفقهاء وإيجاد العلماء الحقوقيين . وإذا كان هذا العمل الجبار قد تم خلال خمس سنوات فقط ، فان ذلك دليل على وجود عدد من كبار الفقهاء ، وعلى أنهم قد سبقوا بتحضيرات ودراسات . وكان في عداد أعضاء اللجان التي كلفت بهذا العمل عدد من أساتذة الحقوق في مدرستي بيروت (كالفقيه دوروته Dorothée) والقسطنطينية (كالفقيه ته وفيل Théophile) كما كان بينهم عدد من المحامين العاملين في ولاية الشرق ، ولا سيما بيروت (٣) .

والذي يهمنا أن نلاحظه في التشريع المدني في ذلك العصر هو أن الحقوق الرومانية الاصلية قد فقدت في الشرق الكثير من طابعها الاصلي وقواعدها الرومانية متأثرة في طريق انتقالها بالحقوق اليونانية القديمة ـ كما تأثر بها الادب والفلسفة ـ وخصوصاً العادات السورية والاعراف المحلية في الشرق ، والتي كان لها الأثر الأول في تدريس الحقوق في كلية بيروت .

والأمثلة على ذلك كثيرة ، منها تبديل الاصول الشكلية والرسمية القديمة المعروفة باسم Formalisme quiritaire والمتبعة في ذلك الحين في التبني والصلح . وذلك بالاكتفاء بدلاً عنها بتنظيم صك خطي .. الخ (٣) .

---

(١) برهية نفس المرجع ص ١٧٤ .

(٢) نفس المرجع ص ١٧٤ و ٤٣٨ .

(٣) برهية : المرجع السابق ص ١٧٥ .

وقد أضاف جوستنيان إلى العدد الكبير من القوانين والمؤلفات السابقة الذكر أوامر وقرارات ومراسيم جمعت تحت اسم Novelles وذلك بعد عام ٥٣٤ ميلادي .

غير أن هذا التشريع العظيم لجوستنيان والذى شكل مادة غنية واسعة للتدريس في مدرسة حقوق القسطنطينية ، طيلة قرون من الزمن ! لم يكتب له مثل ذلك في الشرق وفي سورية ، لأن زلزالا هائلا أصاب بيروت عام ٥٥١ للميلاد ، اندثرت معه مدرستها الحقوقية ولم تقم لها بعد ذلك قائمة (١) .

على أن تشريعات جوستنيان ظلت وحدها مصادر الحقوق المعمول بها ، في هذا القسم من سورية كما في بيزانس ، ولكن بعد أن دخلتها تعديلات كثيرة وأثرت فيها الاعراف المحلية والمهنية (٢) ، كما قامت إلى جانبها قوانين جديدة كالقانون الزراعي الذي كان يتناول الهيئات الزراعية للفلاحين والمزارعين الاحرار ، أو قانون العقوبات البحري ، أو القانون العسكري الذي بحث تنظيم تسليح المراكب بحسب اعراف رودوس .. الخ .

ومهما يكن الامر ، فان جوستنيان — الذي كان يرى أنه لا يجب أن يكون في الامبراطورية غير حكومة واحدة ، وكنيسة واحدة — أراد أن لا يكون فيها أيضاً غير قانون واحد . وقد حاول تحقيق ذلك بتشريعاته العظيمة ولكن الكنيسة في سورية ظلت رغم ذلك تعمل للاحتفاظ بسلطاتها وأحكام شريعتها كما ظلت بعض أحكام القوانين المحلية من أرامية ويونانية ظاهرة الاثر .

---

(١) برهية : المرجع السابق ص ١٧٦

(٢) حتى لقد قال جوفنال Juvenal في نقد ساخر : ان نهر العاصي — الشامي — اخذ يصب في التيبر » — نهر روما — (في بينز ، المرجع السابق ص ٥) . هذا وقد الف الاستاذ كولينه للتدليل على ذلك كتاباً كاملا حول تأثير الشرق على الحقوق الرومانية بعنوان « الطابع الشرقي لعمل جوستينيان التشريعي » .

هذا ، ولا بد من الاشارة إلى أن عدداً كبيراً من الشرقيين والسوريين ، كانوا يدرسون في مدرسة بيروت الحقوقية — التي حازت على شهرة واسعة في الامبراطورية ربما جاوزت شهرة القسطنطينيـة أو روما (١) — حيث كان من أساتذتها في القرن الثالث اولبيانوس Ulpianus (٢) وبابينيانوس Papinianus (٣) وكان من بين طلابها الكثير من أبناء البلاد من شمالي سورية إلى جنوبها ، وربما من اليونان وتركيا نفسها ، بل وبعض أبناء امراء العرب من الغساسنة أو المناذرة .

ونعتقد أن مدرسة بيروت التي ظلت نحواً من ثلاثة قرون من الزمن ، تنجب طلابها في القانون الروماني ، قد نشرت هذا القانون حولها ، ولا شك أنها أثرت في الحقوق العرفية القائمة في تلك البلاد . ويؤكد العارفون أن هذه المدرسة كانت تدرس الحقوق الرومانية والتشريعات الرومانية ، لا حقوق المقاطعات التي ربما اختلفت في بعض النواحي (٤) .

وصفوة القول ، أن القوانين الرومانية البيزنطية كانت نافـــذة في هذه المنطقة من سورية — أي في سورية البيزنطية — ومطبقة على الجميع ، (٥) إلى جانب الأعراف المحلية من زراعية ومهنية وغيرها .. التي كانت سائدة في البلاد .

وقد وجد العرب حين فتحوها ودخلوها ، أنظمة إدارية قائمة ، من آثار بيزنطية ، اقتبسوا منها شيئاً كثيراً ، كما ظل الصناع البيزنطيون يواصلون عملهم

---

(١) كولينه ، تاريـخ مدرسة حقوق بيروت ص ١٨ .

(٢) وهو فقيه كبير في الحقوق الرومانية ، ومن اهل مدينة صور . (كولينه ، المرجع السابق ص ١٩) .

(٣) وهو شقيق زوجة الامبراطور السوري سبتيم سفه ر Septime Sévère المولود في حمص كما يظن ..

(٤) كولينه ، المرجع السابق ص ٢٠٩ .

(٥) نورمان بينز ، المرجع السابق ص ١٣١ ، ٣٥٩ .

بعد احتلال العرب السورية [١] .

وإذا كانت القوانين الرومانية هي التي تؤلف الحقوق الأصلية والنظرية ، في الامبراطورية البيزنطية ، فان قوانين أخرى كانت موجودة في المقاطعات الرومانية ولا سيما في سورية . ويظهر أن سورية كانت من أهم البلاد تأثراً بالثقافة والأفكار اليونانية . حتى أن مثقفيها وتجارها وموظفيها . . كانوا يتكلمون اليونانية ويستعملونها [٢] .

ويظن أن القوانين اليونانية وقواعدها الحقوقية ، ظلت بالتوالي موجودة في سورية ؛ حتى أن بعض المؤلفين [٣] يحاول أن يدلل على أن قانون الارث اليوناني قد أثر تأثيراً كبيراً في النصوص الرومانية المماثلة [٤] كما أثر في الاعراف السورية الرومانية التى كانت تؤلف حقوق المقاطعة الخاصة السورية ، إلى جانب الحقوق الرومانية نفسها [٥] .

ويعتقد البعض أن الحقوق التي كانت تدرس في بيروت في القرن الخامس هي دستور أومنم Omnem في المقدمة الثانية للديجست ، كما كان يدرس فيها الفقه الروماني مأخوذاً من مؤلفات كايوس وأو لبيانوس وبابينيانوس وبولوس.

ويذكر كولينه أن ذلك يشمل ، قبل جوستنيان ، كتباً شهيرة تبتدىء بانتسيوت كايوس وتنتهي بفتاوى ، أو أجوبة Responsa بابينيانوس . وقد أطلق عليها اسم مجموعة الكتب الست Sex libri ou volumina [٦] أما جوستنيان ،

---

(١) راجع احمد امين ، فجر الاسلام ، القاهرة ١٩٤١ ج ١.

(٢) رياخ Reinakh «اليونانية في سورية» في كتاب «انتشار اليونانية في العالم القديم» باريس ١٩١٤ ص ٢٤١ ، مذكور في كولينه المرجع السابق ص ٢١٥ .

(٣) برنارد هوسوليه Haussoulier ، في مقال بعنوان « قانون يوناني غير منشور يتعلق بالارث » مجلة تاريخ الحقوق سنة ١٩٢٣ ص ٥١٥ ـ ٥٥٣ .

(٤) كمثل قانون الارث المسمى Lcges Sacculares .

(٥) كولينه المرجع السابق ص ٢١٥ .

(٦) المرجع السابق ص ٢١٧ ـ ٢٤٢ .

فقد أصبحت قوانينه ومؤلفاته وأوامره هي التي تطبق وتدرس كذلك ابتداء من الأنستيوت لجوستنيان حتى القانون Codes .

ويشير آخرون (١) إلى أن سورية كانت تطبق قانوناً شهيراً مايزال مرعياً لدي بعض الطوائف المسيحية — كما هو كذلك في بعض بلاد أوربة الوسطى — وهو القانون المعروف بقانون هارمينوبولوس Harmenopoulus ذي المنشأ الكنائسي البيزنطي .

٢ - بلاد الحقوق العرفية العربية

والقسم الثاني من البلاد السورية قبل الإسلام — كما أشرنا — هو هذه الأقسام الصحراوية ، الواقعة داخل الهلال الخصيب الروماني غرباً وشمالا ، والفارسي شرقاً ، ويمكن أن يطلق عليها بلاد الحقوق العرفية العربية ، مقابلة ببلاد التشريع الروماني السابقة ، لأن الحقوق فيها كانت مجموع أعراف سائدة عند القبائل التي كانت تقطنها .

كان يقطن هذا القسم قبائل عربية معروفة ، جاور بعضها الروم واتصل بهم كما جاور بعضها الاخر الفرس واتصل بهم ، وقد تأثر كل منهم بمدنية جيرانه وحقوق جيرانه ، بل ربما تأثر بذلك عرب شبه الجزيرة أنفسهم ، سواء في رحلاتهم وتجارتهم ، أو في صلاتهم بعرب الشمال (٢) وقامت أمارة الحيرة ، بفعل الفرس أنفسهم ؛ في البادية المجاورة لمملكتهم ، أي البادية الشمالية (حوالي ٢٤٠ م) وكان أول أمير أمّره الفرس عليهم هو عمر بن عدي ، وكان نظام الفرس اقطاعياً يستقل كل وال بأمر مقاطعته خلافاً للحكم الروماني المركزي في غرب سورية . وقد اعتاد ملك الفرس أن ينصب من قبيلة لخم (المناذرة) أمراء الحيرة ، وكان

(١) ارمانجون ، نولدوولف ، مطول الحقوق المقارنة ، ج ١ ص ٦٠ .

(٢) راجع احمد امين ، فجر الاسلام — القاهرة ١٩٤١ ج ١ ص ١٨ .

بين هؤلاء وبين الفرس مودة وصلات ، وكانوا نقطة الاتصال بين الفرس وعرب الجزيرة ، وطبيعي أن ينشأ عند عرب الحيرة تقاليد واعراف خليطة ، وأن يتأثروا بالحياة والعقلية الفارسية إلى حد كبير ، بقدر ما أثروا بدورهم في حياة العرب والأدب العربي عامة ، كما يشهد على ذلك شعرهم (١) .

وقامت أمارة الغساسنة في جنوب الشام ، وشمال الجزيرة العربية ، وامتد حكمها على مقاطعتي حوران والبلقاء ، وربما كانت عاصمتها الجولان أحياناً أو جلق بالقرب من دمشق أحياناً أخرى (٢) ، وإذا كان تاريخ الغسانيين في الشام من الامور الغامضة في تاريخ العرب ، فان اعرافهم وتقاليدهم الحقوقية قد بقيت — لاشك — قائمة فيهم وفي البادية التي قطنوها حتى بعد الإسلام وربما ظلت آثارها بادية حتى اليوم ، رغم التطورات التي طرأت عليها ، وهي أقرب إلى طبائع شبه الجزيرة منها لدى عرب الحيرة في الشمال .

وقد كان عرب الشام — لخميين في الحيرة ، أو غسانيين في حوران والبلقاء — قد بلغوا من المدنية شأوا بعيداً — إذا قيس حالهم بحال العرب في الجزيرة — وان كان منشؤهم من اليمن غالباً . « وكان منهم من يخالط الفرس والروم ويتكلم بلغتهم ، ودينهم كان أرقى على العموم من دين غيرهم من العرب ، فهم نصارى أو مجوس » (٣) .

ويظهر أن التقاليد العربية في الحيرة أو الشام الغسانية — وربما لغتهم أيضاً — (٤) كانت خاصة بهم ، خليطاً من عادات عربية وأعراف شمالية ، متأثرة بالحقوق الرومانية في الجنوب والغرب ، وربما بالفارسية في الشمال والشرق ، والذي

---

(١) راجع أحمد أمين المرجع السابق ص ٢٠ — ٢٢ .
(٢) « « « « « ص ٢٢
(٣) « « « « « ص ٢٦ .
(٤) راجع احمد امين المرجع السابق ص ٢٨ .

يبدو اليوم أن هـذه التقاليد ظل بعضها موجوداً حتى بعد الإسلام . فالاعراف التي كانت تخضع لها القبائل العربية في سورية ، كانت وما زالت كثيرة ومتنوعة تختلف باختلاف القبائل (١) ولا تزال آثار هذا الاختلاف بادية في قبائل البادية الشامية وعشائرها في العصر الحاضر . . . على أن هناك أمراً ثابتاً عاماً هو أن هذه الحقوق العرفية ، كانت تتفق ومقتضيات حياة البداوة والصحراء ، واقامة العدل والطمأنينة فيها (٢) كما كانت تسودها مسحة العدل والمنطق (٣) .

ومهما يكن الأمر ، فان هـــذه الحقوق العرفية ماتزال — ولا سيما بسبب تعددها وتنوعها — مبهمة قليلة الوضوح ، وربما كانت آثارها الحاضرة في قبائل البدو الباقية حولنا ، وقـد تعدلت وتطورت بعض الشيء ، ولا يمكن تحديدها بالضبط . وربما نقصنا الكثير من عناصرها لنستطيع الكلام عليها بالتفصيل .

وقد جاء في أخلاق الملوك (٤) ان العرب أخـذوا على الفرس قوانين الملك والمملكة، وترتيب الخاصة والعامة ، وسياسة الرعية ، والزام كل طبقة حظها . .الخ

---

(١) فقد نجد اكثر القبائل العربية ، في الشام او في شبه الجزيرة قبل الاسلام ، يحصر حق الارث بالذكر دون الانثى ، ولكن البعض الاخر يحصره بالانثى دون الذكر ..!!وربما يقبل البعض قسمة الارث بينهما .. الخ .

(٢) ويقول المتصلون بحياة البدو وقضائهم انه لولا مافرضته الاعراف من عقوبات اجماعية تتعدى الفرد المعتدي ، لما امكنت الحياة في البادية ، لأن الاعرابي فيها يمتنع عن اتيان القتل او غيره من الجرائم لاخوفاً من موته او معاقبته ، وانما خوفاً على عائلته وعشيرته .

(٣) فقد عرف العرب مثلا في قبائل الشام ان البينة على من ادعى واليمين على من انكر ولكن المدعى عليه يستطيع ان يرد اليمين على المدعي .. وهي من النظريات العصرية والعادلة . راجع مقال المرحوم هزاع المجالي — الرئيس الاردني السابق — بعنوان «القضاء في العشائر» ، مجلة نقابة المحامين بدمشق ١٩٤٦ ص ٤٤ ومابعدها .

(٤) عن فجر الاسلام ، ج ١ ص ١٥٠ .

كما ذكر أحمد أمين (١) أن فارس تركت آثاراً ثابتة في الحياة الاجتماعية في الدولة الساسانية ، وكان لها كتب ومؤلفات . وقد بقي من الكتب غير الدينية — التي تركها الفرس حين رحلوا بدخول العرب والإسلام — قطعة كبيرة من قانون فارس ، في عهد الدولة الساسانية تتضمن الكلام عن الاحوال الشخصية كالزواج وعن الملكية والرق . . وغير ذلك — وبعضها منقوش على الاحجار وباللغة الفهلوية . . وربما كشفت لنا الاثار والمكتشفات الحديثة عن أشياء كثيرة لانزال نجهلها . . .

هذا ونستطيع أن نعمم ماذكرناه عن حقوق البلاد التشريعية في سورية الطبيعية على مصر خلال اعتبارها جزءاً من الامبراطورية الرومانية عندما خضعت إلى السيطرة الرومانية خلال سبعة قرون من الزمن قبيل ميلاد المسيح حتى دخول العرب اليها .

ومما لا شك فيه ان الحقوق الرومانية التي سادت مصر إذ ذاك إنما كانت تلك الأحكام التي وصل اليها القانون الروماني في عهده الأخير متأثرة بالوقت ذاته بالاعراف المحلية وبعض الاوضاع الخاصة .

ذلك لأنه كان للأعراف المحلية شأنها وتأثيرها على القانون في مصر إلى جانب القانون الروماني البيزنطي وان شأنها من حيث الابهام وقلة الوضوح شأن الاعراف التي سادت في سورية .

* * *

(١) فجر الاسلام ، ج ١ ص ١٤٠ .

البحث الثاني

العهد العربي الاسلامي (١)

يبدأ هذا العهد مع الفتح الإسلامي للشام عام ١٠ — ١٢ للهجرة (٦٣٢ — ٦٣٤ م) ولمصر عام ٦٤٠ م وينتهي مع الفتح العثماني عام ١٥١٦ م .

في هذا الدور كانت أحكام الشريعة الاسلامية ومبادؤها هي المصدر الوحيد للحقوق في سائر البلاد الإسلامية . وإذا كانت بعض الاعراف والاحكام السابقة التي أوجدها الإسلام حين فتح البلاد ، قد أثرت في بعض الاحكام التفصيلية ، فان هذا التأثير ظل محدوداً وقليلا لأن كثيراً من السكان الاصليين في سورية قد رحلوا عن البلاد ليحل محلهم العرب الفاتحون ، ودخل عدد كبير ممن بقي منهم في البلاد في الدين الإسلامي ، مما أضعف من قيمة الاعراف والحقوق السابقة خصوصاً وان الشريعة الإسلامية جاءت بمبادىء وأحكام دنيوية عامة جديدة وكثيرة ، لا تأتلف غالباً مع ما كان سائداً من مبادىء وأعراف سابقة ، بحيث أوجدت انقلاباً حقيقياً فيها ، وانقطاعاً في سيرها وفاتحة عهد جديد لها . وربما

---

(١) راجع في تاريخ التشريع الاسلامي في المراجع العربية السابقة، راجع كذلك مقدمة ابن خلدون ؛ تاريخ التشريع الاسلامي ، للمرحوم محمد الخضري ؛ نظرة تاريخية في حدوث المذاهب الاربعة وانتشارها لأحمد تيمور باشا ، القاهرة ١٣٤٤ ؛ تاريخ التشريع الإسلامي، لعبد اللطيف السبكي وغيره القاهرة ١٩٤٦ ؛ احمد امين ، فجر الاسلام القاهرة ١٩٤١ ، وضحى الاسلام ١٩٤٤ .. الخ .

ظلت بعض هذه الأعراف القديمة قائمة في بعض المناطق الصحراوية أو الجبلية ، ولدى بعض القبائل المعزولة ، المنكمشة على نفسها .

وفي كل الاحوال فاننا نستطيع أن نقسم العهد بالنسبة للحقوق المدنية والقضاء والافتاء إلى ثلاث مراحل :

١ - المرحلة الأولى :
الحقوق الاسلامية الأصلية

وهي التي تبدأ مع ظهور الإسلام وفتح الشام وتنتهي بتكوّن المذاهب وانتشارها. في هذه المرحلة كانت الحقوق والمبادىء الإسلامية مستمدة مباشرة من مصادر الشريعة الإسلامية الاولية ، والتي سميت : أصل الاصل . وهي أولاً المصدران الرئيسيان ، الكتاب والسنة ، مصدرا الوحي الديني وأساس الشريعة كلها . وثانياً ، المصدران الاضافيان الاجماع والقياس .

الكتاب : هو القرآن الكريم ، ولا يخفى أنه أول المصادر الاسلاميه ومردها . وهو يقوم على عدم الحرج أي اليسر والتسامح . ومن أجـــل ذلك شرعت الرخص [١] وقلّت التكاليف ، فكان سكوته عن أمور كثيرة عن قصد حتى لا يحرمها [٢] .

وقد جاء الكتاب مؤيداً ومبيناً بعض التقاليد والقواعد العرفية السابقة [٣]

---

(١) محمد الخضري ، تاريـخ التشريـع الاسلامي ص ١٨ .

(٢) فقد جاء في سورة المائدة : « يا ايها الذين آمنوا لاتسألوا عن أشياء إن تبدلكم تسؤكم . . » فجعل الاصل الاباحة والجواز ، وجعل المنع بالنص بدليل قوله عليه السلام : اعظم المسلمين في المسلمين جرماً من سئل عن شيء لم يحرم على المسلمين فحرمه عليهم من اجل مسألة ، وقوله : ان الله فرض فرائض فلا تضيعوها ، وحدحدوداً فلاتعتدوها ، وحرم اشياء فلاتنتهكوها ، وسكت عن اشياء رحمة بكم من غير نسيان فلا تبحثوا عنها . (محمد الخضري المرجع السابق ص ١٩) .

(٣) كمثل صلب قطاع الطرق ، في سورة المائدة .

ولكنه جاء بالكثير من الاحكام والقواعد الجديدة والمغايرة أو المخالفة للتعامل السابق [1] ومثل ذلك في المهر والعدة والطلاق والرجعة الخ . . [2] محرماً الكثير من تقاليد الماضي السيئة ، ومبدلاً من قواعدها ، ولكن بصورة تدريجية [3] . كما جاء مجملاً ثم مفصلا ، وربما نسخت أحكام متأخرة منه ، أحكاماً متقدمة [4] ولذلك ولئن كانت آيات القرآن حججاً قاطعة يجب الاستمساك بها ، والعمل بمضمونها ، إلا أن ملاحظة المنسوخ منها بالناسخ مسألة دقيقة لامجال لبحثها هنا .

أما السنة ، سنة رسول الله ﷺ فهي مجموع ماصدر عنه من قول أو فعل أو تقرير . ومن المعروف أنها كانت في التشريع الاسلامي مصدراً خصباً جداً من مصادر الشريعة ، فهي لم تكتف بايضاح ما أبهم ، وتفصيل ما أجمل من أحكام الكتاب ونصوصه ، وإنما جاءت كذلك باحكام جديدة وقواعد لم يرد عليها نص ، كما في الشفعة مثلاً . . .

على أن السنة في عهد الخلفاء وعصر الصحابة ، وخصوصاً عندما بدأت

---

(١) كما في الارث والتوريث مثلا ، فقد كانت القاعدة عند العرب في الارث قائمة على الولاية ، فكان الذي يرث المتوفى اقرب اوليائه ، وهو ابنه الذي ينصره . ولذلك كان الارث قاصراً على الذكور من الابناء ، لأنهم هم الذين يحملون السيف ويحمون البيضة . ولم يكن لغير الابناء مع الابناء نصيب . . حتى جاء الاسلام . . واستبقى الى حد ما قاعدة الولاية حيناً من الزمن ، بعد ان عدلها وبدلها ليشجع الهجرة ، وجعل هذه الولاية للاقرب فالاقرب ، ولكنه بدل قواعد الارث فجعله للذكر مع الانثى مضاعفاً . . الخ (سورة النساء) . او كما في الزواج ، حيث لم يكن عند العرب حد يرجعون اليه في عدد الزوجات ، وربما تزوج احدهم عشراً (الخضري ، (المرجع السابق ص ٧٠) كما كانت عندهم عادات للنكاح وانواع مختلفة (انظر بلوغ الأرب في معرفة احوال العرب تأليف محمد شكري الالوسي ج ٣ ص ٤ و ٥) فجاء القرآن محدداً للعدد ، ومبطلا للانواع .. سورة النساء (الخضري ، المرجع السابق ص ٧١) .

(٢) الخضري المرجع السابق ص ٧٥ ـ ٧٩ .

(٣) كما في آيات تحريم الخمر والميسر .

(٤) انظر بحث الناسخ والمنسوخ في كتب الفقه ، الخضرى ، المرجع السابق ص ٢٢ وما بعدها .

الاختلافات من جهة ، وابتعد الرواة عن النبي من جهة أخرى ، قد وجدت مقاومة حتى من الخلفاء أنفسهم ، لما بدأ يشوبها من شك وتحريف . وحتى أن عمر رضي الله عنه — كما روى شعبة وغيره — قال لمن سيرهم الى العراق ، انكم تأتون أهل قرية لهم دوي بالقرآن كدوي النحل ، فلا تفتنوهم بالاحاديث فتشغلوهم ، جردوا القرآن وأقلوا الرواية عن رسول الله [1] ويظهر أن الشك في كثير مما يروى عن النبي هو الذي حدا بابي بكر وعمر وغيرهما أن يطلبا من الراوية الاشهاد والاثبات .

ويقول الخضري : [2] ان أئمة المسلمين وقادتهم — منذ القرن الأول للهجرة — انما كانوا يشيرون بتقليل الرواية خشية أن ينتشر الكذب والخطأ عن رسول الله .

ولكن رواية الحديث والاهتمام به قد ازداد وشاع في العهد الأموي في جميع البلاد الاسلامية بما في ذلك الشام حتى أوائل القرن الثاني للهجرة ، وازداد معه الكذب فيه والاختلاق عليه ، وقد ذكر الخضري [3] عدداً كبيراً من الأمثلة على الكذب في الحديث والرواية ، مما جعل هذا المصدر على خصبه مختلفاً فيه ، في كثير مما أسند اليه .

واذا كان القرآن قد جمع ودون وانتشر بين الناس وفي المساجد ، فان الحديث على العكس ، ظل غير مجموع ، حتى ان عمر بن عبد العزيز في القرن الثاني للهجرة قد رغب الى عامله في المدينة ، في كتابة السنة وجمعها ، خوفا من ضياعها ، الا أن ذلك لم يتم .. وان يك قد جرى فيما بعد ، وبوقت متأخر ، جمع الأحاديث من قبل مسلم والبخاري وغيرهما .

---

(١) راجع الخضري المرجع السابق ، ص ١٠٢ و١٠٣

(٢) المرجع السابق ص ١٠٦.

(٣) المرجع السابق ، ص ١٣٢ — ١٣٥.

وقد دخل الاسلام في الشام كثير من أبناء الروم — الذين كانوا يعرفون بالموالي ، لان من أسلم على يد رجل فهو مولاه [1] — فشاركوا وساهموا في رواية الحديث ، وربما امتازوا عن مواليهم في بعض الأمصار — وعلى رأسهم الحسن البصري في البصرة ، ومكحول بن أبي مسلم في الشام — وبدأ بالوقت نفسه النزاع بين أهل الرأي والحديث ، وانقسام المفتين بين المذهبين . إلا أنه لم تكن هناك قواعد معلومة واضحة للمجتهدين ، لأن الفقه كان في ذلك الوقت لم يأخذ الدرجة اللائقة به من التدوين والترتيب [2] .

أما الاجتهاد — وهو جامع للمصدرين الاضافيين ، الاجماع والقياس — فهو : « بذل الجهد في استنباط الحكم الشرعي ، مما اعتبره الشارع دليلاً رئيسياً ، بعد الكتاب والسنة [3] .

الاجتهاد — وهو يتجلى بالقياس بوجه عام ، واجماع الصحابة على أمر بطريق القياس بوجه خاص — طريقة في الوصول الى الأحكام الواجبة التطبيق ، أكثر منه مصدر وضعي قائم بذاته . لأنه عبارة عن مقايسة وقائع لم يتناولها الشارع الاسلامي بنص في الكتاب او السنة ، بسبب تطور المدنية وحاجات الحياة ، مع وقائع منصوص عليها ومعينة الأحكام . وهذا أبرز صفات الاجتهاد والقياس حتى سمي بالرأي .

واذا كان الاجماع — كما يقال — قد أوجده النبي ، حين كان يجمع حوله الصحابة ليشاورهم في الأمر وفي التطبيق الواجب اجراؤه للمبادىء الموحى بها ، كذلك فان النبي عليه السلام قد أيد القياس بالسنة [4] .

---

(١) الخضري ، المرجع السابق ص ١٣٦ .

(٢) الخضري ، المرجع السابق ص ١٤٢ .

(٣) الخضري ، المرجع السابق ص ١٠٧ .

(٤) وهذا يشهد به حديث معاذ بن جبل وقد ارسله النبي ليتولى شؤون اليمن وسأله=

ومع ذلك فان الرأي الذي عملوا بـــه هو الذي كان خالياً من اتباع الهوى في الفتوى مع عدم الاستناد إلى أصل من المصدرين الأوليين (١).

وهكذا فقـــد كانت المصادر العلمية للحقوق ، كما هي في سائر المقاطعات الاسلامية والعربية ، الفتيا أو الفتاوى التي تؤخذ في عصر الصحابـة عن القراء منهم ، وهم الحاملون لكتاب الله ، العارفون بدلالته (٢) فلمـــا انقضى عصرهم ، وخلفهم من بعدهم التابعون اتبع أهل مصر فتيا من كان عندهم من الصحابـة ، لا يتعدونها الا في اليسير مما بلغهم عن غيرهم ، فاتبع أهل المدينة في الأكثر فتاوى عبد الله بن عمر ، وأهالي الكوفة فتاوى عبدالله بن مسعود ، وأهـل مكة فتاوى عبدالله بن عباس ، وأهل مصر فتاوى عبدالله بن عمرو بن العاص (٣).

وقد اشتهر بالنسبة للشام من هؤلاء المفتين معاذ بن جبل عندما أرسـله عمر ابن الخطاب اليها ، ولكنه مات فيها بالطاعون سنة ١٩ للهجرة فلم يطل مقامه وافتاؤه. ويذكر المؤرخون من الذين اشتهروا بالافتاء من أهل الشام بعده عبادة بن الصامت وأبا الدرداء ومن تخرج على يديهما من التابعين (٤).

وقد كان هؤلاء المفتون والقضاة وغيرهم مرجع الناس في حـل الخلافات على أسس المصادر المـذكورة بحيث كانت فتياهم هي سبل الحقوق سواء في سورية

= كيف يقضي بين الناس فيما يرفع اليه من خلاف؟ فأجابه معاذ أقضي بما في كتاب الله ، فقال النبي: فان لم يكن في كتاب الله ؟ أجاب معاذ اقضي بسنة رسول الله ، فقال النبي واذا لم يكن في سنة رسول الله ؟ عندها أجاب معاذ أجتهد برأيي لا آلو . فضرب الرسول عليه السلام على صدره وقال « الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله » راجع تاريخ التشريع الاسلامي ، للسبكي واخرين ص ٧٩ .

(١) الخضري ، المرجع السابق ص ١٠٩ .

(٢) عن ابن خلدون في احمد تيمور ، نظرة تاريخية في حدوث المذاهب الأربعة وانتشارها ، القاهرة ١٣٤٤ هـ ، ص ٥ .

(٣) عن المقريزي والديباج في احمد تيمور المرجع السابق ص ٦ .

(٤) راجع اسماء هؤلاء التابعين وتاريخهم ، وهم امثال عبد الرحمن بن غنم الاشعري المتوفى سنة ٧٨ هـ ، وابو ادريس الخولاني . واعظ اهل الشام وقاضيهم المتوفى سنة ٨٠ هـ وقبيصة بن ذؤيب من كبار علماء الشام توفي سنة ٨٦ هـ ، ومكحول بن ابي مسلم وعمر بن عبد العزيز الخ.. في الخضري المرجع السابق ص ١٥٧ ومابعدها . السبكي وآخرين . المرجع السابق ص ١٦٦ ومابعدها الى ١٨٠ .

وسواء في مصر في ذلك الحين ، حتى هيأت المذاهب ، وقامت المدارس الفقهية بالتفصيلات وجاءت بالحلول لكثير من المسائل .

٢ - المرحلة الثانية

تكوّن المذاهب وانتشارها

ويمتد هذا الدور من القرن الثاني الى القرن الرابع للهجرة .

في هذا الدور أخذت السنة تجـــد من عمل على تصنيفها وتدوينها من فقهاء الاسلام المعروفين ، في مختلف الأمصار ، وكثرت في ذلك المجموعات حتى عمد بعض الأئمة في القرن الثالث للهجرة (كالبخاري ومسلم) الى اختيار الصحيح منها . ومع ذلك ، فقـــد كان من الطبيعي ان يقوم النزاع في السنة ، وفي اعتماد صحتها لكثرة المتقوّلين فيها وبعدهم عن عهدها. وكانت الشام مسرحاً لهذا الاختلاف كسائر الأقطار .

وفي هذا الدور أيضاً اتسعت حاجات الحياة وعلومها وتبسط المسلمون فيهـا ، وكان الفقـــه أبرزها اتساعاً تحت عوامل مختلفة سواء بسبب عناية الخلفاء به ، وانتشار الرأي ، وكثرة الجدل والوقائع ، وسواء بتأثر العقول بثقافات الامم المختلفة ولا سيما التأثر بالاعراف المحلية لكل أمة ، والعادات القديمة التي عرضت على الفقهاء في مختلف الاقطار وسواء بتدوين العلوم والسنة خصوصاً .

وفي هذا الدور بدأ المشتغلون بالفقه ، سواء في الشام أو في مصر أوفي غيرهما من البلاد الاسلامية ، ولاسيما العراق والمدينة ، يتوسعون في القياس ، والتفريع على المسائل ، وأخـــذ الفقه يمتد في مختلف الاتجاهات سعة ، والفقهاء يتسابقون ويتناظرون ويتساجلون وهم يغوصون في الدقائق ، يفتشون عن الحقائق، فيفترقون حيناً ويلتقون أحياناً . وكان ان ظهرت في البـــلاد الاسلامية مذاهب ومدارس

فقهية حقوقية ، وأئمة ومشايخ يتزعمونها ، تنازعوا الرأي والفتيا ، مع احترام كل واحد للآخرين واجلاله لهم عدا مذاهب الشيعة والمتطرفين فيها.

ولقد قام في الشام — أول ما قام من مذاهب أهل السنة — مذهب الأوزاعي (عبد الرحمن بن محمد ، ولد في الأوزاع قرية بدمشق سنة ٨٨ وتوفي سنة ١٥٧ هـ) وهو الذي ساد كذلك في الأندلس وغيرها من البلاد التي حكمها الأمويون . بحيث كانت الفيتا والأقضية تجري على مذهبه . وكان الأوزاعي من رجال الحديث الذين يكرهون القياس . وكان أهل الشام يعملون بمذهبه، وقاضي الشام أوزاعي، ثم اضمحل هذا المذهب أمام المذهب الشافعي في الشام ، ومذهب مالك في الأندلس وذلك في منتصف القرن الثالث » [1] .

ولا يخفى أن مذاهب كثيرة ، غير المذاهب الاربعة المعروفة ، كانت قد قامت في مختلف الأمصار ، وانقرضت بالتدريج فلم يطل العمل بمذهب سفيان الثوري بالكوفة والحسن البصري بالبصرة لقلة أتباعهما [2]. وقد ظل الى جانب المذاهب الأربعة مذهب داوود الظاهري [3] في كثير من البلدان بما في ذلك الشام . وقد زاحم الظاهري الاربعة وطالت مدته حتى جعله المقدسي في أحسن التقاسيم رابع المذاهب في القرن الرابع بدل الحنبلي ، وعده ابن فرجون في الديباج الخامس من المذاهب المعمول بها في زمنه. ثم دُرِسَ هذا المذهب بعد ذلك ولم يبق الا المذاهب الاربعة من مذاهب أهل السنة وهي التي نقف عندها قليلا لنرى ماهو تأثيرها في بلاد الشام ومصر .

---

(١) الخضري ، المرجع السابق ص ٣٦٩ ـ ٢٧٠ . السبكي وغيره ، المرجع السابق ص ٢٩١ .

(٢) احمد تيمور ، المرجع السابق ص ٦ ،

(٣) وسمي كذلك لانه قام على الأخذ بظاهرها النص في الكتاب والسنة دون الرأي والقياس.

١ ـ **اما المذهب الحنفي** [١] ، مذهب الامام الاعظم أبي حنيفة النعمان بن ثابت الكوفي المولود سنة ٨٠ هـ بالكوفة ، والمتوفى ببغداد سنة ١٥٠ هـ ، فهو الذي أطلقوا عليه ، وعلى ما جرى مجراه مدرسة أهل الرأي ، لان الحديث كان أقل في العراق والكوفة فاستكثر أهلها من القياس ومهروا فيه ، وقد كان يطلق كذلك على مذهبه مذهب أهل العراق وأهل الكوفة . « ويذكر أصحاب طبقات الحنفية أن هذا المذهب شاع في بلاد بعيدة ، ومدن عديدة كنواحي بغداد ومصر والروم وبلخ وفرغانة وبخارى وبلاد فارس وأكثر بلاد الهند والسند ، وبعض بلاد اليمن وغيرها » [٢] .

ولكن ، ماذا كان نصيب الشام من هذا المذهب الكبير ؟ اذا كنا لا نجد في كتب الفقه ذكراً للشام ، بين البلاد العربية التي ذكرتها طبقات الحنفية [٣] ، فلعل ذلك ناشىء عن السيطرة الأموية في هذه البلاد في القرن الاول للهجرة ، ومقاومة كل ما يأتي من جهة الشرق . غير أن الحقيقة أن بلاد الشام لم تبتعد كثيراً ، ولم تكن في معزل عما كان يقوم بالكوفة أو العراق من مذاهب هامة أو أقضية عظيمة ، خصوصاً ، بعد قيام الدولة العباسية ، وتولية هارون الرشيد أبا يوسف ، صاحب ابي حنيفة ، القضاء واطلاق يده فيه ، وعلى الأخص بعد عام ١٧٠ هـ ، وقصر ابي يوسف تولية القضاء في الشام وغيرها على من كانوا من مذهبه أي من أهل الرأي ، الأمر الذي أدى الى دخول المذهب الحنفي وانتشاره في الشام ، اذ أصبحت الأحكام والفتيا الحنفية هي المعمول بها . ونشأ المذهب في هذه البلاد بعد ذلك بصورة متزايدة حتى قال ابن حزم : مذهبان انتشرا في بدء أمرهما

---

(١) راجع محمد ابوزهرة ، ابوحنيفة .
(٢) احمد تيمور المرجع السابق ص ٨ .
(٣) كالمرقاة الوفية للفيروز بادي .

بالرئاسة والسلطان : الحنفي بالشرق والمالكي بالأندلس [1] .

وقد كان أبو حازم قاضي القضاة في الشام في القرن الثالث للهجرة من هذا المذهب « وكان إماماً في الاحاديث والاخبار ، وتصانيفه فاق بها معاصريه [2] .

ولم يزل هذا المذهب غالباً في الشام ومصر ، لإيثار الخلفاء العباسيين الحنفية بالقضاء ، حتى تبدلت الاحوال ، وزاحمته المذاهب الثلاثة . ومع ذلك فقد ظل هذا المذهب منتشراً ، رغم كل التأثيرات والمذاهب التي غزت البلاد بعد ذلك ، بل وحتى في زمن الفاطميين [3] . فقد ذكر المقدسي في أحسن التقاسيم ، ان المذهب الحنفي كان منتشراً في الشام ، تكاد لا تخلو فيها قصبة أو بلد من حنفي ، وربما كان القضاة منهم .

٢ ـ **وأما المذهب المالكي** [4] ، مذهب الإمام مالك بن أنس الأصبحي ، المولود بالمدينة سنة ٩٣ هـ والمتوفى فيها سنة ١٧٩ هـ ، فهو ثاني المذاهب الاربعة في القدم ، ويقال لأصحابه أهل الحديث ، مقابلة لأهل الرأي في المذهب الحنفي ، كما يطلق على أهله أحياناً أهل المدينة نسبة الى وجودهم فيها ، وقيام المذهب فيها .

واذا كان هذا المذهب قد نشأ بالمدينة — موطن الإمام مالك — فقد انتشر في الحجاز وغلب عليه وعلى البصرة ومصر وما ولاها من بلاد افريقية والأندلس وصقيلية والمغرب الأقصى إلى بلاد من أسلم من السودان . بل لقد ظهر هذا المذهب في بغداد ظهوراً واضحاً ثم ضعف فيها بعد القرن الرابع ، كما ضعف بالبصرة بعد القرن الخامس . وغلب في خراسان وقزوين وابهر . . الخ . وكان له بها وبغيرها ائمة ومدرسون . وجاء في الديباج انه انتشر كذلك في

---

(١) الخضري ، المرجع السابق ص ٢٤٠ .

(٢) عن المقريزي ، ونفح الطيب ، وبغية الملتمس ، في احمد تيمور ، المرجع السابق ص ٩ .

(٣) احمد تيمور ، المرجع السابق ص ١٦ .

(٤) راجع محمد ابوزهرة « مالك » القاهرة ١٩٤٦ .

كثير من بلاد الشام [1] .

والواقع أن مذهب الامام مالك لم يكن له في سورية نصيب المذهبين السابقين ، أو المذهب الشافعي . لأن الامام مالك أقام بالمدينة ولم يرحل عنها إلى بلد آخر . وهذا مما جعل معظم حديثه يدور على ماروواه الحجازيون . وقد رحل اليه كثيرون من المتفقهين ولا سيما في مصر والمغرب وأهل أفريقية ، وهم الذين تولوا نشر مذهبه في شمالي أفريقية كله [2] .

وإذا كان تأثير المذهب المالكي في الشام بصورة مباشرة محدوداً وقليلا ، فلعل تأثيره غير المباشر كان هاماً ، وذلك سواء بما نقل عنه في بعض المسائل ، وسواء في مناقشة آرائه من قبل ائمة الشام كالإمام الأوزاعي نفسه . ثم في انتشار مذهبه بعد ذلك حتى في العراق على أيدي بعض أتباعه ومريديه ، وتأثير كل ذلك في الشام ولو قليلا .

٣ — وأما المذهب الثالث — المذهب الشافعي [3] — فهو مذهب الإمام محمد بن ادريس الشافعي القرشي المولود بغزة سنة ١٥٠ هـ والمتوفي بمصر سنة ٢٠٤ هـ وذكر ابن خلدون أنه يقال لأصحاب الشافعي — وبالتالي لمدرسته — أهل الحديث ، كالمالكية ، بل لقد جاء في طبقات السبكي أن أهل خراسان كانوا يقصدون بقولهم « أصحاب الحديث » الشافعية وحدهم [4] .

ومن المعروف أن الامام الشافعي درس صغيراً على الامام مالك وأخذ عنه . ثم رحل إلى العراق ، ولقي أصحاب الامام أبي حنيفة وأخذ عنهم ، ومزج طريقة أهل الحجاز بطريقة أهل العراق ، واستقل بمذهب خاص . وقد كان للجدل

---

(١) عن أحمد تيمور ، المرجع السابق ص ١٩ .

(٢) الخضري ، المرجع السابق ، ص ٢٣٤ .

(٣) راجع محمد أبو زهرة ، الشافعي ، الطبعة الثانية ، القاهرة ١٩٤٨ .

(٤) عن ابن خلدون وطبقات السبكي ، في أحمد تيمور ، المرجع السابق ص ٢٨ .

الفقهي ، والمناظرات ، وتباين الآراء التي سادت ذلك العصر ، كما كان لتنقل الامام الشافعي وأسفاره ، أثر كبير في مذهبه (١) .

ويذكر أصحاب الطبقات أن ظهوره كان أولاً بمصر ، حيث ألقى عصا الترحال فيها . وكثر أصحابه بها ، ثم ظهر بالعراق ، وغلب على بغداد وعلى كثير من بلاد خراسان وتوران والشام واليمن . . . ودخل بلاد الهند وفارس (٢) . . .

وكان الغالب على أهل مصر الحنفي (كذا) والمالكي كما تقدم ، فلما قدم اليها الامام الشافعي انتشر بها مذهبه وكثر . قال ابن خلدون : أما الشافعي فبلغوه بمصر أكثر مما سواها ، وقد كان انتشر مذهبه بالعراق وخراسان وما وراء النهر ، وقاسموا الحنفية في الفتوى والتدريس في جميع الأمصار ، وعظمت مجالس المناظرات بينهم ، وشحنت كتب الخلافيات بأنواع استدلالاتهم . . ثم انقرض فقه أهل السنة من مصر لظهور دولة الرافضة ، وتداول بها فقط أهل البيت ، وتلاشى من سواهم إلى أن ذهبت دولة العبيديين من الرافضة على يد صلاح الدين يوسف بن أيوب .

ورجع اليهم فقه الشافعي وأصحابه من أهل العراق والشام ، فعاد أحسن ما كان ونفق سوقه ، واشتهر منهم محي الدين النووي ، من الحلبة التي ربيت في ظل الدولة الأيوبية بالشام ، وعز الدين بن عبد السلام أيضاً (٣) . .

ويظهر أن الشافعي لم يسد في الشام وينتشر بها ، مثلما ساد المذهب الأوزاعي إلا متأخراً ، وقد زاد انتشاره في بلاد مصر والشام بعد أن أخذت الدولة

---

(١) راجع محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ص ٥٠ وما بعدها .
(٢) عن الديباج والفوائد البهية ، في أحمد تيمور ، المرجع السابق ص ٢٨ ـ ٢٩ .
(٣) عن أحمد تيمور ، المرجع السابق ص ٢٩ ـ ٣٠ .

الأيوبية في إنعاش مذاهب أهل السنة ، وجعلت للشافعي الحظ الأكبر من عنايتها وخصت به القضاء لكونه مذهب الدولة .

وهكذا أخذ المذهب الشافعي يحتل مكانة كبرى في الشام مثل المذهب الحنفي ، بل ربما كانت له الغلبة في بعض الأحيان .

أما في مصر فقد ذكروا أن القاضي كان يحكم في عهد الطولونيين والآخشيدين (٨٧٠ — ٩٦٩ م) وفق مذهبه غير متقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الاسلامي . على أن القضاء — في مصر — كان في الغالب وقفاً على علماء الشافعية [١] .

وجاء في طبقات ابن السبكي عن مصر والشام فيما يتعلق بالمذهب الشافعي : « هذان الاقليمان مركز ملك الشافعية ، منذ ظهر المذهب الشافعي ، اليد العالية لأصحابه في هذه البلاد ، لا يكون القضاء والخطابة في غيرهم [٢] » .

وقد ذكر ابن طولون « أن الغالب على أهل الشام كان في الأصل المذهب الأوزاعي — كما ذكرنا — حتى ولي قضاء دمشق ، بعد قضاء مصر ، أبو زرعة حمدي بن عثمان الدمشقي الشافعي ، فأدخل اليها مذهب الشافعي وحكم به وتبعه من جاء بعده من القضاة ويقال أنه هو أول من أدخله — أي المذهب الشافعي — إلى دمشق . وانه كان يهب لمن يحفظ مختصر المزني مئة دينار ، توفي سنة ٣٠٢ أو ٣٠٣ [٣] » .

« وقد عبر عن ادخاله المذهب الشافعي الشام بكلمة (يقال ، وذلك تعبير محقق دقيق ، لأن المذهب لا بد أن يكون قد سرى إلى الشام من مصر ، لما بينها من جوار ، وللهجرة التي كان يقوم بها العلماء . ولكن لأنه أول قاضي

---

(١) راجع الدكتور شفيق شحاته ، التاريخ العام للقانون في مصر ١٩٥٨ ص ٣٥٧ .

(٢) عن محمد أبو زهرة ، الشافعي . ص ٣٦٧ .

(٣) عن طبقات ابن السبكي ، في أحمد تيمور ، المرجع السابق ص ٣٢ ، ومحمد أبو زهرة ، الشافعي ص ٣٦٩ .

شافعي ولي قضاء الشام ، وكان القاضي قبل ذلك أوزاعياً ، فقد عمل بنفوذه على احلال ذلك المذهب — الشافعي — محل المذهب الأوزاعي . وكان يشجع على حفظه ومعرفته بالهبات كما رأيت . وبتوالي القضاة الشافعيين على الشام ، أخذ مذهب الأوزاعي في الانقراض ، ومذهب الشافعي في الغلب . ولم يتم له الغلب في حياة أبي زرعة ، بل في عهد من جاؤوا بعده من القضاة ، فقد استمر مذهب الأوزاعي — مع أن القضاء أخذ منه — له مكانته في نفس الشعب الشامي ، حتى لقد كان له مفتون ، وان لم يكن منه في آخر الأمر قضاة ، وجاء في تاريخ الذهبي ، في حوادث سنة ٣٤٧ هـ ، إنه مات مفتي دمشق على مذهب الأوزاعي أبو الحسن أحمد بن سليمان بن حذلم ، وكانت له حلقة كبيرة بالجامع ، ويظهر أنه آخر مفت لمذهب الأوزاعي » .

ومن هذا يفهم أن مذهب الأوزاعي ، كان بالشام إلى منتصف القرن الرابع الهجري وأنه لم تتم الغلبة للشافعي إلا عند ذلك (١) .

وقد تأيد ذلك بما جاء في المقدسي في أحسن التقاسيم ، حيث قال : إن الفقهاء باقليم الشام في زمنه — أي القرن الرابع للهجرة — كانوا شافعية ، قال ولا ترى به مالكياً ولا داودياً (٢) .

٤ — والمذهب الرابع — **المذهب الحنبلي** (٣) ، مذهب الامام أحمد بن حنبل الشيباني ، المولود ببغداد سنة ١٦٤ هـ والمتوفي بها سنة ٣٤١ . وقد كان الامام أحمد من خواص الامام الشافعي ، أخذ منه ولم يزل مصاحبه إلى أن ارتحل الشافعي إلى مصر . ويذهب البعض إلى القول أن هذا المذهب الذي نشأ في بغداد وظهر فيها وقد شاع في غيرها ، ولكن دون شيوع باقي

---

(١) عن محمد ابو زهرة ، « الشافعي » ص ٣٦٩ .

(٢) عن احمد تيمور ، المرجع السابق ص ٣٢ .

(٣) راجع محمد ابو زهرة « ابن حنبل » القاهرة ١٩٤٧ .

المذاهب [1] ، وانتشر بعد ذلك في كثير من بلاد الشام ثم ضعف [2] .

ويقول ابن خلدون : « أما أحمد بن حنبل ، فمقلد وقليل ، لبعد مذهبه عن الاجتهاد وأصالته في معاضدة الرواية والأخبار بعضها ببعض ، وأكثرهم بالشام والعراق من بغداد ونواحيها ، وهو أكثر الناس حفظاً للسنة ورواية الحديث » .

ومن المحتمل أن يكون المذهب الحنبلي قد وجد في الشام بعد العراق ، بين القرن الرابع والسابع للهجرة ، ولكن أتباعه كانوا قلائل جداً ، وقد اقتصروا على طبقة خاصة ، دون سواد الناس وعامتهم ، لما فرضه المذهب من تشدد وتعصب ، ولعدم ذيوعه بين العامة . وذكر بعض المؤلفين أن علماء هذا المذهب كانوا يأوون إلى دمشق وغيرها من الامصار ، وهم الذين قاموا على ذلك المذهب وخدموه ونقلوه وفسروه [3] ، وربما وجد لهذا المذهب ، بعد القرن الرابع مفتون في الديار الشامية ، ولكن الرجوع اليهم ظل قليلاً ونادراً ، لقلة الاتباع وندرتهم ، على مانشاهده من آثار ذلك في الحجج والصكوك والكتب الشرعية القديمة .

ويذهب البعض إلى أن هذا المذهب قد وجد حيناً من الدهر ، عندما قام ابن تيمية ينادي باتباع المذهب وأسسه الثابتة الراسخة في القرن الثالث عشر للميلاد وأنه لم يزل إلا في القرن الخامس عشر [4] .

٥ — **الشيعة** : هذا بالنسبة لمذاهب السنة في هذا الدور . أما مذاهب الشيعة على تنوعها ، فلم تكن لتدخل البلاد الشامية في أول أمرها ، بالنظر للعدواة التي كانت بين الامويين وأنصارهم في هذه الديار ، وبين المتشيعين ، ولعلها لم تنتشر

---

(١) الفوائد البهية ، عن احمد تيمور ، المرجع السابق ص ٣٨ .

(٢) ابن فرحان فى الديباج ، عن احمد تيمور ، المرجع السابق ص ٣٨ .

(٣) محمد ابو زهرة ، ابن حنبل ص ٤٠٠ .

(٤) راجع ابن بطوطة وصالح بدعن ، وابن تيمية ، لهنري لاوست ، الخ .

وتستقر في بعض المناطق من سورية ، إلا بعد القرن الثالث للهجرة ، أو بالاصح مع الدولة الرافضة الفاطمية ومنذ ذلك كما سنرى في الفصل الاتي .

٣ ـ المرحلة الثالثة

تنوع الفقه وتنازع المذاهب واضطراب السياسة في دولة الاسلام .

لئن كانت المذاهب المختلفة ، والفرق الاسلامية المتعددة قد تكونت في المرحلة السابقة ، في القرنين الثاني والثالث للهجرة ، وبدأت تتنازع الاقاليم والبلدان ، ويختلف انتشارها بين الناس ، فان العصر العباسي ، ولا سيما في آخره ، ثم دول المماليك من بعده ، كانت مسرحاً للجدل الفقهي ، ثم لتنازع النفوذ المذهبي (١) .

ولقد تأثر العصر العباسي ، ولا سيما في آخره ، والفترة التي تلته ، بالحركة الفكرية ، العلمية والفلسفية التي جاءته من البلاد المجاورة أو المحتلة ، واليونان خصوصاً . وقد بدأت الترجمة التي تولاها الخلفاء العباسيون بالتنمية والتشجيع ـ وأكثرها يونانية ، وربما كان بعضها فارسياً أو هندياً أو رومياً ، وقد نقلت عن طريق الفرس أو السريان ـ تأتي أكلها . ويظهر أثرها في مختلف نواحي

---

(١) ولعله من الجدير بالذكر ان كثرة المقلدين او قلتهم ، لمذهب من المذاهب ، أو رأي من الآراء الفقهية ، انما ترجع الى امور سياسية او اجتماعية ، سببت نشر المذهب أو حببت اليه ، فمذهب أبي حنيفة مثلا ما ساد في العراق اولا ، الا لكثرة أصحابه فيه ، ومقام بعضهم بالخلافة الاسلامية : وقيام القضاء على أسسه فيها ؛ كما ساد التقليد واكثر المقلدين من العلماء . وهكذا نجد ان كل مذهب انتشر ، كانت هناك أحوال وملابسات سهلت ذلك الانتشار في هذا الاقليم ، في حين لم تكن مثل هذه الاحوال في غيره ، فقل نشر المذهب فيه . وليست قوة الدليل او كثرة الاجتهاد من عوامل شيوع المذهب سلباً او ايجاباً (راجع محمد أبو زهرة ، « ابن حنبل » ص ٣٥٣) .

الحياة ، ولعل أثر هذه النظريات والاراء ، لم يقف عند حد الفلسفة والأدب ، بل أصاب الفقه منها نصيب ، وقامت المدارس والمذاهب المتنوعة المتعددة ، كالمعتزلة مثلاً ، يرعاها الخلفاء ، ويؤيدها الوزراء ، أو يخاصمها المحدثون والفقهاء(١).

وربما كان لاتساع رقعة البلاد الاسلامية ، وتشابك مصالحها ، أثر كبير في تنوع الفقه واختلافه في حل المسائل المختلفة التي تعرض في الحياة وانتشار الفقهاء بين المشرق والمغرب في الامبراطورية العربية الكبرى . على أنه رغم زوال أبهة الخلافة في الشام ، فقد ظلت مركزاً من مراكز الفقه ، يجري فيها كما يجري في غيرها مناقشات ، ومناظرات ، واختلافات فقهية (٢) .

ويلاحظ كذلك في هذا الدور ، ومنذ القرن الثالث الهجري ، ان الفقه أخذ يدوّن ، كما دوّنت العلوم المختلفة وظهر الاختصاص فيها . ووجدت كتب الفقه المتنوعة والمتعددة على مختلف المذاهب ، تنسخ وتقرأ (٣) .

ويمتاز هذا الدور من مراحل الشريعة الاسلامية بقيام الدولة الرافضة دولة الفاطميين في مصر وانتشار المذاهب الشيعية . ويذكر المؤرخون والفقهاء (٤) ، ان مصر منذ الفتح الاسلامي كانت خاضعة للنظام القضائي الاسلامي الذي كان يقوم على أساس الانابة ، وبموجبه يولي الخليفة القضاء إلى قاض وهذا يعين بدوره

---

(١) راجع في تفصيل ذلك . محمد ابو زهرة « الشافعي » ص ٤٩ ومابعدها .

(٢) انظر اعلام الموقعين ، لابن قيم الجوزية . وخصوصاً ج ٣ .

(٣) فقد وجد كتاب الموطأ لمالك ، والمدونة الكبرى لاصحابه ، كما كتب ابو يوسف كتاب الخراج ، وكتاب الخلاف بين ابي حنيفة وابي ليلى ، وظهر كتاب محمد ابي الحسن في فقه أبي حنيفة . وكتاب الأم للشافعي الخ .. بل لقد اكتشف في ميلانو مخطوط يرجع تاريخه الى القرن الثاني سنة ١٢٢ هـ للامام زيد .. (راجع محمد ابو زهرة، « الشافعي » ص ٥٣).

(٤) راجع الدكتور شفيق شحاته . المرجع السابق ص ٣٥٥ ـ ٣٥٧ .

القضاة ويتبعون له . وينظر القاضي في مختلف المنازعات ـ فيما عدا قاضي الفكر ـ ويقوم هو بنفسه على تنفيذ أحكامه .

وكان القضاة ـ حتى عهد الدولة الفاطمية ـ يحكمون وفق مذاهبهم ، غير مقيدين بمذهب معين ، رغم ان القضاء كان في الغالب كما أشرنا وقفاً على الشافعية . فلما جاء الفاطميون أقاموا لأول مرة قضاءً شيعياً وقضاة منهم .

وقد ابتدأ في هذا العهد الأخير ، بعد أن تم تشكل المذاهب وانتشارها ، وتنوع البحوث وغزارتها ، دس المغرضين، ولجوء بعض الفقهاء « إلى ابتداع الحيل للتخلص من بعض الاحكام الشرعية ، من طريق اجراءات وتصرفات صورية يترتب عليها اسقاط الحق أو الواجب ،فأوجدوا بذلك في اللف والدوران ،اساليب وطرق أجمع جمهور العلماء على استنكارها وتشجيبها [1] » .

وفي هذا الدور ، وإلى جنب ما ذكرنا من تنوع فقهي ، وجدل علمي ،يبدو ان الشيعة ، منذ العصر العباسي ، وبعد أن ضعفت شوكتهم وفلت سيوفهم ، قد حولوا جهودهم إلى امتشاق القلم بدل السنان ، وقاموا يؤيدون حججهم وآراءهم بالدليل والبرهان ، وكوّنوا مذاهب الشيعة [2] . وإذا كان الفقه الشيعي ، قد وجدت نواته ، منذ القرن الاول للهجرة ، إلا أنه في الواقع لم ينتشر إلا في القرن الثالث ومنذ ذلك . حتى إذا جاءت دولة الرافضة وتبعتها دول المماليك في مصر والشام ، كان الفقه الشيعي ، قد انتشر ووجد في كثير من المناطق الشامية

---

(١) كأن يهب الشخص ماله لابنه أو زوجه فترة قبل تمام الحول ، ثم يستوهبه اياه ثانية، وبذلك يزول الشرط اللازم لوجوب الزكاة من المال وهو بقاؤه حولا في يد صاحبه (الخضري تاريخ التشريع الاسلامي ص ١٧٤ ؛ علي بدوي بك ، ابحاث التاريخ العام للقانون ،الجزء الاول القاهرة ١٩٤٩ ص ٥٢).

(٢) ومذاهب الشيعة أو الامامية متعددة لا واحدة . منها الاثنا عشرية ولها فقه ، ومنها الامامية الاسماعيلية ، ولها فلسفة واجتماعات ودعايات ، ومنها الزيدية وهو المذهب السائد في اليمن ـ ولها فقه عظيم .

أو المصرية . وبعد أن أصبح فقه الشيعة ، فقه ومذهب الدولة الفاطمية الرسمي ، لايفتى إلا بـــه ، جاءت دول المماليك الأيوبية والبحرية ، فأبطلت ذلك وأعادت المذاهب السنية الى أحسن ما كانت عليه .

وقد كثرت في ذلك العهد المدارس الفقهية وتنوعت ، ورتبت دروساً للمذاهب الأربعة ، وهي مشهورة في تاريخ الشام ومصر . وعاد المذهب الشافعي الى الشام كما في مصر ، أقوى من ذي قبل . بل ان الدولتين الايوبية والبحرية قـد جعلتا في عهدهما في كل مصر قضاة أربعة على المذاهب الأربعة [1] ، ومع ذلك فقد ظل المذهب الشيعي قائماً في المناطق التي اعتصم بهـا أهله من جبال سورية أو ساحلها .

ويظهر كما تبين لنا من بعض الفتاوى والأحكام القديمة والحجج الشرعية ، منذ القرن الرابع للهجرة حتى الفتح العثماني ، ان المـذهبين الحنفي والشـافعي هما اللذان سادا في البلاد السورية والمصرية اجمالاً جنباً الى جنب قبل وبعـــد أن يسود فيها المذهب الشيعي جزئياً والى حين . وتوزعت بينهما الاقضية ، كما انقسم بينهما الناس . فكان اذا أوقف شخص وقفاً أو أجرى تصرفاً ، يعمـد الى اجرائه بحسب فتوى أحد هذين المذهبين ، وربما عمد الى اجرائـه بحسب المذهبين معاً ، وبمصادقة قضاتها ، أو أهل الرأي فيها معاً ، آخذاً باحـكام منها . وقد صادفنا بعض كتب الوقف الجارية في دمشق ، في عهـد المماليك ، ومن قبل الامراء والحـكام أنفسهم ، مصادقاً عليها من قضاة المذهبين معاً ، حتى ابان انتشار المذهب الشيعي وسيادته .

ولا بد من الاشارة في ختام هذا البحث ، الى ان البعض [2] يذهب للقول ان

---

(١) محمد ابو زهرة ، ابو حنيفة ص ٤٦٥ .

(٢) راجع مقال المرحوم الاستاذ سعيد المحاسني ، العهود القديمة والامتيازات الاجنبية ، في مجلة نقابة المحامين بدمشق ١٩٤٠ ص ٨٢ .

ثمـه اعرافاً وعادات أجنبية محدودة قـد نشأت في بعض المناطق الـتي دخلها الصليبيون وأقاموا فيهـا ، إثر حروبهم أو بتأثير بعض القوانين والأنظمـة الخاصة ، وبعض المحاكم الـتي انشأها أولئك خـــلال وجودهم ، وخلفوها وراءهم ، ولكننا نعتقد أن تأثير ذلك كان ضئيلا جداً ، ومحـدوداً في بعض المناطق الساحلية .

★ ★ ★

البحث الثالث

العهد العثماني (١)

انتقلت البلاد السورية والمصرية واكثر البلاد العربية بعد عهد المماليك الى احتلال آل عثمان لها في أوائل القرن السادس عشر الميلاد والقرن التاسع للهجرة ، وإذا كانت مصر قد تخلصت من الحكم العثماني تدريجياً خلال الثلث الثاني من القرن التاسع عشر ، فقد ظلت سورية خاضعة لهذا الحكم حتى انتهاء الحرب العالمية الأولى . ويمكن تقسيم التشريع ، والحقوق بوجه عام ، في هذا العهد باعتبارين اثنين :

الاعتبار الأول ، التطور والتدرج التاريخي ، وبهذا الاعتبار فقد مرت الحقوق العثمانية في مرحلتين : الأولى مرحلة الحقوق الإسلامية الشرعية والثانية مرحلة التنظيمات الخيرية والقانونية .

أما الاعتبار الثاني ، فهو مضمون الحقوق وموضوعها ، ومصدرها وقضاؤها. وبهذا الاعتبار يقسم بعض المؤلفين الحقوق العثمانية إلى ثلاث زمر ، تتوافق مع الدراسة ، كما تتفق والناحية العلمية أيضاً . لأن لكل واحدة منها مصادر خاصة ، ومؤيدات متميزة وهذه الزمر الثلاث في نظر هؤلاء هي ١ ـ الحقوق الدينية الاسلامية ، وهي أحكام الشريعة الأصلية ، ويطلق عليها اسم « الشرعيات » .

---

(١) راجع في حقوق هذا العهد : الدستور العثماني القديم ، خمسة اجزاء ، وترجمته من التركية الى العربية لنوفل نعمة الله نوفل ؛ الدستور الجديد كذلك باللغتين ..٥ ؛ جورج يونغ Georges Young مجموعة القوانين العثمانية ، عشرة أجزاء ، اكسفورد ١٩٠٥ ، انجلهاردت Ed. Englhardt تركيا والتنظيمات ، جزآن باريز ١٨٨٤ الخ .

٢ ـ الحقوق المدنية الزمنية أو العرفية . ٣ ـ حقوق الامتيازات الأجنبية (١)

ومن مقارنة هـذين التقسيمين يتضح أنهما يتفقان إلى حـد ما . ذلك لأن « الشرعيات » في التقسيم الثاني ، تقابل على وجـه التقريب ، في الاصل ، مرحلة الحقوق الاسلامية الشرعية في التقسيم الاول . وأن الحقوق المدنية الزمنية أو العرفية في التقسيم الثاني ، تتفق في الجوهر مع أحـكام التنظيمات الخيرية والقانونية في التقسيم الاول .

غير أن التقسيم الثاني أفرد لحقوق الاجانب وما يتعلق بها من أمور وأحوال، وامتيازات وأحكام ، زمرة ثالثة في الحقوق العثمانية ، لانها تختلف في الواقـع عن الزمرتين السابقتين ، في شكلها ـ مصادرها ومحاكمها ـ وموضوعها ـ مضمونها وأحـكامها ـ . أضف إلى ذلك أن الحقوق الاسلاميـة الشرعيـة بحسب التقسيم الاول ، والشرعيات بحسب التقسيم الثاني ، لاتخلو من كونها حقوقاً في جملتهـا عرفية ، باعتبار أنهـا تقوم على الاعراف والمبادىء التي استقرت من أحـكام الشريعة الاسلامية ، بحسب المذاهب السائدة ، في حين أن مرحلة التنظيمات الخيرية والقانونية ، بدأت تصبح فيهـا القوانين المكتوبة والمسنونة في كثير من النواحي ملزمة للجميع ، لاعرفية خلافية كما جاء في التقسيم الثاني .

وفي كل الاحوال فنحن نستطيع ، إذا ما دمجنا هذين التقسيمين معاً ، أن نبحث هذا العهد بالفصول الثلاثة الآتية :

١ — مرحلة الحقوق الاسلامية الشرعية

هذه المرحلة ليست في الحقيقة إلا امتداداً للعهد السابق ، أي هي إبقاء وتطبيق للأحكام الشرعية الاسلامية ، بمذاهبها المختلفة ، التي كانت سائدة في جميـع الشرق الاسلامي . ومن الامور التي تجب الاشارة اليها في هـــذه المرحلة ، هو أن

(١) راجع يونغ ، مجموعة القوانين العثمانية المرجع السابق ، ج ١ ص ٧ من المقدمة .

السلطان سليم أصدر في أول هذا العهد أمراً أوجب فيه على القضاة في الامبراطورية بما في ذلك الاناضول وتركيا ، أن يقضوا وفق أحكام الشريعة الاسلامية ، دون أن يقيدهم بمذهب من المذاهب ، أو اتجاه من الاتجاهات . وبذلك أصبحت أحكام الشريعة الاسلامية مطبقة في المملكة العثمانية كلها ، وظلت أحكامها السابقة ، المطبقة في مصر أو سورية قبلا ، مرعية بتمامها ، ويتأكد ذلك من الاجتهاد الذي ساد في الامبراطورية ، خلال الفترة الاولى من فتوحاتها ومن العلاقات الادارية مع الهيئات غير المسلمة (١) .

ولكن السلاطين عندما بدأوا يجمعون إلى جانب السلطة الزمنية (باديشاه) ، الرئاسة الدينية (الخلافة الاسلامية) ، أعلن السلطان سليم الاول أن المذهب الحنفي ـ الذي أجاز له هذا الجمع ـ هو المذهب الرسمي للدولة العثمانية ، مع المحافظة على المذاهب الاخرى وعدم نكرانها .

وظل يقوم على القضاء في هذه المرحلة المشايخ والفقهاء والقضاة الشرعيون ، كالسابق ، سوى أنهم أصبحوا مرتبطين بمشيخة الاسلام في استانبول منذ أن أنشأها السلطان محمد الفاتح (٢) .

ولئن صدر ، منذ عهد السلطان سليمان القانوني حتى عهد السلطان محمود والسلطان عبد الحميد صاحب الاصلاحات ، بعض القوانين (٣) والارادات السنية ، والاوامر العلية للعمل بها في بعض النواحي ، كقوانين مكتوبة الزامية ، إلا أنها كانت استثنائية وقليلة ، وظل مصدر الاحكام كما ذكرنا الشريعة وفتاواها بحيث كان قضاة الشرع الذين يطبقون أحكامها لفصل الخلافات بين الناس ، يطبقون

---

(١) يونغ ، المرجع السابق ، ج ١ ص ٣٠٤ .

(٢) يونغ ، المرجع السابق ، ج ١ ص ١٠ .

(٣) فقد أصدر سليمان الاول مثلا القانون نامة . وهو قانون مقسم الى خمسة أقسام ، يتضمن عدداً من المواضيع منها ما يتعلق بالسياسة والادارة ومنها ما يتعلق بالاراضي ..الخ .

الفتاوى التي كانت تصدر عن دائرة الفتوى في مشيخة الاسلام [1] .

أما بالنسبة لغير المسلمين ، فقد كانت الحكومة العثمانية قد تركت مبدئياً ، للهيئات غير المسلمة ، حق القضاء الاستثنائي ، فيما يتعلق بقضايا الاحوال الشخصية من زواج وطلاق ونسب ، وإرث ووقف واسترقاق . . . بقدر ماسمحت لهم بممارسة طقوسهم الدينية .

وهكذا يمكن القول أن الحقوق العثمانية في هذه المرحلة ، عرفت إلى جانب الشريعة الاسلامية وأحكامها ، وإلى جانب قضاتها الشرعيين ومفتشيها الرسميين ، بعض الارادات السنية والاوامر القانونية القليلة ، وثمة حقوقاً كنائسية أو غير إسلامية ، ومحاكم طائفية تخضع للرؤساء الدينيين (من بطاركة ، أو حاخامين ، أو وكلاء . .) للطوائف المسيحية أو اليهودية . . . الخ . . وبصلاحيات تختلف من طائفة إلى أخرى ، بحسب الامتيازات والمنح التي اعترف بها للطائفة في مسائل الاحوال الشخصية .

ويذهب البعض [2] إلى أنه من ناحية حقوق الارث ، فقد كان من الامور الراهنة ، أن غير المسلمين يطبقون استثناء — ونعتقد أن ذلك مقيد باتفاقهم وعدم اختلافهم ـ القواعد العرفية أو القانون الطائفي للمذهب الذي هم منه . وكان يقوم على تطبيق هذه القواعد ، السلطات الكنسية أو الطائفية ، إذا ما طلب الطرفان إليها ذلك . على أن الدولة العثمانية ، قد أظهرت منذ زمن ،

---

(١) ويستدل على ذلك من الخاتمة التي ختم بها قانون الاراضي العثماني :

« لما كان فسخ هذا القانون ماكان مغايراً لاحكامه من أحكام الاوامر العلية الصادرة مقدماً ، وحتى الان ، سواء بحق الاراضي الاميرية أو الموقوفة من قبل التخصيصات ، فلا يفتى ولا يعمل بعد الان بالفتاوى المعطاة من طرف مشايخ الاسلام ، بناء على الاوامر المرقومة : بل يكون هذا القانون السلطاني دستورا للعمل في باب المشيخة الاسلامية . والاقلام الشاهانية والمحاكم والمجالس » .

(٢) يونغ ، المرجع السابق .

وقبل قيام التنظيمات ، ميلاً بادياً ـ ولا سيما خلال القرن التاسع عشر ـ لاعتبار قضايا الارث خارجة عن الاحوال الشخصية ، وخاضعة في مجموعها لاحكام الشريعة الاسلامية للجميع .

٢ — مرحلة الحقوق الرضية او المدنية
أو التنظيمات الخيرية القانونية

شعرت الدولة العثمانية في أوائل القرن التاسع عشر ، وقد اتسعت رقعتها ، وامتد سلطان امبراطوريتها في أوربة وآسية وأفريقية ، وعلى شعوب مختلفة في الجنس والدين والعقيدة والبيئة ، بضرورة تبديل أوضاعها الحقوقية لتجاري بذلك الدول الاخرى في التعامل والتجارة ، وتتخلص من ضغطها ومزاعمها ، أو تخفف على الاقل من مطالبها ومطامعها . ففكر السلاطين والقائمين على الحكم بايجاد قوانين جديدة مستوحاة من المبادىء التي أخذت تسود العالم الأوربي ، ولا سيما من مبادىء الثورة الفرنسية وتشريعاتها .

وفي هذه المرحلة الثانية من مراحل العهد العثماني ، يمكن التمييز بين نوعين من مصادر الحقوق التي سادت في هذا الدور : الاولى ، الحقوق العرفية التركية ، أو إذا شئت ـ على الاصح ـ تلك الاحكام الشرعية الاصلية ، التي اندمجت في الحياة القومية العثمانية ، وهي في جملتها وأغلبها مستمدة من الحقوق الاسلامية ، وأحكام الشريعة السائدة في المرحلة الاولى والمتصلة بها اتصالاً مباشراً في كثير من المسائل الدينية ، كالاحوال الشخصية ، وكحق الملك والارث والرق والخ . . والتي ظلت سائدة في هذه المرحلة أيضاً رغم كل تشريع وتقنين . والثانية الحقوق التشريعية ، المؤلفة من مجموعات وقوانين الدولة التشريعية التي أوجدها السلاطين تباعاً ـ حتى سقوط الامبراطورية ـ ، في المعاملات والتصرفات التعاقدية والمدنية والتجارية والحقوق الجزائية الخ . . والتي لا تتصل بالحقوق

الشرعية الاسلامية بقدر الاولى الا نظرياً ، فكانت مستوحاة ومستمدة عملياً من التشريعات الغربية والفرنسية بوجه خاص (١) .

واذا كانت هذه المرحلة قد سميت بمرحلة التشريع او التنظيمات القانونية ، رغم بقاء الاحكام الشرعية في المسائل التي ذكرناها كما كانت في الماضي ، وقيام المجلة في الأصل عليها ، فلأن هذه التنظيمات القانونية المستجدة ، التي غلبت عليها صفة التشريع المكتوب ، وطابع القوانين بالمعنى الحديث ، قد احدثت انقلاباً في الاوضاع الحقوقية ، ليس فيما أوجدته من أحكام موضوعية ، جديدة كل الجدة ، فحسب ، بل وفي شكلها وترتيبها وتقنينها ، لتكون واحدة لا اختلاف في الافتاء بها ، ونافذة على الجميع .

ويمكن ان نعتبر مبدأ هذه المرحلة القانونية ، الخط الشريف المسمى بخط « كول خانة » الذي صدر بعهد السلطان عبد المجيد بتاريخ ٢٦ شعبان ١٢٥٥ هـ و ٣ تشرين الثاني ١٨٣٩ بمثابة دستور اول او قانون اعلى للبلاد (٢) .

---

(١) كقانون الاراضي ، وقانون التصرف بالاموال غير المنقولة ، وقانون انتقال الاراضي الاميرية ، وقوانين اصول المحاكمات الحقوقية والجزائية ، وقانوني الجزاء والتجارة الخ ... (راجع يونغ ، المرجع السابق ج ١ ص ١٠ من المقدمة) .

(٢) بتاريخ ٣ تشرين الثاني ١٨٣٩ دعا السلطان عبد المجيد الى الساحة التابعة للحديقة الملكية في « توب تابو » ـ وهي الساحة المسماة بساحة « كول خانة » (دار الزهور أو الورود) ـ أعضاء البعثات السياسية والهيئات الدبلوماسية ، كما دعا الوزراء وكبار الموظفين ، والمشايخ ، والعلماء ، والبطاركة الخ ... وقرأ عليهم فخامة رشيد باشا ، من على منبر في وسط الباحة ، وبحضور السلطان عبد المجيد . نص الخط الشريف ، الذي اطلق عليه فيما بعد خطأ « كول خانة » لاعلانه فيها (وعبارة « الخط الشريف » كانت تطلق على كل وثيقة او قانون يتفضل السلطان بتتويجه بخطه الشريف دليل موافقته ويقول « ليعمل بموجبه » وهو اسلوب معروف في النظام الملكي المطلق) .

ويعتبر الخط الشريف المذكور ، خط كول خانه هذا ، اول وأهم وثيقة للحقوق العثمانية بوجه عام ، ومبدأ التنظيمات القانونية وأصلها ، وان كان قد سبق ـ ولكن نادراً ـ ببعض التشريعات والاوامر . وربما جاز اعتباره اشبه ببيانات حقوق الانسان او مقدمات الدساتير . ولقد قدم لهذا الخط بمقدمة ـ وهي التي ارسلت الى البعثات السياسية في استانبول ـ

وحتى ذلك الحين كانت الحقوق في كل من سورية ومصر والعراق كولاية عثمانية تابعة لاستانبول خاضعة لنفس الاصل ومتشابهة الى حد كبير .

ولكن هذا الدستور الذي اصدره السلطان عبد المجيد (١) رغبة منه بوضع

= استعرض فيها وضع الامبراطورية ، وما اخذ يلحق بها من تأخر وفوضى وعدم استقرار ، بسبب ترك العمل بتعاليم القرآن وأحكامه ، وان الطريق السوية ، والوسائل الفعالة هي بالتنظيم القانوني لاعادة الازدهار والاستقرار .

ويقوم هذا « الخط » على تأمين وتحقيق الطمأنينة والضمانة التامة لجميع الرعايا العثمانيين ، من مسلمين وغير مسلمين ، في حياتهم وشرفهم واملاكهم . فنص على عدم جواز اعدام انسان أو قتله ، الا بعد محاكمته علناً ومسبقاً ، وفقاً لقوانين الدولة المرعية ، وبعد تصديق السلطان على الحكم .

وان الناس جميعاً ، من الوزير الى الراعي ، يستطيعون أن يتصرفوا بثرواتهم كيف شاؤوا ، ولا يستطيع أحد أن يحول بينهم وبينها .

كما نص أنه منذ ذلك التاريخ ، لا يمكن لاحد ان يطالب الآخر بحق ويأخذه منه ، الا عن طريق القضاء ، الذى ينظر في القضية علناً ، حتى اذا كانت قضيته موافقة للقوانين وعادلة بذاتها ، وجب أن يكون هذا الحكم لمصلحته ، كذلك فان المجرم ، الذي يرتكب جرماً ، يحاكم ويعاقب مهما كانت مكانته ، ولا يعاقب بأكثر مما يستحق قانوناً . والجميع يعتبرون متساوين أمام القانون بلا استثناء .

وتمنع مصادرة اموال الجاني . ولا يتحمل ورثته الابرياء شيئاً من العقوبة ، ويحتفظون بسائر حقوقهم الشرعية والقانونية .

يلغى كل عمل كيفي واعتباطي ، وكل موظف مهما سمت مكانته . وعلت مرتبته . يعاقب بالموت . اذا هو خالف احكام هذا النظام .

واخيراً فقد أشار « الخط » الى ان ثمة قوانين تنظيمية ستصدر في مختلف المواضيع ، قانون للجزاء ، وآخر للجيش والعسكرية ، وثالث للضرائب ... لان هذه الامور هي التي كانت تقلق بال الدولة اكثر من أي شيء .

(خلاصة مأخوذة من الدستور العثماني القديم ج ١ ص ٤ تركي ، ترجمة نوفل نعمة الله نوفل المطبعة الادبية بيروت عام ١٣٠١ ، ج ١ ص ٢ وما بعدها ؛ راجع كذلك يونغ . المرجع السابق ج ١ ص ٢٩ — ٣٦) ولعل ما جاء بهذا « الخط » من احكام زاجرة هامة ، يصور الوضع الحقوقي ، والفوضى التشريعية والتطبيقية التي كانت سائدة اذ ذاك .

(١) ربما كان في الحقيقة من عمل رشيد باشا ومن وحيه .

حد للفوضى التشريعية والقضائية والادارية السائدة آنذاك ، وسعياً وراء اسكات الدول الأجنبية وكسب رضائها ، لم يحقق ما كان يرجى من وضعه ، ولم يعقبه من القوانين التي أشار اليها هذا الخط شيء يذكر [1] رغم أن رشيد باشا الصدر الأعظم آنذاك قد حاول أن يعمل على تنفيذ الكثير من أحكامه ، ورغم انه أصدر بعد عدة أشهر من اعلان الخط ، تعليمات وزارية لتفصيله وتطبيقه بشكل واسع ، وكلف مجلس الدولة اعداد وضع القوانين المشار اليها بالخط على الأصول الديمقراطية والبرلمانية [2] ولكن هذه المحاولات لم تجد . على أن شيئاً واحداً هاماً حققه هذا « الخط » هو افتتاح عهد التنظيم أولاً ، والاعتراف بمبادىء التساوي بالحقوق ، وضرورة اصلاح الاوضاع المدنية والحقوقية للمواطنين في الامبراطورية — من مسلمين وغير مسلمين — واصدار تشريعات فيها ثانياً .

وكانت باكورة هذه القوانين الموعودة ، والاصلاحات المنشودة التي حققت في زمن السلطان عبد المجيد ، وبالاستناد الى هذا الخط ، اصدار قانون التجارة البرية العثماني بتاريخ ٨ شعبان ١٢٦٦ هـ ، أي في منتصف القرن التاسع عشر ، مأخوذاً بحرفه وروحه عن القانون التجاري الفرنسي الصادر بعهد نابليون سنة ١٨٠٧ مع تبديلات طفيفة فيه ، ربما كانت أدعى الى تشويشه منها الى اصلاحه .

وكان ظهور القانون التجاري أولاً دليلا على أن التجارة التي تتصل بالعالم الخارجي قبل كل شيء توجب طمأنينة المتعاملين مع الدولة العثمانية من الأجانب على حقوقهم ، فكان مثل هذا القانون ضرورة لتشجيع التجارة ، وارضاء الدول الأجنبية .

وفيما عدا ذلك ، لم تظهر تشريعات رئيسية وهامة في هذا الحقل ، ويبدو

---

(١) لقد صدر في الواقع ، مجموعة قوانين جزائية ، تتمشى مع مبادىء الخط المذكور ولكنها كانت ناقصة ، بل انها فضلاً عن ذلك لم تلاق القبول ، ولم تؤد الغرض المنشود منها ، وربما لم تطبق عملياً .

(٢) راجع انجلهاردت Engelhardt ، تركيا والتنظيمات ، ج ١ ص ٣٦ — ٤٢ .

ان خط « كول خانه » على ماحواه من مبادىء سامية ، لم يحقق الأهداف المثلى التي هدف هذا الخط اليها ، وكأنما نام مع الزمن ، أو ذهب مع ذهاب رشيد باشا من الحكم ، وأصبح بحاجة إلى تجديد وتأييد ، ولو معنويا على الأقل . خصوصاً وقد عادت الدول الأجنبية المتنفذة تواصل منازعتها ومطاليبها . وهكذا بعد نحو من سبع عشرة سنة من هذا الخط الرئيسي ، وبتأثير السياسة الدولية من جهة وتأثير الوزارة الجديدة (عالي باشا وفؤاد باشا) من جهة أخرى ، أصدر السلطان عبد المجيد للمرة الثانية في ١٠ جمادى الاخرى ١٢٧٢ و١٨ شباط ١٨٥٦ خطا امبراطوريا همايونيا ، سمي بـ « الخط الهمايوني » أكد فيه « خطه » السابق في « كول خانه » من حيث رغبته في الاصلاح ، تشريعياً وعسكريا ، مالياً واداريا ، وضرورة توسيع الانظمة الجديدة في هذا المضمار ، منتهياً الى بيان التدابير والترتيبات التي يرى لزوماً لتطبيقها (١) .

---

(١) وقد جاءت هذه التدابير في عدد من النقاط نقتصر هنا على تلخيص ما يتعلق بالتشريع فيها :

١ ـ التأكيد على الضمانات المعطاة بخط كول خانه وقوانين التنظيمات فيما يتعلق بتساوي الرعايا جميعاً أمام القانون سواء بالنسبة لشخصهم أو أموالهم أو شرفهم ، وان تدابير فعالة ستتخذ لتحقيق ذلك كاملا .

٢ ـ تبقى جميع الامتيازات والحقوق المعنوية الممنوحة سابقاً ولاحقاً للهيئات المسيحية والمذاهب غير المسلمة في الامبراطورية مرعية وقائمة ، وتعمل هذه الهيئات ، بمساعدة لجنة خاصة ، على اعادة النظر في امتيازاتها وحقوقها الحاضرة ، وتقدم للباب العالي مشاريع اصلاح وتنظيم لدرسه ، كما أنه يعمل على توفيق المنح والحقوق الممنوحة الى المذاهب المسيحية من السلطان محمد الثاني مع الأوضاع الجديدة ...

٣ ـ كذلك تزال وتمحى كل تسمية أو لفظ موجود سابقاً في الاصطلاحات والدواوين يستفاد منه تدني صنف عن صنف آخر ، أو تمييز أفراد عن آخرين من تبعة الدولة السنية بسبب مذهبه أو لسانه أو جنسه .

٤ ـ يتمتع كل فرد بالحرية التامة في ممارسة عقائده ودينه .

٥ ـ يقبل الجميع من تبعة الدولة في وظائفها بحسب كفاءتهم وبصرف النظر عن ملتهم وجنسهم =

ويتضح من هذا « الخط » الذي يعتبر كالسابق ، أشبه بدستور أو ميثاق عام للدولة ، وانه وضع بالدرجة الاولى لتهدئة الدول الاجنبية ومسايرتها فيما يتعلق بحقوق غير المسلمين ، التي كانت دوماً وسيلة لتدخل الاجنبي ، تحت ستار الحماية

= ٦ ــ ان جميع القضايا والدعاوي ، من تجارية وجزائية أو جنائية ، بين المسلمين والمسيحيين أو غير المسلمين ، أو بين المسيحيين فيما بينهم ، أو بين غيرهم من المذاهب المختلفة غير المسلمة تحال الى محاكم أو مجالس مختلطة ، وان الجلسات فيها تكون علنية بحضور الطرفين والشهود التي يقيمانهم ، ويستمعون بعد يمينهم التي يحلفونها وفقاً لعقائدهم ودينهم .

أما الدعاوى المدنية ، فانها ترى علناً ، ويحكم بها وفقاً للقوانين والانظمة ، من قبل المجالس المختلطة في الايالات بحضور الوالي وقاضي البلدة . أما الدعاوي المدنية الخاصة ، كقضايا الارث وما شاكلها ، فيما بين رعايا من مذهب مسيحي واحد أو مذهب غير اسلامي ، فانه يمكن بناء على طلبهم ارسالها لترى من قبل مجالس البطاركة أو الهيئات الدينية .

٧ ــ يجري اكمال واستصدار قوانين في الجزاء والتجارة وقواعد الاصول والمرافعات الواجبة التطبيق في المحاكم أو المجالس المختلطة باقرب وقت ممكن ، وتعلن ترجمة عنها بمختلف اللغات السائدة في الامبراطورية .

٨ ــ كذلك يجري العمل باسرع ما يمكن على اصلاح نظام السجون . وتطبيقه على محلات التوقيف والمجازاة للتوفيق بين حقوق الانسانية وحقوق العدالة . ولا يجوز تطبيق ــ أية عقوبة جسدية ، حتى في السجون ، إلا طبقاً للانظمة التأديبية ــ أو النظامات الانضباطية ــ الصادرة عن الباب العالي . يمنع ويلغى كل تعذيب أو ما يشبهه منعاً باتا ، ويعاقب المخالفون لذلك معاقبة شديدة وفقاً لقوانين الجزاء ، سواء كانوا من المأمورين الذين أجروه أو السلطات .

٩ ــ يتساوى الجميع من مسلمين وغيرهم أمام الاعباء والتكاليف ، كما يتساوون في الحقوق بما في ذلك خدمة الجيش ، ويصدر قانون خاص بذلك .

١٠ ــ وبالنظر لان القوانين المتعلقة بالبيع والشراء والتصرف بالاملاك العقارية ، عامة وتطبق على جميع رعايا الامبراطورية ، يمكن أن يسمح للاجانب بتملك العقارات في دول الامبراطورية وفقاً للقوانين المرعية والانظمة الانضباطية ، ويدفعون نفس التكاليف التي يدفعها الوطنيون وذلك بعد أن يتم الاتفاق على ذلك مع الدول الحليفة .

ثم يأتي بعد ذلك بحث التنظيمات الادارية والمالية والخ ... في الدولة .

(راجع الدستور العثماني القديم تركي ج ١ ص ٦ ، ترجمة نوفل نعمة الله نوفل ج ١ ص ٥ ــ ١٠ ؛ انجلهارت ، تركيا والتنظيمات ، ج ١ ص ٢٦٣ وما بعدها) .

والنصرة ، بقدر ماستهدف الى إقامة الاصلاح التشريعي والاداري .

ولئن كان هذا « الخط الهمايوني » لم يأت بمبادىء جديدة وغريبة عن الخط السابق « كول خانه » ـ سوى تفصيل أحوال غير المسلمين ورؤية دعواهم وحمايتهم والتوسع في ذلك ـ فلقد كان أكثر ذيوعاً وأفضل نتائجاً . اذ تبعه عدد من القوانين الكبرى ، والتشريعات الهامة ، تواصل اصدارها منذ ذلك الحين حتى سقوط الامبراطورية العثمانية .

وبالفعل فقد صدر في ٧ رمضان ١٢٧٤ و ٢١ نيسان ١٨٥٨ قانون الاراضي العثماني الذي قسم الاراضي الموجودة في بلاد الدولة العثمانية الى زمر وأنواع ، وبحث في وضع الاراضي الاميرية ـ وهي الاراضي التي تكون رقبتها أي أصلها للدولة ، ويكون للافراد حق تصرف عليها تمنحه الدولة لهم ـ سواء من حيث اكتسابها أو التصرف فيها أو التفرغ عنها أو انتقالها أو ضياعها وسقوط حق التصرف ، كما بحث في أحكام الاراضي المتروكة والموات . فجاء هذا القانون منظما لحالة الاراضي المضطربة سابقاً تنظيماً وتشريعاً كاملاً للمرة الأولى (١)

وتبعه بعد ذلك سلسلة من القوانين والانظمة العقارية التنظيمية ، كقانون تظام الطابو العثماني الصادر في جمادي الآخر ١٢٧٥ وهو ينظم فراغ وانتقال الاراضي من شخص إلى آخر (٢) ، ثم الحق بعدد من اللوائح والتعليمات في كيفية اعطاء سندات الطابو (التمليك) أو التصرف ، وكيفية تنظيم سجلات التمليك (الدفتر خانة) بحيث أصبحت الاراضي والعقارات ترتبط بسندات ، وتصبح لها قيود وسجلات لم تكن معروفة من قبل . على أن مثل هذه الاحكام لم تشمل

---

(١) منشور في الدستور القديم ترجمة نوفل . ج ١ ص ١٤ - ٤٣ ، وفي مجموعة القوانين ليوسف صادر ج٢ . وجدير بالذكر أن قانون الاراضي هذا ربما أخذ عن القوانين الاجنبية كالقانون الفرنسي ـ فيما يتعلق ببعض الاحكام الجزئية .

(٢) منشور في الدستور القديم ، ترجمة نوفل ، ج١ ص ٤٤ .

جميع أراضي الامبراطورية ولم تطبق عليها كلها ، بحيث ظل قسم كبير جداً من الاراضي في سورية غير داخل في الطابو وغير مسجل ، بل بقي كما كان في السابق، وربما ظل كذلك حتى اليوم في بعض المناطق .

وظلت هذه القوانين العقارية ومايتعلق بها ، تتتالى وتكثر بحيث لانجد مجالاً لتعدادها كلها ، وحسبنا أن نشير إلى قانون توسيع انتقال الاراضي الاميرية الصادر في ١٧ محرم ١٢٨٤ (١) تأييداً لمبدأ التساوي في الارث بحسب أحكام قانون الاراضي ، وتفصيل هذا الارث بالنسبة لباقي الاقرباء بما يشبه كثيراً القانون الفرنسي .

كذلك صدر في ذي الحجة ١٢٧٤ وتموز ١٨٥٨ قانون الجزاء العثماني مأخوذاً ـ كالقانون التجاري ـ عن القانون الفرنسي الصادر بعهد نابليون في شباط ١٨١٠ وألحق بعدد من الذيول والتعديلات .

وهكذا صدر بين عام ١٢٤٧ هـ أي ١٨٥٨ م حتى عام ١٩١٨ ـ وهو انتهاء الحرب العالمية الاولى ، وتفكك الامبراطورية العثمانية وانتهاء حياتها ـ عدد كبير من القوانين أو على الاصح مجموعة تشريعية في مختلف المواضيع الدينية والجزائية والادارية (٢) .

---

(١) منشور في الدستور القديم ، ترجمة نوفل ج ١ ص ٦٣

(٢) اننا نعدد هنا البارز من هذه القوانين بحسب موضوعاتها مشيرين الى مكان وجودها لمن يريد الرجوع اليها في مجموعة القوانين الى يوسف صادر .

التجارية :

قانون التجارة البرية	في ٨ شعبان ١٢٦٦	مجموعة قوانين صادر ج٢
ذيل قانون التجارة	في ٩ شوال ١٢٧٦	» » » ج٢
أصول المحاكمات التجارية	في ١٠ ربيع الآخر ١٢٧٨	» » » ج٢
قانون الصيارفه	في ٤ جماد الاول ١٢٨١	» » » ج٢
نظام الدلالين والسماسرة	في ١ صفر ١٣٠٦	» » » ج٢
قانون المعاملات الافلاسية	في ٢١ جماد الآخر ١٣٢٣	» » » ج٢

(تابع الحاشيـــة)

شركة الضمان	في ٢١ جماد الآخر ١٣٢٣	مجموعة قوانين صادر ج ٢
نظام الشركات الأجنبية المغفلة	في ٢ محرم ١٣٣٣	» » » ج ٢
قانون الشك الموقت	في ٢٤ جماد الاول ١٣٣٢	» » » ج ٢
قانون التجارة البحرية	في ٦ ربيع الاول ١٢٨٠	» » » ج ٢
نظام عموم البورصة	في رجب ١٣٠٣	» » » ج ٢
نظام بورصة الاسهم	في جماد الآخر ١٣٢٤	» » » ج ٢
نظام الكونتراتو	في ٦ شعبان ١٢٨٤	الدستور القديم ج ١ ص ٩٦

المدنية :

مجلة الأحكام العدلية	في ٢٦ شعبان ١٢٩٣	مجموعة قوانين صادر ج ٦
قانون تصرف الأجانب بالاملاك	في ٦ صفر ١٢٨٤	» » » ج ٣
نظام إيجار العقار	في ٢٧ جماد الآخر ١٢٩٨	» » » ج ٣
قانون شهادة الاختراع	في ٨ ربيع الآخر ١٢٩٧	» » » ج ٦
نظام العلامة الفارقة	في ٢٩ شعبان ١٣٠٥	» » » ج ٢
قانون حق التأليف	في ١٣ جماد الاول ١٣٢٨	» » » ج ٤
تحرير تركات المسيحيين	في ٨ صفر ١٢٧٨	» » » ج ٥
قانون اصول انتقالات الاراضي الاميرية والموقوفة	في ١٧ محرم ١٢٨٤	» » » ج ٣
قانون توسيع انتقالات المسقفات والمستغلات	في ١٧ محرم ١٢٨٤	» » » ج ٣
نظام المرابحة	في ٩ رجب ١٣٠٤	» » » ج ٢
نظام ترهين الاملاك	في ٢١ ربيع الآخر ١٢٨٧	» » » ج ٦
نظام بيع الاموال غير المنقولة لاجل الدين	في ١٥ شوال ١٢٨٨	» » » ج ٣
قانون تقسيم الاموال غير المنقولة	في ١ ذي الحجة ١٣٢٩	» » » ج ٣
قانون تحديد وتحرير الاموال غير المنقولة	في ١١ ربيع الاول ١٣٣٠	» » » ج ٣
قانون التصرف بالاموال غير المنقولة	في ٥ جماد الاول ١٢٣١	» » » ج ٣

قانون تصرف الاشخاص
المعنويين بالاموال غير المنقولة في ٢٢ ربيع اول ١٣٣١ مجموعة قوانين صادر ج٣
قانون وضع الاموال غير المنقولة
تأميناً للدين في ١ ربيع الآخر ١٣٣١ » » » ج٣
قانون ادارة اموال الايتام في ٤ ربيع اول ١٣٢٤ » » » ج٥
قانون حقوق العائلة في ١٩١٧/١٠/٢٢ » » » ج١

الاصول والاجراءات :

قانون اصول المحاكمات المدنية في ١٩ جماد الاخر ١٢٩٦ » » » ج١
تشكيلات المحاكم النظامية في ١٩ جماد الاخر ١٢٩٦ » » » ج٤
قانون وكلاء الدعاوي
مع تعرفة الاجور في ١٦ ذي الحجة ١٣٢٢ » » » ج٥
قانون تعرفة الخرج في ١٢ محرم ١٣٠٤ » » » ج٢
قانون حكام الصلح في ١٣٢٩/٤/١١ » » » ج١
أصول نشر القوانين
والانظمة واعلانها في ٢ جماد الاخر ١٣٢٩ » » » ج٢
قانون كتاب العدل الموقت في ٢٧ ذي القعدة ١٣٣١ » » » ج١
قانون الاجراءات الموقت في ١٢ جماد الاخر ١٣٢٠ » » » ج١

الجزاء والعقوبات :

قانون الجزاء العثماني في ذي الحجة ١٣٧٤ » » » ج١
مذيلات قانون الجزاء
٣ ذيول بين ١٩٢٩ ـ ١٣٣٥ » » » ج١
اصول المحاكم الجزائية غير معلوم التاريخ » » » ج١
قانون الشريد والظنين بالسوء في ١٩ ربيع الاول ١٣٢٧ » » » ج٢
قانون سرقة الحيوانات في ١٣ جماد الاول ١٣٣١ » » » ج٣

الادارية :

قوانين تتعلق بالبلديات
قانون نظام الطرق والابنية في ٧ جماد الاول ١٢٨٠ » » » ج٤
قانون التنظيفات في ١٤ رجب ١٣٠٦ » » » ج٤

(تابع الحاشية)

قانون الاراضي المتروكة الى البلديات والولايات من الاسوار والقلاع القديمة	في ١٨/١٢/١٣٣٠	مجموعة قوانين صادر	ج	٤
قانون النواطير	في ٢٨ ذي الحجة ١٣٣١	«	«	«	ج ٤
قانون حراس الاسواق	في ١٦ جماد الآخر ١٣٣٢	«	«	«	ج ٤
قانون رسوم البلديات	في شباط ١٣٣٠	«	«	«	ج ٤
« رسم الدخولية	في ٢ محرم ١٣٣٣	«	«	«	ج ٤
« الابنية	في ٥ شوال ١٢٩٨	«	«	«	ج ٣
ذيل قانون الابنية	في ٤ جماد الاخر ١٣٣٢	«	«	«	ج ٣

قوانين متنوعة في الادارة :

نظام الولايات	في ٧ جماد الاخر ١٢٨١ الدستور القديم ترجمة نوفل ج ١ ص ٣٨٢				
نظام ادارة الولايات العمومية	في ١٧ ربيع الاخر ١٣٣١	مجموعة قوانين صادر			ج ٦
نظام الاجتماعات	في ٢٠ جماد الاول ١٣٢٨	«	«	«	ج ٢
نظام التجمعات	في ٢٦ ربيع اول ١٣٢٩	«	«	«	ج ٢
قانون الجمعيات	في ٢٦ رجب ١٣٢٧	«	«	«	ج ٢
قانون النقابات	في ٢٠ جماد الاول ١٣٣٠	«	«	«	ج ٢
نظام المسكرات	في ٧ صفر ١٢٧٨	«	«	«	ج ٥
قانون المطبوعات	في ١١ رجب ١٣٢٧	«	«	«	ج ٤
قانون المطابع	في ١١ رجب ١٣٢٨	«	«	«	ج ٤
نظام المعادن	في ١٤ صفر ١٣٢٤	«	«	«	ج ٥
قانون الري	في ١٨ ربيع اول ١٣٣٢	«	«	«	ج ٥
قانون النفوس	في ٥ شوال ١٤٣٢	«	«	«	ج ٤
قانون التقاعد	في ٨ شعبان ١٣٢٧	«	«	«	ج ٥
ذيل قانون التقاعد	في جماد الاول ١٣٣٣	«	«	—	ج ٥
قانون التعليم الموقت	في ٢٣ ذي القعدة ١٣٣١	—	—	—	ج ٦
قرار الاستملاك لاجل المنافع العمومية	في ٢١ جماد الاول ١٢٩٦	—	—	—	ج ٣
قانون الاستملاك الجديد	في ٧ ربيع الاول ١٣٣٢	—	—	—	ج ٣
قانون التصرف بالاراضي للمنفعة العامة	في ٢٣ ربيع الاخر ١٣٣٢	—	—	—	ج ٣
حقوق الاجانب في البلاد العثمانية	في ٣٣ ربيع الاخر ١٣٣٣	—	—	—	ج ٦

وقد شكلت هذه المجموعة ، كما هو ظاهر ، تشريعاً مكتوبا ، له كل ميزات الحقوق المكتوبة ، والتشريعات الحديثة ، منشورة بصورة رسمية ومطبقة على الجميع دون استثناء ودون تباين أو اختلاف .

وسايرت بذلك الدولة العثمانية الدول الاجنبية في التشريع المكتوب ، وظلت هذه التشريعات مطبقة إلى عهد قريب في سورية حيث استبدل البعض منها بغيره كالمجلة وقانون الجزاء وأصول المحاكمات الجزائية وقانون التجارة البرية والبحرية الخ . . وقانون أصول المحاكمات الحقوقية ، وذيله وتعديلاته ، وقانون حكام الصلح وقانون كتاب العدل ، وقانون حقوق العائلة الخ . . وربما لاتزال بعض هذه القوانين — وهي نادرة اليوم — مرعية كمثل قانون انتقال الأراضي الاميرية وتوسيعه مثلا .

ولعله يجدر بنا ، ونحن نقصر اهتمامنا على التشريع المدني ، ان نختم هذه المرحلة بالتوقف قليلا عند « مجلة الأحكام العدلية » ، والتشريعات الملحقة بها ، لأنها هي القانون المدني الذي كان نافذاً في سورية والبلاد العثمانية منذ صدر ، بل والذي استمر في سورية والبلاد المنسلخة عن الدولة العثمانية كذلك حتى بعد انهيار الامبراطورية والغاء « المجلة » في تركيا نفسها ، وأن نستعرض الأسس التي قامت عليها هذه « المجلة » وكيف كان تطبيقها .

لقد بدأت « التنظيمات » العثمانية ، باصدار عدد من التشريعات المختلفة في مسائل كثيرة تتعلق بالعقوبات (قانون الجزاء العثماني) أو المعاملات التجارية (قانون التجارة البرية وقانون التجارة البحرية ، ونظام القونتراتو) أو في المعاملات العقارية (قوانين الاراضي العثماني وذيوله وملحقاته ، تصرف الاجانب بالاملاك ، تحرير تركات المسيحيين بانتقال الأراضي الاميرية والموقوفة ، ترهين الاملاك ، بيعها لأجل الدين الخ . . .) أو في المحاكم والتنظيمات القضائية الخ . بعد أن كان في الماضي القضاء الشرعي هو القضاء الوحيد في البلاد لحل المشاكل والخلافات بين الناس في جميع القضايا والمواضيع على اختلافها وتنوعها ، وقد أخذت الدولة

العثمانية تنشىء في الامبراطورية محاكم واقضية « نظامية » تؤلف من حكام ، غير قضاة الشرع ، لتطبيق أحكام القوانين والانظمة الجديدة بما في ذلك « مجالس تمييز الحقوق » (وهي التي كانت تقوم مقام المحاكم العليا أو محكمة التمييز) التي كان يرأسها قضاة الشرع ، بينما أعضاؤها من الحكام غير الشرعيين ، غير الواقفين على الفقه ومسائله ، وتختص هذه المجالس في النظر باحكام المحاكم والاقضية النظامية وفقاً لاحكام هذه القوانين والفقه معاً .

وبالنظر لان القوانين الكثيرة التي صدرت قبل « المجلة » ، من تجارية أو مدنية والخ . . . لا تشمل جميع الاحكام والقواعد التي لا بد منها للحكم في القضية ، وإنما مقصورة على أحكام خاصة ، تجارية أو عقارية أو جزائية . . ، بحيث يجب الرجوع إلى الاحكام الفقهية فيما تبقى من قواعد وأحكام ، مما أورث الفوضى والاضطراب ولم يأت بحل للمعضلة الاصلية ، خصوصاً وأن الفتاوى والآراء الفقهية حتى في المذهب الواحد ، ربما كانت مختلفة وغير واحدة ، ولا يستطيع معرفتها والوقوف عليها إلا أربابها ، وعلى الخصوص مذهب الحنفية . (كما جاء في تعليل اصدار المجلة) .

فصدرت ارادة سنية سلطانية بتاريخ ٢٠ صفر ١٢٧٢ بتأليف لجنة لوضع مجموعة من الاحكام الشرعية في المعاملات والعقود (وهي مايدور حوله القانون المدني أو الحقوق المدنية بالدرجة الاولى) لتكون مرجعاً قانونياً لازماً وسهلا ، ومستمدة من أفضل الاحكام الفقهية الحنفية .

وقد قامت اللجنة المذكورة بدرس الاقوال الفقهية ، متقيدة بالمذهب الحنفي ومختارة الاقوال المرجوحة والمفتى بها في المذهب ، بما يتفق والحاجة الزمنية ، وربما أخذت استثناء باقوال بعض الائمة في أمور معينة ، وقدمت تقريراً إلى الصدر الاعظم ، في عام ١٢٨٦ هـ بمثابة لائحة للاسباب الموجبة ، بينت فيه كيف انفصلت احكام قانون التجارة وبعض القوانين المدنية عن أحكام الفقه ، مع بقاء سائر الجهات ، مثل الرهن والكفالة والوكالة ، خاضعة لاحكام القانون الاصلي (أي الفقه) ، وانه بعد أن انشأت محاكم نظامية وتجارية ، أضحى أمر

إيجاد قانون مدني أصلي ، ضرورة لا محيد عنها ، ليجمع بين دفتيه شتات الاحكام الحنفية المبعثرة ، ويميز القول الصحيح فيها ، آخذاً بعين الاعتبار التطور الزمني وتأثير العرف والعادة — كما في رؤية بعض بيوت من الدار في الماضي لمعرفتها وصحة شرائها ، وعدم الاكتفاء بذلك حين وضع المجلة ، لتبدل البيوت وبناءها بحسب العرف والعادة — وأن يكون مضبوطاً ، سهل المأخذ، عارياً من الاختلافات حاويا للأقوال المختارة ، سهل المطالعة على كل الناس .

وأضافت هذه اللجنة أنه سبق « ان عقدت جمعية علمية في ادارة مجلس التنظيمات ، وحرر حينئذ كثير من المسائل لم تبرز إلى حيز الفعل » حتى أتيح الى هذه اللجنة اتمام مهمتها .

« وقد هيأت مشروعاً لهذا القانون ، بترتيب مجلة مؤلفة من المسائل والامور الكثيرة الوقوع من قسم المعاملات ، مجموعة من أقوال السادات الحنفية الموثوق بها وقسمت الى كتب متعددة ، وسميت بالاحكام العدلية ، وبعد ختام المقدمة والكتاب الاول ، أعطيت نسخة الى مقام مشيخة الاسلام الجليلة ، ونسخ اخرى لمن له مهارة ومعرفة كافية في علم الفقه من الذوات الفخام ، ثم بعد اجراء مالزم من التهذيب والتعديل فيها بناء على ملاحظات منهم » [1] قدمت نسخة منها الى الصدر الأعظم وجرى ترجمتها الى اللغة العربية .

وكانت هذه النسخة مقصورة على المقدمة والكتاب الاول . أما المقدمة فكانت شاملة على مقالتين : الاولى في تعريف الفقه وتقسيمه (وهي المادة الاولى من المجلة) والثانية ، « عبارة عن القواعد التي جمعها ابن نجيم ومن سلك مسلكه من الفقهاء » [1] وهي طائفة من القواعد الكلية التي تعتبر كل واحدة منها أصلا فقهياً تدور عليه أحكام كثيرة[2] . غير أن اللجنة ذكرت في تقريرها ان هذه القواعد

---

(١) التقرير عن سليم باز ، ص ٩

(٢) الاستاذ مصطفى الزرقا ، الحقوق المدنية في البلاد السورية ج ١ ص ١٠٤ .

رغم ما تضمنته من مبادىء صحيحة ، وأحكام أساسية في الشريعة ، « فان حكام الشرع الشريف ، ما لم يقفوا على نص صريح ، لا يحكمون بمجرد الاستناد الى واحدة من هذه القواعد (١) » بحيث ظلت هذه القواعدفي رأي اللجنة ثمة مبادىء مثالية لتوفيق الاعمال عليها « وأن لها فوائد كلية في ضبط المسائل فمن اطلع عليها من المطالعين ، يضبطون المسائل بادلتها . . . وبهذه القواعد يمكن للانسان تطبيق معاملاته على الشرع الشريف ، أو في الاقل القريب ، وبناء على ذلك — يتابع التقرير — لم نكتب هذه القواعد تحت عنوان كتاب أو باب بل أدرجناها في المقدمة » .

وقد واصلت هذه اللجنة وضع الكتب الاخرى تباعاً حتى صدرت الارادة السنية من السلطان عبد الحميد في شعبان ١٢٩٣ ، باعتبارها قانوناً كاملا ، ولزوم العمل بها وتطبيق أحكامها في محاكم الدولة .

« وبذلك أصبحت هذه المجلة كقانون مدني منتخب من الاحكام الفقهية ، فما وجد فيه لا يعول على ما يخالفه في كتب الفقه لاقترانه بالامر السلطاني . وصارت أحكامها هي القانون العام بالدرجة الاولى ، ثم تأتي بقية الاحكام الفقهية الراجحة في كتب المذهب الحنفي بالدرجة الثانية (٢) » .

وقد جاءت المجلة هذه مرتبة على الغرار الأجنبي ، أي بمواد متسلسلة بلغت ١٨٥١ مادة ، مقسمة الى ١٦ كتاباً ، وكل كتاب منها مقسم الى أبواب ، وكل باب الى فصول ، باحثة في العقود من بيوع ، واجارة ، وكفالة ، وحوالة ورهن ، وأمانة ، وهبة ، وشركة ، ووكالة ، وصلح ، مخصصة كل بحث بكتاب. كما بحثت في الكتب الباقية ، بالغصب والاتلاف ، والحجر والاكراه والشفعة ، والاقرار ، والدعوى ، والبينات ، والقضاء ، فاقتصرت بذلك على بحث العقود ،

---

(١) التقرير ، سليم باز ، ص ٩

(٢) الاستاذ مصطفى الزرقا ، المرجع السابق ص ١٠٤ .

والعقود الهامة المسماة ، ومزجت معها ابحاثاً أصولية ، تعود في الاصل الى أصول المحاكمات والمرافعات ، كالدعوى والتحكيم والبينات والقضاء ، وما ذلك إلا لصلتها القوية بالحق والفقه من جهة ، وعدم وجود قانون سابق لها من جهة أخرى .

وقد قدمت هيئة المجلة لكل كتاب من هذه الكتب بمقدمة اصطلاحية ، في بيان الاصطلاحات الفقهية ، ومعاني الالفاظ والتعابير التى استعملتها فيه ، بما يعتبر ميزة من ميزاتها ، رغم أنه لا يتفق تماماً مع الفن التشريعي الحديث . كما انفردت في صوغ موادها في الاكثار من الأمثلة والتشابيه في متن النصوص ، مما يخالف في نظر رجال التشريع الغربيين - ولا سيما الالمان الفنيين - اصول سن القوانين وصياغتها الفنية .

ولكن المجلة لم تبحث في نظرية عامة للالتزامات ، وهو نقص ما كان يسده نوعاً ما الا القياس على احكام العقود ، والبيع بصورة خاصة ، كما لم تبحث في كثير من القضايا المدنية الاخرى ، اما لانها موضوع قوانين سابقة ، كالقضايا العقارية وتصرف الاجانب والخ .. واما لانها شائكة ولا يمكن تطبيقها على الجميع ، كالاحوال الشخصية والوصايا والخ . . وظلت في كل الاحوال غير شاملة لجميع ابحاث الحقوق المدنية وما يجب ان يتضمنه القانون المدني .

ومما لا شك فيه ان واضعي المجلة قد تقيدوا الى حد كبير بأحكام الفقه ، حتى وباصوله ، والفقه الحنفي وحده ، رغم انهم كادوا يعتبرون من قبل المتطرفين في ذلك الوقت ، قد خرجوا على الفقه وذلك بتقنينه وترقيمه بشكل قد يشبه قوانين الغرب ، وهم لم يشاؤا أن يأخذوا شيئاً من النظريات الغربية ، رغم النزعات والاوضاع السياسية الكثيرة التي كانت تحيط بهم وتدفعهم الى ذلك [1] ، وخرجت المجلة فكانت في كل الاحوال فتحاً في حياة البلاد التشريعية ، وحدثاً

---

(١) حتى ان عالي باشا ورشيد باشا وهما من رجال الدولة الذين عرفوا الغرب ودرسوا فيه . قد رأيا أن يؤخذ القانون المدني الفرنسي الذي أخذت به الامم الاخرى .

عظيماً في تطورها . وان كانت لا تعدو مجرد تثبيت بعض المسائل الفقهية من المذهب وترجيح ما يتردد فيها ومن ثم ترقيمها بمواد .

على أن التطبيق أثبت مع الزمن ان الاحكام ، مهما سمت واكتملت في وقت من الاوقات ، لابد من تطورها وتغيرها مع الايام ، لتجاري التطور في الحياة ونواحيها ، ولا سيما عندما تكون مأخوذة ، كالمجلة ، من مصدر واحد ـ هو المذهب الحنفي كما رأينا ـ ومقيدة بأحكامه وحده ، وعندما تكون باكورة عمل تشريعي ، تخرج به الحكومة على الناس ، كقانون مسنون لأول مرة ، وليس عندها من الاجتهادات القضائية والتجارب العملية التطبيقية في التشريع المكتوب سوابق تذكر . وقد شعرت الدولة العثمانية بهذه النواقص ، وبضرورة التعديل بعد صدور المجلة بوقت قليل . ولكن الصفة الدينية التي صبغ بها الناس المجلة جعل أمر البحث بتعديل موادها ، ولا سيما باحكام تقتبس من قوانين أجنبية ، أمراً صعباً وخطراً ، فلم تعمد الحكومة العثمانية الى تعديل رئيسي من هذا النوع في مواد المجلة ونصوصها ، ولكنها لجأت في بعض الأحوال القليلة الى إصدار قوانين خاصة تتضمن احكاماً معدلة ، او ضمنت بعض القوانين التي ليست في الأصل من القانون المدني ، أحكاماً معدلة لأحكام المجلة ، كما فعلت مثلاً بالمادة ٦٤ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية الصادر بعد المجلة ، حيث نصت على اعتبار جميع المقاولات والتعهدات التي لم تكن ممنوعة بقوانين ونظامات ، والتي ليست مخلة بالنظام العام والآداب العامة مرعية ومعتبرة بحق العاقدين . كما اجازت ان يكون كل مال متقوم ، وجميع الاعيان والمنافع والحقوق ، مما تعارف الناس على تداوله اطلاقاً ، بحكم المال المتقوم ، بما في ذلك الاشياء المستقبلة التي ستوجد فيما بعد . . كل هذه الاموال يجوز ان تكون محلاً للعقد . فقلبت بذلك كثيراً من أحكام المجلة رأساً على عقب ، وعدّلت نواحي أساسية في مفهوم العقد وأركانه .

وقد ظلت المجلة قائمة في سورية ولبنان والعراق والاردن حتى العهد التالي ، عهد الانتداب ، حيث بدأ المشرع في سورية ولبنان خاصة يصدر قوانين معدلة لأحكامها ، على نطاق واسع ، ولكن دون أن يلغيها او يبدلها كما سنرى .

٣ — الامتيازات الأجنبية

ليست الامتيازات الأجنبية ، مرحلة من مراحل العهد العثماني ، أو دوراً زمنياً من أدوار تاريخه في الحقوق ، كالمرحلتين السابقتين ، وانما هي في الواقع حالة من حالات هذا العهد الحقوقية ، ربما وجدت نواتها قبله ، وقد تكامل نموها خلاله وواصلت حياتها بعده حيناً من الدهر ، ولا سيما في مقياس أوسع من غيرها من البلاد الغربية . واذا كنا قد أفردنا لها هنا في بحث العهد العثماني فصلا خاصاً ، فلأنها كانت طيلة هذا العهد ، وضعاً شاذاً في حقوق البلاد العثمانية وفي حياتها التشريعية والقضائية ، يستحسن من أجل ذلك الاشارة اليها بفصل خاص .

و « الامتيازات الاجنبية Capitulations » في اصطلاحنا الحقوقي هي مجموع الحقوق والمنح التي يتمتع بها الاجانب ممن منحوها ، في حياتهم ومعاشهم ، وبالتالي في مخاصماتهم ومقاضاتهم في الدولة العثمانية . فموضوعها الاصلي اذن « الاجانب » ومشاكلهم ، ولا مجال لبحثها اذا لم يكن في الموضوع عنصر أجنبي .

ويرجع منشأ هذه الامتيازات في الماضي البعيد عند الامم الغربية ، الى فكرة احتقار الاجانب ، وعدم مساواتهم بالوطنيين ، ولا سيما من حيث شرف التقاضي أمام المحاكم الوطنية والاستفادة من التشريع الوطني ، كما كان الحال عند اليونان والرومان ، أو الى فكرة العدل المطلق ، وترك الناس على دينهم ، كما كان الحال في بلاد الاسلام بعد الفتح .

وقد كانت هذه الامتيازات في البلاد الاسلامية عامة ، قائمة على التسامح والترغيب في التعامل والتعاون (١) .

---

(١) كمعاهدة الخليفة الرشيد مع شارلمان ، راجع محمد عبد الباري « الامتيازات الاجنبية » ص ١٣ .

وقد تجلت هذه المبادىء في ذلك الماضي ، بالنظام القنصلي والمحاكم القنصلية(١) التي كانت تقضي بالخلافات بين رعاياها . ولكن هذه القنصليات كانت قليلة ، كما ان الرعايا الاجانب ومشاكلهم كانت قليلة ، ولم يكن هناك تعامل تجاري كبير لهم إلا في مصر حيث كانت للاجانب حركة تجارية واجتماعية ، دعت الى إثارة موضوع الامتيازات منذ القديم والى حصول الاجانب على بعض العهود من ملوك مصر وخصوصاً حينما كانوا في سورية وعلى اثر الحروب الصليبية ، وبقاء عدد كبير من الصليبيين في السواحل السورية ، وبعد توسع حركة الاجانب واعمالهم واتصالاتهم التجارية مع الداخل والخارج ، وبالتالي مشاكلهم وخلافاتهم . فلما جاء الفتح العثماني ، وبلغ العثمانيون اوج عظمتهم وبأسهم ، صار الملوك الاجانب يخطبون ودهم ، ويتقربون اليهم . بل منهم من التمس المساعدة والعون من السلاطين العثمانيين كملك فرانسة ، فرانسوا الاول ، الذي كان اسير شارلكان ، حين توسل الى السلطان سليمان القانوني ليساعده على الانتقام من خصمه ، (٢) وانتهى أمر هذا التوسل والرجاء ، ان توصل دولافوره DeLa Forét رسول الملك فرانسوا الاول المشار اليه ، في عام ١٥٣٥ ، الى عقد اول معاهدة في الامتيازات

---

(١) راجع في « منشأ الامتيازات » بالفرنسية : ارمانجون Arminjon ، مجلة الحقوق الدولية الخاصة ، ج٢٣ : بنوا Bonoit «الامتيازات بين فرانسة والدولة العثمانية» ؛ راجع كذلك لمؤلفين مجهولين الامتيازات بين فرانسة والباب العالي في به ليسيه د وروزاس Pelissé de Rousas نظام الامتيازات في الامبراطورية العثمانية ، باريز ١٩٠٥ (سياسي قديم) غير مذكور الاسم ؛ راجع ايضاً نظام الامتيازات ، باريز ملتدبلون ١٨٩٨ ، في تقرير نقابة محامي بيروت عن الامتيازات ؛ جان سابا Saba ، الاسلام والجنسية ، باريز ١٩٣٦ ، الدكتور فؤاد شباط ، الاجانب امام القضاء في سورية ولبنان ، رسالة دكتوراه باريز ١٩٣٨ ، الخ .. راجع بالعربية : المرحوم سعيد محاسن . « العهود القديمة والامتيازات » مقال متسلسل في مجلة نقابة المحامين بدمشق عام ١٩٤٠ و ١٩٤١ الاستاذ سامي الميداني . موجز الحقوق الدولية الخاصة ، والدكتور محمد عبد الباري ، الامتيازات الاجنبية . مصر ١٩٣٠ ؛ الاستاذ عمر لطفي . الامتيازات . الخ ..

(٢) راجع في تفصيل ذلك مقال الاستاذ المرحوم سعيد المحاسني . مجلة نقابة المحامين بدمشق عام ١٩٤٠ ص ١٤٧ الى ١٥٩ .

مغ السلطان سليمان القانوني تضمنت اتفاق الطرفين على حرية رعاياها في البيع والشراء والنقل ، وعدم الارهاق في الرسوم والتكاليف ، وقبول المعتمدين والقناصل واحترامهم واعطائهم حق فصل الدعاوى والمنازعات المدنية والجزائية بين رعاياهم بالاستناد الى تقاليد بلادهم وقوانينها وعاداتها ،وانه ليس لرعايا الدولة الفرنسية ان يطلبوا من الحاكم العثماني النظر في دعواهم ، واذا هم طلبوا فلا يلبي طلبهم ، واذا قضى في مثل هذه الدعاوى فلا ينفذ حكمه !! الى آخر ما هنالك من احكام هامة وغريبة لمصلحة الفرنسيين ورعاياهم (١) . وقد نال الفرنسيون بنتيجتها حقوقاً في الدولة العثمانية لم يسبق ان نالها أحد من قبلهم لا فيها ولا في مصر، ثم تواصلت العهود والتنازلات مع فرنسا بعد ذلك واحداً تلو الآخر ، لاسباب تاريخية وسياسية متعددة ، حتى بلغت سبعة عهود كان آخرها بين السلطان محمود ولويس الخامس عشر في عام ١٨٣٩ . وانقلبت هذه الامتيازات ، بعد ان كانت في الاصل اتفاقات متبادلة في المعاملة بين الدولتين ، كما كانت في المعاهدة الاولى لعام ١٥٣٥ فاصبحت حقوقاً وامتيازات للاجنبي في البلاد العثمانية دون لقاء أو مقابل ، تزداد سعة ووطأة بنسبة ضعف الدولة العثمانية وتفككها .

وقد استفادت باقي الدول من هذه العهود حكماً أو بعهود مماثلة ، وحصلت على ذلك انكلترا في عام ١٥٨٠ – ١٦٧٥ ، وهولاندا ١٦١٢ والنمسا سنة ١٧١٨ ، وبروسيا ١٧٨٣ ، والولايات المتحدة سنة ١٨٣٠ والخ ... ونجم عن ذلك أن صار الفرنسيون خاصة والاجانب عامة يتمتعون في البلاد العثمانية ولا سيما مصر ، بحصانات ومنح لا تتفق مع المنطق أو السيادة ، أو العدل . فكان الاجنبي في اخذه وعطائه وبيعه وشرائه ، معاملاته وتنقلاته . . حراً لا يرتبط بشيء تجاه الدولة

---

(١) راجع ترجمة هذا الاتفاق في مقال الاستاذ سعيد المحاسني . المرجع السابق ص ١٥٦ – ١٥٩ .

وسيادتها فلا يؤدي الضرائب والتكاليف المفروضة على المواطنين ، ولا يخضع في معاملاته وعلاقاته المدنية وغير المدنية الى الشرائع المحلية او قضائها ، بل كان يخضع الى احكام بلاده وقوانينها ، تطبقها القنصليات أو رجالها كما يريدون ، عند ما تكون بين الرعية الاجانب فيما بينهم ، أو تطبقها المحاكم التي سميت بالمحاكم المختلطة ، ذات التأليف المختلط من قضاة اجانب أو وطنيين وأجانب ، عند ما يكون الامر فيما بين وطني وأجنبي . وظلت سورية وغيرها من الدول العربية المنسلخة عن الدولة العثمانية خاضعة لهذه الاحكام حتى عهد الانتداب ، حيث زالت سلطة المحاكم القنصلية نهائياً وبقيت المحاكم المختلطة وبدأت وطأة الامتيازات الاجنبية ونتائجها التشريعية والقضائية ، تخف وتضعف ولم تزل نهائياً إلا بعد الجلاء عام ١٩٤٥ في كل من سورية ولبنان .

أما في مصر فقد ظلت وطأة الامتيازات الاجنبية على أشدها وازدواج التشريع والقضاء فيها الى ان اوجدت المحاكم المختلطة فيها عام ١٩١٥ وقدسبق أن اوجدت فيها التشريعات المختلطة ، كما سنفصله في العهد التالي ، الى جانب الامتيازات غير القضائية الاخرى . وقد دام ذلك كله حتى تم الاتفاق على انهاء الامتيازات بمختلف انواعها ، عام ١٩٣٧ في معاهدة مونترو بين مصر والدول صاحبة الامتياز ، وعلى أن يزول آخر أثر من اثارها ، بما في ذلك التشريع والقضاء في اكتوبر ١٩٤٩ .

★ ★ ★

البحث الرابع

عهد التشريع المحلي بعد العثمانيين

لقد تبين لنا من أدوار التاريخ التي استعرضناها في البحوث السابقة ، والمراحل الحقوقية التي مرت بها بلادنا أن أحكام الشريعة الاسلامية بمذاهبها المختلفة هي التي كانت سائدة عندنا ، حتى منتصف القرن التاسع عشر ، حيث بدأت التنظيمات الحديثة والتشريعات المكتوبة تنفذ في الامبراطورية العثمانية .

ومنذ أواسط القرن التاسع عشر بعد أن أصبحت مصر متحررة نهائياً من سلطان العثمانيين بدأت تستقل في تشريعها عن باقي أجزاء الامبراطورية العثمانية ، التي ظلت سورية جزءاً منها ، وبالتالي ظلت سورية تطبق تشريعات الدولة العثمانية المتواصلة حتى انتهاء الحرب العالمية الاولى ، وحتى بعد ذلك في عدد من التشريعات إلى جانب قيام تشريعات جديدة فيها خلال عهد الانتداب .

ونظراً لأن تشريعنا المدني خاصة ، وكثيراً من التشريعات الاخرى قد أخذت كاملة أو تأثرت كثيراً بالتشريعات المصرية الحديثة ولذلك يحسن بنا أن نميز في فصلين وضع الحقوق في كل من مصر وسورية خلال هذه المرحلة .

§ ١ — عهد الانتداب في سورية [١]

لم تظفر سورية الطبيعية بالتخلص من الحكم العثماني، بعد الحرب العالمية الاولى، الا واقتسمها الحلفاء او بالاصح الفرنسيون والانكليز واحتلوها. فخضعت سورية ولبنان الى النفوذ الفرنسي، وفلسطين والاردن الى النفوذ الانكليزي، باسم الانتداب أو الحماية من الطراز الأول وفقاً للمادة ٢٢ من ميثاق جمعية الامم،

ثم بالاستناد الى صك الانتداب الصادر عن جمعية الامم في ٢٤ تموز ١٩٢٢ حاول المفوضون السامون، الذين كانوا يمثلون فرانسة في سورية ولبنان، ان يعطوا لأنفسهم سلطة التشريع والتنفيذ معاً، واصدروا طيلة فترة الانتداب مجموعة هائلة من القرارات التشريعية وشبه التشريعية، تناولت تنظيم وتقنين كثير من نواحي الحياة وفعالياتها أو تعديل ما كان سائداً من قوانين واحكام.

وفي خلال هذه الفترة التي ابتدأت بعد الاحتلال الفرنسي، ولم تنته الا بالجلاء عن سورية عام ١٩٤٥، شاركت الحكومة السورية والحكومة اللبنانية المفوضية العليا في السلطة التشريعية، في فترات متقطعة ومضطربة، واصدرت المجالس النيابية السورية واللبنانية كذلك عدداً من القوانين والتشريعات المختلفة.

والذي يهمنا هنا أن نصف حالة التشريع المدني وما يتعلق به في هذا العهد.

لقد واصلت القوانين العثمانية، والتشريعات النافذة سابقاً، مرعيتها وتطبيقها

---

(١) راجع بالفرنسية في المباحث المتعلقة بعهد الانتداب: جمعية الامم، نظام الانتدابات منشأه ومبادؤه وتطبيقه جنيف عام ١٩٤٥: راجع كذلك مجموعة الحقوق الدولية في لاهاي لعام ١٩٢٤ و١٩٢٩/ ج؛ راجع كذلك شان Chan منح السلطة التشريعية. بروكسل ١٩٢٨؛ الدكتور مصطفى البارودي، المسائل الحقوقية المتعلقة بالادارة الخاضعة للانتداب، جنيف ١٩٤٩ الخ.

خلا قضايا الامتيازات والمحاكم المختلطة ، التي نظمت في أول عهد الانتداب كما سنرى .

ولكن ، ما أن مضى وقت قصير إلا وأخذت تشريعات المفوض السامي تترى ، وأكثرها في تنظيم الدولة وحقوقها العامة ، ومن بينها عدد غير قليل من القرارات تتناول مواضيع متفرقة من الحقوق المدنية والتجارية والاجراءات وأبرزها يتعلق بتنظيم القضاء ، وحماية الملكية الصناعية ، والأوقاف وشؤونها ، وإيجاد حلول للعلاقات المدنية التي خلفتها الحرب ورائها (كمثل بيوع الحرب ، وديونها ، والايجارات . . .) ولا سيما وخصوصاً اهتمام المشرع في أمور القضايا العقارية والتشريع العقاري حيث اصدر في فترات متتابعة كثيراً من القرارات المنظمة لها ، أهمها قرارات تحديد وتحرير العقارات ، وإنشاء السجل العقاري العيني (القرارات الصادرة عام ١٩٢٦ بالأرقام ١٨٦ و ١٨٧ و ١٨٨ و ١٨٩ ثم تعديلاتها الكثيرة وأهمها القرارات ٤٤ و ٤٥ و ٤٦ ل . ر سنة ٩٣٠) وتنظيم الأملاك العمومية (القرار رقم ١٤٤ في ١٠ حزيران ١٩٢٥) وأملاك الدولة الخصوصية (القرار رقم ٢٧٥ في ٥ ايار ١٩٢٦) وقرار المحافظة على المياه وتصفية حقوق الناس عليها (رقم ٣٢٠ في ٢٦ ايار ١٩٢٦) والمناجم والمقالع (رقم ١٧٦ و ١٧٧ و ١٧٨ تاريخ ١٢ آذار ١٩٣٦) وخصوصاً وأخيراً قانون الملكية العقارية الصادر بالقرار ٣٣٣٩ تاريخ تشرين الثاني سنة ١٩٣٠ الذي كلل هذه الحركة التشريعية العقارية بقانون جامع لاحكام العقارات ، ملغياً لعدد من القوانين العثمانية القديمة ، كقانون الاراضي العثماني الصادر سنة ١٢٧٤ ، وقانون التصرف في الأموال غير المنقولة الصادر سنة ١٣٣١ والخ ... من القوانين والارادات السنية المخالفة لاحكامه ، كما الغى عدداً غير قليل من الاحكام المحلية المتعلقة بالعقارات وموضوعها ، وفيما عدا ذلك فان المشرع في عهد الانتداب لم يعمد الى إصدار تشريع عام ليحل محل المجلة وملحقاتها من القوانين العثمانية ، خشية أن يمس الشعور الديني « وحذراً من ذلك

الجلال الذي خلعته عليها مصادرها الدينية (١) » ، فكان يعمد شأنه في ذلك شأن الدولة العثمانية كما رأينا ، إلى الغاء بعض أحكامها بهذه القوانين المختلفة ، دون الاشارة الى الالغاء صراحة ولاسيما الى الغائها كلها وتبديلها .

---

(١) راجع محاضرة الاستاذ اسعد الكوراني ، محاضرات نقابة المحامين في حلب . عام ١٩٤٩ ـ ١٩٥٠ ص ١١٢ .

ويقول الاستاذ الكوراني في محاضرته المشار اليها تعليقاً على هذا الوضع ما يأتي :

« وهنا في اعتقادي موضع الخطأ في هذا الاسلوب ، وفي هذه الفكرة التي تأصلت في الافكار دون التنبيه اليها او تصحيح ما استقر في الاذهان بشأنها . فالمجلة والمصادر التي ترجم اليها ، انما تتضمن احكاماً في معاملات الناس ، وهي في حقيقتها وطبيعة جوهرها لاتتصل بالدين من قريب ولا من بعيد . فالدين انما يتعلق بالعقائد ، وهي التي لا تقبل التحوير والتبديل على مدى الايام واختلاف الدهر . واما المعاملات فهي تتعلق بمعايش الناس وتعاملهم . وهي بطبيعتها تختلف باختلاف الزمان ، بل قد تختلف في العصر الواحد بين مصر ومصر وقطر وقطر ، وربما اختلفت في العصر الواحد والزمن الواحد بين فقيه وفقيه . فمن المستحيل ان تكون ثابتة في حدود دينية لا تقبل التحوير ولا التبديل . والاسلام هذا الدين العظيم ، الذي جاء هدى للناس ورحمة ، وانقذهم من كثير من الضلال ، وفتح لهم آفاقاً واسعة من حرية الفكر ، أجل واسمى ، من أن يضع لهم قواعد ثابتة من المعاملات ، يتعاملون بها على اختلاف العصور والازمان ، وما هذه المذاهب الفقهية المختلفة التي ظهرت في صدر الاسلام الا دليلاً على ان المعاملات الدنيوية ليست من الدين في شيء ، وانما هي امور تتصل بحياة المجتمع وحياة افراده ، وهي تتبدل بتبدل الزمان واختلاف المكان . ولو كان الامر على غير ذلك لما نشأت هذه المذاهب ولما ظهرت هذه الدراسات الفقهية المتعددة ، وظل الناس على مذهب واحد منذ ظهور الاسلام الى هذا اليوم .

واما هذا الجمود الذي استحوز على الافكار في القرون الاخيرة . ورسم للفقه حدوداً ضيقة من الدين ، ومنع على الناس باب الاجتهاد ، فهو ابعد مايكون عن طبيعة الدين وعن روح الاسلام السمحة ورسالته الخالدة في حرية الفكر . وهو كذلك ابعد ما يكون عن طبيعة العربي الذي يعشق الحرية ولا يقبل للفكر حداً ولا قيداً . وانما هو من آثار تلك العصور المظلمة التي ساد فيها الاعاجم . وانتشرت فيها الجهالة ، وقيدت فيها حرية الفكر ، وتلاعبت فيها السياسة بافهام الناس ، حتى صورت لهم ان ماجاء في كتب الفقه من المعاملات انما هو متصل بالعقائد الدينية التي لاتقبل النقض ولا التحوير . ولكن أين هذا الضلال من تلك الحقائق الناصعة التي تتجلى في حقيقة الاسلام ورسالته المنيرة التي يشع منها ضياء الخير والصلاح للناس .

وأين هذا الجمود الذي يزري بكرامة هذا العقل الانساني من قول الامام الاكبر ابن تيمية . « واذا ظهرت امارات العدل واسفر وجهه بأي طريق فثم شرع الله . وان اي طريق =

أما في لبنان فقد صدرت الى جانب التشريعات المشتركة بينهـا وبين سورية في أكثر القضايا المشار اليها سابقاً، قوانين اخرى على جانب من الاهمية العملية ، واستطاع المشرع اللبناني أن يتم خطوة جريئة فأصدر في عام ١٩٣٢ قانون الموجبات والعقود اللبناني ، تناول فيه بحث الالتزام بوجه عام ونظريته الكاملة ، كما بحث في العقـود كافة ونص في المـادة ١١٠٦ على الغاء جميع أحكام المجلة وغيرهـــا من النصوص التشريعية التي تخالف هذا القانون أو لا تتفق مع أحكامه ، وبذلك لم يبق سائداً من أحكام المجلة إلا مالا يتصل منها بالالتزامات والعقود ، أى لم يبق شيء هـام فيها سوى الثلاث كتب الاخيرة في البينات والدعوى والقضاء ، ولكن المشرع اللبناني أتبَع هذا القانون بقانون آخر في « أصول المحاكمات المدنية » في عام ١٩٣٥ الغى معه حكم هذه الكتب الثلاثة . ثم ألحقه بقانون التجارة عام ١٩٤٢ وآخر للعقوبات عام ١٩٤٣ . فأوجد بذلك مجموعة جديدة للتشريع المدني والتجـــاري والجزائي مستوحاة من النظريات الحديثة وحاجات الحياة الجديدة .

ومهما يكن الامر ، فان جميع التشريعات سـواء في سورية أو في لبنان قد استوحيت في أكثرها من التشريع الاوربي عامة والفرنسي خاصة . ولكنها في كل الاحوال لم تهمل اهمالا تاماً الحقوق القديمة وأحكام الشريعة وقوانينها السابقة ، بل حاولت أن تحتفظ بها وأن تكيفها وتلطفها ، ولكن مشرعيها كانوا يلجـأون في بعض الاحيان إلى المذهب المالكي السائد في المغرب، والى مشروع القانون الاسلامي الجزائري لموران Morand كما حدث في قانون الملكية العقارية الصادر بالقرار ٣٣٣٩ وغيره. وكانوا في لبنان أكثر تحرراً وانطلاقاً ، كما حدث في قانون الموجبات والعقود.

= استخرجها العدل فهي من الدين وليست مخالفة لما نطق به الشرع بل موافقة لما جاء به بل هي جزء من اجزائه » .

هذه هي الحقيقة التي يجب الجهر بها دوماً بلا خوف ولا وجل ولا تردد . ففيها ما يظهر الاسـلام في حقيقته مجرداً عن الاباطيل . وفيها مايزيح عن الافهام ما علق بها من اضاليل القرون المظلمة التي مرت على هذه البلاد ، ويفتـح للناس آفاقاً واسعة من حرية الرأي ونهضة الفكر والإصلاح التشريعي » . (المرجع السابق ص ١١٢ – ١١٤) .

ولم يكن القضاء في سورية أكثر تحرراً من الاتجاه الشرعي القائم إذ ذاك في هذه المواضيع ، بل كان أكثر محافظة وتمسكاً ، حتى كان تطبيقه للقوانين الجديدة التي صدرت في هذا العهد ، مقيداً وربما مخالفاً لروحه الجديدة ، فلم يشاء أن يتوسع في تطبيق النصوص والاحكام فيما توجبه الحاجة الاجتماعيـــة ومقتضيات الحياة ، وليسد نواقص التشريع وعيوبه ، بل كان في تطبيقه لها ، على العكس مضيقاً ومحدداً .

على أنه الى جانب القضاء الوطني المحـافظ ، قام في سورية قضاء سوري آخر كان في الواقع مختلطاً من قضاة فرنسيين وسوريين ، أحله المنتدب ، بعد اعتباره الامتيازات الأجنبية زائلة — أو متوقفة على رأي البعض — محل المحاكم القنصلية والمحاكم المختلطة العثمانية ، وسماه تارة « المحاكم السورية الناظرة بقضـايا الأجانب » (القرار رقم ٢٠٢٨ — تاريخ ٧ تموز ١٩٢٣ والقرار رقم ١٨٢٠ تاريخ ١٧/٢/ ١٩٢٨ وتعديلاتها) وتارة « المحاكم المختلطة » (القرار رقم ٣١٦ تاريخ ٢/٢/١٩٤٠ وتعديلاته) . ولكنه في كل حال كان يختلف عن الماضي اختلافاً أساسياً وجوهرياً إنْ من حيث التشكيل وإنْ من حيث الاختصاص التشريعي ، أي مـــن حيث التشريع والاحكام الواجبـــة التطبيق ، وان يكن يتشابه معه أو يزيد من حيث الاختصاص القضائي ، أي من حيث سلطة المحكمة ووظيفتها بالنسبة للأجـــانب وأصحاب الامتيازات وربما بالنسبة للوطنيين ، بحيث كانت هذه المحاكم تطبق القوانين السورية دون سواهـا (خلافاً للمحاكم المختلطة في مصر) ، على أن هـذا التطبيق للتشريع الواحد من قبل القضائين الوطني والمختلط في سورية لم يكن دوماً واحدا فقد كانت روحه مختلفة ، وأسسه متباينة ، لاختلاف الثقافات الحقوقيـــة لقضاة القضائين ، مما أدى الى وجود اختلاف في نتائج هذا التطبيق ، ربما كان في بعض الأحيان على جانب من الاهمية كبير . وفي كل الأحوال فقد كان أثر هذا الاجتهاد القضائي في الحقوق السورية محدوداً ، خلافاً للاجتهاد القضائي المختلط في مصر . ولعل جمود الاجتهاد القضائي في سورية ومحافظته كان من أهم العوامل التي أثبتت ضرورة تجديد التشريع وأوجبت تبديله .

§ ٢ — عهد التشريعات المصرية

لقد رأينا أن مصر كانت في عهد الدولة العثمانية ولاية من ولاياتها ، وخضعت بالتالي لنظام الحكم العثماني والتشريعات العثمانية السابقة لعهد التنظيمات كما أشرنا في العهد السابق .

والواقع أن مصر ، خلافاً لسورية وأكثر الولايات العثمانية الاخرى ، قد أخذت وضعاً خاصاً تجاه الهيمنة العثمانية منذ عهد بونابرت (الذي استولى عليها في أواخر القرن الثامن عشر وأخضعها لسلطانه وإرادته ، حتى أنه حاول أن يوجد نوعاً من التمثيل الشعبي أو النظام النيابي بما سمي بالديوان الكبير والديوان الصغير [١]) ولا سيما منذ عهد محمد علي الذي بعد أن قضى على نفوذ المماليك تمكن من السلطات جميعاً وجرى في حكمه على نظام ديكتاتوري مطلق ، كان من شأنه أن استقلت مصر بنظمها وتشريعاتها رغم كونها نظرياً تابعة للآستانة .

وإذا كان محمد علي قد أصدر فعلاً عدداً من التشريعات المتعلقة بالزراعة أو بالعقوبات أو الخ . . بما سمي « بقانون » [٢] إلا أن الشريعة الاسلامية ظلت هي الشريعة العامة المطبقة في مختلف المعاملات ، يطبقها رجال القضاء دون أن يكونوا خاضعين في أحكامهم لسلطة الوالي ، كما ظلت مبادىء خط « كول خانة » ومن بعده « الخط الهمايوني » مطبقة ومعتبرة في هذا العهد .

ومنذ عام ١٨٤٦ أصبح المجلس المسمى « بمجلس الشورى الخاصة » أو « مجلس المشورة » من قبل ، أصبح مجلساً تشريعياً باسم « المجلس المخصوص » من اختصاصه التشريع لمصر ، وإن كانت ما تزال تابعة للحكم العثماني وخاضعة

---

(١) راجع تاريخ الجبرتي ج ٣ ص ١٤٤ — ١٤٥ مشار اليه في الدكتور شفيق شحاته ، التاريخ العام للقانون المرجع السابق ، ص ٣١٨ .

(٢) راجع الدكتور شفيق شحاته المرجع السابق ص ٣٢٠ .

للتشريع العثماني ، غـــير أن الروابط التي كانت تربطهـا مع الآستـــانة أصبحت مهلهلة وضعيفة .

ومع ذلك فان هذا النظام القائم على الارتباط النظري استمر في عهد خلفـاء محمد علي وهم عباس الاول وسعيد واسماعيل الى سـنة ١٨٧٣ ، رغم أن الدولة العثمانية كانت قد وافقت على أن يسمى هؤلاء بـ « الخديوي » لتمييزهم عن حـكام الولايات العثمانية الاخرى . وفي سنة ١٨٧٣ أقر الباب العالي رسمياً باستقلال مصر التشريعي عن سائر البلاد العثمانية ، وصدرت من الخديوي تشريعات إدارية ومالية عدة تمتعت مصر في ظلها بنظام متحرر من القيود التي كانت ترسف فيهـــا الدولة العثمانيه كلها (١) .

وهكذا كان « الخديوي » يشرع في مصر قبل استقلالها التشريعي الرسمي مع بقاء التشريع العثماني — ولو نظرياً — مرعياً ، أما بعد هذا الاستقلال فقـــد انفصلت مصر عن كل ارتباط ولو نظري مع الدولة العثمانية في تشريعها .

وقد كان المشرع الحقيقي في مصر قبل القانون الاساسي المسمى « باللائحـة » الصادر إثر الحركة الاستقلالية سنة ١٨٨٢ ، والذي أنشأ مجلساً تأديبياً نيابياً يملك وحده السلطة التشريعية ، كان المشرع الحقيقي قبـــل ذلك الخديوي نفسه ،وما كانت آراء المجالس والجمعيات والنظار الخ . . سوى آراء استشارية غير الزامية .

وعادت هذه السلطة التشريعية الى مجلس النظار بعد الاحتلال البريطاني عـام ١٨٨٣ الذي امتـد باسم الاحتلال أحياناً والحمـاية أحياناً أخرى حتى عام ١٩٢٣ حيث عاد لمصر استقلالها ، فقامت المجالس التشريعيـــة — مجلس النواب و مجلس الشيوخ — الى ممارسة السلطة التشريعية في ظل نظام ديمقراطي .

وقد قام هذا النظـام منذ ذلك الحين حتى عهد الثورة عام ١٩٥٢ على اصدار التشريعات من السلطة التشريعية المذكورة وفق أحكام الدستور .

---

(١) عن الدكتور شفيق شحاته المرجع السابق ص ٣٢٣ .

هذا بالنسبة لنظام التشريع ، أما التشريع نفسه ، فقـــد كان في البدء محدداً وضيقاً ، ولم يتسع بشكل كامل إلا بعد أن عاد لمصر استقلالها الكامل عام ١٩٢٣ ومع ذلك فان ثمة تشريعات هامة جداً وأساسية قد صدرت في عهد محمد عـلي ولا سيما خلفـائه سواء فيما يتعلق بانشاء قضاة ومحاكم ، كالمجلس المسمى « ترتيب مجلس الاحكام الملكية » عام ١٨٣٣ للحكم في بعض النواحي الى جانب قضاة الشرع ، أو الجمعية الحقانية التي تأسست عام ١٨٣٧ بموجب قانون « سياسة نامه » للفصل في جميع المسائل المدنية والجنائيـة والعسكرية التي لا تتقيد بأحـــكام الشريعة ، أو « المجالس التجارية المختلطة » الـتي انشأت عام ١٨٤٥ لتفصل في القضايا التجـارية وأولها « مجلس تجار الاسكندرية » و « مجلس الاحكام » الذي حل محل جمعية الحقانية ١٩٤٩ ، والمجالس الاستئنافية عام ١٨٥٥ ومجلس كومسيون مصر عـام ١٨٦١ وهو مجلس مدني مختلط او المجالس الملية بالنسبة للطوائف غير الاسلامية من غير الاجانب تطبيقاً لأحكام الخط الهمايوني وأخيراً المجالس البلدية عام ١٨٦٤ والحسبية عام ١٨٧٣، وأخيراً وأهم هذه التشريعات في امور القضاء والحكم انشاء المحاكم المختلطـــة وتنظيمها عام ١٨٧٥ في أول حركة تشريعية للاصلاح القضائي لالزام الاجانب بالخضوع للقضاء في مصر ، بعد أن كانوا قبل ذلك لايخضعون إلا للقضاء القنصلي .

وقد قام النظام القضائي المختلط على غرار التنظيم القضائي الغربي وكان مؤلفاً من قضاة من الاجانب يصدرون أحكامهم باسم الحكومة المصرية .

وتبع هذه التشريعات القضائية المختلطة تشريعات أساسية لتعمل المحاكم على تطبيقها ، وتقضي وفقها سميت «القوانين المختلطة» ويطلقون عليها اسم «المجموعات الرئيسية» وهي ستة : القانون المدني المختلط، قانون التجارة المختلط ، قانون التجارة البحرية المختلط، قانون المرافعات المدنية والتجارية المختلط ، قانون العقوبات المختلط ، قانون تحقيق الجنايات المختلط . وقد قام بوضعها أحد المحامين الفرنسيين بالاسكندرية الاستاذ مونوري Maunoury في عهد الخديوي اسماعيل ، وكان نوبار باشا قـــد

توصل مع الدول الاجنبية صاحبة الامتيازات الى اتفاق حول القبول بالقضاء المختلط وتطبيق التشريعات الجديدة المأخوذة عن القانون الفرنسي .

ومنذ عام ١٨٨٣ انشئت المحاكم الاهلية وصدر في هذا العام كذلك مجموعة مماثلة للمجموعات المختلطة في القوانين السابقة الذكر ، أعدتها لجنة برئاسة ناظر الحقانية إذ ذاك وعضوية عدد من القضاة الاجانب مستمدة اياها من المجموعات المختلطة والقوانين الفرنسية ، مطعمة ببعض التعديلات التي اقتضتها ظروف البلاد(١)

واستمرت المحاكم المختلطة والأهلية تعملان جنباً الى جنب حتى تم الاتفاق في معاهدة مونترو (٨ مايو ١٩٣٧) على الغاء الامتيازات الأجنبية في مصر وبقاء المحاكم المختلطة فيها لمدة ١٢ سنة فقط كفترة انتقال ، وقد الغيت فعلا بعدها في ٢٥ اكتوبر ١٩٤٩ بصورة نهائية والى غير رجعة .

وظلت هذه التشريعات الأساسية مع بعض التعديلات والتفصيلات قائمة حتى صدور التقنين المدني الجديد والتقنينات الاخرى ، على أن مصر خلال عهد استقلالها ومنذ عام ١٩٢٣ قد واصلت التشريع في عدد كبير من مرافق الحياة وتنظيماتها ما يزال عدد كبير منها معمولاً بها ومطبقاً حتى اليوم رغم القوانين الكثيرة التي صدرت في العهد الحالي ، وفي طليعتها القانون المدني نفسه الذي سنبحثه في الفصل الآتي .

---

(١) راجع الدكتور شفيق شحاته . المرجع السابق ص ٣٨٦ .

البحث الخامس

العهد الحاضر

§ ١ — لمحة موجزة عن تاريخ القانون المدني وكيفية صدوره

منذ عام ١٩٣٦ فكرت مصر بالتخلص من التشريع المزدوج الذي أقامته في العهد السابق ، وخصوصاً القانون المدني الذي كان أساساً للتشريع والقانون لديها لا سيما عندما تم الاتفاق بين مصر والدول الأجنبية في معاهدة « مونترو » عام ١٩٣٧ على انهاء « الامتيازات الأجنبية » التي كانت تقضي وجود تشريع وقضاء خاصين للقضايا التي يكون لرعايا دول الامتياز مصالح فيها كما أشرنا (١) بحيث تزول آثار هذه الامتيازات نهائياً ويخضع الأجنبي كالوطني للتشريع والقضاء المصريين اعتباراً من نوفمبر ١٩٤٩ .

وكان مفهوماً ، عندما تم اتفاق مونترو ، أن تعمد مصر إلى تطوير تشريعها والتخلص من العيوب التي تضمنها التشريع السابق ، مع الاخذ بعين الاعتبار الحاجات الجديدة والافادة من تجارب الماضي .

ولقد تأكد لرجال القانون في مصر ان القانون المدني السابق ، الاهلي والمختلط ، لم يعد يتلاءم مع حاجة العصر فضلا عن انه كان معيباً بعدد من العيوب فلقد قال عنه نقاده انه قانون عتيق فيه نقص وفيه فضول . ولقد زاد في عدم

---

(١) راجع ماسبق ص ٧١

صلاحيته وعدم كفايته سوء نقله وترجمته ، ثم جموده وعدم مجاراته للتطور السريع الذي قطعته النظريات القانونية التي تضمنتها تشريعات العالم الحديثة ، مما لا يمكن للقضاء أن يصلحها وأن يؤدي مهمة المشرع فيها .

ومن أجل ذلك فقد ألفت في مصر منذ عام ١٩٣٦ لجان متتابعة لوضع مشروع قانون مدني جديد اشترك فيها كبار رجال القانون وأساتذته في مصر ، كما اشترك فيها في أول الامر بعض أساتذة الحقوق الاجانب .

وفي عام ١٩٤٣ انجز هذا المشروع وعرض للاستفتاء العام نحوا من ثلاث سنوات ليقدم عليه رجال القانون والفقه الحقوقي ملاحظاتهم . وفي ضوء هذه الملاحظات والدراسات ، تألفت لجنة لمراجعة المشروع برئاسة الدكتور عبدالرزاق أحمد السنهوري ، فأنجزت هذه اللجنة مهمتها في نوفمبر (تشرين الثاني) ١٩٤٥ ، وأرسل المشروع الى البرلمان المصري الذي ناقشه طويلا ، ولا سيما في مجلس الشيوخ الذي درسه تفصيلياً وعدل فيه كثيراً من الاحكام حتى أخذ شكله النهائي الذي صدر فيه .

وقد صدر القانون المدني المذكور نهائياً ونشر في جريدة الوقائع المصرية (وهي الجريدة الرسمية) في تموز ١٩٤٨ ، ليكون نافذاً في مصر اعتباراً من نوفمبر (تشرين ثاني) ١٩٤٩ .

أما في سورية ، فقد أوضحنا فيما سبق ان مجلة الاحكام العدلية مع غيرها من القوانين العثمانية المتعددة ظلت نافذة ومرعية بعد سقوط الامبراطورية العثمانية وقيام الدولة السورية في عهد الانتداب ، وقد ألغيت بعض احكامها أو عدلت ؛ كما صدرت في عهد الانتداب تشريعات جديدة في موضوعات متعددة من الحقوق المدنية ، ولكن دون ان تلغى المجلة بكاملها .

وعندما تحررت سورية من كابوس الاجنبي وتشريعه وأصبحت قادرة على وضع التشريعات التي تحتاجها في حياتها الاجتماعية الجديدة ، برزت فكرة تبديل القوانين العثمانية القديمة ، والتخلص من تشريع المفوضية العليا الفرنسية وذيوله

كما ظهرت الرغبة في اقامة مجموعة من التشريع والتقنين تتفق مع وضع البلاد وآمالها في النهضة والتقدم ، فعمدت الحكومة السورية إذ ذاك إلى تأليف لجان أو تكليف أشخاص بالعمل على وضع مشروعات قوانين مدنية وجزائية والخ ... وقد بدأت هذه اللجان أعمالها فعلا (١) .

وعندما حدث الانقلاب السوري الأول في نيسان ١٩٤٩ ، كان من أبرز ماهدفت اليه حكومته ان تحقق اصدار ذلك القانون المدني الجديد ، وإن تفيد من وضع الحكم الانقلابي للتلخلص من العقبات والمناقشات المختلفة ، وربما للتخلص من بعض التيارات المعاكسة التي كانت تصطدم بها اللجان السابقة. وعلى الأكثر للتخلص من أساليب وعقبات التشريع البرلماني المعقدة والطويلة ، والاسراع في اصدار القانون المدني ، وربما رغبة كذلك في تحقيق الوحدة التشريعية بين الاقطار العربية ، ومع مصر خاصة . وهكذا عمدت حكومة الانقلاب في ١٨ أيار ١٩٤٩ إلى إصدار المرسوم التشريعي رقم ٨٤ وقد قضى بتطبيق القانون المدني المرفق به اعتباراً من ١٥ حزيران سنة ١٩٤٩ ملغياً جملة وتماما مجلة الأحكام العدلية ، وقانون الملكية العقارية الصادر عن المفوض السامي بالقرار رقم ٣٣٣٩ والنصوص المعدلة له ، وغير ذلك من القوانين العثمانية ، والارادات السنية ، والمراسيم التشريعية ، والقرارات التي تخالف القانون الجديد أو لا تأتلف مع أحكامه .

أما هذا القانون المرفق الذي أصبح منذ ذلك التاريخ القانون المدني السوري فلم يكن شيئاً آخر غير القانون المدني المصري الصادر في مصر والمشار اليه

---

(١) لقد كان أول تكليف قامت به وزارة العدلية السورية تكليفها الرئيس الاول لمحكمة التمييز السورية الاسبق المرحوم الاستاذ مصطفى برمدا بمهمة وضع مشروع القانون المدني ، ثم تكليف نائبه الثاني الاستاذ يوسف الحكيم لوضع مشروع قانون العقوبات . وبينما كان المكلفون يقومون بانجاز مهمتهم ، كلفت وزارة العدلية الاستاذ السنهوري بوضع مشروع القانون المدني ، وألفت لجنة برئاسته ، لكن هذه اللجنة لم تستطع أن تنجز سوى جزء من المشروع حين اضطر رئيسها الى العودة الى مصر دون أكماله . وتوقف المشروع عند هذا الحد .

قبلا ، وذلك مع تعديلات طفيفة اقتضتها الاوضاع المحلية ولا سيما التشريع العقاري، ولكنها في كل حال لم تبدل أحكام المشروع وروحه بحيث ظـــل نفس القانون المصري نصاً وروحاً وترتيباً .

وقد قدمت له وزارة العدلية السورية إذ ذاك بمذكرة إيضاحية ، موجزة وقصيرة ، اشارت فيها إلى أنه « ليس للجمهورية السورية قانون مدني جامع ، في مختلف المعاملات المدنية ، لحـــل ما ينشأ بين الأفراد من مشاكل واختلافات ، وإنما هنالك مجموعات متفرقة من الاحكام تقوم على مبادىء متناقضة ، ومستمدة من مصادر متباينة ، كالمجلة والتشريع العقاري وأصول المحاكمات »

ثم استعرضت المذكرة الايضاحية حالة المجلة منذ وضعها ، وما تضمنته من أحكام ربما أحدثت في الماضي انقلاباً قانونياً في حياتنا القضائية بايجاد مبدأ التقنين في المعاملات ، بعد أن كانت الحقوق مجرد اجتهاد الفقهاء دون تقيد بمذهب، إلا أن الاحكام التي تضمنتها لم تكن لتفي بالحاجة التي يتطلبها الوقت الحاضر لافي موضوعها ولا في صياغتها ، فضلا عن أن ما أدخل عليها من تعديل لم يبق منها شيئاً يستحق الذكر ، ولكنه مع ذلك لم يسد كل الحاجة ، ولم يأت بكل ماتدعو اليه الضرورة من الأحكام القانونية . . مما أورث الاضطراب والفوضى في التشريع والقضاء ، وبالتالي مما أثر اسوأ التأثير في كيان الدولة ، حتى أن الدول التي كانت تعمل في المجلة والتشريعات المدنية المتعددة التي ورثتها عن الدولة العثمانية قد أدركت هذه الحقيقة ووضعت قوانين مدنية محلها ، وظلت سورية وحدها في مؤخرة الدول العربية في هـــذا الشأن ، بما لا يتفق مع رقي الحياة الفكرية والقانونية ، وتطور الاوضاع المدنية والاجتماعية فيها [1] » .

والواقع أن ضرورة وضع قانون مدني جامع كان فوق كل شك أو خلاف . وقد أشرنا إلى رغبة الحكومة والناس جميعاً منذ أن تحررت سورية واستقلت في أمورها ، إلى تحقيق هـــذه الغاية ، وتكليف لجـان وشخصيات رسمية لوضع

(١) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدني السوري .

هـــذا القانون العتيد دون أن يتمكنوا من الوصول بمشرعاتهم إلى النهاية المرجوة والمنتظرة .

وأضافت المذكرة الايضاحية انها إذا كانت قـد أقامت مشروعاً على أساس القانون المدني المصري الجديد فذلك « لمـــا بين القطرين الشقيقين من التقاليد المشتركة ، والعادات المتقاربة ، والاوضاع الاجتماعية المتشابهة ، بحيث يسهل تطبيقه في سورية ، ويؤدي في الوقت نفسه إلى الاستفادة من اجتهاد القضاء المصري ، ومن آثار رجال القانون المصريين ، ويقيم بين البلدين تعاوناً واسعاً في التشريع المدني . . . هذا فضلا عن تحقيق مقصد جليل في توحيد التشريع بين الاقطار العربية ، وإقامة الوحدة القانونية بينها » .

على أن مشروع القانون السوري « احتفظ بالتشريع العقاري السابق ، ونزلت أحكام القرار ٣٣٣٩ ، بعد تصحيح متونها ، في مواضعها من المشروع . لأن هذا التشريع يتصل بالسجل العقاري ونظمه ، والمبادىء القانونية التي يقوم فيها ، فلم يكن بد من الاحتفاظ به للابقاء على هـذا السجل الذي تم تنظيمه على أساس عمليات التحديد والتحرير التي جرت في الأراضي السورية » . وقـد ذهب القانون السوري إلى أكثر من ذلك فألغى الشفعة التي استبقاها القانون المصري والقانون اللبناني ، كما احتفظ بقانون البينات مستقلا عن القانون المدني وعن الاصول فلم يضمّن هذا القانون شيئاً من أحكامه ، خلافاً للقانون المصري .

وعلى هذا فانه يجب علينا لبيان حقيقة هذا القانون في مصادره وأحكامه ، وفي صياغته وترتيبه ، الرجوع إلى الأصل الذي أخـــذ عنه ، أي إلى القانون المصري وما جاء في الاعمال التحضيرية له ، وما ذكره عنه رجاله وفقهاؤه .

§ ٢ — مصادر القانون المدني

استمد القانون المدني المصري الذي هو السوري ، الاحكام الواردة فيه من

ثلاثة مصادر رئيسية أصلية نوه بها في صدر مذكرته الايضاحية مبيناً أهمية كل مصدر منها وصلته بالقانون . وهذه المصادر هي :

١ – التشريع والقضاء المصريين السابقين :

أول وأهم هذه المصادر بالنسبة للقانون المصري كان التشريع المدني المصري الذي كان سائداً من قبل ، وما أدخل عليه من تعديل وأضيف اليه من أحكام ، نتيجة لاجتهادات المحاكم المصرية طوال سبعين سنة . ويذكر المؤلفون « أن النصوص التي استقيت من هذا المصدر تكاد تستغرق ثلاثة أرباع التقنين الجديد »(١).

وقد أكدت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في تقريرها ، أن مشروع القانون المقدم اليها « لم يخرج على التقاليد التشريعية التي استقرت في البلاد (المصرية) . . . ولم يقطع الصلة بين الحاضر والماضي ، ولكنه يتخذ الصالح من أوضاع هذا الماضي أساساله . ويعتمد في ذلك على الثروة التي أسفر عنها اجتهاد القضاء المصري بوجه خاص . . » (٢) .

والواقع أن التشريع المصري السابق « واجتهاد القضاء المصري في تطبيق نصوص ذلك التشريع وتفسيرها ، كانا يساران إلى حد كبير الاصول والتقنينات الغربية بعد أن ساد في مصر منذ عام ١٧٧٦ – قانون مدني مستقى من القانون المدني الفرنسي ، أو قائم عليه ، بحيث لم تكن أحكام القانون الجديد مؤدية إلى قلب أوضاع التعامل التي ألفها الناس رأساً على عقب أو إلى الاخلال باستقرار المعاملات (٣) » . . خلافا لما كان عليه الوضع في سورية .

---

(١) راجع الاستاذ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في مصادر الالتزام ، الجزء الاول ١٩٥٢ ص ٤٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج ١ ص ١١٩

(١) ولعل هذا السبب هو الذي يؤلف نقطة الضعف بالنسبة لتبني هذا القانون في سورية ، والثغرة التي يمكن أن ينفذ المنتقدون منها الى الطعن بهذا التبني . ذلك لأن سورية كانت خاضعة لأحكام المجلة وبعض التشريعات الأخرى التي قد تقرب من التشريعات الغربية والفرنسية ،

ومما لاشك فيه ان مشاركة الاجتهاد القضائي المصري قد فاقت في أهميتها وأثرها التشريع السابق ، وربما ساعدها في ذلك الفقه المصري نفسه ، وقد امتلأت المذكرة الايضاحية بالاشارة الى اجتهاد القضاء المصرى وما استقر عليه من احكام في كثير من المسائل التي قننها وأخذ بها القانون الجديد (١) .

٢ ـ الشريعة الاسلامية او الفقه الاسلامي

تعتبر الشريعة الاسلامية مصدراً هاماً بين المصادر الثلاثة التي استقى منها القانون المدني المصري أحكامه . وقد ذكرت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في تقريرها السابق الذكر ان «المشروع اعتمد على الشريعة الاسلامية الى حد بعيد بين مصادره ، فجعلها مصدراً عاماً يرجع اليه القاضي اذا لم يجد حكماً في التشريع أو العرف » . وبحسب القانون السوري فان الشريعة الاسلامية تأتي بعد التشريع وقبل العرف كما سنرى .

وأضافت اللجنة في تقريرها ان الشريعة الاسلامية تعتبر كذلك « مصدراً خاصاً لطائفة لا يستهان بها من أحكام القانون » لم تكن موجودة في التشريع المصري

ولكن الاصل ـ وهو المجلة ـ كان مختلفاً عنها في المفهوم والاسلوب . فكان القانون الجديد مفضياً الى شيء من الاضطراب وعدم الاستقرار ، او الى شبه انقلاب مفاجيء في المفاهيم والاحكام يحتاج الى زمن يستقر به الحال ، وهذا في الاصل خطر من اخطار التجديد في التشريع يحسن دوماً ان يعمل الشارع على تلافيه بربط الحاضر بالماضي بقدر الامكان .

(١) ولقد اشارت المذكرة الايضاحية المصرية الى النظريات العامة التي أخذ القانون الجديد احكامها من اجتهاد القضاء المصرى . منها : التعسف في استعمال الحق . تكوين العقد ، الاستغلال ، الحوادث الطارئة ، الالتزام الطبيعي ، التهديدات المالية ، الصورية ، الملكية الشائعة ، التصرفات في مرض الموت ، الشرط الجزائي ، تجديد الحساب الجاري ، استمرار الشركة مع القصر ، حقوق الجوار ، ضمان المؤجر للعيوب الخفية . . . الخ .

ولقد اشادت لجنة لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في تقريرها ، بأهمية هذا المصدر للحفاظ على الصلة واستمرار المفاهيم والمبادىء والتقاليد ، واضافة سبل الاصلاح التي تكفل الانتفاع من هذه المباديء على الوجه الامثل . (مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ ص ١٢٩) .

السابق ، كالاحكام الخاصة بنظرية التعسف في استعمال الحق (ومعياره المادي أو الموضوعي) وحوالة الدين ، ومبدأ الحوادث غير المتوقعة فضلاً عن مسائل أخرى كثيرة سبق أن اقتبس التشريع السابق في مصر احكامها من الشريعة الاسلامية ، واستبقاها القانون الجديد ، كبيع المريض في مرض الموت ، والغبن ، وتبعة الهلاك في البيع ، والعلو والسفل ، والحائط المشترك ، والهبة ، والاهلية الخ .. (١)

٣ ـ التشريعات أو التقنينات الحديثة (الاجنبية)

وأما المصدر الثالث الذي استقى منه القانون المدني الجديد عديدا من نصوصه وأحكامه ، ولا سيما الكثير من ترتيبه وصيغه وعباراته فهو التشريعات الأجنبية الحديثة . ويطلق اكثر المؤلفين المصريين على هذا المصدر اسم القانون المقارن droit comparé ويقصدون بذلك ، القوانين والحقوق الاجنبية ومقارنتها فيما بينها.

ويمثل القانون المقارن أو التشريعات الاجنبية الحديثة ، التقدم الحديث لعلم القانون والحقوق ، ويتضمن أحدث النظريات والتطورات ، ويتمثل بالتقنينات المدنية الحديثة التي ظهرت خلال القرن التاسع عشر والعشرين حتى اليوم في مختلف البلاد المتمدنة ولا سيما التشريعات اللاتينية والجرمنية وما بينهما (٢) .

---

(١) ولقد نوهت اللجنة في هذا التقرير بالمكانة الرفيعة للفقه الاسلامى بين مذاهب الفقه العالمي ، وخصوصاً بالنسبة لمصر التي يعتبر الفقه الاسلامي فيها اصلا في كثير من المسائل ، وان استبقاء مثل هذا المصدر هو ابقاء على تراث روحي حري بان يصان وينتفع به ، وان مسلك القانون في حدود هذا المصدر الثاني قويم لايؤثر على استقرار المعاملات ، بل ان فيه تمكيناً لاسباب الاستقرار عن طريق تقصي التقاليد التي ألفها المتعاملون في البلاد منذ مئات السنين (مجموعة الاعمال التحضيرية ج ١ ص ١٣١ ـ ١٣٢) .

(٢) يمكن ان تجمع التقنينات اللاتينيه التي شملها هذا المصدر في ثلاثة اقسام : أ ـ القسم الاول من التقنينات اللاتينية القديمة والحديثة اما القديمة فيأتي في طليعتها القانون الفرنسي ثم يأتي بعده الايطالي القديم ، فالاسباني والبرتغالي والهولندي ونسميها « قديمة » على اعتبار انها

ولقد حذا القـــانون المصري الجديد حذو التقنينات الحديثة في تخير أفضل النصوص والاحكام ، « وحرص واضعو هذا القانون على أن ينتفعوا انتفاعاً كاملاً بكل خطوة خطتهـــا التقنينات الحديثة في طريق الكمال من ناحية الاسلوب الفني والصياغة التشريعية » .

واكثر مارجع اليه القـانون المصري من هذه التقنينات الاجنبية الحديثة ، خمسة هي المشروع الفرنسي الايطالي ، القانون الايطالي الجديد ، القانون السويسري ، القانون الالماني والقانون البولوني ، سواء في بعض النواحي الموضوعية ، وسواء بصورة خاصة في الصياغة والاسلوب .

ومع ذلك فان المشروع المصرى قد اكد بمد أن استعرض هذه المصادر وصلتها بمشروع القانون (١) « وان النصوص التشريعية الواردة في هذا المشروع لها من الكيـــان الذاتي مايجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها . ولم يكن الغرض من الرجوع الى التقنينات الحديثة أن يتصل المشروع بهذه التقنينات المختلفة اتصال تبعية في التفسير والتطبيق والتطور ، فان هذا حتى لو كان ممكناً لايكون مرغوباً فيه فمن المقطوع به ان كل نص تشريعي ينبغي أن يعيش في البيئة التي يطبق فيها ويحيا حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملابسات ، وما يخضع له من مقتضيات ، فينفصل انفصالاً تاماً عن المصدر التـاريخي الذي اخذ منه ، أياً

صادرة في الاصل خلال القرن التاسع عشر ، واما الحديثة فانهـــا تشمل التونسي ، والمراكشي واللبناني والايطالي الجديد ، والمشروع الفرنسي الايطالي ، الذي صدر خلال القرن العشرين .

ب ــ القسم الثاني التقنينات الجرمنية ، كالتقنين الالماني ، والسويسري وكلها حديثة .

ج ــ والثالث قوانين اخذت من القسمين السابقين اللاتيني والجرمني وجمعت بينهما كالبولوني والبرازيلي والصيني والياباني . . .

(١) راجع تقرير اللجنة التشريعية في مجلس النواب . وأقوال مندوب الحكومة أمامها (مجموعة الاعمال التحضيرية ج١ ص ٣٢) .

كان هذا المصدر . . . ولكل من القضاء والفقه ، بل على كل منهما . عند تطبيق النص أو تفسيره ، أن يعتبر هذا النص قائماً بذاته منفصلاً عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة ولما يتسع له التفسير من حلول تفي بحـــاجات البلد وتساير مقتضيات العدالة » .

وهكذا فان المصدر الرئيسي الذي يمكن الرجوع اليه عند الاقتضاء في التطبيق والتفسير هو التقنين المصري السابق المأخوذ عن القانون الفرنسي ، مع اجتهاد القضاء المصري واحكام المحاكم المصرية .

٣ - القيمة الحقوقية للقانون المدني الجديد

ولكن ماهي قيمة هذا القانون من الناحية الحقوقية ؟

لا نعتقد ان بين رجال القانون والفقه الحديث من يشك اليوم في قيمة القانون المدني الجديد ، ومكانته العلمية المرموقة ، وفيما حواه من احكام وقواعد حقوقية ونظريات حديثه ، تساير تطور البلاد وحاجاتها التقدمية ، وان كانت قد ترددت ثمة انتقادات واختلافات حول تبني هذا القـــانون ومصادره . فقد شجب بعضهم صدور هذا القانون ، بهذه السرعة ، عن القانون المصري بما يتنافى مع النـاحية القومية والدينية ، في حين رأي غيرهم خلاف ذلك (١) .

---

(١) لقد اخذ بعضهم على القانون السوري ، الذى هو بمجموعه القانون المصري فيما خلا نظريات البينات او الاثبات ، وابحاث الملكية العقارية ، وبعض احكام تفصيلية ضئيلة ، اخذوا عليه انه اجنبي الاصول والمصادر ، في حين كان يجب ان يستمد هذا القانون من « التراث الاسلامي المجيد ، ومن الفقه الاسلامي وجميع مذاهبه ، الخصيب بنظرياته العجيب بقابلياته بحيث اذا ضاق فيه مذهب من ناحية ، اتسع مذهب آخر من نواح . » ...

(راجع الاستاذ مصطفى احمد الزرقا ، شرح القانون المدني السوري ، عقد البيع والمقايضة ١٩٥٣ ص ٤ ــ ٥) .

وقد ذكر الاستاذ الزرقا في مقدمة هـــذا الكتاب (ص ٤ ــ ص ١٤) فضائل الفقه الاسلامي واصوله ، وآراء الاستاذ السنهوري وغيره في وجوب استيحاء القانون من هذا الفقه ،

مشجباً طريقة تبني القانون المدني الجديد كما تمت، وذاهباً الى ان هذا القانون اصبح بعد صدور الدستور السوري لعام ١٩٥٠ مخالفاً له ، لان المادة الثالثة من هذا الدستور جعلت في فقرتها الثانية « الفقه الاسلامي هو المصدر الرئيسي للتشريع » .

واكد البعض الاخر ان تبني هذا القانون كان خطوة موفقة وعملا مجيداً سواء من الناحية القومية او من الناحية الحقوقية ، وانه لم يخرج بالبلاد عن حاجاتها ، ولا خالف دستورها او طعن تقاليدها ومذاهبها . وايدت المذكرة الايضاحية للقانون ، التي صدرت عن وزارة العدل السوريه ، ذلك قائلة : « ان السبب في اختيار هـذا القانون (اي المصري) اساساً للمشروع السوري يعود الى ماين القطرين الشقيقين من التقاليد المشتركة ، والعادات المتقاربة ، والاوضاع الاجتماعية المتشابهة . بحيث يسهل تطبيقه في سورية ، ويؤدي في الوقت نفسه الى الاستفادة من اجتهاد القضاء المصري ، ومن آثار رجال القانون المصري ، ويقيم بين البـلدين تعاونا واسعاً في التشريع ، فضلا عن تحقيق مقصد من اجل المقاصد التي يرنو اليها العرب في هذا العصر وهو توحيد التشريـع بين الاقطار العربية » .

بل لقد اوضح بعضهم ان تبني هذا القانون كان قصة كـفاح في التغلب على كل ماوضع في سبيله من عقبات (راجع الاستاذ اسعد الكوراني ، قصة القانون المدني قصة كفاح ، محاضرات نقابه المحامين في حلب ، ١٩٤٩ ، ١٩٥٠ ص ١١٠ وما بعدها).

ومهما يكن من امر هذا الخلاف في قيمة تبني سورية للقـانون المدني المصري ، او انتقاد هذا التبني ، فاننا نعتقد ان هذه الخطوة كانت مفيدة وضرورية ، وان لم تكن مثالية خالية من كل شائبة ونقد . فقد كانت مفيدة بقدر ما كانت ضرورية ، ذلك لان الحاجـة كانت ملحة لانتهـاء الأوضاع التشريعية السابقة ، وكان الانتظار طويلا لاستصدار قانون مدني يساير التطور والتقدم، ويقرب بين البلاد العربية يضيـع كثيراً من الفوائد المرجوة ويخالف الغاية من تبديل التشريـع القائم باسرع ما يمكن وكانت المحاولات والمشروعات الاولى لوضع مثل هذا القانون من قبـل لجان او اشخاص تصطدم دوماً بالعقبات ، وهي بعد في مهدها ، ولم يكن احد يستطيع ان يتأكد من مصيرها . اضف الى ذلك ان الكثير من المبادىء والقواعد والاحكام التي جاء بها القانون الجديد هي التي كان يقرها ويقول بها من كلف بدراسة مشروع القانون المدني السوري سابقاً. كما وان من مصادر القانون المصري ـ كما رأينا ـ الشريعة الاسلامية ومبادئهـا ، حتى ان المادة الاولى من هدا القانون ولاسيما في النص السوري ، جعلت مبادىء الشريعة الاسلامية المصـدر الاول الذي يرجع القاضي اليه في حال فقدان النص . فلم يكن هـذا القانون اذن في نصه وفي مصادره منكراً للشريعة الاسلامية ومذاهبها متنكباً عنها ، وان يكن قد استقى ، واستلهم أحكامه، فوق ذلك ، من أحكام التشريع والقضاء المصريين السابقين والتجـارب الطويلة للآخرين . فضلا عن الفقه الاسلامي واحكام الشريعة .

وسنستعرض بايجاز قيمة هذا القانون من الناحيتين الشكلية والجوهرية .

١ — في الناحية الشكلية : تبويب القانون المدني ولغته

ان البحث في تقسيمات القانون وترتيبه ولغتـــه هو بحث في ظاهر القانون وشكله . وقد لا تقل الناحية الشكلية في القانون عن الناحية الجوهرية الاساسية أهمية سواء علمياً أو عملياً .

ويذكر واضعو القانون المـــدني المصرى العتيد ، ان قانونهم السابق المأخوذ عن القانون الفرنسي كان معيبـــاً في شكله ، في تبويبه وتقسيمه ، وفي ازدواج لغته ، وضعف اسلوبه ، الى حد كانت فيه النتائج والاثار اسوأ وأضر من كثير من النواحى الاخرى .

أما في سورية فلقد رأينـــا كذلك ان مجلة الاحكام العدلية ، كانت في صياغتها واسلوبها وترتيبهـا « بعيدة عن الصياغة القانونية بما ورد في موادها من

واذا كان هناك بعض الاحكام التي قد تستحق التعديل ، فان ذلك لايفقد القـانون ميزاته كلها ، وقيمة اصداره من اصلها ، اذ ليس من كمال الا لله ، ولا عصمة من خطـأ الا فيما نزل من اوامر الدين واحكام الآيات . بل لعل ذلك امر طبيعي في كل التشريعات ، وتلك سنة التطور التي تقضي تطوراً مستمراً ، والا جمد التشريع ، وابتعد عن مسايرة حاجات البلاد وتحقيق الغاية من وضعه .

واذا كان هناك امر يجب ان لايكون موضع خلاف ، فهوان من الواجب العلمي اوالفقهي ان يرجع اولئك الفقهاء ، من الذين تمكنوا من فقه الشريعة واحاطوا به ، ان يرجعو فيانتاجهم الفقهي ، وابحاثهم التفصيلية ، الى استقصاء القواعد والاحكام التي تضمنها القانون الجديد ـ سواء بالنقد والتفنيد ، او بالموافقة والتأييد ، إن في تحليلها وتقدير قيمتها ـ الى الشريعة الاسلامية ومذاهبها ، لبيان كنوز احكامها ، وعظيم تراثها ، ورد احكام القانون الى مايماثلها من احكام الفقه او بيان وجوه المخالفة ، وبذلك يكونون قدقاموا بقسطمن واجبهم نحوالشريعة ونحوالقانون.

واليوم وقد اصبـح القانون المدني ذا تطبيق وتاريـخ في بلادنا منذ ان صدر ، وقدبدأت مفاهيمه واحكامه تدخل في صميم حياتنا الحقوقية والقضائية ، ومعاملاتنا المدنية . لانحسب ان بالامكان ان يدور دولاب الزمن الى الوراء ، ليورث الفوضى والاضطراب .

الاطالة والاسهاب ، وذكر الأمثلة والأسباب ، فكانت صياغتها إلى لغة الفقه أقرب منها إلى لغة القانون ، (١) بل ربما جاءت بابواب أو فصول أو نصوص متلاحقة لاتربط بينها رابطة ولا يجمعها موضوع .

وقد جاء القانون المدني الجديد بتبويب وتقسيم ، وصياغة وأسلوب ، ولغة والفاظ ، تجاري التقدم العلمي في التقنينات الحديثة ، وتتفق مع مقتضيات الفن القانوني القائم على التجرد والتعميم والاتقان ، ويتفادى الاخطاء والمثالب والانتقادات التي وجهت إلى القوانين السابقة .

١ — **أما التبويب والتقسيم** : فقد كان أمام واضعي القانون المدني المصري حين أرادوا وضع مخطط المشروع أن يختاروا في تقسيم هذا المشروع وتبويبه بين طريقتين أو نهجين يتمثل أحدهما بالتشريعات الجرمانية ، وعلى الأخص بالقانون الألماني . الذي جعل في أوله — كمدخل مستقل للقانون — قسما عاماً مسهباً يبحث بصورة مجردة في الموضوعات المبدئية التي تسيطر على جميع الموضوعات في الحقوق العامة والمدنية ، ويتناول مصادر القانون وتطبيقه ، وأطرافه ومحله الخ . . . ومن ثم العمل الحقوقي Acte juridique بوجه عام ، كما يقسم ابحاثه الأخرى في كتب مستقلة الأول منها للاشخاص ، والثاني للعلاقات الناشئة عن الالتزامات والعقود والثالث للاموال والرابع للزواج والخامس للارث .

ويتمثل الثاني بالتشريعات اللاتينية أو على الأصح بالقانون الفرنسي ، والتشريعات التي أخذت عنها كالقانون المصري السابق التي لا تشمل عادة على قسم عام مفصل وإنما تقتصر على إشارة عابرة إلى مصادر القانون وتنازعه في الزمان . هذا من جهة ومن جهة ثانية فان هذه التقنينات تجمع من غير نظام أو ارتباط بين أقسام يفضل فصلها ، أو تفرق بين مواضيع من الاجدر جمعها .

أمام هذين النموذجين لم يتردد واضعو القانون بتفضيل النموذج الأول مع قليل من التعديل والتبديل . ولكنهم ، بالنظر لعدم امكان تقنين أحكام الأسرة

---

(١) المذكرة الايضاحية للقانون المدني السوري .

والاحوال الشخصية بأحكام واحدة بسبب المصادر الدينية المختلفة التي ماتزال تهيمن على هذه الناحية من التشريع ، لذلك فانهم لم يدخلوا هذا القسم الهام من الحقوق المدنية في القانون المدني العتيد ، قاصرين قانونهم المدني على أحكام المعاملات من التزامات وعقود ، وعلى الملكية والأموال والحقوق العينية .

وهكذا فقد تضمن القانون المدني أولاً باباً تمهيدياً أفرد للأحكام العامة ، وبحث في الحق والقانون وتطبيقها ، بشكل وسط بين القانون الألماني والقانون الفرنسي ، قريب من القانون السويسري ، فتناول في فصل أول استعمال الحق وتطبيق القانون في الزمان وفي المكان ، وفي فصل ثان الحالات المدنية للأشخاص ، من أشخاص طبيعيين وأشخاص اعتبارية (وكل هـــذه أبحاث لم تكن منظمة في التشريعات السابقة ، أو القوانين المعمول بها قبلا بشكل منتظم وكاف) وفي فصل ثالث تعيين الأشياء والأموال وتقسيمها . وقد اتبع القانون السوري في هـذا الفصل ، خلافاً للقانون المصري ، تقسيم العقارات كما كان سائداً في التشريع العقارى السوري سابقاً ولا سيما القرار رقم ٣٣٣٩ تاريخ تشرين الثاني سنة ١٩٣٠ المعروف بقانون الملكية العقارية ، الذي احلت أحكامه محلها في القانون المدنى السوري .

ولم يتعرض القانون المدني في هـــذا الباب التمهيدي لبحث العمل الحقوقي acte juridique وما يتعلق به من عموميات ، كما فعل القانون الألماني مثلا تاركاً ذلك للالتزامات والعقد بصورة خاصة ، وذلك لشدة الصلة بين الموضوعين واتصالهما الوثيق ، وكي لاينقطع البحث أو يبتعد عن مركزه من غير مبرر أكيد .

أما في تبويب الاقسام الرئيسية للقانون المدني بعد الباب التمهيدي فقد تضمن هذا القانون قسمين رئيسيين حوى كل منهما كتابين ، بحيث أصبح مجموع كتب القانون أربعة . الكتاب الأول من القسم الأول يتعلق بالالتزامات. وقد روعي في تبويبه مقتضى المنطق والتطبيق العملي معاً ، إذ جعل الباب الأول من هـــذا

الكتاب لمصادر الالتزام مرتبة ترتيباً علمياً حديثاً (مبتدئة بالعقد ، آثاره فانحلاله ، ثم الارادة المنفردة ، التي تتصل به ، فالعمل غير المشروع ، فالاثراء بلا سبب ، فالقانون) . وذلك كله بتسلسل منطقي عملي ، متصل الحلقات والمواد والاحكام ثم جعل الباب الثاني لاثار الالتزام من تنفيذ عيني أو بطريق التعويض أو الخ . . بشكل فني صحيح ، وتناول الباب الثالث الاوصاف المعدلة لاثار الالتزام من شرط وأجل ، وتعدد وتضامن ، كما تناول الباب الرابع ، انتقال الالتزام من حوالة الحق وحوالة الدين وأخيراً وفي الباب الخامس انقضاء الالتزام ، وترتيب أسبابه ترتيباً عملياً معقولاً . ولم يبحث القانون السوري في اثبات الالتزام ، كما فعل القانون المصري في الباب السادس ، نظراً لان بحث الاثبات يؤلف في سورية موضوع قانون خاص يعرف بقانون البينات وهو يجمع الاحكام الموضوعية والشكلية الاجرائية معاً .

وقد خصص الكتاب الثاني للعقود المسماة ، مقسماً إياها بحسب الموضوع الذي تقع عليه : من عقود تقع على الملكية (من بيع وهبة وشركة وقرض وصلح الخ) إلى عقود على المنافع (من اجارة وعارية الخ . . .) إلى عقود على العمل (من مقاولة ، والتزام مرافق ، وعقد عمل ، فوكالة ، فوديعة ، فحراسة . . .) إلى عقود الغرر (من مقامرة ورهان ، ومرتب مدى الحياة ، وعقد تأمين) إلى عقد الكفالة في باب خامس وأخير .

وأما القسم الثاني موضوع الكتابين الثالث والرابع من القانون فقد خصص الكتاب الاول منه للحقوق العينية الاصلية من حق الملكية والانتفاع والارتفاق ، مفرقاً بينها وبين الحقوق العينية التبعية ، موضوع الكتاب الاخير ، لضرورة هذا التفريق علمياً ، من تأمينات أو رهن أو امتياز ، لان هذه الحقوق التبعية في الإصل رغم أنها حقوق عينية ، إلا أنها تابعة لحق أو دين أوجدت تبعاً له أو لحمايته وضمانته .

ومما لاشك فيه أن هذا التبويب والتقسيم في الكتب الاربعة يتفق مع المنطق القانوني الحاضر ، ويمتاز بتسلسل منطقي ، واضح الفكرة ، سهل الفهم مرتبط متناسق ، يساير الحركة العلمية ، ويعتد بالحقائق في آن واحد ، وهو في خطوطه الرئيسية ييسر للباحث ادراك الارتباط بين مختلف الموضوعات (١) .

٢ — **وأما في اللغة والاسلوب** : فقد اعتبر المصريون أن نصوص القانون «قدصيغت بلغةعربيةسليمةيأنس لها ذوق الاصطلاح » (٢) على أن بعض الاصطلاحات المشهورة في سورية والتي قد تختلف عنها في مصر قد أدت إلى انتقاد البعض للغة القانون وتعابيره ، لا سيما وان فيه موضوعات جديدة توجب تعابير غير مألوفة ، في حين أن البعض الآخر يؤكد ان « لغة القانون آية في البلاغة ودقة التعبير ، بعد أن تولى صياغة المواد رجال قد ضربوا بسهم وافر في أدب اللغة كالسنهوري ، ولبيب عطية ، وسعيد مراد أحمد ، وصليب سامي ثم أشرف على الصياغة النهائية عبد العزيز فهمي باشا ، وهو شيخ القضاة « وإمام رجال القانون في مصر » (٣) .

والحقيقة لولا بعض المصطلحات الجديدة على سورية ، وغير المألوفة فيها ،

---

(١) راجع تقرير لجنة مجلس الشيوخ ، مجموعة الاعمال التحضيرية ج ١ ص ١٥٤ و ١٥٥ ؛ راجع كذلك الدكتور السنهوري ، الوسيط في مصادر الالتزام ، المرجع السابق ص ٣٢ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) راجع مقال الاستاذ اسعد الكوراني . محاضرات نقابة المحامين في حلب عام ١٩٤٩ ١٩٥٠ ص ١٢٦ .

وقد ذكر الدكتور السنهوري في كتاب الوسيط ص ٣٢ و ٣٣ ما يلي :

« لاشك في ان التقنين الجديد ، في لغته وفي اسلوبه التشريعي ، ارقى من التقنين القديم . فقد افاد من رقي لغة القانون واسلوبه في مصر طوال سبعين عاماً حتى اصبح التقنينان القديم والجديد يمثلان عنصرين مختلفين جد الاختلاف في اللغة والاسلوب .

نضيف الى ذلك ان التقنين الجديد خلا من عيب ازدواج اللغة (العربية والفرنسية كما كان في الماضي) كما برىء من الضعف في التعبير ، وهذه الركاكة في الاسلوب ، اللذين كانا ينزلان بكثير من نصوص التقنين القديم الى منزلة العامي من الالفاظ ، ولم تعد المصطلحات القانونية تضطرب فيه وتتعارض ، بل ان المصطلح القانوني ليرد في جميع النصوص لفظاً واحداً لا يتبدل ولا يتغير » .

ولولا بعض الاخطاء التي لا يمكن أن يخلو منهـا عمل من الاعمال ، فان شكل القانون المدني في تبويبه وصياغته من أبرز وأفضل القوانين المدنية العصرية .

ب — جوهر القانون واحكامه الموضوعية :

لقد جاء القانون الجديد بمبادىء وأحكام مدروسة ومختارة ، وعلى جانب كبير من الاهمية والاثر بحيث يمكن أن تعتبر بمجموعها تشريعاً عصرياً تقدمياً ، علمياً وعملياً ، صالحاً للنهضة العامـة التي نتطلع اليها ، ومساعـداً على تحقيقها . ولا يعني ذلك أنه كامل لا يأتيه خطأ أو باطل ، أو أن أحكامه بلا استثنـاء موافقة للوضع والحاجات لاتقبل التعديل . بل ان التطبيق وحده هو الذي سيبين قيمة كل حكم وصلاحه أو عدمـه . ومما لا شك فيه ان القانون المدني المذكور كسائر التشريعات الزمنية ، لا بد له من التطور مع الزمن ، ليساير الحياة في تقلبها ومفاهيمها ويؤدي الغرض الذي من أجله قد وضع .

وإذا قورن القانون المدني الجديد بالتشريعات القديمة السابقة له ولا سيما المجلة في بلادنا ، أو القانون المدني المصري السابق ، لتبين أن القانون الجديد قـد استحدث أحكاماً جديدة ، واستوفى مسائل كثيرة ناقصة لم تبحثها التشريعات السابقة ، وقام على اتجاهات حقوقية متحررة مسايرة للاتجاهات الحديثة والنظريات الكبرى ذات الطابع الاجتماعي أو الاشتراكي .

فقد استحدث القانون المدني الجديد ونظم بشكل تام عدداً من الموضوعـات والابحاث الكاملة التي لم يكن لها بحث منظم في مجلة الاحكام العدليـة ، ولا في القانون المدني المصري السابق . كتنازع القوانين في الزمان وفي المكان والشخصية الاعتبـــارية والاعسار المدني ، وحوالة الحق وتصفية التركات وملكية الاسرة الخ ...

بل ان أهم ماأتى به القانون الجديد من أبحاث كاملة ، على جانب كبير جداً من الأهمية والخطورة والاثر، لم تكن منظمة في مجلة الاحكام العدلية ، وان وجدت في سائر القوانين الحديثة ، الا وهي نظرة الالتزامات بتمامها ، من مصادرها حتى انقضائها ، نظرية كاملة مستوفية .

ذلك ان مجلة الاحكام العدلية ، قبل القـــانون المدني الجديد ، لم تبحث في نظرية عامة للالتزام ، ولكنها بعد أن جاءت على عدد من القواعد العـــامة ، والمبادىء الأولية ، كمقدمة فقهية وقواعد كلية لعـــلم الحقوق وفلسفتها ، انتقلت مباشرة إلى بحث عقد البيع ثم العقود الأخرى ، إلى جانب كثير من الاحكام المبعثرة والمتفرقة في مواضيع متنوعة ومتعددة دون أن توجد هناك نظرية مفصلة أو مختصرة للالتزامات ، بل ربما ظلت بعض مصادر الالتزام ، كالاثراء بلا سبب ، غير منظم ولا منصوص عنه . وإذا كان بعض المؤلفين قد حاول أن يستخلص من القواعد والاحكام المبعثرة في عقد البيع والعقود الاخرى نظرية للالتزام على غرار النظرية الغربية ، غير أن الواقع اننا كنا نفتقر إلى نظرية عامة وكاملة للالتزامات ينظمها التشريع بشكل مفصل لما لها من إهمية في الحقوق كلها ، بحيث لم تكن لتغني عنها محاولة الاساتذة والمؤلفين استخلاص مايماثلها من احكام العقود ، فجاء القانون المدني منظماً لها تنظيماً مدروساً كاملا .

بل لقد تضمن القانون المدني في نظرية الالتزمات قواعد وأحكام واتجـاهات ونزعات ، طالما كانت أمل الفقه الحديث ومحط رجاء العـاملين في تطور الحقوق وتحررها من قيود الفردية ، ومساوىء احترام الارادة الشخصية والتعاقدية ، والتمسك بها تمسكاً أعمى ، كما في التشريعات القـديمة والنصوص السابقة وعلى الاخص الفرنسية .

وإذا كان إيضاح هذا الموضوع يحتاج إلى تفصيل وتبسط في بيان النظريات والاتجاهات المختلفة التي سادت التشريعات اللاتينيه والجرمنية ، ممـــا يخرج عن

نطاق بحثنا التمهيدي ، فاننا نكتفي هنا بالاشارة الى أهم النقاط التي طبعت القانون المدني بطابع خاص .

لقد تنازعت التشريعات الحديثة ، ولا سيما في العصور الأخيرة ، اتجاهات وتيارات بين الفردية والاجتماعية والاشتراكية ، بين التحرر والتقيد ، بين التمسك بالقواعد والمبادىء الشخصية Subjectif أو الموضوعية الظاهرية Objectif ، اتجاهات ونزعات كان لها أثر كبير جداً في اختيار الحكم أو القاعدة القانونية في التشريع .

ومن المعلوم أن التشريعات اللاتينية ، وفي طليعتها القانون المدني الفرنسي ، قائمة على الفردية مشبعة بروح من الحرية ، متمسكة بقاعدة الشخصية في الأحكام والالتزام . أي أنها تولي الارادة الباطنة والدوافع الشخصية عند الإنسان اهتماماً كثيراً ، مفتشة عن الأسباب لكل تصرف ، وجاعلة إياها أساساً يرتكز عليه التصرف أو العقد . في حين أن التشريعات الجرمانية قامت على المبادىء الاجتماعية التي تهتم بالمجتمع قبل الفرد ، فتقيد بذلك الحرية وسلطان الإرادة بقيود كثيرة ، مفضلة عليها النظرية المادية ، والإرادة الظاهرة ، والتصرف المجرد ، بصرف النظر عن الدوافع والأسباب .

وبين هذين الاتجاهين الكبيرين انتهى القانون المدني في نصه الأخير إلى اختيار طريق وسط ، آخذاً بأكثر الاتجاهات الاجتماعية ، ومحتفظاً بالوقت ذاته بالاتجاهات الفردية والأسس الشخصية في الأحكام والالتزام ، بعد أن كان المشروع في الأصل أميل إلى الاتجاهات الجرمنية والنظريات المادية ، حتى انتهى في لجنة مجلس الشيوخ بالرجوع إلى طابعه اللاتيني الفردي مع تأثره كثيراً بالاتجاهات الأخرى

وهكذا وقف القانون المدني الجديد من مبدأ سلطان الارادة في العقود موقفاً معتدلاً ، فبعد أن اعترف للارادة عند الأشخاص بتوليد الالتزامات ، وأوجب احترامها حتى جعلها شريعة المتعاقدين وقانونهم ، عاد فقيد هذا المبدأ

بقيود جديدة ، فوق القيود القديمة ، استوحاها من مبادىء الحق المطلق وقواعد العدالة والانصاف ، فقيد بعض الحالات بقيود قانونية وأعطى القاضي سلطاناً يطغى في بعض الأحيان على سلطان إرادة الطرفين الحرة المختارة، فأخذ بما يسمى نظرية الطوارىء (١) ، وأجاز فسخ العقود بسبب الغبن بما يحقق العدالة والانصاف في تعادل الالتزامات ولا سيما في حالة الاستغلال ، واعتبر بعض العقود التي سميت بعقود الاذعان ، والتي فيها أحد الطرفين من الضعف أو الوهن أو عدم التكافؤ في حرية الارادتين أقل إلزاماً وأضعف قوة من العقود العادية بحيث أجاز القانون للقاضي تعديلها ... إلى غير ذلك من الحالات .

وتعتبر من أهم عوامل التطور التي تحلى بها القانون المدني الجديد ما تضمنه من معايير مرنة ، وسلطة تقديرية واسعة منحها للقاضي لا عهد له بها من قبل . فهو في كثير من أحكامه وقواعده لم يعد يقيد القاضي بقواعد أو معايير جافة ضيقة ، وإنما جاءت معاييره مرنة قابلة للتقدير والتكييف بحسب الأحوال ، كمثل معيار الغلط أو الغبن أو الإكراه أو التدليس . . . إلى غير ذلك من الأسباب التي تعيب إرادة أحد المتعاقدين ، بحيث جعل القانون المدني المقياس في هذه الحالات تقديرياً يتناول كل ما يؤثر حقيقة على الإرادة تأثيراً من شأنه أن يؤدي إلى إنشاء العقد مهما كان ، خلافاً لما كانت عليه أكثر التشريعات القديمة ، كالمجلة أو القانون الفرنسي مثلاً .

كذلك أعطى القانون المدني الجديد للقاضي سلطات تقديرية ، في تطبيق المعايير السابقة ، من شأنها أن تساعد على استقرار الأحكام والمعاملات بين الناس بما يتفق مع العدالة والإنسانية .

---

(١) Theorie de l'imprévision وهي النظرية التي يجيز للقاضي اذا تبين له انه لاسباب طارئة بعد العقد . استثنائية عامة وغير متوقعة في حينه ، تصبح التزامات أحد الطرفين مرهقة له رغم انها قابلة للتنفيذ ، فان القاضي يستطيع تعديل العقد وذلك برد الالتزام الى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك . (راجع المادة ١٤٨ من القانون المدني السوري) .

وأخيراً فقد وقف القانون المدني بين الأفراد والجماعة موقفاً معتدلاً عادلاً ، فلم يضحّ بمصلحة كاملة لمصلحة الجماعة ، ولم يسخر الجماعة كلها لخدمة الفرد [1] . فأقر للفرد مبدأ سلطان الارادة ، واحترم إلى حد ما حريته ، جاعلا من هذه الارادة والحرية أصل العقد ومنشأه ، وأبقى الملكية حقاً فردياً وحماه لصاحبه من اعتداء الناس عليه . ولكنه بالوقت ذاته قيد الارادة بقيود لمصلحة الجماعة ضمن حدود معقوله ومقبولة ، كما قيد استعمال حق الملكية بقيود جعلت منه إلى حد ما وظيفة اجتماعية . وإذا كان النص الأخير للقانون المدني المصري ، والسوري من بعده ، قد حذف العبارة التي وردت في نص المادة « ١١٦٢ » من المشروع التمهيدي والتي جعلت استعمال الملك مقيداً « بشرط أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية . . . » فإن ذلك الحذف لم يكن لمخالفة هذا المبدأ في مفهومه وأصله، وإنما لعدم ضرورة النص عليه صراحة، بعد أن تضمن القانون عدداً من الأحكام المثبتة لهذا المبدأ ، كعدم الغلو في استعمال الحق إلى حد يضر بمصلحة الجار ، والقيود الواردة على استعمال حق الشرب والمجرى والمسيل والارتفاقات الكثيرة ، وغير ذلك « مما يبرز فكرة التضامن الاجتماعي متغلغلة في الصميم من نظام الملكية ». وبهذا المفهوم والروح الاجتماعيين صدر القانون المدني العتيد .

وينتهي الاستاذ السنهوري إلى القول : « ويأبى التقنين الجديد أن يكون متخلفاً عن عصره ، وما هو إلا صورة صادقة لمدنية الجيل الذي ظهر فيه .. » [2]

ولقد طبق القانون المدني خلال هذه السنوات الثلاث عشرة الماضية فتكشف تطبيقه عن الميزات الكثيرة التي تضمنتها أحكامه، وعن الآفاق الجديدة التي فتحتها في عالم

---

(١) الدكتور السنهوري ، المرجع السابق ص ٩٠/٩٩ .

(٢) راجع في قيمة القانون المدني الجوهرية والاتجاهات العامة له ، الاستاذ السنهوري الوسيط في الالتزامات ، المرجع السابق ص ٧٤/٩٩ .

الحقوق والقضاء، رغم أن هذه الفترة تعتبر في حد ذاتها ، ولا سيما بالنسبة لسورية، فترة انتقال من تشريع قديم بأسلوب قديم واتجاهات محافظة إلى آخر جديد في كثير من نواحيه، ويحتاج إلى بعض الوقت كي يتفهمه الناس ، ويتكشف لهم عن كل مافيه . ولم تكن نتيجة تجارب السنين الماضية إلا لتؤكد بصورة عامة القيمة العلمية والعملية للقانون المدني المذكور .

على أن ثمة تشريعات خاصة تتعلق ببعض نواحي الحياة المدنية أو المهنية وتنظيم نشاطها قد صدرت في سورية خلال هذه الفترة الماضيـــة وما تزال تصدر مستوحاة من الاتجاهات الاجتماعية الجديدة ومفاهيم العدالة الاجتماعية، فعدلت او تعدل من احكام القانون المدني والقوانين الأخرى كالتجاري والعمل والخ ... ما يمس النواحي التي نظمتها أو تنظمها تلك التشريعات ، مع بقاء الأصل قائماً ، وهذا مايتفق مع حاجة التطور وسنته، ولا يؤثر على حقيقة القانون الأصلي وقيمته .

★ ★

القسم الأول

معلومات عامة

أو

المدخل الى علم الحقوق

١ ـ ما هي الحقوق : ما هو معناها وما هو موضوعها ؟ ما هي صلتها بالاخلاق والدين ؟
ما هو أساسها و كيف نعرفها ؟

٢ ـ ما هي فروعها وأقسامها ؟

٣ ـ ما هي مصادرها ومساندها ؟

البحث الأول

ماهي الحقوق ؟

إن كلمة « حقوق » في اصطلاحنا تقابل بالفرنسية كلمة Droit أو ما هو بمعناها في اللغات الأخرى [١] ، وكلها مشتقة من الأصل اللاتيني dirigere, directum أي « التوجيه » أو « التنظيم » وبالمعنى الاصطلاحي : « ما هو موافق للقاعدة » [٢] أو بتعبير آخر « السير بصورة مستقيمة وفق طريق معينة » [٣] ، أو هي « مجموع القواعد التي تنظم علاقات الناس في المجتمع » [٤] .

ولكن هذه الترجمة التي نستعملها لكلمة « حقوق » في سورية ليست هي المتبعة لدى أكثر المؤلفين المصريين . فالمصريون يعرّبون هذه الكلمة بـ «القانون» فيقولون مثلا القانون العام Droit public ، «والقانون الخاص Droit privé ، وربما قالوا « علم القانون Science du Droit » . ولا أري هذه التسمية المصرية في مأمن من الخطأ وبعيدة عن الانتقاد ، وعلى الأخص فيما اصطلحنا عليه في سورية .

---

(١) بالإنكليزية Right اوLawوبالالمانيةRecht .

(٢) ريبر C . Ripert المطول الإبتدائي في الحقوق المدنية ، ج ١ ص ١ .

(٣) دولا كرسيه ولا بوردلا كوست DeLa Cressaye et Laborde Lacoste المدخل العام لدراسة الحقوق ص ٢ .

(٤) راجع الدكتور سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٥٢ ص ٤ .

فالقانون في اصطلاحنا السوري تعريب الكلمة الفرنسية Loi ، وهو تلك الشرعة المسنونة التي تصدرها السلطة التشريعية في موضوع معين (١) . ولعلنا نستطيع القول أن كل ما تصدره السلطة التشريعية من أعمال تتجلى بها إرادتها هي قانون بتعبير المشرع نفسه . كقانون الموازنة في كل سنة ، وقانون المطبوعات ، وقانون التنظيمات القضائية ، والقانون المدني ، وقانون العقوبات ، وقانون الاصلاح الزراعي . .. والخ . . . حتى أن المؤلفين المصريين أنفسهم قد يسمّون مثل هذه الأعمال التشريعية بالقانون في بعض الأحيان (٢) أو القرار بقانون .. كما أنهم مازالوا يطلقون كلمة « حقوق » ترجمة لكلمة Droit في بعض الأحوال الأخرى ، حيث كانوا يقولون مثلا، كلية الحقوق Faculté de Droit أكثر من قولهم « كلية القانون» .. بل إن أكثر البلاد العربية ما تزال تستعمل كلمة « الحقوق » بالمعنى العام المشار إليه .

والذي يبدو إن التعبير المصري باطلاق لفظة « قانون » على المعنى العام للحقوق قد أخذ يسود في عدد من البلاد العربية تبعاً لتأثير الفقه والمؤلفات المصرية فيها . ولكنه مع ذلك لم يصبح نهائياً . ولهذا فاننا ان نحتفظ بالتعبير

---

(١) والمصريون يطلقون اليوم على هذه الشرعة تارة اسم القانون، ترجمة للكلمة الفرنسية المذكورة (راجع مصطلحات القانون المدني التي اقرها مجمع فؤاد الأول للغة العربية عام ١٩٥١ ص ٢) وتارة اسم « التقنين » او « التشريع » للتفريق بين التعبيرين الفرنسيين loi و Droit . كما يطلقون احياناً كلمة « مجموعة » تعريباً لكلمة Code . وقد اسماها مجمع فؤاد « المدونة القانونية » ويقولون « تجميع » تعريباً لكلمة codificetion التي نطلق عليها نحن كلمة « التقنين » . وقد اطلق عليها مجمع فؤاد الأول « التدوين » . وذكروا فوق ذلك أن كلمة Droit يمكن ان تعرب احياناً بـ « الشريعة » فعربوا بناء على ذلك كلمة « Droit commun بـ « الشريعة العامة » . واعتبروا ان « التشريع » يقابل بالفرنسية législation ، وان كلمة « Droit وحدها يمكن ان تعرب بحسب الأحوال (قانون ، حق ، فقه) مما يؤكد اضطراب التعبير وعدم الاتفاق عليه .

(٢) راجع الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٤ ، مفرقاً في ذلك بين المعنى العام والمعنى الخاص « للقانون » .

السابق وهو « الحقوق » في هذا الموضوع غير أننا مع ذلك ربما استعملنا كلمة « القانون » في هذا المعنى العام عندما نرجع الى المؤلفات المصرية وأقوال فقهائنا(١).

فما هي هذه « الحقوق » ؟

في الحقيقة أن الجواب على هذا السؤال ليس سهلاً هيناً ، ولم يتفق الفقهاء وعلماء الحقوق على جواب واحد ، ذلك لأن عناصر الموضوع من الدقة والعمق والتشابك بمكان ، وان الجواب على هذا السؤال معناه اعطاء تعريف جامع مانع ، جامع للعناصر والمقومات التي يتألف منها الموضوع المعرّف ، وهي الحقوق ، ومانع لكل ما لا يجوز أن يدخل فيها ، مما هو خارج عنها . وليس هذا بالأمر الهين البسيط . أضف الى ذلك أن العناصر والمقومات للحقوق تختلف وتتأثر بالمذاهب والنزعات الحقوقية المتعددة ، بين مذاهب فردية شخصية doctrines libérales et individualistes تقوم على اعتبار « الفرد » أساس الحياة الاجتماعية والحقوقية ومحور النظام والتنظيم الحقوقي وبالتالي هدف الحقوق وغايتها ؛ وبين مذاهب اجتماعية اشتراكية Doctrides socialistes تقوم على اعتبار « المجموع أو الجماعة la collectivité التي يتألف منها الشعب أو الأمة فوق الفرد ، وتجعل هذا المجموع — الشعب او الامة — هدف التنظيم وغاية الحقوق ، مضحية بالفرد في سبيل المجموع وان اختلاف مثل هذه المذاهب في غاية الحقوق وهدفها تبعد الشقة ، وتزيد التعقيد في الوصول الى جواب واحد متفق عليه في التعريف ، ويجعل هذا التعريف صعباً عسيراً .

بل ان كثيراً من الفقهاء ، ولا سيما في النصف الثاني من القرن التاسع عشر ،

---

(١) اننا لنرجو ان ينتهي هذا الإختلاف في يوم قريب تتوحد فيه المصطلحات الحقوقية والقانونية بين الأقطار العربية دون فارق او اختلاف ، فتتخلص بذلك من فوضى المصطلحات القانونية ونتائجها السيئة .

ذهبوا الى عدم ضرورة التعريف المجرد الذي اذا لم يكن خطراً ومغلوطاً فهو في الغالب غير مفيد ، وأن الأفضل ، اذا كان هناك موجب للتعريف أن يأتي هذا التعريف في ختام البحث ونهايته لا في أوله وبدايته . ولقد رأينا انمن الواجب قبل أن نبدأ بتعريف الحقوق أن نحدد أولاً مختلف المعاني لكلمة حقوق ، في الاصطلاح والتطبيق ، وأن نبين ما هو موضوع الحقوق في الحياة الاجتماعية وماهو منشؤها ، وماهي صلاتها بالأخلاق والدينوخصوصاً ماهي أسسها لننتهي بعد ذلك الى التعريف .

§ ١ — معاني الحقوق

عندما نطلق تعبير « الحقوق » او « القانون » بشكل عام ، فان هذا التعبير يمكن ان يتناول معاني عدة لا بد من التفريق بينها . ويمكن ان نميز بين نوعين من هذه المعاني : النوع الاول ، بين الحقوق المثالية والحقوق الوضعية ؛ والنوع الثاني في هذه المعاني بين الحقوق بالمعنى الموضوعي العام Droit objectif والحقوق بالمعنى الشخصي الذاتي subjectif .

١ — الحقوق المثالية Droit idêal والحقوق الوضعية Droit positif

ان كثيراً من الشرائع ، كالشريعة الاسلامية مثلاً ، تفهم : « الحق » معنى « الحقيقة المثلى » او « اليقين » (١) او العدالة . وكثيراً ما تستعمل كلمة « الحق » بمثل هذه المعاني المثالية المشابهة ، فتنفصل وتتميز بذلك عن المفاهيم الواقعية ، وتسمو الى ما فوق التنظيمات المادية والقوانين المرعية ، **لتستوحي قواعدها واحكامها من المثل الاخلاقية العليا ، ومن الحقائق الثابتة ، والعدالة ، والمنطق ، ومستلزمات**

(١) مثل قوله تعالى « الآن حصحص الحق » (سورة يوسف) وكذلك « وقل جاء الحق وزهق الباطل ان الباطل كان زهوقا » (سورة الاسراء) اي ظهرت الحقيقة ، او قوله « فأما الذين آمنوا فيعلمون انه الحق من ربهم » سورة البقرة الخ ...

الطبيعة والخ .. هذه التي سماها البعض « بالحقوق الطبيعية » كما سنرى (١) .

اما الحقوق الوضعية فهي تلك المجموعة من القواعد التي توجبها القوانين والتشريعات النافذة بمفادها العام (بما في ذلك الدستور) والاعراف والاجتهاد القضائي الخ.. المعمول بها في بلد ما وفي زمان ما ، وتتجلى بالقواعد التي تتضمنها « المصادر الرسمية » للحقوق كما سنرى . انها حقوق « وضعية » بمعنى أنها **موجودة فعلا، وضعت وطبقت من البشر ، وهي محددة وسارية المفعول ، تطبق على الناس في المكان والزمان المعينين** ، وهي مفروضة جبراً ومؤيدة بالقوة . وإذا جاز أن يقال أن هناك حقوقاً مثالية واحدة في العالم تعرف بالمثل العليا للحقوق، فلن يجوز أن يقال ان هناك حقوقاً وضعية واحدة ، لأن هذه الحقوق تختلف في الزمان والمكان ، وهي مطبقة ، ونافذة المفعول في بلد من البلاد لا نظرية مثالية ، ولا قديمة تاريخية .

٢ ـ الحقوق بالمعنى الشخصي او الذاتي subjectif والمعنى الموضوعي objectif

الحقوق بالمعنى الموضوعي Droit objectif تعني هذه القواعد الحقوقية الوضعية ـ وربما في بعض الاحيان المثالية ـ ذات الاحكام العامة والقواعد الشاملة التي لا تخص انساناً معيناً أو تتعلق بقضية مخصوصة . انها عبارة عن مجموع القواعد الالزامية التي يعرف منها بوجه عام ، حقوق وواجبات كل واحد من الناس في المجتمع دون تخصيص (٢) . وهكذا فان المبدأ الذي قررته المادة ٤٥٦ من قانوننا المدني باشتراط تنظيم صك رسمي أمام المرجع المختص بصحة عقد الهبة يؤلف قاعدة حقوقية موضوعية ، لأنها تقرر مبدأ عاماً مجرداً قبل أن يجري عقد الهبة .

---

(١) حتى لقد اطلقت بعض أحكام المحاكم الألمانية والسويسرية على ذلك تعبيراً يمكن أن نترجمه بعواطف الحقوق Sentiment du Droit (دوباكية المرجع السابق ص ١٧).

(٢) وهذه الصفة من أهم ميزات القاعدة القانونية التي يجب ان تصدر بصيغة التعميم كما سنرى .

وكذلك حين نقول في الحقوق الفرنسية : أن الطلاق لا يجوز إلا بشروط.. نكون إنما نبحث في حقوق موضوعية . وهكذا تكون جميع القواعد المنصوص عليها في القوانين العامة سواء في الحقوق المدنية أو التجارية أو الخ .... بما تحتويه من قواعد تطبق على الجميع ، ومن ضوابط عامة مجردة ، كل هذه القواعد حقوق موضوعية لا تختص بشخص معين ، وإنما هي سماء تظلل الحياة الحقوقية بمجموعها، أو هي شجرة يقطف منها كل ذي مصلحة القاعدة التي تكسبه حقاً شخصياً أو بالمعنى الشخصي . أنها على حد تعبير بعض المؤلفين ، القاعدة الحقوقية العامة التي تعين الحقوق والواجبات ، وتقيم النظام بين الناس ، وتحدد لهم الطريق التي يجب سلوكها (١) .

أما الحقوق بالمعنى الشخصي droits subjectifs (٢) أو الذاتي ، فهي جمع لكلمة حق ، باعتباره مرتبطاً مباشرة بشخص معين أو عائداً له ، فإذا قلت حق مرتهن ما على المال المرهون ، أو حق مؤلف كتاب ما على كتابه ، أو حق زيد تجاه عمر ، كحق متضرر ما في المطالبة بالتعويض من المسبب، فان كلمة حق هنا ـ وأن تكن تجمع على حقوق ـ إنما تؤخذ بالمعنى الشخصي ، او الخاص من زاوية الشخص المستفيد من الحق أو بالنظر للحالة الخاصة التي تطبق عليها ، أي أنها عبارة **عن الميزات والمكنات (جمع مكنة أي امكانية أو قدرة) الممنوحة بالحقوق الوضعية والموضوعية الى شخص معين او لأجل أمر من الأمور المخصوصة** بحيث يملك صاحبها ، كما قال ريبر (٣) الطمأنينة الحقوقية في التمتع

---

(١) دولا كرسيه ولا كوست ، المرجع السابق ، ص ٢

(٢) الانكليز يطلقون كلمة Right على الحق بالمعنى الشخصي . أما لحقوق بالمعنى الموضوعي فيطلقون عليها كلمة law .

(٣) Ripert المطول الإبتدائي للحقوق المدنية ج ١ ص ١ .

بحقه Sécurité juridique de la jouissance du droit وتؤلف ما سماه ايهرنك Jhering « المصالح التي يحميها القانون » Intèréts juridiquement protégés ، أو كما قال السنهوري « مصلحة مالية يقرها القانون للفرد »(١) . على أنه — خلافاً لهذا التعريف الأخير — فإن الحق بالمعنى الشخصي أو الذاتي لا يقتصر على «المصلحة المالية» أو المادية ، بل قد يدخل تحت فكرة الحق الشخصي استعمال الحقوق العامة والحريات السياسية والاجتماعية التي منحها القانون للافراد ، كحق منتخب في الانتخاب ، وحق مواطن في الاعلان عن رأيه ، أو كحق رئيس الدولة بحل المجلس التشريعي..إلى آخر ماهنالك من الحقوق العامة او السياسية الأساسية للانسان . غير أن ما تقصده الحقوق الخاصة التي ندرسها من الحق الشخصي هو ، كما قلنا ، هذه الامتيازات والسلطات ، تلك المنح والمكنات prérogatives ou pouvoirs التي يتمتع بها أحد الناس ، ويستطيع معها ان يطلب من الآخرين أن يحترموا إما شخصه ، أو يخضعوا لولايته (وهي الحقوق المتعلقة بالشخصية droits de la personnalité كحق الوالد في تربية ولده ، أو حق الطاعة للزوج على زوجته ،) وأما حقه الحصري على شيء معين (وهي الحقوق المتعلقة بالملكية والحقوق العينية droits réels ، كحق صاحب السيارة على سيارته ، أو صاحب الدار على داره) وأما أخيراً حقه الناجم عن الاتفاق مع شخص آخر ، والزام هذا الشخص بتنفيذ هذا الالتزام (وهي حقوق الدين droits de crèance) . وهذان النوعان الاخيران هما اللذان يؤلفان « المصلحة المالية في الحق الشخصي » .

ولئن كان هذان المعنيان للحقوق ، المعنى الشخصي الذاتي ، والمعنى الموضوعي العام ، ينظران إلى مقومات الحقوق من زاويتين مختلفتين ، من حيث العموم والخصوص ، أو من حيث التجريد والتشخيص ، أو من حيث المبدأ والتطبيق

---

(١) نظرية العقد ص ١ .

فان بين الاثنين اتفاقاً بالطبيعة وتطابقاً في الحكم ، لان الحق بالمعنى الشخصي الذاتي لا يوجد ولا يعتبر إذا لم تكن الحقوق بمعناها الموضوعي قد أيدته . مثلا إذا كانت حقوق بلد من البلدان لا تقر حق الوصية بصورة عامة ، فان الوصية لشخص لا تكسب هذا الشخص حقاً ، والعكس بالعكس ، بحيث يستمد الموصى له حقه الشخصي في الوصية من الأحكام العامة للحقوق الموضوعية . كذلك إذا كان قانون السير لا يقر إلا لحامل الاجازة حق قيادة السيارة ، فان حق سائق سيارة بقيادتها (وهو بالنسبة له حق شخصي ذاتي) إنما أوجدته وقررته الحقوق الموضوعية (١) . وكما قال الاستاذ الدكتور سليمان مرقس (٢) فان القانون (أي الحقوق) « وهو مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الناس في مجتمع ، إذ يأمر الناس بما يجب أن يفعلوا وينهاهم عما يجب أن يمتنعوا عنه ، ـ إن هذا القانون ـ يقرر ما يعتبر مصلحة لكل شخص ويبيّن ما لصاحب هذه المصلحة من مزايا أو سلطات أو مكنات (وهو ما يؤلف حقوقاً شخصية ذاتية) ، ويرسم في الوقت ذاته حدود هذه السلطات ، وينهي سائر الناس عن اتيان ما يعد افتأتاً عليها » . وبكلمة واحدة فان الحقوق بمعناها الموضوعي هي التي توجد حقوقاً شخصية ذاتية لمصلحة الأشخاص الذين تحميهم ،وهذا ما يفسر عبارة الفقيه الألماني ايهرنك السالفة الذكر . « الحق مصلحة يحميها القانون » .

---

(١) راجع دوباكيه نفس المرجع ص ٩و١٠ .

(٢) المدخل للعلوم القانونية ج ١ص ٢٠ .

§ ٢ — اصل الحقوق وموضوعها [١]

إذا استعرضنا تاريخ البشرية منذ أقدم العصور تأكدنا أن الانسان خلق اجتماعياً بطبعه ، وان عيشه في وسط اجتماعي أوجب منذ القديم أن تكون هناك ضوابط وسلطان يحمي البعض من تجاوز البعض الآخر ، ويؤمن حداً أدنى من الاستقرار والطمأنينة بين الناس . ومن الثابت أنه ليس ثمة حياة اجتماعية ، مهما كانت ابتدائية ، دون حد أدنى لنظام أو قواعد عرفية ومن ورائها سلطة تفرضها وتوجب احترامها . وبهذا وجدت الحقوق منذ وجد الانسان ، حتى قال الرومان « حيث توجد جمعيات بشرية توجد حقوق » Ubi sociétas ibi jus [٢] ، وان جميع المحاولات لمعرفة جمعية بشرية لا تربط بين أفرادها روابط حقوقية ولو ابتدائية قد باءت بالفشل ، وإن كانت مظاهر هذه الروابط والضوابط قد اختلفت في الزمان وفي المكان اختلافاً أساسياً وكبيراً [٢] . وبعد أن كان الوحي القائم على القوة الخارقة المتافيزكية هو الذي أوحى بالضوابط وفرضها ، فقد اضحى رجال الدين ومن بعدهم زعماء العشيرة أو أرباب الاسرة وأخيراً سلطات الدولة هي التي تتولى تنظيم هذه القواعد وتنفيذها .

ومهما يكن منشأ الحقوق وأصلها قديماً يصل إلى المجتمع الأول وقد تطور مع الزمن ، فأن موضوعه يظل يتناول التنظيم الاجتماعي في المجتمع وتحديد القواعد التي تنظم الحياة الاجتماعية بما يحقق الاستقرار والطمأنينة في هذا المجتمع ، وإن اختلف موضوع هذا التنظيم وأشكاله من جمعية بشرية إلى أخرى .

---

(١) راجع اسمان Esmein ، في كتاب المدخل لدراسة الحقوق ، تأليف جوليودو لامورانديه وآخرين ، باريس عام ١٩٥٠ ج ١ ص ١١٠ وما بعدها ؛ راجع كذلك الاستاذ علي البدوي ، تاريخ القانون القاهرة ١٩٤٧ ص ٤ وما بعدها .

(٢) راجع دوباكيه ، المرجع السابق ص ٦ .

ولو ألقينا نظرة على أي مجتمع في هـذا العالم لتأكدنا أن ليس هناك شخص إلا ويشعر في كل لحظة باتصاله بالآخرين في كل دور من أدوار حياته ، منذ طفولته حتى مماته . فيبدأ الانسان حياته في الاسرة وينمو في كنفها وتقوم بينه وبين أفرادها روابط مختلفة ، ثم يدخل المدرسة فيرى نفسه أمام معلمين واساتذة تلزمه طاعتهم واحترامهم ، وبين رفاق تربطه وإياهم روابط مختلفة ، وأواصر متينة دون أن يقطع صلاته بأهله وأقاربه ، حتى إذا كبر وغرق في خضم هذا المعترك ، في مهنته ، وحياته الاقتصادية وكسب رزقه ، في ألعابه ومسراته ، لا بل في مروره في الطريق العام ، يشعر أنه مقيد بقيود وقواعد في سلوكه ، وانه مرتبط بعلاقات وصلات مع الآخرين ، عارضةً كانت أو دائمة ، أنه يعيش في وسط اجتماعي (١).

وتنتج عن هذه العلاقات الاجتماعية التي لا مناص منها وجائب ومجبوريات ، وحيدة الطرف أو ثنائيتها ، تقع على عاتق واحد من الطرفين أو عليهما كليهما . وفي كل الأحوال فان الناس يشعرون أن لا بد لعلاقاتهم هذه من نواظم ، أي من ضوابط وقواعد تنظمها ، ومن أسس تسير عليها ، فتقوم بينهم التزامات متقابلة ، تربطهم في مختلف نواحي حياتهم الخاصة والعامة . ولولا هذه القواعد والضوابط لسادت الفوضى وتغلبت القوة واضطرب البقاء . وإذا كانت أكثر الضوابط وقواعد السلوك التي تنظم علاقات الناس في حياتهم ومعاشهم ، إنما توجد وجائب اجتماعية ، والتزامات

---

(١) نعم ، اذا نحن حاولنا أن نتصور انسانا يعيش في قمة جبل ، أو في عالم منعزل ، أو جزيرة نائية بعيداً كل البعد عن أي انسان آخر — مثل روبنسون كروزه أو حي بن يقطان مثلاً — فان مثل هذا الانسان الوحيد الذي يتمتع بالحرية المطلقة في كل شيء ، لايشعر بحاجة الى فكرة الحقوق أو قواعدها . ولا يمكن أن تتولد مثل هذه الأفكار عنده ، الا اذا أتصل بغيره من الناس . ولكن يستحيل أن نجد اليوم انساناً كذلك ، بل ان علماء الاجتماع يذهبون أكثر من ذلك ليقولوا ان الانسان اجتماعي بطبعه وتفكيره ، حتى ولو كان وحيداً .

وجدانية، قد لا يؤيدها غير الضمير ولا يوجبها غير الوجدان او الذوق او الادب، بحيث لا تتدخل قوى الدوله من محاكم وقضاء، او شرطة ودرك في ايجابها وتنفيذها، كمثل مساعدة القريب والمعوز، او مواساة المريض والمصاب، او عدم مضايقة الآخرين . . . فان هناك الى جانب تلك الوجائب الاخلاقية والاجتماعية المتروكة لضمير الانسان وتهذيبه، ان هناك عدداً من الواجبات والقواعد، ذات صبغة اكثر الزاماً، وذات مؤيد قوي ظاهر، تحكمها قواعد قانونية، وتنظمها احكام معروفة، حتى اذا اخل احد الناس بها اكره على تنفيذها بالقوة مثلا انك ملزم بسائق معيشتك في وسط اجتماعي، ان تشتري ما تحتاجه من طعام وكساء، وان تمتطي الحافلات والناقلات في حلّك وترحالك . . . فأنت ملزم ان تؤدي الى بائعك قيمة ما اخذته منه، وان تدفع اجور نقل الوسائط التي تركبها، حتى اذا امتنعت او اخليت، كنت مسؤولا مسؤولية مؤيدة بالزام وجزاء. كذلك التاجر الذي يعجز عن دفع ديونه المستحقة، يعرض نفسه للافلاس، والصانع الذي يضع على بضاعته علامة فارقة لعامل غيره يعرض نفسه للعقاب الخ . . . كل ذلك مؤيد بالدعوى امام القضاء وبالحكم والتنفيذ.

فهذه الالتزامات وهذه القيود والاحكام أوحتها الحقوق وأوجدها القانون.

وهكذا فان العلاقات البشرية القائمة في المجتمع البشري تنتج نوعين من الوجائب، وجائب متروكة للوجدان والاختيار، توجبها الآداب أو الاستقامة أو الشرف أو الرحمة أو الاحسان أو الذوق أو غير ذلك من المثل الاخلاقية العليا، وأخرى تفرضها القواعد القانونية والحقوق الوضعية وتؤيدها بمؤيد إلزامي لأنها تهدف الى تحقيق الطمأنينة والسلام الاجتماعي والخير العام. وعلى هذا فان موضوع الحقوق هو تنظيم هذه العلاقات البشرية بصورة إلزامية مما يضمن طمأنينة المجتمع وحسن سيره وبقائه.

§ ٣ — الحقوق والاخلاق والدين

ومن هنا فرقوا بين الحقوق من جهة وبين الاخلاق أو الدين من جهة أخرى. فقالوا أن الحقوق تتناول قواعد تنظيمية مفروضة من السلطات ومؤيدة بمؤيدات ظاهرية الزامية ، تدعمهـــا قوى الدولة وضابطتها ، في حين أن الثانية تقوم على قواعد وجدانية ترتكز على الوجدان والضمير الداخلي ، فتوجب على المرء مراعاة ما يشعر الضمير والوجدان الصحيح بوجوب مراعاته ، حتى إذا أخل وأتى بما ينافي ذلك ، لم تنله من المؤيدات سوى عذاب الضمير وتأنيب الوجدان ؛ فالأولى تؤيدها محاكم الدولة ، والثانية تؤيدها محكمة الضمير والوجدان فحسب . ونحن نستعرض بإيجاز مراحل هذا التفريق واسسه .

أ — تاريخ هذا التفريق :

ان التفريق بين الاخلاق والحقوق موضوع هام من المواضيع العامة للحقوق وفلسفتها . ولقد عُني ببحثه كثير من الفقهـاء والفلاسفة ، واشتد حوله الجدل والنقاش بل لقد مر هـــذا التفريق في عصور التاريخ بمراحل ، فبعدان عرفت القرون الغابرة قواعد الحقوق والاخلاق والدين ممتزجة لاتفريق فيها بدأت هـذه القواعد تنفصل تباعاً بتطور الحياة .

والجـــدير بالذكر ان القواعد الاخلاقيـة ، او الاجتماعية عامة ، نسبية ، اختلفت وتختلف في الزمان والمـكان . فقد تعتبر في بعض البـلاد وعند بعض الشعوب قاعدة ما اخلاقية او حقوقية في حين انهـــا لاتعتبر كذلك او تعتبر عكس ذلك عند الاخرين (١) .

ويؤكد المؤرخون ان قواعد السلوك الاجتماعي كانت عند نشأة البشرية عقائدية

---

(١) كمثل اختلاط الرجال والنساء او عدم اختلاطهم ، وكمثل العراة في بعض الاحيان ، او احترام الاديان ، أو وأد البنات في الجاهلية الخ ...

او ذات طابع ديني ، وربما بدأت بفكرة الوحي (Magie) المتمثل بالقوة الخارقة او فوق البشرية التي لا تقاوم ولا تناقش . ثم تدرجت بعد ذلك مخففة من اطلاقها الخارق للطبيعة ، الى قواعد دينية متصلة بالواقع ومستندة الى عواطف العدل والمثل العليـا ، فامتزجت بذلك وتداخلت مع المفاهيم الاخلاقيـة وقواعدها ، حتى اذا بدأت العقائد الدينية بمفاهيمها المتافيزيكية تضعف حلت محلها قواعد الاخلاق التي أتحدت معها من قبل .

ويعتقد المؤلفون الذين بحثوا تاريـــخ الحقوق ان التمسك الشديد بالتقاليد القائمة على المفاهيم الأخلاقية ، كتلك التي قامت على العقائد الدينية ، كانت الوسيله الوحيدة والصحيحة لاحقاق الحق وضمانه في مجتمع ابتدائي دون حاجة لمؤيدات خارجية.

حتى لقد قال روسو ، ما كان الناس في العصور القديمة بحاجة الى قوانين ، فقد كان الوجدان الاخلاقي والوازع النفسي او الديني كافيين للمحافظة على حقوق الناس ، اذ كان يعتبر إثماً كبيراً قول الكذب مثـلا أو السرقة أو تبديل حدود الاراضي والاملاك ... وكانت النية الحسنة هي الاصل فلم يفكر احد ان يوجد قواعد وقيوداً ، في المقـــاولات والعقود ... أو في التملك والتصرف الخ . . . كانت الحياة ابتدائية محدودة يكفي فيها وربما يقتضيها ان يكون هذا العدد القليل من قواعد السلوك الاجتماعي جزءاً من معتقدات الانسان وكيانه .

ومهما يكن الامر ، فقد ظلت الحقوق خـــلال زمن طويل لا تنفصم عن الدين ، الا ان التفريق اخـذ يظهر بعد ذلك في مواضع شتي ، كلما نمت الحياة الحقوقية واتسعت . فقد عرفت روما حقوقاً مستقـلة عن الاخلاق والدين حتى قال الفقيه الروماني بولس paulus عبارته المشهورة « ان ما اجازته الحقوق ليس دوماً اخلاقيـاً » . ولكن ، ما ان طغت الحقوق الكنائسية في القرون الوسطى فأقامت الحقوق على العقائد ، إلا وعاد المزج بـين الدين والاخلاق من جهة ، وبين الحقوق من جهـة اخرى ، الى اشد ما كان عليه . وهكذا حتى جاءت

فلسفة القرن الثامن عشر حاملة معها من جديد فكرة التفريق القديمة ، ولكن — هذه المرة — بشكل واسع علمي صريح .

ويعتقد روبيه Roubier ان اول من بحث هذا الموضوع بحثاً علمياً الفيلسوف الالماني توماسيوس Thomasius سنة ١٧١٣ (١) إذ وضع قاعدة صحيحة لهذا التفريق فقال : ان الاخلاق تعود الى الوجدان الشخصي والذاتي لكل منا ، وتبغي الوصول الى راحة الضمير والسلم الداخلي فقط . اما الحقوق فانها تنظم العلاقات مع الآخرين للوصول الى سلم وطمأنينة خارجية اجتماعية بعدم الاعتداء على الغير . والنتيجة المباشرة لهذا التفريق هي ان القواعد الحقوقية تفرضها الدولة وتؤيدها بالقوة . وليس ثمة شيء من ذلك بالنسبة للواجبات الاخلاقية التي تدور في الوجدان وفي الضمير الداخلي .

وذهب الفيلسوف عمانوئيل E. Kant أبعد من ذلك ، حتى جعل من هذا التفريق مذهباً فلسفياً وتفريقاً كاملا أخذ عليه فيه المبالغة والتطرف حين أكد اولاً ان القواعد الحقوقية لاتقوم الا على الأجبار الخارجي المؤيد بالقوة المادية خلاف القواعد الاخلاقية التي تقوم على الدوافع والشعور الداخلي (٢)

---

(١) في كتابه « اساس الحقوق الطبيعية وحقوق الناس » Fundamenta juris naturae et gentium

(٢) ولا يخفى ان « كانت » في فلسفته «انتقاد العقل المحض » Critique de la raison pure قد هدم كل اساس متافيزيكي للاخلاق ، فلم يجد لها مصدراً آخر غير مصدر الوجدان والضمير الداخلي للانسان ، مستقلا عن كل تأثير آخر وحياة اخرى .

وربما ذهب مذهباً قريباً منه بعض الفقهاء المعاصرين . يقول ايهرنك « ان الحقوق بلا قوة كلمة لامعنى فيها » .على ان القوة ليست قوة الدولة كما ظن ايهرنك ، بل يمكن ان تكون قوة العشيرة او الجماعة او الاسرة او الفرد الخ ...وبتعبير اعم قوة المجتمع المباشرة او غير المباشرة (دوكوجيس Du Cujis ، مراحل الحقوق ، ج ١ ص ١١) ومع ذلك فان ربط الحقوق بالقوة ، او اقامتها عليها، كما اكد « كانت » ،امر موضع جدل ومحل نظر .

قالوا ان هذا التأكيد مبالغ فيه وخاطىء :فالاجبار في التنفيذ ليس هو من اركان التفريق بين الحقوق والاخلاق ، بل هو من نتائجه وذيوله ، ذلك لان المشرع حين يدخل قاعدة في الحقوق ، لا يدخلها لان اتباعها مؤيد بالقوة ، مادام هو الذي يعطيها هذا التأييد ، وانما لانها

وثانياً إن العلاقات الحقوقية إنما تقوم على ظواهر الأمور دون النظر إلى نية صاحبها

= تتصل مباشرة بحياة الجماعة ، وعلاقات افرادها وطمأنينة المجتمع ، في حين ان القواعد الاخلاقية ينظر اليها من ناحية الفرد بينه وبين الفرد نفسه ، فلا يصح اذن ان نقول ان معيار التفريق في اعتبار قاعدة ما حقوقية أو اخلاقية ، هو انها الزامية في اصلها او غير الزامية ، لان هذا الالزام في القواعد الحقوقية لا يأتي الا بعد اعتبارها كذلك . ومن الثابت ان ثمة قواعد حقوقية قد وجدت قبل وجود الدولة ومؤيداتها (دوكوجيس . المرجع السابق).

اضف الى ذلك أن المرء ـ رغم قيام الدولة والمؤيدات الالزامية للقواعد الحقوقية ـ كثيراً ما يقوم بواجباته الحقوقية مدفوعاً بالشعور الشخصي والرغبة الصادقة ، لا خوفاً من عقاب او تنفيذاً لامر او حكم قانوني لم يخطر له على بال .

كما اخذوا عليه قوله الثاني : ان العلاقات الحقوقية انما تقوم على ظواهر الامور دون النظر الى نية صاحبها وما داخلها من بواطن ودوافع ، وليس لقوى الدولة ان تفتش عما دار في ضمير الرجل وباطنه عندما تبحث علاقة حقوقية ما ، في حين ان الاخلاق ـ كما يتصورها « كانت » ـ على العكس لا تسأل الرجل عن اعماله الا بقدر نياته ودوافعه ، حتى ولو كانت هذه الاعمال ذاتها حسنة طيبة فلا تعتبر اخلاقية ـ بنظر « كانت » ـ اذا لم تكن الدوافع لها كذلك . فاذا جئت عملا خيراً بدافع العاطفة او الهوى لا تكون قد جئت عملا اخلاقياً بنظر « كانت » حتى ولو كانت هذه العاطفة عاطفة شفقة او محبة .

قالوا ، ان هذا الزعم خاطيء ليس فقط بما وجه اليه من انتقادات فلسفية واخلاقية صحيحة ، بل ومن الناحية الحقوقية المحضة . فقد اكد كثير من الفقهاء بدورهم ان قول « كانت » هذا باعتبار ان الحقوق لا تنظر الا الى ظاهر الاعمال دون النيات والدوافع ، لا يقل غلواً ومبالغة عن القول الاول ، وحسبنا ان نلقي نظرة سريعة على احكام مختلف فروع الحقوق لنرى ان عنصر النية ليس مفقوداً تماماً فيها كما ذهب « كانت » . فالحقوق الجزائية كلها او جلها انما تقوم على النية التي هي احد عناصر الجرم الاساسية ، والحقوق المدنية لا تقل اهتماماً بالنية والدوافع ، ولاسيما في بحث المسؤولية والعقود والتفتيش عن الارادة ودوافعها . بل ان للنية أثراً ظاهراً واكيداً في في كثير من الاعمال الحقوقية ، كالحيازة او الاستيلاء possession مثلا ، حيث اشترط المشرع منذ القانون الروماني ، وجود نية التملك في الحيازة Animus possendi حتى قال الفقيه الايطالي دل فكيو Del vechio « ان الاحكام الحقوقية لا تكون صحيحة الا اذا توصلت لمعرفة النيات وقامت عليها » واذا كان المرء لا يحاسب حقوقياً على مجرد النية كما يحاسب اخلاقيا او دينيا ، الا ان اعماله من الوجهة الحقوقية تقدر وتوزن ليس في ظاهرها فقط بل وباطنها ايضاً ، في النوايا والدوافع وما احاط بها . وهذه ليست عنصرا مهملا وغريباً في الحساب .

في حين أن الاخلاق لا تهتم إلا بالنيات والدوافع .

ومهما يكن الأمر فان فلسفة القرن الثامن عشر التي قامت على الحرية الفردية وجعلتها أساساً للحياة ، كان التفريق فيها بين الاخلاق والحقوق على أشده ، لانها ما كانت تجيز التدخل في الشؤون النفسانية والداخلية للانسان ، وإنما قصرت ذلك على العلاقات الحقوقية الظاهرية والاجتماعية ، كما أضافت الى جانب هذا التفريق ، حتى لا تبعد الشقة بين الحقوق الطبيعية Théorie duDroit naturel لتكون فوق القوانين الوضعية (المتعددة والمختلفة) ، كحقوق أعلى وأسمى يوجبها المنطق السليم، وتستوحى منها الحقوق لوضعية،لتعوض بذلك عن التفريق بين الاخلاق والحقوق. غير أن ضعف نظرية الحقوق الطبيعية وتقلص سلطانها في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرن جعل الفقهاء يعودون مجدداً لبحث القيم الاخلاقية في الحقوق ، والرجوع اليها في كثير من النظريات (١) .

---

(١) وهكذا نرى ان الاستاذ جورج ريبر Ripert مثلاً لايرى ان هناك اختلافاً جوهريا بين القاعدة الحقوقية والاخلاقية من حيث طبيعتها وغايتها (راجع كتابه « القاعدة الاخلاقية للالتزامات المدنية » La règle morale dans les oqligations civiles نبذة ١٣ الى ١٨) بل يرى على العكس ان الحقوق ، وحتى في اقسامها الفنية ، تستوحي دوماً احكامها من القانون الاخلاقي . ويؤكد « ان التفريق التام بين الحقوق والاخلاق مستحيل ». ويضيف آخرون ان تأثير الاخلاق في الحقوق لا يمكن ان ينكره احد . وحسبنا ان نذكر الفارق الظاهر بين الحقوق الرومانية والحقوق الكنائسية بتأثير تعاليم الدين والاخلاق ، حيث ظهرت آثارها في كثير من الاحكام . وفي ايامنا هذه اذا كانت قواعد الحقوق الوضعية في الاصل منفصلة عن القواعد الاخلاقية ، فان هذا الانفصال ظاهري فني ، لاحقيقي قطعي . واذا لم يكن من الممكن عملياً ونظرياً ترك القاعدة الحقوقية للعمل بالقاعدة الاخلاقية او بالحق المثالي ، فان الصراع بين القاعدتين او الحقين الوضعي والمثالي قائم على اشده ، حتى يستقر الثاني في العقائد والاذهان ، فيتغلب ويدخل في الاول اما عن طريق التشريع ، واما احياناً عن طريق التطبيق والتفسير .

وبعبارة اخرى اذا كان التفريق بين الاخلاق والحقوق حقيقياً وصحيحاً بالنسبة للحقوق =

وحسبنا أن نذكر مثالاً قريباً على ذلك المادة الأولى من قانوننا المدني العتيد — كما سنفصله في الآتي من بحوثنا — حيث أوجبت على القاضي في أحوال معينة أن يرجع إلى مبادىء العدالة والانصاف وهي من روح الأخلاق وأصلها . بل لقد ظهرت في التشريعات المدنية الحديثة وبتأثير المذاهب الاجتماعية ، نظريات كبرى اتحدت فيها القواعد الحقوقية بالمبادىء الأخلاقية ، مثل نظرية الاثراء بلا سبب أو تعديل العقد بسبب الطوارىء الخ ... وعلى الأخص نظرية التعسف في استعمال الحق ، كل ذلك تحت تأثير العوامل الاخلاقية ، حتى قال زعيم هذه النظرية الاخيرة الاستاذ جوسران L. Josserand ان ليس بين الحقوق والاخلاق حدود ، ولم توجد هذه الحدود يوماً ما إلا في أذهان بعض الفقهاء (١) .

= الوضعية المعمول بها اليوم، فليس الامر كذلك بالنسبة للحقوق المستقبلة الآتية . ويكفي تأكيداً لذلك ان نستعرض ما يحدث بشكل دائم في المجالس التشريعية او القضائية او الفقهية من تأثير المثل العليا للعدالة والحق وفرض احترامها ، والاخذ بها بمختلف الاسباب ، حتى قالوا « ان الاخلاق تحوم حول الحقوق ، وقلما استطاع المشرع ان يتخلص من وطأتها ، فهي تريد ان تصبح قواعد حقوقية » .

(١) كتابه : روح الحقوق ونسبيتها De l'esprit des droits et de leurs relativités باريس ١٩٣٩ نبذة ٣٥٤ .

والحقوق في نظره ليست شيئاً آخر غير الاخلاق الاجتماعية ، الاخلاق التطبيقية ، حينما يطبقها الانسان La morale en action . حتى انتهى في رأيه الى اعطاء القاضي حق التحري عن دوافع مستعمل الحق ، وتقدير ما اذا كانت تتفق أم لا مع الغاية التي من اجلها منح هذا الحق . ومثل ذلك نظرية الاثراء بلا سبب التي تجيز لمن يخسر ، وينتفع الغير بخسارته ، ان يعود على هذا الغير بما انفقه او بما انتفع به ، لأن الضمير والوجدان لا يقبلان ان ينتفع شخص على حساب الآخر دون مقابل . . وهكذا ...

بل حتى في اشد العصور تقيداً بالفردية ، وتفريقاً للحقوق عن الأخلاق ، كعصر الثورة الفرنسية والقانون المدني الفرنسي ، فان ثمة قواعد اقرت منذ ذاك ، تربط الحقوق بالاخلاق وتجعل لهذه تأثيراً على تلك ، ومن ابرز الأمثلة على هذه القواعد نصوص القوانين — وربما — الاعراف — التي تعتبر الشروط الاتفاقية في العقود ، عندما تخالف هذه الشروط النظام العام =

ومما لا شك فيه أن الاخلاق ستواصل تأثيرها في النظريات والاحكام الحقوقية يوماً بعد يوم .

هذه هي المراحل التي مر بها بحث التفريق بين مد وجزر . ومع ذلك مايزال حتى اليوم فقهاء كثيرون يقولون بهذا التفريق وضرورته ، ولايزال الاختلاف قائماً حوله . فما هي حقيقة هذا التفريق وأسسه .

ب - أسس هذا التفريق

يعتقد الاستاذ أسمان (١) أن مثل هـــذا التفريق بين القاعدتين الاخلاقية والحقوقية على أساس منطقي جوهري Rationnelle يكاد يكون مستحيلا . ومع ذلك يحاول بعضهم أن يوجد بعض الفوارق .

يقول الاستاذ روبيه P. Roubier ان الحقيقة هي أولا : **ليس بين الاخلاق والحقوق تعارض في المبادىء ، وانما هناك اختلاف في الاهداف** . فالفارق الأول بين القاعدتين هو في الهدف فبينما ان القاعدة الاخلاقية موضوعة من أجل صاحبها في ذاته ، ومتعلقة به في طمأنينته وراحة ضميره ، فان القاعدة الحقوقيـة موضوعة لمصلحة الجميع ومن أجل الخير العام في أمن المجتمع واستقراره . على أنه اذا اتفق ان أجازت قاعدة حقوقية عملا لاتجيزه القاعدة الاخلاقية ، فذلك لا يعني أن هناك تعارضاً وتنافراً بين الاخلاق والحقوق ، بل يعني أن ميدان القاعدتين أو ساحتها ليست واحدة (٢) .

او الآداب او الاخلاق العامة باطلة . ويعود للقـــاضي تقدير هذه المخالفة مستوحياً ذلك من الاعتبارات الاخلاقية والوجدان ..

أو كمثل تقدير الاضرار الناجمة عن خطأ ارتكبه احد الناس تجاه الآخر فان القاضي يأخذ بعين الاعتبار النواحي الادبية او الأخلاقية في الضرر وارتـكابه الخ ...

(١) Eismein المدخل لدراسة الحقوق ، المرجع السابق ، ص ١١٩ .

(٢) كتـاب النظرية العامة للحقوق Théorie générale du Droit ص ٣٨ .

ثانياً : ان هذا الفرق الأول بين الحقوق والأخلاق يؤدي الى ماقاله توماسيوس **من ان الاخلاق تنظر الى اعمال شخص ما من ناحية هذا الشخص وبالنسبة اليه فقط** ، فتقدر اعماله من زاويته الشخصية ، في حين ان الحقوق تنظر وتقدر أعمال الشخص من حيث علاقتها **بالغير او تأثيرها على الغير ، ذلك لان الاخلاق تستهدف الكمال الفردي** ، في حين ان الحقوق تستهدف النظام في المجتمع وهي علم اجتماعي (١) .

وينتج عن ذلك التفريق النتائج الآتية :

١ — النتيجة الأولى : التي طالما بالغوا في اعتبارها اساساً للتفريق ، وهي أن القواعد الحقوقية مؤيدة بالقوة الاجتماعية ، وتنفيذها مؤكد بسلطة الدولة والقوى العامة ، خلافاً للقواعد الأخلاقية كما فصلنا .

٢ — النتيجة الثانية ، هي ان الالزام الناتج عن الحقوق هو دوماً دون الالزام الناتج عن الاخلاق من حيث المضمون والمدى شمولاً وكمالا ، ذلك لأن الحقوق لا تستهدف التطبيق على اشخاص كاملين ومخلوقات كمالية مثالية ، وانما على اشخاص عاديين ، بخيرهم وشرهم ، يعيشون في المجتمع كما هو ، وقواعدها تنظم علاقات هؤلاء الناس الاجتماعية كما هي ، ولا يسعها ان تتعدى ذلك وتزعم تنظيم علاقات بشرية مثالية ، فوق البشر الواقعي . ومثل هذا الكمال انما تنشده

---

(١) روبيه (نفس المرجع ص ٣٩) .

ويؤيد ذلك الاستاذ دل فكيو Del Vecchio فانه يرى ان القيم الاخلاقية ذاتية وشخصية ووحيدة الطرف subjective et unilatérale في حين ان القيم الحقوقية موضوعية وثنائية الطرف objective et bilatérale بمعنى ان القواعد الاخلاقية تتناول الفرد وعلاقته بينه وبين نفسه ، بينما ان القواعد الحقوقية تتناول اعماله وآثارها بالنسبة لغيره .

وينتقد الاستاذ اسمان هذا الرأي ويقول أليس مضحكا ان نعتبر القاعدة الاخلاقية التي توجب على الانسان مساعدة ذوي قرباه هي قاعدة قاصرة على ذات الشخص ولخيره وراحته الباطنة ؟ (المرجع السابق ، ص ١٢٠) .

الاخلاق والأديان في قواعدها وتعاليمها (١).

٣ — واخيراً النتيجة الثالثة ، ان عمل الحقوق يتناول في بعض الحالات ميداناً لا تقبله الأخلاق ولا تهتم به ، وهذا طبيعي مادام الأصل كما ذكرنا ان الأخلاق تستهدف الكمال بالفرد او عند الفرد ، في حين أن الحقوق تسعى وراء التنظيم الاجتماعي في الحياة الواقعية ، فقانون السير والتنظيمات البلدية والمخالفات اجمالاً الخ ..، قواعد ونظم حقوقية قد لا تهم الأخلاق ولا تبحثها ، مادامت لا تسيء لأحد ، ولأنها لا تعتبر من ناحية الوجدان والأخلاق لازمة ضرورية .

ومهما يكن من أمر هذا التفريق بين الأخلاق والحقوق ، فإنه يختلف ويتأثر بالمذاهب والتيارات الفردية والاجتماعية في الزمان وفي المكان ويبدو انه صائر نحو الزوال ، لاسيما من حيث تطور المفاهيم الأخلاقية نفسها باتجاه قواعد الحقوق.

وإذا أردنا أن نتمثل — بعد الذي ذكرناه — ساحة كل من الأخلاق والحقوق والميدان الذي تشغلانه بتصور هندسي ، لاستطعنا تمثيلها بدائرتين متقاربتي القطر ، مركزهما متقارب كذلك ، ولكنهما تتقاطعان فيبقى جزء صغير من كل دائرة لا يدخل في القسم المشترك ، حيث تتمثل في كل جزء منها القواعد والواجب التي لا تقرها الأخرى أو لا تهتم بها .

---

(١) فلا يستغرب بعد ذلك اذا رأينا ان الحقوق تؤيد مثلا مرور الزمن (أي التقادم) مسقطاً كان أو مكسباً ، أي تحمي الحيازة او التصرف ، كواقع مستقر ولو كان المتصرف أو المحتاز في بعض الاحيان غير صاحب حق في حيازته ، وعمله غير مستحب اخلاقياً ، لان الحقوق تتولى تنظيم المجتمع في ظاهره وواقعه وتهتم بالطمأنينة والنظام والاستقرار ، اكثر من اهتمامها بالعدل المثالي والانصاف المطلق . أو كما قال ريبر يضحي الشارع بالقواعد الاخلاقية لضرورات السلم الاجتماعي (القاعدة الاخلاقية في الالتزامات المدنية ، المرجع السابق نبذه ١٦) . ولذلك فان الحقوق مهما لحقت بالاخلاق ستظل متأخرة عنها لا يمكن ان تبلغها ، وان تتوافق معها في كل شيء . ومع ذلك فان تأثير هذه المفاهيم المثالية والمبادىء الاخلاقية في الحقوق ظاهر وآخذ بالازدياد .

وجدير بالذكر أن هـذه القواعد الواجبة على نوعيهـــا سواء في الجزئين الخاصين المستقلين لـكل منهما ، وسواء في القسم الكبير المشترك ، لم تكن في يوم ما وفي مكان ما واحدة ثابتة . فقد اختلفت وتختلف من زمان لآخر ومن بلد إلى بلد ، وربما اعتبرت بعضها أخلاقية محضة في وقت أو مكان ما ، في حين أنها تعتبر حقوقية متصلة بالقانون في بلد أو زمان آخر (١) .

§ ٥ — أساس الحقوق

Fondement du Droit

لئن كانت حقوق العالم اليوم مسبوقة بمنشأ قديم ، وإذا كانت صلتها بالأخلاق والدين بين مد وجزر كما رأينا ، فكيف يعلل الفقهاء والفلاسفة الأساس الذي تقوم عليه فكرة الحقوق أو تستمد أحكامها منه أو بتعبير آخر من أين استوحيت قواعد الحقوق وما هو ملهمها ؟ يقول ريبر (٢) إذا كانت الحقوق الوضعيـــة هي التي تنظم العلاقات وتحكمها بين الناس في الدول المختلفة ، فان كل فرد يشعر بفكرة الحق من غير أن يعرف ما تقوله الحقوق الوضعية ، بل يشعر أن هذه الحقوق الأخيرة يجب أن تتفق ما أمكن مع العدالة ، وربما كانت — في بعض الأحيان — غير منطبقة عليهـا .

ومهما يكن الأمر فان البشر — كيف كانت الحقوق الوضعيـــة — يشعرون

---

(١) فمن القواعد الاخلاقية او الاجتماعية مثـال عدم الاختلاط بين الجنسين او بغير الدم او بغير الطبقة ... وربما اصبحت امثال هذه القواعد حقوقية عند البعض . كما هي الحـال مثلا عند الهنود المعروفين بـ (الـكاست) ؛ وكذلك في امريـكا بالنسبة للزنوج . او عند الالمان في زمن النازية ، او كمثل العراة في حمامات البحر ، او بعض انواع الرقص . الخ ... فقد تعتبر اموراً غير اخلاقيـــة عند البعض وربما حرمها القانون وعاقبها . وقد تعتبر طبيعية وأدبية عند البعض الآخر . وهكذا ..!

(٢) Ripert المطول الابتدائي للحقوق المدنية ، ١٩٤٨ ، ج ١ ص ٣ ؛ راجـع كذلك في هـــذا المعنى بول اسمان Esmein ، المدخـــل لدراسة الحقوق ، المرجـع السابق ج١ص ١١١ .

سواء بطريق الحدس ومجرد الشعور ، وسواء عن طريق التفكير والتربية الاكتسابية ، إن هناك فكرة حق مجرد . فيقول الناس إذا ما رأوا حادثة وقعت أمامهم أو سمعوا قصة في أمر ما ، هذا حق وهذا باطل ، من غير أن يعرفوا ماذا تقول القوانين . فما هو المعيار الذي يقاس بالاستناد إليه الحق والباطل ؟ وما هو الأساس الذي تقوم عليه مثل هذه الفكرة ، فكرة وجود حق مثالي يقاس عليه ويرجع إليه لمعرفة الحق من غيره ؟ تحت أي عامل وتحت أي تأثير يقول الناس فلاناً محقاً وفلاناً مبطلاً ؟

في الحقيقة هل أن اطاعة القوانين والخضوع لقواعد الحقوق الوضعية يجب أن يعزى فقط — كما يرغب أصحاب النظرية الوضعية أو المادية Positivisme — الى وجود المؤيد العام ، أي إلى أن الحقوق مفروضة بالقوة من السلطان وكفى ، دون بحث في أساسها وملهمها ، أم أن في نفوس الناس كما ذكرنا فكرة الحق بشكل غريزي أو طبيعي ، بحيث توجب عليهم ، كما تلزم الحكام أنفسهم بالخضوع لها والانحناء أمامها . هل هناك حقاً فكرة هي في الحقيقة أساس الحقوق والقواعد الحقوقية ؟ وإذا كان هناك شيء من ذلك فما عسى تكون هذه الفكرة المثالية في الحقوق ؟ ما هي الأسس العلمية التي تقام عليها ؟ حول هذا الموضوع تقوم مذاهب ونظريات حسبنا أن نستعرض بايجاز البارز منها .

١ — الاسس الدينية

في زمن مضى كانت قواعد السلوك في الحياة والمعاملات في كثير من البلدان ، تستمد مبادئها من تعاليم الدين وأحكامه ، كأساس لكل حركة أو سكون . والمعيار في اعتبار عمل ما صحيحاً أو غير صحيح ، حقاً أو غير حق ، هو في موافقته أو عدم موافقته لمبادىء الدين . وقديماً قالوا « يعتبر عدلاً ما أراده الله » . بحيث يمكن القول إن المنهل الأصلي والمرجع الأعلى وربما الوحيد كان في الماضي البعيد هذه الأوامر الدينية اللاهوتية ، فوق البشرية ، التي هي مصدر الحقوق وأساسها

ومستندها ، وان المبادىء والمفاهيم الحقوقيـة لا تقبل إلا في دائرة الاعتقادات الدينية ، التى تستمد منها سلطانها وأصلها » . وإذا كانت اكثر الديانات قدأوحت بمبادىء حقوقية، كمنشأ الحقوق في الحياة الدنيا،فان الاسلام كان أعظمهاوأكثرها تدخلا في ذلك ؛ بحيث أن مرد أحكام الشريعة الإسلامية إنما يعود إلى الكتاب المقدس ومبادىء الدين الحنيف ، وبالتالي إلى ارادة الله ورسوله .

ومع ذلك لايظنن أحدأن هذا الأساس الديني هو لدى فقهاء الدين ،والاسلام خاصة ، مستقل ، قائم بذاته ، دون أي مفهوم أو أساس آخر من أسس المنطق والعدل . لأن الأصل في مبادىء الدين ومفاهيمها أنها قائمة على المنطق والعـــدل والخير وغير ذلك من القيم الأخلاقية . فاذا أمر الدين بأمر ، بعمل أو فعـــل ، أو نهى عن أمر ، فانما يفعل ذلك تحقيقاً للعـدالة والانصاف ، وتأييداً للمنطق الصحيح ، وسعياً وراء المثل العليا . وقد رأينا فقهاء الاسلام ، وقد اختلطت فيه الحقوق مع الدين ، يرجعون في كثير من المسائـل إلى مقتضيات العدل والمنطق ، وإلى أعمال الرأي والاجتهاد ، وهذا ما يقرب بين الأسس العلمية والأسس الدينية فيما لا نص ديني يخالفها ، رغم ما بينها من اختلاف في الشكل . وفي كل الأحوال لم يعد اليوم من يقول بالأساس الديني كمرجع أصـــلي للحقوق دون بحث الجوهر والأساس الحقيقي في المضمون .

بمعنى أنه لم يعد اليوم يمكن أن تعتبر أحكام الدين وتعاليمه أساساً لقواعـد الحقوق الوضعية ، تقاس عليها هذه في سلامتها وصحتها .

٢ — المذاهب الواقعية (الوضعية) او المادية

Doctrines Positivistes

ذهب بعض الفقهاء والفلاسفة إلى أنه ليس ثمـة ضرورة للتفتيش عن أساس

للحقوق ، بالرجوع إلى قوة عليا فوق الحقوق الوضعية ، لأن ما تضمنته هـذه الحقوق من قواعد كافية وحدها ، ولا مجال للنظر إلى سواها بعد صدورها .

إن النظريات التي تنكر بحث الأساس الحقوقي خارجاً عن الحقوق نفسها ، أي التي لا ترى حاجة للتفتيش عن ملهم ومصدر أعلى للحقوق فيما وراء القواعد والأحكام الوضعية المطبقة، هي مايسمى بالنظرية الواقعية أو المادية Positivisme (١) وهي إما حقوقية محضة أو علمية مطبقة على الحقوق ، وكلاهما ترجع الحقوق إلى ظواهرها المادية أي إلى القواعد المطبقة فعلاً .

وأما الاولى **الواقعية الحقوقية** Positivisme juridique (٢) : فانها تقوم على اعتبار القوانين بذاتها أساس الحقوق ومصدرها الأوحد ، ولا يرى أصحابها والقائلون بها أن هناك ثمة حقيقة حقوقية عامة ، أو مثلاً أعلى ، أو منطقاً يفرضه العقل السليم وتوحي به الطبيعة والعداله ، ليمكن أن نرد اليها الحقوق من أصلها أو نقيمها عليها . وليس هناك في نظر هؤلاء ، أية حقوق طبيعية مثالية ، قائمة بذاتها يجب أن تستوحى منها القواعد والأحكام . وإنما هناك فقط حقوق وضعية موجودة ، ذات كيان ووجود ظاهر وملموس ، يمكن معرفتها والوصول اليها « وعلم الحقوق هو في الواقع علم الحقوق الوضعية ليس إلا ، وأما الحقوق الطبيعية فانها إنما تتعلق بالعقائد » ، وهي بالتالي خارجة عن علم الحقوق (٣) . وبناء على ذلك ففكرة الحق عند هؤلاء لاتختلف ولا تنفصل عن نفس الحقوق الوضعية والقواعد القانونية المرعية .

لقد أخذت هذه النظريات اشكالاً مختلفة، وقامت بالاستناد اليها مذاهب متعددة.

---

(١) وقد اطلق عليها البعض كذلك « المذاهب الشكلية » على اعتبار انها تهتم بشكل الحقوق الظاهر . (راجع الاستاذ سليمان مرقس . المرجع السابق ص ٣٧٠) .

(٢) راجع دولاكرسيه ولابورد لاكوست . المدخل العام لدراسة الحقوق ، ص ١٢ وما بعدها .

(٣) راجع فالين Waline ، والدفاع عن الواقعية الحقوقية ، مقال في وثائق فلسفة الحقوق عام ١٩٣٩ Archives de philosophie du Droit رقم ١ و ٢

أطلق البعض عليها اسم المذاهب الشكلية ويعتبر من أبرزها « المادية الدولية » positivisme étatique ، كمذهب اوستن الانكليزي Austin ، أو المذاهب الاستبدادية sytemes autocratiques التي حمل لوائها كبار الفقهاء والفلاسفة الالمان في النصف الثاني للقرن التاسع عشر(١) ، ويمكننا أن نعتبر من الواقعية الحقوقية ، ولكن بطابع خاص ، مذهب الأشعرية في الاسلام (٢) .

وبالنسبة لهذه المذاهب والنظريات التي أقامت الحياة على مبادىء السلطة وفكرة القوة ، فان أساس الحقوق هو في السلطة والقوة الكامنة فيها ، والتي تدعمها وتعززها ، فاذا نصت القوانين على أمر كان هذا النص هو فكرة الحقوق بنفسها . ولعل هذه المذاهب ، « تجتمع كلها في مسألة واحدة: هي أن هناك مشرعاً هو الذي صنع القانون » (٣) والحقوق جميعها منشأها الدولة والمشرع فيها . فأساس الحقوق اذن قائم في الدولة صاحبة السلطان ، وفيما تريده الدوله أو زعماؤها ، ومشيئتها ـ أو مشيئتهم ـ هي مرد الحقوق ومصدرها الحقيقي دون حاجة لتعليل أو تبرير آخر . فأمر القانون حق لأن السلطة الاجتماعية قد أمرت به وأمرها واجب الطاعة .

---

(١) امثال الفيلسوف هه كل Hegel واضرابه من اصحاب فلسفة القوة .

(٢) فقد ذكروا انه « لاخلاف في كون الحاكم هو الشرع ، بعد البعثة وبلوغ الدعوة؟ اما قبل ذلك فقال الاشعرية لا يتعلق له سبحانه حكم بافعال المكلفين ، فلا يحرم كفر ولا يجب ايمان .. وان الفعل ، متعلق المدح والثواب ، والذم والعقاب لا يثبت الا بالشرع .. » (ارشاد الفحول . للشوكاني ص ٧) وورد في التوضيح على التنقيح ان : « الحاكم بالحسن والقبح (عند الاشعرية) هو الله . وهو متعال عن ان يحكم عليه غيره ، وعن أن يجب عليه شيء ، وهو خالق افعال العباد ..جاعل بعضها حسناً وبعضها قبيحاً ، له في كل قضية كلية وجزئية حكم معين ، وقضاء معين ،واحاطة بظواهرها وبواطنها، وقد وضع فيها ما وضع من خير اوشر» .

ومعنى ذلك ان الاشعرية لاترى مصدراً للحسن او القبح ، اي للقول بصحة العمل وعدمه الا اذا كا موافقاً او غير موافق لارادة الحاكم الذيهو الله او الشرع والمشرع . فالشرع بذاته هو مصدر الحقوق ولا يمكن ان يعلو عليه متعال ، او يكون فوقه مبدأ سام آخر ، كالعقل او المنطق والعدل . (راجع السنهوري وابو ستيت . أصول القانون هامش ص ٤٣)

(٣) السنهوري وابو ستيت . اصول القانون ص٢٦

وبعبارة ثانية : « الحقوق بطبيعتها مشيئة السلطان ، تنفـــذ قهراً » وتفترض الاجبار، وليس ثمة حقوق فيما عداها .وإذا فرض أن ثمة حقوقاً طبيعة أو مثلا عليا ربما تكون قدأوحت بالقواعد الحقوقية أو بعض أحكامها، غير أن العبرة ليست إلا لهذه الحقوق الوضعية بذاتها ، التي تلزم الناس بعد صدورها سواء كانت موافقة للحقوق الطبيعية أو المثل العليا الاخرى أو غير موافقة .

على أن كثيراً من المؤلفين الغربيين ، اقتصروا في دراستهم الحقوقية هذه على دراسة الحقوق الوضعية وحدها ـ كمدرسة التفسير التقليدية المسماة بمدرسة الشرح على المتون Ecole de l'exégèse أو مذهب التقيد بالنص كما سنرى ـ لأنهم لم يروا أن يتعدوها إلى سواها[1] .

وأما الثانية ، **الواقعية العلمية** Positivisme scientifique فانهـــا تقوم على اعتبار الحقوق علماً من العلوم الاجتماعية ، وبهـــذا الاعتبار كعلم ، فان الحقوق تخضع الى المشاهدة والاستقراء والاستنتاج ، أي إلى مذهب التقيد العلمي Déterminisme scientifique ، وإلى سائر الطرق العلمية التى تخضع لها العلوم الطبيعية والاجتماعية . فلا يجب أن يفتش عن أساسها بعيداً عنها . ولهذا كانت الحقوق الوضعية هي غاية الحقوقي ورجل القانون في المشاهدة والاستنتاج من الولادة والنمو حتى الزوال . بحيث لا يكون هناك سوى تطبيق القواعد القانونية المعمول بها ، ومشاهدة آثارها وتفاعلها ، كما يفعل العلماء . بمعنى أن مهمة رجل القانون ، كمهمة العالم ، هي في النظر إلى قواعد الحقوق الوضعية المطبقة في المجتمع كما هي . ومن ثم تحليلها وفهمها في ضوء النظام الاجتماعي وما يهدف اليه .

وإذا كان هذا النوع من المذاهب الواقعية ، لا يردّ أساس الحقوق ومستندها الاول إلى ارادة الله ومشيئة المشرع — كما تفعل المذاهب الحقوقية المحضة —

---

(١) راجـع كاره دومالبر Carré de Malberg النظرية العامة للدولة، في دولاكرسيه ولابوردلاكوست . المرجـع السابق ص ١٣ .

فانه ليحصر الحقوق علمياً بالحقوق الوضعية وعلاقات البشر القائمة ، ويرد ما يمكن أن ترجع اليه من مصادرها إلى مسلمات علم الاجتماع ، والمقتضيات المادية لحياة الجماعة . وربما اعتبر البعض المدرسة التاريخية والمذاهب الاجتماعية المختلفة (١) أشكالاً ومظاهر متنوعة لهذه الواقعية العلمية (٢) .

---

(١) كمدرسة الغاية الاجتماعية Ecole du but social وهي مدرسة الفقيه الالماني ايهريك واخيراً وخصوصاً المدرسة الاجتماعية للفقيه الفرنسي دوي Duguit المسماة بمدرسة « التضامن الاجتماعي » Ecole de la solidarité sociale . ويعتبر الفيلسوف الفرنسي اكوست كونت Auguste Comte زعيم المدارس الاجتماعية ومؤسسها ، وهي مذاهب متنوعة ذات فوارق حتى فيما يبدو منها متقارباً [راجع شارمون J . Charmont بحث الحقوق الطبيعية الطبعة الثانية ١٩٢٧ ص ١١٩ وما بعدها] .

(٢) واذا كانت مدرسة الشرح على المتون تقف عند نصوص القانون ولا تخرج عنها، وعن مشيئة واضعها وارادته في التفسير مطلقاً كما سنرى ، فتجعل القوانين الوضعية وحدها كل الحقوق. فأن المدرسة التاريخية ـ رغم انها على النقيض من السابقة لانها تنكر التفتيش عن ارادة المشرع ، كما تنكر مذهب الاولى في التفسير التقييدي للنص ـ فانها تجعل التقاليد والاعراف الشعبية الوطنية ، وتطورها التاريخي الحاصل من تلقاء نفسه ، اساس الحقوق وملهمها على النحو الذي سنوجزه بعد قليل .

قلنا ومن المذاهب الاجتماعية مذهب الغاية الاجتماعية للفقيه الالماني ايهريك Jhering وهذه المدرسة اذ تؤيد اعتبار التطور الاجتماعي اساس الحقوق ، غير انها تخالف المدرسة التاريخية السابقة مخالفة رئيسية جوهرية، من حيث ضرورة وضع القانون واحترامه من قبل الانسان، وان هذا القانون يجب ان يوضع مع الاخذ بعين الاعتبار التطور التاريخي للامة، ولكنه بالوقت ذاته يجب ان يصدر عن تفكير ، ولتحقيق غاية هي حفظ المجموع . فأساس الحقوق اذن هو هذه الحقوق الوضعية التي تعتبر بالتطور الماضي ، ولكنها تعمل جادة في تحقيق حفظ الجماعة والسعي وراء ذلك . [راجع كتاب ايهرنك Jhering الكفاح من اجل الحقوق Lutte pour le droit ترجمة Meulenaere ؛ راجع ايضاً شارمون J . Charmont ، بحث الحقوق الطبيعية ، ص ٨٩ وما بعدها ، راجع كتاب السنهوري وابو ستيت ، اصول القانون ص ٥٧ وما بعدها] .

ومن المذاهب الاجتماعية كذلك مذهب التضامن الاجتماعي للفقيه الفرنسي دوكي Duguit وهو يمتاز بأنه يعتبر مذهباً واقعياً يقوم على درس الحقائق الواقعية في المجتمع واستخلاص النتائج العلمية منها. والحقيقة الواقعية الثابتة في نظره هي وجود مجتمع بشري متضامن يشد بعضه بعضا، وتعمل الحقوق لحماية وتقوية وبقاء هذا التضامن الذي يجب ان يعتبر الاساس الوحيد لها .

[راجع شارمون نفس المرجع Le solidarisme ص ١٣٧ وما بعدها . وكذلك السنهوري وابو ستيت نفس المرجع ص ٦٠ وما بعدها] .

إن هذه النظريات المادية الواقعية على اختلافها ، سواء ما ارتكز منها على القوة والسلطان ، أو ما وقف منها عند حد القانون الوضعي ، أو تعداها لبحث الحوادث الاجتماعية بحثاً علمياً ، تفتقر كلها إلى الملاحظة الأولى التي ذكرناها من أن القواعد الحقوقية لا يمكن أن ينظر اليها فقط من حيث أنها واجبة التطبيق والاحترام بذاتها ومؤيدة بالقوة ، فهذا وجهها الظاهر ، ولكن ذلك لا يتناول مضمونها الباطن . بل أن الناس من حيث المضمون يناقشون صحة القاعدة أو عدمها بالنسبة إلى مثل عليا ، أو مسلمات طبيعية أو مجرد العدالة والانصاف . وإذا قبلنا أن تكون الحقيقة الوضعية والقوانين بذاتها أساس الحقوق ومردها بالنسبة للناس وللقضاء ، أفهلا يجب أن يكون لدى واضع القانون أية مثل عليا ، أي أساس يستلهم منه ، ويتفق مع العدالة والمنطق والعقل السليم ؟

إن هذه المذاهب الواقعية بمجموعها لا تريد أن تعترف على الوجدان الاخلاقي أو الضمير الانساني أو المنطق الطبيعي أو إلى آخر ما هنالك من مثل عليا ، كأساس للحقوق وقواعدها . وخصوصاً في مناقشتها أثناء تطبيقها وتفسيرها . وإذا كان بعضها ، كالمذاهب الاجتماعية والتاريخية ، يحاول أن يقيم مقام كل ذلك مفاهيم واقعية لا تخلو من هدف محمود ، كحفظ المجموع أو التضامن الاجتماعي ، إلا أنه لا يمكن مع ذلك ، ورغم ما تتضمنه هذه المذاهب من قسم من الحقيقة (١) ، لا يمكن مع ذلك أن تكون هناك حقوق صحيحة ، ولا سيما بالنسبة للمشرع ، إذا لم يكن هناك أساس من المثل العليا ، واذا لم تستوح هذه الحقوق حلولها من المنطق السليم ، والوجدان المجرد ، والعدالة والانصاف ، ليس عند استلهام القواعد واستيحائها فقط بل وكذلك عند تطبيقها وتفسيرها .

من أجل ذلك قامت منذ القديم وحتى العصور الحديثة نظريات ومذاهب اطلق عليها اسم المذاهب المثالية Doctrines idéalistes اتسمت بعقيدة لدى

---

(١) وخصوصاً نظرياتها النسبية للامور ، هذه النسبية التي هي غاية الحقائق في اعتقادنا .

أصحابها تقوم على وجود مثل أعلى للعدالة يجب أن تتجه الحقوق الوضعية اليه وتنطبق عليه [1] .

٣ ـ المذاهب المثالية

Doctrines idéalistes

لقد برزت بين هذه المذاهب المثالية مدرسة كبيرة هي مدرسة الحقوق الطبيعية ، يجب أن نقف عندها قليلاً لنرى ماهي هذه النظرية .

مدرسة الحقوق الطبيعية

Ecole du Droit naturel

يكاد يكون بحث أساس الحقوق مقروناً دوماً ببحث نظرية الحقوق الطبيعية أو القانون الطبيعي Droit naturel كما سماه المصريون ونص عليه في قانوننا المدني. وتكاد تكون هذه النظرية هى كل شيء في ذلك البحث منذ قرون .

وإذا كانت الحقوق الوضعيه ـ وهي القواعد الحقوقية المطبقة عملياً من قوانين وأعراف ـ تتلخص بأوامر وأحكام إلزامية ، فان الحقوق الطبيعية ـ كما وصفها أكثر المؤلفين [2] ـ هي تلك الحقوق والقواعد التي نفهمها أو نتصورها خارجاً عن القواعد والمبادىء القانونية والعرفية ، كما لو كانت توجبها الطبيعة ويفرضها

---

(١) راجع دولاكرسيه ولابوردلاكوست ، نفس المرجع السابق ، ص ٢٥ .

(٢) كولان وكابيتان ، المطول الابتدائي للحقوق المدنية الفرنسية، ج ١ ص ٤٣ ؛ بلانيول وريبر المطول الابتدائي للحقوق المدنية ، ج ١ ص ٤ الخ ...

العقل ، أو هي إذا شئتم المبـــادىء الحقوقية المثـالية التي يقرها منطق الطبيعة والعقل السليم .

وقد ذهب بعض المؤلفين إلى أن فكرة الحقوق الطبيعية بهذا المعنى تقـــابل وتوازى فكرة الحقوق الوضعية ، فهي تتألف من عدد من المبادىء والقواعد التي يتوجب على المشرع نفسه احترامها ، والتي بالقياس عليها يمكن معرفة ما إذا كان المشرع قد أحسن أو أساء .

وبالنظر لما لهذه النظرية من أهمية ، لا من الناحية النظرية فحسب ، بل ومن الناحية العملية أيضاً ، خصوصاً وأن المادة الأولى من قانوننا المدني الجـــديد قد نصت في الفقرة الثـانية منها أنه « إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ، فان لم توجد فبمقتضى العرف ، فإن لم يوجد فبمقتضى مباديء القانون الطبيعي وقواعد العدالة » ، بحيث أصبحت مبادىء القانون الطبيعي هذا وقواعد العدالة مصدراً رسمياً قضائياً وقانونياً ، منصوصاً عليه في الحقـوق الوضعية السورية ، لذلك نعتقد أنه من المستحسن أن نقف عند هذه النظرية قليلا ونرى ماهي وما هو مفهومها وما هي قيمتها .

أ ـ تاريخ نظرية الحقوق الطبيعية :

لا أريد أن أسهب في البحث عن تاريخ النظرية [1] ، فأعـــود إلى الفلسفة اليونانية وما تضمنته من أبحاث تتصل بمباديء القانون الطبيعي والحقوق الطبيعية ، لأن ماورد في هذه الفلسفة من مبـاديء تتعلق بالموضوع لاتخرج عن كونها آراء عارضة ، فلسفية مجردة ، لاتؤلف نظرية قائمة بذاتها ، لاسيما وقد جعلها الرواقون اليونان متصلة بالفلسفة وممتزجة بها .

---

(١) راجع في تاريخ هذه النظرية الدكتور سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ ص ٢٤٦ ـ ٢٥١ ، شارمون المرجع السابق ، أسمـان المرجـع السابق ص ١٧٤ ـ ١٧٥ .

راجـع كذلك محاضرتنا على مدرج الجامعة السورية ، « الحقوق الطبيعية وأثرها في الحياة » في مجموعة محاضرات الجامعة السورية عام ١٩٥١ (ص ١٢١ وما بعدها) .

ولا أريد كذلك أن أرجع إلى الحقوق الرومانية وفكرة القانون الطبيعي التي أخذها الرومان عن اليونان « متأثرين بمذهب الرواقيين ، ومعتبرين القانون الطبيعي Jus naturale ، القانون المثالي الذي يتكون من مجموعة قواعد أبدية سرمدية ، موجودة في الطبيعة ، يدركها الانسان بالعقل ، ولا تتغير بتغير الزمان والمكان ؛ ومميزين بينها وبين القانون المدني (أو الحقوق المدنية) Jus civile من ناحية ، وبين قانون الشعوب (أو حقوق الناس) Jus gentium من ناحية أخرى » .

ولا أريد أيضاً أن أعود إلى أقوال فقهاء الكنيسة المسيحية في أوروبة ، وما تبنوه من أحكام مستمدة من الحقوق الطبيعية [1] ، ما دام تأثير ذلك كله في الحقوق كان لا يختلف عن تأثير الفلسفة فيها ، أي قليلا ومحدوداً .

ولا أريد أخيراً أن أتعمق في هذا التاريخ فأفصل مذهب « المعتزلة » في الإسلام ، الذي جعل من فلسفته في إدراك الحسن والقبح ، مذهباً في الحقوق الطبيعية قد لا يختلف من حيث الجوهر عما قالت به مدرسة الحقوق الطبيعية فيما بعد [2] .

---

(١) الحقوق الطبيعية بالنسبة لفقهاء الكنيسة هي التي وضعها الله في قلب الانسان ، يدركها بمنطقه وعقله . وتهدف قبل كل شيء الى تحقيق العدالة والخير العام bien commun على حد تعبير الفقيه سان توما الاكويني St Thomas d'Aquin (راجع بول اسمان ، المرجع السابق ، ص ١٧٥) .

وقد سبق القديس « توما » الراهب كراسيان Gratian فجمع في القرن الثاني عشر ، في كتاب اصبح فيما بعد قانون الكنيسة ، عدداً من المبادىء الطبيعية (مثل عامل الناس بما تحب ان يعاملوك به) ... وحين جاء القديس توما فرق بين : ١ ـ القانون الديني الذي هو من عمل الوحي ، و٢ ـ القانون الطبيعي الذي يعرفه الانسان بالعقل والمنطق من غير وحي ، و٣ ـ الحقوق الانسانية اي الحقوق الوضعية . ومن الأمور الغريبة في المفاهيم الطبيعية التي تدل على انها في الحقيقة نسبية لا مطلقة ان القديس بول مثلا كان يعتبر من البديهيات الطبيعية ان يكون شعر المرأة طويلا وشعر الرجل قصيراً ... !

(٢) فقد ذهبت « المعتزلة » ان الحسن والقبح (أي المأمور به والمنهي عنه ، اي الحقوق =

لا أريد أن أذهب بكم إلى ذلك الماضي البعيد (١) ، رغم ما يضم من مفاهيم وأراء كان لها أثرها وقيمتها ، ذلك لأن نظرية الحق الطبيعي لم تأخذ هذه الصفة ، ولم تعتبر كذلك ، ولم تزدهر إلا في القرنين السابع عشر ، والثامن عشر ، وربما بعدهما أيضاً ، حيث تناولها فلاسفة عديدون ، ودافع عنها أكابر رجال الفكر

= يدركها العقل بذاته ، والشرع انما جاء كاشفاً ومعلناً عما ادركه العقل قبل وروده » .

وهكذا تخالف المعتزلة الاشعرية في هـذا مخالفة صريحة . وقد رأينا مذهب الاشعرية الواقعي في رد أساس القواعد الحقوقية الى المشرع الأول والشرع . وقد ورد في الشويكاني ، (ارشاد الفحول ص ٧) مايأتي : « اعلم انه لاخلاف في كون الحاكم هو الشرع بعد البعثة وبلوغ الدعوة . وأما قبل ذلك ... فقد قالت المعتزلة انـه يتعلق له تعالى حكم بما ادرك العقل فيه صفة حسن أو قبح لذاته او لصفته او لوجوده أو لأعتبارات ، على اختلاف بينهم في ذلك ، قالوا والشرع كاشف عما ادركه العقل قبل وروده (اي قبل ورود الشرع) .. ومحل النزاع بينهم (أي بين الاشعرية والمعتزلة) هو كون الفعل ، متعلق المدح والثواب ، والذم والعقاب آجلا وعاجلا ، فعند الاشعرية ومن وافقهم . ان ذلك لايثبت الا بالشرع . وعند المعتزلة ومن وافقهم ان ذلك ليس الا لكون الفعل واقعاً على وجه مخصوص لاجله يستحق فاعله الذم » ،

« وجاء في التوضيـح على التنقيح : العقل عند المعتزلة حاكم مطلق بالحسن والقبـح على الله تعالى وعلى العباد . اما على الله فلأن الاصلح للعبـاد ، واجب على الله بالعقـل . فيكون تركه حراماً على الله . والحكم بالوجوب والحرمة يكون حكـما بالحسن والقبـح ضرورة ، واما على العباد فلان العقل عندهم يوجب الافعال عليهم ، ويبيحها او يحرمها ، من غير ان يحكم الله فيها بشيء من ذلك » . (عن السنهوري وابو ستيت ، اصول القانون ، ص ٤٣) .

ومعنى ذلك ان مصدر الحقوق الحقيقي ، اي اساس الحقوق ، هو العقل لا الشرع نفسه خلافاً للاشعرية . واذا جعلنا العقل او المنطق هو مرد الاحكام فنكون قد أخذنا بمبدأ الحقوق الطبيعية . لاسيما وان المعتزلة كما ذكرنا يجعلون هذا العقل اساساً وحاكما على المشرع اي على الله وعلى المحكوم أي على العباد ، « فالله واجب عليه الاصلح للعباد ، والعباد يلجأون الى العقل في معرفة القانون وهذا صريح في ان هناك قانوناً طبيعياً يستقل العقل البشري بكشفه ، ولا حاجة بنا الى مشرع ، حتى لو كان هذا المشرع هو الله » . (نفس المرجع) .

(١) راجع ، في تفصيل هذه النظرية ، دولا كرسيه ولابوردلا كوست ، المرجع السابق ص ٢٥ وما بعدها . وكذلك الدكتور سليمان مرقس المرجع السابق ، ص ١٤٦ ومابعدها . راجع ايضاً ارمانجون ، نولدوولف ، المطول في مقارنة الحقوق ١٩٥٠ ج ١ ص ١٠ .

والفقه من انكليز وهولنديين والمان وفرنسيين الخ .. [1] وتؤكد الكثرة من المؤلفين أن الفضل الأول في إيجاد مدرسة الحقوق الطبيعية بشكل واضح علمي يرجع إلى الفقيه الهولندي « هوكو كروسيوس » Hugo Grotius الذي هو بالوقت ذاته شيخ الحقوق الدولية العامة وزعيمها العلمي الاول . ثم إلى اتباعه وعلى رأسهم الالماني « بوفندورف » Puffendorf الذي ألف كتاباً عنوانه : « الحق الطبيعي وحقوق الانسان » jure naturale et gentium سنة ١٦٧٢ .

ب — أسس نظرية الحقوق الطبيعية التقليدية :

وإذا كانت بعض مبادىء ومفاهيم الحقوق الطبيعية قد وجدت في القديم بشكل أولي مضطرب ، فان الذي ميز مدرسة الحقوق الطبيعية منذ كروسيوس ، محاولتها إقامة نظام كامل للحقوق الطبيعية ، يرتكز عليه ويستند اليه . وقد نجحت بعض النجاح ، فلم تقف عند حد الافكار العامة والمبادىء السامية ، بل تعدت ذلك إلى جميع تفاصيل الحقوق الخاصة ومواضيعها ، موجدة حلولاً وأحكاماً صحيحة — تتفق ومنطق الطبيعة ومقتضياتها — لكثير من المسائل العملية ، كمثل تأثير الغلط في العقد على صحته ، أو الشكل والعلانية في الوصية ، أو كبحث الحقوق الفطرية والأساسية للانسان droits innés ، الخاصة والعامة الخ ...[2] ولقد كان كروسيوس واضحاً وصريحاً في ذلك العهد حين اعلن ان الانسان بطبعه اجتماعي وعاقل « وان الحقوق (ويقصد بذلك الطبيعية) هي القواعد التي تتفق والمنطق الصحيح والعقل القويم droite raison ، بالنسبة لشخص يعيش في المجتمع . أو بعباره أخرى هى ما يتفق والمنطق الاجتماعي ، بحيث يرجع إلى تحقيق العدالة

(١) كان الاصل في ايجاد الحقوق الطبيعية تأييد السلطة العليا وسيطرة الملوك، كما فعل هوبس في كتابه فياتان : « الانسان ذئب على اخيه ولا يمكن التماس من شره الا اذا اعطيت للحاكم سلطة مطلقة لمنع الناس من اتيان الشر » وبالاستناد الى نفس المبادىء ذهب لوك Lock مذهباً آخر حيث لم يجز ان يعطي الحاكم من السلطة الا بقدر ماهو لازم لتحقيق الطمأنينة . .

(٢) راجع ارمانجون ، نولدوولف، المرجع السابق ، ص ٨ .

وما يراه العقل المجرد حقاً ، هي تلك المباديء « التي بمقتضاها يتعين الحكم بان عملا معيناً ظالم أو عادل ،لكونه مخالفاً أو موافقاً للمعقول ، وبأن الله منشيء الطبيعة ينهى عنه أو يأمر به . » ، (١) وهكذا مثلا فانما يتفق والعقل السليم احترام أموال الغير وعدم مسها ، احترام العقود وايفاء العهود ، اصلاح الاضرار التي تلحقها بالغير من جراء خطاءك . . الخ .. . لأن احترام المواثيق وأموال الغـــير من المسلمات الأصلية للحقوق الطبيعية .

وبناء على ذلك فان مبادىء هذا القانون الطبيعي القـائمـة على الحياة الاجتماعية والمنطق السليم والموجودة في الطبيعة نفسها وفي الانسان نفسه ، هي أولاً مبادىء عامة وعالمية Universelle ، وهي ثانياً واحدة لدى مختلف الشعوب والامم المتمدنة رغم تعدد القوانين الوضعية واختلافها ، وهي ثالثاً ثابتة ، مستقرة ، immuables لا تقبل التبديل والتحوير ، خلافاً للقوانين والحقوق الوضعيـــة ذات التبدل المستمر .

وقد حذا حذو كروسيوس وأتباعه كثير من الفلاسفة والفقهاء مع فوارق بسيطة . ونزعات متنوعة ، من انكيز أمثال لوك Lock وكامبرلاند Cumberland وفرنسيين أمثال مونتسيكو Montesquieu وروسو Rousseau ، مع ما يميز كل منهم من ميول فردية او اجتماعية (٢) ...

---

(١) من كتابه « حق الحرب وحق السلم » كما ورد في مرقس ، المرجع السابق ،ص ١٥٥

(٢) فالفرد بحسب فلسفة القرن الثامن عشر ، بصفته انساناً يكون متمتعاً بحقوق خالدة ثابتة متصلة بشخصيته الانسانية ، لاتقبل التنازل ولا الفقدان . ويمكن ان تلخص هذه الحقوق بالحق الاساسي الاول الذي هو حق الحرية . فالانسان ولد حراً ، كما يقول روسو ، أو كما قال عمر بن الخطاب « متى استعبدتم النـاس وقد ولدتهم امائهم احراراً » . واذا كانت ضرورات الحياة الاجتماعية في مجتمع منظم تفرض قيـام قواعد تحد من الحرية الفردية ، فان هذا التحديد وهذه القيود لا تقبل ولا تعلل الا باتفاق الافراد على تقييد حريتهم ، وبالتالي التضحية بجزء من حقهم الطبيعي لقاء حفظ البـــاقي ، وهو ماسمي بالاتفاق الاجتماعي او « العقد الاجتماعي » Contrat social وقيمة هذه النظرية اليوم مشكوك فيها كثيراً .

ويتضح من كل ذلك أن الحقوق الطبيعية بحسب هـذه النظرية فوق الحقوق الوضعية وهي أساسها ، لأن القواعد الحقوقية مأخوذة من طبيعة الاشياء . انها تتفق والعقل والمنطق ،انها لم توجد بفضل القانون وبفضل المشرع ،بل هي موجودة قبل أن توجد القوانين . وقد قال مونتسكيو في كتابه روح القوانين [1] : « قبل أن توجد القوانين لا بد وان هناك علاقات حقوقية بين الناس ، فاذا قلنا أنـــه لا مجال لبحث ما إذا كانت القواعد عادلة أو غير عادلة ،ما دامت لم تحددها القوانين الوضعية ، فكأننا نقول أن اقطار الدائرة الواحـدة ليست متساوية ما دمنا لم نرسم بعد محيط هذه الدائرة » . فهناك اذن قوانين طبيعية لا تحتاج أن يضعها البشر ، ومنها يتعين الحق من غير الحق ، ومنهـا يجب أن يستمـــد المفهوم الصحيح للقواعد الحقوقية .

وعلى هذا فان مهمة السلطات العامة في الدولة يجب أن لا تتعدى حد اعلان أمثال هذه القواعد وتبنيها وجعلها اجبارية ، أو بعبارة ثانية يجب أن تستمد الحقوق الوضعية من مسلمات العقل ، وان تتحرى عن هذه القوانين الطبيعيـة وتجعلها وضعية .

ج ـ قيمة هذه النظرية واثرها

إن هذا القول وهذه النتيجة المنطقية بقدر ما بدت براقة مقنعة ، وبقدر ما لاقت في أول أدوارها من موافقة وتأييد حتى غدت حقوق الثورة الفرنسيـة كلها ، بل وحقوق العالم المتمدن بأسره حيناً من الزمن قائمة عليها [2] ، وسرعان ما اصيبت بصدمة عنيفة افقدتها كل مكانتها أو جلها نظرياً وعملياً .

---

(١) الكتاب الأول ، الفصل الأول .

(٢) لقد كان تأثير هذه النظرية على الحقوق الحديثـة والنظم السياسية كبيراً حتى جاءت بيانات ومبادىء حقوق الانسان لدى الامريـكان اولاً ، ولدى الفرنسيين ثانيـاً ، وفي الاعلان العـالمي لحقوق الانسان ، ثالثاً ومؤخراً ، تستمد منها اساسها وقواعدها ، وتبعها في ذلك عدد من القوانين والتشريعات المختلفة في كثير من بلاد العالم .

ويقول الاستاذ « ريبر » في مقال له [1] : « إن فكرة الحقوق الطبيعية — وهي العتيقة في بابها قد صارت موضع نقد وتحقيقات تاريخية ، وباستثناء أولئك الذين يرون أن هذا الحق مستفاد ومرتكز في أساسه إلى العقل المنور بالايمان ، فان المدرسة الفقهية لنظرية الحقوق الطبيعية لم تستطع أن تعيد لهذا الحق قوته المتلاشية » .

وفي الحقيقة إذا كانت القواعد الحقوقية وليدة العقل السليم والعدل المطلق ، وإذا كانت هناك حقوق مشتقة من الطبيعة ، ذات وجود مستقل خاص ، أشبه بالشمس التي تبعث أشعتها على جميع انحاء العالم على السواء ، فمن البديهي ان تكون هناك في كل موضوع وفي كل ناحية من نواحي الفعالية البشرية قاعدة أو مبداء يقره القانون الطبيعي « كما توجد قواعد صريحة أو ضمنية تقرها النصوص الوضعية » . ومن البديهي أن تكون القاعدة واحدة في كل زمان وكل مكان . لا سيما وان نظرية الحقوق الطبيعية التقليدية تقوم على اعتبار وجود قواعد طبيعية ومجردة تطبق على الجميع يكتشفها الإنسان بالعقل وان مهمة الشارع ليست سوى الوصول إلى اكتشاف هذه المبادىء في القانون الطبيعي وتبنيها ... غير أن أخصام هذه النظرية يؤكدون أن الواقع يخالف ذلك تماماً . ذلك لأن المتحرين عن هذه المبادىء كثيرون ، والمفتشين عن هذه القواعد عديدون ، وهم مختلفون بالنزعات والأفكار والثقافة والآراء الفلسفية والسياسية والشخصية ... فمن الطبيعي ان يصلوا الى نتائج مختلفة ، وأحكام متباينة حتى يمسي هناك من قواعد الحقوق الطبيعية في كل موضوع بقدر ما يوجد من أفراد وعقول .

ويقول أصحاب المدرسة التاريخية في انتقادهم للحقوق الطبيعية ، ان الحقوق

---

(١) راجع مقال الاستاذ ريبر بعنوان « تقويم الحياة الحقوقية في نصف قرن » مجلة دالوز الاسبوعية ، العدد الأول تاريخ ١٩٥٠/١/١٥ معرب في مجلة القانون ، ١٩٥٠ ع ٦ ص ٩٢ — ١٠٦ .

في الواقع محصول التطور البشري ، وعصارة عوامل اجتماعية مختلفة من تاريخ الأمة وعاداتها وأوضاعها وتقاليدها الخ .. وإنه « من السخف محاولة البحث عن قواعد عالمية ازلية ، وتجاهل ما دل عليه تاريخ مختلف الامم من تغير قوانينها بتغير ظروفها ، ولذلك كانت الأفكار التي تؤلف مضمون الحقوق وقواعدها تختلف في الزمان وفي المكان تحت تأثير هذه العوامل » ، وقد كان مونتين Montaigne قوياً لاذعاً في انتقاده حين قال : « مضحكون أولئك الذين يقولون إن هناك قوانين خالدة ، ثابتة مستقرة ، ويسمونها القوانين الطبيعية .. ما اسوأ طالعهم حين لا نصادف — حولنا في هذا العالم — في هذه القوانين التي لا تحصى قانوناً واحداً قد طبقته أمم الأرض أو وافق عليه الناس جميعاً . . . ترى هل لهم أن يدلوني على واحد كذلك .. » . ولعل ما قاله باسكال Pascal « حقيقة ما قبل البيرينه ، خطأ ما وراءها .. أية عدالة مضحكة هذه التي يحدها نهر .. » أو جبل للدفاع عن الحقوق الطبيعية وضرورتها ، هو الذي يؤيد ان الواقع خلاف ذلك .

هذا إذا لم نعد إلى الوراء قليلاً فنرى أن مؤسسات حقوقية برمتها ، مثل مؤسسة الرق مثلاً ، كانت تعتبر طبيعية ومعقولة ، وما كان أحد يفكر ان يرى فيها مخالفة للطبيعة أو منطق الاشياء ، في حين انها اليوم منافية لأبسط المبادىء الطبيعية . ومما لا شك فيه ان العقل المجرد في القضايا الاجتماعية لا يمكن أن يكون كافياً — في كثير من الأحيان — كأساس لبنائها ، بل ان هناك أيضاً عناصر تجريبية عملية أخرى لا تغني عنها المحاكمات النظرية .

أضف إلى ذلك ان فكرة وجود هذه الحقوق الطبيعية قبل القوانين والقواعد الحقوقية والوضعية ، قد طغت إلى حد كبير ، تحت تأثير النظرية الفردية حتى جاء « بيان حقوق الانسان والمواطن » في أول الثورة الفرنسية يؤكد هذه « الحقوق الطبيعية الفردية » بما لا يتفق أحياناً والمصلحة الاجتماعية . وغير خاف ان النزعات الاجتماعية الحاضرة جعلت أمثال هذه المفاهيم الفردية الطبيعية ، بعيدة عن الواقع والغاية من الحقوق .

ولقد كان لانتقاد المدرسة التاريخية ، مدرسة الفقيه الالماني سافيني Savigny في أوائل القرن التاسع عشر — كما رأينا — أثر بالغ كذلك . فقد أكد أن أساس الحقوق والمبادىء التي يجدر أن تستقى منها، يجب في الواقع أن يفتش عنها في تاريخ الأمة وحياة الأمة ، وعادات الأمة ووجدانها وحاجاتها الخ .. وليس هو هذا البحث المجرد في الطبيعة والمنطق والعقل .

ولكن هذه الانتقادات الحاسمة التي وجهت إلى نظرية الحقوق الطبيعيـــة أو القانون الطبيعي فجمدتها ردحاً من الزمن ، خلال القرن التاسع عشر ، لم تمنع من عودتها إلى الظهور حديثاً ولكن بشكل آخر يخفف من غلوائها واطلاقها ، ويبعد عن النظرية التأثيرات الفردية التي سيطرت عليها ، ولهذا يذكر المؤلفون « بعث الحقوق الطبيعية » أو « الحقوق الطبيعية بثوبها الجديد » . . . ولكنهم ما يزالون غير متفقين على مفاهيمها وأسسها .

د ـ الاشكال الحديثة لنظرية الحقوق الطبيعية

١ ـ يذهب البعض ، بتأثير المدرسة التاريخية وتخلصاً من انتقاداتها ، إلى القول بوجود « حقوق طبيعية ذات مضمون متحول ومتبدل à contenu variable » رغم مافي ذلك من تناقض وعدم توافق بين الاعتراف بوجود حقوق طبيعية والقول بان مضمون هذه الحقوق غير ثابت وقد يتبدل كل يوم (١) .

فمن الثابت — كما يقول فدل — (٢) ان مبادىء الحقوق الطبيعية قد تبدلت وتتبدل بشكل متواصل . فمن الاعلان الاميركي في أواخر القرن الثامن عشر ، إلى بيان حقوق الانسان والمواطن إبان الثورة الفرنسية — هـــذا البيان الذي

---

(١) انظر انتقاد ذلك في ريبر ، القاعدة الاخلاقية في الالتزامات ص ١٧ .

(٢) فدل Vedel ، مجلة الحقوق الاجتماعية Revue de Droit social ، عـــام ١٩٤٩ ص ٣٧٢ .

اعتبر ثابتاً خالداً جامعاً لمبادىء الحقوق الطبيعيـة ـ إلى مفاهيم جديـدة تعلن أنها مستمدة من الحقوق الطبيعية كذلك في دستور فرانسة عام ١٩٤٦، ثم إلى الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر في ١٠ كانون أول ١٩٤٨ الذي جاء معدلاً ما سبق وهو يصرح في مقدمته أنه يجمع الحقوق الاساسية التي تشكل مادة الحرية والعدالة والسلام في العالم !! ومن هذا كله يتضح أن الحقوق الطبيعية ليست هـذه الحقوق الثابتة الخالدة كما كان يُظن .

ويعتبر من هذا الرأي الفقيـه الألماني ستاملر Stammler والفقيه الفرنسي الكبير سالي Saleilles [1] .

٢ ـــ ويذهب البعض الآخر . ومنهم الاستاذان بلانيول وكابيتان ، إلى القول بنظرية الحقوق الطبيعيـــة ذات المضمون المحـدود ، معتبرين المفهوم التقليدي للحقوق الطبيعية أساساً للنظرية ولكن بعد حصره وتضييق دائرة مضمونه ليستساغ قبوله. وبذلك تقصر الحقوق الطبيعية على عدد محدود من المبادىء العامة والقواعد المسلم بها اتفاقاً والتى تعتبر لازمة أبداً لخير المجتمع العام .

ولكن ما هي حدود هذا المضمون وما هي المبادىء والمفاهيم التي يجب أن نقف عندها ؟ .

٣ ـــ على ان أغلب الفقهاء والمؤلفين المعاصرين يميلون اليوم لاعتبار الحقوق الطبيعية متمثلة بفكرة العدالة ، ويدللون على ذلك بان « فكرة العدالة » أو «قواعد العدالة » كما تفرض قواعد أخلاقية تفرض أيضاً قواعد حقوقيـة وتمليها على رجل الحقوق والقانون ، كما فعل جنى Geny حين أطلق على قواعد الحقوق الطبيعيـة عبارة « التي لا تقاوم » وردها جملة وتفصيلاً إلى فكرة العدالة الاصيله [2] .

---

(١) وقد قال شرمون Chermont بالاستناد الى ذلك : « بعث الحقوق الطبيعية » (انظر انتقاد ذلك في ريبر ، القاعدة الاخلاقية ، المرجع السابق ص ١٧) .

ويحاول آخرون ان يجـــدوا حلا وسطاً بين النظرية التقليدية للحقوق الطبيعية ، وبين المدرسة الاجتماعية والتاريخية ذاهبين الى وجود قواعـد حقوقية ، مستمدة وقائمة على التضامن الاجتماعي Solidarité sociale ، يمكن الوصول اليها ومعرفتها بدراسة الجمعيات البشرية (ويرأس هذه المدرسة ـ كما رأينا ـ الفقيه الفرنسي دوكي Duguit) .

(٢) راجع كتابه « العلم والصياغة في الحقوق الخاصة الوضعية » ، « الحقوق الطبيعية التي

ويقول ريبر : أنه لا ينكر الضعف الفلسفي لأكثر هذه النظريات الحقوقية ولعله من الأفضل أن نقول بوجود الحقوق الطبيعية أكثر من أن نحاول تعليلها أو تعديلها . وحسبنا أن نقول أن وجود هذه الحقوق الطبيعية بمثابة التمسك بمثل أعلى حقوقي ، فوق الحقوق الوضعية يحقق العدالة ويقرب اليها .

هـ ـ الخلاصة

وصفوة القول أن مضمون الحقوق الطبيعية، يمكن أن يلخص من مجموع هذه النظريات بما يلي :[1] .

اولاً ، من الناحية الفردية ، أي من ناحية شخص الانسان ، فان حقوقه الاساسية ، التي لطالما ذكرتها بيانات حقوق الانسان ، ونصت عليها الدساتير ، تقوم على اعتبار الفرد بطبيعته وأصله كائناً عاقلا ، حراً مساوياً لأخيه الانسان وينشأ عن ذلك أن له حقوقاً طبيعية تمكنه من تحقيق غاياته الشخصية بوسائله الخاصة وعلى مسؤوليته وتتجلى هذه الحقوق بالحرية والمساواة .

أما الحرية ، فتشمل حرية الشخص ، المادية والأدبية والروحية ، التي يجب أن تضمنها الحقوق وتكفلها الدولة وتحترمها القوانين . واستناداً إلى ذلك يعتبر مخالفاً للحقوق الطبيعية كل شرط أو نص أو عمل يمنع أو يضيق على الانسان حريته الطبيعية ، أدبية أو مادية ، خارجية أو داخلية ، في عمله وحياته . بل تعتبر مخالفة للحقوق الطبيعية إذا اختلت حرية الانسان بسبب التباين في الاوضاع

لا تقاوم » l'irréductible Droit naturel ج ٤ ، ١٩٢٤ ص ٢١٣ ـ ٢٦٥ .

وقد نحى هذا المنحى كثيرون امثال رونار Renard « الحقوق ، العدالة والارادة » باريس ١٩٢٤ ؛ لويس لوكاس Louis Lucas « الحقوق الطبيعية، اصلاح اجتماعي » ١٩٢٥ ص ٧٨ » ؛ لوفور Le Fur « اساس الحقوق ١٩٢٥ » الخ ...

(راجع انتقاد ذلك في ريبر ، القاعد الاخلاقية ، المرجع السابق ص ١٧) .

(١) راجع دولا كرسية ولا يوردلا كوست ، المرجع السابق ص ٤٧ وما بعدها .

الاجتماعية أو الاقتصادية في التعامل ، ولو من غير نص صريح أو ضمني ، ومن غير شرط أو عمل ، كما هي الحال في كثير من الأحيان مع العمال في المعامل الكبرى ، أو مع المسافرين تجـــاه شركات النقل المتنفذة . . . حيث لا تبقى لهم إرادة أو حرية في الاختيار . فيعتبر وضعهم مخالفاً للحقوق الطبيعيـة ، وبالتالي واجب الحماية بحسب مبادئهـا (١) .

وأما المساواة فانها تقوم على تساوي بني الانسان أمام الفرص والمناسبات ،وفي الحقوق والواجبات وتساويهم أمام القانون والقضاء (٢) .

وإذا كان المجتمع بذاته يبدو أنه يتضمن بطبيعتـه عدم التساوي في كثير من النواحي بين أفراده ، كالتباين الفردي في الخلقة والصحة والحظ . . أو في العرق والدم . . فان ذلك ليس إلا عارضاً ، لا يتناول الحقوق الأساسية للانسان وهو بطبيعته الحرة العاقلة يجب أن يكون مساوياً لأخيه الانسان في حياته الأساسية ، وسائر عناصر شخصيته . . ومن النتائج التي تنشأ عن ذلك أنه يجب أن يكون لكل انسان ، للعامل مثلاً ، حد أدنى من أجر أو دخل لتأمين حيـاته ومعيشته ، يضمنهـا المجموع . ولعل الشريعة الاسلامية ، أو الفقـــه الاسلامي ، من أكثر الشرائع تمسكا بهذه المبادىء الطبيعية ، والأمثلة فيها كثيرة لا حاجة لتعدادها .

وثانياً ، من الناحية الاجتماعية ، أي من ناحيـة المجتمع مستقلا عن الأفراد

---

(١) لقد نص الدستور السوري لعام ١٩٥٠ : ان الدولة تكفل الحرية (المادة ٨) وأن حرية الفرد مصونة . . (المـــادة ١٠) وأن لكل سوري أن يعرب بحرية عن رأيه بالقول والكتابة والتصوير وسائر وسائل التعبير (المادة ١٤) .

(٢) ولقد جـــاء في الدستور السوري كذلك أن المواطنين متساوون أمام القـانون في الواجبات والحقوق ، وفي الكرامـة والمنزلة الاجتماعية (المـــادة ٧) . وتكفل الدولة تكافؤ الفرص لجميع المواطنين ... (المادة ٩) .

فان حقوق المجتمع الأساسية هي في الخير العام . والخير العام إذا كان صعب التعريف والتحديد ، فانه يتجلى في مصلحة الآخرين والمجموع ، أكثر من النظر إلى مصلحة فرد أو شخص ، كما يتجلى في الاهتمام بمصلحة الأسرة وكيانها ، ومصلحة المهنة ونهوضها ، ومصلحة الوطن والدولة . . وهكذا مثلا يجب أن يضحي كل من رب العمل والعامل من أجل إنهاض مشروع العمل ومصلحة المجموع . ولعل الحديث الشريف « لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه » من خير الضوابط لهذا الخير العام .

على أن كثيراً من الفلاسفة والفقهاء ، رأوا في هاتين الناحيتين الفردية والاجتماعية تضارباً وتبايناً ، كما رأوا ذلك بين الحرية والمساواة في بعض الاحيان(١).

في الحقيقة أن احترام حرية الفرد ، ومساواته بالآخرين قد تصدم فعلا وفي كثير من الأحيان الخير العام القائم على مصلحة المجتمع ، وقد يقتضي أحياناً التضحية بحرية الفرد وحقوق الفرد الطبيعية في سبيل المجموع وخيره ، فكيف نؤلف بينها في حقوق طبيعية منسجمة لا تنافر فيها ؟

إنه وإن تكن المذاهب الفردية والاجتماعية على طرفي نقيض في هذا الموضوع فتجعل الأولى أي الفردية ، الفرد هدف الحقوق وغايته ، وليس المجتمع إلا مجموع الأفراد ، والنتيجة الطبيعية لهم ، وتغالي في حريته ومساواته ، عاملة على الاقلال من قيودها ، على عكس الثانية — الاجتماعية — التي تجعل المجتمع فوق الفرد ، وهو غاية الحقوق وتنظيمها كما رأينا ، بحيث يجب أن يضحي بالفرد في سبيل المجتمع فهي لذلك لا تتردد في المغالاة بتقييد تلك الحرية ، قلنا ، انه رغم ذلك التنافر والتضارب فان الجميع يقرون أن تضحية بعض حقوق الفرد في سبيل المجتمع أو تقييدها ، تكون كذلك في خير الفرد نفسه ايضاً ، ذلك لأن بقاءه واستفادته من شخصه وأمواله ، يتوقف على قيام المجتمع وانتظامه ، وبالتالي على التضحيات المتبادلة

---

(١) راجع محاضرتنا « الحقوق الطبيعية وأثرها في الحياة » ، المرجع السابق .

من الأفراد [1] .

لعل أكثر تفرعات هذه المبادىء العامة تتجلى في العدد المتزايد من القواعد الكلية أو المبادىء الأساسية التي تذكرها الدساتير لأكثر الشرائع الحديثة ، على اعتبار أنها الأساس الذي لا شك فيه ، والمسلمات الأصليـــة للحقوق . وسنرى مفهوم الحقوق الطبيعية أو مبادىء القانون الطبيعي التي نص عليها قانوننـا المدني في مادته الاولى ، وما تضمنه الدستور السوري من تطبيقات للنظرية . وحسبنا أن نذكر الآن أن لنظرية الحقوق الطبيعية ، كما أوجزنا مفهومهـا وتاريخها ، سلطاناً عاماً عالمياً ، وتأثيراً ظاهراً على الشرائع والقوانين منذ القانون البروسي عام ١٧٩٤ فالفرنسي عـام ١٨٠٤ ، فالنمساوي عام ١٨١١ ، هـــذه التشريعات التي استقت بصورة مباشرة عدداً من أحكامها من مفاهيم ومبادىء الحقوق الطبيعية حتى قـال بورتاليس Portalis أحد كبار واضعي القـــانون الفرنسي ، في مشروع الكتاب التمهيدي ما يلي :

« هناك حقوق عالمية وثابتة ، مصدر جميع القوانين الوضعية وهذه الحقوق هي المنطق الطبيعي Raison naturelle الذي يخضع له جميع الناس [2] » .

---

(١) كما هي نظريات لوك Lock ، وروســو Rousseau ومونتسيكو الخ .. مـــع الاختلافات والفوارق .

(٢) راجع الاقوال والتقارير والاعمال غير المطبوعة السابقة للقانون المدني المنشورة عـام ١٨٤٤ ص ٣٠٧ مذكورة في ارمانجون ، نولدوولف. المرجع السابق ص ٨١ .

Portalis, Discours, rapports et travaux inédils sur le Code civil. 1844 , p. 309 :

« II existe un droit universel et immuable, source de toutes lois positives, il n'est que la raison naturelle en tant qu elle gouverne tous les hommes » .

واذا درسنا الاعمال التحضيرية للقـانون المدني الفرنسي نلاحظ أن المشرع ــ في الغالب ــ كان يلجأ الى الحقوق الطبيعية ليبرر حكماً أو قاعدة تبناهـــا فيقول بورتاليس مثلا ليدافع عن جعل الزواج مؤسسة مدنية بحتة لا علاقة للدين والكنيسة بها ، يقول ان الزواج عمل طبيعي =

وإذا كانت نصوص القانون المدني الفرنسي لم تحو كثيراً من هـذه العبارات ، فان عدداً من المفاهيم الأساسية لهذا القانون ، كالملكية الفردية المطلقة ، والزواج المدني ، والتعويض عن الاضرار ، والمسؤولية العقدية ... قد تأثرت كثيراً بمبادىء القانون الطبيعي ، ولا سيما إذا قورنت بما كان سائداً قبلها (١) .

وربما اعتبر مبدأ مقاومة الطغيان Resistance à L'opression وهو حق الشعب بالثورة على رجال الحكم المستبدين وإبعادهم ، من أبرز الحقوق الطبيعيـة ، تبعاً للحق الطبيعي للشعب بحكم نفسه بنفسه .

٤ — نظرية المدرسة التاريخية ، او مذهب التطور التاريخي

Ecole historique

لقد رأينا كيف انتقدت نظرية الحقوق الطبيعيـة في القرن التاسع عشر ، ولا سيما على أثر الثورة الفرنسية ذات النزعة الفردية ، وعلى أثر التقنين الثابت المكتوب وخصوصاً من المدرسة التاريخية .

١ً — أسس هذه النظرية

والمدرسة التاريخيـــة ، خلافاً للمذاهب السابقة ، مذهب فقهـاء وحقوقيين

= يرجع الى الحقوق الطبيعية . انه بطبيعته وبغايته عمل دائم يوجب التزامات ومراسم لمعرفة هذه الالتزامات . ومثل ذلك في تبرير الملكية الخاصة والفردية المطلقة ضد ملكية الاسياد التي كانت سائدة قبلا . (نفس المرجع ص ٢١ وما بعدها) .

(١) حتى ان المشروع الاول للقانون المدني الفرنسي قد أشار صراحة في المادة الاولى ، الى الرجوع للحقوق الطبيعية ومبادئها (راجع ريبر ، القاعدة الاخلاقيـــة ، المرجع السابق ، ص ١٤ هامش) .

قبل كل شيء ، لأنها ترتكز على ابحاث حقوقية محضة ، وتكاد تكون بمثابة رد فعل مباشر وقوي للمباديء التي سادت في الثورة الفرنسية والتقنين الذي تبعها ، تلك المباديء القائمة على المثل العليا المجردة ، والمسلمات الطبيعية والفردية ، لتقيم مقامها مفهوم الواقع الحقوقي réalisme juridique . وعلى هذا لم يكن ليقبل فقهاء هذه المدرسة نظرية الحق الطبيعي كأساس للحقوق بل هم يقيمون مقامها فكرة التطور التاريخي ، والتجارب الاجتماعية empirisme social أي فكرة الرجوع إلى حياة الامة الاجتماعية ، في ماضيها وحاضرها وتطورها ، ليردوا اليها حقوقها وتشريعها .

إن سافيني Savigny زعيم هذه المدرسة ، وبوشتا Puchta حامل لوائها ، يريدان أن يدللا أن حقوق أمة من الأمم ليست التشريع أو التقنين الذي أراد رجال الثورة الفرنسية وأصحاب نظرية الحق الطبيعي ان يوجدوه بكل مافيه من جديد ، بل ان حقوقها كلها وليده عاداتها المتأصلة ، وتقاليدها الراسخة ، ولا تخلق فيها خلقاً أو تفرض عليها فرضاً .

وقد أوضح سافيني مذهبه فقال : (١)

« إن المدرسة التاريخية تعتقد أن مادة الحقوق انما تستقى من ماضي الامة بأجمعه وليست هي شيئاً كيفياً اختيارياً يمكن الزامها به كالأخذ بهذه المؤسسة الحقوقية أو تلك ، انها نتيجة العصارة الخاصة بالامة وبتاريخها . والحقوق في كل زمن من الازمان تكون شديدة الصلة ، قوية الاتصال بطبيعة الامة وطابعها ، ولذلك كانت الحقوق شبيهة باللغة بالنسبة للبلاد ، فكما لايوجد أبداً توقف أو انقطاع بالنسبة للغة الامة ، كذلك بالنسبة لحقوقها ، وهما كلاهما خاضعان الى

---

(١) في رده الشهير على مقال نشره احد فقهاء الالمان Thibaut في هيدلبرغ سنة ١٩١٤ يطلب فيه اقامة تشريع او تقنين على غرار تقنين بليون ، بعد أن انسحبت فرنسا من بروسيا .

نفس السير ونفس النمو كسائر فعاليات الامة ، وان هـذا النمو خاضع الى نفس قانون الضرورة الذي كان يخضع له يوم بدأ . وهكذا فحقوق أمة من الامم تولد معها وتموت حينما تفقد هذه الامة شخصيتها . ومهما رجعنا صعداً في التاريخ نجد أن الحقوق المدنية كان لها طابعها الخاص والمعين بالنسبة لكل أمـة من الامم ، مثل لغتها ، وتقاليدها ، وتكونها . . .

وفي الحق ليس للغة ولا لحقوق من وجود مستقل قائم بذاته ، بل انهما شكلان من أشكال فعالية الامة وقواها لا يمكن فصلها عنها . وان اعتبارهما منفصلين ليس سوى عمل الفكر المجرد الخيالي » .

والمشرع إذا هو جاء أحياناً بقواعد أو نصوص حول مبادىء ما فانه لا يوجدها ولا يبتكرها ، وإنما عمله مقصور على الاعلان عن شيء موجود في صميم الحياة والتقاليد ، عن قاعدة موجودة قبلا في وجدان الشعب والناس . ولا قيمة إيجابية لهذا الاعلان ، وهو إذا تعدى ذلك يكون قد أخطأ وأتى أمراً إدّاً .

وهكذا فان نظرية سافيني مفعمة بفكرة الاتصال الوطني . والحقـوق في نظره بنت الحاجات الاجتماعية ، وثمرة القوى الداخلية الصامتة ، تعبر عنها الاعراف من حيث لا يشعر بها .

أما التعامل الحقوقي ، والاجتهاد القضائي فقد يبدل ويعدل فيها ، ولكن بصورة تدريجية ، بطيئة لا شعورية ، وأما القوانين الجديدة فمهمتها أن تتحقق من هذه الاعراف ، وما يطرأ عليهـــا من تبدل فتؤكدها ، وأما الفقيه فلا يقوم بغير التعبير عنها .

والشعب ، وهو في نظره ليس فقط مجمـوع المواطنين في عصر ما ، بل تلك الوحدة التي تجتمع فيها الاجيال ، ويربطها الحاضر بالماضي والمستقبل ، والشعب هو الذي يخلق حقوقه ، وان تقاليده هي التي تسهر في المحافظة عليها . والتقاليد هي هذا التراث الذي ينتقل بالارث المتصل غير الملموس ، من جيل إلى جيل . وعلى هذا

فان مذهب التطور التاريخي يقوم على المبدأ المزدوج الآتي :

آ ــ الحقوق عمل الزمن ، وثمرة العمل المتواصل الصامت المشترك ، انها ثمرة التطور ومحصول الحياة الاجتماعية ، لا اثر للايجاد الارادي فيها ، اللهم الا في اظهارها والتفتيش عنها ، ولذلك كان نموها بطيئاً غير محسوس .

ب ــ انها خلافاً لنظرية الحقوق الطبيعية ، غير عامة ولا واحدة ثابتة ، بل هي متعددة ومتبدلة مع الزمن ، انهـــا في تطور مستمر ، بحسب طبيعة كل شعب وامة .

٢ً ــ انتقاد هذه النظرية

هذه النظرية كانت عظيمة الانتشار وكبيرة التأثير حيناً من الزمن في القرن التاسع عشر ولا سيما في المانيـــا . خصوصاً وان نظرية الحقوق الطبيعية الفردية أخذت تلقى مقاومة شديدة بظهور النظريات والمذاهب الاجتماعية والاشتراكية ، ومع ذلك فان فقهـاء عظيمين ، ممن كانوا مناصرين للمدرسة التاريخية ، ومؤيدين لها أمثال « ايهرنك » قد انقلبوا عليهـــا منتقدين ما ورد فيها . وتتلخص هذه الانتقادات بما يأتي :

أ ــ ان اساس الحقوق لا يمكن أن يكون فقط حسب نظرية سافيني وبوشتا هذا التطور البطيء غير المحسوس في الحيـاة الاجتماعية ، وليس تماماً أن تكوّن الحقوق ووجودها انمـــا يتم من غير تعب ولا نصب ، ومن غير جهد وتفكير وارادة ، كما تتولد اللغة وتتطور . فالحقوق توجد في كثير من الاحيان ايجاداً ، وتستخلص بعد جهد وتفكير وإرادة ، بل وربما بعد ثورات وانقلابات ، والتاريخ مفعم بالامثلة الناطقة على ذلك . فالتخلص من الرق او من التكاليف الشخصية التي كانت تنصب على عمل الانسان او جسمه ، واقامة الحرية الشخصية ، وقبول الملكية المعنوية الادبية والتجارية والصناعية ، وافراج الحريات الفردية والخ... كلها حقوق لم يعترف بها ، ولم تعط لاصحابها الا بعد صراع عنيف وطويل ، وربما

بعد دماء وضحايا ، وهي تؤيد أن حقوقاً قامت وأخرى زالت بفعل الارادة والعمل الظاهر والمفاجىء ، وليس من نفسها بصورة غير محسوسة ولا ملموسة ، بطيئة وتدريجية وغير إرادية كما ذهبت المدرسة التاريخية .

لقد أخطأت المدرسة التاريخيـــة خطأ ظاهراً حين أهملت اهمالاً كلياً وتاماً ومقصوداً عمل الارادة وفعاليـة الانسان العامل في رفع مستوى الحقوق ، أو بصورة أخصر عمل المشرع الارادي ، ولعل المدرسة التاريخيـــة لم تنظر إلا الحقوق القديمة في منشأها وأدوارها الاولى ، أدوار تشكيلها عندما كانت عرفية ولم تحسب حساباً للتقنينات الحديثة التي انبثق عنها تطور القرنين التاسع عشر والعشرين وما أوجبته مدنيتها من تشريع كبير كان أساساً لها .

وإذا كانت القوانين في أصلها لا تبغي إلا تركيز الاعراف وتثبيتها ، غير ان هذه المرحلة اليوم أصبحت قديمة ، وصارت القوانين تنشيء الحقوق وتوجد المبادىء والقواعد الجديدة متأثرة بتجارب الغير وقوانين الغير .

ب — إن المدرسة التاريخية تنتهي إلى القول : أن الحقوق وطنية محلية وتقوم على العنصر والوطن ، وبالتالي على التعدد والاستقلال . وهذه نظرية قديمة باليـة أيضاً فقد أثبتت التجارب تحرر الحقوق من القبلية والعصبية والوطن ، لتمتد إلى ما وراء الحدود ، وقد أخذ كثير من البلدان بقوانين البلدان الاخرى ولم تعد الحقوق هـذه الأفـكار العنصرية ، والمـكانية الاقليمية الضيقة التي تنتهي اليهـا المدرسة التاريخية .

ولذلك عادت مدرسة الحقوق الطبيعية على النحو الذي أسلفنا في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين وحتى يومنا هذا ، لتعتبر أساس الحقوق ومستندها الأسمى .

§ ٦ ـ القواعد الحقوقية

تبين لنا مما سبق من أبحاث ، أن الحقوق عامل تنظيمي في الحياة الاجتماعية لا يمكن أن يستغنى عنه . وهذا التنظيم إنما يتم عن طريق وبواسطة عدد من القواعد الحقوقية ، أي من الضوابط التي يجب على الناس التقيد بها في فعاليتهم الخارجية أو سلوكهم الاجتماعي باعتبارها مفروضة أو قابلة للفرض عليهم بالقوة تحقيقاً للانتظام الاجتماعي وتأميناً لحقوق الأفراد ومصالح المجتمع معاً (١) .

في الحقيقة ان الحقوق تتجلى بمبادىء وقواعد في السلوك الخارجي (أي في الصلات بالغير والمجتمع) Préceptes de conduite externe يتمشى عليها الناس في حركاتهم وسكناتهم وليس ثمة سبيل لوجود الحقوق وتطبيقها إلا إذا كانت هناك قواعد معينة .وتمتاز هذه القواعد بأنها عامة ومجردة abstraite et générale لا خاصة مشخصة ، بمعنى أنها ذات مدلول عام تنطبق على الجميع ، ولا تقتصر على شخص معين ، وهذه هي قواعد الحقوق الموضوعية كما رأينا ، وتمتاز بأنها مؤيدة بمؤيد خارجي ، بقوة الدولة وسلطانها .

فاذا قلت إن الحقوق تمنع السرقة وتعاقبها ، فمعنى ذلك في الواقع ان احدى القواعد الحقوقية، أومبادىء السلوك التي تنص عليها الحقوق الموضوعية، تقضي بذلك على سائر الناس وتحتم الجزاء على الفاعل . وكذلك إذا قلت إن الدائن يستطيع ابطال تصرفات المدين في أمواله إذا أجراها بقصد تهريب هذه الأموال من وجه الدائن ، فانما تبحث عن قاعدة حقوقية من جملة القواعد الكثيرة التي تتألف منها الحقوق .. وهكذا نستطيع أن نتمثل كل حكم من أحكام القوانين كقاعدة أومبدأ للسلوك الخارجي .

---

(١) بونكاز ، المرجع السابق ص ٣٣ وما بعدها .

كيان القواعد الحقوقية وصفاتها

وإذا حللنا هذه القواعد الحقوقية وجدنا أن كيان كل قاعدة يتألف من عنصرين مادي ومعنوي ، فالعنصر الأول المادي ، هو تلك الوقائع المادية ، تلك الأحوال الواقعية التي يرتكز عليها الحكم . والعنصر الثاني المعنوي هو ذلك الحكم الذي تعطيه القاعدة الحقوقية لتلك الوقائع والأحوال .

وإذا استعرضنا القواعد الحقوقية كلها وجدنا فيها هذين العنصرين اللذين لا بد من اجتماعهما ليقال ان هناك قاعدة حقوقية . فلو رجعنا إلى قانون حمورابي ، أقدم ما اكتشف من قوانين ، وإلى الحقوق الرومانية منذ قرون خلت ، وجدنا أن نصوص القوانين القديمة وفقهاء الرومان قديماً كانوا يتمثلون القواعد الحقوقية بجمل شرطية ، أو افتراضات واقعية ، يخلصون منها إلى الحكم ؛ فكنت تجدهم غالباً يقولون إذا حصل كذا .. فالحكم القانوني كذا ، مما يظهر قسمي القاعدة وعنصريها بشكل واضح . ومثل ذلك في الحقوق الإسلامية فاذا تصفحتم كتاباً من كتب الفقه ، وجدتم ان أكثر محاكمات الفقهاء وأقوالهم قائم على هذا الشكل . حتى في مجلة الأحكام العدلية فان أمثال هذه الجمل كثيرة في موادها . بل ان القوانين الحديثة كثيراً ما تستعمل هذه العبارات فقد نص القانون المدني الفرنسي مثلاً انه : « إذا احتاج الشيء المأجور إلى اصلاح أثناء مدة الاجارة ، (وهذا هو العنصر المادي) « فان على الشاغل أن يقوم بها مع الاحتفاظ بحقوقه » ، (وهذا هو العنصر المعنوي إي الحكم القانوني) . ونظرة سريعة نلقيها على قانوننا المدني الجديد تأتينا أمثلة لا تحصى .

مثلاً الفقرة الثانية للمادة الأولى « فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف ، وإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة » .

ولا يشترط أن يكون النص مشروطاً بهذا الشكل الصريح بكلمة « إذا » بل يمكن أن يكون مقلوباً . مثلا المادة ٦ من القانون المدني الجديد :

« يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية :

أ — إذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير الخ » .

بل لا يشترط لتبين هذين العنصرين وجود جمل شرطية من هـذا النوع . ولعلنا نستطيع أن نرد كل النصوص ، حتى تلك التي لا شرط ظاهر فيها إلى أنها تحوي العنصرين ، عنصر الوقائع أولاً وعنصر الحكم الموافق لها ثانياً ، فمثلا المادة ٣ القانون المدني تنص :

« تحسب المواعيد بالتقويم الميلادي ، ما لم ينص القانوني على غير ذلك » .

فالشطر الأول لهذه المادة يجعل حساب المواعيد بالتقويم الميلادي ، ولكن ماذا يعني ذلك ؟ ومتى نلجأ لحساب المواعيد لنقول أن هذا الحساب يجري على هـذا التقويم أو ذاك ؟

إننا إذا أردنا أن نحلل هذا الحكم وجدنا أنه يتضمن في ضمنه العنصر المادي وهو وجود خلاف على حساب مدة من الزمن لها أثر قانوني ، فإذا اقتضى أمر إجراء حساب مدة من هذا النوع ، وإذا لم ينص القانون على تقويم معين ، صير إلى حسابها على التقويم الميلادي لا التقويم الهجرى ، وهكذا .. بحيث يمكن القول إنه في كل مرة يوجد حكم قانوني فان هذا حكم إنما يكون حلا يعطيه القانون من أجل حالة مادية أو واقعة فعلية ولو كانت معنوية ، لتكون هناك قاعدة حقوقية .

ويتضح مما تقدم أن هذه الوقائع يمكن أن تكون مادية بحتـة ، مثل انفاق المستأجر على المأجور أثناء مدة الاجارة ، ويمكن أن تكون وقائع حقوقية غير مادية مثل فقدان النص أو العرف في المادة الاولى او حساب المواعيد ومضي المدة وعدم وجود نص على حساب الميعاد في المدة الثالثة من قانونا المدني .

أما الحكم فيمكن أن يكون نهياً عن عمل ، أو أمراً بعمل ، أو ربما اقتصر على بيان النتيجة الحقوقية التي يجب اعتبارها من هذه الوقائع . مثلا يمكن أن يكون الحكم الغاء العقد ، أقامة وصي ، إجراء حساب ، اعتبار الشخص مسؤولاً .. الخ ..

ولعله يمكن أن نضيف إلى هذين الركنين الأساسيين في القاعدة الحقوقية ركناً ثالثاً هو العنصر المنطقي أو الوجداني élément rationnel الذي يربط الواقعة بالحكم ، ويوجب هذا الحكم لتلك الواقعة ، وهو ما بحثناه تحت عنوان أساس الحقوق ، من حقوق طبيعية أو أسس أخرى .

وكثيراً ما تتصل القواعد بعضها ببعض كحلقات متسلسلة لا حد لها ، وربما تداخلت تداخلا تاماً إلى حد تصبح فيه أحكام بعضها مطبقة على وقائع الاخرى وبالعكس . فمثلا في عقد البيع ، في حالة البائع الذي سلم المشتري بضائع معينة هناك عدد من القواعد الكثيرة ، المتصلة المتداخلة . فهناك تبادل في الملك بين بضائع وثمن ، ثم هناك بضائع معينة ومسؤولية ، وهناك خيار للمشتري في ابطال البيع ، وهناك دفع لهذه المسؤولية لأسباب معينة كمعرفة المشترى بالعيب . وهناك الخ .. من القواعد ، من الوقائع ، والأحكام التابعة لها ، مما تؤلف كلا متداخلا ووحدة يكمل بعضها بعضاً وتسمى بالمؤسسة الحقوقية .

§ ٧ — المؤسسات الحقوقية

في الحقيقة ، إذا كان في كل مرة توجد واقعة فعلية ، ويكون لها اعتبار ومفعول حقوقي ، أي يكون لها حكم قانوني ، تكون هناك قاعدة حقوقية ، ويكون لهذه القاعدة شمول للوقائع المماثلة ، إلا أنه مع ذلك لا يمكن عملياً ونظرياً أن تشمل القاعدة الواحدة جميع الوقائع والحالات الأخرى المرتبطة بها أو المتفرعة عنها ، بل لا بد من عدد من القواعد المتصلة التي تكمل بعضها بعضاً كما ذكرنا . فمثلا إذا كان

للمالك أن يتصرف في عقاره كيف شاء وليس للغير أن يتعدى على ملكه ، فان هذه القاعدة وحدها لا تكفي لتنظيم علاقات الملكية العقارية ، وما يتصل بها من أحوال ، بل هنالك قواعد أخرى كثيره متشابكة متداخلة ، وهذه القواعد التي تبحث في وقائع الملكية العقارية وما يتعلق بها ، والأحكام المقابلة لهذه الوقائع ، ليست مبعثرة بلا نظام لا تتصل بعضها ببعض ولا تربط بينها من الناحية الحقوقية ، والفنية خصوصاً ، روابط ما ، بل هي مجتمعة كلها في صعيد واحد ، وتؤلف بناء واحداً ، يطلق عليه اسم مؤسسة حقوقية institution juridique وفي مثالنا الملكية العقارية (١) .

فالمؤسسة الحقوقية إذن هي دائرة تجتمع في نطاقها القواعد الحقوقية التي هي من ذات الجنس ونفس الموضوع أو البحث ، إنها مجموعة قواعد حقوقية متداخلة فيما بينها ومؤلفة كلا واحداً يضم سلسلة من العلاقات المشتقة من الموضوع والمرتبطة به ، والذي يشكل أساس المؤسسة وقاعدتها ، وحول هذا الاساس تدور جميع القواعد التابعة لها ، وفي مثالنا الملكية العقارية .

كذلك في المثال الأول عقد البيع وما يتعلق به ، من أركان العقد وكيفية الانعقاد وشروطه ، وأحكام البيع وآثاره ، وأنواعه ، وما يطرأ عليه من أحوال عارضة الخ ... فمجموع القواعد التي تبحث في كل هذا وتدور حول محور أصلي هو التزام البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي مافي مقابل الثمن الذي يتوجب على المشتري ؛ وتشكل بمجموعها مؤسسة حقوقية هي « البيع » .

وكذلك في الأحوال الشخصية ، فان مؤسسة الزواج ، وهي مجموع التنظيمات

---

(١) بعض المؤلفين المصريين عرب تعبير institution juridique بعبارة « النظام الحقوقي » مما لا يأتلف مع مفهومنا واصطلاحنا ، لا بالنسبة للنظام الحقوقي ولا بالنسبة للمؤسسة الحقوقية .

الحقوقية المتعلقة بارتباط الرجل بالمرأة أرتباطاً شرعياً ، تجتمع تحتها قواعد كثيرة من شروط انعقاد الزواج ومحرماته ... إلى واجبات الاخلاص والوفاء بين الزوجين إلى واجبات الطاعة والمساكنه ، إلى واجبات النفقة والمساعدة ... الخ ، وكلها ناجمة عن هذا الاتحاد بين رجل وامرأة بعقد زواج .

ومن المهم أن نلاحظ إن القواعد الحقوقية في الأصل لا يمكن أن تدرس ولا يجب أن تدرس بمعزل عن المؤسسة التي تؤلف حجراً من بنائها ، بل لا بد من التعرف اليها في موضعها من البناء كله .

ويمتدح المؤلفون تحليل « ايهرنك » لمفهوم المؤسسة الحقوقية حيث قال : « إن القواعد الحقوقية تستنتج بطريق التجريد من ملاحظة العلاقات الأجتماعية في الحياة ، لأن هذه القواعد إنما وجدت لتبين وتحدد الطبيعة الباطنة لهذه العلاقات ، وفي أغلب الأحيان يجب اشتراك عدد من القواعد حول محورها ، وتجتمع هذه المحاور حول وحداتها المنظمة التي هي المؤسسات الحقوقية . ونستطيع تشبيه هذه المؤسسات بالهيكل العظمي الذي تجتمع عليه العضلات والعروق وسائر العضويات الأخرى (التي هي بالنسبة للحقوق أشبه بالقواعد) فتؤلف الجسم الانساني (الذي هو أشبه بالمؤسسة) وهذه المؤسسة تولد وتعمل وتتخاصم وتموت.. ولعلني أستطيع أن أسميها — لأصورها للقارىء — بالمخلوقات أو بالأصح بالأجسام الحقوقية [1].

وهكذا نجد أن المؤسسات الحقوقية الموجودة في كل ميادين الحقوق تتمثل بها الدراسات الحقوقية وتقوم عليها .

§٨ ـ تعريف الحقوق

بعد أن أوجزنا فيما سبق معاني الحقوق وصورها ، وموضوعها وأسسها ، وبعد أن فرقنا بين الحقوق والأخلاق والدين ، واستعرضنا سريعاً أهم الآراء التي تقوم

---

(١) روح الحقوق الرومانية ج ١ ص ٣٥ ـ ٣٧ .

عليها فلسفة الحقوق ، نعتقد أنه يمكننا أن نأتي الآن بتعريف للحقوق يصور في أذهاننا ، دون تعب أو غموض ، علم الحقوق ويبرزه في أهم عناصره ومميزاته .

عرفنا أن « ايهرنك » يصور الحقوق ويعرفها بأنها : مصلحة محمية حقوقياً intérêt juridiquement protégé « أو مصلحة يحميها القانون » كما يقول الاستاذان السنهوري وأبو ستيت . وقد ذاع صيت هذا التعريف وتبناه كثير من الفقهاء والمؤلفين . ولكنه انتقد بعد ذلك انتقادات كثيرة وصحيحة أفقدته الكثير من قيمته أو جلها . قالوا إن الأصل في كل تعريف أن لا يدخل فيه الشيء المعرف وفي مثل هذا التعريف فكأننا نكون قد عرفنا الحقوق بالحقوق ، لأنها إذا كانت الحقوق مصلحة تحميها الحقوق ، فنكون قد عرفنا الشيء بنفسه . وعندي أن الذي قصده ايهرنك بتعريفه هذا ليست الحقوق الموضوعية بمعناها العام بل الحقوق بالمعنى الشخصي أو الذاتي subjectif ، تلك المصالح الشخصية المعينة التي تحميها ، أي توجدها وتؤيدها ، الحقوق الموضوعية .

ونستطيع في نظرنا أن نعرف الحقوق الموضوعية بوجه عام بالتعريف الآتي :

« مجموع الضوابط الالزامية المفروضة على الناس في حياتهم الاجتماعية بغية تحقيق الطمأنينة الفردية والانسجام العام ، وتتجلى بقواعد ومؤسسات حقوقية » .

إن هذا التعريف مأخوذ من مجمل ما فصلنا ، وجامع للعناصر الرئيسية التي ذكرنا ، وهو يتقارب مع أكثر التعاريف الحقوقية العلمية ، إلا ما كان صادراً منها عن مدرسة أو مذهب ذي اتجاه معين .

فاذا حللتم هذا التعريف ، ووقفتم عند كل لفظة من ألفاظه ؛ وجدتم أنها تمثل فكراً أساسياً ، وركناً رئيسياً من أركان الحقوق ، في حين انه بمجموعه يصور ميادين الحقوق وعناصرها ، من جميع نواحيها ، في ماضيها وحاضرها ومستقبلها .

انه يبين :

١ — ان الحقوق مجموعة الضوابط ، وإذا قلنا ضوابط (جمع ضابط) نقصد كل ما ينظم شؤون الحياة من أحكام كلية تنطبق على جزئياتها ، أو بتعبير ثان من قواعد ونواظم عامة في كل ما ينظم ويضبط العلاقات على اختلاف أنواعها .

والضابط أو القاعدة تكون ذات تطبيق عام ومنظم ، فهي من جهة تنطبق على الجميع ، ولا تكون شخصية أو خاصة ، وهذا ما أوضحناه في التفريق بين المعنيين للحق ، الشخصي subjectif والموضوعي objectif فقد رأينا ان الحق الموضوعي ، خلافاً للحق الشخصي ، يقوم على الضوابط والقواعد ذات التطبيق العام على كل الاعمال التي ينظمها ، وجميع الاشخاص الذين يخضعون له .

وهي من جهة أخرى ناظمة للعلاقات والروابط الانسانية والاجتماعية ، مثلما تنظم القوانين العلمية الطبيعية أو التجريبية بقواعدها الثابتة المستمدة من التجربة والمنطق ، لانها تطبق على حوادث متكررة وأشخاص متماثلين ، وتطبق كل مرة على النحو الذي طبقت به من قبل . وهكذا فان هذا التكرار في التطبيق يخلق نظاماً متناسقاً لا يختل [١] وهذا هو أبرز معاني العلم ، لذلك كان بين علم الحقوق والعلوم الاخرى شبه ظاهر من هذه الناحية . غير أن ثمة فرقاً رئيسيا بينها ، هو أن قواعد العلوم الطبيعية والتجريبية ، تنطبق من نفسها ، وتجري بطبيعتها ، دون حاجة لوضعها ودراستها ودون حاجة لالزامها وفرضها ، بل خلافاً لكل محاولة لالزام أو فرض معاكس ، في حين أن قواعد علم الحقوق تحتاج إلى الالزام والفرض وهذه هي الحقيقة الثانية [٢] .

---

(١) كقانون الجاذبية او دوران الفلك الخ ...

(٢) راجع السنهوري وابو ستيت ، المرجع السابق .

٢ — وإذن فهذه الضوابط في الحقوق ، يجب أن تكون إلزامية أي واجبة ، وعلى الجميع أن يطيعوها رضوا أم أبو . وهذا أيضاً ما يفرق بينها وبين القواعد الوجدانية أو الأخلاقية التي ليس فيها أية صفة من صفات الالزام الخارجي .

ويتأيد هذا الالزام بفرضها على الناس فرضاً بقوة الدولة وعقوباتها ، ولهذه الخاصة أهمية كبرى بالنسبة للقواعد الاجتماعية المماثلة، مثل قواعد الدين والاخلاق. فاذا لم يخضع الناس لقواعد الحقوق عن رضا وطيب خاطر ، وقليلا ما يشذون ، فانهم يجبرون على ذلك بالمؤيدات الجبرية من عقوبات جزائية ، الى المؤيدات المدنية. ومتى خلت القاعدة أو الضابط من مؤيده لا يبقى له قيمة حقوقية وربما يصبح قاعدة أخلاقية أو مجرد نصيحة (١) .

وقد رأينا كيف يغالي أصحاب النظرية الواقعية أو المادية في اعتبار هذا الفرض أو الاجبار ، حتى جعلوه أساس الحقوق ومصدرها الأوحد جريا مع النظريات الواقعية التي اعتبرت الدولة أو السلطان (الذي يخضع للقواعد الحقوقية وينفذها بالقوة) أو إرادة الله وأمره — بحسب الأشعرية — وحدها أساساً للحقوق .

ويقول هوبس Hobbes : ليست الحقوق مجرد نصيحة بل هي أمر ، وليست أمراً من أي شخص كان الى شخص آخر ، انما هي أمر من شخص مسلّم له بالطاعة الى آخر عليه واجب الطاعة (٢) .

٣ — ان هذه القواعد الالزامية المفروضة انما هي قواعد لتنظيم روابط

---

(١) عن السنهوري وابو ستيت المرجع السابق ص ١٥ ، ويقول ايهرنك ملحاً « ان الحقوق بلا قوة كلمة خالية من المعنى » le droit sans force est un mot vide de sens (راجع دوكوجيس De Cujis مراحل الحقوق ، ج ١ ص ١١) .

(٢) في كتابه Leviathan القسم الثاني ، الفصل رقم ١٦ ؛ راجع كذلك السنهوري وابو ستيت ، المرجع السابق ، في هامش ص ٢٧.

الناس في حياتهم الاجتماعية . فالحقوق انما تنظم الحياة الاجتماعية والروابط التي تنجم عنها ، ولا تتناول حياة الفرد بمفرده وبمعزل عن الناس . وهذا ايضاً مايفرق بين الحقوق والاخلاق والدين . وقد رأينا كيف أن البشرية عرفت الحياة الاجتماعية منذ مهدها ، لان الانسان اجتماعي بطبعه ، وهذه الصفة تقضي حتما وجود روابط وصلات يجب تنظيمها بقواعد ، وتقوم الحقوق على هذا التنظيم .

٤ — واذا كانت الحقوق تقوم على تنظيم هـذه الروابط ، فانها إنما تقوم على ذلك بغية تحقيق الطمأنينة الفردية والانسجام العـــام بمعنى أن هدفها الاصلي هو تأمين ما لكل واحد من الناس من حقوق ومصالح فردية ، وبالوقت ذاته الوصول الى ايجاد استقرار اجتماعي وتوافق وسلام بين مختلف الفعاليات البشرية في الحيـاة الاجتماعيـة . فتأمين هذه المصالح ، والمحافظـــة على السلام ، والوصول الى هذا الانسجام harmonie ، هو الذي تستهدفه الحقوق وتنظيماتها أكثر من العمل على تحقيق العدالة أو المثل العليا أو الخير ، لأن هذه المباديء من أهداف الاخلاق أو الفلسفة ، وليست من أهداف الحقوق . وبذلك لا نكون قد ضربنـــا بالحقوق والمصالح الفردية عرض الحائط ، وإنما نكون قد قلنا باحترام هذه الحقوق والمصالح ما دامت لا تتعارض مع المصلحة العامة والسلام الاجتماعي (١) .

٥ — هذا واذا أضفنـا الى هذا التعريف الذي يجمع فيما ذكرنا العنـــاصر

---

(١) يذهب بعض المؤلفين الى تعريف الحقوق من حيث هدفها بانها « القواعد التي تكفل حريات الافراد وتحقيق الخير العـــام » (الدكتور سليمان مرقس ، المرجـع السابق ص ٦) وبذلك جعلوا هدف الحقوق تأمين حرية الافراد من جهة وتحقيق الخير العـام من جهة أخرى وهذا ما لا يختلف مع ما ذكرناه .

الاصلية للحقوق ، أن هـذه تتجلى بالقواعـد والمؤسسات الحقوقية ، فلا نضيف شيئاً جديداً أو معنى رئيسياً ، وإنما نلفت النظر إلى أن الحقوق هي في الواقع هذه القواعد والمؤسسات التي تتمثل بها .

تلـكم هي المواضيع الأصلية التي وجب علينا بحثها لنأخذ فكرة عامة عن الحقوق قبل أن ندخل في تفاصيلها ، ولا سيما تقسيمها ومصادرها .

★★★

البحث الثاني

تقسيم الحقوق

Classification du Droit

الحقوق كما عرفناها ، وفصلنا موضوعها ومقوماتها ، وأوضحنا أساسها ، ليست قسماً واحداً بموضوع واحد ؛ وإنما هي فروع وأقسام تملأ ساحة الحقوق وتتميز كل فئة منها عن الفئة الأخرى من نواح وأسباب وأعتبارات ، تتعلق بالموضوع والغاية ، أو بالصفة والطبيعة ، أو بالمؤيد والجزاء . ويتفق المؤلفون والفقهاء على تقسيم الحقوق وتصنيفها ، إلى زمر أو فئات وذلك لأجل سهولة الدراسة على الأقل .

وقبل أن نبحث هذه الفروع والأقسام لنذكر ، منذ الان ، أن الحدود التي تفصل كل فرع أو قسم عن الآخر ليست من الوضوح واتفاق الفقهاء عليها ، مايمكن الجزم فيها ، بل إن هذه الحدود مضطربة متموجة ومختلف فيها ؛ ولعلها لم توجد إلا لناحية فنية هي تسهيل البحث وتقسيم العمل . فالاتصال وثيق والأرتباط قائم فيما بينها حتى في حال إمكان التفريق بينها .

ويؤكد كثير من الفقهاء في العصر الحاضر إن التمييز بين أنواع أو زمر الحقوق لا يستند إلى أساس علمي أو أجتماعي جوهري وأساسي ، وإنما هو

الصطناعي وهمي [1].

ومهما يكن الأمر ، فاننا نستطيع مبدئياً تقسيم الحقوق باعتارين رئيسيين : الأول باعتبار الصلات والعلاقات التي تنظمها في الدولة ، وبالنظر للاشخاص أو الاطراف موضوع تنظيمها ، وهي بهذا الأعتبار تقسم بين عامة وخاصة . والثاني باعتبار شمولها المكاني ، من حيث تطبيقها في الدولة أو في خارج حدودها ، وهي بهذا الأعتبار تقسم إلى حقوق داخلية ودولية . ويمكننا أن نضيف أنواعاً أخرى في تقسيم الحقوق إما باعتبار التقسيم الاسلامي الذي يقوم على التمييز بين حقوق الله وحقوق العباد . وأما باعتبار الهدف المتصل بالمجموع إلى حقوق فردية وحقوق جماعية .

١ ـ الحقوق العامة والحقوق الخاصة

١ — لمحة عن هذا التقسيم

أول هذه التقاسيم وأهمها هو التمييز بين الحقوق العامة والحقوق الخاصة ، وهما القسمان الرئيسيان للحقوق . وقد عرف الرومان هذا التقسيم ، رغم أنهم لم يعطوه صفة رسمية فاعتبروا من الحقوق العامة كل ما تعلق بتنظيم الشيء العام quod ad statun rei ronanae spectat واعتبروا من الحقوق الخاصة كل ما تعلق بمصالح الأفراد quod ad singolorum utilitêm [2].

أما مونتيسكو فقد عرف الحقوق العامة ، وكان يسميها الحقوق السياسية ،

---

(١) راجع جورج سل G. Scelles ، المدخل لدراسة الحقوق ، المرجع السابق ص ٢٣-٢٧ ؛ جوليو دولامورنديير Julliot de la Morandière ، نفس المرجع ص ١٨١ـ١٨٣ .

(٢) دوباكيه المرجع السابق ص ١٢ .

كانما : هي القوانين الناظمة للعلاقات القائمة بين الحاكمين والمحكومين . وعرف الحقوق الخاصة التي اطلق عليها اسم الحقوق المدنية ، كانما هي القوانين الناظمة لعلاقات الأفراد فيما بينهم (١) .

وذهب آخرون مذاهب أخرى في تعريف الحقوق العامة والحقوق الخاصة ومهما كان مبلغ الاختلاف بين الفقهاء والمؤلفين في تعيين حدود كل من الحقوق العامة والخاصة ،فان الحقوق الخاصه تبقى في الحقيقة تلك القواعد التي تنظم علاقات الافراد فيما بينهم ، وهم موضوعون على قدم المساواة ، بعيدون عن تدخل السلطات يعملون لمصالحهم الشخصية والخاصة ، كما لو اشتريت أو بعت ، أو كما لو أوصيت أو وهبت ، أو كما لو تملكت ، وحدود هذا التملك بالنسبة للجوار والأملاك الأخرى .. الخ .. أنها هي التي تنظم روابط الافراد بعضهم بالبعض الآخر في حياتهم العادية ، سواء كانت هذه الروابط روابط أسرة أو روابط مالية ، بل ولو كانت هذه العلاقات بين الاشخاص والدولة ، لا بصفتها تقوم بخدمة عامة ، أو تمثل السيادة والسلطان ، وإنما باعتبارها شخصاً معنوياً عادياً يدخل في معاملات كالتي يدخل فيها الافراد .

في حين أن الحقوق العامة هي مجموع القواعد المتعلقة بتنظيم الدولة وجهازها، وسلطاتها وسيادتها ، وأمنها واستقرارها ، وفي إدارتها وتأمين سير الخدمات العامة فيها ؛ وفي علاقاتها مع غيرها من الدول الاخرى ...

وقبل أن ننتقل إلى تفصيل الفروع التابعة لهذا التقسيم ، لنرى ما هي أهمية هذا التقسيم وما هي أسسه ؟

٢ — أهمية هذا التقسيم وفائدته

فرقت أكثر الشرائع بين هذين القسمين الرئيسيين للحقوق ، فما هي الفائدة العملية لهذا التفريق ؟

---

(١) روح القوانين ، الكتاب الاول ، الفصل الثالث .

إن تفريق الحقوق إلى عامة وخاصة ما يزال معترفاً عليه وقائماً في أكثر النظم والشرائع كأثر من آثار الحقوق القديمة والتفكير التقليدي ؛ وإذا كانت الحقوق الحديثة والاتجاهات الجديدة لم تعد تؤمن بوجود حواجز وحدود فاصلة وحقيقية بين القسمين، فان هذا التفريق مع ذلك يبقى رغم كل الانتقادات التي وجهت وتوجه إليه ذا أهمية نظرية وفائدة عملية لا تنكر .

أما من الناحية النظرية ، فان الحقوق العامة ، في مفاهيمها ومبادئها الأساسية ، في هدفها القائم على تحقيق أمن الدولة وكيانها ، واستقرارها وازدهارها ، وفي طبيعتها كقواعد وجدت لتأمين الهدف الأساسي السابق الذكر ، وبالتالي ذات طابع يسمو على كل اتفاق ومصلحة فردية، تبقى مختلفة عن قواعد الحقوق الخاصة التي تهدف في الأصل إلى تأمين مصالح الأفراد وخيرهم وتتصف بالتالي بأنها ترتكز على ارادة الناس واتفاقهم ، والأهمية النظرية لمثل هذا التفريق لا تخفى . هـذا بالاضافة إلى الفائدة النظرية في تسهيل تدريس الحقوق وحسن تصنيفها ؛ وإلى الناحية التاريخية التي مر التفريق بها .

وأما من الناحية العملية ، فان اقرار مبـداء التفريق المشار إليه ينتهي بنا إلى نتائج تطبيقية هامة سواء في لزوم القاعدة وعدم جواز الخروج عليها أو الاتفاق على خلافها ووجوب تنفيذها مباشرة ، وسواء وخصوصاً بالنسبة للمؤيد والجزاء ، والمحاكم والقضاء ، والتنفيذ والاجراء . لأن مؤيد قواعد الحقوق العامة أقوى من مؤيد قواعد الحقوق الخاصة اجمالاً . كما أن القضاء مستقل في تكوينه وفي أصوله واجراءاته ، وفي تطبيقاته واتجاهاته عن قضاء الحقوق الخاصة ، وأخيراً ولا سيما في التنفيذ والاجراء حيث تكون الدولة قادرة دوماً من تحصيل ديونها ، وتنفيـذ

ما تعتقده حقاً لها تجاه المواطنين بنفسها مباشرة ، وبحيث لو سمح للمتضرر أحياناً بمراجعة القضاء فتكون الدولة غالباً مدعى عليها لأنها لا تحتاج إلى مراجعة القضاء بل تقتضي لنفسها مباشرة .

وإذا كان بعضهم يحاول أن يجعل قواعد الحقوق العامة والخاصة متساوية من حيث النتيجة في امكان مراجعة القضاء والخضوع لأحكامه ؛ فان مما لا شك فيه أن القضائين مختلفان لا من حيث صفة الدوله كمدعى عليها في الغالب والأصل فحسب بل من حيث المفاهيم والمبادىء والأحكام التي يقضى بموجبها حتى اعتبرت هذه المفاهيم والمبادىء بمثابة الكمال والانطلاق للحقوق ، وحتى قال بعض الفقهاء « يظهر أن قواعد الحقوق الخاصة كلما اكتملت وأصبحت نهائية قطعية انتقلت إلى حظيرة الحقوق العامة واستقرت فيها »[1] .

٣ — اسس هذا التنظيم

ولكن كيف نستطيع أن نميز هذين القسمين الكبيرين وما هي المعايير والأسس التي يمكن الاستناد إليها في هذا التقسيم ؟

لقد رأينا أن تقسيم الحقوق إلى عامة وخاصة قديم وتقليدي في عالم الحقوق ، ورغم قدم هذا التقسيم ، وقبوله من الأكثرية إن لم يكن من الجميع ، وظهوره بمظهر الواضح ، فان التعمق في تحديد مبادئه وتعيين مقاييسه يؤكد صعوبة الوصول إلى معيار صحيح وواضح ، وقد قامت لذلك نظريات عدة نشير إلى أشهرها .

---

(١) راجع رونه سافاتيه René Savatier في كتابه « من الحقوق الخاصة الى الحقوق العامة » .

اولا ـ نظرية المفهوم المالي Patrimonialité : وهي التي تجعل معيار التفريق والتمييز بين الحقوق الخاصة والعامة قائماً على اعتبار ان القواعد الناظمة لعلاقات مالية أو مادية أو تتناول الثروة على اختلافها ، تمثل الحقوق الخاصة ، في حين أن القواعد التي لا تمت إلى هذه العلاقات بصلة ، فتنظم الفعاليات الاجتماعية مجردة عن المادة والمال ، هي التي تنظمها الحقوق العامة .

إن هذا المفهوم الخاطىء لم يعد اليوم من يقول به ، لأن المفهوم المالي منذ القديم ليس وقفاً على الحقوق الخاصة ، ولا يجب أن يقتصر عليها ، والحقوق العامة تتضمن بلا جدال ولا سيما في يومنا هذا عناصر مالية ومادية تبحثها وتنظمها هذه الحقوق كأملاك الدولة العامة والخاصة والضرائب والقروض الخ ... وبالمقابل فان الحقوق الخاصة تتضمن بدورها عناصر غير مالية ، وتنظم علاقات وحقوقاً لا تمت إلى الثروة المادية بصلة ، كحقوق الشخصية ، أو حقوق العائلة والاسرة ... الخ .

ثانياً ـ هناك نظرية ثانية ، ليست أكثر صحة من الاولى ، وتقوم على **درجة الالزام القانوني** degré de coercivité وبحسب هذه النظرية تعتبر القواعد التي تدخل في حظيرة الحقوق العامة هي ذات الصفة الالزامية الاجبارية jus sogenos ، بمعنى أنها تلزم الناس وتجبرهم ، مستقلة عن كل ارادة أو عمل يصدر عنهم ، بل ليس لهم الخروج عليها أو الاتفاق بما يخالفها ، في حين ان قواعد الحقوق الخاصة هى في الاصل وبصورة عامة قواعد يعتمد فيها المشرع على أرادة الطرفين اللذين يستطيعان الخروج عليها باتفاقهما الصريح Jus dispositium [1] .

---

(١) روبيه ، النظرية العامة للحقوق ، المرجع السابق ، ص ٢٤٧ .

ويتصل هذا المعيار بالرأي التقليدى الذي يؤكد أن هناك فرقاً أساسياً في الطبيعة والصفة بين كل من الحقوق العامة والخاصة باعتبار الأولى آمرة impératifs والثانية مفسرة أو مكملة interprétatifs : وإذا كان مثل هذا الفرق يمكن قبوله في وقت من الأوقات حيث كان سوء النظام الفردي الحر إلا أنه لم يعد اليوم من يستطيع التمسك به .

وليس من العسير تبيان خطل هذه النظرية وعدم صحتها ، لأنه إذا كانت للارادات الفردية في الحقوق الخاصة أهمية عملية وتأثير مباشر في علاقات الأفراد ، مما لا مثيل له في الحقوق العامة ، فان ذلك لا يعني أن الحقوق الخاصة تقوم على هذه الارادات وحدها . ولا يجب أن ننسى أو نشك لحظة ، أن الأفراد ليسوا أحراراً في اتفاقاتهم ، ولا يستطيعون أن يخرجوا في الكثير منها ، على قواعد آمرة في القانون « تعتبر من النظام العام ، كمثل الأحكام المتعلقة في حالة الشخص وأهليته ، في علاقاته العائلية ، في تنظيم الملكية والتصرف فيها ، أو مثل كثير من الحقوق العينية الأخرى . وأذا كان دور الارادة في النصف الأول من القرن الماضى كبيراً في الحقوق الخاصة ، فانه حتى في ذلك العهد الفردي الحر ، لم تكن قواعد الحقوق الخاصة خالية من كثير من القواعد الآمرة الملزمة ، بما لا يختلف عنها في الحقوق العامة ، وحتى في الحقوق المتعلقة بالعقود والالتزامات . أما في عصرنا هذا فقد غدت هذه القواعد الآمرة الالزامية في الحقوق الخاصة ، من الكثرة والتعدد حتى تكاد تطغى على حرية الارادة وتمسي الاصل ، حتى في العلاقات التعاقدية نفسها التي كانت الارادة وحدها هي الاصل فيها .

ثالثاً — إلى جانب هاتين النظريتين وجدت نظرية ثالثة ، قامت **على مبدأ**

التبعية في العلاقات الحقوقية droits de subordination : بمعنى أن الحقوق العامة، خلافاً للحقوق الخاصة ، هي حقوق تبعية ، تتميز بعدم التساوي في العلاقات الحقوقية ، وبوجود تسلسل Hierarch e وينتهي بسلطة عليا . وكل علاقة حقوقية عامه تتمثل عملياً وحقيقة بعدم التساوي بين طرفيها ، وتبعية البعض للبعض الآخر في حين أن العلاقات في الحقوق الخاصة تقوم على التساوي ، والجميع في نظر هـذه الحقوق يعاملون على قدم المساواة ، وتطبق عليهم نفس الأحكام مهما كانت صفة كل منهم ، حتى ولو كانت الدولة ، كشخص معنوي في معـاملات عادية ، طرفاً في هذه العلاقة (١) .

أن هذا المبدأ ، مبدأ التبعية وعدم التساوي في موضوع العلاقات في الحقوق العامة، خلافاً للحقوق الخاصة ، وإن يك يبدو صحيحاً إلى حد ما من ناحية اختلاف الاوضاع في العلاقات والاطراف ، وأن يكن صحيحاً ، أن الحقوق الخاصة تطبق بالتساوي على الجميع ، فان الحقوق العامه في كل حال ليست دوماً قائمة على التفاوت في العلاقات ، ولا يمكن أن يكون هذا التفاوت معياراً للتمييز بين نوعي الحقوق ، ولا سيما في الحقوق الدولية العامـــة التي هي باتفاق الجميع من الحقوق العامة ، وتعتبر العلاقات فيها قائمـة على المساواة . ومهما يكن الأمر فليس هـذا المقياس بالمعيار الـكافي .

---

(١) وقد قضت محكمة الاتحاد السويسري في قرار مشهور « ان الحقوق الخاصة هي التي تنظم العلاقات الحقوقية بـين الرعايا والافراد الذين هم من نفس الطبيعة وفي نفس الدرجـة ومتساوون حقوقياً ، في حين ان الحقوق العامـة هي التي تنظم تبعية المواطن لسلطة الدولة (مجموعة قرارات محكمة الاتحاد السويسري سنة ١٩٤٧ ، القسم الثاني ص ٤٦٩).

رابعاً – نظرية المنافع والمصالح Théorie des intérêts وتعزى هذه النظرية إلى نص روماني من اولبيانوس Ulpianus ، وهي تفيدان الحقوق العامة Jus privatum هي الحقوق التي تسود فيها مصلحة الدولة، في حين أن الحقوق الخاصة Jus Privatnm هي الحقوق التي تسود فيها مصلحة الأفراد . ويؤكد بابينيانوس Papinianus في نص آخر إنه إذا لم يكن لاتفاقات الأفراد من تأثير على العامة فذلك لأن الافراد لا يملكون سلطة ولا سلطاناً فيما يعود للمصالح العامة .

إن هذه النظرية تمتاز أنها تقوم على تفريق أساسي في المصالح التي تنظمها القواعد الحقوقية ، فإذا كانت المصالح تتعلق بحياة الدولة كانت القواعد المنظمة لها عامة ، على عكس ما إذا كانت المصالح فردية . ولكن هذه النظرية لم تحدد هذه « المصالح » ، وليس من السهل تحديدها . فأي المصالح تعتبر متعلقة بحياة الدولة دون الافراد أو بحياة الافراد دون الدولة؟ أن الحقوق العامة بمجموعها تهتم كذلك في مصالح الافراد كجزء من الدولة ، ربما تناولتها مباشرة في كثير من الاحكام والمؤسسات التي تمتزج فيها المصالح العامة والخاصة امتزاجاً لا يقبل الفصم ، دون أن يمكن تحديد كل منها على حدة ، فحقوق العمل وقواعده مزيج من المصلحتين العامة والخاصة ويستوحي المشرع أحكامه بالوقت ذاته من مصلحة الطرفين ، ومن مصلحة البلاد العليا ومن مصلحة الشعب، لتعيين حقوق وواجبات كل من رب العمل والعامل . بل لعلنا نستطيع أن نؤكد أن أكثر المؤسسات الحقوقية الخاصة توجد ليس في مصلحة الأفراد فقط ، وإنما في المصلحة العامة أيضاً . فحق الملكية الذي أبرز المؤسسات الحقوقية الفردية ، والذي أوجد ولا شك لحماية حقوق ومصالح الأفراد والمالكين والمجاورين ، سواء لأسباب تتعلق بالامن العام والصحة العامة (كالمؤسسات الخطرة والمضرة بالصحة) وسواء لأسباب زراعية أو مالية أو فنية الخ..، يتناول مع ذلك عدداً كبيراً من

المصالح العامة التي تدخل في هذا الحق . وقل مثل ذلك واكثر من ذلك في حقوق العائلة أو حق التعاقد .. الخ .

وربما يجب بحسب منطق هذه النظرية أن نقسم المؤسسات الحقوقية الواحدة إلى قسمين مختلفين وندخل كل قسم في الحقوق التي يعود لها ، مما يتنافى مع وحدة المؤسسة الحقوقية وحقيقتها. بل لعلنا نتردد كثيراً في اعتبار بعض الحالات الحقوقية أو الاحكام القانونيه في هذه الجهة أو تلك ، كمثل اسم الشخص الذي يهم الدولة بقدر مايهم العائلة أو الفرد نفسه . . . أو حقوق الاسرة ، أو تأليف النقابة الخ.. حيث تسود فيها المصلحتان معاً .

خامساً ـ نظرية الأطراف أو الاشخاص موضوع الحقوق Les sujets des droits ، وهي تقوم على المبدأ الآتي : الحقوق العامة توجد في كل مرة يكون الاشخاص من طبيعيين أو اعتباريين ، يعملون بصفتهم قائمين أو ممثلين لحقوق القوى العامة droits des puissances publiques ، في حين أن الحقوق الخاصة تتعلق بالأشخاص الذين يعملون خارجاً عن ذلك . بمعنى أنه يجب بحسب هذه النظرية الرجوع إلى طرف الحق ، إلى الشخص الذي هو موضوع الحق sujet du droit ، وبصورة أدق وأضبط إلى الصفة التي يعمل بها ، فالأعمال التي تصدر عن الدولة أو ممثليها ، عن المحافظات ، عن الادارات ، عن المؤسسات العامة . . . تكون خاضعة للحقوق العامة (وتنظمها قواعد هذه الحقوق) مادامت تتناول مايتعلق بالحياة العامة عندما تكون بطبيعتها من المعاملات التي يأتيها كل انسان.

وقد فضل كثير من المؤلفين هذه النظرية على سواها بسبب كونها تدخل في نطاقها الحقوق الدولية ، على اعتبار أن الأشخاص موضوعها هم الدول ، وتخرج منها الأشخاص العاملين ، ولو كانت الدولة نفسها عندما لا تقوم بعمل يعود لسير

الخدمات العامة ، ولا يتعلق بصميم عمل القوى العامة ، وإنما تتناول الأعمال التي يطلق عليها في عرف بعض المؤلفين ، الحقوق المتعلقة بالقوى الخاصة droits relatifs aux puissances privées مقابلة لما تعلق منها بالقوى العامة .

ومهما يكن الأمر فان معيار التحديد والتصنيف كما ذكرنا ليس سهلاً واضحاً ولعله يحسن بنا أن نجمع بين هذه النظريات المختلفة ، وبصورة خاصة بين النظريتين الاخيرتين ، لنتوصل إلى مقياس يسهل معه وضع حد تقريبي للفصل بين الزمرتين الكبيرتين . ومع ذلك فان التفريق غير قطعي ، والحدود غير اكيدة ، ولطالما كانت فروع من الحقوق تعتبر في الماضي من الخاصة ، فأصبحت اليوم في اكثر الشرائع وعند اكثر الفقهاء تعتبر من العامة ، كالحقوق الجزائية مثلاً .

§ ٢ ـ الحقوق الداخلية او الوطنية والحقوق الخارجية او الدولية

Droit interne ou national , et Droit externe ou international

وتقسم الحقوق باعتبار شمولها المكاني إلى حقوق داخلية وحقوق دولية . ويقوم هذا التقسيم على أساس سهل في ظاهره هو السيادة المكانية ، والتطبيق المكاني للقانون . فالحقوق ليست واحدة في مختلف الدول والبلاد ، ولا تطبق كل دولة نفس الحقوق التي تطبقها الأخرى ، بل لكل دولة ذات سيادة شريعة خاصة بها ، تطبق ضمن حدودها ولا تلزم في الاصل غيرها . وقد تتجاوز حقوق بلد ما حدودها بمناسبة من المناسبات إلى بلاد أخرى ، فتصطدم بشرائع تلك البلاد ، وتنتقل بذلك من حقل الحقوق الوطنية إلى حقل الحقوق الدولية . أضف إلى ذلك ان علاقات الدول فيما بينها كأشخاص اعتبارية وأجزاء مستقلة من هذا العالم الدولي توجد نوعاً من الحقوق المحليه بين الدول نفسها. وهكذا فان تقسيم الحقوق بحسب هذا

الاعتبار يدخل فيه القسم السابق ، أي ان الحقوق من عامة وخاصة كما توجد في الحقوق الداخليـة توجد كذلك في الحقوق الدولية . فاذا تناولت بحث العلاقات بين الدول ، باعتبارها أشخاصاً دولية ، كانت عامة بلا خلاف ، في حين انها إذا بحث علاقات أفراد من دول مختلفة كانت خاصة . وجميع فروع الحقوق الخاصة ، كجميع فروع الحقوق العامة ، يمكن ان تخرج من نطاق المكانيـة والمحلية إلى نطاق الحقوق الدولية الخارجية . وهكذا يختلط التقسيمان معاً ويميز في كل فرع من فروع أحدهما فروع الأخرى ، فنجد الحقوق الدستورية الداخليـــة والحقوق الدستورية الدولية ، كما نجد الحقوق الادارية الداخلية ، والحقوق الادارية الدولية ، والحقوق الجزائية ، الداخلية والدولية ، ومثلها المدنية والتجارية والاجتماعية الخ...

في الماضي لم يكن لهذا التقسيم كبير أهمية ، لأن اتصال الحقوق وتشابكها ، بين البلاد والدول ، لم يكن له الشأن الذي بلغه اليوم . وقد كان القرن العشرين ، منذ وبعد الحربين العـالميتين المتتابعتين ، مسرحاً لنمو هذا التقسيم وظهور أهميته وقيمته . ولعل من أبرز فوائده ونتائجه قيام الحقوق المعروفة بالحقوق المقـــارنة Droit comparé وهي التي تبحث في مقارنة الشرائع ، والتي وإن تكن عبـارة عن دراسة الشرائع المختلفة ومقـــارنتها فيما بينها ـ وهي دراسة نظرية علمية غير الحقوق الوضعية التي نبحث في تقسيمها ـ ولكنها مع ذلك تأخذ من شرائع مختلفة ، وبذلك تخرج من حيز الحقوق الوطنية إلى ميدان الحقوق الخـــارجية والدولية بطريق المقارنة .

§ ٣ ـ حقوق الله وحقوق العباد

عرفت الشريعة الاسلامية وذكر الأصوليون نوعاً آخـــر من التقسيم ، معياره التفريق بين الحقوق التي تتصل بواجبات الفرد وعلاقاته بينه وبين خالقه ،

فتمتزج بذلك الحقوق والأخلاق ، وبين الحقوق التي تقتصر على صلة فرد بآخر ، بما لا يؤثر مباشرة في الحقوق الأولى . ويرى بعض المؤلفين أن هذا التقسيم يتشابه ويقرب من تقسيم الحقوق إلى عامة وخاصة [1] . وقد قسم فقهاء الشريعة الإسلامية هذين النوعين من الحقوق في أربع زمر ، العبادات ، والعقوبات ، والمناكحات والمعاملات . فالأولى ، العبادات ، هي دوماً من حقوق الله بكاملها ، والأخيرة المعاملات ، هي على العكس من حقوق العباد. لأن المعاملات هي الالتزامات والعقود ، والأخذ والعطاء بين الناس ، وتتناول حقوقهم ، بعضهم تجاه بعض . ورغم أن قواعد الدين الحنيف تقضي بالصدق والأمانة والاستقامة في المعاملات ، إلا أن هذه العلاقات في أصلها وآثارها ، إنما تتعلق بالأفراد . أما العقوبات والمناكحات فمنها ما يدخل في حقوق الله ومنها ما يدخل في حقوق العبـــاد ، وذلك بحسب صلته والنصوص الواردة فيه . فالعقوبات ، وهي اليوم من الحقوق العامة في نظر أغلب المؤلفين ، تعتبر في نظر الفقهاء تارة من حقوق العباد وتارة من حقوق الله ، وربما غلب فيها الأول ، وكذلك المناكحات التي ربما كانت في الشرائع الحديثة من الحقوق الخاصة المحضة ، تعتبر من بعض الوجوه من حقوق الله .

§ ٤ — الحقوق الفردية والحقوق الجماعية

Droit individuel et Droit corporatif ou collectif

ويضيف بعض المؤلفين إلى التقسيمين الرئيسيين السابقين تقسيماً جديداً ، بقصد اظهار الاتجاه الجديد في الحقوق ، وهو تقسيم الحقوق إلى حقوق فردية ، وهي التي تنظم علاقات أشخاص معينين ، طبيعيين أو اعتباريين ، بصرف النظر عن

---

(١) الدكتور الدواليبي ، المدخل الى اصول الفقه عام ١٩٤٩ .

الجماعات أو المجتمع الذي هم فيـــه ، كمثل الحقوق التي تنظم علاقات مالك العقار ومشتريه ، وبصورة عامة جميع العلاقات المدنية والتجارية بين الأفراد ، وإلى حقوق نقابية أو جماعية وهي التي تهتم بتنظيم شؤون التكتلات الاجتماعية على اختلافها من نقابية أو دولية .

وليس لهذا التقسيم كبير أهمية إلا ما تعلق بالتنظيمات النقابية التي تتخذ شكلاً خاصاً وتسود فيهـا أفكار المؤسسات الاجتماعيـــة والشخصية الاعتبارية من نوع خاص .

وبالنظر لأن التقسيمين الأوليين هما أهم التقاسيم وأبرزها ، ويتداخلان معاً ، وقد قسم التدريس في الحقوق كما درج الفقهاء في الفقه والقضـاء على تمييز القواعد الحقوقية بحسبها ، لذلك فاننا سنبحث في فروع هذين التقسيمين معاً فنبحث أولا في أقسام الحقوق العامة داخلية ودولية وثانياً في أقسام الحقوق الخاصة كذلك .

الفرع الأول

أقسام الحقوق العامة

تقسم الحقوق العامة إلى الفروع البارزة الآتية : الحقوق الدستورية ، الحقوق الادارية ، الحقوق الجزائية في الحقل الداخلي والحقوق الدولية العامة في الحقل الخارجي . ولنوجز حقيقة كل فرع من هذه الفروع :

١ ـ الحقوق الدستورية Droit constitutionnel

إن الحقوق العامـــة لـكل بلد من البلاد ترتكز قبل كل شيء على الحقوق الدستورية . وهذه الحقوق تعتبر بمثابة الهيـكل لبناء الدولة بـكاملها . وسنرى عندما نبحث أنواع التشريع ان القانون الدستوري يأتي في رأس القوانين من حيث المرتبة .

والحقوق الدستورية هي التي تحدد شـكل الدولة بوجه عام ، وتقرر حقوق الأفراد وواجباتهم ، وتنظم السلطات العامة ، وتبين علاقات هذه السلطات بعضها ببعض . وبعبارة مختصرة أنها تبحث في العناصر التي تتكون منها الدولة ، وفي الحقوق والواجبات المتبادلة بينها .

وقد فرق فقهاء الحقوق الدستورية منذ زمن بعيد بين ثلاثة أنواع للسلطات العامة وهي : السلطة التشريعية Pouvoir legislatif والسلطـــة التنفيذية Pouvotr exécutif والسلطة القضائية Pouvoir judiciaire . وتتولى الحقوق الدستورية تنظيم هذه السلطات ، وكيفية تأليف كل سلطة منها ، والأعمال التي تقوم بها ، والصلات التي تربطها ، وتأثيرها على الأفراد أو صلتها بهم ... الخ .

إن هذا التقسيم المدرسي للسلطات التي ينظمها الدستور ، منتقد في العصر الحاضر ، ويرى المؤلفون المعاصرون أن الحقائق الدستورية يمكن بكل تأكيد تصنيفها بشكل آخر .. وهكذا مثلاً يرى هوريو Hauriou أن تضاف فعاليـة السلطة القضائيه إلى السلطة التنفيذية ووظائفها ، لأنها عملياً كذلك . ولهـــذا فهو يفضل تقسيم السلطات العامة إلى التقسيم الثلاثي الآتي : السلطة التنفيذية Pouvoir exécutif ، السلطـه المقررة Pouvoir délibérant (يعني المجالس البرلمانية) والسلطة النـاخبة Pouvoir de suffrage (تصويت الشعب) .

وفي عصرنا هذا تتسع الحقوق الدستورية شيئاً فشيئاً ويمتد نطاقها ليشمل كل المبادىء والقواعد التي تصبح أساسية ونهائية في الحياة الاجتماعية ، حتى جاءت أكثر الدساتير الجديدة في العالم متضمنة قواعد وأحكام في تنظيم فعاليات الحياة العامة والخاصة ، مما كان يظن في الماضي أن الدستور لا يتناولها ، وإنما كانت من الحقوق الخاصة وحدها ، فاثبتت بذلك أن القواعد الحقوقية الخاصة كلما اكتملت وأصبحت راسخة انسلخت عن الحقوق الخاصة وانتقلت إلى ساحة الحقوق العامة تستقر فيها حتى تبلغ أثبت وأقوى فروع الحقوق العامة ألا وهو القانون الدستوري .

٢ — الحقوق الادارية Droit administrafif

إذا كانت الحقوق الدستورية هي التي تنظم شكل الدولة وسلطاتها العامة كما رأينا ، فان الحقوق الادارية هي التي تنظم حركة السلطة التنفيذية وفعاليتها ، وتحقق التنظيم الذي يوصي به الدستور وقوانين الدولة ، على وجه يبين للأفراد الوسائل القانونية التي تمكنهم من حمل السلطة التنفيذية على إداء واجبها ، وعدم تجاوزه أو القصور عنه . فهو فرع من الحقوق العامة يقتصر على تنظيم أوضاع وعلاقات السلطة التنفيذية فيما بينها أو مع الأفراد .

وكثيراً ما تتداخل الحقوق الادارية مع الحقوق الدستورية حتى يصعب بيان الحد الفاصل بين نطاق كل منها . وقد قيل ، للتمييز بينهما ، ان الحقوق الدستورية تصنف الأجزاء المختلفة التي يتكون منها جسم الدولة وهي في حالة السكون ، أما الحقوق الادارية فانها تصنفها وهي في حالة الحركة والعمل . والواقع أن هذا التداخل تقتضيه وحدة الأصل ، وهي الحقوق العامة ، ويبدو ذلك جلياً في كثير من القواعد والأحكام ، كالأحكام المتعلقة بالحريات الشخصية مثلا . ومع ذلك فيمكن القول أن الحقوق الدستورية تضع القواعد والمبادىء المثلى التي يجب أن

تهيمن على التشريع والتنظيم ، فتأتي الحقوق الادارية لتحقيق هذا التنظيم ضمن تلك المبادىء ، وتطبيق قواعده وأحكامه وتنفيذها .

وبالنظر لتشابك الحياة الحاضرة وتزايد فعاليتها واتساع مداها ، فقد أخذت وظائف الدولة تبعاً لذلك تتسع وتزداد ، وكثرت الادارات والمؤسسات الحكومية التي تنظمها الحقوق الادارية ، واحتلت بذلك هـذه الحقوق مكاناً متزايداً في الأهمية .

وترتكز الحقوق الادارية في الأصل على تأمين سير الخدمات العامـــة Services publics كالضابطة وحفظ الأمن ، والتعليم ، والأشغال العامة ، والاقتصاد والزراعة الخ ... ولكن اتساع رقعة الحياة وتداخلها أوجد كثيراً من الأعمال الأخرى ، كالمواصلات على اختلافها ، وقضايا العمل والشؤون الاجتماعية والتأمين والخ .. بحيث يكفي القاء نظرة على وزارات الدول الكبرى وما تتضمنه كل منها من ادارات ودوائر لنقف على مدى هذا الاتساع .

وفي كل الأحوال فان الحقوق الادارية ، في هذا الخضم الواسع ، تتناول بحث المسائل الجوهرية الآتية :

آ ـ **الاعمال الادارية** Actes administratifs : فتبين الحقوق الادارية ما هي طبيعة هذه الاعمال وما هو معيار تحديدها ، وكيف يميز بينها وبين أعمال السلطات الأخرى ، لأن لهذا التمييز تأثيراً كبيراً في اخضاع هـذا العمل إلى الحقوق الادارية أو المدنية بحسب اعتباره من الأعمال الادارية أو خارجاً عنها . ولا سيما فيما يتعلق بالرقابة عليها وخصوصاً الرقابة القضائية ، ومسؤوليـــة الدولة بالنسبة لهذه الأعمال .

ب ـ **الموظفون** : والقواعد التي تنظم علاقاتهم بالدولة ، وهل هـــذه العلاقات مدنية أو إدارية ، وكيف يعينون ، وكيف يقالون أو يستقيلون ، وكيف يحاكمون ، وما هي مسؤوليتهم تجاه الدولة ، ومسؤوليتهم تجاه الافراد ، ومسؤولية الدولة عنهم الخ ...

ج ـ **أملاك الدولة** Domaine de l'Etat وكيف تحدد ، وما هي ميزاتها ولأي نظـــام قانوني تخضع من ناحية التملك والانتفاع ، ومن حيث التسجيل والاستثمار والتنازل عنها وتبديل صفاتها . . الخ .

د ـ **القضاء الاداري** Contentieux adminietratif وهو من أبرز وأدق مباحث الحقوق الادارية ذات الصلة المباشرة مع حياة الافراد وعلاقاتهم بالدولة . لأن صلات الأفراد — من موظفين وأشخاص عاديين — وما ينشأ عنها من مشاكل وخـــلافات ، تحال إلى قضاء خاص هو القضاء الاداري ، ولهذا القضاء تنظيمات وقواعد شكلية واصولية معقدة وكثيرة .

وإذا كان موضوع القضاء الاداري واستقلاله في القضايا الادارية عن القضاء العادي بقواعد أساسية وشـــكلية لاسباب واعتبارات متعددة ، أمراً مختلفاً فيه وموضع جدال ونقاش فقهي وتشريعي ، فان النظـام الحقوقي الفرنسي ، وعلى غراره المصري واللبناني والسوري ، يفرق بين نوعين من القضاء : العادي والاداري ، فيجعل للقضاء الاداري كياناً خاصاً مستقلاً عن القضاء العادي ، ويجب الرجوع إليه في كل مرة تكون العلاقة أو يكون الخلاف قائماً بين الافراد والادارة أو بين إدارات مختلفة من إدارات الدولة ، ويقوم على رأس هذا القضاء مجلس أعلى للدولة Conseil d'Etat كان يدعى في سورية مجلس الشورى ثم المحكمة العليا وأصبح اليوم في الجمهورية العربية السورية مجلس الدولة — وهو مؤلف من عدد من المحـــاكم الادارية — ، ينتهي إليه الفصل في المنـازعات المتعلقة بالقرارات والأعمال الادارية التي تلحق بالاشخاص ضرراً فينظر هذا المجلس بالغاء القرار المشكو منه ، لتجاوز حدود السلطة ، أو بالحكم بطريق القضاء الكامل ، بالزام الادارة أو الدولة بعمل معين أو مبلغ ما .

هذه هي موضوعات الحقوق الادارية ، ويجدر بالذكر ان الحقوق الادارية

في أكثر بلاد الناس أو في جميعها ، وخصوصاً في سورية ، لم يتناولها تشريع جامع أو قانون واحد على شكل مجموعة كما هي الحال في الحقوق المدنية أو الجزائية . . وإنما نظمتها قوانين متعددة في إبحاث محدودة ، إلى جانب قواعد عرفية جرى التعامل عليها وأقرها القضاء والفقه الاداريين . ولعل السبب في ذلك تشعبها ، وتطورها السريع ، أو عدم اكتمالها وحداثة دراستها .

ويفرّعون عن الحقوق الادارية حقوقاً أو بالاصح علماً ، **هو علم المالية** Droil financier ou Sciences dees Finances الذي أصبح في العصر الحاضر رغم صلته القوية بالادارة — على اعتبار أن مالية الدولة هي التي تؤمن سير إدارتها وإن جميع وزارات الدولة ومديرياتها بلا استثناء ، ذات علاقة بهذه المالية — قلنا رغم ذلك فان علم المالية من حيث أنه علم يدخل على الأغلب في بحث الأقتصاد السياسي أكثر من دخوله في الحقوق الأدارية ، ولكنه مع ذلك لا يفصل عن الادارة للاسباب التي ذكرناها .

ويبحث علم المالية في أصول وضع ميزانية للدولة تتكافأ فيها الموارد والنفقات العامة أي الدخل والخرج . والدخل يتناول كل ما يدخل على الدولة من أموال ، بأسباب مختلفة أبرزها الضرائب ، مباشرة أو غير مباشرة ، ثم واردات أملاكها وممتلكاتها ومشاريعها الخاصة ، ثم القروض التي تقترضها ، ويدخل في الخرج كل نفقة تنفقها الدولة لتأمين سير الخدمات العامة ، من رواتب ، ومشترى لوازم وعتاد ، وأجور ، وتكاليف القيام بالمشاريع العامة الخ ..

٣ ـ الحقوق الجزائية والجنائية Droit pénal et criminel

يضاف إلى هذه الفروع الأصلية للحقوق العامة ، حقوق هي في ذاتها قد تنصب على الحياة أو تتعلق بها كالحقوق الجزائية .

والحقوق الجزائية هي مجموع القواعد التي تبين الأعمال الجرمية ، وتحـــدد عقوباتها لتؤمن سلامة الدولة وتضمن حياة الأفراد وثرواتهم وحقوقهم .

وفي وقت ما ، كانت هـذه الحقوق تعتبر من الحقوق الخاصة لأنهـا تتناول جرائم يرتكبها البعض ضـد البعض الآخر ، فهي إذن جرائم وأعمال تتعلق باشخاص أو أفراد ، وكان يستطيـع المعتدى عليه أو ذووه أن يصفحوا لتزول آثار الجريمة وعقوبتها .

وهكذا ، عرفت الحقوق القديمة ، كالحقوق الرومانية مثلا ، نوعاً من القصاص الفردي (نظام التخلي عن المجرم) إذ كان المجرم يسلم إلى ضحيته أو إلى ذويـه لينزل به العقاب الذي يريـد ، ويقتص منه بنفسـه . وكذلك كان حال العرب في جاهليتهم .

أما اليوم فلم يبق لهـذا المفهوم القديم من كيان ، وصارت قواعد الحقوق الجزائية معتبرة من الحقوق العامـة . على اعتبار أن الجريمـه وإن كانت واقعة على أفراد في المجتمـع ، ولكنها من حيث أثرها في هـذا المجتمـع ، واضطرابها لحبل الامن والطمأنينة فيه ، وطعنها نظامه وانتظامـه ، تعتبر أكبر صلة وتأثيراً بالمجتمع عامة ، من الشخص الذي هو ضحية الجريمة وعضو المجتمع ، لأن استقرار المجتمع والمحافظة على كيانه متوقفان على الامن وعدم الاعتـداء . ولذا اعتبرت الحقوق الحديثة أن العقوبة من حق المجتمع لا من حق الضحيـة ، وأن مباشرة الدعوى العامة والتحقيق وطلب الحـكم فيها من حق الدولة وممثليهـا لا من حق الفرد ، وأن المجني عليـه لا يملك ـ في الاصل وخلا بعض الاستثناءات ـ اسقاطها وإزالة آثارها بالصفح عن المجرم .

ومهما يكن الأمر ، فاننا نستطيع تقسيم الحقوق الجزائيـة إلى قسمين ، قسم عام وقسم خاص ، وكلاهما من الحقوق الجزائية في حظيرة القواعد والحقوق العامة

والمقصود من القسم العام القواعد الباحثة في الجريمة وأنواعها وأركانها ، وفي المسؤولية وانتفائها أو تخفيفها ، والعقوبة وحدودها وسقوطها الخ ... وأما القسم الخاص فهو الذي يبحث في انواع الجرائم التي تقع على الدولة أو على الأفراد ، على النفس أو على المال أو العرض ... وفي شروط كل منها وأحكامها وتحديد جزائها الخ ...

وبالنظر لهذا الوضع الخاص للحقوق الجزائية ، فان بعض الفقهاء يرى أن تعتبر فرعاً مستقلا بذاته عن الحقوق العامة ، وإن كان يتصل بها ويرتبط فيها ، دون أن يدخل في الحقوق الخاصة . وقد يكون هذا الرأي أقرب مثالا وأصح مقالا .

على أن الحقوق الجزائية في يومنا هذا قد خطت ،شأن أكثر الحقوق الاخرى خطوة ظاهرة واضحة نحو الحقوق الخارجية لتؤلف ما سمي بالحقوق الجزائية الدولية Droit pénal international حتى لقد كانت جرائم الحرب الاخيرة وما نجم عنها ، ولا سيما محاكمة زعماء النازي في نورمبرج ، من أهم عناصرها وأبرز تطبيقاتها .

ويلحق المؤلفون بالحقوق الجزائية التي هي قواعد أساسية، اجراءات وأصول التحقيق الجنائي Droit d'instruction criminel والمحاكمات الجزائية Procédure pénale وهي الحقوق التي تبين الاجراءات والاصول الواجبة الاتباع في التحقيقات الجزائية لاكتشاف الجرم ، وتطبيق أحكام القانون الجزائي عليه ، وبالطبع طرق الطعن بالأحكام التي تصدر في ذلك وكيفية تنفيذها ... الخ .

بل أن من المؤلفين من يعتبر الأجراءات والأصول بوجه عام حتى في المحاكمات المدنية ، من الحقوق العامة ، لأنها إنما تبحث في كيفية إيصال الحق إلى صاحبه لا في الحق نفسه ؛ وهذه الكيفية تدخل في اختصاص الدولة ، وبالتالي في حقوقها

العامة . ،على اعتبار أن الحقوق الجزائية تغلب فيها الصفة العامة كما أشرنا لذلك كان من باب أولى أن نعتبر الأجراءات والأصول الجزائية من الحقوق العامة كذلك.

هذا في الحقل الداخلي للحقوق ، ولكن الحقوق العامة كما رأينا يمكن أن تتناول علاقات الدولة مع جاراتها والدول الأخرى. فتنتقل بذلك إلى الحقل الخارجي مع بقائها في منطقة « الحقوق العامة » .

٤ — الحقوق الدولية

Droit international public ou Droit des gens

الحقوق الدولية العامة ، مجموعة القواعد التي تنظم روابط الدول وعلاقاتها فيما بينها ، في حالات السلم والحرب والحياد ،فهي إذن تنظم علاقات الدولة بمجموعها ليس ضمن حدودها ، وإنما كجزء من هذه الكرة الأرضية وما عليها ، أي فيما وراء هذه الحدود . ولئن كان لكل دولة سلطانها المستقل ، فان هذا السلطان يتصل بسلطان الدول الأخرى . بل قد يتعارض معه ، كما تتعارض المصالح ، بحيث يجب أن تقوم على تنظيم هذه العلاقات قواعد خاصة تعين حقوق وواجبات الدول إزاء بعضها بعضاً ، وحدود سيادتها المتقابلة . فيدخل في نطاقها تحديد معنى الدولة ومتى تعتبر كذلك دولياً (عندما تكون تامة السيادة) ، ثم قواعد تنظيم الروابط والعلاقات بين الدول التامة السيادة ،والمعاهدات أو الاتفاقات أو المواثيق الدولية الخ ... ثم ما هي الطرق والوسائل لحل المنازعات التي تنجم عنها بالطرق الودية ، كالمفاوضات والتحكيم .. الخ ، كما يدخل في نطاقها تنظيم المؤسسات والهيئات والمنظمات الدولية التي تقوم على تمثيل الدول وتكتلها أو جمعها ، مثل جمعية الأمم سابقاً ومنظمة الأمم المتحدة اليوم ، التنظيم الدولي للعمل ، منظمة الصحة العالمية ، اليونسكو ، الاتحاد البريدي العالمي الخ ... أو في تمثيلها فيما بينها ، في

حدود سيادتها ، وهو ما يسمى بالتمثيل السياسى والقنصلي .. الخ ، وقد أطلق البعض على هذه القواعد التي تنظم هذه الروابط والعلاقات الدولية في الحالات العادية بحقوق السلم Droit de paix .

ولكن الحقوق الدولية العامة تنظم أيضاً العلاقات ما بين دولتين أو أكثر في حالة الحرب كذلك ، على اعتبار أن الحرب آخر الطرق القسرية لحل الخلاف ، فتبين كيفية اعلان الحرب ، والاسلحة التي يجوز استعمالها والاسلحة المحرمة ، ومعاملة الأسرى ، والمفاوضه أثناء الحرب وطرق انهائها الخ ... وقد سموا هذه الحقوق حقوق الحرب Droit de guerre . أما الدول الاخرى التي لا تدخل في الحرب ولا تساعد إحدى الدول المتحاربة بل تبقى في الحياد ، يكون لها وضع دولي خاص وتنظمها حقوق وقواعد يطلق عليها اسم حقوق الحياد Droit de neutralité .

لقد خطت الحقوق الدولية في العصور الاخيرة وبمختلف أشكالها ومظاهرها ، خطوات كبرى في ميدان التنظيم الحقوقي ، ولكنه ما يزال ينقصها أبرز ما تتحلى به فروع الحقوق الاخرى ألا وهو وجود مشرع من جهة ، يقوم على اصدار قواعد تشريعية ملزمة ، وأنظمة ذات مفعول عام ، ونصوص شامله واجبة التطبيق ، كما يفعل المشرع الوطني في الدولة الواحدة ، ولهذا العنصر أهمية كبرى في تكوّن الحقوق واستقرارها كما رأينا أو سنرى ، ومن جهة أخرى فقدان أهم عنصر من عناصر الحقوق وهو القوة المادية المؤيدة والالزامية للقاعدة الحقوقية الدولية .

لقد ظن الناس أن الحقوق الدولية ، بعد الحرب العالمية الاولى وبعد معاهدة فرساي وجمعية الامم ، سوف تحقق هدفها ، وتصل إلى درجة الحقوق الداخلية من حسن التنظيم والالزام ، فتصبح حقوقاً ذات تشريع كامل أو شبه كامل ، وقواعد ثابتة شاملة ، ولكن رغم ما أحرزته هذه الحقوق من تقدم ، واجتازته من مراحل ، لم تستطع أن تصل إلى ما وصلت اليه الحقوق الداخلية .

وان مايحلم به بعض فقهاء القانون الدولي[1] ، من وجود اتحاد دولي عام له مشرع، وقضاء ، وسلطة تنفيذية ، ان مثل هذا الحلم مايزال يحتاج إلى زمن وتطور طويلين . بل ان هيئة الأمم وسلطتها ، والحقوق الدولية وقيمتها برمتها تمر اليوم تلو الآخر بأقسى التجارب التي سيكون لها أثر كبير جداً في المستقبل .

ومهما يكن الأمر فقد احتلت الحقوق الدولية في العصر الأخير محلاً مرموقاً ولا سيما في السنين الاخيرة ، حيث بدأت بسبب تشابك المصالح وتداخلها ، تتناول سائر فروع الحقوق العامة ، فهناك الحقوق الدستورية الدولية Droit constitutionnel international والحقوق الادارية الدولية Droit administratif inter-national والحقوق الجزائية الدولية Droit pénal international حيث تتداخل الحقوق الداخلية مع الحقوق الخارجية وتتأثر فيها تأثراً ظاهراً مباشراً أو غير مباشر.

هذه هي أقسام الحقوق العامة الرئيسية .

الفرع الثاني

أقسام الحقوق الخاصة

قلنا ان الحقوق الخاصة تتضمن الحقوق المدنية ، والحقوق التجارية ، وأصول المحاكمات والمرافعات المدنية والتجارية ، ثم الحقوق الدولية الخاصة . ويمكن أن نضيف اليها فروعاً جديدة تمت في بلاد الغرب ، واستقلت عن الحقوق الأم ،

---

(١) راجع مثلا جورج سه ل Georges Scelle دروس في الحقوق الدولية العامة Cours de droit international public عام ١٩٤٧ ص ١٨ وما بعدها .

وصارت لها مباحث قائمة بذاتها ، كما استقلت أحكام الحقوق التجارية والاجراءات من قبل .

ومن أهمها تشريع العمل ، والتشريع الزراعي ، والتأمين . . . الخ . وهي فروع ماتزال في أول مراحل انفصالها ، وربما لاتزال في المهد عندنا . ونبحث بايجاز كل واحد من تلك الفروع الكبرى .

١ ـ الحقوق المدنية Droit civil

الحقوق المدنية ويسميها المصريون « القانون المدني » هي أبرز وأهم فروع الحقوق الخاصة ، بل هي في الواقع أصل الحقوق الخاصة أو كلها ، بعد أن نخرج منها الفروع الاضافية الأخرى التي استقلت عنها ، من تجارية واجراءات الخ . . . بحيث يُرجع إلى الحقوق المدنية في كل مرة لايوجد نص استثنائي في تلك الفروع .

والحقوق المدنيه هي مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الخاصة بين الناس من أشخاص طبيعين أو اعتباريين معنويين ، سواء تعلقت بثرواتهم أو أشخاصهم . وهي تطبق على جميع الاشخاص دون استثناء مادامو خاضعين لتشريع البلاد ، خلافاً للحقوق التجارية مثلا التي تطبق على التجار فقط . بل ان قواعد الحقوق المدنية قد تطبق على الدولة كما تطبق على الافراد ، عندما تتجرد الدولة من صفتها العمومية ، أي عندما تعمل أعمال الافراد لاعمل سيادة ، وتعتبر بالتالي شخصاً معنوياً عادياً تستطيع أن تتملك أموالاً ، أو تبرم عقوداً وتعهدات . . كالافراد . . . وتطبق هذه الاحكام مادام لايوجد في الحقوق العامة أو القانون العام نص يخالفها .

وجدير بالذكر ان كلمة الحقوق المدنية Droit civil , أو القانون المدني على حد تعبير المصريين ، قد أخذت عبر التاريخ معاني مختلفة من حيث الشمول والمدى ، وقد تبدل مفهومها بين الماضي والحاضر . فقد كان الرومان في الماضي يطلقون كلمة « Jus civile » أي الحقوق المدنية ، ويقصدون بها الحقوق الوطنية التي تطبق على

الوطنيين الرومان ، مقابلة لما سمى بـ « حقوق الشعوب Jus gentium » التي كانت تطبق على الاجانب والغرباء من غير الوطنين pérégrins .

وفي فرانسة ، فان كلمة « الحقوق المدنية » ، من القرون الوسطى الى اليوم ، قد مرت بمعان متعددة ، فبعد ان كان يقصد بها في البدء الحقوق الرومانية نفسها من عامة وخاصة ، التي جمعها جوستينيان في مؤلفاته المشهورة[1] مقابلة للحقوق الكنسية التي كان يطبقها رجال الكنيسة ، صار يقصد بها فيما بعد مطلق الحقوق الخاصة مقابلة بالحقوق العامة . وقد تجلى هذا القصد عندما اندثرت آثار النفوذ الروماني ، وزالت معالم السيطرة الرومانية سياسياً ، فبقيت الحقوق الرومانية هي الحقوق الخاصة فقط باسم الحقوق المدنية . وظلت كذلك حتى جاءت الثورة الفرنسية فأيدت هذا المعنى في التشريعات الكثيرة التي اصدرتها . بل امتد ذلك الى مابعد الثورة ومجموعات نابليون التشريعية ، الى ان بدأت القوانين الحديثة بعد ذلك تسلخ شيئاً فشيئاً بعض احكام القانون المدني لتجعل منها فروعاً خصوصية .

ومهما يكن الامر ، فان اعتبار القانون المدني اصلاً في الحقوق ، لا الخاصة فقط بل في جميع فروع الحقوق ، امر غير مختلف فيه . ذلك لان الحقوق المدنيه تضع قواعد اساسية في حياة الناس ، وتنظم سائر روابطهم وقد ساعدها في ذلك تاريخها الطويل القديم .

والحقوق المدنية تتضمن اليوم في ذاتها الموضوعات الآتية :

آ ـ الاشخاص وحالاتهم المدنية Les personnes et leurs états civils

ويقصد بالاشخاص وحالاتهم المدنية تلك الحالات التى تتصل بالشخص بمفرده ، من حيث كونه طرفاً للحق ، او بعبارة اخرى بالنظر الى الشخص حقوقياً ،

---

(١) كمؤلف الديجست Digeste والأنستيتوت Institut وغيرهما من المؤلفات المعروفة .

سواء أكان طبيعياً او اعتبارياً ، من حيث تحديد وتعيين مبدأ الشخصية ومنتهاها ، ثم خصائصها وميزاتها ، وصلاحيتها وأهليتها ، وهو مابحثه القانون المدني السوري في الفصل الثاني من الباب التمهيدي تحت عنوان « الاشخاص » . ويدخل في هذا الموضوع بحث نوعي الاشخاص الطبيعيين والاعتباريين (او الحكميين او المعنويين) Perssonnes morales وأنواعها من شركات ومؤسسات الخ ...

ب — أحوال الأشخاص Statut des personnesau persovmel

وهـــذه الحقوق تتناول البحث في وضع الأشخاص ضمن العائلة ، أي أحوال الافراد بالنسبة للاسرة التي يرتبطون بها ، من نسب وحضانة ورضاع وولاية ، ثم من زواج ونكاح ، وفرقة وطلاق ، ثم من إرث ووصية الخ ...

وهذا القسم من أقسام الحقوق المدنية من أبرزها وأهمها لدى الامم ، حتى جاءت أكثر القوانين المدنية تبحثه في صدرها ، وتنظمه في أول كتبها ، كالقانون المدني الفرنسي والسويسري والالماني الخ ... أما في بلادنا فإن هذا القسم ظل حتى سنين خلت غير منظم بقانون مكتوب بالمعنى الحديث ، بل خاضعـاً لأحكام الشريعة الغراء ، وكتب الفقهاء على المذهب المفتى به ـ وهو الحنفي ـ كما ظل خاضعاً للمحاكم الشرعية غير النظامية على اعتبار صلتها المباشرة بالشريعة والدين بالنسبة للمسلمين ، وللأحكام والمحاكم الطائفية والمذهبية بالنسبة لغير المسلمين ، مما كان يخشى مسه أو تبديله . ومنذ أن صدر قانون الأحوال الشخيصة ليطبق في تشرين الثاني سنة ١٩٥٣ أصبحت أحوال الأشخاص ـ مسلمين وغير مسلمين بالنسبة لبعض المباحث أو الموضوعات ، ولا سيما المسلمين بالنسبة لجميع مباحث الاحوال الشخصية المبحوثة في هذا القانون ـ خاضعة لقانون مكتوب ، وإن كان مستقلاً عن القانون المدني ولا يؤلف كتاباً من كتبه أو باباً من أبوابه ، إلا أنه يتصل به اتصالاً مباشراً ، ويعتبر من الموضوعات التي كان يجب أن يتضمنها القانون المدني نفسه . ومع ذلك فقد ظل بعض أحكام الأحوال الشخصية

المتعلقة بغير المسلمين غير معينة بقانون وباحكام واحدة بالنسبة لجميع المواطنين[1] ، في حين أن كل البلاد الراقية ذات السيادة ، قد قضت على هذه العنعنات ، وشقت طريق نهضتها الحقوقية والقومية ، بإيجاد قانون مدني عام يشمل فيما يشمل وأول مايشمل الأحوال الشخصية التي ترتكز عليها حياة الأمة ، ويقوم عليها كيانها الحقيقي ، فيوحّد بين أفراد الامة الواحدة تجاه القانون وأحكامه ، ويلزمهم كلهم بالخضوع إلى أحكام واحدة ، أمام قضاء واحد ، لأنهم أبناء وطن واحد ، مستوحياً حلوله وأحكامه هذه من مصلحة الوطن ومصلحة البلاد . وإنا لنرجو أن توفق جمهوريتنا لاجتياز هذه الخطوة الأساسية وتحقيق هذا الهدف الذي طالما انتظرناه طويلاً .

ج ـ **المعاملات المتعلقة بالثروة والذمة :** Les droits patrimoniaux

ويمكن تقسيمها إلى قسمين رئيسيين :

١ ــ الالتزامات والعقود .

٢ ــ الأموال والحقوق العينية .

١ ـ أما حقوق الالتزامات والعقود :

droits des obligations et des contrats

فهي في الحقوق المدنية وغير المدنية ، محور القواعد الحقوقية ، وعليها تقاس سائر الاحكام . وتتناول نظرية الالتزامات جميع القواعد الناظمة لعلاقات الناس والافراد فيما بينهم بما ينشأ من أخذ وعطاء ، وضرر ومنافع . أو بتعبير آخر ، انها تتناول علاقات الحقوق التي ينشأ عنها دين « créance » بالمعنى العام أو مسؤولية مدنية عقدية أو غير عقدية. فحقوق الالتزامات شاملة لكل مايوجب اعتبار شخص ما مديناً إلى آخر ــ يسمى دائناً ــ سواء بتسليم شيء أو عمل

(١) راجع ما سيأتي . بحث الدين كمصدر رسمي من مصادر الحقوق الوضعية عندنا .

شيء أو الامتناع عن عمل شيء . و كما ان العقود تؤلف مصدراً رئيسياً من مصادر الالتزام ، اكثرها أهمية وايجاداً للالتزامات ، كذلك فان العمل الضار او المسؤولية التقصيرية ، ثم العمل النافع ، او الاثراء بلا سبب ، ثم القانون كلها تؤلف مصادر اصلية للالتزام الى جانب العقود .

٢ - أما الاموال والحقوق العينية :

Les biens et les droits réels

فهي القواعد الباحثة في الاموال ، من منقول وغير منقول ، وحقوق المالك عليها ، و كيفية تملكها وانتقالها من يد الى اخرى ، أي في طرق اكتساب الملكية والحقوق العينية الاصلية ، كحقوق الارتفاق ، والانتفاع والخ ... من الحقوق العينية الاخرى التي يطلق عليها الحقوق العينية الاصلية droits reéls principaux .

ويدخل في بحث الاموال والحقوق العينية ، موضوع الحقوق العينية التبعية أي التأمينات والامتيازات العينية ، وهي الضمانات القانونية او الاتفاقية التي يتمتع بها دائن أوصاحب حق على أعيان معينة ، كالتأمين العقاري ، والرهن الحيازي ، وامتياز البائع على الشيء المبيع لقاء الثمن .. الخ من هذه الحقوق ، وكلها تمنح صاحبها امتيازاً وأفضلية على كل دائن آخر بالنسبة للمدين ، وتجعل الشيء او العين التي هي موضوعها مخصصة لوفاء دين صاحبها فلا يشاركه في ذلك غيره ، وهى بذلك تبعية لانها تتبع الدين الذي تضمن وفاءه .

٣ – ويضيف بعض المؤلفين الى هذين القسمين الرئيسين قسماً إضافياً يتعلق **بالحقوق الادبية او المعنوية** droits incorporels ou intellectuels كحق المؤلف على مؤلفه ، والمخترع على اكتشافه ، والصانع على مصنوعاته الخ .. وهو قسم توسع حديثاً توسعاً كبيراً ، مما دعا البعض الى القول بجعله قسماً مستقلا وثانوياً ، وان كان في الحقيقة شديد الاتصال والصلة بالحقوق العينية السابقة الذكر .

هذه هي الخطوط الرئيسية للحقوق المدنية ، أصل الحقوق الخاصة ومردها .

٣ — الحقوق التجارية Droit commercial

قلنا إن الأصل أن الحقوق المدنية تشمل جميع الحقوق الخاصة ، إلا أن توسع بعض نواحي الحياة الخاصة وازدياد فعاليتها بموضوعات وخصوصات معينة ولا سيما قيام قواعد خاصة توحيها الطبيعة الخصوصية لهـــذه الموضوعات ، أوجبت في أكثر الشرائع أن تنسلخ عن جسم الحقوق المدنية القواعد المتعلقة بالنواحي أو الخصوصات المذكورة لتشكل فرعاً حقوقياً قائماً بذاته مع بقائه تابعاً للام والاصل وهذا هو شأن الحقوق التجارية .

وفي الواقع ، فان عـــلاقات التجار وفعاليتهم ، وهم فئة هامة وكبيرة في الحياة العامة الاقتصادية ، اقتضت لهم قواعـــد خاصة ، استلزمتها طبيعة السرعة والثقة في المعاملات التجارية ، وعدم التمسك بالقيود التي تقيد الأفراد في معاملتهم المدنية ، مقـابل إقامة أنواع من الأسناد التجارية يسهل تداولها ، وتحقق الغـاية وتؤمن السرعة في المعاملات التجارية .

وتبحث الحقوق التجارية بما يقتصر على الامور التجارية ، دون المعاملات المدنية ، أي في تنظيم الأعمال التجارية وعقودها ، ثم في الشركات التجارية وتحديدها وبيان شروطها وأحكامها ، ثم في السندات التجارية التي تقبل التداول من يد إلى يـد بمجرد تظهيرها ، وأخيراً في حالة عجز التاجر عن إداء ديونه في استحقاقها ، وما يلحق ذلك من اجراءات لصيانة حقوق الدائنين ، وهو ما يسمى بالافلاس .

وإذا ذكرنا الحقوق التجارية فعلينا أن نذكر إن هذه الحقوق على نوعين برية أي الحقوق التجارية المتعلقة بمعاملات التجارة فوق اليابسة ، وهي التي ذكرنا أبرز مواضيعها ، وبحرية maritime وهي التي تتعلق بتنظيم المعاملات التجارية البحرية أي ما يتعلق بالاسفار البحرية . والحقوق التجارية البحرية تبحث في السفن

والمراكب من حيث تعبيتها ، تسميتها ، جنسيتها ، ملكيتها ، استثمارها، ملاحوها .. الخ ، وفي النقل البحري ، عقودهومسؤوليته . ثم في الحوادث البحرية وأخطارها وأخيراً في التأمين البحري ، عقوده ، وأخطاره ، وتنفيذه ... الخ .

وتختلف الحقوق البحرية عن التجارية عامة وهي البرية باختلاف جوهري في موضوعها واتصالها بشكل دائم ومباشر بالحقوق الدولية ، وخروجها عن النطاق الداخلي ، أكثر من الحقوق التجارية البرية .

ومع ذلك فكلا الفرعين التجاريين ، البرية والبحرية يمتازان باتصالهما بالحقوق الدولية ، كما تقتضيه طبيعة موضوعاتها ، ولكنهما كلاهما ، حتى البحرية منها ، يعتبران من الحقوق الخاصة الداخلية ، وتطبق عليها أحكام القانون المدني في كل أمر ليس في القانون التجاري نص يخالف النص المدني .

ويمكن أن نضيف اليوم على هذين النوعين من الحقوق التجارية ، الحقوق الجوية Droit aérien التي تمت وتوسعت جداً في العصر الحاضر .

٣ — الاجراءات واصول المحاكمات المدنية والتجارية

Droit de procédure civile et commerciale

الأصول بوجه عام ، كما رأينا ، هي القواعد التي تبحث وتنظم الاجراءات الواجب اتباعها لتطبيق أحكام القانون الأصلي ، وفي موضوعنا الحقوق المدنية والتجارية .

وإذا أردنا أن ننظر إلى الأصول نظرة مجردة عن الأحكام التي يراد تطبيقها بواسطتها ، أي عن الحقوق التي يراد إيصالها إلى أصحابها بطريقتها — وهي في موضوعنا مدنية أو تجارية — لرأينا أن هذه القواعد الأصولية إنما تتناول في الحقيقة تنظيم المحاكم والمحاكمات ، وكيفية اجراء المراسم اللازمة لضمان إيصال الحق

المنصوص عنه في القوانين الأساسية إلى صاحبه . . . وهي بهذا الأعتبار ، كما يرى بعض المؤلفين المعاصرين ، أقرب إلى الحقوق العامة منها إلى الحقوق الخاصة ، بل ولعلها وهي تنظم طرق اقامة العدل والقضاء بين الناس، إنما تمثل الحقوق العامة في ذلك خير تمثيل ، غير مختلفة عن أصول المحاكمات الجزائية وسائر تنظيمات الدولة ودوائرها ، إلا ان صلتها الوثقى بالموضوع الأصلي جعل المؤلفين المدرسيين يعتبرونها من الحقوق الخاصة أو يبحثونها بين فروعها .

وتبحث الأصول في تشكيل المحاكم المدنية أو التجارية ودرجاتها ، واختصاص كل منها ، وكيفية رؤية الدعاوي فيها ، من وقت رفعها حتى تنفيذ الحكم الصادر عنها ، كما تبحث في البينات وأصـــول إقامتها والخ .. وهي أكثر الأبحاث صلة بالقانون الأساسي مدني أو تجاري .

٤ — التشريع الصناعي والزراعي والاجتماعي

Législation industrielle, rurale, sociale

هذا ، ويمكن أن نضيف إلى هذه الفروع الأصلية فروعاً جديدة ، أوجدتها ضرورات الحياة الجديدة وتطورها الحديث لتنفصل عن الأصل ، وأهم هـــذه الفروع « التشريع الزراعي والصناعي Législation rurale et Droit industriel » وتشريع العمل Droit du travail وهي تشريعات تبحث في تنظيمات الأعمـــال الصناعية والزراعية وعلاقات العمال بأرباب العمل ، وتأمين مستوى حياة وعيش لائق لهم ، كما تبحث في تنظيم المهنة ومشاكلها ، وتأليف نقاباتها وفي حل الخلافات التي تقوم بين الطرفين وطرق هذا الحل الخ ...

ويرى الكثيرون ان هذه الحقوق التي وان تكن تبحث في أغلب قواعدها تنظيم عـــلاقات العمال وأرباب العمل ، فرادى وجماعات ، مجتمعين أو منفردين ، بحيث تأخذ من الحقوق الخاصة وترتبط بها ، فانها في الواقـــع مخضرمة بين العامة والخاصة لأنها لا تقتصر على تنظيم علاقات الطرفين المتعاملين وما بينهما من روابط

خاصة ، بل تتعداها إلى بحث التنظيم المهني بوجه عام ، وما يتعلق باقتصاديات البلاد وروابط العمل الاجتماعية إجمالا ، والمحافظة على ثروتها ونموها وازدهارها ، أكثر من أن تهتم بحـــالة فرد أو أفراد فيها ، فهي بذلك تتصل بالحياة الاقتصادية في تنظيماتها النقابية وشؤونها العامة ، بقدر ما تتصل بالحقوق الخاصة في علاقاتها المادية أو الشخصية وربما اعتبرها من الحقوق العامة لا الخاصة .

٥ — الحقوق الدولية الخاصة Droit international privé

إذا كانت الحقوق الدولية العامة إنما تتناول بحث وتنظيم العلاقات بين شخص الدولة المعنوي وبين الدول الأخرى فيما يتعلق بالقضايا العامة ، كما أوضحنا ، فان الحقوق الدولية الخاصة تتناول العلاقات الخاصة بين أفراد أو أشخاص من جنسيتين أو جنسيات مختلفه ، وخاضعين لسيادات وقوانين مختلفة ، بحيث يجب حـل هـذا التنازع بين قوانين الدول المتعددة التي يمكن أن تحكم هذه العلاقات . مثلاً سوريان يتزوجان في فرانسة ، فبحسب أي القوانين يجري عقد الزواج ؟ أبحسب قانون فرانسة أو القانون السوري ؟ وما هي الأحكام التي يخضعان لها ؟ ثم ما القول إذا كان أحدهما سورياً والآخر فرنسياً أو إيطالياً أو سويسرياً . . . الخ ؟ أو مثلا ، تاجر لبناني يشتري من شـــركة فرنسية في سورية بضائع ومنتجات لشحنها له ، فبحسب أي القوانين يجري العقد ؟ وما هي المحاكم المختصة للنظر في الخلاف وأي الاحكام تطبق في هذا الخلاف أذا وقـــع ؟ أو انكليزي يموت في سورية ويترك اولاداً له في مصر ، وعقارات في بلاد مختلفة ، فكيف يجري الأرث وبحسب أية شـــريعة ؟ الخ .. في كل هـــذه الأمثلة والقضايا تقوم الحقوق الدولية بايجاد الحلول لها .

وعلى هذا فان مواضيـع الحقوق الدولية الخاصـة هي تنظيم العلاقات الخاصة بين الافراد والاشخاص من طبيعيين أو أعتباريين ، وبيان حقوقهم وواجباتهم ،

وطرق الوصول إلى تطبيق الاحكام الاساسية لإيصال الحق إلى صاحبه ، كالحقوق الخاصة تماما ، بجميع فروعها ، مع فارق واحد هو أن يكون أحد عناصر هذه العلاقات ، من أطراف أوأموال أو مكان ، فيه اختلاف من حيث السياسة الدولية ويمكن أن تحكمها أحكام مختلفة لقوانين دول متعددة تكون قابلة للتطبيق عليها . ونستطيع جمع المواضيع التي تدرسها الحقوق الدولية الخاصة بزمرتين :

الزمرة الاولى ـ القواعد المتعلقة **بتعيين المحاكم المختصة** للنظر في الخلافات الخاصة التي تتنازعها محاكم دول متعددة ، فتعين المحاكم الصالحة بينها ، والاجراءات التي تتبع الحكم والتنفيذ .

الزمرة الثانية ـ القواعد المتعلقة بتنازع قوانين بلاد مختلفة في تعيين **الحكم الاساسي** الذي يجب على المحكمة تطبيقه على الخلاف .

ففي الزمرة الاولى تكون القواعد شكلية وفي الثانية أساسية موضوعية . وفي الزمرة الاولى تسود القواعد المعروفة بقاعدة اقليمية القوانين أو مكانتها territorialité des lois وهي التي تقوم على تطبيق القانون المحلي تطبيقاً مكانياً يسري على جميع المواطنين في أرض الدولة من أجانب أو وطنين على السواء . ويقف سلطان هذا القانون عند حدود الدولة ليطبق قانون الاخرى ضمن حدودها .

أما في الزمرة الثانية فتنقسم القاعدة السابقة لمكانية القانون أو اقليمته والقاعدة المسماة بشخصية القوانين Personnalité des lois ، وهي تقضي بأن يتبع الشخص قانون بلاده أينما ذهب ، ولا يعدل عن هذا المبدأ إلا في الحالات التي تتعلق بالنظام العام أو الآداب العامة . وبكلمة واحدة تتنازع هذه الزمرة النظريتان معاً (١) .

---

(١) راجع ماسيأتي ، تنازع القوانين من حيث المكان ص ٣٩٣ وما بعدها .

وتشمل الحقوق الدولية الخاصة كل فروع الحقوق المدنية من أصلية وثانوية، وتجارية ، زراعية وصناعية ، ومادية وأدبية .

★ ★ ★

هذه هى مجمل فروع القسمين البارزين للحقوق من الناحيتين ، أي للحقوق العامة والحقوق الخاصة محلياً ودولياً . ويرى بعض المؤلفين أن تعتبر بعض الفروع من فروع القسمين حقوقاً مختلطة مخضرمة Droit mixte ، بين العامة والخاصة ، تتناول بحسب المعيار الذي يفصل بينها ، مواضيع داخلة في كليهما ، وتقبل الانضمام تحت لوائهما معاً . بل ربما اعتبروا بعض هذه الفروع ذا كيـــان خاص ، لايجب إدخاله في إحدى الزمرتين [1] ، وإنما يجب النظر إلى هـذه الفروع كأنظمة قائمة على أسس خاصة ، ذات موضوع وتطبيق خاصين ، كالتشريع الصنـاعي والزراعي والاجتماعي والجوي الخ . . تجتمع في ملتقى الزمر ، وتأخذ من كل منها بنصيب .

★ ★

(١) روبية : النظرية العامة للحقوق، المرجع السابق ، ص ٣٥٥ ؛ ريبر ، المطول الابتدائي للحقوق المدنية ، ج ١ ص ١٤ .

البحث الثالث

مصادر الحقوق

Les sources du Droit

§ ١ ـ معاني المصدر

إن لـكلمة « مصدر » في الحقوق معـاني متعددة ، بحسب مايقصد منهـا » وأبرز هذه المعاني التي تتصل مباشرة بالحقوق ثلاثة (١) :

أ ـ الاول ، المعنى التاريخي Source historique

فمصدر الحقوق من الناحية التاريخية معناه المنشأ الذي استمدت منه تاريخياً حقوق بلد من البلدان قواعدها ومؤسساتها الحقوقية ، قوانينها واجتهاداتها ، والمنبـع الذي استقت منه أفـكارها ومبادئها الحقوقية . فاذا قلنا إن مصدر الحقوق العثمانية كان حتى عهد التنظيمات احكام الشريعة الاسلامية ، وأصبح بعد هـذا العهد

(١) راجـع سوتيروانو Seutiro Ono ، في مجموعة الدراسات : « مصادر الحقـوق الوضعية » على شرف فرانسوا جني Geny ، ج ١ ص ٣٧٥ .

خليطاً من الشريعة والحقوق الفرنسية — حيث استمدت الدولة العثمانية كثيراً من قوانينها — نكون قد قصدنا بالمصدر هذا المعنى التاريخي . ومثل ذلك لو قلنا ان مصدر الحقوق الفرنسية وأكثر الحقوق الاوربية ذات المنشأ اللاتيني هو الشريعة الرومانية أولاً والحقوق الكنائسية والعرفية التي قامت بعدها وانضمت اليها ثانياً ، نكون قد قصدنا مصدر الحقوق الفرنسية من حيث التأثير التاريخي .

ولا نخرج عن هـذا المعني إذا قلنا ان مصدر الحقوق السورية كان في البدء الشريعة الاسلامية ، ثم أصبح زمن القوانين العثمانية ، وفي يومنا هذا ، خليطاً من الشريعة والحقوق الغربية عامه والفرنسية خاصه .

ب – وأما الثاني فهو المعنى الحقيقي Source réelle

والمصدر الحقيقي أو الجـوهرى للحقوق L'essence du Droit ، هو ذلك الاساس الذي يعتبر غاية الحقوق والهدف الذي تسعى إلى تحقيقه . وقد رأينا ونحن نبحث أساس الحقوق النظريات والمذاهب الكثيرة التي قامت حوله ، والاتجـاهين الرئيسيين لهـــا — وهما العدل والمنطق والمسلمات الطبيعية من جهة ، أو الواقعيه القائمة على الحقوق الوضعية ، أو التجربة المستمدة من الطبـائع والمصالح من جهة أخرى — هما المصدر الحقيقي للحقوق .

ج – وأخيراً المعنى الثالث ، المعنى الرسمي او الشكلي Source formelle

أي المصدر الرسمي أو الوضعي للحقوق ، من حيث الرجوع اليهـا والاستناد عليها رسمياً في الحكم بين الناس . انها المراجع والمآخذ الوضعية التي يسار عليها ، في تعيين الحقوق وبيانها ، وعملياً في الفصل بالخلافات بين الناس على ضوئها ؛ فاذا كانت القواعد الحقوقية والمؤسسات التي تجمعها ذات كيان ووجود وقابلة للتطبيق، فكيف نتعرف عليها ، وما هي السبيل والطريق لمعرفتها والوصول اليها والحكم بها، وبكلمة واحدة بأي شكل تظهر هذه القواعد وتتجلى ؟ هذا هو المعنى الثالث ، المصدر الرسمي أو الشكلي الظاهري للحقوق .

ونحن في ابحاثنا لمصادر الحقوق لا نبغي المعنى الأول ، الذي يبحثه تاريخ الحقوق ، وقد ألمحنا بايجاز لامهات النظريات والأسس التي ينطوي عليها المعنى الثاني ، ولذلك فاننا سندرس باختصار المصادر الحقوقية بالمعنى الثالث على ضوء ما مر معنا من معلومات عامة في الحقوق .

§ ٢ — المصادر الرسمية او الشكلية للحقوق

Sources formelles du Droit

اطلق المؤلفون والفقهاء هذه التسمية على المصادر الوضعية للحقوق ليقابلوها بالمصادر الحقيقية . وقصدوا بها تلك المصادر التي يُلزم القاضي في يومنا هذا أن يرجع اليها ويستند عليها ليعطي حكمه ، باعتبارانها القواعد التي تؤلف الحقوق الوضعية جميعها ، والتي تحددها وتعينها ، وتبين كيفية تطبيقها ، ومرتبة كل منها ، غير ان الفقهاء مع ذلك غير متفقين على عناصرها ، وترتيبها وقيمتها ، بشكل جازم وأكيد ، بحيث نجد كثيراً من الاتجاهات والآراء المختلفة في هذا الموضوع . فمن الفقهاء من لا يعتبر غير مصدر واحد هو القانون ، ومنهم من يقول بمصدرين هما القانون والعرف ، ومنهم ينكر الاجتهاد والفقه أبداً كمصدرين آخرين ... الخ . ولكننا نستطيع أن نقول إن الأغلبية متفقة على أن هناك أربعة مصادر رسمية أو شكلية للحقوق هي القانون أو القواعد التشريعية ، والاعراف أو القواعد العرفية كمصدرين أصليين ، والاجتهاد القضائي أو أقضية المحاكم ، والفقه الحقوقي أو آراء العلماء كمصدرين اضافيين ، وربما جاز مع بعض النظريات الحديثة التجديدية ، وبعد أن سادت في في العصر الحاضر الافكار الاشتراكية والاجتماعية في الحقوق ، أن نضيف

مصدراً آخر ، مصدراً حقيقياً في الأصل ، ولكنه ذو تأثير مباشر ووضعي في الحقوق ، إلا وهو مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة كما رأينا .

كذلك ، من واجبنا أن نضيف إلى هذه المصادر الرسمية الغالبة في بلاد الناس ، مصدراً رسمياً آخر بالنسبة إلى بلادنا وهو مرعي فيها ، وهذا المصدر هو الدين الذي ذكرناه بين أسس الحقوق ومصادرها الحقيقية .

ولقد رأينا أن القانون المدني السوري نص في الفقرة الثانية من مادته الاولى مما يؤكد أخذه بمصدرين أصليين هما القانون والعرف على اعتبار أن الشريعة الاسلامية أول الاعراف .

وقبل أن نتناول كل واحد من المصادر الأربعة المصدرين الأصليين والمصادر الأربع الاضافية والمصدرين الاضافيين ، بالشرح والتفصيل ، نتساءل كيف يمكننا أن نصنفها وبأيها نبدأ؟ اختلف الفقهاء وعلماء الحقوق كما ذكرنا في تصنيف هذه المصادر تبعاً لمذاهبهم الأصلية ، مثلما اختلفوا في تحديد قيمتها وضرورتها . ويذهب الاستاذ بونكاز إلى تقسيم هذه المصادر إلى قسمين رئيسيين باعتبار ثبوتها وكتابتها ، المصادر المكتوبة أو الحقوق المكتوبة ، والحقوق غير المكتوبة ، وهو تقسيم مدرسي معروف منذ القديم ، بالنسبة لفرانسة ووضعها الحقوقي ، فتتمثل الاولى بالقانون وربما الفقه ، وتتمثل الثانية بالعرف وربما الاجتهاد القضائي إلى حد ما (١) .

ويرى العلامة الفقيه جني Geny وكثيرون غيره أن تعتبر هذه المصادر اصلية ومساعدة ، فالاولى هي العرف والقانون ، ويمكن أن نضيف اليهما الحقوق الطبيعية والدين ، في حين أن الثانية – وهي ما سمي بالحجج والمراجع الراجحة autorités — تجمع الاجتهادالقضائي والفقه الحقوقي (آراء العلماء).

والواقع أنه يمكن تصنيف هذه المصادر باعتبارين رئيسيين : اما باعتبار أهميتها التاريخية ، واما باعتبار أهميتها العملية والتطبيقية . فمن حيث الاعتبار

---

(١) بونكاز ، المرجع السابق ص ١٠٤ .

الاول لاخلاف ابـــداً في ان الدين والاعراف او الحقوق العرفية تأتي في اول هذه المصادر ، وربما كانت وحدها في زمن ما مصـدر الحقوق التاريخي والحقيق والرسمي في آن واحد . ويأتي بعدها في البلاد اللاتينية كفرانسة القـــانون ثم الاجتهاد ثم الفقه . في حين يأتي الاجتهاد القضائي قبل القانون في تاريـخ لحقوق الانكلو ساكسونية ، واما من حيث الاعتبار الثاني ، فان القانون بنظر الكثرة من المؤلفـــين اليوم يأتي بالدرجة الاولى ، حتى كاد يكون في زمن ما وحده المصدر الاصلي للحقوق ، ثم يليه مرتبة الاجتهـاد ، فالفقه فالاعراف . على ان كثـيراً من المؤلفين وان كانوا يعترفون بمكانة القانون وأهميته الواقعية كمصدر للحقوق إلا انهم مايزالون يواصلون اعتبار التصنيف القديم او يذكرون الاعراف بعد القانون في المرتبة مازجين بين الاعتبارين في التصنيف . وبالنسبة الى الحقوق في بلادنا فان الأعراف لهـــا من الاهمية والمكانة العملية اليوم ، رغم التقنينات الحديثة ، ما يوجب بحثهـــا بعد القانون مباشرة ، ولذلك فسنبحث بهذه المصادر مبتدئين بالمصـــادر الرسمية الرئيسية بحسب ترتيبها القانوني ، واهميتهـا التطبيقية فنبحث اولا بالقانون او التشريع ، وثانياً بالأعراف ، وثالثاً بالدين او الأحـــكام الدينية ، ورابعاً بمبادىء القانون الطبيعي وقواعد العـدالة . ثم نبحث بعد ذلك المصدرين الثانويين والتكميليين وهما الاجتهـــاد القضائي من جهةوالفقه من جهة اخرى .

الفرع الاول

القانون او التشريع

La loi

§ ١ ـ تعريف القانون وتحديده

القانون ، ويسميه المصريون أحياناً التشريع : هو في الاصل قاعدة حقوقية صادرة عن السلطة التشريعية المختصة لتطبق الزامياً في البلاد . ويضيف بعض المؤلفين الى ذلك انه قاعدة حقوقية عامة مجردة ودائمة (١) ، بحيث تشمل كل مايقع تحت مدلولها من الاشخاص ، ومن الاعمال والوقائع دون تحديد أو تعيين ، وتطبق عليهم حكما دون ان تحدد بالزمان (٢) . من هذا التعريف للقانون يتضح ان هناك عناصر لابد للقانون ان يحويها ليكون له صفة المصدر بالمعنى الوضعي الذي ذكرناه . وهذه الصفات او العناصر إما ان تكون شكلية في شكل القانون وكيفية صدوره ، واما أن تكون موضوعية في أساس القانون أو موضوعه ومضمونه .

---

(١) دولا كريسه ولابوردلا كوست ، المدخل العلم لدراسة الحقوق ، سنة ١٩٤٧ ص ١٩٧ .

(٢) بونكاز ، المدخل لدراسة الحقوق ص ١١٨ .

آ ـ فمن حيث الشكل :

يجب أن يكون القانون ، ١ ـ عملاً تشريعياً صادراً عن السلطة المختصة في اصداره ، ٢ ـ وأن يكون مكتوباً قد تم سنه واصداره ونشره حسب الاصول.

١ ـ أما كونه عمـــلاً تشريعياً صادراً عن السلطة المختصة ، فان الحقوق الدستورية تتولى بيـان من هي السلطة المختصة في سن القوانين واصدارها ، كما توضح كيفية سن القوانين ونشرها . وهذه السلطة وإن اختلفت من حيث تشكيلها وصلاحياتها في الزمان والمكان ، فأنها ترجع في الاكثرية الساحقة للعالم وفي جميع البلاد المتمدنة اليوم ، الى الشعب مصدر السلطات كلها ومردها ، وتتمثل بمجالس اوبرلمانات ، من تأسيسية الى عادية ، تمثل الشعب ، وتعتبر وكيلة عنه في اظهـار ارادته بهذه الاعمال الدستورية أو التشريعية .(١)

فالقانون إذن عمل تشريعي أرادي يصدر بارادة الأمة أوممثليهـا أو من يتمتع بسلطة التشريع ، إذ من الجائز دستورياً ـ وكثيراً ماحدث في سورية في الماضى، وما يحدث في كثير من البلاد حتى اليوم ـ أن تمنح المجـالس التشريعية السلطة التنفيذية في موضوع معين أو اطلاقاً ، حق اصدار مراسيم تشرتعية لها قوة القانون على أن تعرض على المجلس النيابي فيما بعد (٢) .

غير أن الدستور السوري في أصله كان قد أقر ، بعد مناقشات حادة وهامة في المادة ٥٩ مبدأ عـدم جواز تخلي المجلس للحكومة أو السلطة التنفيذية عن سلطته في التشريع لأي سبب كان حاصراً التشريع بالمجلس النيابي وحده مهما كانت الظروف (٣) .

---

(١) وقد نصت المـــادة ٢ من الدستور السوري ان السيادة للشعب وتقوم على مبدأ حكم الشعب بالشعب ، يمارسها ضمن الاشـكال والحدود المقررة في الدستور .

(٢) ويطلق المصريون على هذا النوع من التشريع اسم تشريع الضرورة، اومرسوم بقانون.

(٣) راجع مناقشات المجلس التأسيسي لعام ١٩٥٠ حول هذه المادة .

غير أن هذا المبدأ قد عدل من المجلس التأسيسي بتاريخ ١٣ ايلول ١٩٦٢ حيث تضمنت المادة ٥٩ من الدستور بعد تعديلها بالمادة ٤ من مواد التعديل النص التالي :

«١ ـ لمجلس النواب بأكثرية أعضائه المطلقة منح السلطة التنفيذية صلاحية اصدار مراسيم تشريعية لها صفة القانون وذلك لمدة معينة .

٢ — تصدر وتنشر المراسيم التشريعية بقرار متخذ من مجلس الوزراء المنعقد برئاسة رئيس الجمهورية وبأكثرية ثلثي أعضائه ، وتبقى هذه المراسيم التشريعية نافذة الى أن تعدل أو تلغى بقانون أو بمرسوم تشريعي وفقاً لأحكام هذا الدستور».

وهكذا عاد الدستور السوري ـ بعد تعديله ـ الى جواز تخلي السلطة التشريعية عن مهمة التشريع الى السلطة التنفيذية ومنحها صلاحية اصدار مراسيم تشريعية دون تحديد للموضوع ، غير أنه قيد ذلك بمدة معينة بحيث لايجوز اعطاء السلطة التنفيذية حق اصدار التشريع إلا خلال فترة يعينها المجلس النيابي لها حين منحها هذه الصلاحية ، وطبيعي أن ذلك لايكون الا في غيبة المجلس. وقد اشترط الدستور كذلك في منح هذه السلطة واصدار المراسيم التشريعة من مجلس الوزراء أن يكون ذلك برئاسة رئيس الجمهورية وبأكثرية ثلثي اعضائه . هذا في حين أن الدستور الموقت للجمهورية العربية المتحدة من قبل كان قد منح رئيس الجمهورية وحده حق التمتع باصدار التشريعات دون قيد ولا شرط وقد صدرت بالاستناد الى ذلك قرارات بقوانين لاأثناء غياب مجلس الأمة وتعطيله فحسب ، بل وحتى بعد تشكيله واجتماعه ...!

والمعروف ان اسلوب القرارات والمراسيم التشريعية عرفته كل الدول في حال الانقلابات والحكومات الفعلية ، ويكون التشريع الواقعي الذي يفرض نفسه نافذاً بالفعل ومشروعاً في الأصل بالقدر الذي تقتضيه ضرورة الرجوع الى الشعب مصدر السلطات ليقر الواقع عن طريق الاستفتاء أو أي شكل آخر يظهر فيه موافقته على التشريع و أعمال السلطة المشرعة .

وفي اعتقادنا تقدر الشرعية في مثل هذه الأحوال بقدرها ، ويكون ذلك في نظرنا بالعودة الى الشعب في أقرب فرصة ممكنة وضمن حدود وجوب الرجوع اليه خلالها، بحيث إذا طال الزمن وامتد دون الرجوع إلى الشعب بشكل سليم وصحيح وبأقصر وقت ممكن تزول الصفة الديمقراطية عن الحكم وتكون الشرعية محل نظر .

ومن حيث أن القانون عمل تشريعي صادر عن السلطة التشريعية فتخرج بذلك الأعمال الأخرى من مراسيم وقرارات تصدر عن غير السلطة التشريعية أو عمن يقوم مقامها . فاذا أصدرت الحكومة مرسوماً أو قراراً دون أن تكون متمتعة بالسلطة التشريعية أو دون أن يصدر بوصفه مرسوماً تشريعياً لا يكون له صفة القانون ولا آثار القانون ، وبالتالي لا يكون مصدراً موجداً للحقوق بالمعنى الوضعي، وإنما منشأ لعلاقات وأوضاع حقوقية ، كبعض المراسيم التنظيمية ، أو معدلاً لها أو مفسراً ومنظماً لنصوص قانونية تشريعيه ، ورغم ذهاب البعض الى القول بان هذه المراسيم والقرارات ليست لها قوة القانون من حيث الالزام القضائي إلا إذا كانت صادرة استناداً إلى نص قانوني يحيل التنظيم أو التفسير على السلطة التنفيذية وفيما عدا ذلك ، فهي لا تلزم غير الموظفين والادارة ولا تلزم القضاء (١) . هذا فيما يعود للصفة التشريعية للقانون .

٢ ــ أما كونه مكتوباً ، فان هذه الصفة في تدوين قواعد التشريع باثباتها خطياً ، تعتبر ميزة أساسية للقانون بالنسبة للاعراف التي سبقتها في تاريخ الحقوق،

---

(١) وقد أكد القضاء ذلك بكثير من القرارات . فقد اصدرت احدى المحاكم الفرنسية قراراً صريحاً بهذا المعنى : « على القاضي الجزائي ان يتحقق من شرعية العقوبات التي يطبقها . وكذلك القاضي المدني ، عندما يطلب منه فرض غرامة مدنية ، فانه يتوجب عليه التحقق من شرعية النص الذي يفرض تلك الغرامة ، لأن مهمته في هذه الحالة تشبه مهمة القاضي الجزائي . فاذا كان للغرامة صفة الضريبة ، فانه لا يجوز فرضها الا بقانون ، ذلك بناء على احكام الدستور والمادة ١٤ من شرعة حقوق الانسان . فاذا ما فرضت وتحددت من مرجع اداري فلا يتوجب على القاضي ان يحكم بها (محكمة سان ماردولا ريفيار ٢٩ــ٥ــ١٩٥٠ مجلة المحامي سنة ٩٥١ ص ٧) .

والتي هي غير مدونة القواعد في الأصل . والقانون بعد أن يتم سنه والتصويت عليه من المجلس النيابي أو السلطة التشريعية حسب الاصول ، فان هذا العمل التشريعي — سواء أكان صادراً عن المجلس مباشرة أو عن الحكومة بما منحته من سلطات تشريعية — لا يكتسب مع ذلك وفي كل الاحوال صفة القانون أو التشريع الملزم من حيث الشكل ، إلا اذا صدر وفق الاصول ، أي حسب ماتقتضيه القواعد الدستورية أو القانونية ، وهي في سورية ولبنان ومصر وفرانسة أن يسن القانون من المجلس التشريعي ويصدر من قبل رئيس الجمهورية وينشر في الجريدة الرسمية ، بحيث يكون هذا الاصدار والنشر بمثابة التصديق على وجود القانون والاقرار باعلانه ، وإلزام موظفي الدولة وأفرادها بتنفيذه والخضوع له[1].

وما دام القانون لا يعتبر تشريعاً ملزماً من حيث الشكل الا اذا كان نافذاً ومعمولاً به ، أي صدر وأعلن أو نشر حسب الاصول الدستورية والقانونية ،

---

(١) وقد فكر المشرع في مشروع التنقيح التمهيدي للقانون المدني المصري ، ان ينص على كيفية نفاذ القانون ووقت هذا النفاذ ، فأوجد مادة — هي المادة الثالثة من المشروع التمهيدي — جاء فيها :

١ — تصبح القوانين نافذة في جميع انحاء الدولة متى اصدرت وفقاً لاحكام الدستور .

٢ — وتصبح قابلة للتطبيق في كل ناحية من مصر من الوقت الذي يستطاع فيه العلم بالاصدار.

٣ — ويعتبر الاصدار معلوماً في جميع انحاء الدولة بانقضاء ثلاثين يوماً من نشر هذه القوانين ويجوز انقاص هذه المدة او زيادتها بنص صريح .

٤ — ويكون نشر القوانين بادراجها في الجريدة الرسمية .

غير ان هذا النص المستلهم من القانون المدني الفرنسي ، لم يوضع في المشروع الاخير والقانون الصادر ، رغم ما يحويه من نقاط ومبادىء هامة ، لان اكثرها مما يتولى بحثه الدستور ، ومما يعود اليه . فاصدار القوانين ونشرها ، اموريجب ان ينظمها الدستور . وقد نص الدستور المصري قبل الثورة في المادة ٢٦ الفقرة الثالثة على اعتبار اصدار تلك القوانين معلوماً في جميع القطر المصري بعد نشرها بثلاثين يوماً ويجوز قصر هذا الميعاد او مده بنص صريح في تلك القوانين.

فانه يجب علينا أن نوضح معنى كل من الاصدار والنشر ، وشروط كل منهما وأحكامه.

بعد أن يتم التصويت من قبل المجلس التشريعي بالموافقة على سن القانون — أو كما يقول بعض المؤلفين المصريين ، التصديق عليه من المجلس — يجب أن يمر التشريع أو القانون بمرحلتين ، يفرق الفقهاء والقضاء في كثير من الأحيان بينهما[1] رغم اتصالهما وعدم انفصالهما ، وهما الاصدار من جهة ، والاعلان أو النشر من جهة أخرى ليكون نافذاً ومعولاً به [2] .

أما « الاصدار » Promulgation فيقوم على أن يصدق رئيس الدولة رئيس السلطة التنفيذية ، وفي الجمهورية العربية السورية رئيس الجمهورية ، ويوافق على التشريع الذي أصدره المجلس التشريعي، ويأمر بتنفيذه . فيتضمن القانون عادة عبارة

= ومع ذلك فان الفقرة الثانية من المشروع التمهيدي التي علقت قابلية تطبيق القانون بالنسبة لكل ناحية او زاوية من زوايا البلاد من الوقت الذي يستطاع فيه العلم بالاصدار ، قد اثارت جدلا في الفقة والقضاء ، لما يمكن ان يعتور القانون بعد ذلك من اضطراب متروك تقديره الى القضاء مما كان عاملا في حذفها من القانون .

وفي سورية ، رغم وجود مرسوم تشريعي (رقم ٥ تاريخ ١٥ شباط ١٩٣٦) كما سنبحثه بعد قليل ، فاننا نعتقد ان مثل هذا النص الذي كان يتضمنه المشروع ، كان جزيل النفع كبير الفائدة ، وحبذا لو استبقي ولم يحذف لأنه يوضح المبدأ والاساس الذي قام عليه .

(١) فقد قضت محكمة التمييز السورية : « ان اصدار القانون من قبل السلطة التنفيذية المكلفة باصداره عمل يتم به اثبات وجود القانون بصورة رسمية ، وهو يسبق النشر والتنفيذ ، ويختلف عنهما في الهدف والاجراءات المادية ، كما هو مقرر من قبل علماء اصول القانون ، وظاهر من نص المادة ٦١ من الدستور . » (الغرفة الشرعية ، تاريخ ١٧ شباط ١٩٥٢ اساس ٣٧٨ قرار ٨٠ مجلة نقابة المحامين بدمشق ١٩٥٢ ص ١٣٣) .

(٢) على ان الشارع اللبناني في المادة ٥٦ من الدستور اللبناني لم يفرق على ما يظهر بين اصدار القوانين وبين نشرها ، او انه وحد هاتين المعاملتين حين نص ان رئيس الجمهورية ينشر القوانين التي تمت عليها الموافقة النهائية وذلك في مدى شهر بعد احالتها الى الحكومة ، وحين ذكر كذلك في المادة ٥٧ من الدستور ان من حق رئيس الجمهورية ان يطلب =

في مستهله تؤكد اصدار القانون من رئيس الدولة حيث تقول: « أقر مجلس النواب وأصدر رئيس الجمهورية . . » ثم مادة أخيرة تقول مثلا « وزراء الدولة مكلفون بتنفيذ هذا القانون » أو « ينشر هذا القانون ويبلغ من يلزم لتنفيذ أحكامه . » الخ . . وبديهي أن رئيس الدولة ، رئيس الجمهورية ، يصدر كذلك المراسيم التشريعية التي تضعها الحكومة عندما تتمتع بصلاحية التشريع لا بوصفه رئيسها فحسب بل باعتبار ان اصداره لهذا التشريع عنصر أساسي لوجوده .

واصدار القانون من قبل رئيس السلطة التنفيذية أمر يقره مبدأ تفريق السلطات أو القوى في الدولة séparation de pouvoirs . لأن السلطة التنفيذية تخضع لأوامر رئيسها منفصلة عن السلطة التشريعية ، بحيث لا تملك هذه السلطة أو رئيسها أن يأمر مباشرة السلطة التنفيذية بتطبيق التشريع . بل أن التنظيم الدستوري يقضي أن يبقى لكل رئيس وكل سلطة اختصاصاتها ، ويكون رئيس السلطة التنفيذية هو الواسطة بين السلطة التشريعية ، ورجال السلطة التنفيذية ، حتى والقضائية (١).

وقد عين الدستور السوري لعام ١٩٥٠ ، منعاً لتعدي السلطة التنفيذية وافتئاتها ، مدى صلاحية رئيس الجمهورية في اصدار القانون أو عدم اصداره ، بحيث لا يستطيع أن يمنع إصدار القانون أو التشريع الذي يصدره المجلس التشريعي كما يرغب ويريد ، وإنما أوجب ذلك الدستور على رئيس الدولة أن يصدر القانون خلال مدة خمسة عشر يوماً منذ إقراره إلا إذا أقر المجلس بالاكثرية المطلقة صفة الاستعجال للقانون ، فيتوجب عندئذ على رئيس الدولة إصداره في المدة المعينة فيه ، وإذا لم يصدره في كلا الحالين ولم يرده إلى المجلس التشريعي لاعادة النظر فيه

= اعادة النظر في القانون مرة واحدة خلال مهلة النشر . فكأنما اعتبر معاملة نشر القوانين هي معاملة الاصدار .

(راجع دروس الاستاذ جورج سيوفي في الاكاديمية اللبنانية ١٩٥٣ ـ ١٩٥٤) .

(١) راجع السنهوري وابو ستيت ، أصول القانون طبعة ١٩٥٠ ص ١٧٤

« نشره » رئيس مجلس النواب حالاً (المادة ٦١ من الدستور السوري) . أي يستغنى عن إصدار التشريع من رئيس السلطة التنفيذية .

على أنه يحق لرئيس الجمهورية إذا وجد ضرورة ، وعندما لا تكون للقانون صفة الاستعجال ، أن يعيده الى مجلس النواب ضمن المدة المحدودة لاصداره في الدستور وذلك لاعادة النظر فيه ، حتى إذا أصر المجلس عليه بأكثرية أعضائه المطلقة ، وجب إصدار القانون فوراً (المادة ٦٢ من الدستور السوري) .

ويعتبر الاصدار على حد تعبير بعض الفقهاء — بمثابة شهادة الميلاد للقانون (١) .

واما النشر Publication او الاعلان (كما يسميه بعض الفقهاء) ـ وقد كان يسمى قديماً الاذاعة ـ ، فيقوم على شهر التشريع او القانون في جريدة الدولة الرسمية ، ليكون معلوماً ومعروفاً لدى الجميع ، اذ لا يكفي ان يوافق رئيس الجمهورية ، او رئيس الدولة على القانون الصادر عن المجلس التشريعي ليصبح نافذاً ، ولازماً واجب التطبيق ، بل يجب ان يصل إلى علم الناس جميعاً بشكل واضح صريح ، وذلك بنشره واعلانه عليهم ، حتى لا يبقى لاحد عذر في جهل القانون ، وحتى يكون للقاعدة القائلة : « الجهل في القانون لا يعد عذراً (٢) » مبرر منطقي ، بحيث يعتبر ان الناس كلهم قد عرفوا بالقانون ووقفوا عليه بمجرد النشر والاعلان ، ولا عذر لهم بعد ذلك بعدم معرفته ، ودون ماحاجة إلى تبليغهم او اعلامهم فرداً فرداً .

---

(١) راجع السنهوري وابو ستيت ، أصول القانون طبعة ١٩٥٠ ص ١٧٤

(٢) او كما قال المصريون « الجهل بالقانون ليس بعذر » تعريباً للقاعدة الفرنسية Nul n'est censé ignorer la loi وهي القاعدة اللاتينية الشهيرة Nemo ceusetur ignorare legum

واذا لم ينص الدستور او القانون ، على هذه القاعدة كما نص القانون الفرنسي ، الا ان المبادىء العامة والتعامل الجاري تنعقد كلها على وجوب العمل بهذه القاعدة ، وهي تطبق على جميع القوانين الجنائية وغيرها من القوانين المتعلقة بالنظام العام . أما غير ذلك من القوانين فقد =

ولم يبحث الدستور الحالي ولا السابق في أصول نشر القوانين وأحكام هـذا النشر كما هو في الأصل (١) . ومع ذلك فان أصول نشر القوانين قد نظم في سورية بقانون عثماني أولاً (٢) ثم بمرسوم صـدر في ١٥ شباط ١٩٣٦ برقم ٥ عُدّل بعـد ذلك بعدد من التشريعات اللاحقة .

وقد جاء في هـذا المرسوم التشريعي أنه صدر تطبيقاً لحكم المـادة ٧٢ من الدستور السوري القديم لعام ١٩٣٠، الذي أشار إلى تنظيم طرق نشر القوانين والنصوص

= قالوا بجواز الاعتذار بجهله ، ويصلح الغلط في شأنه ان يعتبر عيباً من عيوب الرضا في العقود وهو ما يسمى الغلط في القانون (راجع الاستاذ سليمان مرقس ،المرجع السابق ص ١٦ نبذة ٨٧ و ٨٨ ؛ بودري لا كانتيري ج ٢ نبـذة ٦٩ ص ١٠٩ ، لوران ج د ٢ ص ٥٨١ نبذة ٥٠٧) ويذكر الاستـاذ مرقس ان الفقه في مصر – رغم اطلاق نص المـادة ٢٦ من الدستور المصري القـديم – قد حذا حذو الفقه الفرنسي وقال بقصر تطبيق هذه القاعدة على القوانين المتعلقة بالنظام العام وجواز الاحتجـاج بالجهالة في القانون فـيما عدا ذلك .

(١) لقد نص الدستور السوري السابق المنشور في ايار ١٩٣٠ انه « يوضع قانون خاص بكيفية نشر القوانين واذاعتها ،» (مادة ٧٢) .

(٢) صدر في عهد الدولة العثمانية القانون المورخ في ٢ جماد الاخرى ١٣٢٩ الذي ظل نافذاً في سورية حتى المرسوم التشريعي المشار اليه اعلاه . وقد تضمن هذا القانون العثماني انه : « عند صدور الارادة السنية السلطانية باجراء احـكام قانون او نظام » ، تختم هذه الارادة وترسل الى نظارة العدلية (وزارة العدلية) لتعلن في تقويم الوقائع [أي الجريدة الرسمية] ثم تعاد الى الديوان الهـمايوني لتحفظ في خزانة الاوراق ، وتضم الى مجموعة « الدستور » (أي مجموعة القوانين).

وقد نص هذا القانون كذلك : «ان حـكم القانون والنظام يصبـح مرعي الاجراء في جميـع انحاء الممالك العثمانية ، بعد نشره في تقويم الوقائع ، ابتداء من الوقت المصرح به في ذلك القانون والنظام ، وان لم يعين فيه ولم يصر ح بوقت ، فيصبـح مرعي الاجراء في جميع انحاء المملكة العثمانية بعد ستين يوماً ابتداء من تاريخ نشره في تقويم الوقائع .» [المادة ٤] (راجع مجموعة القوانين . يوسف صادر ، ج ٢ ص ٣٤٦)

القانونية والادارية وحفظها بتشريع دون أن يضع لذلك قيداً ، فكان المرسوم التشريعي رقم ٥ المذكور هو التشريع المطلوب ، إذ نص في المادة الاولى منه : « إن القوانين والمراسيم التي لها علاقة بالادارة العامة ، والمتضمنة نظاماً عاماً دائماً تصبح جميعها نافذة من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية » وان سائر المراسيم والقرارات التشريعية والبلاغات والتعليمات الادارية على اختلاف أنواعها تنشر في الجريدة الرسمية ليأخذ الناس علماً بها ، ويعتبر نشرها بمثابة التبليغ الفردي (١) .

ويصبح القانون نافذ المفعول اجبارياً — فيما عدا الحالات التي نص عليها القانون نصاً خاصاً أو حدد لها موعداً معيناً — بعد انقضاء يومين كاملين من تاريخ استلام الجريدة الرسمية التي نشرت القانون من قبل رئاسة مجلس الوزراء في محافظة دمشق ، ومن قبل رئيس ديوان المراسلات في المحافظات (٢) .

وهكذا يكون شمول القانون وإلزامه ، وعلى الاقل بالنسبة للقوانين والقواعد الآمرة ، سارياً على كل الناس في البلاد ، وطنيين وأجانب ، عندما يتم النشر على الوجه المبين أعلاه ، ولا يقبل من أحد الادعاء بجهل القانون أو عدم العلم به (٣). ويبرر هذا التشدد من جانب القضاء رغبته في ضمان تنفيذ التشريع وسريانه على

---

(١) ويثبت النشر في الجريدة الرسمية بتقديم نسخة أصلية من الجريدة الرسمية موقعة ومؤرخة من قبل مدير المطبعة ورئيس الديوان ، الى ديوان اوراق الدولة المركزي ؛ ومؤشر على هذا التسليم بالتاريخ نفسه .

(٢) ويؤيد هذا التاريخ عند وصول الجريدة الرسمية بشرح يدون على الجريدة نفسها [المادة ٨ من المرسوم التشريعي رقم ٥ المعدل بالمرسوم التشريعي رقم ٥٩ تاريخ ٩٤٣/٣/٢٦]

(٣) يحاول بعض الفقهاء والمؤلفين ان يفرقوا في ذلك بين القواعد الآمرة والقواعد المفسرة او المكملة التي يجوز فيها في الاصل الغلط او الاتفاق على خلافها . فقالوا بجواز الاعتذار بجهل القانون ، والتمسك بالغلط فيه لابطال العقد بالنسبة اليه (راجع السنهوري ، نظرية العقد ص ٣٨٧ =

الجميع حتى تستقر الامور »[1].

على أن بعض المؤلفين لا يترددون في القبول باستثناء منطقي وضروري لهذه القاعدة هو حالة القوة القاهرة Force majeure ، كفيضان أغرق البلاد أو قطع المواصلات ، أو حرب كان من نتيجتها عزل بعض المناطق ، ففي هذه الحالة لا يسري التشريع عليها لان من نتيجة القوة القاهرة عدم وصول الجريدة الرسمية — أي الطريق القانوني الوحيد الذي يتم به العلم بالقانون — الى الناس .

ب — من حيث الموضوع

أي من حيث موضوع القانون ومضمونه وأحكامه ، فان بعض فقهاء الحقوق العامة المجددين قد أكدوا أن القانون يجب أن يعرّف بموضوعه ومادته ، أكثر من تعريفه من حيث الشكل والظاهر . وان أبرز ما يجب أن يعرف به القانون من حيث الموضوع هو أن القواعد التي يتضمنها يجب أن تكون ذات صبغة عامة ، مجردة ، ودائمة ، وملزمة .

١ — فالقانون أولاً قاعدة عامة régle générale بمعنى أنه قد وضع لا لأجل تنظيم أو فصل علاقة خاصة أو شخصية ، وإنما من أجل جميع الحالات التي هي من نفس الموضوع وبنفس الشروط والأحوال ، بحيث لا يقتصر على حادثة أو وضع خاص معين بل يشمل كل الاوضاع والحوادث التي هي من نفس النوع ، ولا يستثني منه أفراد أو نفر مخصوص بالذات .

= وما بعدها ؛ احمد حشمت ابو ستيت ، نظرية الالتزام نبذة ١٦١ ؛ سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ١١٧ ؛ محكمة النقض المصرية تاريخ ١٠ مايو ١٩٤٣ ، المحاماة ٢٦ /٢٥ / ٩٠ راجع خلاف هذا الرأي ، الدكتور محمد علي عرفة ، مبادىء العلوم القانونية ، الطبعة الاولى ص ٦٨)

(١) السنهوري وابو ستيت ، اصول القانون ، المرجع السابق ص ١٧٨

ولا يجب أن يفهم من ذلك أنه لا يجوز أن يتناول القانون موضوعاً معيناً أو لفئة محدودة من الناس ، وإنما يجب أن لا يكون له صفة شخصية أو يتعلق بحادثة معينة يزول مفعوله إذا ما طبق عليها . مثلاً القانون الذي يصدر في تأجيل الديون ويمنح المدينين في فترة معينة من الزمن ، وضمن شروط خاصة ، حق الاستفادة من مهل محدودة لإيفاء ديونهم ، فانه رغم كونه مقتصراً على فئة معينة من الناس إلا أنه عام بالنسبة إلى هذه الفئة . بل يمكن أن يكون مقتصراً على فئة أصغر ، كالقوانين التي منحت بمنح المجندين مهلاً خاصة خلافاً للمدنيين . كذلك القانون الذي يصدر باجازة أستاذ الجامعة بالجمع بين العمل المهني والفني كالمحاماة والتدريس فانه رغم اقتصاره على نفر محدود وفئة معينة من الناس إلا أنه شامل لكل هذه الفئة مهما كان أشخاصها . بل ربما اقتصر القانون على أقل من ذلك ، كالقانون المتعلق بشخص رئيس الجمهورية ، في انتخابه أو اختصاصاته الخ ... فانه لا يتناول عملياً إلا شخصاً واحداً ، ولكنه في كل حال قانون عام لا يتناول شخصاً مسمى [1] .

وهكذا فان الاستثناء القانوني مهما ضاق متناوله يكون عاماً بالنسبة لجميع من يتناولهم . ومن هذه الصفة العامة للقانون نستنتج صفتين آخرتين عامتين هما التجريد والديمومة .

٢ — فالقانون قاعدة حقوقية عامة ومجردة abstraite بمعنى أنها تنظم وتتناول

---

(١) قد يحدث خلافاً لهذا الاصل وخروجا عليه، ان تصدر السلطة التي تتولى التشريع قوانين او مراسيم تشريعية تتعلق بحوادث معينة شخصية دون اعطائها صفة عامة ، اما لضرورات وطنية عليا واستثنائية : كتخصيص رواتب مواساة لبعض الابطال او الشهداء او اعانات او اجازات شخصية .. او الاعتراف بجميل وطني الخ ... واما لاغراض اخرى مختلف على شرعيتها . ومثل هذا الاستثناء والخروج عن الاصل خطر وقليل ، ولا يحسن استعماله اللهم الا لضرورات وطنية لا تؤثر على حقوق الناس ، ولا تصطدم مع الغاية من عمومية القانون وتحديده . (راجع جورج سه ل Scelles - G المدخل لدراسة الحقوق ، للاساتذة جوليودولا موريديه وغيره ج ١ ص ٤٠)

وضعية حقوقية مجردة عن الأسماء والأشخاص ، خارجة عن الظروف والاحوال الشخصية ، كما هي في الحياة العملية والواقع ، حيث يتولى القضاء أو الادارة تطبيق القوانين العامة والمجردة على الاشخاص والحالات الخاصة (١) .

وهذه الصفة كنتيجه طبيعيه للصفة السابقة تقابل فكرة التشخيص التي تتناول منفعة أو مضرة شخص أو أشخاص معينين والتي يجب أن لا يتصف القانون بها .

٣ — ثم إن للقانون صفة الديمومة Permanence بمعنى أنه واجب التطبيق ما دام لم يلغ ، وهو يطبق بصورة متمادية ما دام لم يصدر قانون آخر يلغيه ، ولا يؤثر فيه ، وفي قوته الالزامية ، أن يهمل تطبيقه دهراً ، أو أن لا يستعمل حيناً من الزمن désuétude ، لأن عدم استعمال القانون وعدم تطبيقة لا يبطله ولا يؤثر على صفته وقوته ، كما سنرى في بحث إلغاء القانون (٢) .

---

(١) ويقول دولا كرمسه ولا كوست (المرجع السابق ص ١٩٨) : ان في هذه الصفة قوة القانون وضعفه : فيها قوة القانون لانها تسهل اصدار قواعد بسيطة سهلة موحدة ومختصرة مستمدة من العقل البشري ، ويطبق على الجميع . وان مهمة القاضي ليست سوى تطبيق هذا النص المجرد البسيط على الحوادث المتشابهة . والقانون واحد للجميع مما لا يسمح للقاضي ان يسير مع اهوائه . ولكن هذه الحسنة هي في الوقت نفسه سيئة ظاهرة ، لان القانون ، هذه القاعدة المجردة ، تنقصه المرونة ، اذ قلما يمكن تطبيقه تطبيقاً صحيحاً على الوقائع المتفاوته التي لاحد لها ولا حصر ، والتي لايمكن للمشرع مهما ان يتصورها او يفكر بها سلفا فيضحي القانون صعب التطبيق ،والتطبيق يخالف الغاية من وضعه ، وسنرى ذلك عندما نبحث في تفسير القانون .

(٢) يتساءل بعض المؤلفين كذلك هلا يعتبر ان « الخطأ العام ينشيء القانون » Error communis facit jus ؟ فاذا اتفق الناس وتعاملوا على قاعدة ، ثم تبين بعد ذلك ان القانون هو خلاف ذلك ، فهل ان اعمالهم القانونية تعتبر باطلة اذا ثبت ان الخطأ الذي وقعوا فيه ، لم يكن بمقدورهم معرفته او تلافيه ، ما دام ان جميع الناس يعتقدون ذلك ؟ يذهب كثير من الفقهاء الفرنسيين مع قرار لمجلس الدولة الفرنسي صادر منذ ٢ تموز =

٤ – وأخيراً فان القانون إلزامي ، يطبق على الجميع ، جبراً عند الاقتضاء ، ما دام غير مخالف للدستور . وهذه صفة بارزة لكل قانون ، وبما كانت صفة تتعلق بشكل القانون وموضوعه معاً ، وقد رافقت هـذه الصفة ، شأن صفة العمومية ، الحياة الديمقراطية منذ مهدهـا ، عندما سادت بين الناس جميعاً وأخضعتهم كلهم الى نفس القوانين على صعيد واحد . فاذا وجـدت بعض الاستثناءات في الالزام فهي إنما توجد بقوة القانون نفسه وبسببه ، كمثل الحق الذي لرئيس الجمهورية مثلاً أن يعفي من العقاب إعفـــاء كلياً أو جزئياً بعض المحكومين من المجرمين دون البعض الآخر .

هذا هو التعريف بالتشريع أو القانون ، وعناصره وحدوده ، ولكن من الواجب اكمالاً لهذا التحديد أن نرى ما هي المظاهر المختلفة للقانون وأنواعه .

§ ٢ — تصنيف القانون وأنواعه

إن ما قصدناه بالقانون هنا يشمل كل أنواع القوانين ، ويميزون بين ثلاثـــة أصناف رئيسية من القوانين بالنسبة الى فرنسة [١] ، وربما كانت أربعـة إذا أردنا أن نجعل للمعاهدات الدولية وضعاً خاصاً .

= ١٨٠٧ بوصفه قراراً تفسيرياً ، الى الاخذ بهذا المبدأ . على ان البعض الآخر من المؤلفين يؤكد ان الخطأ في الاحوال التي طبقت المحاكم هذه القاعدة فيها ، كان خطأ في الواقـــع كصفات الاشخاص ، او كعدم صلاحيـــة بعض الموظفين لاجراء امور معينة ، او عدم اهلية بعض الناس ، او كان يتعلق بظواهر الأمور . كالوارث الظاهر . في مثل هـذه الحالات من الخطأ الواقعي بالنسبة للقانون عذرت المحاكم الاشخاص المخطئين ، كاجراء عقود الزواج من موظفين غير ذوي الصلاحية نتيجة خطأ مستمر ، او التعاقد بنيـــة حسنة مع من يظهر انهم اهـل ، الخ ...

(١) دوكي ، مطول الحقوق الدستورية ، ج ٣ ص ٦٤١ .

١ — بيان حقوق الانسان والمواطن

Déclaration des droits de l' homme et du citoyen

إن بيان حقوق الانسان يعني تلك المبادىء الأساسية الأصلية للانسان في هذا المجتمع ، بما يتصل بوجوده الطبيعي .

ويأتي هذا « البيان » في رأس القوانين لا العادية فقط بل والدستوريه أيضاً . ذلك لأن هذا « البيان » حين أعلن ، أبان الثورة الفرنسية ، لم يقصد منه فقط تقييد السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية ، بل قيّد أيضاً السلطات الدستورية باعتبار أن ماحواه من الحقوق والمبادىء لايجوز لسلطة بشرية ، وإن تك دستورية ان تمسه ، فهو لا يقبل التحوير ولا التبديل ، وقد نوقش كثيراً في فرانسة ماإذا كان بيان الثورة الفرنسي الشهير مايزال حتى الآن مقيداً للسلطات الدستورية.

ويمكن أن نُشبّه بهذا البيان الصادر عن الثورة الفرنسية ، شرعه حقوق الانسان (أو البيان العالمي لحقوق الانسان - Déclaration universelle des droits de l'homme) الموافق عليها من هيئة الامم المتحدة في عام ١٩٤٨ ، بالنسبة لجميع الدول التي اشتركت فيها أو وافقت عليها، بما في ذلك سورية ومصر .

٢ — الدساتير او القوانين الدستورية

Constitutions ou lois constitutionnelles

القوانين الدستورية أي الدساتير التي تضعها سلطات تأسيسية (وهذه السلطات لاتختلف في الحقيقة كثيراً عن المجالس التشريعية العادية الا من حيث تسميتها ومهمتها ، وربما قليلا من حيث تشكيلها) هي القوانين العليا ، او المواثيق الاساسية للدولة. (وقديماً كان يطلق عليها القانون الاساسي). فالدستور ينظم وضع الدولة وسلطاتها،

ويحدد دائرة عمل كل سلطة فيها ، من تشريعية وتنفيذية وقضائية ، كما يبين الحقوق الاساسية للافراد والجماعات ، والمبادىء الاولية للعائلة ،والملكية والحريات ، والعمل الخ ... التي يجب على المشرع ان يحترمها ولا يتجاهلها ، وأن يعمل على تفصيلها وتوسيعها وتنظيمها الخ .

ان الدستور في الواقع هو الذي يهيمن على حقوق الدولة من عليائها ، وفي أساس التشريع ، ولذا جعلوه دوماً في طليعة القوانين والمصادر الحقوقية ، وفي كثير من البلدان يمتاز الدستور في أنه عمل الشعب مباشرة بطريق الاستفتاء (الرفرندوم) ، كما حدث في الجمهورية العربية المتحدة وفي سويسرة وفرنسة (خلافاً لانكلترا وايطاليا) ، وان السلطة أو المجالس التي تضعه تتمتع بصلاحيات اوسع من صلاحيات السلطات التشريعية ، وربما اشترط فيها اكثرية معينة ، إقراراً بما للدستور من أهمية وأثر فيحياة الامة ، كما حدث في الدستور الفرنسي الاخير.

٣ ــ القوانين العادية Lois ordinaires

وهي جميع الأعمال التشريعية التى تصدرها السلطات التشريعية المختصة ضمن نطاق الدستور واحكامه ، لتنظيم علاقات الحياة الاجتماعية في الدولة بشكل قواعد حقوقية عامة ومجردة كما ذكرنا . وجميع الاعمال التشريعية التي تصدر عن المجالس التشريعية او عن السلطة التنفيذية حينما تتمتع بسلطة التشريع تؤلف قوانين عادية . وهذه القوانين تكون على اشكال وأنواع يمكن ان نميز فيها مايلي :

أ ــ قد يكون التشريع قاعدة واحدة بقانون واحد ، وقد يكون عدة قواعد في موضوع ما بقوانين منفصلة Lois isolées متعددة . وقد تجمع هذه القوانين بتشريع واحد فتشكل مجموعة code او مدوّنة قانونية كما يسميها المصريون ، كمثل المجموعة المدنية التي تتألف من قوانين الاحوال الشخصية ، والملكية ، والاموال والالتزامات الخ .. او المجموعة التجارية التي تتألف من قانون الشركات التجارية وقانون السندات التجارية ، وقانون الافلاس .. الخ .

ب – يمكن ان نفرق في القوانين العادية بين نوعين بارزين على القوانين بالنسبة لصفاتها ومضمونها ، قوانين ذات صفة عامة ، وقوانين ذات صفة خاصة . فالاولى هي التي تطبق على كل شيء وكل المواضيع التي لم يرد نص خاص عليها ، اي ان شمولها عام ، أما الثانية فهي التي تتناول ناحية خاصة او مؤسسات معينة او مواضيع محدودة تطبق عليها ولا تشمل ماعداها ، ويمكن ان تكون صفة العموم والخصوص بهذا المعنى على درجات : عامة اطلاقاً ، كالمجموعة المدنية أو خاصه تماماً كقانون ايجار العقارات المبنية . وربما كانت هناك درجات متعددة اخرى وسط بينهما . ومن اهم اثار هذا التفريق ان القانون الخاص يفضل عن العام في التطبيق وانه لا يرجع إلى العام الا اذا لم يكن هناك نص خاص . كقانون التجارة الذي يعتبر خاصاً بالنسبة للقانون المدني وعاماً بالنسبة للقوانين المنظمة لبعض شؤون التجارة او الصرافة الخ ...

جـ – ومن ناحية ثالثة فان القواعد القانونية ، اما ان تكون آمرة او تكميلية (ويطلق عليها البعض مفسرة) فالامرة او الملزمة impératives هي التي تكون احكامها الزامية ومن النظام العـــام ، بحيث لا يجوز لأحد من الناس او من الطرفين الاتفاق على خلافها ، كقوانين الاصول المتعلقة بترتيب القضاء وتنظيمه ، أو قانون الجنسية أو النصوص التي تتضمن أمراً أو نهياً صريحاً او يستخلص ذلك منها[1] ، والتكميليه المفسرة intérprétatives ou supplétives (او المكملة) فهي القواعد القانونية التي توضح الحلول لبعض الوقائع والاعمال ، لا على سبيل الالزام والامر ، وانما على سبيل التفسير والايضاح في حال الغموض او عدم الاتفاق بما لا يمنع الطرفين من الاتفاق على خلافها . انها اختيارية في الأصل ، ومعيارها امكان الخروج عليها والاتفاق على خلافها على عكس القواعد الآمرة .

---

(١) وترى المدرسة الاجتماعية ان المعيار في ذلك هو مقدار صلة الحكم او النص بالهيئة الاجتماعية . وان القاعدة الحقوقية هي التعبير عن ارادة الهيئة الاجتماعية ، فيجب التحري عن درجة هذه الارادة في النص .

د — وهناك من ناحية رابعة التمييز بين القواعد القانونية العادية من حيث الموضوع الذي تنظمه، فإما أن تكون أساسية أو شكلية؛ فالأساسية أو الموضوعية normatives هي التي تبحث في الأحكام الموضوعية الجوهرية، أي في الحلول الاساسية للموضوع المختلف فيه، كقواعد القانون المدني. أما الشكلية أصولية constructives فهي التي تنظم الطرق الواجب اتباعها للوصول إلى تطبيق أحكام الأساس والقوانين الاساسية . والقوانين الشكلية هي قوانين أصول المحاكمات والأجراءات أو المرافعات ، وأحكام البينات فيما يعود لشكل سماعها واجرائها أو ما جرى مجرى ذلك .

هـ — وأخيراً أما أن تكون القوانين وطنية أو أجنبية ، فالوطنية هي قوانين الدولة التي توجد فيها المحاكم الناظرة في الدعوى ، وهي في الأصل وحدها واجبة التطبيق على جميع الخلافات التي تقع فوق أرض الدولة ، أما الأجنبية وهي قوانين الدول الاجنبية، فانها في الاصل لا يجوز تطبيقها إلا استثناء ، وسنرى ذلك في بحث تطبيق القانون من حيث المكان .

وفي كل الاحوال فان البعض يضيف إلى هذه القوانين على اختلافها المراسيم التنظيمية والمراسيم التفسيرية التي تصدرها الدولة أو الحكومة في تفسير القانون أو بيان طرق تطبيقه ، وخصوصاً عندما يكون المشرع نفسه قد ترك للسلطة التنفيذية اصدار المراسيم التفسيرية والتنظيمية . مثال ذلك المراسيم الصادرة في تفسير قانون العمل استناداً إلى نص المادة ٢٣٤ منه ، أو اللائحة التنفيذية لقانون الجامعات في الجمهورية العربية السورية الخ ...

٤ — المعاهدات والاتفاقات الدولية

وأخيراً وإذا نحن عددنا هذه المصادر التشريعية ، فلنذكر بينها المعاهدات والاتفاقات الدولية ، التي يجب أن تأتي من حيث المرتبة أو المكانة بعد القوانين الدستورية ، وقبل القوانين العادية ما دامت قد صدقت على الأصول . وأن تكون

قليلة التطبيق عملياً ، محدودة قضائياً . لأن المعاهدات لا تكون نافذة في الدولة إلا بعد تصدقها بقانون . وتمتاز المعاهدات عن القوانين العادية أنها فضلا عن كونها قوانين هي اتفاقات وارتباطات من الجانبين .

هذه هي المظاهر المختلفة للقانون وأنواعه كمصدر أصلي من مصادر الحقوق الوضعية . ونلاحظ هنا نقطة هامة جداً : يجب أن تستوقفنا قليلا لنرى رتبة كل واحد من هذه القوانين من حيث أهميتها ، وما هي قوتها العملية الالزامية ، إذا خالفت دنياها أعلاها ؟ وبعبارة أخرى إذا كانت القوانين الدستورية هي أهم وأرفع المصادر القانونية من حيث الترتيب والاعتبار ، فما عسى يكون القول إذا خالف المشرع في قوانينه العادية ، أحكام الدستور المكتوب ، ولا سيما في البلادذات الدساتير المكتوبة الصلبة Consitutions rigides التي لا يجوز تعديلها إلا بشكل خاص لا بقانون عادي ؟ وهذا هو البحث الثالث .

§ ٣ — رقابة القضاء على التشريع أو مسألة دستورية القوانين

Règle de la constiutionnalié des lois

ما دام هناك أنواع من القوانين ، متدرجة ومتفاوتة في القوة والمرتبة ، مرتبطة فيما بينها بروابط الافضلية والتسلسل الرتبوي ، وتخضع كل درجة للدرجة التي فوقها ، فتعتبر القوانين الدستورية فوق القوانين العادية ، وفوق المعاهدات الدولية كما تعتبر القوانين العاديةفوق الانظمة التفسيرية وما يصدر عن الحكومة من مراسيم أو قرارات تفسيراً وتكملة للقوانين ، لذلك وجب أن تكون القوانين العادية التي تصدرها السلطة التشريعية غير مخالفة للدستور ومبادئه ، كما وجب أن تكون المراسيم التنظمية والتفسيرية متفقة مع القوانين العادية وغير مخالفة لها . فموافقة القوانين للدستور وعدم مخالفتها له هو ما يسمى بدستورية القوانين . وعلى هذا إذا اصطدم قانون أو تشريع بنص دستوري أو بنص في تشريع أعلى ، كان غير دستوري وغير صحيح . ولكن ما هي السلطة التي يحق لها أن

تقول أن هذا القانون أو هذا التشريع مخالف للدستور ؟ إذا كانت السلطات في الدولة ثلاثاً : التشريعية ، والتنفيذية ، والقضائية ، فمن عسى يستطيع أن يبطل قانوناً صادراً عن السلطة التشريعية غير هـــذه السلطة نفسها ؟ هل تعود هراقبة دستورية التشريع الصادر عن السلطة إلى القضاء ، وهل يملك القضاء حق ابطال تشريع صادر عن السلطة التشريعية المختصة على هذا النحو ؟ وهل يجوز منح السلطة القضائية هذا الحق في الرقابة على الأعمال التشريعية دون الاخلال بمبدأ تفريق السلطـات المتفق عليه في الدول امايقراطية والانظمـة البرلمانيـة ؟ تلك مسألة على أدق المسائل وأهمها ، فاذا كان لا يجوز أن يسمـح للسلطة التنفيذية أوالقضائية أن تهيمن أو تتدخل باعمال السلطة التشريعية وبالعكس ، كذلك لايجوز ان يسمح للسلطه التشريعية بخرق الدستور أو مخالفته .

لقد اختلفت المذاهب في بلاد العالم اختلافاً كبيراً في اعطاء القضاء حق الرقابة أو عدمه ، ولا تزال هذه المسألة حتى اليوم موضع جدل ومحل خلاف .

ففي انكلترا ، حيث التقاليد والأعراف الدستورية المرنة القابلة للتبديل دون أي شكل خاص ، وحيث يستطيع البرلمان أن يصـدر تشريعاً يعدل من هـــذه التقاليد ، لا مجال لبحث دستورية القانون أو عدمها ، لأن القـانون الذي يخالف قاعدة دستورية سابقة يكون قد عدلها ، ومثل ذلك في إيطاليا رغم وجود دستور مكتوب ، بحيث لا يستطيـع القضـاء الامتناع عن تطبيق التشريـع مهما كان مضمونه ، بل عليـه الانحناء أمامـه ، لأنه إذا خالف الدستور يكون قد عدله .

أما في أمريكا ، والنمسا ، فرغم أنهما من البلاد ذات الدستور الصلب الذي لا يقبل التعديل إلا بأشكال خاصة ، فان للقضاء سلطة تامة للرقابة على دستورية القوانين ، بحيث تستطيع المحاكم أن تقرر بطلان أي تشريع تراه متنافياً مع أحكام الدستورية . ففي أمريكا نص الدستور على إيجاد محكمة عليا أطلق عليهـا اسم محكمة

الاتحاد العليا Federal Supreme Court جعل من وظيفتها ابطال القوانين غير الدستورية صيانة لمبادىء الدستور من عبث المشرع ، وخوفاً من طغيان النزعات السياسية والحزبية على المجالس التشريعية لمختلف الولايات . ويعزي المؤلفون اتباع أمريكا لهذا المبدأ إلى أن الولايات المتحدة الامريكيه مجموعة من الولايات تتمتع كل منها بقسط كبير من الاستقلال الذاتي والتشريعي ، الأمر الذي قد ينجم عنه صدور تشريعات منافية لدستور الاتحاد الذى يربط بين الولايات ، ويوجب وجود رقابة عليا عليها . في حين أن هذه الرقابة قد منحها الدستور النمسوي الاخير للقضاء العادي ليقول كلمته في دستورية القانون الذي يقضى به .

أما في فرانسة ، ومصر ، ولبنان وكلها بلاد ذات دستور صلب ، فأن القضية غير محلولة نظرياً ومختلف فيها ، وان كان التعامل جرى على عدم السماح للقضاء برقابة التشريع ، وعدم جواز الامتناع عن تطبيق القانون بحجة أنه يتنافى مع الدستور .

أما في الجمهورية العربية السورية فان دستورها الصادر عام ١٩٥٠ قد اتخذ طريقاً وسطاً بين الاتجاهين كما سنرى. وفي الحقيقة أن أكابر الفقهاء الفرنسيين أمثال دوكي Duguit وهوريو Hauriou وبرتلمي Berthélemy يرون أن ليس في الدستور الفرنسي ما يمنع القضاء من مراقبة التشريع ، ورفض تطبيق ما يخالف منه أحكام الدستور . بل أن شيخ فقهاء الحقوق العامة الاستاذ دوكي يؤكد أنه كي يكون للدستور معنى ، ويكون لأحكامه مفعول أو سلطان على القانون ، يجب أن يكون محترماً على السلطة التشريعية ، وأن يكون احترامه هذا مؤيداً عملياً بعدم اعتبار التشريع الذي يخالفه. ولا يتحقق ذلك إلا إذا أعطي القضاء ، وهو السلطة الثالثة القائمة من تطبيق القوانين، حق ابطال القانون المخالف للدستور أو رفض تطبيقه على الأقل (١) . وإذا كان من واجب القاضي تطبيق القانون ، فان هذا الواجب

(١) دوكي ، مطول الحقوق الدستورية ، ج ٣ ص ٤٥٥ ، وما بعدها .

يشمل جميع القوانين وفي مقدمتها القوانين الدستورية ؟ حتي إذا تعارض قانون عادي ، دونها مرتبة ، مع أحكامها وجب على القاضي تطبيق القانون الأعلى قبل القانون الأدنى ، وأن مثل هذا أقل ما يوجبه تدرج القوانين ، ويؤكده المنطق والبداهة . وعلى هذا فان كل شخص يستطيع نظرياً أن يحتج أمام محكمة ، بعدم دستورية قانون يراد تطبيقه عليه لأن المشرع خالف فيه قواعد الحقوق العليا الدستورية التي تقيده ، ولا يقال أن ذلك لا يتفق ومبدأ تفريق القوى أو فصل السلطات Séparation des pouvoirs ، حيث تتمتع كل سلطة من سلطات الدولة الثلاث ، التشريعية والتنفيذية والقضائية باستقلالها ، ويخل بهذا الاستقلال إعطاء القضاء حق الرقابة على التشريع ، بل أن هذا الحق على العكس يؤكد هذا التفريق ويضمنه ، لأن فوق هذه السلطات الثلاث ، قوة عليا تهيمن عليها جميعها ، هي قوة الدستور التي تقيد كل منها بحيث لا تستطيع القوة التشريعية ، كما لا تستطيع السلطة القضائية ، إتيان ما يخالف أحكام الدستور ، فاذا خالفت السلطة التشريعية هذه الاحكام فليس لها ، ولا من حقها أن تلزم السلطه القضائية بذلك ، وتوجب عليها أن تنضم إليها في هذه المخالفة ، وإذا قلنا بهذا الوجوب نكون قد قضينا على ذلك التفريق والاستقلال بين السلطات ولذا وجب أن تبقى السلطة القضائية مستقلة ، وسيدة في اختصاصها وميدانها ، ولا تجبر من قبل السلطة التشريعية على مخالفة الدستور[1] .

وتبدو حجة دوكي هذه إلى جميع الفقهاء والمؤلفين أقوى من أن تمس ويقول هوريو : إذا كان للمسألة وعليها ، وإذا كان إعطاء القضاء حق الرقابة على التشريع ربما يخشى منه أن يدفعه للتدخل في السياسة وأطماعها ، فان حرمانه منها معناه جعل أحكام الدستور بالنسبة للسلطة التشريعية عديمة القيمة . والحقيقة أن الدوافع السياسية في الهيئات البرلمانية قد تدفعها إلى العبث بهذه الأحكام ، بالوقت الذي يعترف

(١) راجع دوكي . نفس الكتاب ص ٦٦٧ وما بعدها .

للقاضي بان مهمته الطبيعية هي تطبيق القانون الصحيح والواجب التطبيق بتجرد . واذا كان ليس من يخالف في ان من حق القاضي ان يطبق قانوناً وطنياً دون آخر وطني كذلك في حال التعارض والتنازع من حيث الزمان او العموم ، وان من حقه بل من واجبه ان يطبق قانوناً دون مرسوم تنظيمي — لان الاخير دون الاول مرتبة وإلزاما — . . فلماذا لا يكون من حقه كذلك ان يطبق احكام قانون دستوري ضد احكام قانون عادي في حال مخالفة هذا الاخير للشروط انه لا يتعدى في ذلك مهمته .. (١)

غير انه رغم كل هذه الآراء السديدة القيمة فان القضاء في كل من فرانسة ومصر ولبنان وسورية (٢) قد تردد ، منذ وجدت الدساتير والقوانين التشريعية ،

---

(١) وقد اصدر مجلس الدولة المصري سابقاً قراراً قوياً صريحاً مستوحى من هذه الآراء، هذه خلاصته : «ليس في التشريع المصري ما يمنع على المحاكم المصرية رقابتها لدستورية القوانين، ومن باب اولى للمراسيم الاشتراعية ، سواء من حيث الشكل او من حيث الموضوع . ولا يصح القول بان القاضي يتدخل في هذه الحالة في ممارسة السلطة التشريعية ، ويمتهن مبدأ تفريق السلطات. لان رقابة القاضي تساعد بالعكس على تطبيق هذا المبدأ ، وان الدستور المصري يسلم مبدئياً بمبدأ تفريق السلطات بتحديده نطاق عمل كل من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية (المواد ٢٤، ٢٩ و ٣٠) ولكنه في نفس الوقت يوجب (في المادة ٢٣) ان تمارس تلك السلطات على الصورة المعينة في الدستور . ولذلك فان استعمال كل سلطة وظيفتها يجب ان يلازمه روح التعاون المتبادل بين السلطات على أساس احترام كل سلطة المبادىء التي رسمها الدستور . وهذان المبدآن لا يقبلان الانفصال ، وكل منهما يكمل الآخر . وبدون ذلك تضطرب الحياة الدستورية . وبناء على ذلك فاذا خرقت احدى السلطات مبدأ دستوريا فانها بذلك تتجاوز نطاق ممارسة اختصاصها . واذا جاز لها التذرع بتفريق السلطات لتصبح في حل من مراعاة القواعد الدستورية لأدي ذلك الى حالة الفوضى. وهكذا فان احترام كل سلطة للمبادىء الدستورية هو خير ضمانة لتطبيق مبدأ تفريق السلطات وبالتالي النظام الدستوري بكامله ... وهكذا عند وجود تناقض بين أحد القوانين العادية وبين الدستور فعلى المحاكم ان تحل القضية في ضوء نصوص الدستور دون القانون العادي ..». (مجلس الدولة المصري تاريخ ١٠/٢/٩٤٨ ، مجلة المحامي اللبنانية ١٩٥١ ص ١٤) .

(٢) ولقد سبق لمحكمة التمييز السورية ان عرض عليها بحث كهذا في قضية رفعت اليها.=

في استعمال هذا الحق والامتناع عن تطبيق القانون لهذا السبب رغم اتجاه القضاء مؤخراً في مصر — ولاسيما الاداري — اتجاهاً ايجابياً محدوداً في قبول النظر بدستورية الحكم القانوني او عدمه (١) .

فأصدرت قراراً يلخص بما يأتي : « تنحصر وظيفة الحاكم في اختيار مدى انطباق أعمال الناس على القوانين النافذة ، واقرار ما ينطبق عليها منها وانفاذه وابطال مالاينطبق ، وهي ليست مخولة حق النظر فيما اذا كانت تلك القوانين قد جاءت مخالفة للمبادىء الحقوقية أم متوافقة معها ، لما في ذلك من خطر تسلط احدى قوى الدولة أو سلطاتها على الأخرى ، لهذا لا ترى محكمة التمييز الخوض في هذه الناحية والدخول في تدقيق ماذا كان القانون رقم ٥٦ ، موافقاً للاصول التشريعية أوغير ذلك . بل ترى من واجبها ان تعمل بموجبه وتقيس الحادثات التي تناولها بمقياسه ، سواء أنتج عن ذلك احترام الحقوق المكتسبة أم لا . »

(محكمة التمييز السورية قرار رقم ٦٧ــ٦٨ تاريخ ٩٣٧/١٢/٧ ، غير منشور)

(١) فقد صدر عن مجلس الدولة المصري بتاريخ ١٠ فبراير (شباط) ١٩٤٥ قرار مبدئي هام قضى باعتبار المحاكم غير ممنوعة من التصدي لبحث دستورية القوانين أو المراسيم الاشتراعية سواء من ناحية الشكل ، او من ناحية الموضوع . وان ذلك لا يؤثر على مبدأ فصل السلطات بتدخل السلطة القضائية بعمل السلطة التشريعية بما يعطل تنفيذه ، لان الدستور نفسه قد اناط بالسلطة القضائية التي تتولاها المحاكم تفسير القوانين وتطبيقها ، مما يتفرع عنه ان المحاكم تملك الفصل عند تعارض القوانين في ايها يكون هو الواجب التطبيق ، واذا كان الدستور هو القانون الأعلى الواجب الاتباع فانه يكون على المحاكم ان تنظر فيما اذا كان القانون المراد تطبيقه على واقعة الدعوى المعروضة عليها متفقاً مع احكام الدستور او غير متفق ، فاذا وجدته غير متفق كان عليها ان تطرحه وتأخذ بحكم الدستور .

(راجع مجلة التشريع والقضاء ، السنة الاولى ص ٢٧٤ وما بعدها مع تعليق الاستاذ عثمان خليل عثمان ، المؤيد لوجهة النظر هذه ، والاستاذ عبد المنعم الشرقاوي)

راجع كذلك قرار محكمة النقض والابرام ، الدائرة الجنائية تاريخ ٤ يناير (كانون ثاني) ١٩٢٦ ، مما يدل على ان القضاء المصري بدأ يقبل مناقشة هذه الدستورية للقانون شكلاً وموضوعاً منذ زمن . راجع خصوصاً قرار مجلس الدولة الأخير هامش ص ٢٣٥

انظر الرأي المعاكس للاستاذ وحيد رأفت في كتابه « القانون الدستوري » طبعة ١٩٣٧ ص ١٤ و ١٥ ؛ ومحاضرة الدكتور منير العجلاني ، مجلة القانون ١٩٥٦ ص ١٣١

ويرى البعض على العكس [1] انه اذا كان لمنح القضاء حق الرقابة فضيلة ضمان احترام الدستور واحكامه، فان مثل هذا التدخل القضائي قد يدعو الى خطر سلب السلطة التشريعية (التي هي في بعض الاحيان سياسية) حرية التقدير وضرورته التي لا يستغنى عنها في الامور السياسية، فضلاً عن فسح المجال امام القضاء للتدخل في النزعات السياسية والحزبية المختلفة، والسماح للقضـــاة بالتناحر - حتى في التطبيق - بحسب هـــذه النزعات، فيحولون بذلك دون الاصلاحات الاجتماعية والتقدمية، وهذا الذي دعا الاستاذ ادوار لمبير E. Lambert لتسمية هذه الرقابة في الولايات المتحدة: «حكومة القضاة» Gouvernement des juges [2].

اما في التشريع اللبناني، فقد كان صريحاً في منع القضاء من التعرض لاعمال السلطة التشريعية ودستوريتها. فقد نصت المادة الثانية من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني انه:

«لا يجوز للمحاكم النظر في صحة اعمال السلطة التشريعية سواء اكان من جهة انطبـــاق القوانين على الدستور ام من جهة انطباق المعاهدات السياسية على قواعد القانون الدولي العام، ولا يجوز لها ان تصوغ احكامها في صيغة الانظمة».

على انه لا بد لنا هنا من الاشارة الى ان رقابة القضاء على التشريع من حيث دستوريته او عدمها، اذا لم يقبل بها بصورة مطلقة، ولم تطبق عملياً وبشكل مستقر في بلادنا قبل الدستور السوري الصـادر عام ١٩٥٠ والصادر عام ١٩٦٢، كما هي الحال في فرنسة ومصر خـلا بعض الاستثناءات، فان ذلك مقصور على موضوع التشريع le fond لا على شكله la forme. بمعنى ان القـاضي يستطيع بل يجب عليه ان يمتنع عن تطبيق قانون او مرسوم او قرار لم يستكمل شروطه التشريعية

---

(١) دوباكيه المرجع السابق، ص ٣٨.

(٢) لقد اكد جوزيف بارتلمي Barthelemy وبول دويز Duez في كتابيهما مطول الحقوق الدستورية، عدم جدوى بل وخطر اعطاء القضاء او السلطة القضائية حق الرقابة على دستورية القوانين (راجع مقال بول دويز، في مزيـج موريس هوريو Mélanges Hauriou عام ١٩٢٩ ص ٢١١ـ٢٤٩) راجع كذلك مقال ادوار لمبير، في نفس المرجع ص ٤٦٧ ـ ٥١٥

المنصوص عليها في الدستور وهي الشروط التي وضحناها قبل قليل في شكل التشريع من حيث صدوره عن السلطة المختصة ومن ثم اصداره ونشره حسب الاصول، ذلك لانه لا يسمى تشريعا الا اذا توافرت فيه هذه الشروط الشكلية ، فمن حق القاضي ان يمتنع عن تطبيق احكام قانون لم يصدر عن رئيس الجمهورية او ينشر بالجريدة الرسمية كما نص عليه الدستور ، وهذه هي الرقابة الشكلية للقانون .

ولقد ورد في نص المادة ٣ من مشروع التنقيح التمهيدي للقانون المدني المصري وبعنوان نفاذ القانون ما يأتي : « تصبح القوانين نافذة في جميع انحاء الدولة متى اصدرت وفقاً لاحكام الدستور».

ولكن هذا النص لم يدخل في المشروع الاخير والقانون النهائي كما ذكرنا ، لأنه اعتبر من الامور المبتوت بها ، بحسب احكام الدستور نفسه والبداهة الحقوقية . فضلا عن ان المقصود من الاصدار هو الناحية الشكلية في القانون لا الموضوعية منه .

كذلك مما لا خلاف فيه ان القاضي يستطيع ان يمتنع عن تطبيق مرسوم تنظيمي او تشريع فرعي يخالف ، قانوناً عادياً او تشريعاً اصلياً لا من حيث الشكل فقط بل ومن حيث مضمونه ايضاً ، وفقا لقاعدة التدرج في التشريع السابقة الذكر (١) .

على ان الدستور السوري منذ عام ١٩٥٠ ، اوجد حلا وسطاً لهذه القضية الشائكة فنص في المادة ١٢٢ ان المحكمة العليا، التي اعتبرها رأس السلطة القضائية،

---

(١) وهكذا مثلا قد قضى مجلس الشورى السوري سابقاً بعدم اعتبار المرسوم او البلاغ الذي اصدرته الحكومة اثر الانقلاب السوري الأول (رقم ٧ تاريخ ٣٠ آذار ١٩٤٩) والذي يعتبر الموظفين الذي لا يداومون على وظائفهم في اليوم التالي مستقيلين ، لأنه بلاغ اداري مخالف لاحكام المادة ٨١ من قانون الموظفين الاساسي رقم ١٣٥ تاريخ ١٠-١-٩٤٥ وليست له قوة التشريع (قرار مجلس الشورى تاريخ ١٨-١-٩٥٠ رقم ٢٠).

والمؤلفـــة وفقا لما نص عليه في المواد ١١٦ وما بعدها انها « تنظر وتبت بصورة مبرمة في الامور الآتية :

آ ـ دستورية القوانين المحالة اليها وفقا للمادة ٦٣ .

ب ـ دستورية مشروعات المراسيم المحالة اليها من رئيس الجمهورية وقانونيتها .

واذا رجعنا الى المادة ٦٣ فيما يتعلق بدستورية القوانين وجدناها تقول :

١ ـ إذا اعترض ربع أعضاء مجلس النواب على دستورية قانون قبل اصداره ، أو ارسله رئيس الجمهورية إلى المحكمة العليا بحجة مخالفته للدستور ، يوقف نشره الى أن تصدر المحكمة العليا قرارها فيه خلال عشرة ايام . وإذا كان للقانون صفة الاستعجال وجب على المحكمة العليا أن تبت فيه خلال ثلاثة ايام .

٢ ـ اذا قررت المحكمة العليا ان القـانون مخالف للدستور أعيد الى مجلس النواب لتصحيح المخالفة الدستورية .

٣ ـ فاذا لم تصدر المحكمة العليا قرارها خلال المدة المحدودة في هذه المادة وجب على رئيس الجمهورية اصدار القانون .

ومن هذا النص يتضح ان الدستور السوري السابق قد أخذ بحل وسط ، أو بتعبير ثان بحل جزئي محدود (١) ، وبطريقة يؤلف فيها مالمكن بين استقلال السلطة التشريعية والسلطة القضائية . وذلك بأن لايسمح لهذه الأخيرة بالنظر في دستورية قانون قد صدر ونشر حسب الأصول ، وسلطتها مقيدة في ذلك بعدم إقرار القانون من المجلس ورئيس الدولة . وليس لها في كل حال البحث في هذه الدستورية والغاء التشريع الا قبل اصداره أي قبل تصديق رئيس الجمهورية ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فان طلب الإلغاء محصور فقط في اعضاء المجلس (وبما لايقل عن الربع) او برئيس الجمهورية نفسه باعتباره رئيس السلطة التنفيذيه ، دون سائر الناس .

---

(١) ولعل واضع الدستور السوري قد اقتفى هنا الى حد ما اثر الدستور الفرنسي الاخير الصادر عام ١٩٤٦ .

وبنـاء على ذلك فمتى أصدر رئيس الجمهورية ، قانوناً وأمر بنشره بالجريدة الرسمية لايبقى ثمة مجال لبحث الغاء هذا القانون أو وقف نفاذه لعدم دستوريته ، لا من المحكمة العليا ولا من سواها ، لأن نص المادة ٦٣ بتحديد الاعتراض على دستورية قانون ماقبل اصداره ، يفيد ضمناً وبالمفهوم المخالف الصريح ان مثل هذا الاعتراض لايسمح به بعد ذلك ولايجوز بحثه . والواقع ان هذا النص تجربة مرت بها سورية فأثبتت الايام عدم كفايتها. ومنذ البداية كنا لانرى في هذا النص مايحقق رقابة حقيقية على تخطي السلطة التشريعية أحكام الدستور او مبادئه ، مادام الامر مقيداً برغبة ربع اعضاء المجلس النيابي اورئيس الجمهورية ، وقد لا يعترض احد الفريقين على مخالفة القانون للدستور ، لمصلحتهما في اصداره . لاسيما وان ذلك يجب ان يتم في الفترة القصير قبل الاصدار .

وقد كان الدستور الموقت للجمهورية العربية المتحده في الماضي سا كتاً فلم يأت على نص ينظم هذه الرقابة وربمـــا لرغبة منه في عدم فسح المجال الصريح لمثل هذه الرقابة القضائية ولكننا نعتقد اننا نعود بذلك الى الوضع القديم ، الذي اشرنا اليه عند عرض الموضوع . ونحسب ان ذلك يعني ان من حق القضاء بوجه عام ان لا يأخذ بالقانون المخالف للدستور دون هذا الاخير ، ولاسيما في التشريعات الجزائية أو الاحكام الآمرة . وقد أكد مجلس الدولة في مصر (في القضيتين رقم ٣ و ٤ لسنة ١ القضائية) هذا المبدأ العام[1] .

ومهما يكن الامر فاننا لانشك ان ثمة طريقاً استثنائياً يبقى على مانعتقد قائماً امام القضاء في مراقبة دستورية القوانين سواء حسب الدستور الحالي وسواء قبله وذلك حين يعرض على القضاء بسبب نزاع قضائي موضوع يقتضي تطبيق قانون مخالف للدستور ، فانه ليس مايمنع في اعتقادنا على المحكمة ، بل من واجبهـــا ان

---

(١) كما سنذكره بعد قليل . راجع كذلك في هـذا الموضوع مقالي الأستاذين السيد علي السيد مجلة مجلس الدولة ، يناير ١٩٥٠ ص ٦٣ ـ ٧٧ وعبد السلام ذهني نفس المرجع ص ٧٩ ـ ١٠٣، ومحاضرة الدكتور مكرم القوتلي في مجلة القانون ١٩٥٧ ص ٤١

تطبق احكام الدستور قبل القانون ودونه . وهـذا مايمكن أن يسمى بالدفـع بعدم الدستورية الطارىء او العارض . L'exception d'inconstiutionnalité (١) على ان هذا الموضوع مايزال محل خلاف وغير قطعي في كثير من الدول .

(١) فلقد نص القـانون رقم ٥٧ تاريخ ٢٨ كانون اول ١٩٥٠ « المتعلق بتحديد صلاحيات ومـلاك المحكمة العليا » في مادته ١٩ « ان دعاوي الابطال تقام ضد الاعمال والقرارات والمراسيم المخالفة للدستور أو للقانون أو للمراسيم التنظيمية » . وهذا النص يسمح لنا بالقول إن العمل أو القرار أوالمرسوم المخالف للدستور يجب ابطاله كما يبطل العمل الاداري المخالف للقانون أو للمرسوم التنظميي ، كما يسمح لنا بالقول ان في هـذا النص تدرجاً واجب الاحترام بحيث يأتي الدستور في طليعة النصوص التي يقاس العمل أو القرار أو المرسوم المطلوب ابطاله عليه ، وتفضل احكام الدستور على مادونها في حال التعارض بينها . وقد ذهب بعضهم الى القول ان هذا الحق ليس مقصوداً على المحكمةالعليا أو القضاء الاداري وحده بل انه يشمل كذلك جميـع المحاكم القضائية (راجع الدكتور عدنان الخطيب ، الوجيز في شرح المبـادىء العامة لقانون العقوبات ١٩٥٦ ص١٣٣و١٣٤) .

وعلى هذا ان اساس فقد كرس مجلس الدولة في مصر هـذا المبدأ العام في القرار الصادر بالقضيتين ٣و٤ لسنة (١) القضائية (منشور في خلاصة أحكام مجلس الدولة في سورية لعـام ١٩٥٩ (ص ٣٣ـ٣٨) يتضمن ما خلاصته :

« ويخلص مما تقدم أن المادة ٨٥ من قانون الموظفين الاساسي رقم ١٣٥ لسنة ١٩٤٥ معدلة بالمرسوم التشريعي رقم ٦٥ لسنة ١٩٥٢ فيما قضت به فى فقرتها الثالثة من أن « يسرح الموظف المقرر صرفه من الخدمـة بمرسوم غير تابع لاي طريق من طرق المراجعة ... » تعتبر من الناحية الدستورية غير نافذةبالنسبة الى المحكمة العليا ما دامت تتعارض في تقييدها لاختصاص هذه المحكمة مع المادة ١٢٢ من دستور ١٩٥٠ التي أطلقت الاختصاص لتلك المحكمة لما يتميز به الدستور من طبيعة خاصة تضفي عليه صفة القانون الأعلى وتسمه بالسيادة ، فهو بهذه المثابة سيد القوانين جميعها بحسبانه كفيل الحريات وموئلها ، ومناط الحياة الدستورية ونظام عقدها . ويستتبع ذلك أنه اذا تعارض قانون عادي مع الدستور في أية منازعه من المنازعات التي تطرح على المحاكم فقامت بذلك لديها صعوبة مثارها أى القانونين هو الاجدر بالتطبيق ، وجب عليها عند قيام هذا التعارض أن تطرح القانون العادي وتهمله وتغلب عليه الدستور وتطبقه بحسبانه القانون الأعلى الاجدر بالاتباع. واذا كانالقانون العادي يهمل عندئذ فردذلك في الحقيقةالى سيادة الدستور العلياعلى سائر القوانين، تلك السيادة التي يجب أن يلتزمها كل من الشارع عنداصداره القوانين ، ومن القاضي عند تطبيقه على حد سواء الخ ... »

§ ٤ — ماهي قيمة القانون كمصدر اصلي وأولي للحقوق

لا يشك احد في اهمية القانون كمصدر أصلي للحقوق . فاذا عرضت مشكلة من المشاكل ، ترجع المحاكم والناس جميعاً اول مايرجعون الى النصوص القانونية ليروا ماهو الحكم الذي اعطاه القانون ، ويقفوا على الحل الوارد ذكره فيه فيعملوا بمقتضاه.

ولقد احتل القانون خلال القرن التاسع عشر ، ولاسيما في آخره ـ كرد فعل لفقدانه من قبل — من المكانة ماجعل البعض يقول انه ليس ثمة مصدر آخر للحقوق الوضعية غير القانون . بل لقد ذهب اصحاب المذاهب الوضعية او الواقعية كما رأينا ، الى ابعد من ذلك بكثير حين أكدوا ان القانون ليس فقط المصدر الرسمي الوحيد للحقوق ، بل هو كذلك المصدر المثالي والحقيقي لها ، لما يتمتع به من مزايا الوضوح والعلانية ، واليقين والالزام للجميع ، وبفضل هذه الخصال فان الناس اذا هم تعاملوا بالاستناد اليه يكونون على بينة من امرهم مطمئنين الى نتائج اعمالهم وعارفين الى احكامها وقواعدها سلفاً .

ان هذا التأكيد وهذه القيمة المطلقة للقانون كمصدر أصلي (وحيد اومثالي) هو في الواقع مظهر من مظاهر الفردية وأثر من آثارها التي سادت في القرن التاسع عشر . فهي اذا اعطت للقانون هذه القوة المطلقة ، والقيمة الكاملة ، فما ذلك إلا لأنه يضمن للناس حقوقهم الفردية بوضوح وصراحة . ثم هو من ناحية ثانية اكثر ضماناً لتساوي الناس امامه ، والخلاص من تحيز القضاة او احتمال خطئهم ، اذا لم يكونوا مقيدين بنصوص ظاهرة وملزمة ، لا اعتباط فيها ولا كيفية ، ترسم للقاضي سواء السبيل .

غير ان هذا الاتجاه قد ضعف ، وهذه القيمة قد تدنت ليس لانتشار المذاهب المقاومة للفردية في اواخر القرن التاسع عشر فحسب ، بل ولاسباب فنية كذلك

دل عليها عدم كفاية القانون للاحاطة بالقواعد الحقوقية ، وعدم تحقيقه في كثير من الاحيان ماتصبو اليه الحقوق من غايات واهداف . فكثير من القضايا ، كمثل قضايا التأمين البري او الجوي ، او قضـــايا العمل ومشاكله وطوارئه الخ... لم يبحثها القانون بنصوص وضعية الا متـأخراً جـداً ، ليس في بلادنا فقط بل وفي كثير من البلاد الاخرى ، ومع ذلك فلا يمكن القول ان الحقوق لم تكن لتجدحلا في الماضي لمثل هذه القضايا لانه ليس هناك نص. قد يكون هذا صحيحاًفي القانون الجزائي ، اذ لاعقوبة بلا نص[1] ولكنه ليس كذلك في الحقوق المدنية ، حيث يتوجب على القاضي ان يقضي ، فهو مضطر للالتجاء الى طرق أخرى ومصادر ثانية اذا لم يجد هناك نص ، ومامن احد يستطيع ان ينكر وجود ثلمات فيالقانون لابد من سدها ، وذلك بالاستعانة بطرق اخرى . وان هذه الثلمات تزداد مـع الزمن ومع تطور الحيـــاة وحاجاتها المتجددة الكثيرة التي لايمكن للتشريع ان يحيطها او يحيط بهـا .

ولئن كان القانون في الواقع ابرز المصادر الحقوقية ، واقربهـا منالا ، وارفعها مكانة ، فانه لايخلوا من نواقص وعيوب ، توجب أحياناً الرجوع الى غيره ، كما انه ليس الوحيد في هذه المصادر ، بل إن هناك مصادر قـــد تكون نظرياً ثانوية بالنسبة اليه ، كالأجتهاد القضائي ولكنها عملياً كبيرة الاهمية .

واذا رجعنا الى التشريع القائم عندنا ، أو بالاصحالى النظام الحقوقي الحاضرفي بلادنا ، نجد ان القانون ، كما عرفناه ووصفناه ، يمكن ان يكون اول المصادر واهمها ، فهو الذي يحكم علاقات الناس في معاملاتهم المدنية بوجه عام . فالقانون المدني والتجاري والجزائي واصول المحاكمات ، وقانون الاحوال الشخصية ، وغير ذلك من هذه القوانين . . . الخ ، جميعها تعتبر المرجع الاساسي لكل مايتعلق بها.

---

(١) Nulla peinna sine lege .

ومع ذلك فان هناك نواحي جد هامة على الحياة الحقوقية ، ماتزال تحكمها قواعد عرفية مستمدة من الشريعة الاسلامية،واجتهاد القضاء او اقوال الفقهاء ، وكذلك ورغم التقدم الكبير في التشريع الاداري وتعدد القوانين الادارية وتواصلها منذ العهد العثماني ، فان هناك بعض القواعد القائمة على التعامل والمستمدة من اراء العلماء او اجتهادات القضاء الاداري في فرانسة او مصر او لبنان . . . يرجع اليها في بلادنا كمصدر للحقوق الادارية . وفيما عدا هـــذه الاستثناءات فان الحقوق الوضعية الحاضرة تشبه في مصادرهـــا الحقوق الفرنسية التي اخذت عنها اكثر قوانينا كما سنرى .

وفي كل الاحوال فان قيمة القانون المطلقة كمصدر للحقوق ومادار حولهـا من نقاش تتجلى في بحث تفسير القانون .

§ ٥ — تفسير القانون

لئن كان القانون ، مصدراً اصلياً للحقوق ، ولئن كان من الواجب تطبيق نصوصه المجردة واحكامه العامة على الاحوال المشخصة والحوادث الخاصة ، فان هذا التطبيق ليس دوماً سهلا وبسيطاً ، يتم آلياً او رياضياً دون ماشك او تردد او تأويل . نعم قد يقع ذلك أحياناً ويبدو النص واضحاً صريحاً لايحتـاج لتفسير . مثلا اذا نص القانون المدني العتيد (٤٦) « ان كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه ، يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية » . . وان سن الرشد محددة بالقانون بالسنة ونوعها،واذا فرضنا مثلا ان ولادة الاشخاص

معينة ثابتة في سجلات الاحوال المدنية ، فان تطبيق مثل هذا النص من حيث السن لايحتاج إلى تفسير وتأويل ، او الى ايضاح وتكميل . الا انه ليس من الممكن مطلقاً — ولعله ليس من المستحسن احياناً — ان يحيط المشروع سلفاً بكل شاردة وواردة ، وان يتناول في نصوصه القليلة مختلف الحالات والاوضاع والاحتمالات التي يمكن وقوعها ، وان يتصور سلفاً ماستخلفه الحياة من وقائع ، ومايأتيه العالم من تطور مستمر وحوادث لاتخطر على بال ، وخصوصاً وان المشرع لايكون دوماً عظيماً في تشريعه ، وخبيراً في مادته ، واقفاً على الخفايا ، قادراً على درس التفاصيل ، غير متأثر بعوامل السياسة والمحيط . . ولذلك كثير ماتأتي النصوص غامضة ، قاصرة ، مقتضبة ، مشوشة ، وربما متناقضة لاتفي بالحاجة ولاتحقق كل الغايات .

فما عسى يصنع الناس وما عسى يصنع القاضي اذا غم عليهم النص ولم يتبنوا معناه ، أو اذا لم يجدوا في القانون نصاً على حالة من الحالات ، أو على وضع من الاوضاع المعروضة؟ هل يرفض القاضي الدعوى لعدم وجود النص ؟ لقد جاء في القانون المدني الفرنسي (قبل القانون الالماني والسويسري والمصري والسوري ، هذه القوانين التي عينت للقاضي المصادر التي يمكنه ان يقضي بها اذا لم يجد في القانون نصاً) لقد ذكر القانون المدني المرنسي في مادته الرابعة ، واكد قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني في مادته الثالثة ان القاضي الذي يمتنع عن الحكم بحجة سكوت القانون أوغموضه أو عدم كفايته يمكن ان يلاحق بجريمة الامتناع عن احقاق الحق او التأخر عن إقامة العدل deni de justice ولكن القانون المدني الفرنسي قضى بالوقت ذاته في مادته الخامسة ومثله قانون اصول المحاكمات اللبناني في المادة الثانية ، وخلافاً لما نص عليه القانون المدني السويسري ، انه يحرم على القاضي ، ان يتناول في احكام قضائية اصدار قواعد عامة ومبادىء جديدة ، دون ان يستند على نصوص القانون ؟ فما عساه يفعل اذن ؟ لامناص له من التفسير والالتجاء

للاجتهاد او القياس على حد تعبير فقهاء الشريعة[1] .

ولئن لم ينص قانوننا المدني على حكم صريح مشابه للنص الفرنسي او قانون اصول المحاكمات المدنية ، فقد اضحى ذلك من تقاليدنا القضائية[2] .

ومهما يكن الامر فان التفسير ليس فقط تعيين معنى النصوص ومداها ونتائجها ، بتوضيح ما ابهم من الفاظها ، وتكميل ما اقتضب منها ، بل توسيعها وتكييفها والتخريج على احكامها ، والتوفيق بين اجزائها ومفاهيمها ، واستخراج ماامكن من نتائجها[3] .

واذا كانت النصوص قد تبدو في بعض الاحيان ، من حيث ظاهرها وحرفيتها غير متفقة والمنطق او البداهة ، فان من الخطأ — كما قالت محكمة التمييز السورية المختلطة — التقيد بحرفيه النص ، واهمال روح القانون ، لانه

---

(١) راجع الدكتور معروف الدواليبي ، المدخل الى علم اصول الفقه طبعة ١٩٥٠ ، ص ٤ — ٩ .

(٢) وقد جاء في المادة الثانية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تحت عنوان « واجب القاضي » انه : « يتعين على القاضي ، في جميع الاحوال ، ان يفصل في القضية التي تعرض عليه ، والا عد ممتنعاً عن اداء العدالة » وهو نص مشابه ، تمام المشابهة ، لنص المادة الرابعة من القانون المدني الفرنسي ، واذا لم يتضمنه النص الاخير للقانون المدني فلان التزام القاضي بالبت في القضايا المعروضة عليه امر اصبح من التقاليد القضائية البديهية والتي لا تحتاج الى نص ، فضلا عن أنه يستخلص بطبيعة الحال من نص المادة الأولى التي عددت المصادر القانونية حتى انتهت الى اعتبار مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصدراً ملزماً عند فقدان المصادر الأخرى . ونعتقد انه ما كان هناك ضير لو استبقي هذا النص ، زيادة في التأكد والالزام ، وتنبيهاً للقاضي بوجوب العمل على الفصل في القضايا والاستناد الى ما يملك من مصادر .

(٣) بل ان التفسير كان في بعض الأحيان وسيلة لاصلاح القانون وتطويره بما يتفق والحاجة المتطورة ، والعدالة المنشودة ، كما حدث لنصوص المسؤولية التقصيرية القليلة في القانون الفرنسي ولاسيما المادة ١٣٨٢ التي توسع القضاء الفرنسي بتفسيرها الى حد اعطائها مدلولا ونتائج قد تبدو غير متفقة مع ظاهرها .

لا يتصور ان لا يعبأ بالمبادىء الحقوقية »[1] .

والتفسير مهمة شاقة وهامة ، لعلها تفوق كل المهـــام القضائية الاخرى ، لضرورتها وكثرتها ودقتها ، لاسيما وانها تتعلق بالقانون ونصوصه ذات التطبيق الالزامي والعام .

وسنبحث فى حالات التفسير واسبابه اولا ، في انواعه ثانياً ، ثم في طرقة ووسائله ثالثاً .

١ — حالات التفسير واسبابه

« تعرض الوقائع على القاضي ليفصل فيهـــا ، ويتعين عليه ان يلتمس حلها في التشريع او القانون قبل اي مصدر أخر (وفقاً للمـــادة الاولى من القانون المدني) فإما ان يجد للحالة المعروضة نصاً يواجهها ، وإما لا يجد لها نصاً ، والنص ان وجد إما ان يكون واضح المعنى سليماً من كل عيب ، وإما أن يكون معيباً يحتاج فهمه الى جهد لاصلاح مابه من عيب »[2] .

فما هي العيوب التي تعتري النصوص القانونيه فتوجب تفسيرها ؟

آ — انواع العيوب

يكون القانون معيباً فيما عدا الاخطاء المادية او المعنوية المختلفة التي سنفصلها بعد قليل ، لاسباب عدة ترجع اما الى غموضه ، واما الى نقصة واما الى تناقضه .

١ ـ الغموض والابهام

أما الغموض فيكون بتحمل اللفظ او العبـــارة في النص اكثر من معنى

---

(١) صدد تطبيق القرارين ٣١٦ و١٠٩ المتعلقين باختصاص المحاكم المختلطة على الاجانب (محكمة التميز المختلطة السورية قرار رقم ٣٩٩٢ تاريخ ١٥ـ٢ـ٩٤٣ ، منشور في مجلة نقابة المحامين بدمشق عام ١٩٤٧ ص ٣٢ ومابعدها) .

(٢) عن الدكتور سليمان مرقس . المرجع السابق ص ١٧٩.

واحد ، ويكون على المفسر ان يختار ويحدد المعنى الذي يستخلصه من تفسيره في تطبيق النص !

وهذا التعريف للغموض يشمل كل ابهـــام او تردد او شك حول لفظ او تعبير لنص من نصوص القانون ، بل ربما شمل اكثر النصوص لاحتمال الالفاظ او العبارات في اكثر الاحيان قبول اكثر من معنى واحـــد والى امكان تأويلها وتفسيرها بحسب المفاهيم المختلفة ووجهات النظر المتنوعة .

وهكذا مثلا من حيث غموض « اللفظ » ماجاء بالمادتين ٦١٨ و ٦١٩ من قانون العقوبات السوري حول لفظ القـــمار » احياناً و « المقامرة « تارة وهل من فارق بينهما ، وهل تقتصر العقوبة على المقامرة دون القمار ؟

او كمثل كلمة « السجن » الواردة في المادة ٣٧ من القانون ١٩٢ لسنة ١٩٦٠ المتعلق بمكافحة المخدرات حـــين قالت « يعاقب بالسجن . . . » ولم تذكر المدة . وعقوبة السجن لم يرد لها ذكر في قانون العقوبات العام . فقد اشار هذا القانون في المادة ٤٦ منه الى عقوبـة « الاعتقال » الموقت كعوبة جـــنائية بين العقوبات الجنـــائية الاخرى ، كما ذكر كلمة الحبس » في العقوبات الجنحية (المادة ٥١ منه وغيرها) . وقـــد فسرت محكمه الجنايات بدمشق[1] كلمة « السجن » الواردة في مطلع المادة ٣٧ المذكورة « بالاعتقـال الموقت » كعقوبة جنائية لا « بالحبس » الواردة في قانون العقوبات العام كعقوبة جنحية ، وبالفقرة الثانيه من نفس هذه المادة .

أما أمثال الغموض في العبارة فكثير كذلك نشير الى بعض منهـــا . فقد جاء في المادة ٦٦ من قانون العمل السوري ان من صلاحيات لجان المهن المختلطة المؤلفة من ممثلي ارباب العمل والعمال ، « الفصل بالمصـالحة والتحكيم في جميع الخـلافات الفردية او الجماعية التي يحيلها الفريقان الى ، اللجنة الخ . . . فعبارة « التي يحيلها الفريقان » غامضة مبهمة لاحتمالها اكثر من معنى ، وقد قام عليهـا

(١) في حكمها الصادر بتاريخ ٢٧/ ١٢/ ٦٩٠ رقم اساس ٣٢١ (غير منشور) .

الخلاف امام القضاء المهني السوري سابقاً ، وادعى البعض ان هذه الخلافات يجب ان يحيلها الفريقان معاً ، كما هو ظاهر النص ومفهومه اللغوي ، غير ان المجلس التحكيمي الأعلى للعمل ذهب الى انه يكفي ان يحيلها الى اللجنة أحد الفريقين .

أو كمثل عبـــارة « المحاكم العادية » الواردة في المادة ٣١ من القرار ١٨٦ (المتعلق بالتحديد والتحرير) . فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز السورية مايلي : « المسألة الخلافية المعروضة على محكمة التمييز هي تحديد المعنى المقصود من عبارة « المحاكم العادية » واذا كان مدلولها قاصراً على المحاكم البدائية ، ام انه شامل المحاكم على اختلاف انواعهـــا من بدائية وشرعية وصلحيه ، كل منها ضمن اختصاصه المحدد في القوانين العادية »(١) .

كذلك فقد عاب الفقهاء غموض واطلاق عبارة « ذوي الشأن » الواردة في الفقرة الثانية من المادة ٢٤٥ مدني سوري المطابقه للمادة ٢٤٦ مدني مصري ، وهل تقتصر على الخلف والدائنين ام تتعداهم الى غيرهم ؟

وهكذا فان هنالك غموضاً موجباً للتفسير في كل كلمة او عبارة ترد في نص قانوني وتحتمل أكثر من معنى واحد .

ب - النقص او السكوت

وأما النقص فيكون باغفال لفظ في النص لايستقيم الحكم بدونه ، او بعدم تناول النص مايجب ان يتناوله من حالات ، فيأتي مقتضباً وربمـــا مهملاً

---

(١) وحيث ان المادة ١٠ من القرار ١٨٦ اوجبت تبليـغ قرار القاضي العقاري المتضمن اعلان افتتاح اعمال التحديد الى محاكم المنطقة . وان الغاية من هـذا التدبير ومن مقتضاه انتقال كافة الدعاوى العقارية التي لم يبت فيها بعد من قبل محاكم تلك المنطقة ، سواء كانت بدائية أم شرعية أم صلحية ، الى القاضي العقاري ليفصل فيهـا ، وبانتهاء عمليات التحديد تعود الى محاكم تلك المنطقة ولايتها القضائية لتفصل في المنازعات العقارية كل منها ضمن اختصاصه ، ولكل منهـا حق القضاء بالتسجيل (محكمـة التمييز ، الغرفة المدنية ، قرار رقم ١٤٨ تاريـخ ٧ حزيران ١٩٤٩ ، مجلة نقابة المحامين بدمشق ١٩٤٩ ص ٢٩٩) .

نقاطاً هامة لم يبين حكمها ، فيكون التفسير باكمال هذا النص في ضوء مفهومه الاصلي وقصد الشارع منه ، وفق قواعد التفسير واساليبه الآتي ذكرها .

مثال ذلك ماجاء في المادة ٥١٢ من قانون اصول المحاكمات فيما يتعلق بحالات ذكرتها في التحكيم . فقد نصت أنه في حالة وجود شرط التحكيم بين الطرفين ووقوع المنازعة بينهما. فإن من حق المحكمة المختصة ان تعين من يلزم من المحكمين اذا لم يتفق الخصوم عليهم او امتنع واحد او اكثر من المتفق عليهم عن العمل او اعتزل او عزل الخ . . . دون ان تشير الى حالة ما اذا لم يقدم المحكمون تقريرهم خلال الميعاد المحدد لهم ، فهل يكون حكم هذه الحاله كحكم الحالات السابقة ويكون من حق المحكمة ان تعين محكمين جدداً ام يسقط التحكيم وتعود سلطة المحكمة للحكم ؟ .

كذلك نستطيع ان نتبين وجود نقص او سكوت في المادة ٢١٦ من القانون المدني السوري المطابقة للمادة (٢١٥) مدني مصري عندما نصت على الزام المدين بالتعويض اذا استحال عليه تنفيذ الالتزام عيناً دون التعرض لحالة عدم جدوى التنفيذ العيني رغم انه ممكن وغير مستحيل وقد جاء مشروع القانون المدني الموحد (في المادة ١٩١ منه) ناصاً على سريان هذا الحكم على الحالتين معاً .

ويمكن ان نعتبر ايضاً أن هناك نقصاً وغموضاً بالوقت ذاته في نص المادة ١٨ مدني سوري المطابقة للمادة ١٧ مدني مصري عندما بحثت بسريان قانون المورث او الموصي وقت الموت على الاحكام الموضوعية للارث او الوصية . في حين انها قضت في فقرتها الثانية بسريان قانون الموصي وقت الإيصاء لا وقت الموت على الاحكام المتعلقة بشكل الوصية . وقد اختلف الشراح في مصر حول تعيين القانون الذي يسري على أهلية الموصي ، أهو قانونه الشخصي وقت الإيصاء ام وقت الموت ، لأن النص السالف الذكر غير واضح وناقص في هذا الموضوع . وقد جاء المشروع الموحد موضحاً هذا الغموض ، ومكملاً

للنقص بأضافة عبارة تدل على سريان قانون الموصي وقت الإيصاء فيما يتعلق بأهليته لذلك . (المادة ١٧ من المشروع) .

ويكاد يكون هذا العيب ، كالعيب السابق ، كثير الحصول . يتبين للناس مع تطور الحياة وتعدد حاجاتها .

كل الامثلة التي ذكرناها عيوب من نوع في النقص توجب على القاضي ان يلجأ الى التفسير .

ج - التناقض او التعارض

اما العيب الثالث وهو التناقض ، او التعارض كما يسميه بعض المؤلفين[١] . فيكون بوجود نصوص متصادمة ومتعارضة سواء في تشريعات مختلفة مرعية ونافذة . وسواء في تشريع واحد وفي القانون نفسه ، بحيث يجب التوفيق بينها ان امكن ، والا فتفضيل احدها .

وهكذا مثلا نرى هناك تعارضاً بين نص الفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ من القانون المدني التي جعلت بيع المريض في مرض موته لوارث او لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت بمثابة الوصية ، ويكون نافذاً بحق الوارث فيما لا يتجاوز ثلث التركة خلافاً لأحكام المادة ٢٣٨ من قانون الاحوال الشخصية التي فرقت بين الوارث وغير الوارث وعلقت نفاذ الوصية للوارث على اجازة الورثة ولو بأقل من الثلث .

وقد جاء مشروع القانون المدني الموحد مزيلا لهذا التعارض حينما قرر ان هذا النوع من البيوع يحكم الوصية وتنطبق عليه احكامها .

كذلك نستطيع ان نتبين تناقضاً ظاهراً بين المادة ٣٥٣ من القانون المدني العتيد والمادة ٣٩٨ من القانون التجاري . اذ جاء في الاولى أنه :

---

(١) الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ١٩٢ .

« لايكون تجديدا — أي الالتزام — مجرد تقييد الالتزام في حساب جار، بل يبقى الالتزام الاول قائماً ومحافظاً على صفاته الاصلية » .

في حين ان الثانية نصت : « ان الديون المترتبة لأحد الفريقين اذا دخلت في الحساب الجاري فقدت صفتها الخاصة وكيانها الذاتي ، فلا تكون بعد ذلك قابلة للوفاء ، ولا للمقاصه ، ولا للمداعاة . ولا لإحدى طرق التنفيذ ، ولا للسقوط منفردة بالتقادم » .

وظاهر من ذلك ان دخول مبلغ من المبالغ او دين من الديون في الحساب الجاري لايفقده بحسب القانون المدني كيانه الاصلي وما يتعلق به من أحوال وامتيازات ، وبالتالي لايعتبر تجديداً للالتزام ، في حين انه بحسب نص القانون التجاري الآنف الذكر ، يفقد الدين او المبلغ كيانه الاصلي ويعتبر ان هناك تجديداً للدين بمجرد دخوله بالحساب الجاري . وليس ثمة سبيل للتوفيق بين النصين الا ان نقول أن الحساب الجاري في القانون التجاري هو غير الحساب الجاري المدني[1] .

واخيراً نجد تناقضاً صريحاً بين المادتين ١١٤ و ١١٥ من القانون المدني وبين المادة ٢٠٠ من قانون الاحوال الشخصية ، فبينما ان المادتين الاوليتين نصتا على وجوب حجر المجنون من قبل المحكمة واعتبار حاله قبل الحجر غيرها بعده ، في حين ان الثانية اعتبرت المجنون محجوراً لذاته ، بحيث لايحتاج الى حجر من المحكمة . الى آخر ماهنالك . . .

---

(١) ومثل ذلك التناقض بين المادة ٦٤٩ من القانون المدني مع المادتين ٥ و ١٥١ من قانون العمل السابق . فقد نصت المادة ٦٤٩ انه : « تعتبر المبالغ الاتية جزء من الاجرة ٣٠٠ — كل منحة تعطي للعامل علاوة على المرتب . وما يصرف له جزاء امانته او في مقابل زيادة اعبائه العائلية ... الخ » .

في حين ان المادتين ٥ و ١٥١ من قانون العمل نصتا على ان الاجرة هي كل ما يعطي للعامل ، ويشمل ذلك الراتب الاساسي وكل ما اضيف اليه من زيادات او ضمائم او عمولات .. ماعدا الاكراميات ... » فالاولى ، اي المادة ٦٤٩ مدني ، جعلت المكافآت والاكراميات من الاجرة ، في حين ان الثانية اي المادتين ٥ و ١٥١ من قانون العمل السابق فقد استثنتهامنها .

ومن أهم المبادىء العامة في تفسير النصوص المتناقضة او المتعارضة ، وجوب النظر اولا : الى حالة كل من النصين سواءمن حيث مرتبته في التدرج التشريعي ، وسواء من حيث نوعه بين ان يكون عاماً او خاصاً . ومن القواعد المعروفة في نظامنا الحقوقي — كما بينا في بحث انواع القوانين وتصنيفها — انهناك تدرجاً في التشريع يكون فيه للقانون الاعلى مرتبة افضلية التطبيق على القانون الادنى مرتبة في حالة تعارض النص في كل منهما وبشكل لايمكن التوفيق بينهما . فاذا تساوى النصان مرتبة قدم التشريع المؤخر التاريخ واعتبر الاسبق تاريخاً ملغى بالجديد كما سنرى في بحث الغاء القانون . الا اذا كان احدهما خاصا والثاني عاما فيفضل الخاص على العام ، حتى اذا لم تكف هذه المبادىء لتفسير النصوص المناقضة وجب الرجوع الى طرق التفسير ووسائله الاخرى ، على ماسنوضحه في البحث المقبل .

ب — حالات التفسير

لقد سبق ان قلنا انه لامحل للتفسير عندما يكون هناك نص قانوني ويكون هذا النص واضحا صريحا لايحتاج الى تفسير . فاذا كان اللفظ او التعبير الذي استعمله المشروع صريحا لاسبيل الى الاختلاف في معناه أو مدلوله ، وكان النص سليما ليس فيه عيب من العيوب الاخرى التي ذكرناها ، وجب على القاضي الاخذ بهذا المعنى أو المدلول الواضح ، وتطبيق النص القانوني ، ولايجوز له تركه ، بحجة ان الحكم القانوني غير عادل ، أو أن هناك حكما أعدل منه ، فليس هذا من مهمة المفسر في شيء ، بل عليه ان يترك ذلك للمشرع يعدل تشريعه بما تقضي به الظروف والحاجة والمصلحة . وقديما قيل « لامساغ للاجتهاد في مورد النص » (المادة ١٢ من المجلة)(١) أي لامحل للتفسير حين يكون هناك حكم قانوني صريح .

---

(١) كذلك نصت المجلة ان « لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح » (مادة ١٣) .

ولا يظنن ان النصوص الصريحة الواضحة معروفة ومتفق عليها ، وقد اشرنا ان الوضوح نادر وقليل ، وربما كان عدم الوضوح في بعض الاحيان مفتعلا ومقصوداً . وان مايمكن ان يتصور انه واضح وصريح لاسبيل الى الاختلاف فيه ، فقد يفهم احياناً على خلاف مايعتقد فيه[1] بل ربما استطعنا أن نقول ان مايمكن ان يبدو من النصوص صريحاً وواضحاً اليوم قد يظل غامضاً محل لبس او خافياً ، أو مفهوماً على غير حقيقته حينا من الدهر[2] .

أضف الى ذلك ان القول بوضوح النص وصراحته لايمنع احيانا من تصحيح ماعسى ان يقع في الالفاظ والنصوص ، من اخطاء مادية او معنوية لامجال للشك فيها . ويعتبر من الاخطاء المادية ماورد في المادة ٦٤٢ من القانون المدني

---

(١) كذلك فقد حدث مرة ان رفع الى القضاء السوري قبل عام ١٩٣٠ استنادا الى احكام المادة (٤١) من قانون الاراضي العثماني دعوى من خليط (اي شريك ، لا في الأرض نفسها وانما في الحقوق الارتفاقية ، من طريق او مرور او شرب او مسيل ، في ارض اميرية يطلب اخذ ارض خليطه المبيعة الى الغير بحق الرجحان والاولوية استناداً لصراحة المادة المذكورة التي تنص : « ان المتصرف بأراض بوجه الشركة ليس له ان يفرغ حصته بدون إذن الشريك والخليط ... وعند وقوع ذلك فالشريك له حق لغاية خمس سنوات ان يأخذ تلك الحصة من الشخص الذي أخذها ببدل المثل ...» ولكن محكمتي الاستئناف والتمييز الوطنيتين قررتا رد هذه الدعوى بحجة أن كلمة «الشريك والخليط » الواردة في النص لا تعني ان للخليط وحده هذا الحق وانما هو للشريك الذي يكون بطبيعة الامر خليطاً .

(٢) كما حدث مثلا في القضاء السوري الوطني حول المادة ١١ من القرار ١٨٨ ، فقد ظلت محكمة التمييز السورية الوطنية ، منذ أن صدر القرار رقم ٨٨ ، عام ١٩٢٦ ، والمعدل عام ١٩٣٠) حتى عام ١٩٤٩ ، تؤكد ان نص هذه المادة ـ الذي جعل العقود والصكوك المتعلقة بالحقوق العينية العقارية غير نافذة حتى بين العاقدين الا من تاريخ تسجيلها في السجل العقاري ـ لا يسمح للمستفيد من العقد غير المسجل ان يطالب بهذا التسجيل قضاء بل يبقى حقه قاصرا على طلب التعويض ، حتى تبين للمحكمة مؤخرا أن هذا النص لا يمنع من طلب التسجيل القضائي رغم بقاء النص السابق دون تعديل (راجع قرارات الغرفة المدنية لمحكمة التمييز السورية الاتية : رقم ٢ تاريخ ١٩ كانون الثاني ١٩٣٦ . رقم ٤٦ تاريخ ١٧ كانون ثاني ١٩٤٩ ، رقم اساس ٢٥٠ قرار ٣ تاريخ ٩ حزيران ١٩٤٩ ، منشورة في مجلة نقابة المحامين بدمشق عام ١٩٤٩ ص ٣١٥ .

التي تنص : « تسري احكام عقد العمل على العلاقة بين ارباب الاعمال والطوافين والممثلين التجاريين الجوابين ومندوبي التأمين وغيرهم من الوسطاء . . . » فانه لا يقصد بها اشتراط ان يكون الممثلون التجاريون حوابين ـ أي متنقلين ـ وانما قصد بها سريان احكام عقد العمل على الممثلين التجاريين والجوابين ، فسقط سهواً حرف « الواو » بين التجاريين والجوابين[1] .

اما الخطأ المعنوي فهو حالة تبديل كلمة او حرف او عبارة باخرى خطأ اكيداً ظاهراً ، كمثل ماجاء في المادة ١٩٤ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية القديم حين قالت : « اذا ترك المستأنف عليه دعواه ستة أشهر . . » ومن الواجب ان تكون « اذا ترك المستأنف » لان هذا الاخير هو صاحب الدعوى الاستئنافية . ولا يكون الترك إلا منه . . الخ . .

وربما نستطيع ان نقول نفس الشيء بالنسبة للمادة ١٤ من قانون السلطة القضائية رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ حين ذكر ان من يقدم دفعاً خارجاً عن اختصاص المحكمة يترتب على الموجه (اليه) الدفع ان يقيم الدعوى خلال ميعاد معين ، فاذا انقضى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن . ولا يعقل ان يكون من يترتب عليه اقامة الدعوى بالدفع امام المحكمة المختصة هو الموجه اليه الدفع ، وانما يجب ان يكون الموجه الدفع مادام المؤيد عدم اعتبار الدفع .

او كمثل ماجاء في المادة ٣١٠ من القانون المدني السوري التي تضمنت عبارة : « من الفوائد والمصروفات » بدلاً من عبارة « مع الفوائد والمصروفات » التي وردت في النص المصري .

---

(١) راجع الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ١٨٩ .

او كمثل المادة ٤٩٩ من قانون العقوبات مثلا التي نصت : « كل موظف راود عن نفسها زوجة سجين أو موقوف أو شخص « خاضع لمراقبة او سلطة » الخ . . . فعبارة « خاضع لمراقبة او سلطة » قد وردت خطأ عن غير انتباه ، ويجب أن تقرأ « خاضع لمراقبته أو سلطته » أي لمراقبة الموظف أو سلطته ، وهو ما تقتضيه البداهة من النص ومن منطق العبارة كما يتأيد بالنص الاصلي لقانون العقوبات اللبناني الذي أخذ عنه قانوننا المذكور . (راجع شرح قانون العقوبات ، الدكتور عدنان الخطيب ج ١ ص ٩٧) .

او كمثل المادة ٣٢٨ من القانون المدني السوري المقابلة للمادة ٣٢٩ من القانون المصري حيث ورد في السوري خطأ « مايكلفه من تأمينات » بدلاً من الاصل المصري « مايكفله من تأمينات » الخ . . .

والى جانب الحالات القليلة في وضوح النص ، والحـــالات التي يكون في النص خطأ مادي أو معنوي يصلح ويصحح حكما ، فان تطبيق النصوص القانونية يوجب التفسير أي تحديد المعنى الحقيقي للنص وايجاد الحل المطابق له ، وذلك عندما تكون هـــذه النصوص معيبة أي مصابة بعيب من العيوب المختلفة التي تصيب النصوص القانونية عادة رغم أنه لا خطأ مادي أو معنوي فيها ، كما فصلناها من قبل . فكيف يتم تفسير هذه النصوص المعيبة ، ويستخلص مدلولها ؟.

٢ ـ أنواع التفسير

هناك اربعة سبل للتفسير لكل منها قيمته وأثره ، وهي من حيث قيمتها وقوتها ، وأثرها وأهميتها كما يأتي :

١ ـ التفسير التشريعي Interprétation législative

وهو التفسير الذى يصدر عن السلطة التشريعية التي أصدرت القانون نفسه . فإذا ماحدثت صعوبة ما في تطبيق القانون واتضح أن هناك ضرورة للايضاح ، فانمن حق المشرع ـ وربمـــا طلب إليه ذلك أحياناً ـ أن يصدر قانوناً تفسيرياً يوضح به ماأراد من القانون الغامض[1] . ولئن كان الاصل أن يعود الى صاحب القانون حق تفسير القانون بالدرجة الاولى ـ وقـد كان التفسير الرسمي حسب

(١) مثال ذلك القانون رقم ٣ تاريـخ ١١/٢٣/ ٩٥٤ المتضمن اضافة فقرة الى قانون الانتخابات العامة السابق تعتبر « محسنا القراءة والـكتابة من يحمل شهادة أو مصدقة رسمية تستلزم معرفة القراءة والـكتابة أو من نجح في امتحانات المرشحين او استحصل على حـكم قضائي من المحكمة المختصة باستيفائه شرائط الترشيـح » ... والذي نص في مادته الثانية صراحة ان نصه هذا تفسيري .

المبدأ الروماني المسمى « المرجع التشريع » Ref ere legislatif ، مقتصرا على المشرع أو من ينتدبه ـ فان مثل هذا التفسير أضحى قليلا ونادراً بعد أن كان سبيل التفسير الوحيد عند الرومان وفي القرون الوسطى ، وحتى اليوم في الكنيسة الكاثوليكية(١) ، حيث يتوقف القاضى عن البت في كل خلاف يتعلق بنص غير صريح حتى يأتيه التفسير التشريعى .

والتفسير التشريعي قوة القانون نفسه ، ويعد جزءاً من التشريع المفسر ، لايختلف عنه في الحكم والتطبيق وذلك منذ أن صدر القانون المفسر .

ويعتبر من التفسير التشريعي ، المراسيم أو التعليمات التفسيرية التي تصدرها غير السلطة التشريعية ، كالحكومة ، إذا كان قد فوض اليها ذلك من السلطة التشريعية نفسها ، كمثل قانون تنظيم الجامعات رقم ١٨٤ لعام ١٩٥٨ للجمهورية العربية المتحدة واللائحة التنفيذية الصادرة فيه برقم ١٩١١ لسنة ١٩٥٩ وكثير من القوانين الكثيرة الأخرى التي عطفت على اللوائح التنفيذية التي هي بمثابة الأنظمة الصادرة عن رئيس الجمهورية تنفيذاً للقانون وكجزء منه ، وحتى في بعض الحالات القرارات الوزارية التي يصدرها الوزراء بالأحكام الوقتية اللازمة للتنفيذ .

وفي كل الاحوال فان هذا التفسير له قوة التشريع نفسه وصفته ، وان كان دونه مرتبة .

ب التفسير القضائي Interpretatoin jurisprudentielle

وهو أن يقوم القضاء بتفسير نصوص القانون عند تطبيقها على الحوادث والخلافات المعروضة عليه ، وهو أكثر التفاسير شيوعا وأهمية . ولم يعد اليوم

---

(١) وهو ما أخذت به المجموعة الكنائسية Codex Juris Canonici ، تاريخ ٢٧ مايس ١٩١٧ . حيث حصرت حق التفسير بالمشرع . وأوجد البابا لجنة خاصة للتفسير (راجع الرمانجون ، نولد وولف ، المطول في مقارنة الحقوق ، عام ١٩٥٠ ، ج ١ ص ٦٦).

من يشك في أن « الحاكم يملك تأويل النصوص القانونية الغامضة المعنى ، متى وجدها بظاهرها غير مواتية للمصلحة التي وضعت لاجل تحقيقاتها[1] » .

والافضل للمشرع أن يترك إلى حكمه القضاة أو المحاكم ، بحكم وظيفتها وصلاتها المادية والمباشرة بالخلاف ، أن تقدر النصوص وتطبق أحكام القانون بطريقة عملية ، آخذة بعين الاعتبار الظروف المحيطة بالوقائع ، ومتمشية مع مقتضيات الحال وضرورات العدل ، فيكون تفسيرها اقرب للصواب وأدعى للمصلحة[2] .

ولعل من أبرز ما يمتاز به التفسير القضائي أنه يصدر بمناسبة خلاف واقعي فلا يكون التفسير غاية بل واسطة فيتأثر بالنتائج العملية ويطبع بالطابع العملي[3] .

ج - التفسير الفقهي Interpretation doctrioale

يقوم هذا التفسير على مايبديه الفقهاء وعلماء الحقوق واساتذتها من آراء وشروح ، وايضاح وتعليقات على نصوص القانون ، سواء في كتبهم ومؤلفاتهم أو في دروسهم ومقالاتهم ، كما سنرى في بحث الفقه. ومن خصائص هذا التفسير انه خلافاً للقضاء ، لايتناول حالات خاصة ولا يفسر القانون لواقعة شخصية ، وانما

---

(١) محكمة التمييز السورية قرار رقم ١٥ تاريخ ١٩٤٥/٢/١٧ منشور في مجلة نقابة المحامين بدمشق عام ١٩٤٨ ص ٣٤٠ .

(٢) راجع الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق نذة ١٢٣ ص ١٧٧ .

(٣) فلقد توصل القضاء الفرنسي مثلا عن طريق التفسير الى اصلاح كثير من أحكام القانون المدني الفرنسي القديم ومساعدتها على التطور لمماشاة حاجات المجتمع المتطوردة (راجع في ذلك : جني F . Geny طرق تفسير الحقوق الوضعية ومصادرها ٩١٩ ـ . دوباج H . De page تفسير القوانين ١٩٢٥ : كودمه E . Gaudemet تفسير القانون المدني في فرانسة منذ ١٩٠٤ الخ ...

يستخلص قواعد عامة غير مشخصة ، وربما تعاون مع التفسير القضائي ليكمله أو يعدله ، وجدير بالذكر انه إذا كان التفسير الاول إلزامياً كالقانون ، والتفسير الثاني مقيداً بالحالات والخلافات التي تناولها ، فان التفسير الفقهي نظري اختياري ليس له من سلطة وأثر سوى ما يتركه في نفوس رجال القانون من رغبة في حسن تطبيق القانون واحقاق الحق .

وقد كانت تغلب في الاصل على التفسير الفقهي الصبغة النظرية ، غير انه اخذ منذ زمن يتجه في استيحاء حلوله وجهة عملية ، متتبعا خطى القضاء ، دارساً أحكامه وتطبيقها على الحالات الواقعية ، متأثراً الى حد كبير بالنتائج التطبيقية لها[1] .

د - التفسير الاداري Interpretation administrative

وهناك تفسير رابع يذكره المؤلفون اضافة الى التفاسير الثلاثة السابقة وهو التفسير الاداري . فالادارة التي تلزم بتطبيق احكام القانون بواسطة عمالها وموظفيها ، ترى ضرورة في كثير من الاحيان ان تفسر لهم نصوص القانون وتوضحها عن طريق تعليمات وبلاغات تبعث بها إليهم ، ويكون الموظفون ملزمين باتباعها . الا أن مثل هذا التفسير لا قوة قانونية له على غير الموظفين وتبقى التعليمات والبلاغات الادارية غير مقيده للقاضي وغير ملزمة له بأكثر من القرارات الادارية العادية ، ولا تتعدى قيمتها رأيا شخصيا يستطيع القاضي أن يحكم بما يخالفها [2] .

---

(١) راجع الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ١٨٧ .

(٢) وقد أكدت المحكمة العليا في سورية بقراريها رقم ١٧١ و١٧٩ تاريخ ١٥/٤/٩٥٧ (منشوران في مجلة القانون لعام ١٩٥٨ ص ٢٩ ٣٠ و ص ٥٠) ان رأي ديوان المحاسبات في هيئته العامة فيما يتعلق بتفسير النصوص التشريعية ليس من شأنه احداث اي اثر اي مفعول حقوقي .

هذه هي أنواع تفسير القانون ، فما هي حالات طرقه ووسائله ؟

٣ ـ طرق تفسير القانون ووسائله

لقد رأينا ونحن نبحث في اساس الحقوق ان هناك مذاهب ونظريات متعددة في تحديد هذا الاساس ، وربما كان التفسير هو الميدان العملي الذي تظهر فيه هـــذه النظريات وتتصادم . ولذلك فمن الطبيعي ان تتعدد الآراء في التفسير منذ زمن طويل ، وان تكثر فيه المؤلفات ، بل لعل اثر اختلاف الآراء والمذاهب يظهر اكثر ما يظهر في معرض تفسير النصوص القانونية وتطبيقها . ويمكن القول ان هذه المذاهب تتأرجح بين نهايتين :

النهاية الاولى تفسر القانون بحسب ظاهره ونية المشرع واضعه فحسب ، دون جواز تعدي ذلك . والمذاهب التي تأخذ بهذه النظرية هي التي تعطي للقانون قيمة مطلقة ، او تجعل منه مصدراً واحداً للحقوق ولا تعترف على ماعداه . ويتمثل هذا الاتجاه بالمدرسة التقليدية الفرنسيه .

والنهـــاية الثانية هي ان تفسير القانون يجب ان يكون وفقا للحاجات الاجتماعية الحاضرة دون حاجة الى التمسك بنية المشرع وقت وضع القانون ، ويتمثل هـــذا الاتجاه بالمدرسة التاريخية التي تريد ان تفضل النص عن إرادة واضعه بمجرد صدوره .

وبين هاتين النهايتين توجد مذاهب وسطى لعلها اكثر قبولا ، ومقبولة عمليا اكثر من سواها ، ومن اهمها المدرسة العلمية للفقيه فرانسواجني F.Geny

ولا بد لنا قبل أن نتناول هذه المذاهب والاتجاهات بالبحث ، لننتهي منهـــا الى بيان ماتبناه القانون المدني السوري من هـــذه النظريات ، كما يبدو من نصوصه واتجاهاته ، فانه يحسن بنا ان نشير الى معاني التفسير المختلفة والصفات التي يتصف بها ، بحسب الطريقة المتبعة فيه .

مما لاشك فيه ان النصوص — حتى الواضحة منها — تستخلص معانيها ، من ألفاظها وعباراتها ، وصنعها ومعانيها . ومن الامور الثابتة منذ القديم ان العبرة في النص ليست للالفاظ والمباني ، أي لظاهر النص وحرفيته Sens litteral du texte وانما العبرة للمقاصد والمعاني التي قصد اليها النص L'esprit du texte ولو اخطأ في التعبير(١) .

فهناك اذن تفسيران أو صفتان للنص « صفة التقييد اللفظي او الحرفي ، وصفة المفهوم المعنوي او الروحي ، الذي يتعدى اللفظ الى الفحوى او المعنى في مفهوم النص ومدلوله .

ولقد نص قانوننا المدني في الفقرة الاولى للمادة الاولى انه« تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها»(٢). فأشار بذلك إلى الاخذ باللفظ والمعنى معا ، وسنرى الاتجاه الذي تبناه قانوننا المدني من مجمل نصوصه وأقواله .

ولا بد ان نشير كذلك الى ان المعنى المقصود من اللفظ في هـــذا الصدد هو المعنى الاصلاحي قبل المعنى اللغوي للكلمة او العبارة ذلك لأن الحقوق

---

(١) لقد نصت مجلة الاحكام العدلية في القاعدة الكلية الشهيرة (المادة ٢) ان « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني . ولهذا يجري حكم الرهن في البيع بالوفاء ». واذا ورد نص هذه المادة حول العقود ، فانه شامل كذلك للنصوص التشريعية ، وقد أسهب شارحو المجلة في بيان الفروق بين الالفاظ والمعاني وانواع المعاني الحقيقية والمجازية ، وقصد العاقدين أو الشارع منها (راجع الاستاذ المرحوم محمد سعيد المحاسني ،موجز في القانون المدني عام١٩٣٣ ج ١ ص ٢٣ . راجع كذلك ، الاستاذ سليم رستم باز ، شرح المجلة ، على المادة الثانية .

(٢) وقد جاء في المذكرة الايضاحية لهذه الفقرة : « ان النص متى خرج من يد واضعيه اتصل بالحياة وتفاعل معها ، واصبح للظروف الاجتماعية في تحديد نطاقه ومراميه شأن يجاوز في خطره تلك النية التي تقدم ذكرها » (مجموعة الاعمال التحضيرية ج ١ ص ١٨٧) .

تصطلح على معان للالفاظ قـــد لاتتفق تماماً مع المعنى اللغوي ، وربما اختلف المعنايان في ذلك . فالعبرة قبل كل شيء الى المعـــاني الاصطلاحية لا اللغوية للالفاظ الا اذا تبين ان الذى قصد إليه الشارع من استعمال اللفظ معناه اللغوي لاالاصطلاحي . كذلك اذا وجد للفظ واحد معنى حقيقي وآخر مجـازي فلا يصار الى المجاز الا اذاتعذرت الحقيقة او كانت غير مقصودة[1] .

أ ـــ المدرسة التقليدية للتفسير او المذهب التقليدي Docdtine classique

أولا ـ مبادىء هذا المذهب :

تتمثل الطريقة التقليدية بالمذهب الفرنسي الشهير المسمى مذهب التقيد بالنص اومذهب الشراح ، اومدرسة الشرح على المتون Ecole de l'exégèse[2] القائمة على إرادة المشرع ونيته وقت وضع القانون. وهي الطريقة التي سادت ، بلا منازع ، لدى

---

(١) راجع المادة ١٢ من المجلة ، وهي القاعدة الكلية القائلة : « الاصل في الكلام الحقيقية » اي لا يجوز حمل الكلام او اللفظ على معناه المجازي اذا امكن حمله على المعنى الحقيقي ولكن اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز .

(٢) مذهب التقيد بالنص او مدرسة الشرح على المتون كما يسميهـا المصريون Ecole exégétique ou de l'exégèse : مدرسة تألفت في فرانسة في اوائل القرن التاسع عشر ضامة ، اذا لم يكن جميـع فقهاء ذلك العصر ، فالاغلبية المطلقة منهم ، وقد عرفت بهذا الاسم لان فقهاءها كانوا يشرحون نصوص التشريع متناً متناً ، كما يفعل المفسرون في الكتب المقدسة . وهؤلاء الفقهاء متفقون جميعـاً على ان النصوص التشريعية قد تضمنت كل القواعد الحقوقية ، وحسب الفقيه ان يستعرض هذه النصوص ويفسرها حرفياً باخلاص وتجرد ليصل الى القواعد . واذا عجز عن الوصول الى هذه القواعد ، من النصوص ، فانما الذنب ذنبه ، والتقصير منـــه . لانـه لم يعرف ان يسلك السبيل السري لهـــا . ويعتبر من زعماء هذه المدرسة اوبري ورو Anbry et Rau ، بارتان Bartin ديمولومب Demolombe ، لوران Laurent بودري لاكانتيري Baudry - Lacantinerie ... وهؤلاء جميعـــا قد كتبوا شروحاً عظيمة للقانون المدني الفرنسي بعشرات المجلدات ما تزال حتى اليوم حجة يرجع اليها .

الفقهاء والقضاة في فرانسة اثر صدور القانون المدني وخـــلال ثلاثة ارباع القرن التاسع عشر ، ولاسيما فيما يتعلق بتطبيق القوانين المدنية . وفي الواقع ، ان من الطبيعي ان يعتقد الفقهـــاء والمؤلفون والمحاكم والقضاة ، على أثر مايصدر من قوانين جديدة مدروسة ، ولاسيما بعد ان كانت الحقوق عرفية وغير مقننة ، ان هذه القوانين والمجموعات جاءت محققة للغاية وقـد تضمنت كل شيء ، وانه حسب القاضي ان يرجع الى النصوص ويطبقها على ضوء ألفاظها وظاهرها ، وعندالاقتضاء ، العودة الى الاعمال التمهيدية والتحضيرية لها ليجد الحلول لـكل المسائل .

وعلى هـذا فان المباديء الرئيسية والاصلية لهـذه المدرسة وطريقتها هوانها اولا ، تعتبر القانون المصدر الوحيد للحقوق ، ولاتعرف غير نصوصه مصدراً ، حتى قال أحـــد فقائها بونيه Bugnet مرة « انني لا اعرف الحقوق المدنيـة وإنمـــا أدرس قانون نابليون » . وكما يقول ديمولب Demolomde كبير فقهائها :« ان شعاري وملتي التي اؤمن بها هي النصوص قبل كل شيء . . . »

والمبدأ المنطقي الثاني هو ان العبرة في النصوص الى نية الشارع وما أراده صراحة او ضمناً ، فاذا كانت نصوص التشريع تشتمل على كل القواعد الحقوقية ، فان تفسير هذه النصوص يجب ان يتم بالتحري عن هـذه النية الحقيقية ، ظاهرة كانت او ضمنية (ويطلق بعضهم على الضمنية عبـــارة « المفترضة » أي المفترضة عند المشرع) وقت ان وضع التشريع ، لابنيته المحتملة وقت تطبيق التشريع (أي لو تصورناه يضع التشريع حـين التطبيق) ، وإذا تطورت الظروف الاجتماعية بحيث اصبحت نية المشرع الحقيقية لاتتمشى مع هـــذه الظروف ، فلا يجوز للقاضي ان يعمد الى نية اخرى محتملة ، ينسبها الى المشرع ، ولو أنه وضع التشريـع في الوقت الذي يطبق فيه ، بل يجب عليه ان يظل اميناً على النية الحقيقية للمشرع وقت الوضع . ذلـكم لان عـدم التقيد بارادة الشارع حـين وضع القانون تؤدي في رأي اصحاب النظرية الى الكيفية والتحـكم ، والى فقدان

مزايا القـــانون إذ من الصعب معرفة النيات التقديرية ، ولاسيما المحتملة منها التي تبتكر ابتـكاراً ، ومن العسير اتفاق الناس عليها ، وسرعان مايختلف القضاة في تحديدها ، كل بحسب منطقه وهواه ، فضلا عن ان التقيد بادارة الشارع الحقيقية، اكثر احتراماً للتشريع ، وادعى الى تحقيق الغاية منه ، بعكس عدم التقيد الذي يخلق الفوضى والاضطراب .

واذ لم تكن النية الحقيقية واضحة وضوحاً كافياً ، فان مدرسة الشرح تلجأ الى النية الضمنية او المفترضة عند المشرع حين وضع القانون لتبقى امينة على مبدأها وتستخلص هذه النية من روح التشريع ومن تقاليد القانون(١) .

وفي كل الاحوال فان هذه النية الضمنية او المفترضة حقيقية لامحتملة ، ولمثل هذا التفريق بين النية الحقيقية صريحة او ضمنية وبين النية المحتملة ، اهمية كبرى في نظر مدرسة الشرح ، لان الثانية اي المحتملة لايجوز اعتبارها والعمل بها ، على العكس من نية المشرع الحقيقية او الضمنية ، تلك التي تسعى اليهـــا مدرسة الشرح او مذهب التقيد بالنص وتجري على مقتضاها حتى يكون القانون وحـــده مصدراً للحقوق .

وعلى هذا فان تفسير القانون بحسب هذه النظرية هو التقيد به والتعلق باهدابه كما ورد حين ورد . ولكن ماهي الطرق العملية التي تتبـع في التفسير للوصول الى ارادة المشرع ونيته .

---

(١) مثال ذلك في النظام الجهازي في الحقوق الفرنسية regime dotal ، وهو النظام الذي بموجبه تقدم الزوجة مهراً ويمكن ان يكون عقاراً اومالا منقولا ، يخصص للانفاق على الحياة الزوجية ، وتبقى الاموال الاخرى للزوجة ملـكا مستقلا لها خلافاً للمهر المذكور فقد نص القانون الفرنسي (المادة ١٥٥٤) ان العقارات التي تعطى كمهر ، غير قابلة للفراغ او التامين طيلة الزواج لامن قبل الزوجة، ولامن قبلها معاً ، ماعدا استثناءات خاصة . . قالوا ان المشرع بقوله العقارات وقصره على العقارات ، يفترض انه قد قصد اقصاء المنقولات عن هذا الحـكم . وبدوا هذا القول منطقياً وطبيعياً لايقبل الشك .

ثانياً ــ طرق التفسير ووسائله

في الاحوال التي يكون النص ناقصاً او غامضاً او متناقضاً مع آخر لا يمكن أن تتبين حقيقته من سياق الكلم وظواهره كما أشرنا من قبل ، فما هي الطرق التي يسلكها القاضي في التفسير ؟ فرقوا بحسب المدرسة التقليدية بين الطرق الداخلية والطرق الخارجية .

١ ــ الطرق الداخلية

وهي السبل التي يلجأ اليها القاضي للاستدلال على المعنى المقصود بدراسة النص نفسه ، وبالنسبة للنصوص الاخرى ، وفي نفس القانون او في غيره من القوانين بطريق القياس اي الموازنة او المفاضلة او ما الى ذلك ، مما يسمح باستخلاص الحكم المطلوب . واهم هذه الطرق الداخلية :

أ ــ الاستنتاج بطريق القياس Raisonnement par analogie, ou a pari

ويسمونه أحياناً القياس بالتساوي او بالتشابه ويطلق عليه فقهاء الاسلام اسم « مفهوم الموافقة » وهو ان يستنبط المفسر حكماً غير منصوص عليه بالقياس على حكم منصوص عليه لجامع العلة واتحادها في الحالتين . فيفترض وجود نص تدل عبارته على حكم في واقعة أوامر لعلة اقتضت هذا الحكم ثم وجود واقعة اخرى غير منصوص على حكمها تساوي تلك الواقعة في علة الحكم[1] . مثلا حالة النص الناقص او الساكت ، كنص المادة ٥١٢ من قانون أصول

---

(١) راجع الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ١٨٤ .

المحاكمات المشار اليه قبلا[1] ، فان اقتصار النص على حالات عدم اتفاق الخصوم على المحكمين ، او امتناع واحد او اكثر من المحكمين المتفق عليهم على العمل ، او اعتزاله له ، او عزله منه مع وجود شرط التحكيم في العقد ، دون الاشارة الى حالة ما اذا لم يقدم المحكمون تقريرهم خلال الميعاد المحدد لهم ، وسكوت المشرع عن ذلك ، لم يمنع القضاء من القياس على الحالات المنصوص عليها وذهابه الى تعيين محكمين جدد عندما ينقضي الميعاد المحدد للتحكيم دون تقديم المحكمين لتقريرهم قياساً على حالة الامتناع عن العمل او الأعتزال ، لوحدة العلة بين الامرين هذه الوحدة التي توجب نفس الحكم[2] .

كذلك يمكن بطريق هذا القياس ان نفسر حكم المادة ٢١٦ مدني سوري بأنها تشمل في الزام المدين بالتعويض حالة عدم جدوى التنفيذ العيني لوحدة العلة مع حالة استحالة هذا التنفيذ ، وأسوة به .

الاستنتاج من باب اولى Raisonnement a fortiori

او القياس بطريق الافضلية او الاولوية ، وهوان تكون هنالك حالة منصوص على حكمها ، وتكون علة الحكم فيها اكثر توافراً في حالة اخرى غير منصوص على الحكم فيها ، فينسحب الحكم في الحالة المنصوص عليها على الحالة غير المنصوص عليها لأن ذلك من باب أولى . ومن المبادىء المعروفة في الحقوق ، « ان من يستطيع الاكثر يستطيع الأقل » qui peut le plus peut le moins (او من يستطيع الأشد يستطيع الأخف ، والكل يشمل البعض الخ . .) وبناء على ذلك لوفرضنا مثلا ان القانون ورد بالاعفاء من العقوبة لمن يقتل في حالة الدفاع عن النفس او

---

(١) راجع ماسبق ص ٢٤٤ .

(٢) راجع قرار المحكمة الجزئية الثانية بدمشق تاريخ ٧/١٧ ٩٦٠ رقم أساس ٦٢٥٨ (غير منشور) .

العرض ، فان حكمه هذا يطبق على من يجرح او يؤذي في وضع مماثل دون ان يقتل ، لأن من يعفي في حالة القتل فمن باب اولى ان يعفى في حالة الجرح او الايذاء اذا ما كانت عناصر الاعفاء المطلوبة في القتل متوافرة فيها (١) .

كذلك مثلا ما جاء في المادة ٩٤ من المرسوم التشريعي رقم ٨٠ التي تنص « لايجوز لأحد من قضاة الحكم او النيابة ان يكمل النصاب أو يمثل الحق العام في قضية بينه وبين أحد المحامين المترافعين فيها مصاهرة او قرابة من الدرجة الرابعة ومادون » فبالأحرى انه لايجوز للوكيل المحامي الذي يصبح قاضياً ان ينظر بنفس الدعوى التي كان فيها وكيلا(٢) .

كذلك المادة ١٣٢ من القانون المدني « يجوز ان يكون موضوع الالتزام شيئاً مستقبلا » ومن باب اولى أن يكون حالياً وموجوداً .

ومن أبرز الأمثلة التي يذكرها فقهاء الاسلام عن هذا النوع من القياس الآية الكريمة : « ولاتقل لهما أف ولا تنهرهما . » بصدد معاملة الولد للوالدين فمن باب أولى أن لايضربهما ، الى آخره ...

ح — الاستنتاج بالمفهوم المخالف Raisonnemet a contrario

وهو أن نعطي حالة غير منصوص عليها حكماً يكون عكس الحكم في حالة منصوص عليها لاختلاف العلة في الحالتين ، أو لأن الحالة المنصوص عليها وضع خاص يدل على تخصيصها بذلك الحكم دون جواز سريانه على الحالات الاخرى المشابهة . فيفترض وجود نص على حكم لعلة معينة او لقيد او ناحية خاصة ، بحيث نستدل منه من خلاف هذا الحكم عند اختلاف العلة او انتفاء القيد او الناحية الخاصة

---

(١) كما كان الامر في قانون الجزاء العثماني ، قبل قانون العقوبات الجديد .

(٢) بلاغ وزارة العدلية تاريخ آذار ١٩٥٢ .

التي ورد عليها النص[1] . مثلا المادة ٣٩٣ من القانون المدني قالت « اذا بيع عقار مملوك لشخص لاتتوافر فيه الاهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع ان يطلب تكملة الثمن الى اربعة اخماس ثمن المثل . . فالمفهوم المخالف لهذا النص انه لايحق للبائع طلب فسخ البيع واسترداد المبيع وانما حقه قاصر على طلب الثمن . كما وان المفهوم المخالف لحالة خاصه استثنائية كهذه ، تتعلق بشخص لاتتوافر فيه الاهلية ، يعني أنها لاتنطبق على غيره .

ويمكن أن نعتبر كذلك مانصت عليه المادة ٨ من القانون المدني القائلة : « تسري أحكام القانون الجديد على كل تقادم لم يكتمل » فيكون المفهوم المخالف لهذا النص ان القانون الجديد لايسري إذا اكتمل التقادم . وربما صح ان نقول في نص المادة ٧٤٤ فقرة اولى « يجوز الكفالة في الدين المستقبل اذا حدد مقدماً المبلغ المكفول » مايفيد عدم جواز الكفالة اذا لم يحدد المبلغ المكفول .

كذلك مثلا مانصت عليه المادة ١٠٤ من القانون المدني حيث قالت :

« ١ — دفع العربون وقت ابرام العقد يعتبر ان لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه اذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

٢ — فاذا عدل من دفع العربون فقده ، وان عدل من قبضه رد ضعفه .

---

(١) ويذكر الأصوليون في الفقه الاسلامي ان اكثر الشافعية والمالكية قد اخذوا بحكم المفهوم المخالف للاستدلال على الاحكام غير المنصوص عليها ، في حين ان اكثر الحنفية لم يجيزوا الاخذ به ، ولم يعتبروا المفهوم المخالف المسكوت عنه بالنص له حكم مخالف للنص ، بل يجب التعرف على حكمه من أي دليل شرعي آخر غير النص (راجع الاستاذ عبد الوهاب خلاف كتاب اصول الفقه عام ١٩٤٢ ص ١١٦ ؛ راجع كذلك الدكتور معروف الدواليبي ، المدخل الى علم اصول الفقه ، ولاسيما ص . ٣٤ — ٣٤١) .

هذا ولم يترتب على العدول أي ضرر » ، فصريح من هـــذا النص ان فقدان العربون اورده يتوجب ، ولو لم يحصل للمتعاقد الآخر أي ضرر من الرجوع ، وان المفهوم المخالف يؤدي الى انه يجوز مطالبة العاقد الناكل ، خلافاً للعربون، بالتعويضات والعطل والضرر اذا نجم عن النكول ضرر .

ومثل هذا كذلك ماورد بالمادة ٩٤ من القانون المدني التي نصت « اذا عين ميعاد للقبول ، التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى ان ينقضي هذا الميعاد » . فالمفهوم الايجابي ، او الحكم المستفاد من هذا النص هو عدم جواز العدول عن ايجاب الموجب خلال ميعاد القبول . واما المفهوم العكسي او المخالف فهو جواز العدول اذا ما انقضى ميعاد القبول او لم يعين في الايجاب ميعاد للقبول .

كذلك ماجاء بالمادة ٤٠٥ التي قضت انه : « اذا هلك المبيع قبل التسليم .. انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن » . أما اذا هلك المبيع بعد التسليم فان الحكم ، بالمفهوم المخالف هو عكس الحكم المنصوص عليه أي عدم انفساخ البيع واسترداد الثمن . الخ ...

على ان كثيراً من الفقهاء والاصوليين يرفضون الاستدلال بالمفهوم المخالف ولا يستحسنونه باعتبار أنه « كثير الخطورة . ولان حكم المنطوق — أي حكم النص — قد يكون وارداً على سبيل التمثيل ، اواشارة الى حكمة خاصة لا يتوافر عكسها في المفهوم المخالف فلا يصح الأخذ به . »[1] وان الشراح ينبهون دوماً الى وجوب الاحتراس الشديد في الاستدلال بطريق مفهوم المخالفة[2] .

---

(١) الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ١٨٦ .

(٢) ويمكن ان نذكر من الامثلة على عدم الاخذ بمفهوم المخالفة نص المادة ٣٨٩ مدني التي تبحث في البيع بشرط التجربة وتعتبره معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع ، فلا يصح ان يفهم منها ان البيع على أي شرط آخر ، كشرط المذاق مثلا أو شرط الرؤية ، يكون =

على ان القياس الداخلي بأشكاله المختلفة هذه سواء بمفاهيم الموافقة ، وخصوصاً بمفهوم المخالفة ، يجب ان يراعى فيه روح النص ، وغاية المشرع والمصلحة والمنطق ؛ وان من أدق هذه المبادىء في التفسير ، القواعد المتعددة التي يكون القياس بحسبها واسعاً أو ضيقاً ، وفقاً للظروف والقوعد الحقوقية العامة .

مثلا في قانون اصول المحاكمات الحقوقية السابق ، نصت المادة ٤٣ على جواز رد القضاة لاسباب عددتها ، ومن بين هذه الاسباب القرابة والعداوة بين القاضي وأحد الطرفين . وكذلك نصت المادة ٦٤ من المرسوم التشريعي رقم ٨٠ الملغى : انه لايجوز للقاضي ان يحكم في قضية بينه وبين أحد المحامين المترافعين فيها قرابة الى الدرجة الرابعة . وقد رفضت محكمة التمييز السورية ان تقيس على هذه الحالة العداوة بين القاضي ومحامي أحد الطرفين ، رغم ان النص كان يمنع القاضي من الحكم عندما يكون المحامي قريباً له حتى الدرجة الرابعة ، وحجتها في ذلك ان اسباب رد القضاة المنصوص عليها في المادة ٦٢ المذكورة وانما وردت لاعلى سبيل المثال بل على سبيل الحصر ، ولايستثنى من هذا المبدأ الا مايستند الى نص القانون او الى قاعدة من النظام العام . وان القاعدة الاصلية في النظام القضائي السوري هي انه لايجوز لأحد المتقاضين أن يؤثر بمحض ارادته في

= بيعاً باتاً ولايعتبر معلقاً على شرط واقف .

كذلك المادة ٥٩٨ من القانون المدني التي تنص على انه لاتصح اجارة الوقوف بالغبن الفاحش الا اذا كان المؤجر هو المستحق الوحيد الذي له ولاية التصرف في الوقف ، فتجوز اجارته بالغبن الفاحش في حق نفسه لا في حق من يليه من المستحقين ، فان حكم مفهومها المخالف بطلان اجارة الوقف التي تصدر بغبن فاحش من ناظر ليس هو المستحق الوحيد ، ولكن الواقع ان المشرع لم يقصد حكم البطلان في هذه الحالة ، وانما قصد ان الاجارة تكون صحيحة على ان يلزم المستأجر بتكملة الاجرة الى اجر المثل . ويتضح ذلك من مراجعة الاعمال التحضيرية) ، (راجع الدكتور سليمان مرقس . المرجع السابق ، ص ١٨٧) .

تشكيل القضاء[1] .

كذلك لايجوز التوسع في تفسير القوانين الاستثنائية ، بـــل يجب التقيد بها ضمن حدود الاستثناء . وتطبيقاً لذلك فقد رأت بعض المحاكم انه « لايتوجب حضور المؤجر الى موطن المستأجر ومطالبته بالبدل ، لان قانون الايجار القاضي بالتمديد استثنائي ، ولايجوز التوسع بتفسيره باعتبار ان القواعد الخاصة لاتفرض على المؤجر سوى ارسال الانذار بكتاب مضمون[2] » . او بتعبير آخر يجب للاستدلال بالنصوص عن طريق المقايسة والاستنتاج أن تكون المقايسة ممكنة من حيث التحقق من وجود التشابه اوالتنافر في العلة للقول باتحاد الحـكم او اختلافه من جهة ، و من جهة اخرى ان لا يكون حكم الحالة المنصوص عليها حكما استثنائياً ، لايجوز القياس عليه ، لانه كان الحـكم وارداً على خلاف القياس – أي خلافاً للقاعدة الاصلية واستثناءاً منها – فإن من المبادىء العامة ان « ماورد على خلاف القياس فغيره عليه لايقاس »[3] (المادة ١٥ من المجلة).

وهكذا فان المفسر اوالشارع يلجأ قبل كل شيء الى هذه الطرق الداخلية

---

(١) بحيث يستطيـع كل محام ان يجعل بينه وبين القاضي العداوة ثم يقبل كل وكالة لرد القاضي من الدعوى (محكمة التمييز السورية ، قرار رقم ١٠٦ تاريخ ٩٤٩/١١/٢٦ ، مجلة القانون سنة ٩٥٠ ع ١ ص ٤) .

(٢) محكمة بيروت الاستئنافية رقم ٩٦١ تاريخ ٩٤٦/١١/٦٣ ورقم ٩١١ تاريخ ٩٤٧/١٢/٢٦ ... ، منشور في مجموعة شاهين حاتم ، ج ١ ص ٥ .

(٣) راجع الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٢٠٥ .

وقد اكد اكثر فقهاء الغرب ، ولاسيا المحافظون منهم ، عدم جواز التوسع في هـذا القياس ، في كل مرة ينجم عنه خروج عن غاية المشرع وقصده من النصوص ، او خلق قواعد مخالفة لروح التشريـع (راجع ، كابيتان ، المدخل لدراسة الحقوق ، ص ١١٠ ؛ دلفـكيو ، مجموعة مصادر الحقوق الوضعيه ، على شرف الاستاذ جني ، ج ٢ ص ٧١) .

ليتأكد من معنى النص وشموله وحدوده ، ضمن القيود السابقة الذكر ، و لكنه قد لايجد في النص ذاته او في النصوص نفسها مايشفي غليله فيعود الى الطرق الخارجيـــة .

٢ — الطرق الخارجية

هي الرجوع الى عناصر وحجج خارجة عن النص والقانون ذاته ، لاستخلاص نية المشرع منها . وهذه الطرق الخارجية هي التي تختلف فيهـــا المذاهب وتتباين فيها المدارس اكثر من الطرق الداخلية . وابرز هذه الطرق بحسب النظرية التقليدية مايأتي :

أ — حكمة القانون وغايته

ذلك ان المفسر عندما يريد ان يتحرى عن ارادة المشرّع ونيته ليعرف حقيقه النص ومعناه ، فانه يرجع الى الغاية من النص او القانون ، الى العلة التي حدت بالمشرع لوضع الحكم ، ويفسر النص على ضوء هذه العلة . مثلا في قانون الايجار الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ١١١ وتاريخ ٩٥٢/٢/١١ نص على اخلاء المأجور اذا لم يقم المستأجر بأداء الاجور المستحقة الى المؤجر خلال ١٠ ايام من انذاره بالدفع . فاذا جرى هذا الدفع من المستأجر خلال المدة ، ولكن المستأجر تعمد عدم ارسال قسيمة الدفع الى المؤجر اوتعمد عدم وصولها يكون قد قصر حسب غايه الشارع وحكمة التشريع أما اذا اخطأ في عنوان المؤجر فلم تصله الاجرة زمناً طويلا ، فان غاية القانون من هذه المدة والدفع خلالها الى المؤجر ، تكون قد توافرت ؛ فاذا انتفى قصد الاشارة الى غاية المشرع وحكمة التشريع نفياً جازماً ، وزلت فرضية القانون باعتبار التقصير او استثمار النصوص ، كان التفسير يستوحي من الغاية والحكمة ليقول بعدم التقصير . كذلك نصت كثير من قوانين الجزاء والعقوبات على الاجرام (ليلا) ،

ومفهوم الليل الظلام لا الساعة والوقت[1] .

ويذهب الفقهاء والقضاة الى القول ان لا محل للاستعانة بحكمة التشريع ، وغاية القانون اذا كان النص سليماً غير معيب بغموض او لبس [2] فاذا كان صريحاً لا يكون هناك مايدعو الى التفسير أصلا ، ومن ثم الى التفتيش عن الحكمة أو الغاية من النص .

ب — السوابق التاريخية او المصدر التاريخي précédents historiques

يرجع المفسر ليتبين حقيقة قصد المشرع في حالة غموض النص اواعتلاله بعيب ما ، الى ماسبق القانون من تطبيق وتعامل لا يتنافى معه ، لاسيما اذا بدا ان القانون قد استوحى حلوله منها .

ويذكر المؤلفون ان الفقه والقضاء الفرنسيين كثيراً ما كانا يرجعان الى الحقوق الفرنسية القديمة ، عرفية أو قانونية ، وحتى الحقوق الرومانية .

وبالنظر لان الشريعة الاسلامية في مصر كما هي عندنا ، تعتبر مصدراً تاريخياً لحقوقنا وقوانيننا الى جانب القانون الفرنسي ، فقد أخذ الفقه والقضاء في مصر بهذا المصدر كما حدث مثلا في بحث الشفعة في القانون المصري السابق من حيث عدم قابليتها للارث ؛ فقد أخذ القضاء المصري ، سابقاً ، قبل القانون الحالي ، واجتهد بذلك استناداً الى المصدر التاريخي ، بعدم انتقال حق الشفعة بالارث ودون وجود نص بذلك[3] .

---

(١) راجع المادة ٦٢٢ من قانون العقوبات السوري .

(٢) راجع الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٢٠١ وقد قضت محكمة النقض والابرام المصرية بتاريخ اول مايو ١٩٤١ صراحة انه « متى كانت نصوص القانون واضحة جلية المعنى فلا مقتضى للبحث عن حكمة التشريع ودواعيه ... » (عن مرقس المرجع السابق) .

(٣) عن السنهوري وابو ستيت ، المرجع السابق ص ٢٥١ . وقل مثل ذلك بالنسبة لبيع المريض مرض الموت وبيع المحصولات المستقبلة الخ ... (راجع الدكتور مرقس المرجع السابق ، ص ١٩٩) .

هـ — العادات Us et usages

وهي كما سنرى بعد قليل غير الاعراف التي تشكل بنفسها مصدراً للحقوق، ولكنها مع الاعراف من الطرق الخارجية التي تستعمل في تفسير النصوص واستخلاص مقاصدها ومراميها .

وقد أخذ قانوننا المدني بهذا المبدأ في تفسير العقود — على اعتبار ان العقد شريعة المتعاقدين — فنص في المادة ١٥١ انه : — اذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتعاقدين .

٢ — اما اذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي ان يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات .

وهـــذا النص اذا ورد في القانون بمعرض تفسير العقد فانه ينطبق بتمامه في معرض تفسير القانون نفسه كما سنرى .

و — الاعمال التحضيرية Travaux preparatoires

تشمل « الاعمال التحضيرية » كل ماجرى من أعمال سبقت صدور القانون او النص المراد تفسيره وحتى هذا الصدور ، فيدخل في ذلك الاقتراح بسن القانون وما تضمنه من اسباب موجبة او مذكرة ايضاحية Exposé des motifs ثم مشروع القانون ومادار حوله من مذاكرات في اللجان ، او مناقشات في المجـــالس ، او مقترحات في التعديل او اقوال عند التصويت الخ . . مما يثبت عادة في محاضر جلسات هذه المجالس واعمال اللجان . وللاعمال التحضيرية هذه ، بالنسبة لتفسير القانون حسب النظرية التقليدية ومدرسة الشرح ، شأن كبير

جداً ، إذ منها يمكن التعرف الى نية المشرع ، ولماذا وضع هذا اللفظ ، وكيف كان في المشروع الأصلي ولماذا بدل ، فيفسر على ضوئها الابهام في اللفظ أو النقص في النص أو التناقض في الظاهر ، بل ربما كان الرجوع الى هذه الاعمال من أفضل الوسائل كذلك للتعرف على نية الشارع فيما لم ينص عليه . ولايخلو قانون من القوانين ولاسيما كالقانون المدني أو التجاري أو العقوبات الخ ... من لائحة الاسباب الموجبة أو المذكرة الايضاحية ، يذكر فيها كثير من الاسباب والدوافع لوضعها ، والطرق التي سير عليها ، والغاية التي توخيت منها .

وتعتبر الاعمال التحضيرية بالنسبة لمدرسة الشرح أهم الطرق الخارجية في تفسير القانون ، لانها توضح بشكل صريح جازم نية المشرع وارادته التي تتحراها المدرسة المذكورة في التفسير . وأي سبيل أفضل من أقوال المشرع في معرض الموضوع المفسر ، توضح مايطلب توضيحه ، وتظهر نيته فيما غمض أو حذف ؟

وقد اهتم الغربيون ـ والفرنسيون خاصة ـ بهذه الاعمال التحضيرية ، «فاستغلت بالنسبة للتقنينات الفرنسية الى أكبر حد في التطبيق » . وحذت حذوها سورية ومصر في تشريعاتها الحديثة (١) فكاننا في أكثر التشريعات الجديدة تنشران معها مذكرة ايضاحية تشيران فيها الى أسباب اصدار التشريع وما يتعلق بها من أمور وأحوال توضح غاية المشرع وتساعد على فهم النصوص وتطبيقها .

ومع ذلك فان الفقه والقضاء فرقا في الاعمال التحضيرية بين الاراء الشخصية

---

(١) راجع الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ١٩٦ . وقد جمعت وزارة العدل المصرية الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصرى الجديد ، ونشرتها في سبعة اجزاء تضمنت المشروع التمهيدي والمذكرة الايضاحية المطولة مع الاشارة الى احكام المحاكم ، والشرائع الأجنبية وملاحظات لجنة المراجعة ، ومناقشات اللجان في المجلسين الخ ..

التي يمكن أن تتضمنها المذكرة الايضاحية لواضعها أو لعضو في هيأتها ، والتي يجب أن لاتؤخذ دليلا على نية المشرع ، وبين مجموع الاعمال التحضيرية المتعلقة بتشريع معين التي كان التشريع نتيجتها النهائية ، ويصح اعتباره معبراً عنها (١) .

هذه هي الطرق المتبعة في التفسير منذ نحو قرن ونصف القرن ولكن قيمة هذه النظرية في التفسير لم تعد مطلقة كما كانت في أوائل القرن التاسع عشر ، ولعل من الواجب أن نشير بايجاز ان الانتقادات التي وجهت اليها ، وهي انتقادات المدرسة التاريخية والاجتماعية ، ومذهب المدرسة العلمية الحديثة ، لتنتهي بعد الى بيان طرق التفسير في قانوننا المدني ، ونظامنا الحقوقي الحاضر .

٣ - انتقاد النظرية التقليدية

يؤخذ على هذه النظرية التقليدية في التفسير أنها ضيقة جداً عندما زعمت أنها تتحرى عن ارادة المشروع ونيته ، ولاتقبل بسواها مبدأ للتفسير . لاشك أن التحري عن نية واضع القانون وإرادته لتفسيرها ما أراد من لفظه ، أمر مشروع ومعقول ، ولكن الطرق الضيقة والمقاييس الشديدة التي اتبعت للوصول الى هذه الغاية قد خرجت بالمفسر ، سعياً وراء نية أو ارادة موهومة ، بعيداً عن الغاية المرجوة من القانون في احقاق الحق واقامة العدل .

وفي الحقيقة أن هذا المبدأ يفترض وجود نية أو ارادة عند المشرع ، ولعلها غير موجودة أبداً ، لأن المشرع هو - في المجالس النيابية والانظمة البرلمانية - هذا الخليط من الناس الذين لا ارادة واحدة لهم بل لكل منهم ارادة ونية قائمة

---

(١) راجع الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ١٩٧ ، والامثلة الواردة فيه . حتى ذهب بعض المؤلفين الفرنسيين بتفصيل خطة الفقه والقضاء الانكليزي بعدم جواز الرجوع في تفسير النصوص القانونية الى الاعمال التحضيرية التي سبقتها (كابيتان ، في مجموعة جنى السابقة ج ٢ ص ٢٠٤ ...) .

بنفسه ، لايمكن القول انها ارادة المشرع ونيته ، فضلا عما بينها من التناقض . وما الاعمال التحضيرية ، في اكثرها ، الا مجموع أقوال متناقضة وآراء مختلفة تؤكد أن ليس هناك نية واحدة أو نية معينة للمشرع . ولم تقتصر هذه المدرسة على النية الظاهرة — على النية الموجودة — بل تعدتها الى ماسمته النية المفترضة الضمنية ، عن طريق المقايسة والمقابلة ، بما يؤدي الى افتراض أمور لم تخطر على بال المشرع ، أو لعله لو سئل عنها لأراد العكس ، لكنهم ينسبونها اليه ويسمونها نية الشارع . ولو كان الامر يقف عند هذا الحد لكان بسيطاً مغفوراً ، ولكنه يتعدى ذلك الى التقيد بنية المشرع ، موجودة أو مفروضة ، والعمل على تطبيقها بتقييد وأمانة ، ولو مر على ذلك قرن . مما يقضي على تطور الحقوق ويخالف الغاية من القانون ؛ بل مما يؤدي الى ظلم واجحاف وجمود . ولذلك قامت النظرية الثانية ، مستمدة من النظرية التاريخية والاتجاهات الاجتماعية التطورية ، ثائرة ضد نية المشرع وارادته .

د ـ المذهب التاريخي والاتجاهات الاجتماعية : Ecole historique

المدرسة التاريخية الالمانية كما عرفنا ، تقاوم مدرسة الشرح على المتون الفرنسية ، فتقيدها بالقانون ونصوصه بصورة عامة ، وهي تخالفها على خط مستقيم وبصورة خاصة فيما يعود لتفسير القانون سعياً وراء ارادة المشرع أو نيته ، هذه النية الوهمية . ذلك لأن اصحاب هذه النظرية يرون في الحقوق انتاجاً متواصلا للمجتمع البشري كما رأينا ، وكل قانون ليس سوى تعبير موقت للقواعد الحقوقية حسبما يقتضيها الوسط الاجتماعي . ومنذ أن يصدر القانون لا يبقى بينه وبين نية مصدره صلة ، ومن المحتمل أن يستمر القانون على السنين ومن الممكن ان يحتمل بنتيجة التطور ، معان جديدة يكيف بموجبها مع المحيط الجديد ، ولذلك فان الامر الذي يهمنا لايجب أن يكون نية المشرع أو

ارادة واضع القانون . وانمـــا الذي يجب ان يهمنا ضرورات الحياة الاجتماعية ومقتضاياتها . وإرادة المشرع ليست في الاصل الا ترجمة هذه الحاجات . وبما ان الحياة الاجتماعية بتطور مستمر ، فليس ثمة مايحيز الارتباط والخضوع الى ارادة قديمة او نية عتيقة للمشرع . وبتعبير آخر وبالاستناد الى هذا المبدأ ، فان المفسر ، القاضي او رجل القانون ، يستطيع بحسب هذه النظرية ان يساير تطور الحياة ، وتطور الحقوق معها ، دون حاجة إلى تعديل متواصل ومستمر في التشريع . ومن هذا الرأي الفقيه « سالي Saleilles » حيث كان يقول : من القانون المدني ، الى ماوراء القانون المدني , par le Code civil au delâ du Code civil[1].

الا ان هذه النظرية على اطلاقها خطرة وغير مقبولة لانهـــا تبعد عن التفسير كل اساس قانوني وتفقده قواعد التفسير نفسها ، حيث لاتبقي للقانون أية قيمة حقيقية ، وتغدو قيمة القانون مجرد مايراه القاضي حسب رغباته من معان ومفاهيم يعتقد انهـــا من مقتضيات الحاجة الاجتماعية غير مقيدة بقيد ، فيوجد القانون ويحوره باسم تفسير القانون . ويقول الاستاذ Geny « انه لا يبقى ثمة اساس صحيح لتفسير القانون مادام القاضي يستخدم هـــذا النص ليصل الى غير ما أراد النص . . ومعنى ذلك ان القضاء يصبح هو المصدر الحقيقي الاول للحقوق بدلا عن القانون ، وتفقد الحقوق عنصراً اساسياً من عناصر الاستقرار والثبات واليقين ، التي حملها على التقنين ، لتتعرض لاراء القضاء الكيفية .

٥ ـ النظرية العلمية Ecole scientifique او مذهب العلم والصياغة

أمام هذه الانتقادات للمذهبين المتعارضين فقد قامت بين النظريتين التاريخية والتقليدية ، مدرسة سميت بالمدرسة العلمية وزعيمها الفقيه جني François Geny

---

(١) وهو الرأي السائد في المانيا وانكلترا بوجوب تفسير النص كما يفهم منه يوم تطبيقه دون حاجة الى الرجوع للاعمال التحضيرية للتحري عن نية المشرع ، بل يجب اعتبار النص قائماً بذاته وتفسيره بحسب الحاجة والمصلحة .

والطريقة العلمية في التفسير لا تتجاهل ارادة الشارع ونيته ، بل على العكس توجب على المفسر أن يحترم هذه الارادة مادامت ظاهره أو ممكنة المعرفة حتى ولو كانت ضمنية أو مفترضة ، وما دامت حقيقة أو مفروضة فعلا ، كما توجب الرجوع الى العرف حين فقدان النص . وأما في الحالات الجديدة التي لانص فيها ولا عرف ، ولو من طريق القياس ، فان تفسير نص جديد يجب أن يتم في بادىء أمره بالتقيد بارادة المشرع والتحري عن نيته . أما اذا كانت هذه الارادة غير صريحة ولاممكنة المعرفه ، أو كانت الوقائع والحوادث قد تبدلت رأساً على عقب . بسبب كونها لم تخطر على بال المشرع ولم يتناولها بالبحث ، فان مهمة المفسر كما يقترح « جني » هي أن يلجأ الى ما أسماه التفتيش العلمي الحر la libre rechererche scientifique أي ان المفسر — القاضي أو الفقيه مثلا — يوجد القاعدة الموافقة حسب الوقائع المعروضة عليه ، مستوحياً من منطق الحقوق وحاجة المجتمع ، ومستفيداً من سائر المصادر الفنية والمنطقية الاخرى ، وذلك بعد اللجوء الى النصوص العامة للقانون ، والاستفادة منهـــا ، والرجوع الى الفكرة أو الروح التي أوحت للمشرع بالنص أكثر من الرجوع الى الارادة والنية الموهومة أو المفترضة .

وقد جهد « جني » في مؤلفه « العلم والصياغة في الحقوق الخاصة الوضعية » ان يبين الاصول الفنية والعلمية التي يتوجب على القاضي أن يتقيد بها ، ولا يكون مطلق السلطة في تفسير واستيحاء حلوله حين لاتمكن معرفة نية المشرع فيفتش عن الحل وفق هذه الطرق العلمية والفنية (١) .

وصفوة القول إن التفسير اليوم يقوم على مزيج من هذه المبادىء جميعها ،

---

(١) ألف جني بين عام ١٩١٤ — ١٩٢٢ مؤلفاً من اربعة مجلدات عنوانه Sciences et technique en droit privé positif اعتبر فيه الحقوق مؤلفة من عنصرين : الاول وهو مادته الاولية ، ويكشف عنها العلم وهذه تدخل في اساس الحقوق . والثاني صيغته ويتولاها الفن التشريعي ومنها تستخلص طرائق التفسير .

وقد رأينا القضاء في كثير من البلاد كفرانسة ومصر ، لم يتقيد بطريقة او نظرية دون الاخرى ، بل استمد في تفسير القانون من مجموع هذه المبادىء بما يتفق والمنطق والعدل .

و ـ التفسير بحسب القانون المدني السوري

واذا رجعنا الى قانوننا المدني الحالي لانجد في مواده نصاً صريحاً يتعلق بالتفسير . وكل مايمكن ان يستخلص من الفقرة الاولى للمادة الاولى من القانون المدني ، التي تقول « تسري النصوص على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها » ،ان المشرع قد جعل النصوص القانونية سارية وواجبة التطبيق على الاحوال والوقائع التي تشملها النصوص المذكورة في الفاظها ، أي في طريقة نصها وظاهرها ، أو في فحواها ، أي في مدلولها ومقاصدها . وبذلك فان القانون المدني في هذه الفقرة مستوحياً ذلك من الفقرة الاولى للمادة الاولى من القانون المدني السويسري ، قد الزم القاضي بوجوب العمل بنص القانون في كل مايتناوله دون أن يتعرض للتفسير الذي لايجوز تحديده بنص ، وإنما يجب تركه للمفسر حسب التطورات والمقتضيات ، ولاسيما المصالح الاجتماعية ، وكل ما أشار اليه القانون في ذلك ، هو ضرورة تطبيق النصوص سواء من حيث اللفظ أو من حيث المعنى .

ومما لاشك فيه أن نص الفقرة الاولى للمادة الاولى المشار اليها قد أوجب الرجوع الى المعنى والفحوى قبل اللفظ والمبنى ، وان قوله « في لفظها أو في فحواها » انما أراد تشميل النص لكل مايدخل تحت مدلوله ومعناه ، لابحسب الظاهر واللفظ ، ولو كان اللفظ في ظاهره لايكفي لذلك . ويبقى نص القاعدة الكلية الواردة في المادة الثانية من المجلة الملغاة ، في جعل العبرة في النصوص للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ، قائماً ومعمولا به كمبدأ قانوني ثابت .

وهكذا فان المصريين ، كانوا يلجأون في قوانينهم السابقة للقانون المدني الجديد للوصول الى معرفة المعنى الحقيقي والفحوى المقصودة من النص ، عند احتمال الخطأ أو الشك ، للرجوع الى النص الفرنسي لانه كان الاصل عندما يوضع القانون ثم يترجم الى العربية ، ويتبينون معنى النص العربي الكامل على ضوئه . بل حتى بعد القانون المدني الجديد ، رغم صدور القوانين الجديدة ومناقشتها باللغة العربية ثم ترجمتها للفرنسية ، أو اصدارها مع الترجمة معاً ، فإن بعض الفقهاء المصريين لايجدون مانعاً من الاستدلال على حقيقة المعنى المقصود بالنص من الرجوع الى النص الفرنسي . (١)

ولم يكن الوضع مختلفاً كثيراً في سوريا في عهد الانتداب فقد كانت اكثر التشريعات التي تصدر عن المفوضية العليا ، تصدر باللغة الفرنسية أولاً ثم تترجم الى العربية ترجمة كثيراً ماتكون غير موفقة، بل مغلوطة أحياناً ، فكان من الطبيعي أن يرجع الى النص الفرنسي الاصلي لمعرفة المعنى وتصحيح الخطأ .

ومهما يكن الأمر فان الرجوع الى المعنى والفحوى للنص عن طريق الاستدلال بالنص الفرنسي لايغني عن ضرورة تفسير النص عندما يكون معيباً بأحد العيوب التي ذكرناها (من غموض أو إبهام ، أو من نقص أو سكوت أو من تناقض أو تعارض) ، وعندما لايكفي الاستدلال بالنص الفرنسي لاستجلائه وايضاحه ، (فضلا عن أنه لم يبق اليوم مجال لمثل هذا الرجوح في تشريعاتنا الجديدة) كان لابد من اللجوء الى طرق التفسير .

---

(١) راجع الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ١٩٥ ، الدكتور محمد علي عرفه ، مبادىء العلوم القانونية الطبعة الثانية ص ١٩٤ ، المرحوم فتحي ابو سنه ، تفسير النصوص الجنائية ص ١٩٤١ ٩٦ ـ ٩٧ . ويذكرون على سبيل المثال فى القانون المدني العتيد الفقرة ج للمادة ١١٤١ من القانون المصري التي بحثت في حق الامتياز للنفقة لمصلحة الاقارب بما لايجعل الزوجه بينهم في حين ان النص الفرنسي قال : membres de famille

راجع من الرأي المعاكس الاستاذان السنهوري وابوستيت . في أصول القانون ١٩٥٠ هامش ٢٤١ لخ .

فكيف نفسر نصوص قوانيننا المعيبة وهل نتبع المذهب التقليدي وطريقته التي ذكرناها أم المذهب التاريخي أم العلمي ، أم طريقة جامعة بين هذه المذاهب كلها ؟.

نستطيع أن نستخلص بطريق القياس من بعض النصوص في القانون المدني ولاسيما من الاعمال التحضيرية ، والمذكرة الايضاحية لهذا القانون شيئاً من الاتجاهات التي اتجه اليها القانون المدني الجديد بين هذه المذاهب المختلفة ، ولعله قد اختط لنفسه طريقاً وسطاً خاصاً أقرب الى المدرسة العلمية منه الى المذاهب الاخرى محافظاً على إرادة الشارع حين تكون واضحة ، ومفضلا التجرد من الرجوع الى مصادر النص والاعمال التي سبقته حين لاتكون هذه الارادة واضحة.
أما من حيث النصوص ، فقد جاء في المادة ١٥١ من القانون المدني أنه :

« ١ — اذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتعاقدين .

٢ ـ أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد (فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي ان يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات » .

وهذا النص الاكثر تفصيلاً من القاعدة الكلية السابقة الذكر ، كما يطبق على العقود وتفسيرها ، يطبق على نصوص القانون وتفسيرها . وقد تضمن بصراحة وجوب العمل بالعبارة الواضحة وعدم جواز الخروج عليها ولو كان ذلك تحت ستار التعرف عن إرادة أصحابها ، أما اذا كان هناك محل للتفسير ، فلايجب فيه الوقوف عند حرفية النص وظاهره وانما يجب التحري عن ارادة واضعه (وهذه هي النظريات الحديثة ولاسيما العلمية) .

ويبدو ان واضعي القانون المدني في مصر ، وقد استوحوا كما رأينا في الفصل

التمهيدي(١) كثيراً من القواعد والاحكام حتى بعض النصوص والتراكيب من تشريعات اجنبية أو مقارنة ، لم يروا جواز ابقاء روابط بين هذه المصادر وبين النصوص المتبناة ، بل أرادوا ان يجعلوا من نصوص القانون الجديد ذاتها تشريعاً لايرجع الى المصادر التي استقى القانون نصوصه منها . وقد أكد ذلك الاستاذ السنهوري رئيس لجنة المراجعة لوضع مشروع القانون ، أمام اللجنة التشريعية بمجلس النواب المصري ، حين كانت تنظر في هذا المشروع قائلا :

« ان النصوص التشريعية الواردة في هذا المشروع لها من الكيان الذاتي مايجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي اخذت منها . ولم يكن الغرض من الرجوع الى التقنينات الحديثة ان يتصل المشروع بهذه التقنينات المختلفة اتصال تبعية في التفسير والتطبيق والتطور ، فان هذا ، حتى ولو كان ممكناً ، لايكون مرغوباً فيه . فمن المقطوع به أن كل نص تشريعي ينبغي أن يعيش في البيئة التي يطبق فيها ، ويحيا حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملابسات وما يخضع له من مقتضيات ، فيفصل انفصالا تاماً عن المصدر التاريخي الذي اخذ منه ، أياً كان هذا المصدر . » .. « وعلى كل من القضاء والفقه عند تطبيق النص أو تفسيره ، أن يعتبر هذا النص قائماً بذاته « منفصلا عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة ، ولما يتسع له التفسير من حلول تفي بحاجات البلد ، وتساير مقتضيات العدالة . »

وقد تأكد ذلك وتكرر أمام لجنة مجلس الشيوخ المصري حين قيل : « إن النصوص متى ادمجت في التقنين ، انعزلت من مصادر الاستئناس ، واصبح لها كيان قوامه تساندها مع غيرها من نصوص هذا التقنين ، واثرها في البيئة التي يعيش فيها وانفعالها بظروف هذه البيئة . فما نقل من الصيغ او النصوص عن تشريعات او تقنينات اجنبية وصل بنصوص اخرى في المشروع تحددت دلالتها

---

(١) راجع ماسبق ص ٩٤ .

من قبل في التقنين الحالي و الفقه المصري واحكام القضاء في مصر وهـذا التأليف، هو اول بل وأهم عنصر من عناصر التفسير »[1] .

وبذلك يكون المشروع قـــد رغب صراحة ان يتم التفسير دون رجوع للاصل او المصدر الملهم ، وإنمـا باستيحائه من الحاجة والمصلحة ، والبيئةوأثرها، والعدالة ومقتضياتها ، بمـا يتفق في ذلك والمذهب التاريخي او الاجتماعي وبالوقت ذاته ، يوجب — بحسب مفهوم المادة ١٥١ السابقة الذكر — العمل وفق إرادة الشارع اذا كانت ظاهرة واضحة ، مـــع الاستهداء إليهـــا بالوسائل والاسباب الاجتماعية المشار إليها .

وهكذا وفي كل الاحوال فان التفسير بحسب مانستطيـع ان نستخلصه من القانون المدني يجب ان يتم عندنا بالتحري عن إرادة الشارع الحقيقية إذا كانت ظاهرة واضحة والا فانه يجب على المفسر ان يستوحي حلوله من الحاجة والمصلحة الاجتماعية ولو اقتضى ذلك عدم الاخذ بالطرق الخارجية وحتى الداخلية للطريقة التقليدية ، مستفيداً من هذا الاستدلال من مجموع ماذكرناه من مبادىء وطرق دون ماتقيد بأحدها او ببعضها دون البعض الاخر ، ونعتقد ان في معين الاحكام الشرعية ومذاهبها الواسعة مايسهل هذه السبل .

٦ ـ الغاء القانون

Abrogation des lois

الالغاء في القانون هو ابطال العمل به برفع قوته الملزمة او تجريده منه ، سواء كان ذلك باستبدال نصوصه بنصوص اخرى ،وسواء بابطال مفعوله دون استبدال[2] . فكيف يكون هذا الالغاء ، وما هي آثاره ؟

---

(١) راجع السنهوري ، الوسيط في الالتزامات ، ج ١ ، ص ٤٦ ـ ٥٧ .

(٢) دولاكرسيه ولا بورد لاكوست ، المرجع السابق ص ٢٣٢ رقم ٢٥٨ .

١ – المبادىء العامة في الالغاء

نصت المادة الثانية من القانون المدني الجديد انه « لايجوز الغاء نص تشريعي الا بنص تشريعي لاحق . . » فقضت بذلك على ان نصوص القانون تبقى مرعية الاجراء، وواجبة التطبيق حتى يصدر نص تشريعي بالغائها .

وعلى هذا فان السلطة التي تملك حق الغاء القانون هي التي تملك حق سنه ، حتى إذا كان القانون دستورياً . اي القانون الاعلى للبلاد ، كان حق الغائه الجمعية والمجلس الذي يملك حق اصداره (وبما ان الشعب هو المصدر الاصلي والاخير للسلطة ، فان من حقه ان يقرر هذا الالغاء بالطرق الدستورية) او كان قانوناً عادياً صادراً عن السلطة التشريعية كان لهذه السلطة وحدها ، او من تنيب عنها بشكل دستوري وفقاً لمباديء الدستور ، حق الغاء القانون . اما المراسيم والاوامر التكميلية الصادرة عن السلطة التنفذية ، فانها كما يمكن ان تلغى من قبل هـــذه السلطة فيمكن ان تلغى ايضاً من السلطات التشريعية أو الدستورية التي هي فوقها .

وفي كل الاحوال فان صاحب حق اصدار القانون او من هو اعلى مرتبة في التدرج التشريعي ، يكون صاحب حق في الالغاء من غير عكس . أي أن السلطة التنفيذية ، لاتستطيع بهذا الوصف الغاء قانون او تشريع بمرسوم عادي ، وبناء على ذلك ايضاً فان هـــذه السلطة التنفيذية لاتملك بطريق المرسوم العادي الغاء مرسوم تشريعي ولو كان في الاصل صادراً عنهـــا ، لان المرسوم التشريـــعي ولو كان صادراً عن السلطـــة التنفيـــذية ، فانمـــا صدر عنها بوصفها قائمة مقام السلطه التشريعية ، التى منحت السلطة التنفيذية حق اصدار هذا التشريع او منحهـــا ذلك الدستور ، ولذلك لايمكن الغاؤه الا بقانون او مرسوم او قرار تشريعي مثله[1] ، كما يمكن الغاء العرف – الذي هو دون

(١) راجع قرار مجلس شورى لبنان تاريخ ٢٠ – ٢ – ١٩٤٥ ، النشرة القضائية اللبنانية عام ١٩٤٥ ص ١٢٣ .

التشريع درجة — بنص القانون .

ولكن هل يمكن اعتبار القانون ملغى لعدم استعماله دهر من الزمن ، وهو مايسمى « Abrogaiton par désuétude » الغاء القانون بالعرف السلبي او عدم الاستعمال ؟

ان الفقهاء الذين قالوا بعدم اعتبار العرف مصدراً رسمياً ورئيسياً من مصادر الحقوق ينكرون ابداً ان يكون العرف او عدم الاستعمال ملغياً لنص القانون او مؤثراً عليه . ولكن العكس غير صحيح . فمن الفقهاء من قال بعدم الالغاء رغم اعترافه بالاعراف ، كمصدر رسمي للحقوق ، ومنهم من قال بخلاف ذلك ومن ابرزهم الاستاذ جوسران[1] .

ويذهب بعض المؤلفين ، زيادة في الايضاح ،الى التفريق بين نوعي النصوص القانونية ، فما تعلق منها بالنظام العام (كالنصوص الآمرة اطلاقاً) لامجال للقول بالغائها بعدم الاستعمال لأي سبب كان ولايلغيها إلا نص مثلها ، او

---

(١) حيث يقول : ان من غير الملائم ان نتوقف في منتصف الطريق ، فنعترف للعرف بقدرته على خلق قواعد قانونية تسد نقص التشريع ثم ننكر عليه قوته في الالغاء . فقد اجازت المحاكم لبعض الاشخاص كالطلبة والجنود ان يبلغوا ويدعوا أمام قاضي محل وجودهم (simple résidence) بالرغم من ان قانون اصول المحاكمات او المرافعات الفرنسي (المادة ٥٩) يجعل الاختصاص لقاضي الموطن domicile فقط غير ان التعامل كان أقوى من النص . أضف الى ذلك ان هناك سوابق تؤكد الغاء النص بالتعامل وعدم الاستعمال مثلا :

١ — التقاليد الرومانية . فقد كانت بهذا المعنى .

٢ — خطبة الافتتاح للقانون المدني (الفرنسي) حيث جاء فيها : هذه القواعد الخفية — أي العرف — هي التي بفضلها تثأر الشعوب لنفسها بدون هزة ولاعنف ، من القوانين الرديئة ، وهي التي تحمي الجماعات من المفاجات التي تفرض من المشرع . والمشرع من نفسه .

٣ — ان القول بدوام التشريع وعدم الغائه الا بتشريع يؤدى الى نتائج غير منتظرة فالقانون المدني الفرنسي يسمى في الواقع وحسب النص المعمول به قانون نابليون ، وذلك بمقتضى المرسوم الصادر عام ١٨٥٢ ، الذي لم يلغ بعد . كذلك كل من يدخن يقع تحت =

اقوى منها درجة في التشريع . وماتعلق منها بالنصوص التكميلية او التفسيرية Lois simplement supplétives ou déclaratives de volonté التي يستطيع الطرفان الخروج عليها باتفاقهما وإرادتهما ، فانها تقبل الالغاء بطريق العرف وعدم الاستعمال(١) .

= طائلة القانون الجزائي الصادر بالامر الملكي في سنة ١٦٣٤ والذى لم يلغ حتى الآن ،ومع ذلك فقد ثبت العرف على تسمية القانون المدني الفرنسي بالقانون المدني للفرنسيين (ولايقال قانون نابليون إلا عرضاً) وعندما اريد اصدار قانون بالتسمية الجديدة ، رفض هذا الاقتراح بحجة عدم الحاجة اليه لاستقرار العرف على ذلك ، وحصل مثل هذا الامر بموضوع عدم التدخين . فلماذا اذن لانعمم هذه القاعدة . ونجاهر دون خوف ، بالقول بان عدم الاستعمال او العرف على وجه العموم يلغي التشريع ، (جوسران ، دروس في الحقوق المدنية ج ١ ص ٧٢ و ٧٣) .

ويعتقد انه على الاقل يوجد لمبدأ عدم الغاء النص بعدم الاستعمال استثناءان في فرنسة : الاول فيما يتعلق بأوامر الشرطة المسماة بلوائح البوليس بتعبير المصريين ، فيرى بعض الشراح انه اذا اهمل تطبيقها ردحاً طويلا من الزمن فقدت كل ميزة لها ، ونسيها الناس ، واضحى من الخطر إعادة تطبيقها بعد اهمالها كل هذه المدة .. كمنع التدخين ، ولكن هذا الرأي لم يظفر قضائياً . وقضت محكمة النقض الفرنسية باعتبار هذه الاوامر والعمل بها رغم القول بالغائها بالترك ، واما الثاني فهو مايتعلق بالاعراف التجارية ، لان العرف بين التجار من القوة والاثر ما أكده القانون نفسه وجرت عليه المحاكم فاعتبرته كافياً للحكم ولو ادى الى الغاء النص .

(١) فاذا نص القانون على ان الشركات التجارية لاتعتبر منعقدة فعلا الا اذا نظم فيها عقد او صك خطي حسب الاصول فان التعامل على اجراء هذه الصكوك لايمكن ان يلغي مفعول ذلك الحكم (لابورد لاكوست ، المرجع السابق ، ص ٣٨٥) ، اما لو نص القانون انه يتوجب على التاجر مسك عدد اجباري من الدفاتر التجارية وعدد آخر لم يأت بنص يفيد الاجبار والالزام فيه ، وجرى التعامل والعادة على عدم استعمال هذه الدفاتر ومسكها مدة طويلة فيعتبر هذا العرف والتعامل بعدم الاستعمال ، معطلا لذلك النص للدفاتر غير الاجبارية . كذلك مثلا قضت محكمة الاتحاد السويسري انه لامانع من اضافة اسم تاجر الى عنوان الشركة المساهمة ، رغم ورود النص على المنع ، بحجة ان التعامل الاداري جرى على قبول ذلك ..!! (في ٩ كانون اول ١٩١٧ ، دوباكيه ، المرجع السابق ص ٧٢) . وهذا في الواقع يتعدى النصوص التكميلية ، وربما كان مبالغاً فيه .

ومهما يكن الامر فان الفقرة الاولى للمادة الثانية من قانوننا المدني قد وجبت لاعتبار نص تشريعي ملغى ، ان يصدر نص تشريعي مماثل في الغائه ، فلم تجز الالغاء بعدم الاستعمال ، على حد اطلاق النص ، آخذه بذلك بالرأي الاول . ويدعم هذا ماجاء بالفقرة الثانية للمادة الاولى حيثما قالت انه « اذا لم يوجد نص تشريعي (أي قانون) يمكن تطبيقه، حكم القاضي . . . بمقتضى العرف . . . » فجعلت سلطة العرف بالنسبة للحقوق وكمصدر لها ، ثانوية بالنسبة للقانون لايلجأ اليها الا اذا لم يوجد نص قابل للتطبيق .

غير اننا نعتقد مع ذلك ان الرأي الاخير القائل بالتفريق بين نوعي النصوص يتضارب مع ماذهبت اليه المادة الثانية ، لان النصوص التفسيرية بطبيعتها متروكة لاختيار الناس الذين يحق لهم أن يتبعوها ، فاذا هم تعاملوا واتفقوا على اعمالها او الخروج عليها ، فان هذا التعامل او هذا العرف يمكن ان يعتبر بمثابة اتفاق دائم او ضمني لا حاجة لذكره صراحة وبالتالي ابعاداً للنص الاختياري لا الغاء له .

هذا ما كان من أمر الغاء النص بالنص، ولكن كيف يتم عملياً هذا الالغاء ؟

٢ — طرق الالغاء

يتضح من مفهوم المادة الثانية ان هناك نوعين من الالغاء .

اولا — النص الصريح على الالغاء

وهو مايسمى بالالغاء الصريح abrogarion expresse فينص القانون على الغاء حكم أو مادة أو فصل او باب او القانون برمته الغاء عاماً وتاماً ، كما حدث عند نشر القانون المدني ؛ فقد صدر القانون المدني المذكور بالمرسوم

التشريعي رقم ٨٤ تاريخ ١٨ ايار ٩٤٩ بعنوان « تطبيق القانون المدني والغاء مجلة الاحكام العدلية والقرار ٣٣٣٩ والنصوص المعدلة » . ونص هذا المرسوم في مادته الثانية أنه « تلغى اعتباراً من التاريخ المذكور (أي تاريخ ١٥/٦/ ١٩٤٩) مجلة الاحكام العدلية ، والقرار رقم ٣٣٣٩ الصادر في ١٢ تشرين الثاني ٩٣٠ . . . الخ » . وبذلك فقد الغى المشرع بذلك قانونين برمتهما الغاءً صريحاً وبنص صريح .

ويلاحظ ان الالغاء ، ولو كان صريحاً ، إما ان يكون الغاء التشريع او القانون لاستبداله بغيره ، واقامة تشريع آخر محله (كما هي الحالة في مثالنا السابق ، حيث الغيت المجلة الباحثة في العقود والمعاملات والاموال ، والقرار ٣٣٣٩ المسمى بقانون الملكية العقارية والباحث في الاموال الثابتة وغير المنقولة لتحل محلها احكام جديدة جاء بها القانون المدني الجديد) .

واما ان يكون هذا الالغاء الصريح لتشريع سابق دون ان يحل محله تشريع آخر كما حدث مثلا بالغاء قانون البغاء اجمالا في سورية في وقت من الاوقات ، او كما حدث في فرنسة بالقانون الصادر في تموز ١٨٦٧ الذي ألغى الاكراه البدني عن غير رجعة .

ويمكن ان يكون هذا الالغاء الصريح من القانون نفسه الذي ينتهي مفعوله بانتهاء مهمته دون حاجة الى قانون لا حق يأتي لا لغائه ، كمثل قوانين تمديد الايجارات التي تنتهي وتعتبر ملغاة في نهاية السنة التي تصدر فيها ، او كمثل عدد من التشريعات الموقتة التي تصدر ايام الحرب او بمناسبة زائلة وتنص صراحة على على انتهاء مفعولها بانتهاء الحادث الذي صدرت من أجله . هذه هي أحوال الالغاء صراحة ، أي بنص صريح يذكر النص او القانون المراد الغاؤه ، وهو ماقصدته المادة الثانية بقولها « ينص صراحة على هذا الالغاء » .

ثانياً -- الالغاء الضمني Abrogation tacite

ويسميه البعض النسخ . وقد ذكرته المادة الثانية في عبارتها الاخيرتين حين قالت : « او ان يشمل (أي التشريع اللاحق) على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، او ينظم من جديد الموضوع الذي سبق ان قرر قواعده ذلك التشريع . » فالالغاء الضمى إذن بحسب هذا النص على شكلين :

١ ـ اشتمال القانون الجديد على نص يتعارض مع نص القانون القديم

وهي الحالة الشائعة في الالغاء الضمني . فان النص الجديد الذي يتعارض مع النص القديم يلغي هذا الاخير ، وينسخه ضمناً ، ونظرية الناسخ والمنسوخ معروفة في القرآن الكريم وهي نظرية معقولة ، ولازمة ، مادام المشرع قد سن حكما يناقض حكما سابقاً فقد اراد أن يلغي ضمناً الحكم القديم ومثل هذا الالغاء الضمني لا يكون الا بمقدار مايتعارض به النص الجديد مع النص القديم وضمن حدود التنافر بينهما . وبناء على ذلك إذا أمكن التوفيق فلا الغاء ، او كان التعارض والتنافر في قسم من النص فلا يتناول الالغاء الا هذا القسم . فاذا كان أحد النصين يتضمن قاعدة عامة والآخر استثناء من تلك القاعدة فلا الغاء إلا في الحالة المستثناة ومن ذلك نرى أنه اذا كان النص القديم لحالة خاصة ، والنص الجديد قاعدة عامة فان هذه القاعدة لا تبطل ذلك الاستثناء[1] .

---

(١) على ان محكمة التمييز السورية ، كما ذكرنا . اعتبرت النص المؤخر ، في حال التصادم ، مخصصاً للنص المتقدم وان القرار ٣٣٣٩ الصادر في تشرين ١٩٣٠ ، قد خصص القرار رقم ١٨٦ المؤرخ في ١٩٢٦ فيما يعود للمواضيع المشتركة ، قرار تمييزي رقم ٤٣ تاريخ ١٩٣٣/٥/١٣ ، غير مشروع) . =

وقد جرت العادة على ان تتضمن التشريعات الحديثة مادة تقضي بالغاء كل ما كان مخالفاً لأحكامها من القوانين السابقه . ويرى البعض ان هذا الاحتياط بالنص لا فائدة من ذكره ، لأنه لايخرج عن انه الغاء ضمني ، ولا يقرر اكثر من هذا الالغاء ما دامت الاحكام المخالفة للنص الجديد تعتبر بحسب نظرية الالغاء الضمني ملغاة من غير حاجة للنص على ذلك .

٢ ـ الشكل الثاني للالغاء الضمني ، ان ينظم القانون اللاحق من جديد الموضوع الذي سبق ونظمه قانون سابق .

ومعني ذلك ان القانون المدني في هذه المادة يعتبر مجرد تنظيم موضوع قانون سابق تنظيما جديداً كاملاً ؛ ملغياً لذلك القانون السابق ، دون ان تكون احكامه برمتها او باكثرها معارضة لأحكام القانون الجديد . مثلا إذا رجعنا الى الدستور السوري لعام ٩٥٠ الذي صدر ولم ينص صراحة على الغاء الدستور السوري القديم، ولكنه نظم من جديد الموضوع العام لدستور البلاد ، فان الدستور السوري القديم لعام ١٩٢٨ يعتبر ملغى حكماً بدستور عام ١٩٥٠ ، ولو كان الكثير من احكامه متشابهاً وغير متعارض ، او كان بعضها غير مبحوث مطلقاً في الدستور الجديد . وقل مثل ذلك بالنسبة لدستور الجمهورية العربية الموقت والدساتير التي قبله .

= ويكاد يتفق الفقهاء انه لايمكن لقانون عام او ذي صفة عامة ان يعدل او يلغي نصاً ورد في قانون خاص او ذا صفة خاصة الا اذا ورد النص صراحة على هذا الالغاء الا انه في حال عدم ورود نص في القانون الخاص يتعارض مع القانون العام ، وكان النص الوارد في هذا الاخير يأتي بحكم جديد غير متعارض مع الخاص السابق له ، فمن الواجب العمل بالنص الجديد (راجع قرار محكمة الاستئناف . الغرفة الخاصة بدمشق تاريخ ١٩٥٠/٨/١ منشور في مجلة القانون عام ١٩٥١ ص ٢٠٩) .

وأكد البعض وقضت محكمة مصر الابتدائية انه «من المسلم به فقهاً وقضاء ان القوانين الخاصة لاتلغى الا بقوانين خاصة » (في ٣ نوفمبر ١٩٤٩ ، المحاماة ٢٩ ـ ٨٩١ ـ ١٤٣٠ راجع الدكتور مرقس . المرجع السابق ص ١٣٢ .

ومن الجدير بالملاحظة ان هذا النوع من الالغاء نادر وقليل ، لأنه يجب أن يأتي قانون جديد فينظم من جـديد ، أي من الاول حتى المنتهى ، موضوعاً كان بذاته وتمامه موضوع قانون سابق ، دون ان يذكر مصير هذا القانون ودون أن يلغيه صراحة فيعتبر بهذا التنظيم ملغى ضمناً .

هذه هي حالات الغـــاء القوانين واحكامها ، ويزيد بعض المؤلفين حالات تستنتج بطبيعتها من احكام الدستور ، او من الواقع المـادي ، فيعتبرون مثلا ان القوانين الموقتة او المراسيم الاشتراعية التي تصدرها السلطة الفعلية او التنفيذية في احوال خاصة ، شريطة أن تقدم الى البرلمـان او يصدق عليها ، ملغاة اذا لم تودع المجلس او لم تقترن بالموافقة التشريعية حسب الاصول (إذا وجد نص دستوري يقتضي ذلك ، والأصل ان الايداع وحده كاف) ، وتعتبر صحيحة نافذة ولكنها ملغاة اعتباراً من عدم التصديق عليها في حال وجوبه . كذلك فان قيام قانون ما بتنظيم اوضاع خاصة وزوال هذه الأوضاع من عالم الوجود ، تجعل هذا القـانون ملغى بطبيعة الامر . مثلا الأوقاف الذرية ، فان جميع القوانين التي سبقت ونظمت هذه الاوقاف تصبح ملغاة بزوال هذه الأوقاف من عالم الوجود ، كذلك الحـال ايضاً في القانون الذي يتعلق بمستنقعات او انهـار او غيرها . . . تكون قد زالت من الأرض لأسباب طبيعية او صنعية . في كل هـــذه الاحوال تكون القوانين المتعلقة بها ملغاة من نفسها .

ومتى الغي قانون او بعض احكامه ، صراحة او ضمنـاً ، فانه لايمكن إعادة العمل به مالم يصدر تشريع جديد ينص مجدداً على نفاذ القانون او الاحكام الملغاة.

أما آثار الغاء القانون بالنسبة للوقائع والحوادث المرافقة له او السابقة عليه فهو ماسنبحثه في المبحث الآتي : تنازع القوانين من حيث الزمان .

تنازع القوانين من حيث الزمان [1]

Conflits de lois dans le Temps

لقدتأكد لنا فيما مضي ان القانون يبقى مرعي الاجراء وواجب التطبيق حتى يصدر قانون يقضي بالغائه . ومنذ تلك اللحظة يتوقف نفاذه ويبدأ القانون الجديد الذي قضى بالالغاء حياته ،وتقوم أحكامه مقام القانون الملغى في التطبيق والتنفيذ . فالحد الذي يفصل بين القانون السابق والقانون الجديد ، حيث ينتهي عند هـــذا الحد القانون الاول ليبتدىء الثاني بالتطبيق هو اهم النتائج التي تنتج عن تطبيق القانون والغائه . وسماه قانوننا المدني « تنازع القوانين من حيث الزمان » .

وقد رأينا ان نتناول هذه المشكلة بالبحث بعد الغاء القانون مباشرة ، لأنهـا نتيجة حتمية لالغاء القانون وتطبيقه معاً ، فهي لذلك جديرة بالبحث بعد الالغـاء مبـاشرة .

وسنبحث في تنازع القوانين من حيث الزمان كما يلي :

اولاً : في القواعد العامه لهذا التنازع : في تسميته وحالاته ، والحد الذي يفصل بين هذه الحـالات . ثانياً : في نظرية الحقوق المكتسبة كضابط تقليدي لإيجاد هذا الحد وقيمة هذا الضابط . ثالثاً : في الاستثناءات من هذه النظرية ، النص الصريح ، النظام العام والآداب ، قوانين الاجراءات ، القوانين والاحكام

---

(١) راجع رويه Reubcr تنازع القوانين من حيث الزمان ، مكتبة سيري Sirey الجزء الاول ١٧٢٩ ، الجزء الثاني ١٩٣٣ .

راجع محاضرة الاستاذ فتح الله آسيون ، محاضرات نقابة المحامين في حلب ١٩٤٧-١٩٤٨ ص ٣٢٩ ومابعدها .

التفسيرية ، النصوص والاحكام المتضمنة عقوبات . رابعاً : وأخيراً في التطبيقات التي نص عليها قانوننا في هـــذا البحث ، سواءماتعلق بالأهلية ، وسواء ماتعلق بالتقادم ، وسواء ماتعلق بالأدلة .

١ ـ القواعد العامة لتنازع القوانين من حيث الزمان

أ ـ التسمية . لقد أطلق الفقهاء المعاصرون اليوم اسم « تنازع القوانين من حيث الزمان » على تعارض نص قديم مع نص جديد ، او اذا شئتم على التصادم الذي يولده قيام قوانين متعاقبة ، تحكم علاقات حقوقية معينة ، لاسيما حين تكون احكامها متنافرة وغير متفقة . مثلا يجري شخص عقداً (كعقد بيع او هبة لعقار) او غير ذلك من التصرفات في وقت ما ، او يأتي عملاً ذا نتائج حقوقية ، كهدم بنـاء او التصرف في مال او الخ . . . وفقاً لأحكام القانون النافذ حين اجراء العقد او صدور العمل ، ثم يأتي قانون لاحق بأحكام جديدة لتنظيم عقد البيع او العمل الحقوقي ، بما قد يخالف احكام القانون السابق . فهل تشمل أحكام القانون الجديد تلك الوقائع المتولدة قبله ؟ أم يبقى القانون القديم هو الذي تطبق احكامه عليها ؟ على اعتبار انهما كلاهما ينتهيان بتنازع حكمين او قانونين حادثة واحدة .

في المـــاضي كانوا يطلقون على هذه المشكلة ، أو بالأصح على الحل الذي يعطونه لها ـ كما ورد في القـانون المدني الفرنسي ـ قاعدة « عدم شمول القانون ماقبله Régle detla non retroactvite des lois » او عدم رجعية القـــانون ولكن هذه التسمية ، كما اجمع الفقهاء ، غير موفقة تماماً . لأنها لاتصور المسألة والموضوع بتمامه ، وإنما تمثل الحل الذي اعطاه القانون لها . بل لعلها لاتمثل سوى ناحية ـ اساسية وهامة ـ من هذا الحل كما سنرى . هـذا فضلا عن انها لاتظهر الصلة القائمة في تطبيق القانون داخلياً ودولياً من حيث الزمان ومن حيث المكان ،

فبين ان التنازع من حيث المكان يقوم على تعدد القوانين ووجودها معاً ، وتنازعها حادثة ما — لوجود سيادات دولية او قانونية تتنازع هذه الحادثة بسبب اختلاف المكان — فان التنازع من حيث الزمان يقوم على تتابع القوانين في دولة واحدة ، او في مكان واحد ، وتنازعها التطبيق على حوادث استمرت في الزمان . فكل واحد من التنازعين يوجب على القاضي ان يختار احد حكمين ، فيجعله بذلك التصادم بين قانونين يتنازعان الحكم . وربما تداخل التنازعان في الزمان والمكان معاً . لذلك رأى الفقهاء ان التسمية التقليدية لهذا المبدأ بقاعدة عدم شمول القانون ماقبله ، او عدم رجعية القانون ، كما ترجمت احياناً ، لا تصور حقيقة الموضوع ، ويفضلون عليها التسمية الحديثة « تنازع القوانين من حيث الزمان » ، وهو ما أخذ به قانوننا المدني في البند الثاني من الفصل الاول تحت عنوان « تطبيق القانون » .

ب حالات التنازع بوجه عام

ليس في قانوننا المدني نص عام ، كنص المادة ٢ من القانون المدني الفرنسي أو من القانون المدني المختلط المصري السابق ، او المادة ٣ من القانون الاهلي المصري السابق أو المادة ٢٧ من الدستور المصري السابق الخ . . . وانما تناول قانوننا مباشرة تحت عنوان تنازع القوانين من حيث الزمان بحث حالات تطبيقية وايجاد حلول لها ،

طالما كانت موضع خلاف ونقاش لعدم النص عليها ولدقتها تاركاً المبدأ والنصوص العامة ، كامور مبتوت فيها لاتحتاج إلى نص . وقد اشارت المذكرة الايضاحية للقانون المدني الى شيء من ذلك كما اشارت الى بعض القوانين او الدساتير التي جاءت بنص عام ، مؤكدة المبدأ التقليدى القاضي بعدم سريان احكام القوانين الا على مايقع من تاريخ نفاذها ، ولايترتب عليها أثر فيما وقع قبله ، مالم ينص على خلاف ذلك بنص خاص .

واذا كان الدستور السوري السابق لم يأت على ذكر هذا المبدأ في متنه ،

فان المادة ٦٦ من الدستور الموقت للجمهورية العربية المتحدة قد نصت على مايلي :

« لاتسري أحكام القانون إلا على مايقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها اثر فيما وقع قبلها . ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة اغلبية اعضاء مجلس الامة . » وبذلك يكون الدستور الاخير قد نص صراحة على هذا المبدأ بشكل واضح . وهذاالنص هو نفس النص الواردة في المادة ١٨٦ من دستور مصر السابق للجمهورية العربية المتحدة مؤكداً المبدأ الذي أقرته المادة ٢٧ من دستور مصر القديم لعام ١٩٢٣ . على اننا نستطيع ان نعتبر هذا المبدأ من تشريعنا المكتوب في الاقليم السوري حتى قبل هذا النص ، ذلك لان الدولة العثمانية في الماضي كانت أصدرت ارادة سنية مؤرخة في ٢٥ ربيع الاخر ١٢٨٩ قضت بموجبها : ان حكم القانون والنظام لايشمل ماقبله ، لكن يستثنى من ذلك الاحكام المخففة للجزاء . »[١]

وقد تأكد ذلك النص بالقانون الصادر في ١ جمادي الآخرى ١٣٢٩ الموافق الى ١٨ مايس١٣٢٧ شرقي (المادة الخامسة) المتعلق بأصول نشر القوانين[٢] .

كما تأيد هذا المبدأ في سورية بعد انفصالها عن الامبراطورية العثمانية ، بالمادة ١١ (الفقرة الثالثة) من المرسوم التشريعي رقم ٥ تاريخ ١١ شباط ١٩٣٦ المتعلق بطرق نشر القوانين ، والنصوص القانونية والادارية وحفظها ، حيث نصت : « لايمكن تطبيق القانون على القضايا السابقة لنشره ، ان لم يكن هناك تدبير صريح قاطع يبرر ذلك . اما التعديلات التي تطرأ على قانون الجزاء بقصد تخفيف العقوبات ؛ فانها تنطبق على المخالفات السابقة التي لم يحكم بها بعد » .

---

(١) راجع الدستور العثماني القديم. المجلد الاول . ترجمة نوفل نعمة الله نوفل . ص١٢ « مواد عمومية » .

(٢) راجع فتح الله آسيون. محاضرات نقابة المحامين في حلب ١٩٤٧ ـ ١٩٣٨ ص٣٣

وهكذا يمكن القول أن هـذه النصوص التي لم يرد نص قانوني آخر يلغيها او يبدلها ، ماتزال مرعية وقائمة ، وأن المبدأ العام مقرر في تشريعنا بنص قانوني .

فاذا صدر قانون جديد بأحكام جديدة ـ كما صدر قانوننا المدني في ١٥ حزيران ١٩٤٩ مثلا ـ فهـــذا القانون اما ان ينص في آخره ، على حل للتنازع بشكل صريـح ، فيبين كيف تطبق الاحكام الجديدة على الوقائع السابقة ، او التي يمكن ان تشملها تلك الاحكام ، ويوجد بذلك الحل الذي لا يقبل الجدل ، فيقول مثلا ان العقد أو العمل الضار (او الخ . . . من مصادر الالتزام) الذي حدث قبل القانون يبقى خاضعاً لاحكام القانون السابق ، او بالعكس يخضع لاحكام القانون الجديد ، فيقطع بذلك كل نزاع وخـــلاف فيما يتعلق بالاحكام الواجبة التطبيق . وإما أن يسكت فلا يذكر شيئاً عن الماضي . فاذا لم ينص القانون على حل معين لتطبيق احكام القانون الجديد على الحوادث والوقائع السابقة ، وفي أغلب الاحيان ينص القانون على احكام تفصيلية لهـــذا التنازع ، يجب عند ذلك الرجوع الى القواعد العامة لهذا التطبيق .

والقاعدة العامة بالنسبة للقوانين او الدساتير التي نصت عليها هي كما ذكرنا ان « القانون لايطبق الا على المستقبل وليس له أثر رجعي . La loi ne s'applique que pour l'avenir . Ellen'a point d'effets rétroactifs (المادة ٣ من القانون المدني الفرنسي) وليس في القوانين القديمة غالباً نصوص تختلف عن هذا النص.

إن هذا المبدأ على جانب كبير من الاهمية . وقد عرفته الشرائع منذ القديم ، ولكنه في الواقع نص سلبي قاصر على حالة سلبية واحـــدة في تطبيق القانون ، وهي عدم شموله لمـــا قبله . على اننا اذا امعنا النظر في قانون قديم ينسخه قانون لاحق ، وما يمكن أن ينشأ عن ذلك من اوضاع بالنسبة للحوادث والوقائع والحالات الحقوقية التي تكون قد حدثت قبل صدوره ولم ينته مفعولها ، لامكننا ان نتصور لذلك حالات ثلاث :

الحالة الاولى

القانون الجديد ، يهدمه القانون السابق والاحكام الماضية ، يهدم كل ما كان قد نشأ عنها ، ويبقى وحده واجب الرعاية والتطبيق على الحادثة او الحالة الحقوقية الموجودة ، من اللحظة التي تولدت فيها . وبمثل هذا التصور نكون قد جعلنا للقانون أثراً رجعياً . مثال ذلك :

اذا فرضنا أن قانوناً صدر في سورية ، يعتبر مثلا اموال الزوجين اموالا مشتركة بينهما على الشيوع ، فجميع الازواج الاحياء تعتبر اموالهما بحسب هذه الفرضية مشتركة منذ زاوجهما .

أو كما لو تصورنا ان قانوناً صدر في التصرف بالاراضي المسماة أميرية (كمثل القانون الذي صدر في سنة ١٣٢٩ شرقي والمسمى بقانون التصرف بالاموال غير المنقولة) فجعل الاغراس التي يغرسها المتصرف فوق تلك الارض أميرية مثلها ، فجميع الاغراس أو الابنية السابقة التي يكون المتصرف قد أقامها وكانت معتبرة ملكاً له وفق قانون الاراضي تضحى بحسب هذه الفرضية اميرية كالارض . . . الخ .

وهكذا بحسب هذا المفهوم ، نكون قد خالفنا صراحة المبدأ السابق بعدم رجعية القوانين ، وعدم شمولها لما قبلها من حوادث ووقائع قد تولدت قبل ذلك ، وهو ما أبعدته اكثر النصوص القانونية والدستورية .

الحالة الثانية

على العكس من ذلك ، هناك حل معاكس يقضي بعدم شمول احكام القانون الجديد الا لما سيجد من حوادث ، وبالوقت ذاته يواصل القانون القديم استمرار نفاذ احكامه على الحادثات التي تولدت في ظله . فيقال القانون القديم يواصل

الحياة ، او استمرار حيـــاة القانون السابق La survie de la loi ancienne في مثالينا السابقين . فان أموال الزوجين اللذين تزوجـــا قبل صدور القانون الذي قضى مثلا باعتبار أموال الزوجين مشتركة تبقى منفصلة وخاضعة لاحكام القانون القديم بحيث لايطبق عليها شيء من احكام القانون الجديد .

كذلك في المثـــال الثاني ، فان جميع الغراس والبناء الذي اقيم قبل قانون ١٣٢٩ او مايقام بعده فوق نفس الارض ومن قبل نفس المتصرف ، يبقى ملكاً لصاحبه ولايتبع الارض ، ويواصل ، القانون القديم تطبيق احكامه عليه .

وهذا مايتفق كثيراً من حيث المبدأ مع نص القوانين القائلة صراحـــة بعدم تطبيق القانون الا على المستقبل وعـدم شموله الماضي ، ولكن احـكام هـذا القانون الجديد تكون معطلة بالنسبة لعدد كبير من الحالات مما لا يتفق مع الاصل والعدل والمصلحة.

الحالة الثالثة

على ان هناك حلا ثالثاً وسطاً يمكن تصوره بين الحلين السابقين ، يقوم على اعطاء كل واحـد من القانون القديم والجديد ، مرعية التطبيق في زمن ما بالنسبة للحالة ذاتها ، فيكون القديم مرعياً ونافذاً حتى نفاذ الجديد ، حيث يقف مفعول القديم ، دون ان تبطل آثاره السابقة . ويبقى مرعي الاجراء على الحادثة المتولدة في ظله ، وعلى النتائج التي نجمت وتمت ، ولكن حتى ذلك التاريـخ . الا انه منذ ان يوضع القانون الجديد موضع التنفيذ ، يكون له حكمه و آثاره على نفس تلك الحادثة . بمعنى أن يستولي على الحادثه أو الواقعة الحقوقية القائمة من قبل ، ولكن ليحكم آثارها ونتائجهـــا اعتبـاراً من تاريـخ نفاذه ، دون ان يمتد الى الماضي . فيقال أن القانون من جهة اثراً مباشراً او مفعولا آنياً un effet immédiat ، وذلك بسريانه ، ولكن من حـــين صدوره فقط ، على كل مايزال قائماً من حوادث ووقائع تواصل الحيـاة ، ومن جهة

ثانية لايؤثر أحكامه على ماتم في الماضي ، اي قبل صدوره ، من أعمال حقوقية ومن نتائج وآثارها وهو مايعبر عنه بالفرنسية n'a point d'ffets retroactifs .

هذا الحل يبدو أفصل الحلول واصحها من الناحية المنطقية ، لانه من الطبيعي ومن المنطق ان ينتج القانون الجديد آثاره منذ صدوره ونشره دون ان يكون في تطبيقه رجوع على ماتم وانتهى في الماضي. وبالوقت ذاته لايكون للقانون القديم ، والاحكام السابقة مجال للتطبيق ومواصلة الحياة ، جنباً الى جنب مع الاحكام الجديدة ، على حوادث ابتدأت من قبل ، لمجرد كون هذه الحوادث او الاوضاع قد بدأت قبل صدور القانون الجديد .

وقد اخذت اكثر الشرائع والحقوق الوضعية بهذا الحل واقام منها الفقيه « روبيه » نظريته الشهيرة في تنازع القوانين من حيث الزمان . ويقول « روبير » انه من الغريب مع ذلك ان لانجد في نصوص القوانين الوضعية نصاً صريحاً بهذا المبدأ .

وعلى هذا فان الحل الاخير يتضمن قاعدتين توجدان معا لتنظيم تنازع القوانين من حيث الزمان ، الاولى الاثر المباشر للقانون ، والثانية عدم الاثر الرجعي له . ويحسن ان نقف عندهما قليلا .

ج — القاعدتان الاصليتان في حل تنازع القوانين في الزمان

وسنبحث في كل واحدة من هاتين القاعدتين ، في اصلها ومبرراتها ، ثم في الحدود الفاصلة بينهما .

اولا — الاثر المباشر للقانون الجديد Effet immédiat

٣ — يرجع الفضل في اظهار هذه القاعدة واقامتها بشكل علمي الى الفقه اولا والقضاء ثانياً .

فالقانون المدني الفرنسي مثلا ، لم ينص في مادته الثانية الا على عدم سريان

القانون على الماضي ، شأنه في ذلك شأن القوانين المصرية . غير ان الفقهاء والشراح وفي طليعتهم اوبري ورو Aubry et Rou الفرنسيان في أوائل القرن التاسع عشر ، هم الذين صاغوا هذه القاعدة بالشكل المذكور ، ودافعوا عنها ، ثم تبعهم في ذلك القضاء . ويذكر ريبر تأييداً لذلك قراراً لمحكمة التمييز الفرنسية في دوائرها المجتمعة (١٣ كانون الثاني ١٧٣٢) جاء فيه : « مبدئياً يطبق القانون الجديد على الاحوال القائمة والعلاقات الحقوقية المكونة ولو قبل صدوره » .

وهكذا فالقانون الجديد لا يطبق فقط على الاوضاع والحالات الحقوقية التي حدثت بعد صدوره ، بل يطبق كذلك على الاوضاع الحقوقية التي تولدت وبدأت قبل صدوره ، وكانت خاضعة لاحكام قانون سابق ، فمثلا في فرانسة صدر قانون ١٨ شباط ١٩٣٨ ، فاعطى الزوجة حق اجراء كثير من العمليات الحقوقية والتجارية التي كانت محرومة منها في الماضي . ومثل هذا القانون قد شمل بكل تأكيد كل زوجة تتزوج بعد صدوره ، ولكنه شمل ايضاً جميع الزوجات اللاتي تزوجن قبل صدوره ، واللاتي ما زلن موجودات حين صدوره . غير أنه لا يشمل الاعمال الحقوقية ، من عقود او تعهدات او التزامات .. جرت او ترتبت قبل صدوره ، لان هذه العمليات التي تمت من قبل تبقى خاضعة لاحكام القانون السابق .

كذلك ، وبحسب هذا المبدأ ، فقد صدر قانون العمل في سورية في ١١ حزيران ١٩٤٦ ، ونص فيما نص عليه ، على عدم جواز الاتفاق على تشغيل العمال اكثر من ساعات اضافية معينة فوق الساعات الاصلية . فان احكام هذا القانون تشمل بكل تأكيد كل عقد عمل يجري بين العمال ورب عملهم بعد صدوره ، ولكنها تشمل كذلك جميع عقود العمل التي عقدت من قبل ، ولما تزل سارية وموجودة حين صدور القانون المذكور بحيث يجب تكييفها ، اعتباراً من تاريخ صدوره ، وفقاً لاحكامه . هذه هي قاعدة الاثر المباشر للقانون .

فما هو اساس هذه القاعدة وما هو مبررها ؟

حاول كثير من الفقهاء تعليل هذه القاعدة وتبريرها حقوقياً ومنطقياً ، فقال البعض :

١ — ان سلطات القانون وسيادته واجبا الاحترام [١] ، وان اوامر المشرع لازمة الرعاية فوراً ، بل ما دام المشرع يستطيع ان يجعل القانون ذا اثر رجعي ويشمله للماضي ، فمن الطبيعي على الاقل ان يكون له اثر مباشر .

٢ — وقال آخرون [٢] ان القانون الجديد لا شك انه يحقق تقدماً بالنسبة للقديم ، ولذلك فان على المصلحة أن يطبق على جميع الاحوال والاوضاع الموجودة . وقد انتقد هذا القول على اعتبار انه اذا كان المشرع يعتقد انه يحقق تقدماً ، وقد يكون ذلك صحيحاً ، فان هذا الاعتقاد لا يكفي بافضلية الحكم الجديد ، وخلل الحكم الماضي . بل ليس كل ما يزعمه المشرع الجديد دوماً صحيحاً ليعتبر كل جديد اصح وافضل من القديم . والحقيقة ان تقدير قيمة القانون امر يعود لما احتواه القانون نفسه من احكام ، لا الى تاريخه .

٣ — ولعل افضل ما قيل في هذا الموضوع هوما ذكره روبيه Roubier [٣] من ضرورة الرجوع الى الوحدة اللازمة في التشريع . فاذا ابقينا القانون القديم مرعي الاجراء على الاحوال القائمة من قبل ، وا كتفينا بتطبيق القانون الجديد فقط على كل ما يستجد من احوال ، كان لدينا في نفس الوقت احوال متماثلة تماماً ، نعطي لها احكاماً مختلفة في زمن واحد ، مما لا يقبله المنطق . فمثلا زوجات متزوجات قبل عام ١٩٣٨ ، واخريات متزوجات بعد ذلك ، يعشن في بلد واحد وفي وضع واحد . ولكن تكون كل منهن خاضعة لاحكام تختلف عن الاخرى في حياتها لسبب واحد هو ان عقد الزواج قد جرى قبل أو بعد

---

(١) ربير المطول الابتدائي للحقوق المدنية ، ج ١ ص ١٠٩

(٢) بودري لاكانتينزي ، في بونكاز ، المرجع السابق ص ١٦٧

(٣) تنازع القوانين في الزمان . ج ١ ص ٥٦٥

القانون الذي رفع عن الزوجة ما كانت تئن تحته من قيود ، الامر الذى لا يقره عدل او منطق . وكذلك في حالة العمال في معمل واحد ، فمنهم من بدأ العمل قبل ١١ حزيران ١٩٤٦ ، ومنهم من بدأ بعد ذلك ، فلا يعقل ان يكون لكل منهم احكام تختلف عن الآخر ، من حيث ساعات العمل مثلاً او من حيث الراحة الاسبوعية ، او من حيث الحد الادنى للاجور .. ، الخ

والواقع في اعتقادي ان هذه الاسباب جملة تكمل بعضها بعضا ، وقد تضافرت حتى جعلت القضاء بعد الفقه لا يتردد أبداً في اقرار القاعدة المذكورة في الاثر المباشر للقانون .

ثانيا — عدم سريان القانون على الماضي

اما هذه القاعدة الثانية ، وهي عدم سريان القانون على الماضي ، فلا تصطدم مبدئياً مع الاولى بل تتناول عدم تطبيق القانون الجديد على ما تم من تصرفات ووقائع سابقة لصدوره ، فالحالات والاوضاع الحقوقية وما نتج عنها من مفاعيل وآثار كانت تمت وانتهت قبل صدور القانون الجديد ، تبقى معتبرة حسب احكام القانون السابق . وتقوم هذه القاعدة على الاعتبارات الآتية :

١ — ان العدالة تقضي بأن لا يشمل قانون يصدر اليوم ، اموراً قد تمت وقام بها اصحابها ، وفقاً لما امر به القانون السابق ، وليس من العدالة ان نسلب شخصاً ما اكتسبه من حقوق في الماضي ، وما حصل عليه من اموال وميزات تنفيذاً لما اجازه القانون ، وامتثالاً لاوامره ، لمجرد ان قانونا جديداً لاحقاً جاء يبدل ويعدل ما كان امر به المشرع بالامس .

٢ — بل ان المصلحة العامة ، التي توجب الاستقرار والاطمئنان في المعاملات والاعمال تقضي كذلك بأن لا يسري تشريع جديد على الماضي ، وما تم به ، حتى لا تضطرب المعاملات ، ويفقد الناس الثقة والاطمئنان على حقوقهم .

٣ — وأخيراً فان المنطق يقضي بذلك ، لان المنطق الحقوقي أوجب علينا ان

يعتبر القانون مصدراً ملزماً ، وانه يبقى مرعي الاجراء حتى يلغى ، وان على الناس طاعته . واذا كان من المفروض عدم الجهل بالقانون ، فليس من المفروض ، بل ليس من الممكن التنبؤ بـــه قبل صدوره ، ما دام لم يقل المشرع ، أو السلطة صاحبة القول بما يخالفه ؛ وما دام القانون الجديـد الذي لم يصل الى علم الناس لا يكون نافذاً الا بعد صدوره ، فكيف يجوز أن نقول لهم ان القـانون الجديد سيسري على ما قمتم به في الماضي وفقاً للقانون السابق ؟

وبالنظر لهذه الاسباب الجوهرية فان هذه القاعدة قد اقرتها اكثر الشرائع ، وادخلها بعضهم في صلب الدستور كما كان الأمر في بعض دساتير الثورة الفرنسية وكما حدث في مصر في المادة ٢٧ من الدستور السابق والمادة ١٨٦ من الدستور المصري الجديد التي اصبحت المادة ٦٦ من الدستور الموقت والتي تضمنت كما رأينا النص الصريح على عدم سريان احكام القانون على ما وقع قبل صدوره، بل ذهبت ابعد من غيرها من النصوص المماثلـــة حين استثنت من حق المشرع في النص الصريح بالخروج على هذا المبدأ وتشميل احكامه لما وقع قبله ، المواد الجنائيـــة التي يمتنـع على المشرع ان يشملها بحكمه الجديد ما لم يكن مخففاً للجزاء .

ثالثاً : حدود كل من القاعدتين ، او تحديد منطقة كل من التشريعين القديم والحديث في التطبيق .

اذا كانت القاعدتان المشار اليهما ، الاثر المباشر من جهة وعدم الاثر الرجعي من جهة اخرى ، تبدوان سهلتين بسيطتين ، وتطبيقهما غير عسير في الظاهر ، على اعتبار انه يجب التمييز بين الآثار الماضية للوضع الحقوقي وبين الآثار الحـــاضرة والمستقبلة ، وتطبيق احكام القانون السابق على الماضية ، والجديد على الحـاضرة واللاحقة ، فان التطبيق عملياً وفي الواقع صعب وعسير لأن كثيراً من الحالات والوقائع تمتد سواء في تكوينها وسواء في اثارها مدة من الزمن في ظل

التشريعين ، القديم والجديد ، بحيث تكون الصعوبة جدية في ترجيح احدهما .

فكثيراً ما قام الخلاف والجدل ولما يزل ، حول تعيين الحد الفاصل بين منطقة التشريعين عندما يراد تطبيقهما ، او بالاصح عندما يراد معرفة اي التشريعين منهما واجب التطبيق على مثل تلك الوقائع ؟ حتى قال فقيه كبير مثل مرلان Merlin انه : « لا توجد معضلة اصعب حلا منها في علم الحقوق . »

على أن هناك فرضية واحدة هامة قد لا تكون موضع شك او صعوبة ، وهي ما اذا كان العمل وآثاره او مفاعيله قد تمت نهائياً ، وانقضت بتمامها قبل التشريع الجديد . ففي مثل هذه الحال لا شك ابداً ان ما تم وفق قانون مرعي ، صحيح لا ينقض . واذا اردنا او اراد المشرع أن يشمل احكام القانون الجديد لما تم وانقضى ، يجب عند ذلك أن نقول أن هذا القانون ذو أثر رجعي . وقد رأينا ان الاصل عدم هذا الرجوع ، وان بعض الدساتير نصت على تقيد المشرع نفسه في بعض الاحوال حتى لا يشمل قانونه الجديد حالات او وضعيات سابقة . ويمكننا تصوير هذه الفرضية السهلة بالامثلة الآتية :

ـ باع شخص محاصيله من الحنطة إلى آخر ، ونفذ العقد في وقت لم يصدر فيه بعد قانون يمنع بيع الحنطة من غير الدولة ويحدد التصرف فيها ، ثم صدر مثل هذا القانون (كقوانين الميرة أو مكتب الحبوب مثلا) فان ما تم قبله من عقود صحيح ومعتبر.

ـ كذلك ، في ظل قانون نافذ ، أوصى شخص وفقاً لاحكامه ، بنصف ماله ، ومات ، ثم بعد ذلك صدر قانون جديد بعدم اجازة الوصية باكثر من الثلث ؛ فليس للورثة أو أصحاب العلاقة أن يمتنعوا عن صرف نصف المال الموصى به في وجهه المشروط ، ما دام الموصي قد توفي قبل صدور القانون الجديد المعدل . لأن هذا القانون لا يسري على حكم الوصية التي تمت وانتهى أثرها قبل صدوره ، ولأن الموصى له أصبح مالكاً للمال الموصى به بوفاة الموصي . وإذا تضمن القانون نصاً بمثل هذا السريان كان ذا أثر رجعي .

ـ والعكس كذلك ممكن ، فاذا أوصى شخص اليوم بنصف ماله ، أو أوصى بالثلث الجائز شرعاً ولكن لوارث ، لا يجيز الشرع الوصية له ، ثم مات وبعد ذلك صدر قانون يجيز الايصاء بأكثر من الثلث للوارث أو لغير الوارث ؛ فان الوصية السابقة لا تكون جائزة بأكثر من الثلث لغير الوارث ، ولا تكون جائزة البتة للوارث ، ما دام الموصى قد توفي في ظل القانون القديم ، ولا يصححها القانون الجديد .

ـ مثل ذلك ما لو كان شخص يملك حقاً لدى آخر ، ديناً ما مثلا ، أو تعهداً بعمل ، وجاء قبل ١٥ حزيران ١٩٤٩ ، أي تاريخ اعتبار القانون المدني الجديد نافذا ، وباع وتنازل عن حقه إلى شخص ثالث لقاء مبلغ من المال ، فان هذا التنازل بحسب أحكام المجلة السابقة ، لم يكن صحيحاً بين الطرفين ، إلا إذا توافرت شروط الحوالة المدنية ، وفي مثالنا فرضاً لم تتوافر ، ثم جاء القانون المدني الجديد فأجاز مثل هذه العقود أو البيوع ، فهل يستطيع المشتري للحق أو المتنازل له ، أن يحتج بأحكام القانون المدني الجديد ليثبت صحة عقده ؟ كلا : لأن العقد قد تم في ظل قانون لا يعتبره ، فلا يشمله القانون الجديد ولا يسري عليه ، وإلا كان ذا أثر رجعي يتنافى مع القاعدة .

ـ كذلك المتصرف الذي غرس أو بنى فوق أرض أميرية قبل عام ١٣٢٩ أي في ظل قانون الاراضي العثماني القديم ، فان غرسه وبناءه يصبحان ملكاً له يتصرف فيها كعقار ملك ، لا كأرض أميرية ، ثم صدر بعد ذلك في سنة ١٣٢٩ قانون التصرف في الأموال غير المنقولة العثماني ، على أن من يغرس أو يبني فوق أرض أميرية يكون غرسه وبناؤه أميرياً مثلها . فان هذا النص انما يتناول ما يبنى ويغرس بعد ١٣٢٩ ، ولا يتناول ما بني وغرس قبل ذلك وفقاً للقانون السابق ، كما لا يتناول ما جرى على هذه الابنية والغراس من تصرفات .

ـ كذلك فقد قضت محكمة التمييز السورية ، أن عدم تجزئة الاقرار بحسب أحكام قانون البينات ، الصادر عام ١٩٤٧ ، لا يسري على الاقرار الصادر في ظل احكام المجلة . لأن قانون البينات الجديد يتضمن القواعد الموضوعية والاجراءات الاصولية التي نظمها المشرع في هذا القانون المستقل ، ولأن هذا القانون لم يذكر نصاً صريحاً يجيز تطبيق احكامه على الحوادث التي سبقته ، مما يتحتم معه على القضاة ان يجتنبوا ، عند تطبيقه ، كل مامن شأنه أن يمس الحقوق التي تمت في ظل القانون القديم الذي هو دستور العمل حين وقوع الحوادث التي انبعثت عنها هذه الحقوق (١) . . .

في كل هذه الامثلة رأينا أن تكوّن الحالات والوضعيات الحقوقية قد حدث وتم قبل صدور القانون الجديد ، بحيث يكون كل تعديل لها ، بموجب احكام هذا القانون ، انسحاباً الى الوراء ورجوعاً على الماضي . ولكن الامر ليس دوماً بسيطاً بهذا الشكل ، فهنالك احوال وتصرفات واوضاع حقوقية تمتد في تكونها ، في نشوئها وزوالها ، ولا سيما في آثارها من الماضي الى الحاضر وربما تداخلت الى حد لا يمكن معه تطبيق احد التشريعين الا بالتأثير على نفاذ التشريع الآخر . مثلاً :

كانت سن الرشد بحسب احكام الشريعة الاسلامية ، على المذهب المفتى به ، غير محدودة بالتعيين ، وكان من الممكن أن يقضي القاضي باعتبار أن ابن الخامسة عشر أو الرابعة عشر أو من هو دون ذلك راشداً إذا صدقه ظاهر الحال ، ثم جاء قانوننا المدني فجعل سن الرشد القانونية ثماني عشر سنة كاملة ، فماذا يكون حكم الشخص الذي بلغ سن الرشد بحكم القانون السابق ثم غدا قاصراً بحسب القانون الجديد ؟ اذا لم نقل بتطبيق القانون الجديد ، نكون قد عطلنا أحكامه حتى

---

(١) محكمة التمييز السورية ، الغرفة المدنية ، قرار رقم ٢٩٩ ، تاريخ ١٤/٨/ ١٩٥٠ مجلة القانون ، عام ١٩٥١ ، عدد ١ ، قسم الاجتهاد القضائي ص ١ .

على المستقبل ، واذا قلنا بتطبيقه عليه فيغدو الشخص قاصراً بعد رشده ، فنكون كأنما قبلنا أن ينسحب أثره على الماضي .

وكذا اذا فرضنا أن قانوناً صدر بمنع الطلاق المباح بالقانون الحالي ، أو بقيده بشروط ضيقة ، فهل يطبق على الازواج المتزوجين قبله ؟

كذلك اذا القانون السابق يجعل التقادم ، اى مرور الزمن المسقط او المكسب للحقوق ، يتم بمضي مدة ما ، ثم صدر قانون جديد يزيد أو يقصر في المدة ، وكان شخص قد بدأ التقادم ولم يكمله بحسب القانون السابق ، فكيف يتم مدته ، أبحسب القانون الجديد ام بحسب القانون القديم ؟

في هذه الامور ، كما هو ظاهر ، وخلافا للأمثلة السابقة ، فان تطبيق القانون وسريانه على هذه الواقعات والاحوال التي بدأت ولادتها ، ونشأت في ظل قانون سابق ، ولكن مفاعيلها ونتائجها لم تتم حين صدور قانون جديد يعدلها ويبدل منها ، قلنا ان تطبيق احد القانونين يؤدي الى المساس بتطبيق الآخر . فإن طبّق القانون الجديد أثّر على الماضي ، وان واصلنا تطبيق القانون القديم الملغى نكون قد حلنا دون تطبيق القانون الجديد النافذ . فما هو الضابط في ذلك ؟

لم يتفق الفقهاء على حل في هذه القضايا ، وذهبوا مذاهب وشيع في البحث عن ضابط عام يمكن التغلب به على الصعوبة القائمة ، ومعرفة أي القانونين واجب التطبيق .

وعلينا أن نعترف ان ايجاد ضابط اكيد وثابت ، مايزال حتى اليوم كما ذكرنا ، صعباً وعسيرا .

ولم يذكر قانوننا المدني تحت هذا البحث كما اشرنا ،قاعدة اوضابطاً عاماً فيما عدا نص المادة ٦٦ من الدستور الموقت ، وقد اقتصر القانون المدني على ذكر بعض الاحكام التطبيقية في مواضيع معينة كما سنرى ، وهي مستقاة من النظريات الحديثة التي تبناها الفقه والقضاء المعاصر في افضل حلوله .

واذا تصفحنا ماقاله الفقهاء في هذا الموضوع يتضح ان هناك ضابطا تقليديا

هـاما ، كان في وقت ما يعتبر أفضل ماجاءت به النظريات الحقوقية ، ولكن مالبث أن ضعف وقامت الى جـــانبه مفاهيم جديدة أخرى على أساس القاعدتين السابقتين ، دون أن تبطل هـذا الضابط إبطالاً تاما ، بل لايزال له أثره في القضاء ، ولذلك فنحن نبحث أولاً الضابط التقليدي ، وثانيـاً نقد هذا الضابط والنظريات المقابلة له .

٢ ـ الضابط التقليدي . نظرية الحقوق المكتسبة[١]

منذ صدور القانون المدني الفرنسي ، وطوال القرن التاسع عشـــر ، ذهب الفقهاء الى ان الضابط الذي يحقق التوافق بين القاعدتين ، ويحدد ميدان تطبيق كل من القانون القديم والجديد ، ويبرر عدم سريان القانون الجديد على ماهو موجود من حالات حقوقية « وأوضاع وتصـــرفات ، هو النظر الى « الحقوق المكتسبة » قبل صدور القانون الجديد ، فلا يكون من شأن هذا القانون أن يمس الحقوق التي اكتسبت بشكل نظامي وقانوني ، حسب احكام القنون السابق . وقد تأيد هذا المبدأ قضائياً ، منذ القديم ، في فرانسة وفي مصر ، ونظرت المحاكم في قضائها من حيث شمول او عدم شمول القانون الجديد الى ما اكتسب من حقوق نهائياً : مما هو واجب الاحترام ولا يجوز مسه ؟ وسميت هذه النظرية بنظرية الحقوق المكتسبة .

أ ـ مفهوم هذه النظرية واسسها

ان مفهوم الحقوق المكتسبة تقليدي مدرسي ، فواضعو القانون الفرنسي قدأخذوا به في جميع المفاهيم الخاصة المنازعات والحلول التي أعطوهـا ، وان لم يرد لهذه النظرية نص صريح . ويقول روبيه ان هذا التعبير للحقوق المكتسبة ربما جاء من المحشين Gloussateurs او المقلدين ، الذين فرقو بين الحقوق

---

(١) راجع اوبري ورو ، المرجع السابق ، ج ١ ص ٩ وما بعدها ، بلا نيول وريبر المرجع السابق ، ج ١ ص ٩٥ ، بو نكاز المرجع السابق ص ١٦٧ . روبية المرجع السبق ، ج ١ ص ٣١٠ وما بعدها .

المكتسبة نهائياً ، وبين الحقوق الاجتماعية ، ولكن ثمة نظرية للحقوق المكتسبة لم تكن موجودة .

ومنذ أن صدر القانون المدني الفرنسي ، حاول فقهاء القرن التاسع عشر استخلاص هذه النظرية من الاحكام المبعثرة ، مستمدين مفهومها من نظرية قديمة في تنازع القونين من حيث المكان ، تقضي باحترام الحقوق المكتسبة .

ولكن ماهي الحقوق المكتسبة ؟

ميزوا ، اول ماميزوا ، لاظهار الحقوق المكتسبة ، بين الحق المكتسب Droit acqus ومجرد الامل Simple expectative ، فقالو : الحق المكتسب هو مادخل في ثروتنا ، كحق الوارث في تركة المتوفي ، والموصى له في وصية مات صاحبها . وقال آخرون ، هو مصلحة مالية تدخل في ذمة الشخص ، ويمكن الدفاع عنها بدعوى اودفع . اما مجرد الامل فهو الحق المحتمل ، الذي يأمل شخص ان يتمتع به عندما يقع ، او هو امنية عند الشخص قد تتحقق وقد لاتتحقق ، كوارث في تركة لميت بعد صاحبها ، او موصى له في وصية لم يمت بعد موصيها ، وينتهون الى القول ان الحق المكتسب واجب الحماية ولا يجوز مسه بالقانون الجديد وإلا أضحى القانون الجديد ذا أثر رجعي ، مخالفاً بذلك القاعدة الا ساسية . على العكس من مجرد الامل ، فان القانون الجديد لا يهتم به ، ويسري عليه دون أن يعد ذا أثر رجعي ، لأن الامل بهذه الصفة لايشكل عنصراً حقوقياً ايجابياً ثانياً ، وليست له قيمة الزامية أمام حكم القانون الجديد . وقد رأي الكثيرون من الشراح كما ذكره القضاء في كثير من أحكامه (١) . ولكن الحقيقة ان تحديد الحق المكتسب ومجرد الامل من

---

(١) فقد أصدرت محكمة التميز السورية المختلطة سابقاً ، قراراً مبدئياً خلاصته : « اذا كان القانون الجديد — بحسب المبدء العامه لعدم سريان القانون على ما قبله — لايمكنه أن يؤثر على الحقوق المكتسبة . إلا أنه — بالمقابل — يمكن ان يعدل من مجرد الامل الناجم عن اعمال او وقائع سابقة .

الامور التي لم يتم عليها الاتفاق . ويجب الاعتراف ان مثل هـذا التحديـد صعب وعسير ، حتى أن الاستاذ دو فاره‌ي سوميه ر De vareilles - Sommiéres في مقال له[1] ، قـد تحدى بأعظم فقيه أن يأتيه بتعريف مقبول لـكل من الحق المكتسب ومجرد الامل[2] . بمعنى أن التمييز الواضح بينهما غير موجود . ويو كد الاستاذ بلانيول ذلك بقوله[3] : انه لامجال للتحدي لان التفريق بين حق مكتسب ومجرد امل مصطنع وفاسد .

ومع ذلك فقد اراد الفقهاء ان يؤكدوا ان هناك معياراً متيناً ظاهراً لهـذا التفريق منذ أوائل القرن التاسع عشر ، فقال مرلان merlin وهو أول من بحث في هذه النظرية ، ان مايقصد بالحق المكتسب هو ذلك الحق الذي دخـــل في حوزتنا واصبـح ملكاً لنا يمكننا التمتع بد كيفما نشـاء ، ومثل على ذلك

= والحق المكتسب ، هو هذا الذي اصبح ملكاً للشخص وجزءاً من ثروته ، لايستطيـع آخر ان ينتزعه منه ، ويستطيع ان يتصرف فيه ويورثه .

أما مجرد الأمل ، فهو امنية واحتمال كان موجوداً عند الشخص حين أصبح القانون الجديد الزامياً ، ولكنه لم يدخل في ثروته العامة ويصبح جزءاً منها . وان القضاء اجتهـد واستقر بشكل ثابت أنه يعتبر من مجرد الامل الذي يخضع لحـكم القانون الجديد ، الحقوق التي تقوم على ارادة الشارع ورغبته ، كمثل السماح بالتصدير واعادته (قرار رقم ٧٩٤ تاريخ ٩٣١/٨/١٣ . الرئيس باروش مقرر ، في مجموعة صنيـج . ج ٣ ص ٢٤ و ٢٥) .

وبالاستناد الى ذلك ايضاً قضت محكمة التمييز السورية أنة : في حالة صدور قانون جديد يتضمن الغاء بعض طرق المراجعة المنصوص عنها في قانون سابق ، فان القانون الجديد لايطبق على الاحكام الصادرة في ظل القانون السابق الذي يفتـح أمامها تلك الطرق ، لأن حق المراجعة المتولد لمصلحة شخص ما ، لايمكن نزعه منه بقانون جديد (محكمة التمييز السورية ، أساس ٣٤٦ سنة ١٩٣٨ تاريخ ١٤ كانون الأولى ٩٤٨ ، مجلة نقابة المحامين بدمشق ١٩٤٩ ص ٨٤) .

(١) المجلة الانتقادية للحقوق والاجتهـاد Revue critique de Droit et de Jurisprudence سنة ١٨٩٣ ، ص ٤٤٠ ومابعدها .

(٢) نفس المرجع ص ٤٥٢ .

(٣) المطول الابتدائي للحقوق المدنية ، ج ١ ص ٢٠٣ .

بالحقوق الناشئة عن عقود ، أو وصية مات موصيها . وأوضح الفقيه زكريا Zscharia ان الحق يصبح مكتسباً عندما يكون غير قابل للنقض Un droit irrévocable . وعرفه دومولمب Demolombe بأنه الحق الذي اصبح ثابتاً لنا ، ولا يستطيع شخص آخر ان يسلبه منا. ويقول بودري لا كانتيري بأنه « المنفعة المملوكة لشخص والتي تكون جزءاً من ذمته ، ولا يمكن أن تنتزع منه من قبل أي شخص كان » (١) وبعبارة أخرى هو الحق الذي أصبح من الثبوت الى درجة يعتبر معها جزءاً من ثروة الشخص بما لا يقبل النقض . حتى ان روبيه يقول (٢) ان تعريف الحق المكتسب لم يعد مجهولاً ، فكلنا نملك فكرة واضحة عن هذا الحق . وقد مثلوا على ذلك بالارث والوصية فقالوا ان الوارث او الموصى له لا يستطيعان أن يحتجا بالقانون القديم وتطبيقه ، اذا جاء قانون جديد فعدّل من نصيب الوارث ، او المقدار المسموح بالايصاء به ، قبل وفاة المورث أو الموصي ، على اعتبار ان ذلك يبقى مجرد أمل . فقد يموت الموصى له قبل الموصي أو الوارث قبل المورث ، وقد يتصرف هذا بالمال في حياته فلا يبقى مايأخذ منه وارث أو موصى له الخ . . .

كذلك مثلا في التملك بالتقادم المكسب ، إذ يقضي القانون ان من وضع يده على مال لغيره بنية تملكه مدة خمس عشرة سنة يملكه بالتقادم ، فاذا أتم شخص هذه المدة من وضع اليد ثم صدر قانون جديد يزيد في المدة المذكورة الى ثلاثين سنة مثلا ، فان هذا القانون لا يسرى على الحادثة التي نحن بصددها لأن واضع اليد (أي المحتاز) قد كسب حق الملكية على المال قبل صدور القانون الجديد الذي يجب أن لا يمس الحقوق المكتسبة . أما اذا كان لم يتم بعد هذه المدة ، فان حقه لا يزال احتمالياً ومجرد أمل ، فقد لا يكملها ، لأسباب مختلفة ،

---

(١) راجع روبيه ، تنازع القوانين في الزمان ، ج ١ ص ٣١١ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق ، ص ٣٢٢ .

كتدخل المالك ومنازعته المال ، أو ترك المتصرف نفسه وضع اليد والحياة ألخ ... فصدور قانون جديد بتعديل تلك المدة وزيادتها يجعله سارياً على هذه الحادثة ، لأنه لا يقف إلا عند حد الحق المكتسب نهائياً ولا يحمي الآمال .

كذلك إذا عقد شخص عقداً في ظل قانون سابق ، كما لو اشترى عقاراً من آخر بحسب أحكام الشريعة التي لا توجب شيئاً من المراسيم والشكليات لتمام العقد ، ثم صدر قانون لا حق يوجب لصحة العقد ونفاذه أن يكون مسجلا في السجل العقاري ، واعتبر باطلاً كل عقد غير مسجل ، فان هذا القانون لا يسري على العقد الذي تم قبله لأن المشتري اكتسب بموجبه حقاً مكتسباً . ومثل ذلك ما لو كان العقد المعقود في حينه وبحسب القانون النافذ في وقته يجوز اثباته بالشهود ثم صدر قانون يمنع هذا الاثبات فانه لا يشمل العقد السابق لأن صاحبه اكتسب حقاً بذلك حين العقد . أما لو أوجب القانون أن تستمع الشهادة بشكل جديد يضمن سلامتها ولا يتقيد بظواهرها ، كما حدث في قانون البينات الصادر سنة ١٩٤٧ ، فان مثل هذا النص يسري على الشهادة من حيث طريقة سماعها ، لأنه لا يمس حقاً مكتسباً وهكذا . . (١) ولكن رغم هذه التطبيقات الفقهية والقضائية المستمرة ، فان نظرية الحقوق المكتسبة قد هوجمت في أواخر القرن الأخير ، ولا تزال تهاجم من قبل الفقهاء المعاصرين ، مهاجمة عنيفة طوحت بالكثير من قيمتها .

---

(١) وقد قضت محكمة التمييز الفرنسية :

« ان المستفيد من حكم بدائي قد جرى استئنافه . يملك حقاً مكتسباً لا يمكن أن يسلبه اياه قانون جديد يصدر أثناء المحاكمة الاستئنافية ، ولا يتعلق هذا القانون بالنظام العام ، مالم يظهر الشارع صراحة نيته بمخالفة عدم رجعية القوانين . وبناء على ذلك فان القانون الذي يمنع قبول دعاوى التعويض عن اضرار مسببة عن اعمال سابقة للحصول على شهادة الاختراع والذي لا يتضمن مايخالف رجعية القوانين لا ينطبق على الدعوى المقدمة قبل هذا القانون والمعروضة على محكمة الاستئناف ويحق للمدعي التذرع بحقه المكتسب في ظل القانون القديم . (محكمة التمييز الفرنسية ٣ ـ ٧ ـ ١٩٥٠ . مجلة المحامي اللبنانية سنة ١٩٥١ ص ١١)

ب - قيمة هذه النظرية وانتقادها

لقد عابوا على هذه النظرية عدداً من النواقص، وأخذوا عليها عدم الصلاح لأن تكون معياراً صالحاً كافياً لايجاد حل للتنازع ، كما رغب أصحابها . وهـــذه الانتقادات ، وأكثرها يمثل نظريات مقابلة لنظرية الحقوق المكتسبة ، هي الآتية :

أولاً — من قال بعـدم امكان تحديد الحق المكتسب وتفريقه عن مجرد الأمل قضى على هذه النظرية القائمة على هذا التفريق من أساسها . ويقول ريبر إذا اعتبرنا أن مفهوم الحق المكتسب صريـح وواضح في ذاته ، إلا أن ما أخذ بـــه القضاء كان غيرذلك.ولعل هذا الأخير لم يجد في مفهوم الحقوق المكتسبة إلا مارأى من المنطق والعدل قبوله أو ابعاده ، بحسب الحاجة والاعتقاد ، متستراً وراء الحق المكتسب دون أن يكون ذلك موافقاً للمفهوم التقليدي .

بل ربما استطعنا في الواقع أن نتصور للحق المكتسب مفهوماً مرناً ، أشبه بمفهوم النظام العام في بعض الأحيان ، ولذلك رأينا الفقهاء ، منذ فجر هـــذه النظرية ، يحاولون أن يفرقوا بين مفهوم الحق المكتسب المقصود بهذه النظرية ، وبين أمور أو حالات وأوضاع أخرى لا تدخل فيه وتساعد على تحديد الحق المكتسب والوصول اليه ، كما فعل مرلان مثلاحين فرق من جهة بين القـدرة أو المكنة أو الصلاحية Faculté وبين الحق ذاته ، فأوضح أن المكنة أو القدرة — كأهلية الشخص لاجراء التصرفات — ليست بذاتها حقـاً مكتسباً ، بل هي صفة تلازم الانسان ، أو قدرة يمنحه القانون إياها ليأتي عملاً أو يجري تصرفاً ، وهي بهذا الوصف لا تدخل في عداد الحقوق المكتسبة . كما فرق من جهة أخرى بين مجرد الامل الناشىء عن نص القـانون (كأمل الوارث في التركة أو احتمال التصدير) أو ارادة الشخص (كرغبة في اجراء عقد أو عمل ما) ، وبين الامل الناشىء عن ظروف أو احتمالات لا تدخل في ارادة الشخص (كالعقود الشرطية،

أو المسؤولية الناجمة عن العمل الضار) ، فاعتبر مجرد الأمل وحده هو الذي يخضع للقانون الجديد خلاف الأمل الثاني .

ثانياً — وأما من قال بامكان هذا التفريق ولم يعتبر هذا النقد كافياً ، (ويعتبر الاستاذ دوكي Duquit [1] من أشد المهاجمين للنظرية بهذا المعنى) فانه مع ذلك ينتقد هذه النظرية من جهتين هامتين : فيقول إنها في الواقع لا تشكل ضابطاً كافياً وتاماً من جهة ، وانها من جهة أخرى غير صحيحة أصلاً من الناحية العلمية .

١ — **انها لا تشكل ضابطاً صحيحاً لازماً كافياً** : ذلك لأنه بحسب نظرية الحقوق المكتسبة ، كما رأينا ، لا يمكن أن يكون للقانون الجديد أثر رجعي على الحق المكتسب ، أي — بحسب التعريف — على ذلك الحق النهائي القطعي ، الذي دخل في ثروة صاحبه وذمته نهائياً .

ولكن الحقيقة أن هناك حالات كثيرة أخرى لا تعتبر بحسب المعيار التقليدي المذكور حقاً مكتسباً نهائياً ، ومع ذلك لا يشملها القانون الجديد باتفاق الآراء . مثال ذلك :

الحقوق الشرطية أو المعلقة على شرط واقف — وهي الحقوق أو الحق الذي لا يترتب لصاحبه إلا إذا تحقق الشرط — كما لو تعهد شخص لآخر بدفع مبلغ من المال أو ببيع عقار له بثمن معين ، إذا هو سافر الى مكان ما . فهذا الحق ليس من الحقوق المكتسبة نهائياً ، بل هو بحسب مفهوم النظرية نفسها احتمالي . فقد يتحقق الشرط وقد لا يتحقق ، فيكون للمشروط له حق أو لا يكون . ومع ذلك فان القانون الجديد إذا جاء بأحكام يعدل بموجبها شروط العقد المذكور ، فانه لا يشمل هذا العقد باتفاق الجميع ، ورغم عدم وجود حق مكتسب نهائي .

---

(١) راجع مطول الحقوق الدستورية ج ٢ ص ١٩٩ وما بعدها .

مثل ذلك عقد الهبة قبل التسليم بحسب أحكام المجلة والشريعة الاسلامية ، قبل القانون المدني (١) أو مع بقاء حق الرجوع بحال من الأحوال ، فرغم أن المال الموهوب لا يصبح حقاً مكتسباً لانه غير قطعي ولا يعتبر جزءاً من ثروة صاحبه وذمته ، غير قابل للنقض حسب التحديد السابق الذكر ، فان القانون اللاحق بتعديل شروط الهبة وأحكامها لا يشمل العقد الذي جرى قبله .

ربما أمكن لأصحاب نظرية الحقوق المكتسبة أن يجيبوا على ذلك قائلين : أن هناك حقاً مكتسباً في أصل العقد أو الالتزام ، سواء في البيع المشروط أو في الهبة مع حق الرجوع ، بحيث يعتبر كل من البيع أو الهبة بذاتها ثابتاً في الذمة .

على أن هذا الرد رغم مافيه من وجاهة ، ودقة ومهارة ، يصطدم مع التعاريف الاصلية للحق المكتسب حين جعلت هذا الحق مايدخل في الذمة ولا يقبل النقض أو الرجوع ، وإن هذا الرد لا يكفي للدفاع عن النظرية .

وأخيراً فان العمل غير المشروع ، أو العمل الضار — وهو العمل الذي ينجم عنه ضرر للغير يوجب على المسبب إصلاحه والتعويض عنه — فان صفته مختلف فيها بين أن تعتبر كحق مكتسب أم لا . وفي كل حال وحتى لو اعتبرنا أن حق المتضرر بالتعويض الذي ينشأ بالعمل الضار ، إنما يتحدد بالحكم ، فان نظرية الحقوق المكتسبة لم تستطع أن تبرر تأثير القانون الجديد فيه .

ترى ، أفليس حق المتضرر من عمل غير مشروع ضد فاعله من حيث التعويض حقاً مكتسباً للمتضرر منذ حدوث الفعل الضار ؟ فكيف نبرر تأثير القانون الجديد على تقدير هذا التعويض إذا صدر بعد وقوع الفعل ؟

وبالمقابل فإن هناك حالات يمكن أن تعتبر بحسب هذه النظرية حقوقاً مكتسبة ومع ذلك يشملها القانون الجديد كما ذهبت أغلبية القضاء والفقه ، مثل سن الرشد ،

---

(١) أما القانون المدني فلم يعد يشترط التسليم في الهبة بل الزم الواهب بالتسليم كما هي الحالة في البيع (راجع المادة ٤٦١ من القانون المدني السوري) .

وصدور قانون جديد بزيادتها ورفعها ، فرغم أن الشخص يكون قد بلغ رشيداً بحسب القانون السابق ، يعود قاصراً بحسب قانون لاحق، مما يتنافى ونظرية الحقوق المكتسبة ، ومما تعجز هذه النظرية عن تبريره .

كذلك مثلاً ماذا كان القانون ـ كما هي الحال عندنا ـ يمنع على الولد الطبيعي أن يدعي ببنوته الطبيعية على أبويه، ثم صدر فيما بعد قانون يجيز هذه البنوة وإثباتها ، فان نظرية الحقوق المكتسبة غير كافية لتعليل شمول هذا القانون لهذه الحال التي تعتبر بمثابة حق مكتسب للوالد .

وقل مثل ذلك أخيراً ، في تشميل القانون الجديد للاوضاع أو العقود السابقة لنشره عندما تكون المبادىء والقواعد العامة التي حواها منبعثة عن مبادىء العدل الاجتماعي (١) .

٢ ـ وفضلاً عن ذلك فان هذه النظرية كما يقول المنتقدون ، غير صحيحة من الناحية العلمية (٢) ذلك لانها تبتعد عن لب الموضوع وجوهره ، وتقف عند بحث آثاره فقط . وفي الواقع ، فان قوانين جديدة يمكن أن تشمل ماقبلها دون أن تؤثر على الحق المكتسب ، كما هي الحال في القضايا الجزائيـــة ، حيث ثبت مبدأ تشميل الاحكام الجزائية لما سبق عندما تكون مخففة للعقوبة ، دون أن تؤثر في الحقوق المكتسبة للناس والافراد أو كما هي الحال في النصوص المتعلقة بالوصف أو التعريف ، كتعريف البيع ، أو المقايضة ، أو تحديد مفهوم الالتزام ، أو الفرق بين المقاولة وعقد العمل .. فان هذه المواضيع لامجال لاعطائها إحدى

---

(١) راجع تمييز لبنان ، رقم ٢٤ تاريخ ٢٢ نيسان ١٩٣٨ ، المجموعة المختلطة ج ١ ص ١٢٣ ؛ راجع كذلك استئناف لبنان ، رقم ١٥١ تاريخ ١٠ ـ ١٢ ـ ٩٤٠ وبداية بيروت الغرفة المدنية الثالثة ،رقم ٤٧ تاريخ ١٨ كانون الثاني ٩٥٠ مجموعة شاهين حاتم ، ج ٥ ص ١٤ مع تعليق .

(٢) راجع رويه ، المرجع السابق ،ج ١ ص ٣٢١ وما بعدها ؛ بونكاز ، المرجع السابق ص ١٦٩ وما بعدها ، ريبر ، المرجع السابق ص ١١٠ وما بعدها ..

صفتين ، الحق المكتسب أو مجرد الامل ، بل هي مواضيع وصفية أو استنتاجات قانونية من واقع فعلي ، تشملها القوانين الجديدة في كل حال . وبالمقابل ، فانه من المتفق عليه أن تشمل قوانين جديدة أحوال سابقة وتطبق على المستقبل ، ولكنها مع ذلك تمس الحقوق المكتسبة وتؤثر فيها . مثلا الغاء الرق ، الغاء الحقوق الاقطاعية ، وربما كذلك الغاء حق الشفعة (١) . على اعتبار ان هذه الاحوال والاوضاع سواء الفت حقوقا مكتسبة أم لم تؤلف ، لايصح ان ينظر اليها من هذه الزاوية فقط اي من حيث إحدى الصفتين ، وإنما يجب أن ينظر اليها قبل ذلك من زاوية المجموع والمجتمع . كما أن بعضهم يذهب إلى القول أن الحق الذي يمنحه القانون ، كحق الشفعة ، الذي كان يمنحه القانون للشريك في أن يأخذ لنفسه الحصة أو العقار المبيع رغماً عن المشتري ، يستطيع هذا القانون في نص جديد أن يمنعه ، أو يرجع عن منحه لانه هو مصدر هذا الحق ويكون هذا المنع ، أو رفع المنحة ، مطبقاً على كل ماهو قائم من حالات . ونستطيع أن نقيس على ذلك سائر الالتزامات التي ليس لها مصدر الا القانون .

هذه هي مجمل الانتقادات الموجهة إلى النظرية التقليدية في الحقوق المكتسبة ويضيف ريبر إلى ذلك أن هذه النظرية مضطربة لانها تخلط بين امرين :

١ — انها تعتبر أن مفهوم الحقوق المكتسبة يشمل كل المكنات والميزات Pouvoirs et prèrogatives التي كان يتمتع بها الاشخاص بحسب القانون السابق ، في حين أن هناك حقوقا يجب أن تميز عن المكنات ، أي عن الصفات والميزات القانونية . مثلا القوانين المتعلقة بالاهلية من حيث السن والصفات

(١) على ان الغاء حق الشفعة عندنا — خلافاً لمصر ولبنان — كان ، لعدم ورود نص في القانون المدني الجديد يجيزه . وتطبيق ذلك حتى على الدعاوى القائمة . وقد اعتبرته بعض المحاكم من نوع مجرد الامل ، على اعتبار ان صاحب حق الشفعة لايكتسبه الا بالحكم المبرم الذي هو موجد ومنشىء له (محكمة استئناف دمشق اساس ١٦٦ سنة ١٩٤٩ تاريخ ٥ تموز ١٩٤٩ مجلة نقابة المحامين بدمشق ١٩٤٩ ص ٢٧٨ .

الأخرى ، أو بوضعية الفرد في العائلة كولاية الوالد وقدرته أو نسبه . . الخ . . فإنها رغم اعتبارها من قبل البعض حقوقاً مكتسبه ، ليست في الحقيقة سوى صفات ، ولا يجب أن تعتبر حقوقاً .

٢ — انها تخلط كذلك بين الحق في ذاته وبين الطريقة التي تكتسب فيها الحقوق أو تنشأ بسببها ، فمثلا حق الشفعة ، والتقادم أو مرور الزمن الخ . . . هل تعتبر حقاً بذاتها ، أم طريقة لاكتساب الحق ؟ إن نظرية الحقوق المكتسبة تخلط بين الطريقة والحق في ذلك .

ومهما يكن الأمر فان النظرية التقليدية في الحقوق المكتسبة لم تعد تلاقي ما كان لها من مكانة وصدى في الماضي ، كمعيار مثالي ، ومقياس صحيح ، لرجعية القانون أو عدم رجعيته ، بسبب ما ذكرنا من انتقادات . لا سيما وإن هذه النظرية ذات الروح والأساس الفردي ، تصطدم اليوم مع ما يسود الحقوق الحاضرة من أفكار واتجاهات اشتراكية واجتماعية ، تضحي على مذبح المنفعة العامة ومصلحة المجتمع ، حقوق الفرد ومنافعه الشخصية إلى حد لم يعد معه للحق المكتسب تجاه حقوق المجموع ومصلحة الدولة قيمة تذكر .

ومع ذلك فان نظرية راسخة كنظرية الحقوق المكتسبة لم تك لتهمل وتزول في النظام الفردي الحاضر للحقوق ، وفيها من الحقائق والمنطق الشيء الكثير . ولهذا فقد ظلت المحاكم حتى اليوم تستند إلى وجود حق مكتسب أو عدم وجوده لتحترمه قدر الامكان . ولكن مفهوم هذا الحق أصبح من المرونة والتهلهل ما يختلف كثيراً عن النظرية التقليدية السالفة الذكر .

وقد اضطرت النظرية التقليدية لتساير التطور والحاجة ، الاعتراف بضرورة إقرار بعض الاستثناءات للقاعدة التي وضعتها ، بعدم سريان القانون على الحقوق المكتسبة . وهذه الاستثناءات هي :

٣ ـ الاستثناءات من النظرية التقليدية

أ = النص الصريح:

فقد ذكرنا في فاتحة البحث ، أن موضوع تنازع القوانين في الزمان ، وقاعدة عدم المفعول الرجعي ، تثار في كل مرة لا يكون هناك نص صريح في القانون بانسحاب احكامه على الماضي . أما إذا نص المشرع صراحة على سريان التشريع على الماضي فانه يشمل كل الحادثات السابقة ، ولو كانت حقوقاً مكتسبة . ولأن القاعدة بعدم سريان القانون على ما سبق ، انما تقيد القاضي لا المشرع ، وليس في دستورنا السوري ما يمنع السلطة التشريعية من سحب قانونها على الماضي . حتى أن المادة (٢٧) من الدستور المصري السابق ، وكذلك المادة ١٨٦ من الدستور المصري الجديد ، التي اصبحت المادة ٦٦ من دستورنا الموقت حينما نصت على عدم رجعية التشريع ، أردفت قائلة ما لم يكن منهياً عن ذلك بنص صريح .

وإذا كان للمشرع أن يشمّل أحكام قانونه ، احوالا حقوقيه ، وحالات قانونية سابقة على نشره ، فان من المسلم به وجوب عدم استعمال هذا الحق الخطير إلا عند الضرورة القصوى ولداع يتطلبه الصالح العام ، بل إن كثيراً من الفقهاء والحقوقين قد انتقدوا هذا الحق الذي يعترف بـه للمشرع ، وتساءلوا ألا يجب أن تكون هناك قاعدة دستورية ملزمة للقاضي والمشرع معاً ؟ (١).

وأمثلة شمول القانون أحوالا سابقة بنص صريح كثيرة نذكر منها :

في قوانين تمديد الايجارات وتحديد بدلات الاجرة ، التي صدرت تباعاً في سورية أثناء الحرب العالمية الثانية وبعدها ، فقد نصت اغلبها على تنزيل الاجرة عن مدد سابقة لصدورها واجازت استعادة ما دفع زيادة ، مشمّلة بذلك احكامها لما تم في الماضي .

(١) بونكاز . المرجع السابق ص ١٦٦

كذلك قانون العمل الصادر في حزيران عام ١٩٤٦ الذي نص على وجوب انسحاب آثاره من حيث التعويض خمس سنوات قبل عام ١٩٤١ .

وأخيراً قانون الاصـــلاح الزراعي في سورية الصادر عام ١٩٥٨ فقد قضى كذلك على انسحاب بعض اثاره على الماضي وما تم فيه من عقود وحقوق مكتسبة الخ ...

ومع ذلك فان المادة ٦٦ من دستورنا الموقت لم تجز للمشرع أن يشمل حكمه الجديد لمواد جنائية سابقة عندما لا تكون في مصلحة المتهم كما قيدت المشرع في حالة تشميل قانونه للماضي أن يكون ذلك باكثرية ثلثي اعضاء مجلس الامة .

ب — النظام العام والآداب العامة :

لقد لاحظنا في دراستنا الاولى في المـــذاهب والنظريات الحقوقية العامة أن الاتجاهـات الاجتماعية تتجلى وتزداد فيما سمي بالنظام العام . وفي النظرية التي نحن بصددها ، فانه لايصح لفرد ان يدعي بحق مكتسب ، ليمنـع تطبيق حـكم قانون جديد يعتبر من النظام العام . وعلى هـــذا فان احكام القانون الجديد تسري على ماهو قائم من اوضاع وجدت في الماضى اذا كان هـذا القانون او تلك الاحـكام من النظام العام أو الآداب العامة ، حتى ولو لم يتضمن نصاً صريحاً يقضي بذلك .

وقد أراد البعض ، تمسكاً بالروح الفردية والحقوق الشخصية ، ان يميز بين الحقوق المتعلقة بالاحوال الشخصية والعائلة ، حيث يطبق القانون الجديد الذي له صفة النظـــام العام اطلاقاً على الماضى ، وبين الالتزامات والحقوق التعاقدية او المعاملات ، حيث يجب ، برأي هذا البعض ، التفريق بين النصوص الموضوعة لحماية مصلحة عامة ، كمثل القانون الصادر على المفوضية العليـا بالقرار رقم ١٩ في قام ١٩٣٩ المتعلق بتأجيل الديون ، او تحديد سعر الليرة الذهبية في استيفائهـــا والخ . . . من جهة ، وبين النصوص المعتبرة من النظام العام ، ولكن لحماية مصلحة خاصة من جهة أخرى ، كمثل تنزيل بدل الفائدة في العقود ، فان القانون الجديد

لايسري عليها . ولكن هذا الرأي آخذ بالضعف يوماً بعد يوم ، امام تيار الافكار الاجتماعية والروح الاشتراكية الجارف ، والتي بحسبها يشمل النظام العام كل ماله مساس بحياة الدولة واقتصادياتها على اوسع مدى .

ويدخل تحت النظام العام أمور كثيرة ومفاهيم متعددة ، لامجال لبحثها هنا . وجدير بالذكر أن تحديد مفهوم النظام العام ومداه ، غير قطعي بعد ، وهو يقوم قبل كل شيء على ما يأمر القانون به اوينهي عنه بنص صريح يفيد الالزام ، اوعلى الاحكام ذات الصلة المباشرة والوثقى بكيان الدولة السياسي او الاقتصادي او الاجتماعي . ويعتبر من النظام العام المتصل بكيان الدولة السياسى كل قاعدة او نص يتناول نظام الحكم ، وأمن الدولة ، وبصورة عامة جميع الاحكام المتعلقة بسيادة الدولة وادارة خدماتها كما تنظمها الحقوق العامه من دستوريه وادارية .

ويعتبر من النظام العام المتصل بكيان الدولة الاقتصادي كل ما يتعلق بالنظام الاقتصادي في الدولة ، في التصدير والاستيراد ، ومراقبة العملة والرساميل والانتاج والخ . . .

ويعتبر من النظام العام الاجتماعي القواعد والاحكام التي تمس كيان العائلة ، او حياة المجتمع في مقوماته ومعتقداته . . مما يضعف تحديده سلفاً .

واما من حيث الاحكام المدنية والتجارية التي لا تتعلق بالكيان السياسي او الاقتصادي او الاجتماعي مباشرة ، اولا تدخل في مقتضياتها بشكل مباشر فان تقدير اعتبارها داخلة في النظام العام من الامور الدقيقة والصعبة التي تعود الى القاضي ، آخذاً بعين الاعتبار صلتها بالأسباب السابقة وتأثيرها على الحياة العامة ، واهمية كل ذلك .

وهكذا مثلاً اعتبرت بعض المحاكم السورية[1] ان اعطاء القانون المدني الحالي

---

(١) المحكمة البدائية المدنية بدمشق. الغرفة اولى ، دعوى رقم اساس ١٧٧ سنة ١٩٥٠ قرار اعدادي مؤرخ في ١٣ تموز ١٩٥٠ (غير منشور) .

للقاضي حق تعديل الشرط الجزائي في العقد (١) الذي لم يكن ممنوحاً له في الماضي، من النظام العام، وبالتالي فان هذا الحق الذي منح للقاضي يسري على العقود السابقة له، والمعقودة قبله.

واما الآداب العامـــة، فانها تلك القواعد التي تتعلق بالاخلاق والسلوك الاجتماعي بحسب تقاليد الناس ومفاهيمهم الاخلاقية، ولا تخرج في مجموعهـا، ومن حيث تحديد مضمونها وشمولها وتقدير ذلك من القاضي عما ذكرناه بالنسبـة للنظام العام، وهي تتفق من حيث الحـكم معه في كل شيء.

والجدير بالذكر ان المشروع التمهيدي (في المـــادة ٧) وكذلك المشروع النهائي (في المادة ٦) من مشروع القانون المدني المصري، قد اوردا نصاً عامـاً للتنازع، تضمن في آخره استثناءً صريحاً من قاعدة عدم شمول القانون ما قبله، عندما يكون القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام والآداب العامة. واذا كان القانون في نصه النهائي، لم يتضمن هذا النص العام، لحذفه في مجلس الشيوخ المصري بسبب وروده في الدستور المصري، فان حكمه يعتبر قائماً وموجوداً (٢).

ج - قوانين الاصول والاجراءات

ويذهب البعض الى القول ان قوانين الاجراءات او اصول المحاكمات الـتي لا تتناول سوى تنظيم أحوال القضـاء، او رؤية الدعاوى أمامه، تعتبر الى حد ما، وبقدر ما تتصل بالنظام العام، من هذا القبيل، ولو مست حقوقـــاً مكتسبة. وعلى هذا، فالدعاوى القائمة، التي لم يفصل فيها بحـكم في الاساس تشملها قوانين الاصول التي تصدر أثناء رؤيتها، لان هذه القوانين تتعلق بالنظام

(١) والشرط الجزائي في العقد هو اشتراط المتعاقدين بتحميل المتأخر او الناكل منهما عن اجراء مضمون العقد تعويضاً مقطوعاً، كجزاء تقدي لمصلحة الطرف الآخر، متفق عليه سلفا.

(٢) راجع ما سيأتي ص ٣٢٢

العام في الأصل ، وتتناول طرق الوصول الى تطبيق احكام القانون الاساسية ، ولا تمس مبدئياً ، أصل الحق وأساسه (١) .

ومع ذلك ، فان هذا المبدأ العام تعتريه كثير من القيود ، وترد عليه بعض الاستثناءات ، وربما اختلف في بعض نقاطه التطبيقية ، مما لا مجال للتوسع فيه (٢)

د - القوانين والاحكام التفسيرية .

كذلك يعتبر غير خاضع لنظرية الحقوق المكتسبة ، وقاعدة عدم شمول القانون لحوادث واوضاع حقوقية بدأت قبله ، القوانين ذات الصبغة التفسيرية ، التي توضح وتفسر تشريعاً سابقاً ، فان لها أثراً فورياً ومباشراً على تلك الحوادث والاوضاع ، ما دامت احكامها من قبيل تفسير نصوص سابقة ، غامضة او ناقصة غير منصوص عنها أصلاً .

---

(١) راجع تعريف الاصول ، وطبيعة قوانينها . والتنازع الزمني فيها ؛ الدكتور اسعد المحاسني. الوجيز في اصول المحاكمات المدنية ١٩٥٥ ص ٢٤ ـ ٣٦ .

(٢) راجع روبيه Roubier تنازع القوانين في الزمان ، ج ٢ ص ٦٨٥ ومابعدها وعلى هذا الاساس فقد قضت محكمة التمييز السورية المختلطة مثلا في قضية جزائية انه : « لئن كانت القوانين الاصولية تطبق فوراً منذ صدورها ، حتى على الوقائع والحوادث السابقة لها ، لانها لاتخالف حقاً مكتسبا ولاتهضمه ، وانما تستهدف فقط تعيين السبيل الصحيح للوصول الى الحق ، الا أنه لابد من التحري ماذا كان تبدل الاختصاص قد حدث قبل او بعد وضع يد المحكمة على الدعوى والسير فيها .

ومن حيث ان الاجتهاد قد ثبت على ان تبديل الاختصاص اثناء رؤية الدعوى من قبل المحكمة لايبطل اختصاصها ، ولايكون واجب التطبيق . الخ » ثم ذكرت المحكمة بالاستناد الى ذلك اراء الفقهاء الفرنسيين امثال لابوردوكارو وغيرهما (قرار رقم ٦٠٩ تاريخ ٧ ـ ١٠ ـ ٩٣٦ مجموعة صنيج ، ٤ ص ٨١) .

في حين ان احكاما اخرى ، بل يمكن القول ان الاجتهاد قد استقر على العكس (راجع روبيه Roubier . تنازع القوانين في الزمان ، ج ٢ ص ٦٤٠) على وجوب تحويل الدعوى التي هي قيد الرؤية ولم يصدر بها حكم بعد ، الى المحكمة المختصة بحسب القانون الجديد . وبمجرد=

ويبدو أن هذه القاعدة قديمة جدا ، عرفت في التشريع الروماني[1] وازدادت انتشاراً في القرون الوسطى ، وفي عهد الثورة الفرنسية ، حيث حصر التفسير بالسلطة التشريعية [2] .

في الحقيقة ، أن القوانين التفسيرية لا تستهدف سوى ايضاح ما غمض من نصوص قائمة ، وبيان ما اغلق من معـــان وأحكام ، فهي في الأصل لا تأتي بحكم جديد حقاً ، وانما توضح ما يمكن أن يكون قد خفي على الناس والقضاء من تعابير النصوص القديمة وأحكامها ، انها تعلن ما كان موجوداً [3] . ولهذا كان من الواجب أن تطبق أحكامها على أحكام القانون السابق ، والحوادث الجارية في ظله ، كأنما هي صادرة معه ، ومن تاريخ صدوره .

وإذا كان من السهل التحقق من الطبيعة التفسيرية لقانون يصدر وهو يتضمن

= صدور هذا القانون ، وحتى في القضايا الجزائية ، مادام هذا التحويل لايؤدي الى تشديد العقوبة او مادام ارحم للظنين (روبية ، المرجع السابق ج ، ص ٦٤١) .

كذلك مثلا ماقضت به محكمة التميز السورية فيما يتعلق بطرق المراجعة فقالت : « من حيث انه في حالة صدور قانون جديد يتضمن الغاء بعض طرق المراجعة المنصوص عليها في قانون سابق ، فان القانون الجديد لايطبق على الاحـكام الصادرة في ظل القانون السابق ، الذى يفتح اما مها تلك الطرق . لان حق المراجعة المتولد لمصلحة شخص ما ، لايمكن نزعه منه بقانون جديد . » (محكمة التمييز السورية ، رقم اساس ٢٤٦ سنة ١٩٤٨ تاريخ ١٤ كانون الاول سنة ١٩٤٨ ، مجلة نقابة المحامين بدمشق ١٩٤٩ ص ١٤٨ ،

على ان هذا الاجتهاد . يتفق الى حد ما مع ما استقر عليه الاجتهاد والقضاء في اكثر البلاد من اعتبار طرق المراجعة بالنسبة الى حكم ما ، هي الطرق المنصوص عنها في القانون النافذ حين صدور هذا الحـكم لا الطرق التى كانت موجودة اثناء رؤية الدعوى ، بحسب القانون النافذ قبلاً ، ولا الطرق التي ينص عليها قانون لاحق بعد صدور الحـكم (روبية ، المرجع السابق . ج ٢ ص ٧٢٦ - ٨٢٨) .

راجع نصوص المشروع التمهيدي ، فيما سيأتي ص ٤٠٠ .

(١) فقد اعتبرها القانون الجديد Novelle لجوسيثيان من الامور المقبولة بداهة .

(٢) راجع روبيه المرجع السابق ، ج ١ ص ٤٦٣ ـ ٦٥ « .

(٣) راجع روبيه ، المرجع السابق ، ج ١ ص ٤٦٨ .

صراحة أنه تفسير لقانون أو نص سابق ، وهـذا ما أطلق عليه اسم الرجوع التشريعي Le référé legislatif لتفسير القانون ، أو التفسير التشريعي L'inteprétation legislative ، فيكون له مفعول وأثر يعود الى تاريخ القانون أو النص المفسَّر ، فان الامر ليس كذلك بالنسبة للقوانين أو النصوص التي لا تحمل هذا الطابع صراحة ونصاً . ويبقى تحديد طبيعة النص الجديد ، أهو تفسيري معلن ، أم أصلي منشىء ، أمر صعب ودقيق (١) .

---

(١) فقد حدث مثلا في القضاء السوري مؤخراً ، ان اختلف في تعيين طبيعة نص المادة ٣ من القانون المدني السوري التي تنص « تحسب المواعيد بالتقويم الميلادي ، مالم ينص القانون على غير ذلك » .

فقد كانت احكام المادة ١٦٦٠ من المجلة تنص على عدم سماع دعوى الدين والوديعة والملك والعقارات والميراث الخ . . بعد ان تركت خمس عشر سنة . دون ان تذكر نوع السنة او عدد ايامها . وقد قام الخلاف في الماضي ، في الفقه والقضاء العثماني والسوري ، ولاسيما بعد ان صدرت قوانين وقرارات مختلفة في عهد الدولة العثمانية وعهد الانتداب آخذة بالاحكام والقوانين الغربية . وربما احياناً بالتقويم الشمسي ، لقد قام الخلاف على كيفية حساب مدة التقادم هذه ، وهل تحسب بالسنة الشمسية اوالقمرية ؟ وصدرت قرارات متعددة في هذا الموضوع كانت بمجموعها اميل الى السنة القمرية في تطبيق المادة ١٦٦٠ من المجلة ، واقيمت دعاوي بعد مرور ١٥ سنة هجرية . وقبل انقضاء ١٥ سنة ميلادية ، وبينما كان الطرفان يتناقشان في سماع الدعوى ، صدر اثناء ذلك القانون المدني الجديد بالنص المشار اليه : فبينما ذهبت المحكمة البدائية المدنية بدمشق الى اعتبار ان هذا النص يشمل تلك الدعوى . ولو كانت سابقة له ، وحادثة قبله . على اعتبار انه جاء موضحاً لما غمض من نص المجلة المرعية قبله ، ومفصلا لما لم تفصله (راجع قرار المحكمة البدائية بدمشق ، الغرفة الاولى ، قرار اعدادي ، رقم اساس ١٢٣ تاريخ ٤/٢٧/ ١٩٥٠) اذا بمحكمة التمييز السورية ، تذهب في قضية اخرى الى اعتبار ان حساب المدة يجب ان يجري في الماضي وفقاً لاحكام المجلة التي اخذ بها الاجتهاد السابق . اى بالسنة الهجرية وان يجري منذ صدور القانون المدني ، وبحسب احكام المادة الثالثة ، بالسنة الميلادية ، لاكمال المدة الباقية . :(الغرفة المدنية اساس ٧٨ قرار ٥٢ . تاريخ ١٩ آذار ١٩٥١ ، مجلة نقابة المحامين بدمشق ٩٥١ ص ٣٣٥ ، مجلة القانون ١٩٥١ ص ٢٥١) اي ان محكمة التمييز جعلت للنص الجديد مفعولا مباشراً من تاريخه ولم تعتبره تفسيرياً . ونحن اميل للاعتقاد بل والجزم بخطأ هذا الاجتهاد .

وفيما عدا التفسير التشريعي الصريح ، فانه يعود للقاضي أن يستنتج من روح النص ، ومن مجموع أسبابه الموجبة وأحكامه ... والخ ... طبيعة النص وصفته ، تحت رقابة محكمة التمييز العليا [1] (أي محكمة النقض) .

وقد حاول بعض الفقهاء ان يوجد معياراً للنص التفسيري ، فذكر الاستاذ رواست Rouaet مثلا أن بالامكان استخلاص صفة التفسير للنص من غاية المشرع الذي يرغب في بقاء النص السابق ولكن مع ايضاحه ، او من حالة وجود خلاف في الاجتهاد القضائي على تفسير وضع أو نص في تشريع ما ، ثم يأتي نص جديد يتبنى اتجاهاً من هذه الاتجاهات ؛ وأخيراً في الحالة التي يكون فيها النص الجديد عاما ، كالنص السابق ، ولكنه أشمل للحالات والآثار [2] .

٥ — النصوص والاحكام المتضمنة عقوبات [3] :

من المبادىء المسلم بها ، أن الاحكام الجديدة التي تتضمن نصوصاً وعقوبات جزائية تسري وتشمل الماضي بقدر ما هي نافعة في مصلحة المتهم او المدعى عليه ،

---

(١) وهكذا مثلا ذهبت المحكمة البدائية بدمشق (الغرفة الاولى ، قرار اساس ٢٢٩ سنة ١٩٥٠ المؤرخ ٣٠ آذار ١٩٥٠) الى قبول الدعوى المنصوص عنها بالمادة ٢٣٧ من القانون المدني والمسماة في الحقوق الحديثة بالدعوى البوليسية او البوليانية (نسبة للفقيه الروماني بولوس) الممنوحة للدائن بابطال تصرفات مدينة التي تفقره أو تحول دون استيفاء الدائن تمام الدين ، ولو كانت هذه التصرفات جارية قبل القانون المدني ، على اعتبار ان هذه المادة قد جاءت موضحة ومفسرة لاحكام الفقه ...! وهذا مانعتقد انه غاية مايمكن ان يصل اليه القضاء في التوسع في اعتبار النصوص تفسيرية وتشميلها للماضي .

(٢) في مقال له دالوز الاسبوعي ١٩٢١ — ١ — ١٢١ . مذكور في رويه ، المرجع السابق ج ١ ص ٤٩٠ ، بل ان الاستاذ رويه ذهب أكثر من ذلك واكد ان الصفة التفسيرية للنص الجديد يمكن أن تستخلص عندما يكون التشريع السابق مما يمكن للقضاء ان يجتهد به ، ولو لم يكن النص موجوداً أو كافياً ، اي لمجرد كون النص محل اجتهاد . (المرجع السابق ج ١ ص ٤٩٢) .

(٣) راجع الدكتور عبدالوهاب حومد ، الحقوق الجزائية العامة ١٩٥٦ ص ١٩٦ — ١٩٧ .

سواء من حيث جرمية الفعل . وسواء من حيث العقوبة . وقد رأينا ان الارادة السنية المؤرخة في ٢٥ ربيع الآخر ١٢٨٩ ، والقانون الصادر في ٢ جمادى الآخر ١٣٢٩ والمرسوم التشريعي رقم ٥ تاريخ ١١ شباط ١٩٣٦ المعـــدل بالمرسوم التشريعي رقم ٥٩ تاريخ ٢٦ أيار سنة ١٩٤٣ (١) ، قـد نصت جميعها على عدم شمول القانون ماقبله ، مستثنية من ذلك الأحكام القانونية المعفية للجزاء ، او المخففة للعقوبات بما هو أرحم للمدعى عليه . وقد استمر التشريع والقضاء ، مطبقين لهذا المبدأ بكل أمانة ، حتى جاء قانون العقوبات السوري المؤرخ في ٢٢ حزيران ١٩٤٩ فأكـده بالمادتين ٣ و ٨ منه اللتين نصتا على ان « كل قانون جديد يعدل في شروط التجريم تعديلا ينفع المدعى عليه ، او يلغي عقوبة ، او يقضي بعقوبة أخف ، يطبق على الجرائم المقترفة قبل نفاذه ، مالم يكن قد صدر بشأنهـا حكم مبرم » مما لم يبق معه مجال لشرح وتعليق .

هذه هي الاستثناءات العامة للقاعدة التقليدية التي قيدت من اطلاقها ، وسنرى الآن ماهي التطبيقات التي نص عليها القانون المدني الجديد في تنازع القوانين من حيث الزمان .

٤ ـ التطبيقات القانونية لتنازع القوانين في الزمان

لقد أشرنا فيما سبق (٢) الى أن القانون المدني الجديد لم يأت في نصه النهـائي ـ تحت عنوان « تنازع القوانـين من حيث الزمان » في فصل « تطبيق القانون » ـ بنص عام يتعلق بهذا التنازع .

غير ان المشروع التمهيدي والنهائي للقانون المدني قد تضمنا نصاً عاما في ذلك (٣)

---

(١) راجـع ماسبق ، ص ٢٩٠ .

(٢) ص ٢٩١ .

(٣) فقد نصت المادة ٧ من المشروع التمهيدي انه « اذا نسخ قانون جديد قانونا سابقاً عليه ، فان القانون المنسوخ يظل مع ذلك ساريا على الروابط والحالات القانونية التي نشأت =

حذف ، مع الأسف ، من النص النهـــائي للقانون حين مناقشته في لجنة مجلس الشيوخ المصري (١) . على اعتبار أنه أصبح من المبادىء التي لا تحتاج الى نص ، وقد أشار اليها الدستور المصري السابق ، والدستور الموقت للجمهورية العربية المتحدة (المادة ٦٦) .

واذا رجعنا الى البحث المتعلق بتنازع القوانين في الزمان بحسب النص النهائي للقانون المدني نجد أن هذا القانون قد بحث في مواده من السابعـــة الى العاشرة ، تطبيقاً لما ذكرنا من مبادىء ونظريات ، بثلاث حالات في التنازع ، وهي المتعلقة بالأهلية والتقادم والأدلة ، حاذفاً البحث في حالات أخرى كان تناولها المشروع التمهيدي ، سنشير اليها في آخر هذا الفصل .

= تحت سلطانه، وكانت مترتبة على ارادة المتعاقدين ، مالم يوجد نص يقضي بغير هذا ، أو كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام او الاداب . »

وقد حور هذا النص في المشروع النهائي باقتراح معالي السنهوري باشا فأصبح كما يأتي : (بالمادة رقم ٦)

« لايعمل بالنصوص التشريعية الا من وقت صيرورتها نافذة ، فلا تسري على ماسبق من الوقائع الا اذا وجد نص في التشريع الجديد يقضي بغير ذلك ، او كان التشريع الجديد متعلقا بالنظام العام او الآداب . »

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدي لهذه المادة ان حكم المادة ٣ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية والمادة ٢٧ من الدستور المصري من الاقتضاب مايحد من فائدتها في التطبيق العملي ، كما انها من سذاجة الصيغة التقليدية بعدم رجعية القانون ، مايخفي حقيقة التنازع ومايتضمنه من حقائق ، وبالتالي مالايتفق والفقه الحديث والنظريات الجديدة الثابتـة القائلة بالاثر المباشر او الفوري للقانون الى جانب قاعدة عدم سريانـه على الماضي (راجع مجموع الاعمال التحضيرية للقانون المدني ج ١ ص ٢١٥ ـ ٢١٦) .

(١) وحبذا لو استبقى هذا النص في سورية ، لايضاح المبدأ المذكور الذي تقصر النصوص العثمانية والسورية المبعثرة دون ايضاحه واظهاره . وانا لنرجو ان يؤكد الدستور النهائي هـذا المبدأ ويفصله .

أ — الأهلية :

نصت المادة ٧ من القانون المدني السوري أنه : « ١ — تسري النصوص المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص .

٢ — واذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الاهلية بحسب نصوص جديدة ، فان ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة » .

وهذا تطبيق جلي واضح من تطبيقات القاعدة العامة ، أي القاعدتين الاصليتين في التنازع اللتين بسطناهما ، الأثر المباشر أو الفوري للقانون من جهة ، وعدم الأثر الرجعي من جهة اخرى .

وبحسب هذا النص (الفقرة الاولى منه) فان القانون يعتبر أن النصوص المتعلقة بالأهلية ـ ويقصد بالأهلية هنا ، أهلية الأداء والممارسه [1] ـ فانها تسري على جميع الناس من وقت نفاذها والعمل بها ، ولو كانوا مولودين وموجودين قبلها ، فلا يستطيعون أن يحتجوا بعدم سريان القانون عليهم ، لأن وجودهم سابق لها ، ومؤدى ذلك أن يرد من كان يعتبر راشداً إلى حالة القصر فيما لو رفعت سن الرشد مثلاً ، ويدخل من كان يعتبر قاصراً في ظل القانون القديم في عداد الراشدين فيما لو خفضت هذه السن . فاذا كان سن الرشد بحسب المادة ٤٦ قد أضحى ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة ، فان من كان في أي سن دون ذلك ، يجب أن ينتظر حتى يبلغ هذه السن ليعتبر في نظر القانون راشداً . بل أنه يعود

(١) حتى لقد ذكر المشروع التمهيدي ذلك صراحة فقال « تسري النصوص المتعلقة بأهلية الأداء من وقت العمل بها على جميع الاشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص . » وبالنظر لان الاهلية اذا اطلقت فتصرف الى اهلية الأداء لذلك عدل هذا النص بالمشروع النهائي كما ورد في نص القانون . (مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ ص ٢١٤) .

قاصراً حتى ولو سبق أن اعتبر راشداً بحسب أحكام الشريعة الاسلامية أو بحكم سابق من المحكمة . ذلك « لأن تحديد أهلية الاداء — وهي صلاحية الالتزام بالتصرفات الادارية — يراعى فيه حماية فريق من الاشخاص ، وهذه الحماية ، في الواقع ، أمر يتعلق بالنظام العام »[1].

وهكذا بحسب هذا النص ، يكون القانون المدني قد جاء ، تطبيقاً للقاعدتين المذكورتين ؛ بحل يختلف عما ذهب اليه بعض الفقهاء ، بل وبعض القوانين ، التي جارت النظرية التقليدية للحقوق المكتسبة بمفهومها الضيق[2].

على أن عودة الشخص إلى حالة القصر بمقتضى قانون جديد بعد أن اعتبر رشيداً تحت سلطان التشريع القديم . — وهذا أبرز تطبيق لقاعدة الاثر المباشر والفوري — لا تؤثر في صحة التصرفات التي صدرت منه في ظل هذا التشريع ، باعتبار أن ما أجراه كان في حينه صحيحاً لازماً — وهذا تطبيق القاعدة الثانية بعدم السريان على الماضي — . وبناء على ذلك فان هذه التصرفات لا تقبل الطعن عليها بسبب نقص الاهلية متى كان العاقد كامل الأهلية وقت انعقادها ، إذ ان القانون الجديد انما يعيد الاشخاص إلى حالة القصر بالنسبة إلى المستقبل فحسب .

٢ - التقادم او مرور الزمن :

أما التقادم أو مرور الزمن ، فهو من أهم وأدق الحوادث والابحاث التي تعترض التنازع في الزمان ، لأن التقادم بطبيعته يقتضي استمرار وانقضاء زمن

---

(١) المذكرة الايضاحية ، مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ ص ٢١٥ .

(٢) كما حدث مثلا في مصر في مرسوم ترتيب المجالس الصادر في ١٣ اكتوبر ١٩٢٥ إذ ذكر في مذكرته الايضاحية ان الحكم المتعلق برفع سن الرشد « من ١٨ إلى ٢١ » لاينطبق على الاشخاص الذين يكونون قبل العمل بالقانون الجديد قد بلغوا سن الثماني عشرة المحددة لانتهاء الوصية بمقتضى القانون القديم ، بل هؤلاء الاشخاص يعتبرون انهم راشدون قانوناً . » وقد اكدت المذكرة الايضاحية للقانون المدني خطأ واضعي تلك المذكرة للمرسوم ، فيما ذهبوا اليه .

قد يختلف طولا أو قصراً ، ولكنه في كل حال يقتضي مرور زمن على وضع أو حال معينة ، ليكون للتقادم حكم ، ولا يتم آنياً وفورياً ؛ بحيث يكون معرضاً لتبدل كثير في القوانين المتعاقبة ، خلال الفترة المقتضية لهذا التقادم . وقد اختلفت الآراء والنظريات في الحل الذي يجب اتباعه . فجاء القانون المدني ناصاً صراحة على هذا الحل ، مستوحياً إياه من القاعدتين السابقتين اللتين أخذ بهما الفقه الحديث واستقر عليهما القضاء في مصر .

وقد أوضح القانون المدني أولاً وصراحة أن بحث التنازع لا يرد على تقادم قد اكتمل في الماضي ، كما فرق بين حالتين في التقادم وما يطرأ عليه من تبدل في المدة ، أولاها تتعلق بزيادة المدة ، وثانيتها تتعلق بانقاصها .

فنصت المادة ٨ من القانون المدني على ما يأتي :

« ١ — تسري النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل .

٢ — على أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة . »

وقد أوضحت المذكرة الايضاحية معنى هذا النص وحقيقته فقالت :

الأصل في مدة التقادم إن اكتمالها يقيم قرينة قاطعة لمن شرعت لمصلحته ويكون من شأن هذه القرينة أن تعفيه من إقامة الدليل على كسبه لحق معين ، أو إبراء ذمته من التزام معين ، لاعتبارات تتعلق بالنظام العام . وكل تقادم لم يكتمل في ظل تشريع قائم لا يرتب هذا الأثر . فاذا صدر تشريع جديد يطيل من مدته وجب أن يسري هذا التشريع . (محكمة النقض المصرية ، ٢٦ ديسمبر ١٩٣١ . مجموعة عمر ، ج ١ ص ١٦) .

وبناء على ذلك ، إذا كان القانون السابق قد نص على مدة للتقادم في خصوص ما ، ولتكن عشر سنوات مثلاً ، ثم صدر قانون لاحق فجعلها خمس عشرة سنة ، وكان لما يمر سوى ثماني سنوات ، وجب أن يكمل الشخص الذي يحتج بالتقادم

مدته حتى الخمس عشرة سنة ، لاحتى العشر سنوات ، ولا يستطيع أن يكتسب حقاً بمرور مدة العشر سنوات ، خلافا لما لو كان قد أتم هذه العشرة قبل صدور القانون الجديد .

« أما بدء التقادم ووقفه وانقطاعه ـ وهي أمور قد جرت وتمت قبل صدور القانون الجديد ـ فان ذلك يبقى خاضعاً من حيث اعتباره وتحققه او عدم اعتباره ، الى الشروط المعينة بالقانون السابق ، الساري المفعول إذ ذاك . ومتى اعتبرت المدة قد ابتدأت او توقفت او انقطت وفقاً لقانون معين ، فان هذا البدء او الوقف أو الانقطاع يبقى مرعياً ومعتبراً في ظل القانون الجديد . فالمدة التي بدأت تستمر سارية ، والمدة التي وقفت يمتنع استئنافها مابقي سبب الوقف قائماً ، مالم يقض القانون الجديد بغير ذلك . والمدة السابقة عن سبب الانقطاع لاتحتسب . »(١)

وبالمقابل فإن « أسباب الوقف او الانقطاع التي يتضمنها القانون الجديد تكون واجبة التطبيق منذ وضع هذا القانون موضع التنفيذ »(٢) طوال المدة الباقية وفقاً لاحكام هذا القانون لاوفقاً لاحكام القانون السابق .

وهذا كذلك تطبيق لاحكام القاعدتين الاصليتين ، الاثر المباشر والفوري ، وعدم الرجعية ، السابقتي الذكر(٣) .

أما في حالة انقاص مدة التقادم وتقصيرها عما كانت عليه ، كما لو كانت مدة التقادم بحسب القانون السابق طويلة ، خمس عشرة سنة مثلا ، ثم جاء القانون

---

(١) المذكرة الايضاحية لمجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٢٩ .

(٢) راجع روبيه ، المرجع السابق ، ج ٢ ص ٢٤٢ .

(٣) راجع قرار محكمة البقاع اللبنانية بصفتها الاستئنافية رقم ٢٤١ تاريخ ١٩٤٧/١١/٢٧ ، (مجموعة شاهين حاتم ، ج ٢ ص ٧٤) . على أن الاستاذ روبيه يعتبر حالة تطبيق النص القديم على البدء والوقف والانقطاع لتقادم لم يكتمل مثالاً على عدم صحة وعدم كفاية نظرية الحقوق المكتسبة ، ذلك لان هذا التقادم لايزال مجرد امل ، فكان يجب أن تطبق أحكام القانون الجديد عليه في كل شيء ، ولكن الفقهاء متفقون على هذا الحكم (المرجع السابق ج ١ ، ص ٣٢٦) .

الجديد فأنقصها ، كأن جعلها خمس سنوات مثلا ، فقد نصت المادة ٩ في هذه الحال أنه :

« ١ — إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك .

٢ — اما إذا كان الباقي من المدة التي ينص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد ، فان التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي . »

وهذه الحالة من ابرز الحالات واهمها في حقوقنا المدنية ، لان القانون المدني الجديد ، وكثير من القوانين الخاصة الاخرى ، جاءت بمدد مختلفة ومتنوعة للتقادم ، تنقص باكثريتها عن المدة القديمة ، المنصوص عنها في المجلة ، والتي كانت في الماضي خمس عشرة سنة بوجه عام ، او اكثر في بعض الحالات الاستثنائية ، ولكنها قلما كانت اقل من ذلك ، فاصبح الكثير منها ، في حالات متعددة ، خمس سنوات (كالتقادم على اجور العقارات او اتعاب المحاماة الخ ...) او سنتين او سنة (كتعويضات العمل .. الخ) .

وبحسب الفقرة الاولى للمادة التاسعة المشار اليها ، إذا قرر القانون الجديد مدة للتقادم اقصر من المدة المقررة في القانون القديم ، فان هذه المدة التي يجب تطبيقها بحسب نص المادة الثامنة ، لا تبدأ من تاريخ بدء التقادم بحسب النص القديم ، وإنما تبدأ من وقت العمل بالتشريع الجديد . وذلك تأميناً لاستقرار المعاملات ، وحفظ الحقوق . « فالواقع ، ان التقادم ـ بحسب فرضية القانون نفسه ـ لم يكتمل في ظل القانون القديم ، ولذلك لا يترتب حكمه ، ولم يقصد من تقصير المدة في القانون الجديد الى ترتيب هذا الحكم بارادة الشارع دون انقضاء المدة [١] » .

---

(١) المذكرة الايضاحية ، مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ ص ٣٢٢ ـ ٣٢٣ .

وهكذا مثلا فان مـــدة الخمس سنوات التي قررها القانون المدني الجديد لسقوط حق المحامي عن اتعابه المترتبة له تجاه موكله ، ولو كانت مستحقة قبل هذا القانون ، تعتبر هي المدة التي يجب الرجوع اليها لحساب التقادم على الاتعاب ولكن اعتباراً من وقت العمل بهذا القانون ، أي اعتباراً من ١٥ حزيران ١٩٤٩ وليس من وقت استحقاق الاتعاب وترتبها من قبل . ذلك كله شريطة أن تكون المدة الباقية للتقادم السابق أقل من خمس سنوات .

وقد أوضحت المذكرة الايضاحية هذا الشرط الأخير فقالت :

« بيد أنه رئي أن يستثنى من حكم القاعدة العامة المقررة في الفقرة الاولى المذكورة ، حالة اكتمال مدة التقادم التي نص عليها القانون القديم في ظل القانون الجديد ، ولكن قبل أن تنقضي المدة الجديدة بتمامها . ويتحقق ذلك كلما كانت البقية الباقية من المدة القديمة أقصر من المدة التي تقررت في التشريع الجديد . كما لو كانت المدة القديمة خمس عشرة سنة ، ولم يبق لاكتمالها سوي سنتين ، ثم جعل التشريع الجديد المدة ثلاثة سنوات ، ففي هذه الحالة يعتبر التقادم مكتملا بانقضاء هاتين السنتين ، وتكون ولاية التشريع القديم قد امتدت بعد زواله إمعاناً في تحقيق العدالة » .

« وعلى ذلك يقتصر تطبيق الفقرة الأولى على الحالة التي يكون فيها الباقي من المدة القديمة أطول من المدة الجديدة بأسرها . وقد آثر المشروع (أي القانون قبل التصويت عليه) هذا الحل من بين مختلف الحلول التي خطرت للفقه والقضاء، لانه أقلها استهدافاً للنقد وادناها إلى تحقيق العدل والاستقرار [١] » .

وبذلك خلص الناس من حل كان ذهب اليه الفقه والقضاء باجراء نسبة بين المدة الباقية بحسب النص القديم إلى المدة المنقضية ، وبين ما يقابلها نسبياً من المدة التي أوجدها النص الجديد مما يعتبر تعقيداً صعب التطبيق والتبرير ، وأصبح

---

(١) المذكرة الايضاحية ، مجموعة الاعمال التحضيرية . ج ١ ص ٢٢٣ .

يكفي أن نرى أن المدة المتبقية للتقادم أقل من المدة الأقصر التي قررها القانون الجديد لتكمل تلك البقية من المدة الأصلية الباقية .

٣ ـ الادلة :

الادلة ، وهي وسائل الاثبات ، والبراهين والبينات ، التي يلجأ اليها لاثبات الحق ، يمكن أن تعتبر في الواقع بين قوانين الاصول والاجراءات التي يجب أن تخضع مبدئياً إلى القوانين الجديدة واحكامها فور صدورها من جهة وبين قوانين الاساس أو الموضوع التي تختلف عن ذلك ، غير ان الصلة الوثقى بين الحق ودليله ، عندما يكون الدليل مهيأ أو معداً ، من القوة إلى حد يجعل الحق ودليله ممتزجين في النتيجة ، حتى إذا لم يعتبر الدليل كما كان في الماضي ، ضاع الحق من أصله . بل أن نظرية البينات ، وقضايا الأدلة وأصول الاثبات ، كثيراً ما بحثتها قوانين الاساس والموضوع ـ أي القوانين المدنية ـ بدل قانون اصول المحاكمات والاجراءات ، كما فعل القانون الفرنسي أو المصري ، بسبب هذه الصلة الوثقى بين الحق ودليله . لذلك فقد قبل القانون المدني في نصه النهائي أن يعطي لهذه الادلة حكماً خاصاً فيما يتعلق بالقوانين التي تتعاقب عليها يقرب بينها وبين الحق نفسه فقال في المادة العاشرة :

« تسري في شأن الأدله التي تعد مقدماً النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل ، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده » .

وقد فرق هنا بين الأدلة التي تعد مقدماً ، وبين التي ليست كذلك . فالأدلة التي تعد مقدماً ، هي التي يهيئها الطرفان عادة لاثبات تصرفها أو عقدها حين جريانه ، مثلا في حال القرض ، السند الذي يكتبه المدين ، وفي حال الهبة الصك الذي يحرره المتعاقدان الخ . . . فان النصوص التي يجب تطبيقها للحكم على صحة السند أو الصك ، من حيث أنه وثيقة يخضع لشكليات وأصول معينة في القانون ، أن النصوص الواجبة التطبيق هي التي كانت مرعية الاجراء حين أعد

الدليل ، أي حين حرر السند أو نظم الصك ، باعتبار أن الدليل المهيأ يفترض وجود النص المقرر له قبل أن تتم تهيئته فيجري وفق هذا النص ، ويكون وثيق الصلة بالناحية الموضوعية للحق . فاذا أتت نصوص جديدة تبدل أو تعدل من شروط هذه الأدلة ومن جواز قبولها ، كأن يوجب القانون الجديد تحرير الصك بشكل خاص ، أو توقيعه بدل بصمه ، أو إجازة بصمه بدل توقيعه ، أو يوجب أن يكون السند رسمياً ، أو أن يكون هناك سند . . الخ في حين أن النصوص القديمة لم تشترك ذلك . . . فالعبرة في كل ما يتعلق بهذه الأدلة سواء في قبولها أصلا ، وسواء في الشروط الواجب توافرها فيها ، أن العبرة هي ماتوجبه النصوص المرعية حين اعداد الدليل ، او في الوقت الذي كان يجب اعداده فيه ولو لم يعد فعلاً . وهكذا يبقى القانون القديم مواصل الحياة على هذه الحوادث المتعلقة بالأدلة المعدة في ظله ، أو التي كان ينبغي إعدادها في ظله للمحافظة على حقوق الناس . أما ما يتجاوز ذلك من أمور ، كشكل استماع الشهادة أو تقديم السند ، او الاحتجاج به ، او غير ذلك مماتوجبه أصول المحاكمات من اجراءات فانه يخضع للقانون الجديد(١) .

هذه هي التطبيقات التي تضمنها النص النهائي للقانون المدني في فصل التنازع الزمني ، على ان ثمة احوالاً وتطبيقات اخرى تضمنها المشروع التمهيدي للقانون المدني ، سواء ماتعلق منها بأصل الحقوق وموضوعها ، وسواء ماتعلق منها بأصول المحاكمات والاجراءات ، ارتأت لجنة المراجعة حذفها ، اما تجنباً للتفصيل والتطويل والتعقيد ، واما لأن مكانها المناسب في غير القانون المدني ، كقانون اصول المحاكمات أو المرافعات(٢) .

---

(١) راجع المادة ١٧ من المشروع التمهيدي ، ماسيأتي ٣٣٣

(٢) لقد تناول قانون اصول المحاكمات السوري عندنا الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ تاريخ ٢٨ ـ ٩ ـ ١٩٥٣ بحث حالات التنازع لقوانين الاصول في الزمان في المادتين الاولى والثانية منه مؤكداً في المادة الاولى المبدأ العام القاضي بسريان قوانين الاصول على مالم يكن =

وفي كل الاحوال فان المشرع قـــد حذفها في النص الأخير ليترك القاضي طليقاً من كل قيد يتعلق بها[1] .

على اننا نستطيع ان نذكر قياساً على الحالات التطبيقية التي استبقاها القانون او التي حذفها عدداً من الحالات يكاد يكون الفقهاء متفقين على حلولها وهي :

= قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها . ومستثنياً في الفقرة الثانية من هذا المبدأ مبدأ الشمول أو التطبيق الفوري لاحكام قانون الاصول ، مايأتي :

« ١ ــ القوانين المعدلة لاختصاص المحكمة متى كان تاريخ العمل بها بعد ختام المرافعة في الدعوى .

ب ــ القوانين المعدلة المواعيد (أي المهل والمدد القانونية) متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها (مخالفاً بذلك حكم المادتين ٨ و ٩ من القانون المدني ، لاسباب منطقيـــة وعملية تبرر هذا الخروج والاستثناء) .

ج ــ القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الاحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت ملغية او منشئة لطريق من تلك الطرق » .

هذه هي الاستثناءات الـتي وردت في قانون الاصول على مبدأ سريان الاصول فوراً على جميع الدعاوي القائمة . والاحكام غير القطعية . وقد تأكد هذا المبدأ ، فيما عـدا تلك الاستثناءات بالمادة الثانية التي قضت باعتبار الاجراءات التي تمت صحيحة في ظل القانون السابق تبقى صحيحة وواجبة التنفيذ .

(١) ولعله يحسن بنا ان نشير الى هذه النصوص المحذوفة على سبيل الاطلاع والتنوير :

ذكر المشروع التمهيدي في مادته التاسعة انه : « ١ ــ تسري النصوص المتعلقـة بنظام الوصاية والقوامة من وقت العمل بها ، على ما كان قائمـاً من وصاية او قوامة . ٢ ــ فتبقي للاوصياء والقوام المعينـين من قبل صفاتهم . أما حقوقهم وواجباتهم فيسري عليها مستقبلا النصوص الجديدة . ٣ ــ وتتبـع القاعدة ذاتها في جميـع الاجراءات الاخيرة الخاصة بحماية عديمي الاهلية . »

وبحسب هذا النص فقد جعل القانون قواعد الوصية والقوامة من النظام العام ، فتشملها الاحكام الجديدة وتسقط بذلك صلاحية القامة او الاوصياء من ولايتهم اذا قضى القانون الجديد بزوالها ، وتبقى اذا استبقاها . وتعدل حقوق القامة والاوصياء بحسب النص الجديد اذا ماعدلها ، ولكن بالنسبة للمستقبل ، واعتباراً من نفاذ القانون الجديد . =

١ ــ الحاله المدنية للأشخاص ، كالاهلية موضوع نص المادة السابعة من القانون المدني ، فانها تطبق عليه النصوص الجديدة من تاريخ صدورها دون ان يكون لها أثر رجعي .

= وذكر المشروع التمهيدي في مادته العاشره أنه « تسري على الالتزامات الناشئة من العمل الضار أو مصادر أخرى غير تعاقدية ، النصوص المعمول بها وقت حدوث الواقعة التي نشأت عنها المسؤولية » فقيد بذلك أحكام المسؤولية التقصيرية باحكام القانون المعمول به حين ترتبها ، دون امكان تعديل ذلك بحسب احكام القانون الجديد .

هذا من حيث موضوع الحق . اما من حيث الأصول والاجراءات في الدعاوى والتقاضي فقد تضمن المشروع التمهيدي عدداً من المواد نكتفي بذكر نصها ؛

« المادة ١٣ (من المشروع التمهيدي) ــ تسري النصوص المتعلقة باجراء التقاضي ، دعاوى او دفوعاً ، من وقت العمل بهذه النصوص على ما يباشر من الاجراءات متعلقاً بحقوق تم كسبها قبل ذلك ، مادامت هذه النصوص لاتمس جوهر الحقوق أو مداها .

المادة ١٤ ــ تحدد الشروط والاهلية اللازمة للتقاضي وفقاً للنصوص المعمول بها وقت رفع الدعوى .

المادة ١٥ ــ تسري النصوص المتعلقة بالتنظيم القضائي وباختصاص المحاكم وما تقوم به من توجيه للاجراءات وقت العمل بهذه النصوص على الدعاوى المنظورة التي لم يصدر فيها حكم في الموضوع ، نهائياً كان هذا الحكم أو غير نهائي .

المادة ١٦ ــ النصوص التي تعين مايجب على الخصوم اتباعه من اوضاع ومراعاته من مواعيد للقيام باجراءات التقاضي لاتسري على اجراءات تم اتخاذها ، ومواعيد تم انقضاؤها أو بدأ سريانها قبل العمل بهذه النصوص .

المادة ١٧ ــ ١ ــ تسري النصوص المتعلقة باجراءات الاثبات من وقت العمل بها على جميع الدعاوى القائمة .

٢ ــ وكذلك الامر بالنسبة للنصوص المتعلقة بجواز قبول الدليل ومايترتب عليه من أثر مع مراعاة الاستثنائيين الآتيين : (الأولى حالة الادلة المذكورة سابقاً ، والثانية القرائن) .

المادة ١٩ ــ تسري في شأن القرائن القانونية النصوص المعمول بها في الوقت الذي تم فيه العمل أو الحادث الذي تترتب عليه القرينة القانونية .

المادة ٢٠ ــ ١ ــ النصوص المعمول بها وقت صدور الحكم لاتقتصر على تعيين اوضاع الحكم وآثاره ، بل تعين كذلك الشروط التي تقبل بها اوجه الطعن في الحكم في بين الخصوم=

٢ ــ كذلك تطبق احكام القوانين الجديدة المتعلقة بالملكية والحقوق العينية العقارية على الاموال الشاملة لها وعلى أصحابها ما دامت منصبة على هـــذه الاموال دون أن يكون لها أثر رجعي .

كالنصوص الباحثة في حقوق الارتفاق، وانظمة البلديات ووجائب البناء الخ . .

٣ ــ أما بالنسبة للأحكام المتعلقة بالعقود والاتفاقات فان الفقه والاجتهاد ربما كان متفقاً على أن ماتعلق منها بشروط الانعقاد أو الصحة ، وبشكل العقد وطرق اثباته لايكون له أثر إلا على العقود والاتفاقات التي تجري بعد صدور القانون الجديد ولايمكن أن تشمل احكام القانون الجديد هذه النواحي من العقد المعقود قبلها ، وتبقى خاضعة لحكم القانون الساري وقت ابرام العقد(١) .

واما مايتعلق بآثار العقد فان الموضوع ادق ، وربما اختلفت فيه آراء الفقهاء واجتهادات المحاكم .

ويعتقد اكثر المؤلفين انه يجب ان يفرق بين احكام القانون الجديد الآمرة ، والمتعلقة بالنظام العام ، وبين القواعد المفسرة او المكملة لارادة الطرفين وتشميل احكام النوع الاول للعقود المعقودة سابقاً وعدم تشميل احكام النوع الثاني لتلك العقود(٢) .

= ٣ ــ ومع ذلك فان الاجراءات الواجبة الاتباع لمباشرة اوجه الطعن تسري عليها النصوص الجديدة منذ العمل بها دون اخلال بنص المادة ١٣ » . (راجع مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ ص ٢٢١ و ٢٢٢) .

وهذه النصوص كما يتبين تعرض للتفصيلات الخاصة بتعاقب القوانين فيما يتعلق بالنظام القضائي واجراءات الترافع والأحكام . وان جميع الاحكام المتقدم ذكرها ليست إلا مجرد تطبيق للقواعد العامة ، ولذلك فان المذكرة الايضاحية نفسها قد اشارت الى انه يحسن أن تكون مسألة حذفها والابقاء عليها محلا للاستفتاء . وقد ارتأت لجنة المراجعة كما ذكرنا حذفها جميعاً . تجنباً للتفصيلات ولأن محلها قانون المرافعات .

(١) راجع الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ١٨٣ .

(٢) راجع التفصيلات والأمثلة العديدة في الدكتور مرقس، المرجع السابق ص ١٨٤ ــ ١٨٦

§ ٨ ـ تنازع القوانين من حيث المكان

Conflit de lois dans l'espace

ان آخر الابحاث التي يجب أن نختتم بها بحث القـــانون والذي يتصل بتطبيقه ومشاكل هذا التطبيق هو تصادم القوانين المختلفة للدول المتعددة .

ولقد رأينا ونحن نستعرض في المدخل العام لعلم الحقوق ، وفي فصل تقسيم الحقوق (١) ان الحقوق الدولية الخاصة هي التي تهتم ـ فيما تهتم به ـ بتعيين الحكم القانوني الواجب التطبيق عندما تتنازع قوانين مختلفة ، لدول متعددة ، موضوعاً أو حادثة من الحوادث القضائية ؛ وان هـذه الدراسة تابعة لفرع الحقوق الدولية الخاصة أو القانون الدولي الخاص ، كما يسميه المصريون . ولهـذا فنحن سنقصر بحثنا هنا على اعطاء فكرة اجمالية ، ومفهوم عام لتنازع القوانين من حيث المكان تاركين الاحكام وتفصيلها للحقوق الدولية الخاصة .

الاصل ان القانون في كل دولة من الدول يطبق على جميع القاطنين في أرض الدولة او المتخاصمين امام محاكمها ، سواء أكانوا وطنيين ام اجانب ، وانه بحسب هذا الاصل لايوجد ضمن حدود كل دولة سوى القانون الوطني الذي تلزم محاكم هذه الدولة بتطبيقه وحده ـ تطبيقاً اقليمياً ـ دون سواه . ويقف سلطان هـذا التطبيق عند الحدود الاقليمية لكل دولة لايتعداها .

« ولكن هذه القاعدة ، وهي نتيجة طبيعية لسيادة الدولة في اقليمهـــا ، لايمكن ان تتبع على اطلاقهـــا ، لاسيما بعد انتشار التجارة الدولية ، وتبادل الحاصلات والمنافع بين الدول وافرادها . فقد ادى الأمر ، ابتداء من القرن الثالث عشر ، الى التساهل نوعاً في تطبيق هذه القاعدة ، والسماح بتطبيق القانون

---

(١) راجع ماسبق ص ٢٠٠

الاجنبي في بعض الاحوال [1] » (اي قانون الشخص) . وهكذا وجدت الى جانب قاعده اقليمية التطبيق Territorialité de la loi ، وهي الاصل ،قاعدة شخصية التطبيق Personnàlité de la loi وهي الاستثناء .

وظاهر أنه لو طبقت قاعدة اقليمية القانون ، تطبيقاً مطلقاً ، لما قام تنازع بين قانون الاقليم وقانون الشخص ، ولما احتجنا بالتالي لما يسمى بالقانون الدولي الخاص .

أما وقد وجدت القاعدتان اقليمية القانون من جهة (ويطلق عليها البعض محلية القانون او مكانيته) وشخصية القانون من جهة اخرى (وهو قانون الشخص الاجنبي) جنباً الى جنب ، فلم يكن ثمة مناص من ان ينشأ التضارب بين القوانين ، ولم يكن بد من ان يقوم علم جديد ، هو القانون الدولي الخاص ، لحل ماقد يثار من تنازع القوانين [1] .

واذا القينا نظرة سريعة على تاريخ هذا التنازع ، على مافيه من غموض ، رأينا ان الحقوق الرومانية الاصلية التي تسمى الحقوق المدنيةJus civile ، في روما القديمة ، كانت تقتصر في تطبيقها على الوطنيين دون الاجانب Pérégrins الذين لم يكونوا خاضعين الى هذه الحقوق ، بل الى حقوق اجنبية سميت بحقوق الشعوب Jus gentium فكان التطبيق شخصياً اكثر منه اقليمياً ، حتى تم توحيد هذه الحقوق ، وطبقت على الجميع في عهد الامبراطورية السفلى . ثم عادت فكرة شخصية التطبيق وتعدد القوانين الى الظهور اثر انقسام الامبراطورية وتمزيقها وتعدد الامارات ، ودخول الجرمن البربر واعتزازهم بأصلهم وتمسكهم بجنسهم وحقوقهم ، مما أدى الى تنوع الحقوق والشرائع وقيام قاعدة شخصية القوانين بتطبيق قانون قبيلة الشخص على علاقته اينما وجد . ولكن امتزاج الاشخاص والقبائل من جهة ، والصعوبات من تطبيق القوانين الشخصية من جهة أخرى أدت

---

(١) السنهوري وابو ستيت ، اصول القانون ، طبعة ١٩٥٠ ، ص ٢٠٧ ـ ٢٠٨ .

الى تضييق هذا المبدأ . وهكذا ظهرت في القرون الوسطى فكرة التمييز بين الاحوال الشخصية والامور المالية ، وإخضاع الاولى لقاعدة شخصية القوانين ، وتطبيق قاعدة اقليمية القوانين على الثانية .

واذا كانت انانية الرومان ، وارستقراطيتهم القومية ، هي التي دفعتهم ، في بادىء عهدهم ، إلى قصر تطبيق الاحكام الرومانية الاصلية على الوطنين ، فان فكرة التسامح والاعتزاز بالقوة والمنعة هي التي حدت بالمسلمين ، والعثمانين من بعدهم ، الى قبول قاعدة شخصية القوانين بالنسبة للأجانب أو غير المسلمين ، وخصوصاً فيما يتعلق بالاحوال الشخصية ، وهي التي أورثت هذه البلاد قيام « الامتيازات الاجنبية » وما جرته وراءها من مشاكل ومعضلات (١) .

وقامت في سورية منذ عهد المماليك ، ولا سيما في العهد العثماني فكرة شخصية القوانين بالنسبة للأجانب ، كما تضمنتها نهائياً الامتيازات الاجنبية ، مما أثر إلى حد كبير في قاعدة اقليمية القوانين وسيادتها ، حتى كادت تشل تماماً . وإذا كان شمول هذه الأمتيازات ومداها قد حُد بعض الشيء عقب الحرب العالمية الاولى ، فقد ظلت آثاره باقية لم تنته نهائياً إلا بعد جلاء الفرنسيين عن سورية في عام ١٩٤٥ وبعد تنفيذ معاهدة مونترو المعقودة عام ١٩٣٧ في مصر حيث كان آخر آثارها المحاكم المختلطة حتى عام ١٩٤٩ .

أما القانون الفرنسي ، على اعتباره من أقدم التقنينات المدنية في العالم ، فقد اقتصر في مادته الثالثة ، على الأخذ بالقاعدتين معاً (اقليمية القوانين وشخصية القوانين) في ثلاث حالات . فنص على أن قوانين الضابطة والأمن تلزم جميع سكان الاقليم ، كما تخضع العقارات ، ولو كانت مملوكة من الأجانب ، لأحكام القانون الفرنسي ، في حين أن قوانين الحالة المدنية ، وأهلية الاشخاص ،

---

(١) راجع في الامتيازات الاجنبية ، كتابنا « محاضرات مستعجلة في تاريخ الحقوق » العهد العثماني .

تطبق على الفرنسيين ولو كانوا مقيمين في بلاد اجنبية [1] .

وقد اضطر القضاء والفقه الفرنسيان لاقامة اجتهادات ونظريات مستفيضة حول هذا البحث ، لا مجال لتفصيلها هنا ، وهي مأخوذة إلى حد كبير من الفكرة التي سادت حقوق القرون الوسطى على النحو الذي فصلناه قبل قليل ، وحسبنا أن نذكر أن النظرية الفرنسية تقوم على التفريق بين القوانين المتعلقة بالعقارات والارض ، وهو ما يسمى الاحوال العينية status réels والقاعدة فيه اقليمية القانون تطبيقاً كاملا ، وبين القوانين المتعلقة بالأشخاص والمنقولات ، وهو ما يسمى بالأحـــوال الشخصية statuts personnets والقاعدة فيه شخصية القانون ، ضمن حدود وقيود .

وقامت في ايطاليا حديثاً مع الفقيه مانشيني Mancini في منتصف القرن التاسع عشر حركة جديدة في الدعوة لتطبيق القاعدة الشخصية ضمن حدود المصلحة الظاهرة للدولة (كما في حالة القوانين المتعلقـــة بالنظام والآداب) على اعتبار أن « قوانين الدولة انما توضع لأفراد وتطبق عليهم أينما وجدوا ، ولو خارج اقليمها .»[2]

وهكذا أخذت التشريعات الحديثه تهتم في بحث هذا الموضوع ، وتعمل على تعيين حدود كل من القاعدتين .

---

(١) وهذا هو النص الفرنسي :

Art 3 - Les lois de police et de sureté obligent toaus coux qui habitent le territoire .

Les immeubtes, même cenx possédés par des étrangers sont régis par la loi française .

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, même résidant en pays étrangers .

(٢) الدكتور سليمان مرقس . المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الثالثة ١٩٥٧ ص ١٩٠

ولقد تناول قانوننا المدني الجديد ، في عدد كبير من المواد (من المادة ٩ إلى المادة ٣٠) بحث أهم حالات التنازع من حيث المكان ، بعد أن نص في المادة ١١ على القاعدة المستقاة من المبدأ العام الذي ساد الفقه والقانون الدولي الخاص بالعصر الحاضر .

وقد أشارت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي إلى أن هذا البحث في القانون المدني بحث جديد ، لم يتضمنه التقنين المدني المصري السابق ، عدا بعض قواعد أستثنائية وردت عرضاً في بعض المواضيع . كما لم تتضمنه مجلة الاحكام العدلية والقوانين التي صدرت عندنا في سورية . وقد « رؤي أن يشتمل المشروع على تنظيم مفصل لتنازع القوانين من حيث المكان ، ويتناول هذا التنازع في صورتيه الجامعتين ، التنازع الدولى من حيث الاختصاص القضائي ، والتنازع الدولي من حيث الاختصاص التشريعي »(١) .

وهذا يعنى ، كما ذكرنا ، أن التنازع المكاني المقصود هنا هو تنازع قوانين متعددة حادثة من الحوادث ، في دعوى من الدعاوى ، أو خلاف من الخلافات ، ويكون هذا التنازع بين قوانين تابعة لدول متعددة ، وسيادات مختلفة . وسبب هذا التنازع في الحادثة أو الدعوى أو الخلاف وجود عنصر أجنبي ، وجود طرف أو أطراف تابعين لدولة أو دول أخرى غير الدولة المعروض على محكمتها الخلاف أو القائم فيها التنازع . أو بعبارة أخرى : « أن ينطوي النزاع على عنصر أجنبي من جراء اختلاف جنسية المتنازعين ، أو وقوع الحادث القانوني المرتب للحق في الخارج ، أو وجود المال المترتب عليه هذا الحق فى دولة أخرى . مما يفسح المجال لتنازع قوانين دول مختلفة تتمثل في كل قانون منها سيادة دولة معينة .

---

(١) المذكرة الايضاحية ، مجموعة الاعمال التحضيرية . ج ١ ص ٢٢٨ .

ولما كانت كل دولة تستقل بتصريف الشؤون المتعلقة بسيادتها دون أن تخضع لهيئة عالية عليا في هذا النطاق ، لذلك بقيت مسألة تنظيم هذا النزاع مسألة داخلية تضع لها كل دولة ما يتناسب من القواعد مع حاجاتها ، وبقي القانون الدولي مجرد فرع من فروع القانون الداخلي »[1] .

وكان المشروع التمهيدي للقانون ، قد أفرد ، فضلا عن ذلك ، قسماً للتنازع الداخلي فيما بين قوانين الاحوال الشخصية (الداخلية) ، شغلته المادة ٥٨ من هذا المشروع. ويقصد بالتنازع الداخلي بين قوانين الأحوال الشخصية هو أن مصر ، شأن سورية ولبنان وأكثر دول الشرق الاوسط ، تخضع في أحوالها الشخصية إلى شرائع متنوعة ومختلفة تقوم على أساس الدين والطائفية. فكما يمكن أن يحدث تنازع في القوانين بصدد زواج مصري بأجنبية أو سورية بأجنبي مثلا – لمعرفة أي القوانين يطبق، الاجنبي أم الوطني – كذلك فان مثل هذا التنازع قد يقع في القوانين الداخلية ، ودون وجود عنصر أجنبي أو طرف وطني ، ذلك لان الحادثة الواحدة من زواج أو طلاق أو الخ ... يمكن أن يتنازعها عدد من القوانين الطائفية ، بين الوطنيين أنفسهم ، في الاحوال الشخصية ، في ذات الوقت وفي نفس الدولة ، كما لو تزوج مسلم بمسيحية واحتفظت هي بدينها وهو بدينه ، ووقع خلاف بينهما في الزوجية او نتائجها . او كما لو اختلف الدين بين موصٍ وموصى له ، وربما بين ورثة ومورث .. في كل هذه الاحوال يقوم تنازع بين قوانين ، هي أحكام شرعية ، وطائفية او مذهبية الخ ... لا بد من ايجاد قواعد لحلها . ولكن ماذهب اليه المشروع من تنظيم لهذا التنازع الداخلي ، قد حذف فيما بعد . وجاء في المذكرة الايضاحية تبريراً لذلك انه « رؤي ان هذا التنازع لا يتصل بسلطان القانون في المكان ، ولا ينبغي أن يعالج في القانون المدني .. » هذا فضلا عن انه يتصل بالمشروعات القانونية الخاصة بالقضاء الطائفي التي كانت معدة في مصر .

---

(١) المذكرة الايضاحية ، مجموعة الاعمال التحضيرية ج ١، ص ٢٣٦.

وجاء قانوننا المدني كذلك خلواً من هذا البحث الداخلي ، رغم مافيه من دقائق وصعوبات ، وماله من أهمية ونتائج ، لاسيما وقد اكد المشرع ، واتضح من الاعمال التحضيرية والمناقشات التي سبقت صدور القانون ، ان الحلول التي تبناها القانون النهائي فيما يتعلق بتنازع القوانين في المكان ، قاصرة على التنازع الدولي ولاتشمل التنازع الداخلي .

وهكذا اصبحت لدينا في سورية قواعد مدروسة لتنازع القوانين من حيث المكان ، ولكنها مع الأسف قاصرة على التنازع الدولي دون الداخلي ، منظمة بذلك أحوال هامة وكثيرة ، كان التشريع السوري السابق خلواً منها .

ويتمثل هذا التنازع المكاني في القانون الدولي الخاص كما ذكرنا ،في صورتين جامعتين : من حيث الاختصاص القضائي أولاً ، أي من حيث صلاحية القضاء او المحاكم للنظر في الخلاف ، مادام هناك أطراف أو مصالح أجنبية يمكن أن تخضع لاحكام قوانين ومحاكم أجنبية ، وثانياً من حيث الاختصاص التشريعي ، أي من حيث صلاحية القانون الموضوعي الواجب التطبيق ، أهو القانون الوطني — القانون السوري في سورية ، أو المصري فى مصر — أم القانون الأجنبي . وقد فرق القانون المدني في الحلول التي ارتأها ، وتعيين القانون الواجب التطبيق ، بين مبحث وآخر : بين الحالة المدنية والأهلية للاشخاص ، أي بين أحوالهم الشخصية ،مثلاً، وبين التزاماتهم القانونية ، أو بين الملكية والتصرفات الاتفاقية أو العقود الخ .. مما يفصل في دروس الحقوق الدولية الخاصة .

ونستطيع القول أن القاعدة الاصلية التي جعلها قانوننا المدني الاصل في هذا البحث هي قاعدة اقليمية القوانين أي تطبيق القوانين السورية على السوريين والاجانب على السواء ضمن حدود الجمهورية ، خلا بعض الاستثناءات التي سنذكرها بعد قليل.

وهكذا فإن القانون المدني قد أكد بمادته ١١ مبدأ أصلياً لهذا التنازع يعتبر

حجر الزاوية ، وركن البحث في كل مرة لم ينص القانون على مايخالفه فقال :

« القانون السوري هو المرجع في تكييف العلاقات ، عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين ، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها ».

وبذلك أكد أن الأصل في الاختصاص التشريعي ، أي في القانون الذي يجب على القاضي تطبيقه على مايعرض عليه من خلافات ، ولو كانت تنطوي على عنصر أجنبي ، هو الرجوع الى القانون الوطني ، الى القانون السوري في سورية ، لتكييف الروابط القانونية أي « في تحديد طبيعة العلاقات في النزاع المطروح ، لادخالها في نطاق طائفة (أو نوع) من طوائف النظم القانونية ..» بمعنى انه يجب على القاضي الرجوع الى القانون السوري ، وأحكامه ليتبين تحت أية زمرة أو بحث من أبحاث القانون المدني تدخل الحادثة موضوع النزاع . فمثلاً اذا كان موضوع النزاع في حصة ارثية أو في استحقاق وصية أو الخ ... يتعين نوع هذا البحث أهو من الاحوال الشخصية : من الزواج أو النسب أو الارث ..، أو من الحقوق العينية والاموال ..، أو من الالتزامات والعقود ... الخ ، وفقاً لاحكام القانون السوري . ثم بعد ذلك ، ومتى تم هذا التحديد بحسب القانون السوري ، تنتهي مهمة « قانون القاضي ، في تعيين نوع العلاقة والبحث ، ويجب على هذا القاضي أن يعود الى النصوص الخاصة بهذا البحث (اذا كان من الاحوال الشخصية مثلاً أو من الأموال أو من الالتزامات الخ ..) ليرى مايجب تطبيقه من أحكام وفقاً لما نص عليه القانون المدني ، بالنسبة لكل طائفة من هذه الطوائف أو زمرة من هذه الزمر ».

ومن الامور الاصلية كذلك ، التي تعتبر أصلاً في هذا البحث انه في كل مرة لايكون هناك نص خاص ، أو اتفاق دولي على تطبيق قانون أجنبي ، فيجب التمسك مبدئياً بتطبيق القانون الوطني تمشياً مع المبدأ والاصل . وقل مثل ذلك في كل حكم يتعلق بالنظام العام ويكون موضع خلاف في الشمول والتطبيق .

وفيما عدا هذه الاسس الرئيسية للتنازع المكاني ، فقد عمـــد القانون المدني تمشياً مع التشريعات الحديثة ، وحركة التقنينات المعاصرة ، الى تفصيل أحـــكام التنازع المكاني بعـدد كبير من المواد ، ليسهل على الناس معاملاتهم ، ويؤسس الحلول المتعلقة بهذا التنازع على قواعد ثابتة تستقر في كنفها المعاملات ، ويطمئن اليها المتعاملون ، مستفيداً من الخبرة القضائية السابقة ، واجتهادات القضاء والفقه المستقرين ، وحسبنا هنا أن نلخص أهم المبادىء التي جاء بها هذا القانون :

١ — **في الحالة المدنية للاشخاص واهليتهم** ، يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم (قاعدة شخصية القوانين). ومع ذلـك ففي التصرفات المالية التي تعقد في سورية وتترتب آثارها فيها (كما لو عقد أجنبي مع وطني عقداً يتم وينفذ في سورية) ، اذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الاهلية ، وكان نقص الاهلية يرجع الى سبب فيه خفاء لايسهل على الطرف الآخر تبينه ، فان هـــذا السبب لايؤثر في أهليته (المادة ١٢ فقرة ١).

وبذلك ، جعل قانوننا تعيين الحالة المدنية (وهي كما عرفنا ، وكما سنفصله في بحث الاشخاص ، الصفـات الملازمة للشخص والتي تقوم على أساس من الواقع ، كالسن والجنس والاسم والموطن الخ ..) ولاسيما الاهلية للاشخاص الطبيعيين ، خاضعة لاحكام قانون الشخص ، اي قانون الدولة التي ينتمي اليها هذا الشخص ، عندما يراد تعيين حالته هذه ، ويستثنى من ذلك نقص الاهلية الذي قد ينطلي على السوري ، بحيث لايستطيع الاجنبي الذي تعامل معه في تصرف أو عقـــد ترتيب آثاره في سورية ، أن يحتج بقانونه تجاهه ، حماية لهذا السوري الذي لايستطيع معرفة النص المذكور (١) .

وتعليل ذلك أن المنطق والمصلحة العامة يقضيان أبداً باعتبار القواعد الناظمة

---

(١) راجع تفصيل ذلك في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٤٠ ومابعدها .

الحالة المدنية والاهلية ذاتية شخصية ، تندمج مع الشخص وتصبح جزءاً منه بحيث تتبعه اينما ذهب وبحيث لايكون من المعقول ولا من العدل في شيء انيكون الشخص الواحد مختلف الحالة المدنية ، متغير الصفات القانونية ، أهلا تاره وغير أهل تارة أخرى لمجرد انتقاله من مكان الى آخر جيئة ورواحا . هذا الى أن تطبيق هذا المبدأ الذي أصبح عاما ومتفقاً عليه بين الدول والشرائع ، لايؤثر على سيادة الدولة ومصالحها بل على العكس انه يحفظ وضع رعاياها وحقوقهم اذا هم غادروها او انتقلوا الى بلدآخر .

كل ذلك شريطة أن لايخفي وضع الاجنبي في أهليته وتعامله مع الوطني على هذا الاخير ، بحيث أوجب القانون حماية الوطني وعدم الاحتجاج تجاهه بالقانون الاجنبي .

أما بالنسبة للنظام القانوني [1] للاشخاص الاعتبارية ، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الاشخاص مركز ادارتها الرئيسي الفعلي ، ومع ذلك فاذا باشرت نشاطها الرئيسي في سورية فان القانون السوري هو الذي يسري (المادة ١٢ فقرة ٢).

وهكذا يكون القانون المدني السوري قد اخذ بقاعدة شخصية القوانين في هذه الاحوال ، مع المحافظة على مايمكن أن يلحق بالوطنيين من أضرار ، اذا ما أطلقت هذه القاعدة دون تقييد .

٢ – في الاحوال الشخصية : الزواج والطلاق والارث والوصية ..

نصت المادة ١٣ انه « يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج (أي التي

---

(١) المقصود بالنظام القانوني ، statut légal ، القواعد والاسس القانونية التي يتطلبها القانون ويوجبها ، سواء في صحة تأليف الشخص الاعتباري وتمتعه بالشخصية الحقوقية او الاحكام الاساسية لتنظيمه وادارته ، وبقائه وزواله .

تتعلق في وضع الزوجين وامكان عقد نكاحهم كالاهلية والسن والقرابة المانعة) الى قانون كل من الزوجين ».

ونصت المادة ١٤ انه « يسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج ، بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال .

٢ — أما الطـــلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت رفع الدعوى ».

« وفي الاحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين اذا كان أحد الزوجين سورياً وقت انعقاد الزواج ، يسرى القانون السوري وحده ، فيما عـــدا شرط الاهلية للزواج » .

أما في النفقة فانه : « يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الاقارب قانون المدين بها » (المادة ١٥).

كذلك بحسب المادة ١٦ من القانون المدني وتطبيقاً لقاعدة شخصية القوانين، فانه « يسري في المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرهـا من النظم الموضوعة لحماية المحجوزين والغائبين ، قانون الشخص الذي تجب حمايته». ومثل ذلك في الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى مابعد الموت فانـــه يسري قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته . ومع ذلك يسرى على شكل الوصية قانون الموصي وقت الايصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه ، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة الى مابعد الموت .»

ومن مجمل هذه النصوص يتضح ان قانوننا المدني قد فصّل موضوع التنازع المكاني في أبحاث وحوادث هامة وكثيرة ، من أبحاث القانون المدني أو الحقوق المدنية ، التي تتصل بالاشخاص وحالاتهم وأحوالهم ، وذلك طبقاً لقاعدة شخصية القوانين ، بحيث جعل القانون الواجب التطبيق فيها قانون الشخص ، الزوج أو المورث أو الموصي الخ ... ومع ذلك فقد قيد هذا التطبيق بقيود تقتضيها المصلحة

الوطنيه وحماية الوطنيين من اطلاق تطبيق القاعدة الشخصية هذه .

ثم جاء فى مواد تالية ، باحثاً في الملكية وما يتفرع عنها من مواضيع وحقوق، كالحيازة والحقوق العينية ، ثم الالتزامات ، من تعاقدية وغير تعاقدية [1] متبنياً قاعدة اقليمية القانون كلياً أو جزئياً ، تبنياً منظماً وعملياً . فنص مثلا :

في الحيازة والملكية والحقوق العينية الاخرى ، يسري قانون الموقع فيما يختص بالعقار ، ويسري بالنسبة الى المنقول ، قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الاخرى أو فقدها . (المادة ١٩).

٤ — **واما في الالتزامات التعاقدية** : « فيسري قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً ، فان اختلفا موطناً ، سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد . هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه . على ان قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي ابرمت بشأن هذا العقار » (المادة ٢٠) .

ومن هذا النص يتضح أن المشرع ذهب في الالتزامات التعاقدية — وهي من أعوص مشاكل التنازع المكاني واعقدها ـ مذهباً ليناً وسطاً بين القاعدتين ، فأوجب سريان قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين ، اذا اتحدا موطناً . وهذا الى قاعدة شخصية القوانين أقرب أو هو تطبيق لها . على انه في حالة الاختلاف في الموطن بين المتعاقدين فان قانون الدولة التي تم فيها العقد هو الساري ، وهذا تطبيق للقاعدة اللاتينية الشهيرة Locus regit acturn « المكان يسود العقد » والتي ليست من القاعدة الاقليمية تماما ولا من القاعدة الشخصية أبداً ، وان كانت أقرب الى الاولى . ومع ذلك فان القانون ـ باستثناء العقود

---

(١) المواد ١٩ و٢٠ و٢١ و٢٢ .

المتعلقة بالعقارات ـ قد اجاز للطرفين أن يتفقا صراحة ، او ضمناً من الظروف ، على تطبيق قانون من القوانين ، فيكون هـــذا القانون هو الساري ، وبذلك لم يعتبر ان تعيين القانون الواجب التطبيق في هذه الالتزامات التعاقدية ـ غير العقارية ـ من النظام العام ، وانما من حق الطرفين .

بل انه ذهب في التوسع في هذا الموضوع مذهبا مستوحا من التطبيقات العملية ونتائجها ، معتبراً أنه اذا كانت : « العقود مابين الاحيـــاء ـ فتخرج بذلك الوصية والتصرفات المضافة الى مابعد المـوت ـ تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ـ وهذا هو الاصل ، الا انه مع ذلك ـ يجوز أن تخضع ، كذلك في شكلها ، لقانون البلد الذي يسري على احكامها الموضوعية ، كما يجوز ان تخضع لقانون موطن المتعاقدين او قانونهما الوطني المشترك » (المادة ٢١) .

وبذلك أكد المشرع ان الاصل ـ وهو قانون البـــلد الذي تم فيه العقد ـ ليس من النظام العام ، بحيث يجوز مراعاة للضرورات العملية ، ان يكون القانون الواجب التطبيق في الشكل هو نفس القانون الواجب التطبيق في الموضوع ولو كان بحسب الاصل السابق غير ذلك ، بل يمكن ان يكون نفس قانون الجنسية المشتركة او الموطن المشترك للمتعاقدين .

٥ ـــ **واما في الالتزامات غير التعاقدية**، ـ من تقصيرية او قانونية ـ فانه يسري عليها قانون البلد الذى وقـــع فيه الفعل المنشيء للالتزام . يستثنى من ذلك حالة الالتزام الناشيء عن الفعل الضار ، فأن القـانون الأجنبي لايسري في سورية اذا كانت الوقائع التي حدثت في الخارج ، وأن كانت تعتبر غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه ، تكون مشروعة في سورية .

هذه هي اهم الموضوعات التي تناولها القانون المدني في بحث التنازع الموضوعي ، ومع ذلك فقد عرف الشارع ان هذه النصوص ، على كثرتها وخصبها ، لاتكفي لإيجاد كل الحـلول ، فنص في المـادة ٢٦ انه « تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في

المواد السابقة من احوال تنازع القوانين ، مبادىء القانون الدولي الخاص » .

واذا كانت هذه النصوص التي جاء بها القانون في هذا المضمار هي الاصل الذي يجب الرجوع اليه اولاً ، قبل الرجوع الى قواعد القانون الدولي الخاص ، في قانون خاص او معاهدة دولية نافذة . . . » (المادة ٢٥) كما انه « لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي عينته النصوص السابقة ، اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او الآداب في سوريه . » (المادة ٣٠)

وبذلك عاد للقاضي السوري ، حين تطبيق احكام النصوص الاجنبية وفقاً لما امر به القانون المدني ، وعملاً باحكامه تلك ، وجوب الامتناع عن هذا التطبيق عندما تكون الاحكام التي ستطبق مخالفة للنظام العام والآداب العامة في سورية ، هذه الامور التي يعود تقديرها للقضاة . . .

وهكذا نستطيع ان نستخلص من هذا البحث الأسس العامة التي قام عليها تنازع القوانين من حيث المكان وان نجملها فيما يأتي :

١ ـ الأصل الأول هو تطبيق مبدأ اقليمية القوانين ولكن مع استثناء حالات الاحوال المدنية والشخصية ، من اهلية ، وزواج وطلاق ، ونسب ونفقة ووصية وارث ، حيث يطبق قانون الشخص ، ومع ذلك يفضل القانون الاقليمي (السوري في سورية) اذا حصل تعارض مع مصلحة المواطنين السوريين ورعايا الجمهورية .

٢ ـ لكي نحدد نوع العلاقة ونكيفها ونرى تحت اي طائفة او نوع من أنواع الموضوعات تدخل هذه العلاقة موضوع الخلاف ، نرجع الى القانون الاقليمي أو المحلي .

٣ ـ تقدم في التطبيق احكام القوانين الخاصة او المعاهدات الدولية النافذة في حال وجودها وتفضل على النصوص القانونية التي وردت في القانون المدني منظمة احكام تنازع القوانين من حيث المكان .

٤ ـ لا مجال لتطبيق احكام قانون اجنبي عينته نصوص القانون المدني اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او الآداب .

٥ ـ في كل ما لم يرد نص بشأنه ، تطبق مبادىء القانون الدولي الخاص .

الفرع الثاني

العرف

La Coutume

الى جانب القانون الذي اصبح اليـوم المصدر الاول في التشريعات الحديثة والتشريع العربي ، فان الاعراف ، التي كانت في الاصل كل شيء في الشرائـع القديمة لعدم وجود قوانين مكتوبة ، تأتي اليوم في الدرجة الثـانية بين مصادر الحقوق . وهي وان فقدت القسم الاعظم من اهميتها كمصدر رئيسي للحقوق ، مايزال لها مع ذلك قيمتها وأهميتها كما سنرى .

وقد سبق أن اشرنا الى اهمية الحقوق العرفية في أمة لاتزال في فجر مدنيتهـا حتى اذا تقدمت في المدنية وتشابكت مصالحها ، وتعقدت روابطهـا ، رأت من واجبها أن توضح مابهم ، وتثبت مااضطرب ، وتجدد ما بلي ، فتعمد الى التشريع ، يحقق رغباتها ويهذب قواعدها ، وينسخ فاسدها. وقد يكون الدين احياناً هو السبيل لتحقيق ذلك كما حدث حين ظهور الاديان ، ولكن المدنيات في العصور الاخيرة سارت نحو استبدال الاعراف بالتشريعات والقوانين لمـا لها من ميزات ، وضعف الشأن الكبير للعرف ومكانته في الحقوق .

ولو اخذنا الامة العربية مثالا لرأينا أنها كانت في بداوتها ، في عصر الجاهلية ،

خاضعة لعاداتها ، وقد اصطبغت بعض العادات بصبغة الدين الوثني ، وكانت العرب قبـــائل متفرقه لا يجمعها سلطان واحد . وبقي الامر كذلك حتى هيأت الظروف طريق الوحدة العربيه ومهدته بظهور الرسالة المحمدية ، وجـاء النبي (ﷺ) فانتقص من سلطان العرف ، سواء بمنع الكثير من العادات ، وسواء بتحوير او تعديل البعض الآخر ، وقام الدين مصدراً رسمياً للحقوق ، على أن ذلك لم يمنع من بقاء العرف مصدراً اصلياً في الشريعة الاسلامية ، فقـــد كان الاجماع في أول أمره عرف اهل المدينة ، ثم تطور بعد ذلك حتى صـار اجماع المجتهدين في كل عصر . ولا يزال من المباديء المقررة في الشريعة الاسلامية « ان للعرف اعتباراً شرعياً في بناء كثير من الاحكام . . . وان الاجتهادات الفقهية في الاسلام متفقة على هذا الاعتبار ، وان بينها شيئا من التفاوت في حدوده ومداه . . . وقد أقام الفقهاء وخاصة منهم رجال المذهب الحنفي ، كبير وزن للعرف في ثبوت الحقوق او انتفائها بين الناس . . . واعتبروا العرف والعـــادة أصلا هاماً ومصدراً عظيما واسعاً تثبت الاحكام الحقوقية بين النـــاس على مقتضاه . . . »[1] وربما ردوا الدليل الشرعي على اعتبار العرف الى الكتـاب تأويلا الآية الكريمة : « **خذ العفو وأمر بالعرف واعرض عن الجاهلين** » وان العرف هنا وان كان قد ورد في معناه اللغوي ـ أي بمعنى المستحسن والمألوف ـ ولـــكنه لا يخلو مع ذلك من الدلالة على المعنى الاصطلاحي[2] . وربمـا ردوه كذلك الى حديث النبي صلى الله عليه وسلم يقول : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »

وهكذا أثبت الفقهاء قواعد كثيرة في أمر العرف والعادة كانت أساساً

---

(١) راجع الاستاذ مصطفى الزرقا ، الحقوق المدنية في البـلاد السورية ؛ ١٩٤٨ ، ج ١ ص ٥٣ .

(٣) المرجـع السابق ، ص ٥٢ .

لكثير من الاحكام ، كما نصت على ذلك المادة ٣٦ من المجلة حين قالت : « العادة محكّمة ، يعني ان العادة ، عامة كانت أو خاصة ، يجعل حكمها لاثبات حكم شرعي » . ثم المادة ٣٧ التي ذكرت ان « استعمال الناس حجة يجب العمل بها » وقامت بالاستناد الى هذه المبادىء تطبيقات هامة نصت على بعضها مجلة الاحكام العدلية كذلك ، كمثل قولها : « انما تعتبر العادة اذا اضطردت و غلبت » (المادة ٤١) وقولها « العبرة للغالب الشائع لا للنادر » (المادة ٤٢) و « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » (المادة ٤٣) و « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم » (المادة ٤٤) و « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » (المادة ٤٥) ... الخ .

أما القانون المدني الحالي فقد نص في الفقرة الثانية للمادة الاولى ، ان على القاضي ان يقضي بمقتضى النصوص التشريعية ، فاذا لم توجد فبمقتضى مبادىء الشريعه الاسلامية ، واذا لم توجد فبمقتضى العرف . وبالنظر لأن القانون الجديد لم يعين مبادىء الشريعة الاسلامية وما يتجاذبها من مذاهب متعددة ، بل قصد ، كما هو صريح المذكرة الايضاحية والاعمال التحضيرية وما قيل حول هذا النص ، أن يفسح المجال أمام القاضي ورجل القانون ، للاخذ بما أراد من المذاهب او بالاصح بمجموع هذه المبادىء التي لا تختلف باختلاف المذاهب (١) .

---

(١) جاء في المادة الاولى الفقرة الثانية للقانون المدني المصري مقابل الفقرة الثانية للمادة الاولى من قانوننا : « فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية .. » فجعل العرف مقدماً على مبادىء الشريعة الاسلامية حين وجوده ، حتى اذا لم يوجد لجأ القاضي إلى مبادىء الشريعة غير مقيد بمذهب أو رأي . مادام ليس هناك عرف يوجب مثل هذا التقليد .

ولقد كان نص الفقرة الثانية من المشروع الاصلي الذي تقدمت به الحكومة المصرية الى البرلمان المصري كما يأتي : « أذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقة حكم القاضي بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة ألاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين » . . الخ

فقد حق لنا ان نعتقد ان من الواجب في مثل هذه الحال ـ وان تكن هنـــاك احكام ونصوص شرعية متعددة في كل مسألة ـ ان نرجع الى ما طبق منهـــا بطريق العادة والاستعمال حتى أصبح عرفاً ، لأن العرف ظل مصدراً أصليـــاً وتفسيرياً للقانون ، فضلاً عن أن القانون قد نص عليه كما رأينـا ، بل ان الشريعة الاسلامية نفسها قد اعتبرته كذلك كما أشرنا . وعلى هذا فان العرف في شريعتنا الحالية ، من أبرز مصادرها بعد القانون .

فما هو العرف وما هي عناصره ، وما هي شروطه وصفاته ، وما هي قوتـــه الملزمة وقيمته الحقيقية ، واخيراً ما الفرق بين العرف والعـادة او الاستعمال ؟

§ ١ ـ التعريف بالعرف ونشوئه

يقولون ان العرف « مجموع القواعد الناجمة عن الاستعمال الراسخ المتأصل

= « وقد حذفت في مجلس الشيوخ المصري . من هذه الفقرة عبارة (الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين) لأن حكمها ـ كما قالوا ـ مفهوم في حدود فكرة الملائمة . ولم يرمحلا للاشارة بعدم التقيد بمذهب ، باعتبار ان الرجوع سيكون إلى المبادىء ، وهي لاتختلف باختلاف المذاهب » (راجـع جمال الدين الطيفي ، التقنين المدني المصري ، ج ٩ عام ١٩٤٩ ص ٤٧) .

وإذا رجعنا إلى نص الفقرة الثانية من المادة الاولى للقانون المدني المصري في المشروع التمهيدي الاول ، نجد ان هذا النص كان كما يأتي ، « فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة. ويستلهم في ذلك الاحـكام التي أقرها القضاء والفقه مصرياً كان او اجنبياً ، و كذلك يستلهم من مبادىء الشريعة الاسلامية . » بحيث لم تكن مبادىء الشريعة الاسلامية الا مصدراً قانونياً ضافياً . وكان العرف بحسب هذا النص ، ومازال بحسب النص النهائي للقانون المصرى ، هو ثاني المصادر القانونية مباشرة بعد النصوص التشريعية . ومع ذلك فان اعتبار مبادىء الشريعة الاسلامية مصدراً ثانياً مباشراً في قانوننا ، لايؤثر على قيمة العرف ومكانته ، كمصدر رئيسي مباشر بعد التشريـع ، لأن مبادىء الشريعة اصبحت في الحقيقة من أعرافنا .

في مجتمع ما ، والمعتبرة واجبة الاحترام ولازمة التطبيق كالقانون ، كمثل العرف السائد في اوروبا بحمل المرأة اسم زوجها .

وعرفته المدرسة التاريخية بانه : المحصول الغريزي المباشر للوجدان الشعبي بمعناه الواسع ، ولذلك فقد رأت في العرف الطريقة المثلى لانتاج الحقوق ، لانه أقرب الطرق للواقع وأكثر اتصالا به .

وعرفه الفقهاء في مجمل تعاريفهم بما يفيد : « عادة جمهور قوم في قول أو عمل [1] » او هو اطراد عمل الناس في أمر من الامور ، وربما سموه « عادة » او « تعاملا » ، واشترطوا فيه ان يكون مطرداً او غالباً .

ومن هنا نرى ان العرف يختلف عن القانون بانه ينشأ من الاستعمال المتمادي ، وبشكل اعتيادي ، في موضوع ما ، بحيث يتعذر غالباً معرفة مبدأ العرف او الشخص الذي أوجده . انه ينشأ ببطء واستمرار طويل حتى لا يشعر الناس الا وقد أصبح متأصلا ، قائماً في وسطهم الاجتماعي ، وان احترامه وتطبيقه غير مختلف فيه ، وبالتالي فان قوته الالزامية تمسي واجبة ، نافذة ، دون ما سلطان او إرادة عليا قد أوجبتها وفرضتها .

فالعرف إذن قاعدة لا يعرف لها صاحب أو مبدع ، ولعله من الصعب جداً الوقوف على مراحل ولادة العرف وتكونه ونموه ونضوجه ، لانه لا يعرف الا بعد ان يكون قد تشكل وتم بالخفاء ، وبعد أن يكون قد أضحى لازماً ، بصورة لا شعورية . لا شك ان للعرف مبدأ وتاريخاً ، وربما كان له مبدع وموجد ، ولكن ذلك التاريخ ، وهذا الموجود يظلان مجهولين حتى اكتشاف العرف حقوقياً أي تعميمه واستقراره . ويقول الاستاذ بونكاز : « في كل مرة يظن ان عرفاً ما بدأ مع فلان او في الوقت الفلاني ، تكون هناك عوامل وعناصر اخرى مجهولة قد سبقت ذلك التاريخ وأوحت بالعرف » . ففضلا عن الصدف والتقليد ، فان هناك بعض الملابسات العارضة والعوامل المتعددة من فردية او

---

(١) راجع الاستاذ مصطفى الزرقا ، المرجع السابق ص ٥٠

عائلية ، أقليمية ، جغرافية ، اقتصادية ... الى آخر ما هنالك من العوامل التي ذكرها الحكماء وأكدها الممارسون ... كلها تضافرت فأوجدت العرف ... (١)

والامر الاكيد ـ كما يقول دولا كرسيه ولا كوست ـ ان الحقوق العرفية حقوق شعبية صادرة من تعامل الشعب واستعماله ، فهي وليدة الحياة الشعبيـــة ، خلافاً للقانون الذي هو من حيث الظـــاهر وليد عمل تشريعي ، ودماغ مفكر خاص ، قام بتهيئته وفرضه بإرادته (٢) .

ومن هنا يحاول بعض المؤلفين ان يقابلوا بين العرف والقانون من حيث ان كلا منهما قاعدة حقوقية ملزمة ، الا ان القانون قاعدة مسنونة أوجدهـا المشرع او السلطة التشريعية ، في حين ان العرف قاعدة غير مسنونة ، أوجدها تعـامل الناس اللاشعوري واطراد سلوكهم في مسألة معينة على وجه مخصوص (٣)

§ ٢ ـ عناصر العرف وشروطه

١ ـ عناصر العرف

بعد هذا التحليل لتعريف العرف ، نجد ان العرف بحسب المفهوم التقليدي هو قاعدة حقوقية تتولد من اجتماع عنصرين الاول مادي élémant matériel ou objectif ، وهو عبارة عن التعامل المستمر ، العام ، الثـابت من قبل الجميع ، بحيث نحدد بموجبه في زمن ما حكما متعارفا عليه ، او حلاً لصعوبة حقوقية معينة ، بما لانص عليه قانوناً . وربما صح ان نسمي هذا الاستعمال ، عادة usage وهو

---

(١) بونكاز ، المدخل لدراسة الحقوق ، المرجع السابق . ص ١٦٠

(٢) المدخل العام لدراسة الحقوق ، المرجع السابق ، ص ٢٧٦

(٣) راجع الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٣ .

بهذا المعنى من المسائل الموضوعية او الواقعية التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض والثاني ، العنصر المعنوي او الشخصي élément moral ou subjectif عبارة عن الاعتقاد السائد لدي جميع الناس الذين يخضعون للعرف او يطبقونه ، انه الزامي واجباري Opinio nécessitates اي ان يقوم في ذهن الناس واعتقادهم وجوب اتباع ما جروا عليه ، معتقدين بتأييده من المجتمع ، وفي وجود جزاء قانوني ، لانه كالقانون يكسب حقاً تمكن المطالبة به وعلى السلطة العامة ايصاله الى صاحبه ، وهو بهذا المعنى يعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض . ويردون هذين الركنين الى الشروط الآتية :

٢ — شروط العرف

لا بد لكي يصبح العرف مصدراً من مصادر الحقوق ان تتوافر فيه ، او بالاصح ان تتوافر بالعنصر او الركن المادي منه عدة شروط نجملها فيما يلي :

اولا - يجب ان يكون العرف عاماً général

ومعنى كونه عاماً أي منتشراً انتشاراً واسعاً في الوسط الاجتماعي او المهني ، شاملا في موضوعه جميع من يتناولهم بمدلوله ، دون أن يمنع ذلك كونه خاصاً بطائفة من الناس . وعموميته هذه شبيهة بعمومية القانون تماماً ، وان كانت عمومية العرف في بعض الحالات أضيق من عمومية القانون الذي يشمل جميع الرعايا والسكان في كل الدولة ، في حين ان العرف قد تقتصر احكامه على طائفة او فئة من الناس في مهنة ، وقد تقتصر بصورة خاصة على منطقة دون اخرى ، بحيث تتعدد الاعراف في الدولة الواحدة في الموضوع الواحد . وهذه مسألة موضوعية واقعية بمعنى انها لا تخضع لمراقبة محكمة التمييز او النقض (١).

---

(١) راجع السنهوري وابو ستيت ، المرجع السابق . ص ٨٩ .

ثانياً ـ يجب ان يكون العرف قديما ancien

فيتواتر الجري عليه مدة طويلة ويؤلف عادة مستمرة قديمة في حياة الناس . وهذه كذلك مسألة موضوعية واقعية .

ولقد رأينـــا قبل قليل ، ونحن نبحث في نشوء العرف ، أنه ينشأ بصورة تدريجية ولا شعورية ، ثم يستمر زمناً طويلا بحيث لا يعرف الا بعد تشكله واعتياده من الناس منذ وقت بعيد . وقد حاولت بعض الشرائع ان تشترط مدة للقدم أقلها اربعون سنة (١) وهو شرط لا لزوم له ، وقيد لم تأخذ به اكثر الشرائع بما في ذلك شريعتنا .

ثالثا ـ ان يكون مستقراً constant

فيطرد اتباعه كطريقة منتظمة غير متغيرة ولا متقطعة لاشك فيها . وربمـــا كان هذا الشرط نتيجة طبيعية ، لقدم العرف موضوع الشرط السابق .

ويضيف البعض الى هذه الشروط العائدة للركن المادي ، شرطين آخرين ربما اتصلا بالركن المعنوي للعرف وهما :

اولا ـ ان يكون غير مخالف للقانون وللاداب والنظام العام

فاذا اصطدم العرف مع نص تشريعي منـع هـذا ذاك او الغـاه ، واذا كان العرف مخالفاً للآداب او النظام العام (كما في بعض الاعراف في بيع البنـات او

---

(١) راجع السنهوري وابو ستيت ، المرجع السابق ، ص ٨٩ .

جعل مهرهن حقاً للوالدين او الاخوة) فانه مخالف للنظام العام ، فلا يكون معتبراً (١) .

ثانيا - ان يكون ملزما

وقد رأينا ان الالزام الذاتي في العرف هو الركن الثاني الاصلي ، بل هو من أبرز عناصره وشروطه لانه هو الذي يفرق بين العرف والعادات كما سنرى .

هذه هي العناصر والشروط للعرف .

§ ٣ - طبيعة العرف وحقيقته

وقبل أن نتناول بالبحث قوة العرف الالزامية والتفريق بين العرف والعادة لا بد لنا من الاشارة الى نقطة بحثها المؤلفون ودار حولها الجدل وهي الآتية :

هل تعتبر القواعد التي تنشأ عن اجتهادات المحاكم وقضائها ، المتكرر والمستمر والثابت ، أعرافاً أو بحكم الاعراف ؟ واذا كانت تعتبر بمثابة العرف فهل انها اعتبرت كذلك واعطي لها قوة القانون لأن المحاكم طبقتها وأقرتها ؛ أم أن المحاكم تطبقها لانها عرف بذاتها لها قوة القانون ؟

ذهب البعض الى القول ان الحلول القضائية ، واجتهاد المحاكم المستمر في

---

(١) وقد جاء في الشريعة الكنائسية انه : « لايمكن لأي عرف كان ان يخالف الحقوق الدينية او الوضعية ، ولايعمل به خروجاً على الحقوق الكنائسية الا اذا كان معقولاً ومتبعاً خلال اربعين سنة كاملة ومتواصلة ،

وهكذا تضيف الحقوق الكنائسية ، كالحقوق الانكليزية . شرطاً رئيسياً في اعتبار العرف وهو ان يكون معقولا ،

(راجع القانون الكنائسي Codex juris canonici مادة ٢٧ في ارمانجون ، نولد وولف ، مطول الحقوق المقارنة . ج ١ ص ٦٦) .

موضوع معين لا شك انه وليد استعمال هذه المحاكم المستمر للاخذ بالحل ذاته في الموضوع نفسه ، ولكن هـــذا الاستعمال يختلف عن الاستعمال الذي يولده العرف عادة . ذلك لانه استعمال سلطة قضائية ، في حين ان العرف لا يكون عرفاً الا اذا تكوّن عن الاستعمال الشعبي ، استعمال الناس ، لا استعمال السلطة ، صاحبة السلطان ، ولأن العرف هو ذلك الاستعمال الذي يستمر تدريجياً عن غير إرادة ، وعن غير سلطة ومن غير قصد .

ويرى البعض الآخر (كمذهب اوستن Austin) خلاف هذا الرأي ، ويعتبر استمرار المحاكم على الاخذ بحل في موضوع معين يكوّن بالنتيجة عرفاً ، له قوة القانون ، بحجة أن هذه القواعد الاجتهادية وليدة استعمال المحاكم لقواعد وحلول متكررة ، او هي بالاصح ، تبني هذه المحاكم لها ، واستقرارها عليها في ذلك الموضوع . ويقولون لعل هذه القواعد الاجتهادية أبرز القواعد العرفية واظهرها ، ولعل الاعراف التي تنشأ عنها أهم الاعراف وأثبتها .

والواقع كما يقول آخرون (١) أن القواعد الحقوقية التي تصدر عن القضاة ، وان تكن في الاصل متميزة عن الاعراف ، الا ان هذه الاعراف التي تستند المحاكم اليها في أحكامها تحت هذا الأسم ، اذا لم تكن في ذاتها من ابتكارها واجتهادها فان المحاكم على الاغلب هي التي تظهرها وتعطيها قيمتها ، وربما تعدلها وتحورها .

ان أهمية هذا الاعتبار ، بين الرأيين المختلفين ، ترجع في الواقع الى قيمة العرف ، وقوته الالزامية كمصدر للحقوق . فالفرق كبير بين أن تقول إن الاقضية المستمرة والثابتة في موضوع معين ليست سوى اجتهادقضائي — وسنرى قيمة الاجتهاد القضائي غير الملزمة — أم أنها تؤلف عرفاً بالمعنى الكامل . واذا قلنا عرفاً بالمعنى الكامل ، فما هي قيمة العرف وقوته ؟

---

(١) راجع أسمان Esmien ، المدخل لدراسة الحقوق . المرجع السابق ص ١١٥ .

§ ٤ ـ قيمة العرف وقوته الحقوقية

هل ان للعرف قوة القانون ، ثم وهل يعتبر مصدراً من مصادر الحقوق لأن المحاكم تطبقه ، أم أن المحاكم تطبقه لانه مصدر من مصادر الحقوق ؟

لقد ذكرنا في صدر هذا البحث لمحة موجزة عن أهمية العرف في الشرائع القديمة والتشريعات الحديثه ، وما نص عليه القانون المدني السوري ، من وجوب الرجوع الى العرف عند فقدان النص والعمل بموجبه ، وقد جاء في المذكرة الايضاحية للفقرة الثانية للمادة الاولى من القانون المدني ، ما يوضح هذه القيمة والقوة حيث قالت : « تعرض الفقرة الثانية لحالة نقص في التشريع فتحيل القاضي مبدئياً الى العرف ، وهي في ذلك تتفق مع الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني السويسري . والواقع أن العرف هو المصدر الذي يلي التشريع في المرتبة ، فمن الواجب أن يلجأ اليه القاضي مباشرة ان افتقد النص . فالعرف هو المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة ، ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير ، التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها واستعصائها على النص . ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل الى جانب التشريع ، مصدراً تكميلياً خصباً لا يقف انتاجه عند حدود المعاملات التجارية ، بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء » (١) .

ولكن هل أن قوة العرف هذه وليدة تطبيق المحاكم له ، أم أن المحاكم تطبقه لأنه بذاته ملزم ؟

يقول أصحاب مدرسة أوستن التحليلية ، أن القواعد العرفية لا قيمة لها الا اذا طبقتها المحاكم ، فهي إذن لا قيمة قانونية لها ولا تعتبر مصدراً الا بتطبيقها

---

(١) راجع جمال الدين العطيفي ، التقنين المدني المصري ، ج ١ ص ٤٦ .

قضائياً ومنذ ذلك التطبيق ، والمحاكم هي التي تعين الاعراف وتوضحها ، وتعطيها القوة الإلزامية بتطبيقها (١) .

وتذهب المدسة التاريخية ، مدرسة الفقيه الالماني سافيني ، الى ان القواعد العرفية تعتبر مصدراً حقوقياً ، وتكون لها صفة القانون الملزم بمجرد استكمالها لأركانها وشروطها ، واذا طبقتها المحاكم فانما تطبقها لانها كذلك . فصفة الالزام موجودة فيها قبل التطبيق ، وهي سبب التطبيق ، ولعل هذا الرأي هو الأرجح لدى أكثر المؤلفين . وهو الذي أخذ به قانوننا المدني كما رأينا .

ولكن ما القول بالاستعمالات والعادات الاتفاقية ، التي كانت بالأصل شروطاً اتفاقية يضعها العاقدان في عقودهما ، الا ان شيوعها العام والدائم أغنى الناس عن ذكرها حتى اصبحت ملزمة في العقود من غير ذكر ؟ كمثل شرط الخدمة في استئجار الغرف المفروشة ، او بدل هذه الخدمة في الفنادق .. الخ .

يرى بعض المؤلفين انها ليست من الاعراف ، لانها تستمد قوتها الالزامية ، لا من نفس القاعدة وعمومها ، دون إرادة أو رغم الارادة المعاكسة ، ـ كما هي الحال في العرف وكما هو ركنه الاصلي ـ بل انها تستمد قوتها من الارادة الضمنية للمتعاقدين . ويرى البعض الآخر أنها تصبح في الواقع عرفاً بكل مزاياه ، لانها وان تكن في الاصل من منشأ ارادي ، فانها بعد أن تعم وتدوم ، تضحى واجبة لازمة بنفس القوة التي للعرف او القانون ، حتى على اولئك المتعاقدين الذين يجهلون وجودها ، ونعتقد ان هذا الرأي أقرب للصحة والصواب .

(راجع السنهوري وابو ستيت ، اصول القانون ، المرجع السابق ص ٨٩ .

ولقد برهن الفقيه الانكليزي مين Maine في كتابه Ancient law ان مفهوم العرف متأخر عن مفهوم الحكم . واكد الفقيه الفرنسي لامبر Lambert ان المفهوم الفرنسي القديم للعرف لايتفق والحقيقة ، وان الاعراف الثابتة ليست في الواقع سوى حقوق اجتهادية أقرها القضاة بشكل صريح ، وان جذور العرف القائم ليس في تعامل الناس وانما في التعامل القضائي (راجع دافيد R. David مقارنة الحقوق المدنية ١٩٥٠ ص ٩٠) .

§ ٥ ـ التفريق بين العرف والعادة[1]

إن ما ذكرناه سابقاً يدعونا قبل ختام بحث العرف أن نحاول التفريق بين العرب والعادة من حيث الجوهر والطبيعة ، ومن حيث الأثر والتطبيق .

رأينا أن من أبرز العوامل التي تحدد العرف وتميزه ، عامل الالزام الداخلي وصفة العموم ، غير أن هناك عادات أو تعاملاً اتفاقياً usages conventionnels تعارف الناس على أتباعها في معاملاتهم ، ولكنها تختلف عن الاعراف بفقدانها صفقة الالزام المفروض ، وهي إنما تستوحي من الطبائع والاخلاق ، وتكون على أنواع فمنها ما يسمى بالعادات المدنيـــة usages mondains ، كمثل اعطاء الاكراميات إلى المستخدمين ، أو عادات الزواج ، كخاتم الخطوبة أو (الصبحة) الخ . . ومنها ما تكون محلية usages locaux تختلف باختلاف الجهات ، أو خاصة بمهنة usages professionnels ، مثال ذلك العادات الكثيرة في مسائل الايجار والبيع والشركة وعمليات البورصة والأوراق التجارية والحسابات الجارية وعلاقات العمال في بعض المهن ، الخ...والفرق إذن بين العادة والعرف أن العادة ليست ملزمة بذاتها كالعرف، وإنما تصلح لتفسير نية المتعاقدين ، وتكون ملزمة إذا اتفق عليها الطرفان صراحة أو ضمناً باستخلاصها من واقع الحال .

وقد نصت المادة ٣٦ من مجلة الأحكام العدلية ، كما أشرنا من قبل أن :«العادة محكمة ، يعني أن العادة عامة كانت أو خاصة ، تجعل حكماً لاثبات حكم شرعي » ، وإذا كانت « العادة » هنا أقرب إلى معنى العرف منها إلى العادة بمفهومنا ، فانها في كل الأحوال تعتبر أساساً للحكم إيضاحاً وإكمالاً لنية المتعاقدين. وقد ذكر الشارح للمجلة

---

(١) راجع في هذا البحث : جني Geny، طرق تفسير الحقوق الخاصة، ج١ ص٣١٨ـ٤٣٢ والسنهوري وابو ستيت ، المرجع السابق ص ٩٥ وما بعدها .

(الأستاذ سليم رستم باز) أن العادة عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطبائع السليمة . وقد جاءت المجلة بكثير من النصوص حاملة هذا الطابع .

وفي قانوننا المدني الجديد كذلك كثير من النصوص التي يحيل فيها المشرع نفسه على حكم العادات ، نذكر على سبيل المثال نصها :

فقد نصت المادة ١٤٩ أنه : « ١ — يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . ٢ — ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » . وتشبهها في ذلك المادة ٤٠٠ « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع ، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » .

فالقانون نص بصراحة على الرجوع للعرف وهذا العرف هنا عاماً كان أو خاصاً ، يشتمل على العادات المحلية التي لا تؤلف بنفسها مصدراً حقوقياً قائماً بذاته بالنسبة للعرف العام ، بحيث لو باع شخص من آخر حصاناً ، ولم يذكر حين البيع أنه يدخل فيه الرسن ، أو باع حماراً ولم يذكر فيه دخول البردعة والأكاف فان العرف والعادة المحليين يقضيان بدخولها تبعاً لأنها من مستلزمات البيع بحسب العرف والعادة . وكذلك من باع أرضاً أو مزرعة ولم يذكر حقها من الماء ، فان كانت العادة في البلد أن الماء من مستلزمات هذه الأرض أو المزرعة ، تناولها البيع بقوة هذه العادة الخ ..

كذلك نصت المادة ١٥١ أنه « ٢ — إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات » فتعليق هذا النص أمر تفسير العقود وفقاً للعرف الجاري في المعاملات ، دون الأخذ بالمعنى الحرفي للألفاظ إحالة صريحة

إلى العادات في هذا الموضوع .

وكذلك أيضاً حال المواد ٣٩٠ ، ٣٩١ و ٤١٦ ، ٤١٧ الخ . . وكثير غيرها من القانون المدني فلتراجع .

ويلاحظ في أكثر هذه النصوص ورود كلمة « عرف » بمعنى « العادة » في تعريفنا كما يستدل من مجمل النصوص ومفهومها ، بحيث يكفي أن تكون هناك « عادة » ولو لم تصبح بعد « عرفاً » بالمعنى الكامل ليمكن الاستهداء بها في تفسير النص .

أما القانون التجاري الجديد ، فانه قد تعدى في ذلك القانون المدني الجديد الى حد كبير ، حيث نص في مادته الرابعة على الاحالة الى العرف الخاص والعادة المحلية بما يساوي بينها وبين العرف بوجه عام ، بل ربما فاقت قوتهما قوته ، وفضلت عليها. فقد نصت المادة الرابعة من قانون التجارة السوري أنه : « ١ — على القاضي ، عند تحديد آثار العمل التجاري ، أن يطبق العرف المتوطد ، إلا إذا ظهر أن المتعاقدين قصدوا مخالفة أحكام العرف ، أو كان العرف متعارضاً مع النصوص التشريعية الالزامية ، ٢ — ويعد العرف الخاص والعرف المحلي مرجحين على العرف العام ».

وقد لا يحيل القانون أحياناً على العادة ، ومع ذلك تطبقها المحاكم . واليكم بعض الأمثلة .

١ — جرت العادة في إيجار الغرف المفروشة على أن تكون لشهر واحد وإيجار الدور لمدة سنة ، فاذا أجر شخص لآخر غرفة مفروشة دون أن ينصا على مدة العقد ، ووقع خلاف امام المحكمة على المدة ، قضت المحكمة بحسب العادة الجارية واعتبرت المدة شهراً للغرفة وسنه للدار على اعتبار أن المتعاقدين قصدا ذلك حتما في عقدهما ، وقد تبنى القانون المدني هذه العادة فنص عليها صراحة في مادته ٥٣١ .

٢ — جرت العادة في غوطة دمشق أن الشغيل الزراعي يعطى غرفة في حانوت صاحب الأرض لا تحسب اجرتها .

٣ — قضت محكمة استئناف مصر الأهلية (١) أنه يجب في تفسير المشارطات اتباع العرف والعادة ، وهي تقضي بأنه اذا دفع المشتري مبلغاً بصفة عربون وعدل عن الشراء فلا يكون له الحق في المطالبة بهذا المبلغ ، وان مثل هذا الشرط ، كما يصح أن يكون قد وضع لمصلحة البائع ، بطلب الفسخ مع حفظ العربون ، يجوز عدلاً أن يستفيد منه المشتري للتخلص من العقد مع تحمله دفع قيمة العربون .

وقد أخذ القانون المدني بهذه القاعدة ونص عليها صراحة بالمادة ١٠٤ .

٤ — وقضت أيضاً بحكم آخر (٢) انه اذا لم يبين الشركاء بطريقة صريحة قاطعة ما هي حصة كل منهم من الأرباح ، كان للمحكمة أن تحددها بطريق العدالة بين الخصوم . وقد جرت العادة في هذه البلاد على أنه اذا اشترك شخصان وقدم أحدهما رأس المال وتعهد الثاني بادارة الأعمال فيكون للأول ثلثا الارباح وللثاني الثلث . وهكذا ...

ومن هنا يتضح أن طبيعة أحكام العادات — سواء أحال القانون عليها صراحة أم لم يحل — تنشأ من مختلف ظروف التعاقد ، كمكان العقد وزمانه ، والغرض من التعاقد ، وتسليم المال واستلامه ، والمركز الشخصي للطرفين ، ومهنتهما ، فتختلف بذلك عن أحكام القانون المفسرة أو التكميلية التي تلزم المتعاقدين ما لم تظهر إرادتهما بمخالفتها .

وإذا كانت العادات تقرر قواعد مفسرة بالمعنى السابق ، فلماذا فرقنا بينها وبين العرف واعتبرنا العرف وحده ـ دون العادة ـ مصدراً من مصادر الحقوق ؟

ذلك أن العادة قد استكملت شروط الركن المادي السابق بيانها ، دون العنصر المعنوي وهو الالزام . فلا يشعر الأفراد نحوها بما يشعرون به نحو

---

(١) ٢٧ نوفمبر ٩٢٣ ، رقم ٢٨٠ في السنهوري وأبو ستيت ، المرجع السابق ص ٩٦.
(٢) ٢٧ نوفمبر ٩٣٣ ، رقم ٣٣٩ ، نفس المرجع .

العرف ، ولذلك فلا يؤخذ بما جرت عليه العادة الا اذا ظهر من ظروف التعاقد أو الوضع الطبيعي أو الرغبة الصريحة أو الضمنية ان المتعاقدين أو أصحاب الحقوق قد قصدوا اتباعها . أما العرف وهو كالقانون ، فملزم بذاته ، ولاسيما اذا لم تظهر نية المتعاقدين الصريحة في استبعاد حكمه ، بل قد لايجوز للمتعاقدين استبعاد حكمه أو مخالفته كما لو كان يقرر حكما يتصل بالنظام العام . وعلى هذا الاساس يقوم التفريق بين العرف والعادة ، وهو كما ترون دقيق وربما في بعض الاحيان صعب المعرفة ، لانه يتصل بمعرفة الشعور بالالزام ومداه ، مما يحتمل الشك والجدل .

وبناء على ذلك فانه يترتب على عدم توافر ركن الالزام في العادة وتوافره في العرف نتائج هامة تتلخص فيما يلي: (١)

آ — للمحكمة أن تطبق العرف من نفسها d'office ، كما عليها أن تطبق القانون. أما العادة فيجب على ذي المصلحة التمسك بها ليمكن للمحكمة الاستناد اليها .

ب — أحكام العرف تلزم الطرفين ولو كانا يجهلانها ، أما العادة فلا تلزمها الا اذا قصدا الاحالة عليها صراحة أو دلالة .

ج — لامحل لاثبات العرف — ولكن صعوبة التحقق منه تجعل من مصلحة المتمسك به اثباته في أغلب الاحيان ، لأن معرفة العرف — كمعرفة القانون المكتوب — من خصائص القاضي ومن حقه ومن واجبه ، خلافاً للعادة ، إذ يجب على من يريد التمسك بها أن يحتج بها ويثبتها .

د — عدم مراعاة قاضي الموضوع لاحكام العرف يخضع لرقابة محكمة التمييز — أي محكمة النقض — لأن العرف قانون ، ومصدر من المصادر الملزمة للحقوق ، خلافا للعادة التي لاتخرج أن تكون مجرد واقعة ، لقاضي الموضوع الرأي الأول فيها ، (على أن بعض الشراح الذين لايرون في العرف مصدراً أصلياً من مصادر

(١) راجع السنهوري وابو ستيت ، المرجع السابق ص ٩٩.

الحقوق الوضعية ، يرون ان العادات كلها ، سواء كانت عرفاً أو عادة ، وقائع تخرج عن رقابة المحكمة التمييزية أي محكمة النقض).

هـ — العرف التجاري قد يلغي القانون ولو كان مخالفاً له ، ولا يمكن أن يكون للعادات مثل هذا الاثر ، إذ أن مهمتها قاصرة على تفسير وتكملة نية المتعاقدين غير الظاهرة ، فـــلا يتصور أن يكون لارادتها غير الظاهرة من الاثر أكثر مما لارادتها الصريحة التي لاتستطيع الخروج على النص كما رأينا في بحث الغاء القوانين .

فكل هذه النتائج الهامة تحتم أن يفرق بين العرف والعادة ، وان يطلق على كل منهما اســـه حتى يرتفع الخلط الموجود بينهما ، في كثير من المناسبات والاحوال .

ولكن اذا قلنا بهذا التفريق فلا يفهمن من ذلك ان الانفصال بينهما تام ، بـل هما في الواقع متداخلان الى حد يصعب أحيانا التمييز بينهما . ثم كثيراً ما تتحول العادة الى عرف ، بأن تستقر بعض العادات حتى تصبح قاعدة عامة في محيط معين ، وبعد ذلك يزداد انتشارها في هذا المحيط الى حد يفترض وجودها في كل اتفـاق وعندئذ تقترب من العرف . بـــل لايكون بينها وبينه سوى خطوة واحدة ، بان تنفصل تماماً عن إرادة الافراد لتصير قاعـدة عامة مجردة مستقرة ثابتة ، حاوية على عنصر الالزام opinio juris كالقانون تماماً . ولعل كل « عرف » كان « عادة » قبل أن يصبح عرفا . ولعل هـــذا التدخل ، وصعوبة التفريق ، هما اللذان جعلا الشارع في عدد من النصوص — كما ذكرنا — يستعمل اللفـظين بمعنى واحد أو متقارب .

الفرع الثالث

الدين او القواعد الدينية (١)

من المتفق عليه في تاريخ الحقوق ، ان المصدر التاريخي الأول الذي قامت عليه القواعد الحقوقية والتنظيم الاجتماعي هو من وحي الدين ، وان ما أتي به الدين من احكام عرفها الانسان الاول قبل العرف والقانون ، كان هو الاساس في هذه القواعد ، حتى اذا تكاملت القواعد الحقوقية شيئاً فشيئاً أخذت تستقل عن الدين ، مؤلفة الاعراف ثم القوانين ، ولكن الدين مع ذلك ظل بادي الآثار وظاهرها في عدد من هذه القواعد ولاسيما في بلاد الشرق عامة وفي بلادنا كذلك .

واذا كان الدين المسيحي في منشأه لم يعن كثيراً ، في الاصل ، بمسائل التشريع وقواعد تنظيم الحياة الحقوقية الدنيا ، فان الدين اليهودي من قبل،ولاسيما الدين الاسلامي من بعد ، قد اهتم بتنظيم هذه الحياة الدنيا ، واعتبار القواعد الناظمة لها من صلبه وأحكامه . بل أن الكنيسة التي حملت لواء الدين المسيحي في أوروبة قد اضطرت بحكم سيطرتها على شؤون الحياة ومشاكلها ان تقيم شريعة وضعية تصبغ عليها الطابع الديني .

---

(١) راجع محاضراتنا المستعجلة في تاريخ الحقوق ص ٣٧ـ٤٣ .

واذا استطاعت أوروبة منذ أمد غير بعيد بفضل التطور والثورات ، ان تتخلص من هيمنة الكنيسة وتدخلها القانوني والقضائي ، وان تستقل في قانونها وقضائها عنها في كل شيء ، فان تعاليم الدين والكنيسة والقواعد المنبثقة عنها ، تعتبر على الاقل من المصادر التاريخية لحقوق أوروبة ، لاسيما وانها نفذت الى تشريعات نابليون وغيرها التي تأثرت بها الى حد كبير ، وخصوصاً في بعض النواحي المتعلقة بالاحوال الشخصية .

أما في بلادنا الشرقية ، بل ومنذ امبراطورية بيزانس ،افقد استمر تأثير الدين في الحقوق الوضعية حتى اليوم . وهو لايزال في نواح معينة مصدراً رسمياً مباشراً ، أو مصدراً تكميلياً تفسيريا .

في الحقيقة ، لقد استمر نفوذ الكنيسة في بيزانطة ، الامبراطورية الرومانية الشرقية ، بعد سقوط الامبراطورية الغربية ، ينمو ويتسع حتى تمتعت الكنيسة ضمن الدولة البيزنطية باستقلال وحكم ذاتي . فكان لها محاكمها التي تقضي بالمسائل الروحية والاحوال الشخصية كالزواج والوصايا ... وقد أقر السلطان محمد الفاتح عندما استولى على القسطنطينية ، الرؤساء الروحيين على هذه السلطات القضائية والقانونية بين رعاياهم حتى كانت سبباً للامتيازات الاجنبية فيما بعد (١).

وظل الدين الاسلامي بالنسبة للمسلمين أهم المصادر الرسمية وأعمقها باسم الشريعة الاسلامية ، وهو مايزال حتى اليوم كذلك في بعض البلاد الاسلامية . وأما في بعضها الآخر كالجمهورية العربية السورية، فان ازدياد التشريع وقيام القوانين المكتوبة في تنظيم الحياة الاجتماعية في كل نواحيها ، مع بقاء الدين مصدراً تاريخياً أكيداً لأكثر التشريعات والاحكام ، يفقده صفة المصدر الرسمي في الحقوق الوضعية إلا في الحالات القليلة التي لم يشملها نص أو عرف .

---

(١) راجع محاضراتنا المستعجلة في تاريخ الحقوق ، الشريعة الرومانية ، الفصل الثاني ؛ والعهد الثاني ، الامتيازات الاجنبية ؛ راجع كذلك الدكتور مرقس ، المرجع السابق ص ٢٣٩.

أما بالنسبة لغير المسلمين فانهم مايزالون يخضعون في بلادنا الشرقية ، والعربية خاصة، فيما يتعلق ببعض احوالهم الشخصية لأحكامهم الطائفية والمذهبية ، وفق حقوقهم الملية أو الدينية. فقد جاء في المادة ٣٠٦ من قانون الأحوال الشخصية في سورية أن أحكام هذا القانون المتعلقة بالزواج وانحلاله ، وبالولادة ونتائجها ، والنسب والحضانة والنفقة، وبالرشد والوصاية والميراث (والتي كانت تتبع أحكام الشريعة الاسلامية بالنسبة للمسلمين)« إن أحكام هذا القانون تطبق على جميع السوريين سوى ماتستثنيه المادتان التاليتان .»

وقد نصت المادة ٣٠٨ بالنسبة للطوائف المسيحية واليهودية على استثناء عدد من أحكام هذا القانون فيما يتعلق بالخطبة والزواج ، وأثاره وانحلال ، والنفقة والحضانة ، لتطبق عليها الاحكام الدينية الخاصه بكل طائفة .

وبذلك ظلت الاحكام التشريعية الدينية لدى الطوائف غير الاسلامية في سورية ، من المصادر الاصلية ؛ أو بتعبير آخر ظلت أحكام الدين مصدراً رسمياً أصلياً الى جانب المصادر السابقة الاخرى . وقل مثل ذلك بالنسبة لمصر (١) واكثر من ذلك بالنسبة الى لبنان وغيره من البلادالعربية .

أضف الى ذلك ان أحكام الدين وتعاليمه ، لاسيما مبادىء الشريعة الاسلامية تعتبر مصدراً رسمياً أصلياً وانما احتياطياً ، بقدر ماهي مصدر حقيقي وتاريخي في بلادنا . فقد نص الدستور السوري الصادر في ٥ ايلول ١٩٥٠ في الفقرة الثانية من المادة الثالثة أن « الفقه الاسلامي هو المصدر الرئيسي للتشريع » وذكر في الفقرة الرابعة من هذه المادة أن « الأحوال الشخصية للطوائف الدينية مصونة ومرعية » مؤكداً بذلك بقاء الاحكام الدينية المتعلقة بالاحوال الشخصية لغير المسلمين ونفاذها . وقد جاء القانون المدني كذلك فنص في الفقرة الثانية للمادة الاولى في معرض تعداد المصادر الرسمية أن القاضي « يحكم بمقتضى نص القانون فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ... » بحيث تعتبر مبادىء الشريعة

(١) راجع الدكتور مرقس ، المرجع السابق ص ١٤٠ وما بعدها .

الاسلامية مصـــدراً رسمياً احتياطياً ، يلجأ اليها عندما لا يكون هناك نص قانوني في جميع المسائل والقضايا التي لم يبحثها القانون . بل أن درجة هذا المصدر تأتي قبل مباديء القانون الطبيعي وقواعد العدالة التي سنبحثها في الفرع الرابع الآتي . وهو — أي مصدر مباديء الشريعة الاسلامية — مقدم عليها (أي على القانون الطبيعي وقواعد العدالة) في الترتيب والدرجة . ولعل الشارع حين قدم مباديء الشريعة على مباديء القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، لم يفعل ذلك من أجل التعلق العاطفي أو الارضاء العقائدي بل ربما فعله كذلك لانه « رأى في القانون الطبيعي وقواعد العدالة فكرة غير واضحة ولا محددة في حين أن مباديء الشريعة الاسلامية مبادىء مسلمة (معروفة) وثابتة ترتكز الى أسس ثابتة في كتب الفقه » (١)

ولقد أشرنا فيما سبق (٢) أن هذه الفقرة الثانية للمادة الاولى تختلف بين القانون السوري والقانون المصري من حيث تقديم العرف في الثاني على مبادىء الشريعة بعكس الاول، وقلنا إن أعمال المصدرين معاً — العرف ومباديء الشريعة — يقتضي أن نأخذ من مباديء الشريعة — عند فقدان النص — ما أصبح متعارفاً عليه ، حتى اذا لم يكن هناك عرف قائم من مباديء الشريعة ، رجع القاضي الى مباديء الشريعة واحكام الفقه الاسلامي عامة غير مقيد برأي أو مذهب (٣) .

وهكذا بقيت أحكام الدين مصـــدراً رسمياً أصلياً فيما يعود لقضايا الاحوال الشخصية المشار اليها واحتياطياً فيما عدا ذلك .

---

(١) راجع الدكتور مرقس ، المرجع السابق ص ٢٤٤ .

(٢) راجع ص ٣٥٥ مع الهامش .

(٣) لقد كانت مباديء الشريعه في القانون المدني المصرى مصدراً ثانوياً غير الزامي كالفقه والقضاء ، والأستاذ السنهورى هو الذى اقترح في لجنة مراجعة المشروع تعديلا يجعل مباديء الشريعة الاسلامية مصدراً رسمياً ملزما ، وانما اشترط ان يؤخذ من مباديء الشريعة الاسلامية ماكان اكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون ، دون تقيد بمذهب معين ، غير ان هذه العبـــارة الاخيرة حذفت عند مناقشتها في لجنة القانون المدني في مجلس الشيوخ المصرى (راجع الأعمـال التحضيرية ج ١ ص ١٩٠ ، ١٩٢).

الفرع الرابع

مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة

Principes du Droit naturel et de l'équité

رأينا في بحث أساس الحقوق أن المذاهب المثالية التي تردّ قواعد الحقوق الى مبادىء أو قواعد مثالية يقرها منطق الطبيعة والعقل السليم ، جعلت الحقوق الطبيعية أو مبادىء القانون الطبيعي ، على حد التعبير المصري ، أساس الحقوق ومصدرها الحقيقي . وقد فصلنا فيما سبق النظريات والآراء المختلفة حول هذه المبادىء والحقوق [1] .

ولقد أحال قانوننا المدني — كالقانون المصري — الى هذه المبادىء بنص صريح في الفقرة الثانية للمادة الاولى ، فجعلها بذلك مصدراً رسمياً احتياطياً وأخيراً يلجأ اليه القاضي ، في كل مرة لايكون في المصادر الرسمية الاخرى من نص أو عرف ، أو مبادىء الشريعة ، حكم صريح واجب التطبيق .

وهذا النص في القانون المدني المصري الذي أخذ عنه القانون السوري قد تأثر الى حد كبير بالتشريعات المدنية الحديثة ، ومذاهب الحقوق الطبيعية . فقد سبق للمشرع المصري ، المختلط والاهلي ، قبل القانون المدني الاخير ان نص على اعتبار

---

(١) راجع ماسبق ص ١٣٧ ـ ١٥٢.

القانون الطبيعي أو قواعد العدالة من المصادر الرسمية للقانون (أي للحقوق) في عدة مناسبات [1] .

ومن هنا يتضح أن المشرع المصري في قانونه الجديد الذي أصبح قانوننا، كان منذ زمن من انصار القانون الطبيعي والحقوق الطبيعية ، ولذلك لم يحجم ان يوجب صراحة في نص المادة الاولى الرجوع الى هذه الحقوق . ولعل عدم اتفاق الفقهاء على ماهية الحقوق الطبيعية وانقسامهم بين الفكرة التقليدية ، والآراء الحديثة التي كانت تسمى أحياناً قواعد العدل ، ولعل ميل الكثيرين الى الاخذ بمذهب العدالة أو فكرتها ، على اعتبار انها غاية مايستهدف اليه القانون الطبيعي ، هو الذي حمل المشرع على أن يكرر في القانون المدني الجديد ما كان ذكره في التشريعات السابقة

---

(١) فقد قرر المشرع المصري منذ القديم في المادة ٣٤ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطه التي صدرت وقت أنشاء المحاكم ، انه اذا لم يوجد في القوانين نص صريح ، او كان النص غير كاف ، اوفيه غموض (تحكم المحاكم بما تقتضيه اصول القانون الطبيعي وقواعد العدالة . وفي عام ١٨٨٣ نص المشرع الوطني في المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية على انه « اذا لم يوجد نص صريح يحكم القاضي بمقتضى قواعد العدالة وبموجب العادات التجارية » . ويلاحظ ان المشرع المصري هنا قد أحال الى قواعد العدالة ولم يبحث بالقانون الطبيعي، ويذكر الدكتور مرقس انه ـ أي المشرع ربما كان متأثراً بالانتقادات التي وجهت الى مدرسة الحقوق الطبيعة التقليدية ، او المذهب التقليدى فلم يأت على ذكر مبادىء القانون الطبيعي واكتفى بقواعد العدالة (راجع المدخل للعلوم القانونية ، المرجع السابق ص ٢٥٨ ـ ٢٥٩) . ثم في سنة ١٩١١ عاد فنص من جديد (كما في القانون رقم ١٥ الخاص بالنظام القضائي في شبه جزيرة سينا ، أى القانون رقم ٨ المتعلق بالواحات) على وجوب مرعاة المحاكم للقانون الطبيعي وقواعد الانصاف ، وكذلك فعل المشرع المختلط في المادة ٥٢ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة التي وضعت بعد اتفاقية مونترو .

من الجمع بين التعبيرين [1].

(١) لقد ترددت لجان تنقيح القانون المدني في الاحالة الى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، او استبدالها بالاحالة الى مبادىء القانون الوضعي بما في ذلك مبادىء الشريعة الاسلامية ، او بالاحالة الى المبادىء القانونية العامة المشتركة بين الدول الحديثة . (راجع الدكتور مرقس ، المرجع السابق ص ٢٥٩) .

وقد انتقد رئيس لجنة التنقيح المرحوم مراد سيد احمد باشا عام ١٩٣٦ الاحالة على مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة قائلا : « ألايصح التساؤل عما اذا كان هناك حقاً قانون طبيعي ، وعما اذا كان هذا القانون ليس سوى مجموعة القواعد الجوهرية التي تقوم على اساسها كافة التشريعات والتي بدونها لايتهيأ البقاء لاية جماعة ؟ بحيث يعد القانون الطبيعي مندمجاً في اسس القانون الوضعي ذاتها ، وان القول غير ذلك مؤداه ان القانون الطبيعي قانون غامض غير محدد المعالم ، بل ان فكرة القانون الطبيعي التي سادت في القرن التاسع عشر اصبحت اليوم فكرة عتيقة جوفاء .

أما العدالة فانها شعور يختلف بحسب البلاد والاشخاص أكثر منها فكرة ثابتة محدودة . وهـــذا الشعور وان خفف من عـــدم مرونة القانون في حالة معينة ، فانه لاينهض لاكمال نصوصه .. » .

ورغم هذا الانتقاد الوجيه والأقتراحات العملية التي تقدم بها الرئيس و بعض اعضاء اللجنة إذا ذاك ، فان الرأي الغالب بالاحالة على مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة هو الذي رجح ، باعتبار ان القضاء المصري قد ألفها واستند اليها في تطبيق المبادىء العامة . سواء للقانون المصري ، وسواء لمبادىء الشريعة الاسلامية ، وسواء اخيراً للقواعد المقررة في التشريعات الاجنبية والفقه الاجنبي .

ولقد اشارت المذكرة الايضاحية الى ذلك صراحة فقالت: « ان هذا الشق (من الفقرة المذكورة المتعلقة بمبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة) لايستحدث جديداً ، وانـما ينقل العبارة الواردة في المادة ٥٢ من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة دون اي تغيير . ولم يشاء المشرع ان يجاري القانون السويسري فيأذن للقاضي ان يطبق في هذه الحالة ما كان يضع هو من القواعد لو عهد اليه بأمر التشريع (فقرة ٢ من المادة الاولى) بعد ان أخذ على هذه الصيغة من ناحية الشكل انها تخول القضاء حق انشاء الاحكام القانونية ، مع ان عمله ينحصر في تطبيق هذه الاحكام فحسب . ولم يشاء المشرع كذلك ان يحيل القاضي الى المبادىء العامة في قانون الدولة (المادة ٣ من التقنين المدني الايطالي الجديد او مبادىء القانون العامة (المادة الأولى من التقنين الصيني) بل احتفظ بعبارتي القانون الطبيعي والعدالة ..: =

فهل من فرق بين هذين التعبيرين ؟ يقول الدكتور مرقس [1] انه « بالرغم من الفرق بين النصوص المختلطة والنصوص الأهلية القديمة في هذا الشأن، فقد استندت المحاكم أحياناً الى القانون الطبيعي ، واحياناً الى قواعد العدل ، ولكنها في الغالب استعملت العبارتين معاً » ويضيف الدكتور مرقس معتقداً: « انهذا يرجع الى ان القانون الطبيعي المبدئي لا يؤدي الى حل لجميع الحالات المسكوت عنها الا من طريق القانون الطبيعي التطبيقي ، فاقتضت الحال الاستناد الى كلا الأمرين ».

في الحقيقة ان اللفظين والعبارتين الواردتين تباعاً لمصدر اخير رسمي للحقوق — ملزم للقاضي عند فقدان المصادر الاخرى — انهذين اللفظين متوافقان، متطابقان ولعلهما الى حد ما مترادفان ، وقد دلت التطبيقات التي أجرتها المحاكم المصرية ، من مختلطة وأهلية ، انها وان تكن قد استعملت في بعض الاحيان عبارة القانون الطبيعي فقط ، او قواعد العدالة فقط او كلاهما معاً ، فقد كانت النتائج التي وصلت اليها واحدة متماثلة ولمفهوم واحد . وقد شاء الاستاذ مرقس ان يعتبر مبادىء القانون الطبيعي قاصرة على المفاهيم النظرية الاساسية للمدرسة التقليدية ، واما قواعد العدالة فهي مايستخرج منها ، أو يتفرع عنها من حلول وتطبيقات نوعية وواقعية .

وقد رجعت المحاكم المصرية — قبل صدور القانون المدني الجديد — الى

= وإزاء ذلك آثر المشرع ان يبقي على التعبير الذي استعمل في نصوص التشريع القائم ، ويسر للقضاء اسباب الأجتهاد في أرحب نطاق .

ففي كنف مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة طبقت المحاكم المبادىء العامة في القانون المصري ،واخذت ببعض احكام الشريعة الاسلامية واتبعت بعض القواعد المقررة في تشريعات اجنبية او معاهدات دولية ، بل وعمدت الى استحداث احكام اقتضتها طبيعة الروابط الاجتماعية دون ان يكون لها سوابق في التشريع او العرف » .

(راجع هذه المذكرة وتفصيلها في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ١ ص ١٨٣ — ١٨٦).

(١) المرجع السابق ص ٢٦١ .

القانون الطبيعي وقواعد العدالة وطبقتها في حالات مختلفة ، مستندة اليها في تبني عدد من النظريات الحقوقية الجديدة ، كحماية الملكية الادبية والفنية والصناعية ، حيث الزمت المعتدي على حق المؤلف او المخترع بالتعويض عما يلحق به من اضرار معنوية او مادية بسبب ذلك ، رغم عدم وجود نص قانوني يوجب هذه الحماية [1] . وكالتعسف في استعمال الحق ، فرغم ان الاصل عدم مسؤولية مستعمل الحق عن الاستعمال الذي خوله اياه القانون ، فقـــد اعتبرت المحاكم المصرية بالاستناد الى القانون الطبيعي وقواعد العدالة ان استعمال الحق في غير الغرض الذي اوجد الحق من أجله ، يعتبر تعسفاً وموجباً للضمان . وكالاخذ بالظروف الطارئة المسماة نظرية الحوادث الطارئة théorie de l'imprévision ، حيث اجازت محكمة الاستئناف المصرية للقاضي ، استناداً كذلك الى القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، حق تعديل شروط العقد بسبب حدوث ظروف طارئة لم تكن موجودة او متوقعة [2] ؛ بمعنى ان المحاكم المصرية لجأت الى هذا الينبوع الفياض لمسايرة التطور ، وتبني المستحدث من النظريات والاحكام الحقوقية باسم القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

ولئن اخذ قانوننا المدني الجديد اليوم باكثر هذه النظريات التي اخذبها القضاء المصري من قبل ، فنص عليها صراحة ، بحيث لم يبق مجال للرجوع في تطبيقهـا

---

(١) وقد صدر في سورية ، في تشرين الأول سنة ١٩٤٦ ، مرسوم تشريعي برقم ٤٧ لحماية هذه الملكية (منشور في الجريدة الرسمية لعام ١٩٤٦ عدد ٤٦) . وإذا سكت هذا التشريع عن بعض النواحي أو أهمل بحثها ، فليس ما يمنع القاضي بل يجب عليه أن يستوحي حلوله من مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

(٢) استئناف مصر ، ٩ أبريل ١٩٣١ ، مجلة المحاماة ١٣ ــ ٦٣ ــ ٤١ ، راجع مع ذلك قرار محكمة النقض المصرية برفض هذا الاتجاه والغاء الحكم المذكور استناداً إلى أنـه لايجوز الألتجاء إلى القانون الطبيعي وقواعـــد العدالة إلا عند عدم النص (نقض ١٤ يناير ١٩٣٢ المحاماة ٢ ــ ٨٣٣ ــ ٢٥٩) ، راجـع كذلك السنهوري وابو ستيت ، المرجـع السابق ص ١٠٨ وما بعدها ؛ والدكتور مرقس المرجع السابق ص ٢٦٤

الى مبادىء الحقوق الطبيعية ومفاهيم قواعد العدل ، بل الى القانون نفسه ، فان هذا المصدر يبقى الموئل الاخير ، والمعين الذي لاينضب ، ليرجع اليه في مسايرة الحياة واسبابها ، وايجاد الحلول الحقوقية الملائمة لها عند فقدان النص ، وبما يضمن الحق ويحقق العدالة والانصاف .

وقد احال القانون المدني ، تأييداً للنص العام في الفقرة السابقة ، الى مقتضيات العدالة في نصوص خاصة ومناسبات عدة ، كما حصل في المادتين ٦٤٨ و٦٥٤ اللتين ذكرتا صراحة في تقدير تعويضات العامل او حقوقه من قبل القاضي ، وجوب الرجوع في ذلك الى مقتضيات العدالة .

ومهما يكن الامر ، فانه لايمكن تعداد مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة وحصرها في عدد معين ومحدود من القواعد ؛ بل انها تستلهم من تلك المفاهيم العامة والمثالية ، التي يقرها المنطق السليم والعدل الانساني عند بحث كل قضية او موضوع يعرض .

ولقد نص الدستور السوري لعام ١٩٥٠ في الفصل الثاني منه بعنوان «المبادىء الاساسية » على كثير من المبادىء والقواعد التي تعتبر اليوم في الحقوق والقانون، من أولى مبادىء الحقوق الطبيعية واهمها كما أشرنا من قبل .

فقد جاء مثلا في المادة العاشرة فقرة ١١ من الدستور المذكور ، ان لكل شخص حكم عليه حكما مبرما ، ونفذت فيه العقوبة ، وثبت خطأ الحكم ان يطالب الدولة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به ». وليس عسيراً اذا حللنا هذا النص ان نتبين بسهولة ، ان روح الحقوق الطبيعية والعدل والانصاف هي التي اوحت به ، وكانت اساساً له .

كذلك ذكرت المادة ١٩ فقرة ٢ من الدستور المشار اليه ان «لكل سوري حق الاقامة والتنقل في الاراضي السورية ، الا اذا منع بحكم قضائي او تنفيذاً لقوانين الصحة والسلامة العامة ». فحق المواطن في بلد بالتنقل والاقامة في المكان الذي يريد من البلاد ، انما هو حق طبيعي ، من صميم الوجود ومنطق الطبيعة

ومسلمات الحياة الحرة . ولو فرضنا ان نصاً كهذا لم يأت به الدستور ، او لم يتناوله قانون ، فانه يبقي مبدأ من مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة . وبالتالي واجب الحرمة والرعاية تبعاً لنص المادة الاولى من القانون المدني ، وبالاستناد اليها .

ومثل ذلك أيضاً ما جاء بالفقرة الرابعة من المادة ٢٨ من الدستور المذكور فيما يتعلق بالملكية الادبية والفنية والصناعية اذ قالت : « لكل شخص الحق في حماية مصالحه المادية والمعنوية الناشئة عن انتاجه المادي والعلمي والادبي . » وقد رأينا كيف ان المحاكم المصرية فيما مضى لجأت تحقيقاً لهذه الحماية الى القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، بسبب فقدان النص لديها .

ولعل من ابرز المبادىء التي تبناها الدستور السوري المذكور للتوفيق بين الناحية الفردية والناحية الاجتماعية من مبادىء الحقوق الطبيعية ، ما تعلق بالملكية والعمل .

اما في الملكية فقد نص ان « الملكيه الخاصة مصونة ، ويعين القانون كيفية حيازتها والتصرف بها بحيث تؤدي وظيفتها الاجتماعية . » (المادة ٢١ فقرة ٣) فهو ، اي الدستور ، بعد ان اكد صيانة الملكية الخاصة ، ملكية الافراد وحمايتها ، وهي من المبادىء الطبيعية الفردية ، سمح للشرع ان يقيد هذه الملكية بالقيود التي تجعلها وظيفة اجتماعية ، اي في مصلحة المجتمع والخير العام .

واما في العمل ، فقد جاء في المادة ٢٦ عدد من الفقرات ، كلها تستهدف رفع مستوى العامل ومساواته بباقي المواطنين في الحياة والرفاهية والراحة ، غير ان الفقرة الاولى تجمع بصراحة بين الناحيتين فتقول : « العمل حق لجميع المواطنين وواجب يمليه الشرف ، وهو من اهم العناصر الاساسية في الحياة الاجتماعية . » فالعمل حق طبيعي لكل انسان ، لانه اساس الحياة الفردية والمعيشة الشخصية ، ولكنه كذلك واجب على الفرد تجاه المجتمع وفي مصلحة النهوض العام ، واذا اكد النص ان العمل واجب فقد جعله مؤيداً بالشرف والدافع الذاتي ، واعتبره

من اهم عناصر الحياة الاجتماعية (١) .

ومهما يكن الامر فان هذه النصوص وامثالهـــا ـ وقد تناولتهـــا اكثر دساتير العالم الحديثة ـــ ليست الا تطبيقـــاً لنظرية الحقوق الطبيعيـــة في مجموعها او تفصيلها .

واننا لنعتقد ـــ مع ذلك ـــ ان مفهوم هذه الحقوق الطبيعية والمبادىء المستقاة منها نفسها ، والتي تطورت مع الزمن ، ستواصل تطورها هذا مع ما تأتي بـــه الحياة الاجتماعية المستقبلة ، وكلما اتفق الناس على مبدأ جديد من مبادئها ادخل في التشريع واستقر . وأما قبل ذلك فانه يبقى للقاضي استخلاص الحلول الواجبـة من مبادىء الحقوق الطبيعية كما يتبين له من الملابسات والتقديرات الشخصيـــة ، ومنطق الاشياء ، وبالتالي يظل هذا المصدر مصدراً احتياطياً اخيراً .

---

(١) وبالاستناد الى هذا المبدأ الطبيعي صدر المرسوم التشريعي رقم ١٣٣ تاريـخ ٢٩ ـ ١٠ ـ ١٩٥٢ فاجاز فرض العمل الاجباري في الخدمات الثقافية والعمرانية والصحية ومكافحة الكوارث العامة وحالات الحرب والطوارىء .

الفرع الخامس

الاجتهاد القضائي

La jurisprudence

ويطلق عليه المصريون اختصاراً « القضاء » ، ويقصدون بالقضاء حكم القضاء لا تشكيلاته وتنظيماته كما يمكن ان يتبادر الى ذهن الكثيرين من المفهوم اللغوي للّفظ المذكور . وأما في اللغة الفرنسية ، فان تعبير الاجتهاد القضائي jurisprudence مأخوذ من اللاتينية juris-prudentia ومعناها « حكمة الحق » . وقد كان الاقدمون يطلقون هذا التعبير على العلم العملي للحقوق Science pratique du Droit ، باعتباره فن تطبيق القانون ، كما يرى في ذلك الاخلاقيون والاجتماعيون . حتى ان الرومان كانوا يطلقون على رجال القانون والفقه prudents يعني (حكماء) .

على ان كلمة jurisprudence في اللغات الاخرى ليس لها نفس المعنى ، ففي الحقوق الانكليزية مثلاً فان تعبير jurisprudence يعني النظرية العامة للحقوق . اما في اللغة الالمانية فانه يعني الاجتهاد والعلم الحقوقي (اي الفقه) . واما في الحقوق الاسلامية فان « الاجتهاد » يعني المصدر الرابع القائم على

القياس و الرأي . ونحن نقصد « بالاجتهاد القضائي » هنـــا المفهوم الحديث الذي الفناه ، والذي جرى عليه المصريون والفرنسيون . اي قضاء المحاكم واجتهاداتها . فما هو هنا المفهوم ؟

§ ١ ـ مفهوم الاجتهاد القضائي وتكوّنه

القضاء او الاجتهاد القضائي هو في اصله هـــذه المجموعـــة من قرارات المحـــاكم والاقضية التي تقضي بهـــا والاحـكام التي تصدر عنها ، ويقول دوباكيه Du Pasquier « ان القضاء او الاجتهاد القضائي ، هو تلك الحقوق الموضوعية objctif المستخلصة من القرارات الصادرة عن المحاكم »(١) بحيث نستطيع القول ان مجمل الاحكام القضائية ، وحصيلة قرارات المحـــاكم في المواضيع المتكررة والمختلفة التي تصدر عنها ، تؤلف بالنتيجـــة قواعـــد واحكام موضوعية ومجردة تتعين منها اتجاهـات القضاء في الحكم ، ورأيـــه في الموضوع بوجه عام .

في الحقيقة ، ان الحقوق الناشئة عن المصادر المختلفة ، وخصوصاً عن المصدرين الاصليين السابقين ، القانون والعرف ، والمصدر الثانوي العـــام وهو الحقوق الطبيعية وقواعد العدالة ، اذا لم تطبق وتنفذ تبقى نظرية خيـــالية ، وقديماً قيل « القـــانون ماده حية غذاؤهـا التطبيق العملي » ، « فاذا اقتصر الامر على ان يسجل في التقنيات والتشريعات ، او على ان يدوّن في كتب الفقهاء ، لم يعدُ ان يكون مذهباً من المذاهب العلمية ، وهو بعـــد قد تجرد من اهم ميزة له : صلاحيته للتطبيق العملي حتى يقوم بمهمته الاساسية في تنظيم الروابط الاجتماعية ، فالقضاء هو الذي يطبق القانون ، وهو الذي يبعث فيه

---

(١) المدخل العام لعلم الحقوق وفلسفتها ، ص٥٣ .

الحياة ، فيجعله يعيش وينمو ويتطور ، ويصقله ويهذبه ، ويطبعه بطابع العصر الذي وجد فيه . » (١) وقديماً قيل كذلك « انه لا ينفع التكلم بحق لا نفاذ له » (من كتاب عمر بن الخطاب الى ابي موسى الاشعري) .

فكيف يشكل القضاء مصدراً حقوقياً وضعياً ؟ كيف يتشكل الاجتهاد وتتكون قواعده ؟ وما هو الدور الذي يلعبه في عالم الحقوق ، في الشرائع الرومانية والاسلامية والحديثة ؟

ان مرد الخلافات والمشاكل الحقوقية والقانونية أنما هو قضاء المحاكم، فاذا اختلف وارث مع آخر على التركة ، او تنازع بائع ومشتر على المبيع او الثمن، او تشاجر شخص مع آخر فأضر أحداهما الثاني أو أساء اليه الخ ... في كل هذه الاحوال فان السلطة التي تملك حل الخلافات وبيان حقوق الافراد والجماعات ومسؤولياتهم ، هي السلطة القضائية من شرعية ونظامية ، مدنية او جزائية او ادارية ، وهي مدعوة بحكم وظيفتها الى الفصل بين المتخاصمين ، وتعيين الحقوق ، وتحديد المسؤوليات . وتطبق في سبيل الوصول الى هذه الغاية القواعد التشريعية ، اي النصوص القانونية ، أو الاعراف أو مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، وبالتالي تصدر أحكاماً متنوعة كثيرة تتضمن ما تبنته من حلول وأحكام في المواضيع المعروضة . وقد رأينا أن النصوص القانونية أو أحكام الاعراف ليست دوماً من الوضوح والصراحة أو من التمام والكمال ، ما يغني عن كل ايجاد وابتكار ، عن كل عمل ايجابي منتج . فالى جانب النصوص الكثيرة الغامضة أو المبهمة التي تحتمل التأويل، والتي يتوجب على المحاكم أن تفتش عن حل لها بالوسائل التي ذكرناها في بحث تفسير القانون ، والى جانب النصوص الناقصة المثلومة التي تحتاج الى اكمال وتهذيب ، هناك أمور وأحوال لا نص عليها ، ولا عرف ينظمها

(١) السنهوري وابو ستيت . اصول القانون المرجع السابق ص ١١٦ .

أو يعطي حكماً لها ، مما يحدو بالقضاء لايجاد أحكام لها ، وقول الفصل فيهـــا ، مستلهماً حلوله من المبادىء المختلفة في التفسير ، وعندالأقتضاءمن مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة والانصاف . فاذا ما قضى بالأمر ، وبصرف النظر عن الاشخاص موضوع القضاء ، يكون قد أوجد قاعدة للحالة التي قضى بها ، وتجتمع هذه القواعد وتتراكم بتوالى الاحكام وتتابعها لتنشىء مجموعة من القواعد الحقوقية في أمور كثيرة ، لم ينص عليها القانون صراحة أو لم يتناولها تفصيلاً وكمالاً ، او أهملها تماماً ، فتشكل جسماً قائماً بذاته ، ومصدراً حقوقياً عملياً عظيماً ، هو ما نسميه بالقضاء او الاجتهاد القضائي .

§ ٢ ـ التنظيم القضائي

ولكي نعرف قيمة الاجتهاد القضائي وقوته الالزامية لا بد لنا من الاشارة الى كيفية تنظيم القضاء واوضاع المحاكم في بلادنا . القضاء عندنا ، هو الذي يملك اصدار القرارات والاحكام المؤلفة للاجتهاد القضائي ، يتكون من محاكم تبين كيفية تنظيمهاودرجاتها ، وطرق مراجعتها والحكم فيها ، قوانين أصول المحاكمات والمرافعات المدنية والجزائية ، وقانون السلطة القضائية ، هذه القوانين التي يبحثها بالتفصيل درس أصول المحاكمات ، وحسبنا أن نذكر هنا أن المحاكم في بلادنا كما هي في مصر وفرانسة ، تقوم اليوم على تدرج قضائي ربما تجاوز درجتين في بعض الأحوال ، ويكون فيها للمحاكم الأعلى سلطة الرقابة على المحاكم الأدنى منها .

وفيما عدا القضايا البسيطة التي لا يتجاوز مبلغ الدعوى فيها حداً قليلا ، وبعض القضايا الخاصة ، التي يعود النظر فيها الى محاكم الصلح (أو المحاكم الجزئية) والتي تكون أحكامها قابلة للطعن بشكل محدود ، فان المحكمة الاصلية (أو الكلية) في الاصول العادية هي المحكمة البدائية (أو الابتدائية) التي تكون أحكامها في الأصل قابلة للاستئناف والتمييز (أو النقض) أمام محاكم استئنافية أو تمييزية أوسع في تشكيلها ، من حيث عدد قضاتها ومرتبتهم ، وبذلك تكون

القرارات القضائية خاضعة للتدرج في مراقبتها حتى تكتسب الدرجة القطعية .

ويتمثل الاجتهاد القضائي في هـذه القرارات بصورة خاصة في الأحكام التي تصدر عـــن محكمة التمييز (النقض) كمحكمة عليـا بما في ذلك مجلس الدولة كمحكمة ادارية عليا ، كل منها ضمن اختصاصها ، والتي تتضمن مبادىء واتجاهات ، أو حلولاً حقوقية معينة ، ولا سيما عندما تستقر هـذه القرارات وتثبت تكراراً ، وفي الماضي عندما كانت تصدر عن الهيئة العامة في محكمة التمييز (النقض) حيث تتأكد هذه المبادىء أو الحلول بصورة جـازمة .

وهكذا تولف قرارات المحاكم الصادرة بمناسبة القضايا والاختلافات العملية مصدراً حقوقياً شبه رسمي لايرقى الى مصاف المصدرين الأصليين الرئيسيين ولكنه عملياً ذو قيمة كبرى .

§ ٣ ـ قيمة الاجتهاد القضائي وقوته

ومع هذا لايجب أن نفهم من ذلك ان قرارات المحاكم — في النظام اللاتيني ، ونظامنا الحقوقي — يكون لها في المواضيع التي فصلت فيها، من الصفة الالزامية العامة مالمصدرين الحقوقيين السابقين ، بل انها خالية من أية صفة إلزامية الا بالنسبة للمتخاصمين . فالاحكام التي تصدرها محكمة ما بين شخصين لاتلزم أحداً من الناس غيرهما ، ولا تلزم المحاكم الأخرى حـــتى ولو كانت دونها درجة ؛ بل لاتلزم المحكمة نفسها التي صدّرت الحكم ، بحيث تستطيع هذه المحكمة أن تقضي بين شخصين آخرين في موضوع مشابه بحكم مخالف ، وليس مايمنعها نظريا من ذلك (١) . ولقد جاء في كتاب عمر بن الخطاب الى ابي موسى الأشعري انه : « لايمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك ان تراجع فيه الحـــق ،

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف دمشق ان « الحكم المعطى بحق مدعي به ، لايكون مستندا في دعوى اخرى يختلف فيها المدعي به او الطرفان » ، (رقم اساس ٥١ عام ٩٣٩ تاريخ ١٢ شباط ١٩٣٩ ، مجلة نقابة المحامين بدمشق ١٩٤٨ ، ص ٤١) .

فأن الحق قديم لا يبطله شيء ، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل » . و كذلك جاء في قول عمر عن الحكم بن مسعود الثقفي « تلك على ماقضينا يومئذ ، وهذه على ماقضينا اليوم »[1] .

رب قائل يقول : اية قيمة إذن لهذا القضاء ، وأية حاجة بنا أن ندرسه كمصدر مستقل ومعتبر للحقوق مادام لا يقيد أحداً حتى المحكمة التي حكمت ؟

في الواقع اذا كان الاصل النظرى في نظامنا الحالي ، ان قرارات المحاكم لاتقيدها ، لكن الامر العملي الراهن ان القاضي او المحكمة تعتبر أدبياً مرتبطة برأيها ، ولا يجوز لها منطقياً ان تبدله كل يوم سلباً أو ايجاباً ، بحسب الرغبات والشهوات ، أو بحسب المدعي أو المدعى عليه . ولا شك أن القاضي يفعل ذلك من غير وجه قانوني أو منطقي يعرّض نفسه للتهم . أضف الى ذلك أن التنظيمات القضائية تجعل بين المحاكم تسللا رتبوياً ، وربما أوجبت ـ كما هي الحال في محاكم الصلح أو المحاكم الجزئية ـ على المحاكم الدنيا اتباع رأي المحكمة الاخيرة (أي محكمة التمييز) الزامياً ، وهي اذا لم توجب ذلك قانونا بالنسبة لسائر المحاكم ، وأجازت للمحاكم الدنيا غير الصلحية او الجزئية حق الاصرار على قرار لها رغم نقضه من محكمة عليا فان وجود محكمة عليا واحدة ، هي محكمة التمييز او النقض بالنسبة للقضاء العادي كما في فرانسا ومصر ولبنان وأكثر البلدان ، توحد آراء المحاكم واجتهاداتها لايعقل أن تخالف المحاكم الدنيا لمجرد المخالفة ، بل لابد من ايراد اسباب ، فاذا استمر الاجتهاد القضائي في محكمة عليا كمحكمة التمييز عندنا واستقر ، اصبح له عملياً قوة يشعر القضاة بوجوب الخضوع له ، لأن القضاة لايروقهم ـ من غير شك ـ أن يروا أحكامهم عرضة للفسخ أو للنقض ، بل ان محكمة التمييز نفسها مفروض فيها أنها ـ وان تكن المحكمة

---

(١) راجع اعلام الموقعين ، مطبعة النيل ، ج١ ص ١٣١ .

العليا التي لا تخشى محكمة فوقها ، تنقض احكامها أو تفسخها — فإنها رغم ذلك لا تصدر بين الفينة والفينة أحكاماً متناقضة ، واجتهادات متفاوتة إذا ما اتحد الموضوع ، وتساوت الظروف والوقائع ، حتى لا يحمل ذلك على الجهل أو التحيز. وليس معنى ذلك أن هذه المحكمة إذا ما ذهبت مذهباً ، أو اجتهدت اجتهاداً ، امتنع عليها أبداً أن تعدله أو ترجع عنه مع بقاء الشروط والوقائع إلى ما شاء الله ، لا بل بامكان المحكمة أن تبدل الاجتهاد ، فيقولون حدث تبدل في الاجتهاد revirement de la jurisprudence أو رجوع عنه ، ولكنه تبدل عام في الاجتهاد بتمامه ، وبالاستناد إلى أسباب وجيهة كانت خافية من قبل . مثلاً في البيوع العقارية في سورية ، فقد اجتهدت المحاكم الوطنية منذ عام ١٩٣٠ حتى عام ١٩٤٨ ، باعتبار كل بيع لعقار لا يجري في دوائر السجل العقاري ، عديم القيمة والمفعول من حيث نقل الملكية العقارية حتى بين الطرفين المتعاقدين عملا بالمادة ١١ من القرار ١٨٨ المتعلق بالسجل العقاري ، وأنه لا ينتج عنه سوى التزامات شخصية بينهما ، بالاستناد إلى حكم المادة ١٧ من القرار ١٨٨ المذكور ، وظل الامر كذلك نحواً من عشرين عاماً حتى تبدل الاجتهاد وتبين للمحكمة أن عدم نفاذ هذا البيع مقتصر على الغير فقط ، ولا يمنع كلا من الطرفين من طلب التسجيل قضاء . وكان العامل في ذلك تبدل القضاة والهيئات . وهكذا أقرت محكمة التمييز السورية في سنة ١٩٤٨ حق المشتري بالزام البائع قضائياً بالتسجيل مع العطل والضرر ، عند الاقتضاء ، وهذا مثال بارز على تبدل الاجتهاد ، ولكنه تبدل شمل جميع البيوع وجميع الناس ، ولم يختلف من قضية إلى أخرى منذ أن تبدل .

كذلك تتكون القواعد الاجتهادية ، وهكذا تؤلف مصدراً حقوقياً ، ومرجعاً يرجع اليه في معرفة الحقوق ، ويستند اليه في تعيينها وطلبها ، ولكن أي نوع من المصادر يكون ؟ أهو كالقانون وأحكامه ونصوصه ؟ أم هو كالعرف وقواعده ؟ لا بد لنا هنا من التفريق بين الماضي والحاضر أن في الشريعة الرومانية وأن في الشريعة الاسلامية ، قبل أن ننتقل إلى الشرائع الحديثة .

§ ٤ ـ تاريخ الاجتهاد القضائي ودوره

في العصور القديمة ، في بلاد ما تزال الحقوق في مرحلتها العرفية ، فان القضاء يكون فيها مصدراً هاماً ، ويلعب دوراً كبيراً لا يقل عن القانون والعرف ، لأنه هو الذي يحدد العرف ويظهره كما رأينا ؛ انه السبيل الوحيد لاظهار هـذا العرف بشكل إيجابي متبلور ومعين لا شك فيه ولا اختلاف ، إلى حـد حمل البعض على القول إن القضاء يلعب الدور الاساسي في إظهار العادة وإنشائها .

والواقع أن القضاء يؤلف مصدراً تفسيرياً وتكميلياً للحقوق بعد القانون والعرف، ولعله من الخير أن نستعرض بايجاز دور القضاء كمصدر للحقوق في الشريعة الرومانية والشريعة الاسلامية قبل أن ننتهي بذلك إلى التشريع الحديث .

أ ـ القضاء في الحقوق الرومانية :

لقد لعب القضاء في روما كمصدر للحقوق دوراً لا يقل أهمية عن القانون والعرف ولا سيما منذ بدأ البرهتور الروماني Préteur يتولى شؤون القضاء . فلم يكن البرهتور ليقتصر على تطبيق القانون ، بل كان يضعه وضعـــاً عن طريق المنشورات القضائية . فقد كان البرهتور الروماني يولى القضاء لسنة واحدة . وعند توليه له كان يعلن للناس منشوراً يضمنه ما اعتزم اتباعه من القواعد القانونية التي كانت تشتمل في أكثر الاحيان ، ليس فقط على قواعد جديدة لم يتناولها قانون أو عرف، بل وعلى تعديلات جوهرية للقانون الروماني العتيق ، بما يتفق ومقتضيات العدالة وتطور الحياة. وكان القاضي يستفيد من سلطته المطلقة في القضاء ، فيستطيع عن طريق منع سماع الدعوى ـ ولو كان القانون يجيزها في الأصل ـ أو قبول سماعها ـ وإن كان القانون السابق لا يجيزها ـــ أن يعدّل من أحكام القانون وأن يوجـــد مصدراً أصلياً ورئيسياً للحقوق . فمثلاً كان القانون الروماني القديم لا يجعل الغش

مبطلاً للعقود ، ولما أراد البرەتور ، أن يحقق العدالة يجعل الغش مبطلاً لها ، سمح للمدعى عليه ، ضحية الغش ، وإجاز له أن يقدم دفعاً يدفع بـــه دعوى المدعي ، ويجعل القاضي لا يحكم لهذا الأخير إلا إذا لم يكن هناك غش، وهكذا أوجد القاضي الروماني قواعد حقوقية بطريق القضاء ، حين أجاز دعاوى ودفوعاً كان من شأنها أن تدفع بالقانون الروماني في طريق التطور .

وقد توالت المنشورات القضائية واحداً بعد الآخر ، وكان يستبقي الخلف من منشور السلف ما اظهر العمل صلاحه في التطبيق ، ويضيف اليه جديداً ، حتى استقر عنصر ثابت من هذه المنشورات هو الذي تكون على مر الاعوام ، ومعه عنصر متجدد وهو عامل التطور ، وسمي « بالمنشور المستمر » ، أو الدائم edictum perpetum الذي ظل حتى عهد الاباطرة ، ثم جمع أخيراً في زمن جوستينيان وقنّن . وأصبح هذا القانون الروماني الذي نعرفه اليوم والذي هو من صنع القضاء إلى حد كبير (١) .

ب — هذا في روما أما في فرنسة قديماً ، فان البرلمانات الفرنسيـة التي كانت تقوم مقام محاكم الاستئناف اليوم ، كانت تصدر نوعين من القرارات ، أحدهما في حل الخلاف المعروض والثاني قرارات تنظيمية arrêts de réglement ، لا تتناول حل خلاف بين متخاصمين ، وإنما تعين المبدأ القانوني الحقوقي في موضوع معين عام ، قائمة بذلك إلى حد كبير مقام التشريع في ايجاد القواعد الحقوقية مما جعل القضاء في ذلك العصر مصدراً أصلياً للحقوق، لا يقل أهمية عن التشريع والعرف.

ج — **أما في الشريعة الانكليزية** ، فان الدور الذي لعبه القضاء في اجتهاداته وأحكامه يكاد يكون ـ ولا يزال ـ من أهم وأبرز الأدوار التي لعبها القضاء بالنسبة للشرائع

---

(١) راجع دروسنا « محاضرات مستعجلة في تاريخ الحقوق ، ١٩٥٥ تاريخ الشريعة اللاتينة الدور الثالث والدور الرابع .

الاخرى ، وربما صح أن نسمي الحقوق الانكليزية حقوق الأعراف والقضاء . فقد نشأت هذه الحقوق من طريق الاعراف وتطبيق المحاكم لها، أو ايجاد الحلول اللازمة للمشاكل من قبل المحاكم مباشرة حين لا توجد أعراف . وكان كل حكم يؤلف سابقة قضائية Case law أو Précedent يتقيد بها القاضي ويجري على حسبها في القضايا المماثلة . ولا يقتصر هذا القيد على المحكمة مصدرة الحكم بل يلزم جميع المحاكم الأدنى درجة ، فقضاء مجلس اللوردات ـ وهي الهيئة القضائية العليا ـ يقيد هذا المجلس ويلزمه في القضايا المماثلة كما يقيد محاكم الاستئناف وغيرها من المحاكم الأدنى ولا يمكن العدول عن هذا القضاء ، أو عن القاعدة التي أخذ بها ، الا بسن قانون صريح ، أي باصدار تشريع (١) .

وهكذا تألف على مر الزمن ، من هذا التراث الضخم للقرارات الكثيرة التي لا تحصى ، ما يسمى بالحقوق الانكليزية المعروفة باسم الحقوق الاعتيادية Common law التي هي أصل الحقوق الانكليزية حتى العصر الحاضر (٢) .

د ـ **أما الشريعة الاسلامية** ، فقد قسمها بعض المؤلفين (السنهوري وأبو ستيت) (٣) إلى ثلاثة عهود من حيث تأثير القضاء والفقه فيها .

١ ـ **العهد الاول** : عهد النبي عليه السلام . وفي هذا العهد كانت مصادر الحقوق الكتاب والسنة فقط . ولم يكن لغيرها من قيمة أو أثر في ايجاد القواعد الحقوقية ، حتى أن الاعراف أخذت تضعف وتتضاءل أمامها . فما كان القضاء إذن ليعتبر مصدراً رسمياً للشريعة الاسلامية في ذلك الحين . نعم لقد كان النبي عليه

---

(١) راجع دافيد David . R المدخل لدراسة الحقوق الانكليزية ص ٢٤٣ ومابعدها

(٢) راجع محاضراتنا المستعجلة في تاريخ الحقوق الشريعة الانكلوساكسونية .

(٣) راجع السنهوري وابو ستيت، اصول القانون ، المرجع السابق ص ٢٢ ومابعدها، راجع كذلك محاضراتنا المستعجلة في تاريخ الحقوق ، تاريخ الشريعة الاسلامية .

السلام أول قاض في الاسلام . وكان قضاؤه ملزماً وواجباً وحجة ، ولكن لا على أنه قضاء ، بل على أنه سنة رسول الله (١) .

وعلى هذا فان قضاء النبي صلوات الله عليه يتضمن عنصرين ، القاعدة القانونية التي يقررها ، وهذه هى السنة ، وهي ملزمة بهذا الوصف ، والوقائع التي يقضي فيها ، وقضاؤه غير ملزم في ذلك إذ يجوز عليه الخطأ .

٢ — **أما العهد الثاني** ، فهو الذي يبدأ بالخلفاء الراشدين وينتهي بظهور الأئمة وتدوين الفقه . « في هذا العهد كان لكل من الفقه والقضاء أثر في تكوين الشريعة الاسلامية ، وكان القضاء يمتزج مع الفقه ويماشى كل منهما الآخر . وآية امتزاج الفقه بالقضاء في هذا العهد ، أن وجد القاضي الفقيه وقد تأثر الفقه بقضائه ، ووجد الفقيه المفتي وقد تأثر القضاء بفقهه ، فكان من الصعب تمييز الفقه عن القضاء في ذلك ، إذ كان القاضي فقيهاً والفقيه قاضياً (٢) ». اضف إلى ذلك ان القضاة كانوا لا يتهيبون

---

(١) فهو اذا قضى في حادثة كان لقضائه صفتان ، صفة المشرع فيما يلهمه الله من وحي وما ينزل عليه من كتاب ، فيبين القاعدة القانونية الواجب تطبيقها ، وصفة القاضي عندما يطبق القاعدة القانونية التي قررها على ما يعرض امامه من وقائع وحالات خاصة . ويجب التميز بين الصفتين. فصفة المشرع لم ينكرها عليه أحد من الذين آمنو برسالته ، اما صفة القاضي فقد ترددوا في التسليم له بها حتى نزلت الآيات القاطعة في اثباتها له فقال تعالى : « فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول ، ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، ذلك خير وأحسن تأويلا » الى ان يقول : « فلا وربك لايؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لايجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ، ويسلموا تسليما » ... وإذا كان النبي معصوماً بصفته مشرعا ، فهو ليس كذلك بصفته قاضيا ، وقد قال تأكيد لهذا المعنى : انكم تختصمون الي ولعل بعضكم ان يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ماسمع ، فمن قضيت له بحق أخيه فلا يأخذ شيئا منه ، فانما اقضي له قطعة من نار (السنهوري وابو ستيت ؛ المرجع السابق ص ١٢٣) ويضيف بعضهم انه قال « فان شاء فليأخذ وان شاء فليترك »

(٢) عن السنهوري وابو ستيت، المرجع السابق، ص ١٢٤ وراجع الدكتور سليمان مرقس المرجع السابق ص ٢٧٣ .

الرجوع إلى الفقهاء للاستعانة بهم « فقد ذكر ابن عرنوس ـ وهو قاض ـ في كتابه « تاريخ القضاء في الاسلام » ، وأكد أنه : « كان في كل مصر جماعة اشتهروا بالفقه واستنباط الاحكام ، يستعين بهم القاضي إذا أشكل عليه أمر ، كما أن عمر بن الخطاب كان يستشير الصحابة مع فقهه ويفصل بما اتفقوا عليه ، ولئن تغلب الفقه على القضاء في آخر هذا العهد ـ كما سنرى ـ فقد كان للقضاء في أوائل هذا العهد شأن كبير في تكوين الشريعة الاسلامية والقواعد الحقوقية الناشئة عنها ».

ولقد كان يلي القضاء قضاة من الصحابة والتابعين وتابعيهم .. بعد أن فصل الخلفاء بين القضاء والولاية ، وكان أكثر القضاة مجتهدين ، وأقلهم مقلدين . وقد أشتهر عمر بالقضاء ، تولاه بنفسه ، وولى عليه غيره ؛ فقد ولى أبا الدرداء المدينة وولى شريحاً البصرة ، وولى أبا موسى الأشعري الكوفة ، ووضع له دستور القضاء في كتابه المعروف (١).

---

(١) راجع ابن قيم الجوزية ، اعلام الموقعين ج ١ ص ٧٩ ـ ١٠٠ ، مطبعة النيل القاهرة.
قال ابن قيم الجوزية في اعلام الموقعين عن ابي العوام :
« كتب عمر الى ابي موسى فقال : اما بعد ،
« فان القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة ، فافهم اذا أولى اليك ، فانه لاينفع التكلم بحق لانفاذ له . آس الناس في مجلسك ، وفي وجهك وقضائك ، حتى لايطمع شريف في حيفك ، ولاييأس ضعيف من عدلك ؛ البينة على المدعي واليمين على من انكر ، والصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً أحل حراماً اوحرم حلالاً ، ومن ادعى حقاً غائباً ، أو بينة فاضرب له امداً ينتهي اليه ، فان بينه اعطيته بحقه ، وان اعجزه ذلك استحللت عليه القضية ، فان ذلك هو ابلغ في العذر واجلى للعماء ، ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم ، فراجعت فيه رأيك ، فهديت فيه لرشدك ان تراجع فيه الحق . فان الحق قديم لايبطله شيء ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل. والمسلمون عدول بعضهم على بعض ، الامجربا عليه شهادة زور ، أو مجلوداً في حد ، او ظنيناً في ولاء او قرابة ، فان الله تعالى تولى من العباد السرائر ، وستر عليهم الحدود الا بالبينات والأيمان . ثم الفهم الفهم و فيما اولي اليك مما ورد عليك ، ومما ليس في قرآن ولا سنة ، ثم قايس الامور عند ذلك ، وأعرف الأمثال ، ثم اعمد فيما ترى الى احبها الله واشبهها بالحق ، واياك والغضب والغلق والضجر والتأذي بالناس ، والنكر عند الخصومه ، فأن القضاء في مواطن=

فيتضح من هذا ما كان للقضاء من شأن في توليد القواعد الحقوقية وايجادها بما يشبه القضاء عند الرومان من حيث الأخذ بقضاء السلف ، والسير على هديه[1] وان كان ممتزجاً مع الفقه إلى حد يصعب معه التمييز بينهما . لاتحاد الصفة الفقهية والقضائية في الشخص الواحد .

٣ — **أما العهد الثالث** ، وهو الذي بدأ بظهور الأئمة وتدوين الفقه ، فهو عهد الفقه والفقهاء أكثر منه عهد القضاة والقضاء . فقد ضعفت فيه أحكام القضاء وقواعده عما كانت عليه في الماضي ، ومع ذلك لاننسى قيام أكابر الفقهاء ، أمثال أبي يوسف ومحمد ، على القضاء في الوقت الذي كانت فيه فتاواهم تجوب الآفاق . فكانت أحكامهم من فقههم ، وفقههم من قضائهم ، شأن العهد السابق .

وصفوة القول إن القضاء في الشريعة الاسلامية احتل مكانة في صدر الأسلام وفي العهد الثاني كبيرة ، ولكنه مع ذلك لم يكن ليعتبر من المصادر الاصلية . فالى جانب المصدرين الأصليين السابق الذكر ، الكتاب والسنة ، أوجد الفقهاء مصدرين آخرين هما الاجماع والقياس ، وهما مايدخلان تحت باب الفقه كما سنرى .

٥ — وضع الاجتهاد القضائي في الشرائع الحديثة .

إن اعتبار القضاء كمصدر رسمي للحقوق في الشرائع الحديثة ، أمر مختلف فيه . ولعله يختلف اليوم من بلد الى آخر .

= الحق مما يوجب الله به الاجر ، ويحسن به الذكر ، فمن خلصت نيته في الحق ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس ، ومن تزين بما ليس في نفسه ، شانه الله . فان الله تعالى لايقبل من العباد الا ما كان خالصاً ،فما ظنك بثواب عند الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته .والسلام عليك ورحمة الله » .

(١) كان القاضي يأخذ بقضاء سلفه فعمر أخذ بقضاء ابي بكر ، وعثمان اخذ بقضاء صاحبيه والفقهاء وراء القضاة اخذوا عنهم فتاواهم . وقد ذكر الاستاذ احمد امين في كتابه « ضحى الاسلام » ان العراقيين كانو يجمعون قضايا علي وفتاواه ، وقضايا شريح وغيره من قضاة الكوفة ثم يستخرجون منها ويستنبطون .. (عن السنهوري وابوستيت ، المرجع السابق ص ١٢٤ و ١٢٥).

أما في الشرائع الانكلو أميركية ، حيث العرف وحيث الاجتهاد مايزالان يحتلان المكان الأول في إيجاد القواعد الحقوقية ، حسب قاعدة السوابق القضائية كما رأينا ، فان للقضاء في انكلترا وأمريكا من القيمة يقارب ما للقانون في النظام الفرنسي .

واذا تركنا هاتين الشريعتين جانباً فان قيمة القضاء أو الاجتهاد كمصدر رسمي للحقوق تختلف من شريعة إلى أخرى ، ومن بلد الى بلد .

وفي بلادنا ، حيث النظام القضائي المماثل للنظام الفرنسي واللاتيني بوجه عام فان قيمة القضاء كذلك مشابهة لما يجري في فرانسة من الناحية النظرية ، وربما كانت دونها من الناحية العملية . لعدم توسع الكثرة الساحقة من القضاة في التفسير ، وعدم تبسطهم في تعليل الاحكام ودراستها دراسة علمية كافية ، فضلاً عن تقيدهم الشديد وتأثرهم إلى حد كبير بالتعامل العثماني ومذهب التقيد . وحسبنا أن نشير بايجاز إلى وضع القضاء في فرانسة وعندنا والى أهم وسائله ومراجعه فيها .

ليس للقضاء في الشريعة الفرنسية وشريعتنا ، ماله في الشرائع الانكلو ساكسونية ، إلا أنه إذا كان خاملاً في الماضي ، قليل الانتاج وبسيط القيمة ، فقد أخذت قيمته تلك تزداد شيئاً فشيئاً منذ صدور القانون المدني الفرنسي ، خلال القرن التاسع عشر ولاسيما في القرن الأخير حتى بلغت مبلغاً كبيراً واحتلت مكاناً عظيماً .

وجدير بالذكر أن السوابق القضائية التي تشكل قاعدة أساسية ملزمة في الشريعة الانكليزية ، ليست في الشرائع اللاتينية سوى وسيلة للاستئناس لا إلزام فيها . أضف إلى ذلك أن الفرنسيين حريصون على ألا يجعلوا أحكام القضاء تشريعاً عاماً وقانوناً ملزماً ، احتراماً لمبدأ فصل السلطات . فالسلطة القضائية ليس من وظيفتها أن تشرّع ، بل أنها تقتصر على تفسير القوانين وتطبيقها . وقد حظرت المادة ٥ من القانون المدني الفرنسي على القضاة ، كرد فعل لما كانت تفعله البرلمانات

الفرنسية في قراراتها التنظيمية قديماً ، أن يضعوا للفصل في إحدى القضايا ، مبدأ عاماً ليطبق في القضايا المماثلة كحكم عام .

على أنه بالرغم من ذلك المبدأ وهذه المادة ، فان لقرارات المحاكم مايعطيها من الأهمية العملية صفة واقعية يمكن اعتبارها معها كالقانون أو أفضل . وقد أوجدت المحاكم الفرنسية والمصرية من القواعد الحقوقية باجتهاداتها ، مايسمح باعتبارها أخصب المصادر الحقوقية وبما لايقل عن القانون .

وفي الحق عندما تعرض على القضاء مسألة قانونية في منازعات عدة ، فمن الجائز أن تفصل فيها المحاكم بطرق مختلفة . ولكن بعد مرور وقت ، وبفضل رقابة محكمة النقض أو محكمة التمييز ، (والتي هي أعلى المحاكم) ، يتم الاتفاق بينها ، وتتوحد وجهات النظر ، ويصبح اتباع هذا الرأي مبدأ مسلماً به من الجميع . وعندئذ تأخذ منازعات الأفراد حول هذه النقطة في القلة ، لأن القضاء في نظرهم يكون قد استقر على رأي ، وبذلك تنشأ قواعد عامة مجردة ، لها من الوجهة العملية ما للقانون من قوة . دون أن يقع أي خرق لمبدأ فصل السلطات ، إلى حد أن المشرّع قد يرى في كثير من الاحيان أن من غير المفيد تأكيد النتيجة التي وصل اليها القضاء بقانون يسنه .. أو أنه لايرى بعدئذ ضيراً من النص على مااتفق عليه القضاء باجتهاده بنص تشريعي قانوني يؤكده ... وهكذا يصح القول أن القضاء يصنع القانون I.a jurisprudence fait la loi .

وقد استعمل القضاء الفرنسي والمصري واللبناني والسوري ، ولاسيما الاول منها ، بما له من مراس طويل وخبرة متمادية ووسائل فنية ، صلاحياته هذه على مقياس واسع ، وأصدر كثيراً من الاحكام ذات النتائج المبدئية Arrêts de principe لا على انها غير شخصية ، كقرارات البرلمانات السابقة ، وانما على أنها شخصية ، وفي قضية معينة ، ولكنها تتناول الفصل بمناسبة الخلاف المعروض حول مبدأ عام مختلف فيه . وربما في أمور لم يأت القانون على ذكرها مطلقاً ، كعقود التأمين

وقضايا العمل ، والتعسف في استعمال الحق ، الخ ... قبل صدور القانون ونصه عليها ، موجداً بذلك قواعد حقوقية ، ومدللاً أنه مصدر انشائي بقدر ماهو عملي تطبيقي .

ولعل من أبرز الأمثلة على عمل القضاء وقيمته ، كمصدر للحقوق ، وصانع للقانون ، هذه القواعد والمبادىء الكثيرة التي يقررها القضاء فى القضايا والدعاوى التي ترك القانون في الاصل للمحاكم سلطة التقدير فيها ، أو مجال تفسير النصوص المتعلقة بها ، كمثل قواعد الحراسة القضائية ، ودور القضاء في ايجادها (١) أو كمثل قواعد المسؤولية التقصيرية في الحقوق الفرنسية ولاسيما المواد ١٣٨٤ و١٣٨٥ وغيرها .

على أن ثمة فقهاء ومؤلفين مازالون ينكرون على القضاء انشاء الحقوق ، أو صنع القانون ، ويعتبرون أن القضاء ــ كالفقه ــ ليس مصدراً رسمياً ، من مصادر الالزام وانما مصدراً من مصادر الاقناع (٢) . ونحن نعتقد أن القضاء في الحقيقة وواقع الامر مصدر شبه رسمي ولكنه ثانوي اضافي .

§ ٥ ـ وسائل الاجتهاد القضائي ومراجعه

أما وسائل هذا المصدر المؤلف من مجموع القرارات والاحكام فهي المجموعات التي تنشر هذه الاحكام . وقد عني بها في فرانسة عناية عظيمة منذ أوائل القرن التاسع عشر وازداد الاهتمام بها يوما بعد يوم ازدياداً يتفق مع توسع الاجتهاد القضائي ــ ولاسيما في القضائين الفرنسي والسويسري القريبين منا ــ واحتلاله مركزاً هاماً في ميادين الحقوق . وحسبنا أن نذكر لكم أبرز هذه المجموعات في كل من فرانسة ومصر ولبنان وسورية .

توجد في فرانسة مجموعات كثيرة أهمها :

---

(١) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري ، مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٣٨٥

(٢) راجع الدكتور مرقس ، المرجع السابق ص ٢٧٦ ــ ٣٧٧ .

١ – **مجموعة دالوز الدورية** Dalloz Périodique ، فـفي قسمها الاول تبحث بأقضية محكمة النقض الفرنسية ، وفي الثاني باقضية المحاكم الاخرى فرنسية وأجنبية ، وفي الثالث أقضية المحاكم الادارية ، وفي الرابع القوانين ، وفي الخامس ملخصات الاحكام التي لم تنشر . ويرمز لها بحرف D او D.P. وقد بدلت هذا التقسيم منذ عام ١٩٤٥ فجعلت محتويات المجموعة الدورية من أربعـــة أقسام : الاول للمقالات – أي الفقـه – والثاني للقضاء – أي الاجتهاد القضائي – والثالث لملخص الاحكام عموماً ، والرابع للتشريع والقوانين.

وتمتاز « دالوز » بمجموعتها العملية Dolloz pratique التي صدرت في اثني عشرة مجلداً وثلاثة ملاحق والتي تحوي الفقه والقضاء معـــاً مبوبة على الأحرف الابجدية للمواضيع وبشكل يسهل الرجوع اليه .

٢ – **مجموعة سيري** Recueil Sirey وهي تشبه مجموعة دالوز الدورية ، وقديمة مثلها منذ نحو من قرن ونصف ، وقريبة منها في تقسيماتها وأهميتها ، ويرمز لها بحرف s .

٣ – **مجموعة كازيت دوباليه** Gazette du Palais ، وهذه مجلة قضائية بحتة تمثل قصر العدل ، وهي حديثة بالنسبة للسابقتين ، فقد صدرت في أواخر القرن التاسع عشر وتبحث في اجتهاد القضاء المختلف ، ويرمز لها : Gaz . Pal. .

أما في مصر ، فانه قام فيها بعد صدور القانون المدني الاهـلي والمختلط في عام ١٧٧٦ – ١٨٨١ بقليل ، عدد من المجموعات الاجنبية أولاً (باللغة الفرنسية) ثم الوطنية (باللغة العربية) . وقد استعان المشـرع المصري في اصدار قانونه المدني الجديد بهذه المجموعات القيمة الحاوية لقضاء المحاكم واجتهاداتها ، والتي تعتبر بالنسبة لقانوننا مصدراً رئيسياً وهاما من مصادره ، ونكتفي هنا بذكر أهمها في القـانون الاهلي باللغة العربية :

١ – المجموعة الرسمية ويرمز لها عادة (مج) .

٢ – المحاماة . ٣ – المحاكم . ٤ – القضاء . ٥ – مجلة التشريع والقضاء .

ولم يبق اليوم لهذه المجموعات النشاط الذي كان لها في الماضي . فيما عدا مجلة المحاماة التي تصدرها نقابة المحامين والتي تقوم باعداد فهارس عشرية تسمى بالجدول العشري ملخصة موضوعات الأحكام ومكان وجودها في المجلة .

٦ — كذلك فقد أخذت « مجموعة أحكام النقض » وهي مجموعة قرارات محكمة النقض والابرام ، تصدر جامعة لهذه الأحكام لتصبح مجموعة ضخمة للاجتهاد القضائي المصري ، كما صدر لها موجز يحوي خلاصة القواعد المدنية والجنائية منذ تشكيلها عام ١٩٣١ حتى عام ١٩٤٥ .

هذا في فرانسة ومصر ، أما في سورية ولبنان فليس ثمة مجموعات رسمية وافية، اللهم إلا ماسيأتي :

صدر في لبنان منذ عهد الانتداب مجموعة باسم « **المجلة القضائية** » ليوسف صادر ، وهي مزيج من التشريع والاجتهاد والفقه وربما غلب عليها طابع التشريع والبلاغات . كما صدرت فيما بعد مجلة « **المحامي** » وعنيت بالقضاء واجتهاداته أكثر من سابقتها . وقد صدر في عام ١٩٤٥ نشرة قضائية عن وزارة العدل اللبنانية باسم « **النشرة القضائية اللبنانية** » لوزارة العدل في الجمهورية اللبنانية ؛ وهي من النشرات التي جرت على غرار المجموعات الفرنسية الشهيرة مع خلاصات وفهارس متقنة .

أما في سورية فقـــد بدأت « **مجلة نقابة المحامين** » منذ سنوات بتخصيص فصل لاجتهاد القضاء بعنوان قضاء المحاكم أو قضاء محكمة التمييز . كما قامت بما يشابه ذلك مجلة المحامي في حلب . ومؤخراً واعتباراً من أول عام ١٩٥٠ أصدرت وزارة العدل السورية مجلة باسم « **القانون** » سارت فيها سيرة النشرة اللبنانية ، وضمنتها الى جانب القسم الفقهي القليل ، قسماً قضائياً هاماً وكبيراً . وتحتل هذه المجلة اليوم المركز الاول مع مجلة نقابة المحامين في نشر الاجتهادات القضائية السورية وتعميمها .

الفرع السادس
الفقه او العلم الحقوقي

La Doctrine

§ ١ — التعريف بالفقه

عندما نقول الفقه نقابله بالقضاء أو الاجتهاد ، ونقصد به مايراه المؤلفون الحقوقيون من آراء ونظريات في الحقوق الوضعية ، وما يجدونـــه من حلول في مؤلفاتهم وما يستخلصونه من قواعد وأحكام ، ويعرّفه البعض قياساً على تعريف « دوباكيه » للاجتهاد القضائي بانه « استنباط الاحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية »[١] فالفقه اذن مجموع هذه الآراء والفتـاوى الحقوقية الفردية ، أو تلك النظريات العلمية الحقوقية التي تصدر عن أشخاص مارسوا الحقوق واشتغلوا بها ، وتتجلى بمؤلفاتهم وكتبهم ، ودروسهم ومحاضراتهم ، أو مقالاتهم وفتاواهم . وهو يمثل المظهر العلمي للحقوق كما يمثل القضاء مظهرها العملي ، حتى إذا تجردت الحقوق من مظهريها العلمي والعملي لم يبق منها شيء كثير .

والحقوق علم يمت إلى العلوم الاجتماعية بأوثق سبب ، ولـكل نشاط اجتماعي

---

(١) السنهوري وابو ستيت ، اصول القانون ، المرجع السابق ص ١١٦ .

علم يسجل قواعده واحكامه ، وعلماء يبحثون وينقبون ويسجلون ، فالحقوق علمها الفقه وعلماؤها الفقهاء [1] » .

§ ٢ — تاريخ الفقه ومنشأه

إذا ألقينا نظرة على تاريخ الفقه في الأزمنة الغابرة ، ورجعنا الى مصادر الحقوق العرفية القديمة ، لانجد للفقه بالمفهوم الذي أوضحناه أثراً ، الا لدى بعض الاقوام ومنذ زمن لايتعدى عهد الرومان .

فقد كانت القواعد الحقوقية في القديم البعيد وليدة الاعراف والتقاليد التي ربما نشأت بوحي ديني ، وبتأثير الحاجات الاجتماعية والمعاشية ، ولم تكن ثمرة تفكير علمي أو فقهي هو الذي دفع الى ايجادها أو تنظيمها .

وبعد أن تولدت هذه القواعد وانشأتها ضرورات الحياة ، ربما أخذ بعض الناس يعملون بصورة تدريجية على ربطها بروابط المنطق والانسجام ، وكان القيام بمثل هذا الامر انما يستطيعه من أوتي علماً ومعرفة يجعل منه أهلا لأن يكون من علماء الفقه والحقوق .

أ — فاليونان لم يجعلوا من الحقوق الوضعية ، رغم مابلغوه من شأن عظيم في المعرفة والتفكير ، علماً وضعياً يدرسون قواعده وأحكامه كما هي في واقعها ، دراسة علمية ، بل كان فلاسفتهم يبنون مدناً فاضلة ، مدناً مثالية ، ويتصورون حياة كاملة ، وانساناً كاملا ، ويحاكمون على أساس اخلاقي مثالي ، ويدرسون الحقوق لا كما هي موجودة بل كما يجب أن تكون .

ب — أما في روما ، فلعل الامة الرومانية كانت أولى الامم القديمة التي قام فيها بعد قليل من تأسيسها فقهاء ، وعلم حقوقي وضعي على غاية من الروعة ،

---

(١) عن السنهوري وابو ستيت . اصول القانون ، المرجع السابق ، ص ١١٦ .

وكان يسمى هؤلاء الفقهاء Prudents يشرحون ويفصلون حقـــوق زمانهم ، متحرين أسبابها العميقة البعيدة ، مجتهدين أن يجدوا حلاً للمسائل التي من غير حل. وقد استطاعوا ، سواء بفتاواهم Responsa ، أو فيما بعد بمؤلفاتهم ومطولاتهم ، أن يعمموا مادرسوه من أحوال خاصة ، ويستنتجوا منها قواعد وافكار عامة ، حتى انتهى بهم الامر لإقامة شبكة من المبـادىء والمؤسسات الحقوقية استمدت منهـا الحقوق المتأخرة بمقياس واسع .

ولقد تعشق الفقـه في روما في وقت من الاوقات كثيرون ، وتوصل فقهاء الرومان خلال عهد الامبراطورية الذهبي ، وربما قبل ذلك ، الى إصدار فتـاوى وأجوبة بلغت حداً كبيرا ، كانت تعتبر بأوامر الاباطرة أنفسهم مستنداً للحـكم ، يحتج بهـا المتقاضون ويلزم القضاة بالحـكم وفقها ، حتى تضاربت وأسيء استعمالها مما اضطر الأباطرة بعد ذلك الى اصدار قانون المراجع الشهير Loi de citation الذي عين الفقهـــاء الخمسة اصحاب الحجـج الراجحة الذين يجب العمل برأيهم في أكثريتهم (١) .

أما في الشريعة الاسلامية ، فلا بد لنا كما قلنا سابقاً — في بحث القضاء — من التمييز بين العهود السابقة الذكر .

١ - فالعهد الاول

عهد النبي عليه السلام حتى ظهور الخلفاء ، ويسح أن نسميه بعهد التكوُّن لأن وجود النبي لم يسمح لمتفقه أو لفقيه ان يظهر او يبدأ ، ولأن المشرع الذي كان هـــو المرجـع الاصلي ، كان حاضراً وموجردا ، مايزال يواصل رسالته ليحقق أهدافه بمـا في ذلك التشريعية منها . فـكان الكتاب والسنة فقط همـــا المصدران للحقوق .

---

(١) راجع محاضراتنا المستعجلة في تاريخ الحقوق ، تاريخ الشريعة الرومانية ص ١٢٠ .

٢ - أما العهد الثاني

وهو الذي يبدأ مع الخلفاء الراشدين وينتهي بتدوين الفقه ، فقد امتاز باختلاط الفقه والقضاء ممتزجين ، ولكن الفقه أخذ يتغلب على القضاء شيئاً فشيئاً حتى تمت له الغلبة في العهد الثالث ، وكان من الصعب تمييز الفقه عن القضاء في ذلك العهد ، إذ كان الفقيه قاضياً والقاضي فقيها . الا أن حركة الفقه كمصدر للشريعة الاسلامية أخذت بالقوة ، بعكس الاجتهاد ، حتى إذا استكمل الفقه نضوجه صار هو وحده ، إلى جانب الدين ، مصدراً للشريعة الاسلامية ، ولكن ذلك لم يتم الا في العهد الثالث .

والذي يهمنا بحثه هو مقدار نصيب الفقه في تكوين الشريعة الاسلامية .

عرفنا ان هذه الشريعة كانت في الدور الاول مقصورة تقريباً على الكتاب والسنة ، فزادها الفقه في هذا العهد الثاني مصدرين آخرين ، الاجماع والقياس ، وهما المصدران الخصبان اللذان يكفلان للشريعة الاسلامية مرونتها على مر الزمن[1].

---

(١) اما الاجماع كمصدر اصلي ، فقد اعترف به كل اهل الحديث وأهل الرأي بقدر واحد ، ووجدت فكرة تنظيم الرأي عن طريق الاستشارة ، وقد رأينا ان الخلفاء والقضاة كانوا يستشيرون أهله (واسالوا اهل الذكر) فاذا اجمع رؤوس الناس وخيارهم على امر قضوا به . وقد بدأ الاجماع يكون مقصوراً على الصحابة ، ثم امتد الى التابعين فتابعيهم ثم صار أخيراً الى اجماع المجتهدين من أمة محمد في عصر من العصور . وفي هذا تطور للاجماع من شأنه ان يجعل الفكرة خصبة قابلة لتطور جديد . ومن الفقهاء من ذكر ان مستند الاجماع حديث للنبي عليه السلام « لاتجتمع امتي على ضلال » ونقل المستشرق كولدزيهر Coldziher عن طبقات الشافعية للسبكي ، ان سند الأجماع قوله تعالى في سورة النساء : « ومن يشاقق الرسول من بعد ان تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين ، نوله ماتولى ، ونصله جهنم وساءت مصيرا ... » (عن السنهوري وابو ستيت ، المرجع السابق ص ١٢٧) .

« اما القياس ، ويؤخذ هنا بمعناه الواسع ، الرأي والأجتهاد ، فقد اختلفت المدرستان في الأخذ به اختلافاً بيناً ، فأهل الرأي يكثرون من القياس والتفريع والاستنباط ، ويفرضون الفروض الممكنة وغير الممكنة حتى اشتهروا بذلك . وأهل الحديث لايلجأون الى القياس الا في القليل النادر من المسائل ولايفرضون فرضاً لم يقع » (المرجع السابق) .

وإذا كان « القياس » كمصدر عام قائم على المنطق والفهم ومقايسة الامور بالأشياء او الأضداد، اقرب الى طرق البحث ، وأسباب التفسير منه الى مصدر اصلي للحقوق ، وبالتالي طريقاً مشتركا بين القضاء والفقه ؛ غير انه كان عند الفقهاء أكثر توسعاً وأجزل انتاجاً منه عند القضاة ، بسبب ما أحتله الفقهاء من مركز كبير في ذلك الحين ، وما قامت بينهم من مذاهب عظيمة ، وان يكن هذا القياس قد ظل محل جدل وخلاف بين هذه المذاهب .

ولعل نصيب الفقه في تكوين الشريعة الاسلامية وبناء صرحها الشامخ انما قام في الاغلب على هذه الطريقة التي سميت بالقياس والتي تتمثل فيها اليوم طرق التفسير التقليدية ، او غير التقليدية احيانا ، وربما في بعض الأحوال ، مبادىء العدل والحقوق الطبيعية .

٣ ـ العهد الثالث (١)

« ويبدأ من وقت تدوين الفقه الى اليوم .

« في أول هذا العهد ارتفع شأن الفقه ارتفاعاً عظيما وقل شأن القضاء ، وقد تركز مذهب اهل الرأي في أبي حنيفة بالكوفة .ويقول الاستاذ لامبير Lambert في هذا الصدد ان ماجاء به الفقيه الفرنسي الشهير جني Geny من وجوب استنباط الاحكام القانونية بطريق البحث العلمي الحر ، قد سبقه اليه وسار عليه بالفعل ابو حنيفة في استنباط الاحكام الشرعية ، وتركز مذهب أهل الحديث في مالك بالمدينة ، واستمر الخلاف بين المذهبين حتى بلغ أشده . ثم عادت المدرستان الى التقارب والتفاهم على يد أبي يوسف والشافعي وان شذ بعد ذلك احمد بن حنبل وداوود الظاهري » .

وقد ظهر في أول هذا العهد أئمة المذاهب المعروفة كالجعفري والظاهري . . وغيرهما من المذاهب التي اندثرت (٢) .

---

(١) عن السنهوري وابو ستيت ، المرجع السابق ص ١٢٨ و ١٢٩ .

(٢) كمذهب الاوزاعي ، ومذهب سفيان الثوري ، ومذهب ابن جرير الطبري وغيرها . .

والواقع من الامر أن هؤلاء الأئمة ختموا عهوداً بدأها غيرهم ، قد لا يصح التفريق بينها . وكان عملهم الانشائي أقل من التنظيمي . لأن الفقه قد استكمل نضوجه على يد الفقهاء المتقدمين ، وأصبح ، ولا سيما عند أهـل الرأي ، من أهم المصادر للشريعة الاسلامية ، لا يقل عن الكتاب والسنة ، بل يزيد عليها الحلول التفصيلية . وكان عمل أئمة المذاهب وتلاميذهم في هذا العهد متجهاً في معظمه الى تسجيل فقه من تقدمهم وتجميعه ، مـع تنظيمه ووضعه على أسس منطقية . وإذا كان لهذا العهد الثالث عمل انشائي في الفقه ، فقد كان ذلك في التعريفات التفصيلية ، وفي محاولة ادخال قواعد العدالة والمصلحة العامة مصدراً جديداً للشريعة الاسلامية باسم الاستحسان عنـد أبي حنيفة او المصالح المرسلة عند مالك (١) ، ممـا يعتبر خطوة فقهية كبيرة الأثر في عالم الشريعة الاسلامية . ولقـــد قال الاستاذان السنهوري وأبو ستيت :

« ورجل هذا العهد هو الفقيه ، ففيه تركزت حركة الاجتهاد ، وعنه صار المسلمون يأخذون شريعتهم ، وساعد على ذلك ان تم تدوين الفقه في هذا العهد ، وان الدولة القائمة ، الدولة العباسية ، قد أخذت بيد الفقيه ورفعته الى أعلى الدرجات. فبز الفقيه القاضي ومنـع ظهور المشرع ، وانفرد بحلق في سماء الحقوق (٢) » حتى ان أكثر الفقهاء منهم كانوا يرون ان البعد عن القضاء للفقيه تنزهاً ومفخرة (٣) .

---

(١) من المبالغة ان نرى في هذه المذاهب مايفرق بعضها عن بعض ، فالامام محمد رحل الى المدينة وأخذ عن مالك ، كما درس الشافعي على مالك ومحمد . وأخذ ابن حنبل عن الشافعي .. واكثر هذه المذاهب متفق الى حد كبير في الاسس والمبادىء الرئيسية ، وربما انحصر الخلاف في بعض الفروع التفصيلية او الاسباب التفسيرية ، ولولا تعصب فقهاء كل مذهب لمذهبهم ، ولاسيما المتاخرين منهم ، لاندمجت هذه المذاهب واصبحت مذهبا واحداً .

(٢) السنهوري وابو ستيت ، المرجع السابق ص ١٢٩ .

(٣) وقد جاء في ضحى الاسلام « كانت هناك نزعة عند بعض العلماء ترى في تولي الوظائف السلطانية تعريض الدين للخطر ، حتى ان كثيرا من المحدثين لا يرون حديث من تقرب الى —

وهكذا فان الفقيه في هذا العهد ، عندما استأثر بالأمر ، ابتعد عن الحياة العملية مكثراً من الفروض الخيالية ، فجمد الفقه ، وفقد مايغذيه من عناصر الحياة الخارجية ، لاسيما وان طبقات الفقهاء كثيرة الى أن انتهت بطبقة المقلدين[1] ، ومنذ وصل الفقه الى هذه الطبقة قال الكثيرون باغلاق باب الاجتهاد .

هـذه هي خلاصة وجيزة عن أدوار الفقه في الشريعة الاسلامية ومراحله ، وتلكم هي لمحة سريعة عن أسسه واتجاهاته ، ومنها يتضح الدور الذي لعبه ويلعبه الفقه في الشريعة الاسلامية .

د - **أما في أوربا** ، فبعد أن ازدهر الفقه في زمن جوستينيان ، عاد الى الركود حتى القرن الحادي عشر ، حيث استيقظ من جديد بقيام الحقوق الرومانية في « بولون » Bologne ، ومدرستها الشهيرة . ومنذ ذلك الحين بدأ يعترف للفقه بنفوذه وسلطانه لاسيما عندما تكون هذه الآراء كلها متفقة على الموضوع ، وخصوصاً بعد أن اصبح أغلبهم من رجال الكنيسة يقتربون بعضهم من بعض ويتفاهمون فيما بينهم ، وقام منهم فقهاء عظيمون مثل سان توما الأكويني St Thomas d'Aquin الذي يعتبر حامل لواء الفقه الكنسي ، ثم تبعه بعد ذلك كثيرون ، ولا سيما في القرنين السابع عشر والثامن عشر امثال ضوما Domat وبوتيه Pothier ودومولان Dumoulin الخ . . في فرانسة .

ثم منذ أن صدرت التشريعات العالمية الكبرى ، كالتشريعات الفرنسية في

= السلطان ، وان كثيراً عابوا ابايوسف من اجل توليه القضاء ، والحكايات من هذا القبيل كثيرة : قال محمد بن جرير الطبري « انه قد تحامى حديث ابي يوسف قوم من اهل الحديث من اجل غلبة الرأي عليه وتفريعه الفروع والاحكام ، مع صحبة السلطان وتقلده القضاء . ولعل السببين هما الباعثان لابي حنيفة ان يمتنع عن تولي القضاء في العهد الاموي وفي الدولة العباسية » (ج ٢ ص ١٨٤) .

(١) رتبت طبقات الفقهاء كما يلي : طبقة المجتهدين في الشرح ، طبقة المجتهدين في المذاهب ، طبقة المجتهدين فى المسائل التي لانص فيها عن صاحب المذهب ، اصحاب التخريج ، اصحاب الترجيح اصحاب التمييز ، طبقة المقلدين .

أوائل القرن التاسع عشر ، قامت مذاهب وفقهاء يعنون بشرح القانون والتعليق عليه مساعدين في تفسيره ، أو منتقدين نصوصه واحكامه . وظهرت في أوربة مذاهب ونظريات ، ساعدت كثيراً على تطور الحقوق وتقدمها ، وتعميمها ، ونشرها ، لاتزال آثارها بادية الى اليوم .

ويتضح مما تقدم ان عمل فقهاء القانون ، وشراح القانون ، هولاء المساعدين الأصليين، هو ماسميناه بالفقه أو بالأصح بالعلم الحقوقي prudentibus - constitutum. إنه في الحقيقة علم الحقوق ، لأن الفقه إنما يكون فقهاً في كل مرة تؤخذ مسألة من المسائل الحقوقية الواقعية فتناقش بصورة علمية مجردة على ضوء الواقع والحقيقة ، في ماضيها وحاضرها ومستقبلها ، ويبين الفقه أسبابها ودوافعها ، وآثارها ونتائجها ، أو محاسنها ومساوئها ، فالفقه في هذا هو علم الحقوق نفسه .

وفي أيامنا هذه ، فان عمل الفقه عظيم وواسع ، ذلك لأن القواعد الفقهية كثيرة ، متعددة وفنية ، ومن الامور الراهنة ان المصدرين الرسميين الأصليين ، القانون والعرف لوحدهما ، أو مع المصدرين الرسميين الاضافيين ، الدين ومبادىء القانون الطبيعي ، وحتى مع المصدر شبه الرسمي العملي ، وهو الاجتهاد القضائي ، كلها لاتكفي لإقامة علم صحيح للحقوق ، بل لابد من جمع هذه العناصر ، إلى هذه القوانين والقرارات وصهرها في بوتقة واحدة ، واستخلاص قواعد أعم بطريق الفقه . فالمطولات ، وهي الكتب التي يصدرها الاساتذة في تدريس الحقوق ، والشروح ، وهي التفاسير التي ينشرها الفقهاء في شرح النصوص والقوانين مادة مادة ، ثم المؤلفات الفلسفية أو الرسائل العلمية المتعلقة بموضوع ما ، وكذلك المجلات التي لاتحصى ، حاملة آراء الفقهاء في مواضيع مختلفة ، كل هذه الوسائل طرق لتشييد بنيان كامل يؤلف علم الحقوق . ومن ميزات هذا المصدر الفقهي انه ينحت الحقوق الوضعية في تمثال متناسق يجمع فيه بشكل ظاهر الحلول لجميع المسائل الحقوقية ، منظمة مبوبة ، وربما يظهر بالوقت ذاته العيوب التي فيها ، ويمهد إلى اصلاحها وتقدمها .

٣٨ — قيمة الفقه وقوته

أ — ولكن هل يشكل الفقه مصدراً رسمياً من مصادر الحقوق

مادام الفقه هو تلك الآراء الشخصية والنظريات الخاصة التي تصدر عن أناس وافراد لاصفة رسمية لهم ، وربما تناقضت آراؤهم أحياناً ، كما يحدث في الكتب والمؤلفات المتعددة ، فهل يجوز أن تعتبر قاعدة حقوقية يقول بها فقيه أو ينادي بها فقهاء ، لازمة ، ومصدراً رسمياً من مصادر الحقوق الوضعية ؟

لاشك أبداً أن هذه الآراء ليست لها قيمة نص القانون أو حكم العرف ، بل ليست لها في اعتقادي قوة اجتهاد القاضي أو قضاء المحاكم ، لان هذا الاجتهاد يكون ملزماً على الاقل بعض أفراد الناس الذين صدر الحكم عليهم ؛ أما رأي الفقيه أو نظريته فلا صفة الزامية لها البتة ، ولا تؤلف مصدراً رسمياً للحقوق . ولكن للفقه مع ذلك من الأهمية مايسمح باعتباره من حيث النتيجة مصدراً تفسيرياً قريباً من القضاء .

في الحقيقة ، إن لتلك الآراء والنظريات التي تؤلف الفقه ، تأثيراً كبيراً إن في الماضي وإن في الحاضر ، على التشريع والاجتهاد ، وبالتالي على القواعد الحقوقية والحقوق .

وإذا رفعنا الفقه الروماني من الحقوق الرومانية ، أو الفقه الاسلامي من الشريعة الاسلامية فماذا يبقى ؟ نكون قد انتزعنا منها ماهو ذو قيمة فيها . والبناء الرئيسي للحضارة الحقوقية الرومانية ، — وهو الديجست — ليس سوى مجموع آراء وأقوال الفقهاء الرومان أو هو كتاب الفقه الروماني . وقل مثل ذلك عن جميع كتب الفقه الاسلامي في المذاهب المختلفة للشريعة الاسلامية .

وهكذا فان تأثير الفقه في التشريع أمر لاشك فيه .

أو لم يستوح القانون المدني الفرنسي اكثر احكامه من مؤلف بونيه Bugnet فقه الفقه الفرنسي في القرن الثامن عشر ؟ أو ليس القانون المدني السويسري مديناً في أكثر مواضيعه وترتيبه كما هو مدين في تهيئته وتحضيره ، إلى الفقيه السويسري أوجن هوبر Eugéne Hubert ومؤلفاته في الحقوق ؟

وفي المانيا النازية ، فان الفقه والعلم الحقوقي ، كما قال الدكتور فرانك Frank وزير عدل هتلر ورئيس المجمع العلمي الحقوقي فى المانيا اذ ذاك ، « قد أثر تأثيراً كبيراً في تشريع الريخ إلى درجة لم تعرف من قبل ».

وآراء الاستاذ جوسران والفقهاء المعاصرين أثرت كثيراً في قانون الموجبات والعقود اللبناني ، كما أثرت في أحكام الملكية العقارية عندنا وربما في غيرها من القوانين الاخرى .

وإذا رجعنا إلى قانوننا المدني الجديد ، وإلى ماأشرنا اليه في مصادره ، تبينا أن عدداً من المبادىء والاحكام التي تبناها وأخذ بها ، كانت من تأثير الفقه والقضاء المصريين ، وربما الفقه الأجنبي بوجه خاص.

ويبدو أكثر مايبدو تأثير الفقه على الحقوق في الاجتهاد القضائي وقرارات المحاكم .

ب - تأثير الفقه على الاجتهاد القضائي :

ولعل تأثير الفقه على الاجتهاد والقضاء أبرز وأظهر مايكون في الحلول التي تتبناها المحاكم في قراراتها ، حتى أن القانون المدني السويسري أوصى القضاء بالاستيحاء من المباديء التي أخذ بها الفقه ، وحتى لايكاد يخلو حكم من أحكام القضاء السويسري من تلميح لاقوال فقيه أو رأي مؤلف ! بل ربما أدى انتقاد الفقهاء والمؤلفين لبعض اجتهادات المحاكم إلى تبديل في هذه الأجتهادات. ومما لاشك فيه أن الصلة والتعاون بين الفقه والقضاء في تفسير القانون وتطبيقه ، وثيقان شديدان ، ومع ذلك فليس الفقه ملزماً للقضاء ولا القضاء ملزماً للفقه . فالسبيل

مفتوح أمامها للتعاون وللرقابة ، فالقاضي يتعاون مع الفقيه ويراقبه ، وتظهر هذه الرقابة بالتعليقات والانتقادات التي يوجهها كل منهما للآخر ، بل قد يكون الانتقاد نفسه في الفقه سبباً لتأكيد الاجتهاد ، أو سبباً في تبديله . وفي كل الاحوال ، فان التعاون بين الفقه والقضاء كان ومازال من أهم وأفضل الوسائل لتقدم الحقوق وازدهارها ، بحيث تخف عيوب كل منهما بمزايا الثاني .

وصفوة القول ، فان الفقه والقضاء أصبحا اليوم في مصر ولبنان وسورية ، كما هي الحال في فرانسة ، مصدرين علميين ، ولكنهما تفسيريان ، وليسا رسميين أصليين . ويقول السنهوري وأبو ستيت ، « ان الفقه المصري ليس له طابع شخصي ويكاد يكون تقليداً محضاً للفقه الفرنسي ، على وفرة المؤلفات الفقهية والرسائل والمجلات في القانون المصري ، في جميع فروعه ، من أهلي ومختلط ، وعلى اختلاف المؤلفين من مصريين وأجانب »[1] وهذه الصفة التقليدية تنطبق تماماً في لبنان.

ومع ذلك فان الفقه المصري أخذ منذ زمن يعمل على التحلل من قيود الفقه الأجنبي ليكسب طابعه الخاص ، ولكنه مايزال مع ذلك في أول مرحلة من مراحله وعهوده . وقد صدر في مصر ، ولاسيما في العشرين سنة الأخيرة ، عدد من المؤلفات والمجلات الفقهية يزداد يوماً بعد يوم ؛ وصار للفقهاء المصريين آراء حقوقية قيمة تلعب دورها الهام في القضاء المصري[2].

أما في سورية فان مكانة الفقه محدودة ، وقد كان في الماضي وحتى سنين خلت ، يرجع بعد كتب الفقه الاسلامي إلى أقوال الشراح العثمانيين وتعليقاتهم على أحكام المجلة ، وفي طليعتهم العلامة علي حيدر ؛ ثم إلى شرح المجلة لسليم رستم باز اللبناني ، وإلى شرحي الاستاذين المرحومين سعيد مراد الغزي وسعيد المحاسني

---

(١) المرجع السابق ص ١٣١.

(٢) راجع الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الاول نظرية العقد ، المقدمة ؛ راجع كذلك اصول القانون ، المرجع السابق ، ص١٣٢ .

في الحقوق المدنية ، تعليقاً على أحكام المجلة ، وتمشياً مع شرح علي حيدر ، وأخذاً من كتب الفقه الاسلامي المفتى بها .

ومنذ أن صدرت المجموعات التشريعية والقوانين الحديثة ولا سيما في العشرين سنة الاخيرة ، وعلى الاخص بعد صدور القانون المدني ، زالت آثار الفقه العثماني وشراح المجلة ، وبدأت نهضة فقهية جديدة — قليلة ومحدودة جداً مع الاسف — تأخذ طريقها الى الظهور وربما بفضل الكتب الجامعية ومؤلفات الاساتذة ، ولكنها في كل الاحوال آخذة عن الفقه الغربي ، والفرنسي خاصة ، ومتبعة طريق الفقه المصري الذي سبقها في هذا الاتجاه .

وننتظر اليوم أن تقوم نهضة الفقـــه إلى جانب نهضة القضاء ، وأن يتعاون الاساتذة والقضاة في تقـــدم الحقوق وازدهارها ، وأن تكون وسائل النشر الجديدة والمؤتمرات ، والتبادل الثقافي ، ولاسيما وجود تشريعات واحدة أو متشابهة الى حـد كبير ، في كثير من البـلاد العربيـــة ، سبباً في تحقيق مانصبوا اليه ونرجوه لتقدم الفقه ومن ورائه الحقوق في بلادنا .

* * *

القسم الثاني

نظرية الحق وأركانه

تمهيد

استعرضنا في القسم الاول من هذه الدروس ، تحت عنوان مدخل الحقوق معلومات عامة عن الحقوق بوجه عام ، وأسسها ومصادرها .

ولقد فرقنا في فاتحة بحوثنا ، تحت عنوان معاني الحقوق[1] ، بين نوعي الحقوق البارزين ، الحقوق بالمعنى الموضعي Droit objectif والحقوق بالمعنى الشخصي أو الذاتي droit subjectif التي يتمتع بها فرد معين او أشخاص او هيئات معينة ، وقلنا ان بحثنا في القواعد الحقوقية بوجه عام ، من حيث الاسس والمصادر ، انما هو بحث موضوعي عـــام فيما هو واجب التطبيق على الحقوق الشخصية والاحوال الخاصة .

واذا اردنا ان نستعرض الآن استعمال الحق وتطبيق القانون ، فاننا انما نتناول بالبحث الحق بالمعني الشخصي ، وآثاره بالنسبة لصاحبه وبالنسبة للناس . او بتعبير آخر اننا نبحث في نظرية الحق الذي يتمثل بتلك السلطة (اي الحق بالمعنى الشخصي) ومداها ، لأن كل قاعدة من الحقوق الموضوعية تنتهي من الناحية الواقعية ، كما ذكرنا من قبل [1] ، بحق شخصي او بالمعنى الشخصي اي بسلطة لشخص او طرف في موضوع او عمل ما تنشأ عنهـــا علاقات وروابط بين هذا الشخص او الطرف وبين الآخرين[2] .

---

(١) راجع ما سبق .

٢) راجع دولا كرسيه ولابوردلاكو ست Berthe de la Gressaye etLa borde Lacoste المرجع السابق ص ٣٢٧ ؛ راجع كذلك محمد علي عرفة ، مبادىء العلوم القانونية ص ٢٩ .

§ ١ — تقسيمات الحق

ولا بد لنا قبل أن نحلل العناصر والأركان التي يقوم عليها هذا الحق المتمثل بسلطة شخص أو بما يتمتع به من مكنات في موضوع ما ، أن نستعرض المظاهر والأشكال المختلفة التي يظهر فيها ، أو بتعبير آخر أن نرى ماهي الأنواع والاصناف التي يمكن أن نصنفه اليها ، أو نقسمه بينها .

هنا ايضاً ، كما رأينا في تقسيم الحقوق الموضوعية بوجه عام ، يمكن أن نميز بين أنواع للحق بالمعنى الشخصي من زوايا واعتبارات مختلفة ، وربما ذهب المؤلفون في ذلك مذاهب (١) .

وحسبنا هنا أن نشير الى أهم التقسيمات التي نصادفها في دراساتنا المقبلة ، والتي تؤثر مباشرة على هذه الدراسة ، بحيث تختلف النتائج والاحكام باختلاف هـــذه الانواع ويؤدي التميز بينها الى التفريق في الآثار العملية لهذه الاحكام .

١ — الحقوق السياسية والحقوق غير السياسية أو المدنية

droits politiques et droits civils

أول هذه التقسيمات من حيث وضع الانسان في المجتمع والحقوق التي يكتسبها وتقرها له الحقوق الموضوعيـة ، هو التميز بين الحقوق السياسية للانسان droits politiques والحقوق غير السياسية أو المدنية (كما يسمونها) droits civils .

فالحقوق السياسية التي يتمتع بهـا الانسان أو المواطن في البلاد ، هي تلك السلطات المعترف بها في الحقوق العامة ، ولاسيما الدستورية التي ضمنتها للمواطنين كي يساهموا ويشتركوا في حكم بلادهم وإدارتها . وأبرز هذه الحقوق السياسية للأفراد — كحق شخصي أو ذاتي — حق الانتخاب والتصويت ، ثم حـــق الترشيح والتمثيل ،

(١) راجع دولا كرسيه ولابوردلا كوست ، المرجع السابق ص ٣٣٠ وما بعدهـا ؛ السنهوري وابو سبيت ، اصول القانون المرجـــع السابق ص ٢١٣ ؛ الدكتور مرقس المرجع السابق ص ٣١٢ وما بعدها ؛ الدكتور عبد المنعم الصده ، نظرية الحق ص ١٦ وما بعدها .

ثم حق تولي الوظائف العامة في الدولة . وربما أضاف بعضهم حق الدفاع عن الوطن (١) أو ربما صح أن ندخل بشكل عام تحت مفهوم الحقوق السياسية بالمعنى الشخصي أو الذاتي للانسان ، جميع الحقوق التي يمكن أن تكون للشخص باعتباره عضواً في دولة سياسية (٢) .

على أن هذا النوع من الحقوق السياسية للفرد ، له طابع خاص يميزه عن النوع الثاني من الحقوق غير السياسية ، وهو أنه ربما امتزج فيه الحق بالواجب ، وجاز أن نعتبر ما نسميه حقاً سياسياً للفرد قبل الدولة ، تكليفاً واجباً ، يغلب فيه معنى الواجب على معنى الحق .

ولعل هذا الطابع الخاص الذي تتميز به الحقوق السياسية للفرد، يجعل الغرض منها تمكين أصحابها من المساهمة في شؤون الحكم في البلاد بحيث لا تثبت إلا للوطنيين من المواطنين دون الاجانب. وإذا جاز في بعض الحالات أن يتمتع بعض الأجانب بجزء من هذه الحقوق ، كحق ممارسة الوظائف العامة ، فليس ذلك إلا استثناء من الأصل، وفي حالات خاصة وبصفة موقتة . لأن الحقوق السياسية لا تثبت لكل شخص من المواطنين ، وإنما لفئة محدودة منهم تتوافر فيهم شروط معينة يقررها الدستور أو القانون .

وأما الحقوق غير السياسية أو المدنية ، فانها تشمل في رأي البعض ، جميع الحقوق الأخرى التي لا تدخل في الحقوق السياسية (٣) ، أو هي الحقوق المقررة لحماية الشخص في حريته ومزاولة نشاطه ، والتمتع بجميع نتائج وجوده بالنسبة لشخصيته أو لأسرته أو المجتمع الذي يعيش فيه ، خلاف الحقوق السياسية السابقة الذكر .

وبذلك تختلف هذه الحقوق عن الحقوق السياسية أنها تثبت في الأصل لكل

---

(١) اي الانخراط في الجيش ، راجع الدكتور مرقس ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥ .

(٢) الدكتور عبد المنعم الصده ، المرجع السابق ص ١٦ .

(٣) الدكتور مرقس ، المرجع السابق ص ٣٢٣ .

المواطنين أو الأشخاص ، لأنها تعتبر ضرورية لوجودهم [1] بل نتيجة لهذا الوجود . ولأن الغرض منها أن لا يستطيع الانسان التمتع بوجوده ، والاستفادة من حريته ونشاطه [2] .

وإذا أمكن أن يعيش الانسان ، دون أن يعطى صوته في الانتخاب ، أو أن يكون عضواً في البرلمان ، أو أن يتولى وظيفة عامة ، غير أنه لا يمكن أن يعيش إذا فقد حريته ، أو لم يكن في استطاعته أن يبيع ويشتري .

ونحن في دراستنا المقبلة إنما نعنى بهذا النوع الثاني من الحقوق بمعناها الشخصي أي الحقوق المدنية أو غير السياسية .

ويتفرع عن هذه الحقوق المدنية نفسها فروع وأقسام أولها التفريق بين الحقوق العامة والخاصة فيها . وثانيها التفريق في الحقوق الخاصة بين الحقوق العائلية أو المعنوية وبين الحقوق المالية أو المادية . وفي هذه الحقوق الأخيرة نفرق بين الحق العيني والحق الشخصي أو حق الدين .

٢ - الحقوق العامة والحقوق الخاصة

droits publics et droits privés

الحقوق العامة droits Publics في زمرة الحقوق غير السياسية - وهي جمع لمفرد حق بالمعنى الشخصى أو الذاتي، وهو غير الحقوق العامة بالمعنى الموضوعي التي يطلق عليها المصريون القانون العام — هي الحقوق الأساسية للانسان التي

---

(١) الدكتور عبد المنعم الصده ، المرجع السابق ص ١٧ .

(٢) إن ما جاء ببعض النصوص القانونية - كنص المادة ٦٣ من قانون العقوبات - من تجريد المحكوم عليه من الحقوق المدنية ، إنما يقصد به الحقوق السياسية التي فصلناها قبلا . وربما كان ذكر تعبير « الحقوق المدنية » أو التجريد المدني هنا ليس الا من آثار الماضي ومن نتائج التجريد الكامل من جميع الحقوق في الشرائع القديمة مما لم يعد له أثر . ولعله يحسن أن يقال اليوم التجريد من الحقوق السياسية او العامة .

تكفل للشخص حماية حريته في مظاهرها المختلفة ، كحق الحياة ، أو الحقوق المتعلقة بالحريات والمساواة ، إلى غير ذلك من الحقوق الاساسية للانسان التي طالما نصت عليها بيانات حقوق الإنسان ودساتير الدول ، واتسعت مع تطور المدنية وتقدمها اتساعاً عظيماً ، وازداد عددها كثيراً .

وإذا كانت هذه الحقوق العامة للافراد تدخل في ابحاث قسم الحقوق بالمعنى الموضوعي ، أو القانون العام كما يسميه المصريون Droit public وفروعها المختلفة أي الحقوق الدستورية والادارية والجزائية وغيرها ، وتبدو بذلك أجنبية عن الحقوق الخاصة أو القانون الخاص Droit privé ، الا ان ما تمتاز به هذه الحقوق الخاصة من أنها تؤلف رخصاً أو مكنات يعترف القانون بها لجميع الناس على السواء ، وتعتبر لازمة لكل انسان ، تثبت له بمجرد وجوده ولا يعيش بدونها ، فهي من مقومات شخصيته ، حتى سميت بحقوق الشخصية les droits de la personnalité أو بالحقوق الطبيعية للانسان droits naturels ، قلنا أن ذلك هو الذي جعلها تعتبر من الحقوق المدنية غير السياسية للانسان وقد سميناها الحقوق العامة فيها .

أما الحقوق الخاصة droits privés في هذه الحقوق المدنية ، فهي تلك الحقوق التي تقررها القوانين الخاصة من مدنية وتجارية وأحوال شخصية والخ ... يكسبها الشخص بفعله أو فعل غيره ، أو بمجرد نص القانون ، كحق الملكية ، وحقوق الدين الناشئة عن العقود ، وحق الزوج أو الوالد في الاسرة تجاه الزوجة أو الاولاد وحق الارث الخ ..

وتختلف الحقوق الخاصة هذه عن الحقوق العامة السابقة في زمرة الحقوق المدنية أو غير السياسية للانسان ، أن الحقوق العامة المذكورة مرتبطة بشخص الانسان ، لازمة له باعتراف القانون دون تفريق واستثناء ، ودون ارادة أو عمل ، في حين أن الحقوق الخاصة ليست ملازمة لشخصه وموجودة حتما لكل انسان ، بل أن القانون يسمح للانسان باكتسابها والتمتع فيها ، وقد يكسبها البعض ولا يكسبها غيره ، فليس فرضاً لازماً أن يكون لكل انسان حق ملكية ، أو أن

يكون زوجا أو أباً فتكون له حقوق على زوجـــه وأولاده ، أو يجري عقوداً يكون بنتيجتها دائناً أو مديناً ، بل ان القانون يجيز للانسان أن يتمتع بهذه الحقوق وينظم كيفية ذلك ، وهو لايعتبر ولا يوجب أن يقوم كل واحد من الناس بجميع هذه الحقوق ، على خلاف الحقوق العامة التي توجد مع الشخصية وتبقى معهـا .

وهذه الحقوق الخاصة التي تنظمها القوانين المدنية والتجارية وغيرها مما يدرس في فرع الحقوق الخاصة Droit privé تقسم بدورها الى الاقسام الآتية :

٣ - حقوق الاسرة والحقوق المالية

droits de famille et droits patrimoniaux

حقوق الاسرة تعتبر اليوم من الحقوق الخاصة غير السياسية التي تتصل بحياة الانسان العائلية ، وينظمها قانون الأحوال الشخصية أو القانون المـــدني ؛ وهي حقوق أوسلطات وواجبات يعترف بها القانون لكل فرد أوعلى الفرد بسبب صلته بعائلة أو اسرة ، سواء بالنسب أو بالزواج أو بالمصاهرة .

وتمتاز هذه الحقوق أولاً أنها تعتبر في مصلحة صاحبها ومصلحـة غـيره ، ومصلحة الاسرة كلها ، فتؤلف حقوقاً وواجبات بالنسبة لمن يتمتعون بها ، فسلطة الزوج على زوجه ، والأب على الأولاد ، والولي بالنسبة للصغير الخ .. كلهـا من حقوق الأسرة ، وهي لا تقتصر على منح أصحابها - لمنفعتهم - سلطة على غيرهم ، بل تفرض عليهم بالوقت ذاته واجب استعمال هذه السلطة في مصلحة أولئك الغـير ، بحيث تبدو هذه الحقوق مزيجاً مركباً من الحق والواجب معاً ، سواء من ناحيتها الايجابية أو السلبية . فسلطة الأب قبـــل أولاده مثلاً لم تتقرر له لتمكينه من استغلال أولاده في مصلحته الشخصية ، بل لاستعمالها في مصلحة الأولاد أنفسهم . فهي لذلك تفرض عليه واجب تربيتهم تربية حسنة ، والامتناع عن توجيههم توجيهاً

يسيء إلى هذه التربية [1] .

وتمتاز هذه الحقوق ثانياً أنها غير مالية في الأصل بل أدبية معنوية ، فهي في ذاتها لا تدخل في ذمة الشخص المالية ، وليس لمحلها قيمة نقدية في ذاته . وينجم عن ذلك أنها تكون خارجة عن الاتجار ولا تقبل التنازل أو التعامل ، كما يمكن ذلك في الحقوق المالية ، وربما أمكن اعتبارها جميعها من النظام العام .

ومع ذلك فقد يمكن في بعض الأحوال أن ينتج عن حق معنوي غير مالي ولو كان من حقوق الاسرة ، نتائج وحقوق مالية ، كحق النفقة وحق الارث اللذين يترتبان على ارتباطات الأسرة وحقوقها [2] . بل قد تنقلب في بعض الأحيان الحقوق المعنوية إلى تعويض نقدي ، حين لا يمكن إصلاحها بغير ذلك ، كطلاق التعسف مثلاً .

وأما الحقوق المالية ، وربما أطلق البعض عليها الحقوق النقدية droits pécuniers ، على اعتبار أن محل الحق فيها يمكن تقويمه بالنقود [3] ، فهي التي تؤلف كل ما يدخل في ثروة الشخص المادية من حقوق ومنافع ، أو هي الجزء المادي أو المالي (الموجب أو الايجابي) من كيان الانسان الحقوقي Statut réel مقابلة للجزء المعنوي أو العائلي Statut personnel الذي أطلقنا عليه اسم حقوق الاسرة droits de famille .

وتمتاز هذه الحقوق التي تؤلف موضوعات القانون المدني السوري والمصري — فيما خلا بعض النصوص المتعلقة بالحالات المدنية أو الأهلية — بأنها قائمة على الناحية المالية والاقتصادية التي هي أساسها . وانها لذلك ، خلافاً لجميع أنواع الحقوق السابقة ، تقبل التنازل والتعامل والاتجار ، وتنتقل بالارث والوصية ... ما خلا بعض القيود والاستثناءات . ونستطيع القول في ذلك إن كل ما يدخل

---

(١) الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٣٢٥

(٢) الدكتور عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ص ٢١ .

(٣) الدكتور الصدة ، المرجع السابق ص ٢٤ .

في الذمة المالية للشخص هو من الحقوق المالية .

وقد اعتاد المؤلفون منذ أقدم العصور التمييز في الحقوق المالية هذه ، بين الحق العيني و بين حق الدين أو الحق الشخصي ، وربما أضاف بعضهم لذلك نوعاً ثالثاً هو الحق الأدبي والمعنوي ذو القيمة الخاصة .

٤ - الحق العيني والحق الشخصي والحق الادبي او المعنوي

Droit réel , droit personnel , droit intellectuel

ان التفريق بين الحق العيني droit réel والحق الشخصي أو حق الدين droit personnel ou de créance ، تفريق تقليدي ، ولايزال حتى اليوم يعتبر من أهم المسائل الرئيسية في القانون المدني ، رغم محاولة بعض الفقهاء إزالة الفوارق بينهما وهدم هذا التقسيم [١].

أ - الحق العيني :

فالحق العيني سلطة مباشرة (أو معينة ، كما يرى البعض) يعترف بها القانون لشخص على شيء معين (ويحدد البعض هذا الشيء بأنه مادي) بحيث يستطيع هذا الشخص بمقتضى هذه السلطة ان يمارسها مباشرة على الشيء موضوعها دون وساطة شخص آخر ، كحق الملكية على منقول أو عقار ، أو حق الانتفاع الذي يتمتع به شخص على عقار ، أو حق الرهن الحيازي على منقول الخ...

لاشك أن مدى السلطة التي يتمتع بها صاحب الحق العيني على شيء ، ليس واحداً بالنسبة لجميع انواع الحقوق العينية، فقد تكون هذه السلطة واسعة تشمل كل المكنات ، كحق الملكية الذي يخول صاحبه استعمال العين أو المال ، ثم استثماره والانتفاع به ، ثم أخيراً التصرف فيه واستهلاكه ، أو قد تكون ضيقة لاتشمل إلا بعض هذه المكنات ، كحق الانتفاع الذي يخول صاحبه الاستعمال

---

(١) راجع عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في الالتزامات ١٩٥٢، ص١٠٣ ومابعدها .

والاستثمار ، دون التصرف بالعين وإستهلاكها ، أو كحق الارتفاق الذي يقتصر مضمونه على الاستعمال الشخصي ، دون إمكان الاستثمار والتصرف بالاستهلاك المادي أو الحكمي كالبيع والهبة وهكذا ...

« ويلاحظ أن كون الحق العيني سلطة مباشرة على الشيء ، يستلزم حتماً ان يكون هذا الشيء معيناً بالذات ، وان لم يكن كذلك كان الحق حقاً شخصياً »(١)

والحق العيني يمكن أن يكون أصلياً droit réel principal كحق الملكية وحق الانتفاع ، وحق الارتفاق ، حيث تكون سلطة صاحبه منصبة مباشرة على الشيء ، مستقلة ، لاترتبط بشيء ولاتتبع حقاً آخر . ويمكن أن يكون تبعياً accessoire ، كحق التأمين العقاري، أو حق الرهن الحيازي ،حيث تكون لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء دون وساطة ، ولكن هذه السلطة نتيجة حق آخر ، أو تابعة لحق آخر . فحق التأمين العقاري ،أو حق الرهن الحيازي المذكوران ، حقان عينيان تبعيان لأن السلطة التي يتمتع بها صاحبها ، وهي سلطة امتياز وتأمين عيني على الشيء موضوعها ، تعتبر نتيجة لحق آخر هو حق استيفاء دين معين ، وضع التأمين أو الرهن العيني لضمان سداده من هذا الشيء، مقدماً على الدائنين الآخرين ، فهو بذلك حق عيني تبعي ، يتبع الدين الذي وجد لضمانه (٢).

ب - الحق الشخصي أو حق الدين :

أما الحق الشخصي أو حق الدين droit de créance فهو السلطة الناجمة عن العلاقة القانونية المقررة لشخص قبل آخر (٣) ، تخول الأول - وهو الدائن -

---

(١) الدكتور عبد المنعم الصده ، المرجع السابق ص ١٤.

(٢) راجع ما سبق بحث موضوعات الحقوق المدنية .

(٣) راجع دولا كرسيه ولابوردلاكوست ، المرجع السابق نبذة ٣٦٤ ، الدكتور مرقس المرجع السابق ص ٣٢٧.

أن يجبر الثاني — وهو المدين — على أن يعطيه شيئاً ، أو أن يقوم له بعمل ، أو أن يمتنع عن عمل ، كحقوق المشتري تجاه البائع ، وحقوق المحامي تجاه الموكل ، وحقوق المؤجر تجاة المستأجر الخ ...

وقد ذهب بعض المؤلفين إلى وجوب تعريف الحق الشخصي أو حق الدين هذا — تمييزاً له عن الحق العيني الذي هو سلطة مباشرة — بأنه — أي الحق الشخصي — رابطة أو علاقة قانونية بين شخصين دائن ومدين ، تخول الدائن مطالبة المدين بعمل أو بالامتناع عن عمل (١) :

« ذلك لأن السلطة تعتبر جوهر الحق ، تتحلل في الحق الشخصي إلى علاقة بين صاحب الحق ومن عليه الحق (٢) ».

وإذا كان الحق الشخصي يكسب سلطة للدائن على المدين ، فان هذه السلطة هي في الواقع وليدة الرابطة أو العلاقة التي ألزمت المدين بما يعتبر حقاً للدائن ، ولعل ذلك هو الأصل الذي يفرق بين الحق العيني والحق الشخصي أو حق الدين.

ويمكن القول ان كل الحقوق الشخصية او حقوق الدين تتمثل بالتزامات بين طرفين ، حتى أطلقت بعض القوانين على «الالتزامات» نفسها ، الحقوق الشخصية droits personnels (٣).

---

(١) راجع السنهوري ، الوسيط في الالتزامات ، السابق ص ١٠٣ .

(٢) الدكتور الصده المرجع السابق

(٣) ويري الدكتور مرقس خلاف هذا الرأي ويقول ، « ان الحق والالتزام ليسا شيئاً واحداً ، بل هما شيئان يقابل كل منهما الآخر ، اذ الحق هو السلطة المقررة لشخص ، اما الالتزام فهو ما يقابل هذه السلطة من واجب يقع على عاتق شخص او اشخاص آخرين . »

ولعل السبب في وقوع هذا المزج بين العبارتين يرجع الى ان الحق الشخصي يخول شخصاً سلطة قبل شخص آخر ، شأنه في ذلك شأن سائر الحقوق النسبية ، فيوجد بين الشخصين رابطة ، يكون احد طرفيها الدائن صاحب الحق ، والطرف الآخر المدين اي الملتزم . فلما أراد الشراح تسمية هذه الرابطة نظروا اليها من ناحية الدائن ، صاحب الحق الشخصي ، فسموها حقاً شخصياً ثم نظروا اليها من ناحية المدين ، الملتزم ، فسموها التزاما ، ودرجوا على تعريف كل من الحق الشخصي والالتزام بانه رابطة بين شخصين ... » (المرجع الساتق ٣٢٧).

ومهما يكن الأمر فان محل الحق الشخصي هو دوماً التزام بعمل أو بعدم العمل ، أي الامتناع عن العمل ، أو بتعبير آخر هو عمل إيجابي أو سلبي . والالتزام بالعمل يكفي ، ولا حاجة لذكر اعطاء شيء أو تسليم شيء ، لأن القيام بعمل يشمل في رأي البعض ، التزام اعطاء شيء أو تسليم شيء . وربما انتهى الحق الشخصي إلى حق عيني حين يكون موضوعه تسليم شيء ، وعندما يتم هذا التسليم يصبح للدائن الذي استلمه ودخل الشيء في ملكه حق عيني عليه ، وأما قبل ذلك فان العلاقة بين الدائن والمدين تبقى حقاً شخصياً أو التزاماً .

على أن تعبير الحق الشخصي قد يرد في بعض الأحيان بمعان أخرى. كبعض الحقوق التي تسمى شخصية لأنها لا تقبل التوريث ، أو الانتقال بطريق الأرث أو الوصية ، بل تنتهي حتماً بوفاة صاحبها ، (كحق الانتفاع أو الاستعمال) ، أو لأنها تتصل بشخص صاحبها وتلتصق به فلا يستطيع غيره من أصحاب الحقوق المالية أو الدائنين التمسك بها أو الاستفادة منها (كحق التعويض عن جرم شخصي ، مثل الزنى أو القذف).

ج - المقابلة بين الحق العيني والحق الشخصي

وأمام هذا الاختلاف بين الحقين ، فان تحديد كل من الحق العيني والحق الشخصي كما أوضحنا ، قد دفع الفقهاء منذ القديم إلى التمسك بالتفريق بينهما ، سواء من حيث الاطراف أو من حيث الموضوع أو من حيث الآثار .

ويكاد يكون أكثر الفقهاء والمؤلفين حتى اليوم متفقين على أن الحق العيني يختلف عن الحق الشخصي اختلافاً لا يمكن معه إزالة التفريق بينهما رغم محاولة بعض الفقهاء أو المذاهب هدم هذا التفريق .

أما من حيث الاطراف أو العناصر التي يقوم عليها كل من الحقين فان تحليل كل منهما يوضح أن الحق العيني سلطة مباشرة لشخص على شيء معين بالذات ، يزاوله صاحبه دون وساطة شخص آخر ، فهو يقوم بذلك على عنصرين اثنين هما صاحب

الحق (وهو وحده طرف الحق)والشيء موضوع الحق أو محله. بينما الحق الشخصي علاقة بين شخصين ، أو سلطة ولكنها غير مباشرة لأنها نتيجة علاقة بين شخصين تخول أحدهما أن يطالب الآخر بالتزام معين،من عمل أو امتناع عن عمل ،فهو بذلك يتحلل إلى ثلاثة عناصر : دائن ومدين (طرفين) ومحل .

إن هذا التفريق الأول بين الحقين من حيث العناصر والاطراف تقليدي قديم ، وربما رجع إلى الحقوق الرومانية ، ولكن بعض الفقهاء ينتقدون ذلك ليؤكدوا أن هذا الفرق غير موجود ، ويقولون إذا نحن تعمقنا في تحليل هذه العناصر لوجدنا أن في الحق العيني ، كما في الحق الشخصي ، ثلاثة عناصر ، وإن فيهما كلاهما طرفين ومحلا . هذان الطرفان يتحللان في الحق العيني بصاحب الحق طرفاً موجباً، وبالناس جميعاً الذين يمتنع عليهم الاعتداء على هذا الحق ، طرفاً سالباً ، فهم جميعاً ملزمون باحترام الحق العيني لصاحبه ، ومن واجبهم عدم التعرض له أو عرقلة حيازته أو منع استيفائه ، وان هذه الرابطة السلبية بين الناس كافة وصاحب الحق، تتضح حينما يعتدي أحد على الحق العيني ، فحينئذ يبدو كأنما أخل بالتزام كان واقعاً عليه فوجب عليه إصلاحه . ومن أقوى المدافعين عن هذا الرأي الاستاذ بلانيول (١) .

ولكن هذا الرأي قد انتقده كثير من المؤلفين على اعتبار أن الواجب السلبي العام حيال الحق العيني لا يؤلف التزاماً شبيهاً بالالتزام أو الواجب الذي يقتضيه الحق الشخصي بالنسبة للمدين فيه . حتى في حال الالتزام أو الحق الشخصي القائم على الامتناع عن العمل ، فان بين هذا الامتناع النسبي فيما يتعلق بالمدين — أي

---

(١) راجع بلانيول وريبر ، المطول الابتدائي للحقوق المدنية ، نبذة ٢١٥٩ و٢١٦٠؛ راجع كذلك بلانيول وريبر وبولانجه ، المطول النظري والعملي للحقوق المدنية ج ١ ، نبذة ٢٦٠٢ — ٢٦٠٤ ؛ عبد المنعم الصده المرجع السابق ص ١٨ وما بعدها ؛ الدكتور مرقس المرجع السابق ص ٣٢٩ و ٣٣٠ .

المتعهد بالامتناع - وبين امتناع الناس جميعاً عن التعدي على الحق العيني العائد للآخرين وعدم مسه ، اختلافاً أكيداً . لأن الامتناع في الحق الشخصي هو في ذاته محل الحق من جهة ، وهو من جهة أخرى يوجب امتناعاً عاماً آخر هو الذي يؤلف ذلك الواجب السلبي العام بالنسبة لجميع الناس ، بحيث يكون في كل حق شخصي إلى جانب الطرف المدين الذي يقع على عاتقه تنفيذ الالتزام ، طرف ثالث هو ذلك الطرف السلبي العام ، الذين هم جميع الناس الملزمين بعدم الاعتداء على الحقوق الشخصية ، أو التدخل فيها ، مثل التزامهم بعدم الاعتداء أو التدخل في الحقوق العينية ، وبذلك يبقى الفرق قائماً بين الحق العيني والحق الشخصي من حيث الأطراف أو العناصر ، حتى ولو اعتبرنا الواجب السلبي العام عنصراً أو طرفاً سلبياً في الحق العيني . على أن أكثرية الفقهاء لا ترى امكان هذا الاعتبار بالنسبة للواجب العام، الذي لا يمكن أن يدخل في رأيها بين العناصر والاطراف،(١) ولا سيما أن يقابَل مع الطرف المدين في الحق الشخصي .

٢ — وأما من حيث الموضوع والمحل ، فان الحق العيني ينصب على شيء معين ، على عين بالذات ، وفي رأي البعض شيء مادي أو عين مادية ، يكون لصاحبه على الشيء سلطة مباشرة ، في حين أن الحق الشخصي إنما يكون محله تعهداً أو التزاماً من طرف المدين (القيام بعمل أو الامتناع عن عمل) وربما كان من جملة العمل الواجب القيام به ، تسليم أو اعطاء شيء معين بالذات ، أو ربما انتهى الالتزام إلى تمليك الدائن عيناً أو مبلغاً من النقود ، فينقلب الحق الشخصي بذلك ومنذ التسليم إلى حق عيني ، ولكن الحق الشخصي في كل الاحوال يبقى قاصراً على عمل يتعلق بذمة المدين ، ولا تصبح للدائن سلطة مباشرة على الشيء الذي يكون محل الالتزام إلا بعد تنفيذ هذا الالتزام من الدائن ، ولذلك قال بعضهم أن حق الدين أو الحق الشخصي رابطة أو علاقة لا سلطة، واذا صح

---

(١) راجع تفصيل هذه المناقشة في الدكتور عبد المنعم الصده ، المرجع السابق ص ٣٠ — ٣١ .

أن تعتبر سلطة فهي غير مباشرة ، لا يمكن لصاحبها أن يمارسها إلا بواسطة المدين وعن طريقه . وفي كل الاحوال فانه يجوز في الحق الشخصي أن يكون غير معين بذاته ، حينما يكون معيناً بمقداره ونوعه (١) ، أو حين يكون مجرد عمـــل شخصي ، أو إمتناع عن عمل .

ولكن بعض الفقهاء،ولا سيما فقهاء الالمان أو من جرى مجراهم من الفرنسيين أمثال سالى Saleilles ، يذهبون إلى أن الحق الشخصي والحق العيني في هذا سواء ،فكلاهما يؤلف قيمة مالية ، وإذا كان محل الحق العيني مالاً ظاهراً ، وفي أغلب الاحيان شيئاً مادياً ، فان المهم فيه قيمته المالية .وفي هذا لا يختلف عن الحق الشخصي الذي ينتهي حتما إلى حق مالي يدخل في الصحيفة الايجابية للذمة الماليـة لصاحبه ، بنفس الوضع والدرجة التي للحق العيني . وقد أطلقوا على هـذه النظرية اسم المذهب المادي ، لأنها تقوم على اعتبار النتيجة المادية للحقين بصرف النظر عن الاشخاص أوالاطراف فيها ،وعن شكل المحل وكيانه في كل منهما .

ولهذا المذهب آثار هامة جداً في الالتزامات والحقوق الشخصية لا مجـال لذكرها هنا (٢) .

ولكن هذه النظرية التي تريد أن تنظر إلى آثار الحقين من الناحية الماليـة ولا تعتبر أن هناك ما يوجب النظر إلى أطراف الحق أو إلى شكل المحل وكيانه ، لتهدم بذلك التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي ،محل نظر . وقد انتقدت على أنها ، رغم ما فيها من أفكار واقعية ، وحقيقية أكيدة ، تبالغ في تجاهل أطراف الحق مبالغة لا تتفق مع الحقيقة والواقع . فشخص المدين في الحق الشخصي يبقى عنصراً هاماً لا يمكن إهماله في الحساب ، وربما كان أساسياً أو أصلياً في هـذا

---

(١) راجـع الدكتور مرقس ، المرجع السابق نبذة ٢٠٩ ص ٣٢٩ .

(٢) راجع دوموج Demogue ، الالتزامات ج ١ ص ٢٧ ؛ الدكتور السنهوري ، الوسيط في الالتزامات ص ١٠٨ ـ ١١٠ ؛ الدكتور الصده ، المرجـع السابق ص ٣٢ .

الحق عندما يكون منصباً على عمل شخصي فني يختلف باختلاف الناس ، كعمل الطبيب ، والمحامي ، والفنان ، والمهندس الخ ... لأنه بقدر ماهو طرف للحق، هو في الوقت ذاته عنصر من عناصر المحل الأساسية التي لا يصح أن تترجم بالمال .

٣ — وأما من حيث الوصف أو الآثار أو نتائج كل من الحقين ، فاننا نستطيع أن نميز بين الحق العيني والحق الشخصي بهذا الاعتبار من ناحيتين :

الناحية الاولى من حيث كون الحق العيني مطلقاً ، يدخل في عداد الحقوق المطلقة droits absolus التي يحتج بها على الناس جميعاً دون تكليفهم بواجب خاص ، أي أنها لا تنتج بالنسبة لأي فرد من أفراد الناس التزاماً خاصاً أو عبئاً معيناً ،وإنما ينجم عنها واجب عام هو إحترامها وعدم التعدي عليها ، في حين أن الحق الشخصي من الحقوق النسبية droits relatifs ، يعني أنه ينجم عنه التزام خاص قبل شخص معين الذي هو المدين به ، ويؤلف عبئاً على عاتقه وحده ، إلى جانب الواجب السلبي العام بالنسبة الآخرين .

والناحية الثانية ، وهي أكثر أهمية وأثراً عملياً ، من حيث أن الحق العيني يخول صاحبه حقوقاً فعلية نتيجة للسلطة المباشرة ، تتمثل بما يطلق عليه حق التتبع وحق الرجحان،لا يخولها الحق الشخصي لصاحبه .

أما حق التتبع droit de suite فهو نتيجة طبيعية للسلطة المباشرة التي يتمتع بها صاحب الحق العيني على الشيء محل الحق . ومن مقتضى ذلك أن لصاحب الحق العيني ، كالمالك بالنسبة للشيء المملوك مثلاً ، أن يلحق بهذا الشيء وان يتبعه في أي يد يوجد فيها ، أو لدى أي حائز يوجد عنده . في حين أن الحق الشخصي ، باعتباره رابطة أو علاقة بين دائن ومدين ، ولو كان موضوعها ينصب على شيء مادي ، فان صاحبه لا يملك سلطة مباشرة على الشيء وبالتالي ليس له حق التتبع الذي لصاحب الحق العيني على الشيء الذي تحت سلطته المباشرة .

وأما حق الأولوية أو حق الرجحان droit de préférence (ويسميه البعض كذلك مزية التقدم أو الأفضلية) فهو ان لصاحب الحق العيني على الشيء محل الحق أن يتقدم ويفضل على الدائنين الشخصيين ، أو أصحاب الحقوق الشخصية على هذا الشيء ، لأن سلطة هؤلاء غير مباشرة على الشيء ، خلافاً لصاحب الحق العيني . وحق الافضلية هذا إنما يظهر في الواقع في الحقوق العينية التبعية - كحق الرهن الحيازي - التي يمكن أن يتنازع فيها دائن مرتهن ، صاحب حق عيني تبعي هو الرهن ، مع دائن عادي ليس له سوى حق شخصي ، فيقدم صاحب الحق العيني (الدائن المرتهن) على صاحب الحق الشخصي (الدائن العادي) .

وربما أمكن إيجاد فروق أخرى بين هذين الحقين ، سواء فيما يعود للتصرف في الحق أو التنازل عنه ، حيث يكون هذا التصرف أو التنازل عن الحق العيني مباشراً أي يتم بين صاحب الحق العيني وبين المكتسب له ، دون وساطة أو موافقة شخص أو طرف آخر ، على خلاف الحق الشخصي الذي لا يمكن التصرف فيه تصرفاً صحيحاً الا بالواسطة (واسطة المدين) ، وسواء كذلك في اكتسابه أو سقوطه بالتقادم حيث لا يمكن اكتساب الحق الشخصي بالتقادم وإنما يسقط به ، خلافاً للحق العيني ، الذي يكتسب بالتقادم ولا يسقط في الأصل به ، وسواء أخيراً في صفة الديمومة أو التوقيت ، حيث ان الحق العيني الاصلي يعتبر في الاصل دائماً غير موقوت أو محدود بزمن خلاف الحق الشخصي حيث لابد أن ينتهي ويزول بتنفيذه في وقت معين أو يسقط بالتقادم .

على أننا نعتقد أن جميع هذه الفروق التقليدية التي لاتزال الحقوق الحديثة بأغلبيتها قابلة بها ، معتمدة عليها ، ربما بدأت تفقد شيئاً بل كثيراً من قيمتها ومكانتها مع تقدم الفكرة المادية والاشتراكية في الحقوق . ونعتقد أن هذه الفوارق آخذة بالضعف وربما بالزوال .

د - الحق الادبي او الحق المعنوي droit intellectuel

الحق الأدبي أو المعنوى هو حق صاحب فكرة أو إنتاج فكري أو فني أو علمي على إنتاجه . وهذا الحق يؤلف نوعاً خاصاً وجديداً في أنواع الحقوق الذاتية لما يتمتع به من طبيعة خاصة ، وأحكام وآثار لا يصح معها دمجه مع النوعين السابقين أو مع أحدهما ، وإذا كان قد يظهر انه في الأصل حق عيني ، لكنه يختلف عن الحق العيني لا من حيث أن محله شيء معنوي ، أو أمر أدبي لا مادي فحسب ، ولو أمكن إعطاؤه قيمة مالية، بل من حيث أن كيان هذا الحق وأحكامه وصفاته ومؤيداته تختلف عن الحقوق العينية المادية . كحق المخترع على اختراعه ، أو حق الأديب أو المؤلف على كتابه ، أو حق الفنان على مبتكراته ، أو حق صاحب الاسم التجاري على اسم محله ، أو صاحب العلامة الفارقة على علامته الخ . .

صحيح أنه في كل هذه الحقوق يملك صاحبها سلطة مباشرة على شيء معنوي، هو ثمرة تفكيره أو نتيجة تجاربه ، أو موهبة فنه ، أو غير ذلك من عناصر الحياة الأدبية أو الفكرية أو الفنية . ولذلك أعتبر بعض الفقهاء هذه الحقوق حقوقاً عينية (١) ولكن البعض الآخر رأى أنها تتميز عن الحقوق العينية بخصائص أهمها أن الشيء محلها معنوي لا مادي ، وإن أكثر الخصائص والأوصاف ، وربما النتائج والآثار للحق العيني على الشيء المادي ، لا توجد في الحق الأدبي أو المعنوي (٢) .

---

(١) راجع بلا نيول وريبر ، المطول في الحقوق المدنية ، ج ١ نبذة ٣٤٦٧ ؛ الدكتور السنهوري وابو سبيت ، المرجع السابق نبذة ٩٢ و ٢٠٩ و ٢٨١ ؛ الدكتور الصده المرجع السابق ص ٤٧ ؛ الدكتور شحاته ، المرجع السابق ص ٢٤ .

(٢) راجع الدكتور مرقس ، المرجع السابق ص ٣٢٨ ؛ الدكتور الصده . المرجع السابق ص ٤٧ ؛ دولاكرسيه ولاكوست ، المرجع السابق نبذة ٣٦٥ ؛ محاضراتنا « الحقوق المعنوية او الملكية الصناعية والتجارية وحق المؤلف » القاهرة ١٩٦١ ، معهد الدراسات العربية العليا ج ١ .

§ ٢ ـ أركان الحق

وإذا حللنا كل حق من هذه الحقوق في تطبيقه ، نجد أنه يقوم على ركنين أساسيين هما : ١ طرف الحق ، ٢ ـ محل الحق . وربما أضاف البعض ركنين تبعيين آخرين هما سبب الحق ومضمون الحق ، وربما زاد غيرهم ركناً خامساً هو مؤيد الحق وجزاءه .

١ ـ اما طرف الحق والاشخاص اصحاب الحق Sujets du droit :

فهم على نوعين ، أطراف الحق الإيجابيون sujats aclifs ، أي الأشخاص الذين يستفيدون منه وينتفعون به ، لأنه في مصلحتهم ، وأطراف الحق السلبيون sujets passifs وهم أولئك « الذين يقع عليهم مايقابل هذا الحق من واجبات شخصية أو عامة » . وقد أطلق الكثيرون على هذا الركن لنوعي الأشخاص الذين يتعلق بهم الحق تعبير « طرفي الحق » جرياً على إطلاقهم تعبير « طرفي العقد » على الاشخاص أصحاب العلاقة فيه . وبناء على ذلك فان أطراف الحق إنما تعني « الأشخاص » .

وفي الواقع أننا لو استعرضنا الحقوق بانواعها لاستطعنا أن نميز فيها هذين الطرفين ، ولو كانت في ظاهرها لاتتضمن إلا طرفاً واحداً إيجابياً كما أشرنا . ففي الحقوق الشخصية أو حقوق الدين ، لاشبهة ولا مشاحة في وجود هذين الطرفين بشكل ظاهر . فهناك حتما دائن ومدين مرتبطان مباشرة برابطة الحق ، الأول طرف إيجابي ، وهو صاحب الدين والمنتفع به ، كالدائن الذي أقرض المال في حالة القرض ، أو المعير في الإعارة ، أو كالوالد بالنسبة للولد في حقوق الولاية ، الخ . . والثاني طرف سلبي ، وهو الذي يقع على عاتقه عبء تحمله وتنفيذه ، كالمستقرض أو المستعير في القرض أو الإعارة ، والولد في السلطة الأبوية ، والتابعين

في سلطة المتبوع الخ . . . ولكن الأمر قد يلتبس عملياً في الحق العيني ، لأنه يتمثل بسلطة مباشرة بين صاحب الحق ، والشيء محل الحق ، كسلطة مالك الدار على داره ، في سكناها أو هدمها أو إيجارها . . . إنها سلطة مباشرة دون واسطة أي شخص آخر ، بحيث لا يبدو ولا يشاهد فيها إلا طرف واحد إيجابي هو المالك أو صاحب الحق العيني . ومع ذلك فقد ذهب البعض كما رأينا إلى أن في هذا الحق أيضاً طرفين إيجابي وسلبي ولكن الثاني منهما عام وغير معين بالذات فالطرف الايجابي هو المالك الذي ينتفع بالعقار ، وأما السلبي فهو الناس جميعاً الذين عليهم أن يمتنعوا عن التعدي على حق المالك أو التدخل فيه ، ان عليهم أن يحترموا هذا الحق فلا يتعرضوا له . وهذا ماسمي « الواجب السلبي العام » وفي كل الأحوال فإن طرفي الحق يتجليان في حالة الخلاف بالمدعي والمدعى عليه .

هذا هو الركن الأول .

٢ — أما الركن الثاني ، **محل الحق** Objet du droit ، فهو في الحقيقة الشيء المادي أو المعنوي الذي ترد عليه السلطة المخولة لصاحب الحق (الدار، الأرض ، السيارة في حق الملكية ؛ والعقار في حق التأمين أوحق الرهن العقاري في الحقوق العينية التبعية ، والكتاب أو الاختراع أو لوحة المصور أو القصيدة الخ .. في الحقوق المعنوية) وهو في الحقوق الشخصية أوحق الدين ـ ومنذ الحقوق الرومانية ـ اعطاء الشيء أو تسليمه dare أو القيام بعمل tasare أو الامتناع عن عمل .. أو بتعبير آخر هو مايطلق عليه اسم « محل الالتزام » .

وهكذا يختلف المحل باختلاف نوع الحق ، كما يختلف في الحق الشخصي بين عمل أو امتناع ، لان صنوف العمل أو الامتناع لايمكن حصرها وقد اكتفى القانون بأن اشترط فيها شروطاً يجب توافرها لامكان تعلق الحق بها .

وإذا كان المحل قائماً على اعطاء شيء ، فان الحق الشخصي يكون في هذه الحالة مقدمة لاكتساب الدائن حقاً عينياً على ذات الشيء المتعهد باعطائه .

٣ ـ واما سبب الحق او مصدره Cause ou source du droit فهو الواقعة القانونية fait juridique أو الحادثة الواقعية التي نشأ عنها الحق ، أو انتقل بسببها لصاحبه الجديد . انها هي التي ولدته وسببته . فالميلاد أو الزواج أو الوفاة الخ .. حوادث واقعية تنشىء الحقوق أو تنقلها ، وتترتب عليهـــا آثار قانونية . كذلك التصرف مدة التقادم، والعقد والاتفاق بين شخص وآخر ، والعمل الضار الذي يأتيه شخص فيضر بغيره ، والعمل النافع أو الاثراء بلا سبب الخ .. كلها وقائع قانونية أو حوادث واقعية ، وان اختلفت انواعها ، تؤلف الاسباب والمصادر المختلفة للحق .

وهكذا مثلا فان الوفاة هي سبب الارث ومصدره القانون ، والوصية هي سبب ملك الموصى له ، والعقد هو سبب حق الدائن ومصدره الخ ...

٤ ـ أما المضمون مضمون الحق Contenu du droit فهو السلطة التي يخولها الحق لصاحبه . فمضمون الحقوق الشخصية في مجموعها هو القدرة على اجبار المدين أو الزامه بتنفيذ محل الالتزام ؛ ومضمون الحقوق العينية يختلف من واحد الى آخر ، فهو في حق الملكية سلطة استعمال الشيء والاستمتاع به والتصرف فيه إلى آخر حدود التصرف . أما في حق الانتفاع فان هذه السلطة وان تناولت جميع أسباب الاستعمال والاستمتاع والتصرف الفعلي كالملكية ، إلا أنها مقيدة بعدم التصرف القولي ، أو عدم التعدي على عين هذه الملكية بالتنازل أو التفرغ عنها إلى الغير ، في حين أن حق الارتفاق يقتصر مضمونه على سلطة استعمال محدودة على الشيء المرتفق به . وهكذا فان المضمون يختلف عن المحل بكونه لايتعلق بذات الشيء أو العمل ، محل الحق أو الالتزام ، وإنما في مدى السلطة القانونية التي يتمتع بها صاحب الحق على الشيء محل الحق ،

وبناء على ذلك إذا أخذنا حالة إيجار عقار مثلا ، فان المؤجر والمستأجر هما طرفا الحق — أو صاحبا الحق في الاجرة والانتفاع بالمأجور — والتزامات كل من المؤجر والمستأجر المتعلقة بتسليم المأجور ويمكن المستأجر من الانتفاع به أو دفع الأجرة ، هو المحل الذي يقع عليه الحق ، وعقد الايجار نفسه هو سبب الحق أو مصدره وأما المضمون فهو القدرة أو مدى الصلاحيات التي يمنحها العقد إلى كل واحد من الطرفين سواء بالتمتع بالمأجور والانتفاع به بالنسبة للمستأجر ، وسواء في مستلزمات الاجرة والتعويض والاخلاء بالنسبة للمؤجر ، أو هو بتعبير آخر حكم الاجارة واثارها بالنسبة للمؤجر والمستأجر : من استعمال مطلق أو مقيد ومدى انتفاع المستأجر من المأجور وحدود ذلك الخ . .

٥ ـ اما المؤيدات او الجزاء Sanction، فانه ينتج، كما رأينا، عن الصفة الالزامية للقواعد الحقوقية ، هذه الصفة التي تميزها عن القواعد الاخلاقية إلى جعلها بعض الفقهاء أساس الحق وركنه الأول ؛ لأنه بدونها يكون الحق عديم القيمة ضعيفها . وتتجلى هذه الصفة بحماية القانون للحق حماية مؤيدة بالدعوى والتنفيذ ، ومع ذلك فان هذه الحماية ، وهذا المؤيد للحق يمكن أن يعتبر من طبيعة الحق وأصله ، أكثر منه ركناً من أركان وجوده . على أن ثمة مؤيداً خاصاً يمكن أن يحدد لكل حق بحسب مصدره وسببه فيصح عندئذ أن يكون ركناً إضافياً من أركان الحق . وهكذا يمكن أن يعتبر مؤيد الحق بالنسبة للمثال السابق في عقد الإيجار إلزام المخل بالتعويض ، أو فسخ العقد واستعادة المأجور ، أو ماشابه ذلك من مؤيدات مدنية متفق عليها في العقد .

وبما أن البحثين الثالث والرابع سبب الحق ومضمونه ، كما أوضحناهما ، يمتزجان مع الحق نفسه ، أو ينتجان عنه فيدرسان مع الحق نفسه ، من حق عيني أو حق دين ، ولذلك فاننا لن نبحثهما هنا بالتفصيل وسنقتصر على بحث التعسف في

استعمال الحق بالنسبة لمضمون الحقوق في آخر بحوثنا ، ونتناول في كتابين رئيسين الركنين الأساسيين الأولين الاشخاص أي أطراف الحق ، والاشياء محل الحق. وفي هذا الركن الثاني سنقتصر على بحث عموميات الاشياء والأموال وتقسيمها ، مما يدرس مفصلا في بحث خاص من القانون المدني ، وفي سنة خاصة .

وعلى هذا فسنوزع بحوثنا على الكتب الثلاثة الآتية :

الكتاب الأول . الأشخاص أو أطراف الحق ، من أشخاص طبيعيين وأشخاص اعتبارية .

الكتاب الثاني : الاشياء أو محل الحق .

الكتاب الثالث : مضمون الحق والتعسف في استعمال الحق .

★ ★ ★

الكتاب الاول

الاشخاص او اطراف الحق

Les Personnes ou sujets du droit

رأينا في مقدمة هذا القسم الذي يبحث في الحق والقانون وتطبيقها (١) ، أنه لا يمكن أن تكون هناك حقوق بالمعنى الشخصي إذا لم يكن هناك طرف فيها . وإن هـــذا الطرف يمكن أن يكون دائناً أو مديناً ، إيجابياً أو سلبياً ، أي انساناً أو كائناً قابلاً للاستفادة من أحكام هذه الحقوق، كما يكون قابلا لتحمل اعبائها ونتائجها ويطلقون حقوقياً على هذا الكائن اسم الشخص la Personne (٢).

---

(١) راجع ما سبق .

(٢) راجع بلانيول وريبر « Planiol et Ripert » ، المطول الابتدائي للحقوق المدنية ، طبعة سنة ١٩٤٦ ج ١ ص ٤٠٦ ؛ ده لاكرسيه ولابورد دولا كوست de la Gressaye et Laborde-Lacoste ، المدخل العام لدراسة الحقوق ١٩٤٧ ص ٣٤٢ وما بعدها ؛ الدكتور عبد المنعم فرج الصده ، نظرية الحق ١٩٥٠ ص ٥٤ وما بعدها الخ ...

ويقول لويس سباك Louis Sébag « الوضع الحقوقي للاشخاص الطبيعية ولاعتبارية ، سيري ١٩٣٨ ص ٤ » ان هناك حقيقة بديهية لا بد من قبولها وهي ان الحقوق انما اوجدها الأنسان لاجل الأنسان ، وقد عرف ذلك اليونان والرومان قبلنا ... »

ويقول ايهرنك : « ان الحقوق الخاصة برمتها انما وجدت لتؤمن للانسان منفعة ما ، لكي تساعد على استيفاء حاجاته ، فالمقصود من كل الحقوق هو الانسان » .

حتى ذهب كثير من الفقهاء الى توجيه جهودهم لا الى الحقوق التي يتمتع بها الشخص ، بل=

فالشخص في نظر فقهاء المذهب الفردي هو « كل كائن ذي ارادة تتوافر فيه القابلية لأن يكون صاحب حق أو مكلفاً بالتزام » . وهذا ما يميز الشخص عن الشيء من جماد أوحيوان ، يشكل موضوع الحق أومحله ، أوما ينصب عليه الحق ، لا أطراف الحق ، المستفيد منه أو المكلف به. ويذكرون على سبيل الشذوذالمؤيد

— الى الأشخاص الذين يتمتعون بهذه الحقوق ، وحتى اضحى طرف الحق هو الذي يسبق الحق وربما يخفيه وراءه . (راجع رونه دوموك Demogue ، المفاهيم الاصلية للحقوق الخاصة القسم الثاني ، ص ٣٢ وما بعدها) .

ويقبل الفقهاء اليوم ، كشرط لازم كاف ، المبدأ القائل ان الحقوق ترتكز على قاعدة لاقيام لها بدونها وهي « الشخص الحي » (راجع فرانسوا جني Genz طريقه التفسير ومصادر الحقوق ، § ٦٥) .

ويعبر بعض الفقهاء الفرنسيين عن ذلك بقولهم : الحق مصلحة للشخص droit-intérêt اكثر من اعتبار الحق قوة او سلطاناً بذاته droit-pouvoir .

على ان ثمة مذاهب وفقهاء معاصرين يخالفون المفهوم التقليدي ويهاجمونه ، تبعاً الى انهم يقيمون الحقوق في الاصل على الغاية الاجتماعية او التضامن الاجتماعي او المصلحة العامة الاجتماعية ... او غير ذلك من اسس المذاهب او المدارس الاجتماعية ولايجدون في الافراد او الاشخاص المنعزلين ، ركناً من اركان الحقوق التي لاتستهدف الا المصلحة العامة ، وبالاستناد الى هذه المبادىء فان بعض المذاهب الاجتماعية تنكر الحق بالمعنى الشخصي بوجه عام ، كما تنكر ما تزعمه المدارس والمذاهب الفردية من ان الحقوق انما ترمي وتدور حول حماية الفرد وحقه بالمعنى الشخصي ، ولذلك فان اولئك الفقهاء لايجيزون اعتبار الشخص الطبيعي بذاته طرفاً للحق ، وهدفاً له . وبالتالي لايعتبرونه — مستقلاً — موضع اهتمام الحقوق وركنها . (راجع دوكي Duguit ، مطول الحقوق الدستورية ، الطبعة الثالثة ، ج ١ ص ٢٠٨ وما بعدها ...)

والواقع ان مفهوم الشخص كطرف الحق ومحور له ، وليد المذاهب والمبادىء الفردية التي ما تزال سائدة في الحقوق . واذا كانت هذه المذاهب قد غالت في اعتبار الفرد او الشخص اساسا للحقوق ، فان المذاهب الاجتماعية قد غالت كذلك في نكرانه ، بحيث لا نستطيع ان ننكر وجوده حقيقة كعنصر من عناصر الحقوق ، وانه يستحق ، من الناحية الحقوقية ، الدرس والعناية بمفرده . ولعل السبب في نكرانه ، كالسبب في المغالاة باعتباره الاساس الوحيد ، هو الخلط بين اساس الحقوق ومصدرهـــا الحقيقي وما تستهدفه من غايات ، وبين الحق نفسه في التطبيق . (راجع منـــاقشة ذلك في دولاكرسيه ولاكوست ، المرجع السابق ، ص ٣٤٣ — ٣٤٧) .

للاصل تسمية كاليكولا Caligula (عام ٣٧ - ٤١ م) حصانه قنصلا ، فان هذه التسمية لم تجعل هذا الحصان طرفاً للحق ؛ وكذلك محاكمة الجوامد والحيوانات في القرون الوسطى ، (١) وهي اعتبارات قديمة لا أثر لها اليوم .

أما الشخصية la personnalité بمعناها العام ، فهي الصفة القانونية التي تثبت للشخص - أي للكائن الحائز على القابلية التي ذكرناها - وهي في الواقع ، كصفة ، تمتزج مع الموصوف ، لأنها غير قابلة للانفصال . أي كلما يكون هناك شخص حائز للعناصر التي تجعله في نظر الحقوق وعرفها شخصاً ، تكون شخصيته الحقوقية موجودة حتما ، وأما أن تكون العناصر مفقودة ، فلا يكون ولا تكون هناك شخصية .

وهذه الصفة تلازم الموصوف منذ ولادته حتى وفاته دون انقطاع (٢) . على ان وجود الشخص الحقوقي ، إذا كان يوجب حتما وجود شخصية حقوقية ، فان هذه الشخصية قد لا تكون كاملة دوماً من بعض النواحي المتعلقة بالممارسة والاداء ، كما سنرى في مبحث الاهلية .

ومهما تكن الأمر فان الشخص ، إذا كان كائناً ذا إرادة في رأي الفرديين قابلا للتمتع بالحق أو لتحمله ، فان هذا الكائن يمكن أن يكون حقيقياً وهو الأصل ، أو غير حقيقي أي أعتباري ، وهو في نظر الفرديين تصور وافتراض ؛ والاصل في الشخص أن يكون انساناً Unêtre humin وهو هذا الشخص الطبيعي ، ولكن ثمة شخصاً آخر ، قانونياً غير حقيقي ، وغير مادي في ذاته . بمعنى أنه ليس إنساناً

---

(١) كما في مسرحية Les plaideurs : Racine

(٢) راجع تووز P . Tour ، القانون المدني السويسري ، الطبعة الرابعة ، ترجمة دوشه نو ، De Chenaux ص ٨٠ .

وقد جاء في المادة ٦ من الأعلان العالمي لحقوق الأنسان المقرر من الجمعية العامة لهيئة الامم المتحدة في ١٠ كانون أول ١٩٤٨ ؛ « لكل انسان الحق في ان يعترف له في كل مكان ، بشخصيته القانونية » .

بنفسه ، بشراً عادياً ، وانما هو اعتباري ، وحكمي أو معنوي ، personne morale ، ويتألف من جماعة من الناس ؛ أو من مجموعة من الاموال ، تشكل في نظر الحقوق شخصاً حقوقياً ؛ يتمتع بالشخصية الحقوقية التي يتمتع بها الانسان الطبيعي ، في مالها وما عليها ضمن حدود القانون ، كما سنري في الفرع الثاني من هذا البحث ، وحسبنا الان للتفريق بين هذين النوعين من الاشخاص الطبيعية والاعتبارية ، أن نتمثل متجراً يعود إلى شخص أو فرد من الناس يديره لنفسه وحسابه ، وبين متجر يعود إلى شركة مساهمة مثلا ، يديرها مديرون لحساب شخص الشركة المعنوي .

وعلى هذا فنحن سنبحث في فرع أول الشخص الطبيعي ، وبحثنا في الشخص الطبيعي يتناول في مبحث أول تحديد الشخص الطبيعى : بدء شخصيته ونهايتها وثبوتها وحكم الجنين والمفقود ، وفي مبحث ثان خصائص الشخصية وميزاتها أي حالة الشخص المدنية l'etat civil الجنسية ، الاصل ، الدين ، الجنس ، ثم الاسم واللقب ثم الموطن أو محل الاقامة ، وفي مبحث الاسرة والقرابة ، ومكانة الشخص منها ، وفي مبحث رابع الذمة الماليه . وفي مبحث خامس الاهلية بنوعيها اهلية الوجوب واهلية الاداء .

ثم نبحث بعد ذلك في فرع ثان الشخص الاعتباري ، فندرس في مبحث أول فكرة الشخص الاعتباري مفهومه وطبيعته الحقوقية ، وفي مبحث ثان خصائصه وصفاته وأخيراً في مبحث ثالث وأخير أنواعه وأحكامه .

الفرع الاول

الشخص الطبيعي

La personne physique

المبحث الاول

تحديد الشخص الطبيعي ووجوده

١ ـ مفهوم الشخص الطبيعي

قلنا ان الشخص الطبيعي هو الانسان ، المخلوق البشري ، فيخرج بذلك الجماد والحيوان . واذا كان كسلر Gessler (الحاكم بأمره في سويسرا في القرن الرابع عشر) قد أمر الناس بتحية قبعة الامبراطور (البير الاول النمسوي) فان هذه القبعة لم تكسب شخصية حقوقية . كذلك فان القوانين التي تفرض على الانسان حماية الحيوان والرفق به لا تكتسب هذا الاخير شخصية حقوقية ، « ولا تخلق من هذا الالتزام حقاً للحيوان ، وإنما أساسها وهدفها فكرة اخلاقية ، ومصلحة الانسان »(١) .

---

(١) روكان Rouguin الانتظام الحقوقي L'ordre juridique ، رقم ٢١٨ ـ ٢١٩ ؛ راجع الدكتور عبد المنعم الصدة ، نظرية الحق ، القاهرة ١٩٥٠ ص ٥٤ .

وبحسب هذا التحديد إذا كان كل إنسان شخصاً في نظر الحقوق والقانون فليس العكس صحيحاً ، وقد رأينا أن هناك أشخاصاً اعتبارية وغير طبيعية ، طائفة من الناس أو مجموعة من المال ، تعتبر في نظر الحقوق أشخاصاً قانونية لها ما للاشخاص الطبيعية — مبدئياً — من صفات وميزات ، ندرسها في الفرع الثاني من هذا البحث .

ومع ذلك ، لا يظنن أن المفهوم البديهي اليوم في اعتبار كل إنسان ، كل مخلوق حي ، شخصاً طبيعياً يتمتع بالحقوق الممنوحة للشخص الطبيعي ، لا يظنن إن هذا المفهوم معروف ومقبول عند الأقدمين كما هو من الأمور الطبيعية اليوم . فالرق وهو إنسان طبيعي ، لم يكن يعتبر ، حتى زمن غير بعيد، شخصاً حقوقياً له ما للانسان من حقوق ، وإنما كان يعتبر شيئاً أو سلعة بحيث يعدّ العبد وما ملكت يداه ملكاً لسيده ، فلم يكن يعترف له بشخصية ما ، بل كان الجماد أو الحيوان سواء .

ودون أن نذهب بعيداً في تاريخ الحقوق ، فان الرومان وما بلغته حقوقهم من علو كعب وسمو تنظيم ، ما كانوا يعتبرون الناس جميعاً أشخاصاً بالمعنى الحقوقي السائد اليوم ، بحيث يمكن أن تكون لكل منهم نفس الحقوق وعليه نفس الواجبات ؛ بل كانت هذه الصفة بهذا المعنى قاصرة على عدد محدود من البشر ، هم في الاصل رؤوساء الاسر أو أرباب العوائل الرومانية ، ولم تتوسع الحقوق الرومانية في اعتبار الانسان الحقيقي شخصاً بالمعنى الحقوقي إلا في أواخر عهودها (١) . بل وحتى في بعض الشرائع الحديثة ، فان هناك حالات لم يكن يعتبر فيها الإنسان ، رغم أنه بشر كامل ، شخصاً حقوقياً ، كمثل المادة (٢٥) من القانون المدني الفرنسي التي كانت تعتبر الموت المدني La mort civile

(١) راجع ريمون مونيه R, Monier الكتاب الابتدائي للحقوق الرومانية Manuel élémeniaire de Droit romain باريز ١٩٤٣ ج ١ ص ٢٠٧ .

البعض المحكومين مزيلا لكل أثر من آثار الشخصية الحقوقية للميت مدنياً ، فيفقد ملكيته للاموال التي كانت له ، وتنتقل تركته إلى أولاده كما لو مات حقيقة ومن غير وصية ، لا يستطيع أن يرث من مورثيه أو يعقد زواجاً صحيحاً ، أو يمثل أمام القضاء .. وبكلمة واحدة ليس له — خصوصاً — كيان ما ، وهو بمثابة الميت . وقد ظل معمولا بهذا النص في فرنسة حتى عام ١٨٥٤ حيث صدر قانون بالغاء هذا الموت المدني وما يتبعه من آثار .

وفيما عدا ذلك من استثناءات تاريخية أو ما شابهها ، فان كل إنسان اليوم مهما كانت حاله ، هو في نظر القانون شخص طبيعي بالمعنى الحقوقي .

§ ٢ — بدء الشخصية

اتفقت أكثر الشرائع اليوم ، ونص قانوننا على أن شخصية الانسان تبدأ عادة بتمام الولادة ، أي في الوقت الذي ينفصل فيه عن أمـــه ، وأما ما قبل ذلك ، أي حينما يكون جنيناً ، فانه قد تكون له بعض حقوق الشخصية بصورة ناقصة وغير كاملة كما سنرى « ولكن فيما عدا ذلك لا تكون شخصيته الحقوقية قد بدأت بعد [1] » .

---

(١) ان هذا المفهوم الطبيعي في نظرنا لابتداء الشخصية بالولادة ، ومند الولادة ، وهو الذي يسود أكثر الشرائع الحديثة اليوم ، (راجع النصوص الاجنبية المقابلة للمادة ٢٩ من القانون المدني المصري في جمال الدين العطيفي ، التقنين المدني المصري ، ج ١ ص ٨٩) ربما كان موضع انتقاد البعض ، على اعتبار أن هذه الشخصية يمكن ان تعتبر مبتدأة منذ علوق الجنين في رحم أمه لا منذ ولادته ، ويدللون على ذلك بقولهم ان القانون نفسه ، وفي الفقرة الثانية من المادة ٣٠ نفسها ، يعترف للحمل بالحقوق التي يعينها القانون . ويقولون وكيف يمكن ان تصبـح له حقوق اذا لم يعتبر شخصاً ؟ (راجع الأستاذ مصطفى احمد الزرقا ، نظرة عامة في الحق والالتزام ؛ ١٩٤٨ نبذة ١٠٣ ص ١٧٥ ـ ١٧٦) .

ونعتقد ان مثل هذا الخلاف في الاعتبار ، يظل نظرياً فلسفياً لا فائدة منه ، ولا اثر =

وإذا كانت الشخصية الحقوقية للانسان تبدأ بميلاده ، وانفصاله عن أمه ، فهل ان لكل مولود شخصية حقوقية بمجرد الولادة ـ أي الانفصال عن الأم ـ

= عملي له مادام القانون قد اعترف للحمل ببعض الحقوق التي عينها ، بحيث لايبدل أعتبار الشخصية مبتدئة منذ العلوق ، ومعلقة على شرط الولادة حياً ، أو انها لاتبدأ الابتمام الولادة لايبدل ذلك شيئاً من النتائج القانونية ، بل على العكس ربما عقدها . هذا فضلا عن ان الرأي الفقهي السائد يعتبر في اتجاه الرأي الذي اخذ به القانون . فقد جاء في الزيلعي (ج٦ ص ١٨٥) ما يؤيد عدم وجود شخصية الحمل الا بعد الولادة . وقد قال ابن عابدين انه لايجوز اقامة ولي أو وصي عليه قبل ذلك ، (راجع الأستاذ العلامة محمد ابو زهرة ، في شرح قانون الوصية ١٩٥٠ ص ٢٧ و ٨٤ الى ٩٠ ؛ والأستاذ العلامة عبد الوهاب خلاف . شرح قانون المواريث الطبعة الثانية ص ١١٠ الخ) . هذا من جهة ومن جهة اخرى فان الوضع الطبيعي والعملي يقضيان بأن لا يعتبر الجنين شخصاً مستقلا بالمعنى الحقوقي ، وهو بعد لم يستقل بالحياة ولم يعتبر شخصاً بالمعنى الطبيعي ، قبل ولادته حياً . كما وان كثيراً من الأحكام التي تنطبق على الاشخاص الطبيعين لايمكن ولايجوز ان تنطبق على الجنين . ولو اعتبرناه شخصاً من العلوق ، لوجب ان تنطبق هذه الأحكام عليه (وهكذا مثلاً قضت محكمة التمييز السورية ان « الجنين لايعد انسانا قبل ولادته ، وعليه فان قتل امرأة حامل لا يعد من قبيل قتل شخصين » الدائرة الثانية قرار رقم ٣٠١ تاريخ ١٨/٩/١٩٤٦ . مجلة نقابة المحامين بدمشق ، ١٩٤٧ ص ١٥٩) وقد أكد الفقهاء ان الجنين يعتبر بحكم الجزء من الأم مادام في الرحم ولاينفرد في الحكم (راجع المادة ٤٨ من المجلة وشرحها) بحيث اذا مات الجنين نتيجة جرم فلا تجب عليه الدية بل الغرة لأمه أيما يحكم به عادة لتعطيل العضو ، كذلك اذا ماتت الأم مع الولد في بطنها فدية واحدة او دية مع الغرة اذا امات اولا وماتت بعده (راجع تفصيل ذلك في ابن عابدين ، الحاشية ، ج ٥ ص ٣٧٧) وقد ذكر اليزدوي في اصول فجر الأسلام وشرحه للشيخ عبد العزيز البخاري (ج٤ ص ٢٣٩) « ان ولي الطفل اذا اشترى بحكم ولاديته شيئاً له بعد ولادته فان الطفل يملكه ويلزمه الثمن ، اما قبل الولادة فلا ، لأنه كالجزء من أمه » كما اكد في مكان آخر ان أهلية الوجوب لاتثبت إلا بعد وجود الذمة ، وهذه لا تثبت إلا مع الولادة (ص ٢٣٧) راجع الأستاذ الزرقاء ، المرجع السابق ص ٢٤) خصوصاً اذا كانت الحقوق الحديثه ، بل وحتى الرومانية (راجع مونيه ، المرجع السابق) تمزج بين الشخصية بالمعنى الحقوقي وبين الأهلية وأهلية الوجوب بصورة خاصة راجع شفيق شحاتة ، النظرية العامة للحق ١٩٥٠ ص ٣٨) . ونعتقد أنه يمكننا ان =

ومهما كان وضع هذه الولادة ؟ هنا يختلف قانوننا المدني والشريعة الإسلامية عن القانون المدني الفرنسي .

فبحسب أحكام الشريعة الإسلامية والفقرة الاولى من المادة ٣٠ من القانون المدني عندنا المأخوذ عنها ، يكفي أن يولد الإنسان حياً لتبتدأ شخصيته ، ولو كان سيموت حتما بعد لحظات ، أي ولو كان غير قابل للحياة . ولكن متى يتحقق أن المولود قد ولد حياً ؟ اختلفت المذاهب في الفقه الإسلامي . فذهب أبو حنيفة وصحبه إلى أن ولادة الجنين حياً تكون وتتحقق بظهور أكثره حياً ، ولا يضير أن يموت المولود أثر ذلك مباشرة (١) وذهب الأئمة الثلاثة : مالك والشافعي وأحمد إلى أن ولادة الجنين حياً لا تتحقق إلا بولادته كله حياً لا أكثره فقط(٢). ويبدو أن هذا الرأي الأخير الذي ساد في الفقه الإسلامي هو الذي تبناه القانون المدني في المادة ٣٠ حين نص على ولادة الجنين حياً بصورة مطلقة ، تصرف على ولادته بكامله ، خصوصاً وان القانون المدني المصري ، الذي هو قانوننا ، قد

= نقول ان شخصية الأنسان توجد على حد التعبير الفلسفي « بالقوة » عندما يكون جنيناً ولكنها لاتتم « بالفعل » الا منذ الولادة .

واذا كان يوقف له نصيبه في الأرث رغم أنه لم يكن موجوداً فعلاً وقت موت المورث « الا إنه يعتبر في حكم الموجود رعاية لمصلحته واحتياطاً لمستقبله » (معوض محمد مصطفى ومحمد محمد سعفان الميراث في الشريعة الأسلامية ، ٩٤٧ ، ص ١٢٢) ، راجع هذا البحث في مختلف الشرائع للاتينيه ، في ارمانجون نولد وولف ، مطول الحقوق المقارنة ، ج ١ ص ٢١٧–٢١٨ وفي لويس سباك Louis Sēbag ، الوضع الحقيقي للاشخاص الطبيعيه والاعتبارية قبل الولادة سيرى ١٩٣٨) وهكذامثلا المادة ٣١ من القانون المدني السويسري اذ تنص : « ان الشخصية تبدأ بتمام ولادة الولد حياً ، وتنتهي بموته ، ويتمتع الولد العالق (الجنين، بالحقوق المدنية شريطة أن يولد حياً . »

(١) راجع الأستاذ علي الخفيف ، المعاملات الشرعية ص ٢٤٠ ؛ والأستاذ محمد ابو زهرة شرح قانون الوصية ، نبذة ٧٥ .

(٢) راجع الأستاذ عبد الوهاب خلاف ، شرح قانون المواريث الطبعة الثانية ص ١١٩ .

جرى في ذلك مجرى قانون المواريث (مادة ٤٣) والوصية (مادة ٣٥) المصريين (١) .

وعليه إذا ولد الجنين ميتاً لا تكون له شخصية ما ، سواء كان انفصاله عن أمه ميتاً بدون جناية ، وهذا واضح ومتفق عليه ، أو بجناية ، وهذا مذهب الأئمة الثلاثة الذي أخذ به القانون (٢) .

« وتعلم حياة المولود بأعراض ظاهرة للحياة ، كالبكاء والصراخ والشهيق ، حتى لو مات أثر ذلك مباشرة ، فان لم يثبت شيء من ذلك ، كان للقاضي الرجوع إلى أهل الخبرة من الاطباء (٣) » .

أما القانون الفرنسي فانه يشترط لثبوت الشخصية للمولود الجديد أن يتحقق شرطان .

١ — أن يولد الانسان حياً vivant فلا تفارقه الحياة حين انفصاله عن أمه، أي أن يتحقق ما اشترطه قانوننا المدني ، ويعتبر كذلك إذا تنفس بعد ولادته تنفساً كاملاً .

٢ — أن يكون قابلاً للحياة viable ، ويكون ذلك بأن تتوافر للمولود جميع الاعضاء التي تكفل له الحياة أو تجعل بقاءه حياً ممكناً . ولهذا الشرط

---

(١) راجع المذكرة التفسيرية لهذين القانونين ؛ راجع المرجعين السابقين ، راجع عبد المنعم الصده ، نظرية الحق ١٩٥٠

(٢) الأستاذ عبد الوهاب خلاف شرح قانون المواريث ، المرجع السابق . فاذاضرب رجل امرأة حبلى فأسقطت جنيناً ميتاً اعتبر كأنه لم يكن . والحكم في هذه الحالة الأخيرة يخالف مذهب الامام أبي حنيفة الذى يرى فيها أن الجنين قد ولد حياً حكما . (الأستاذ احمد ابراهيم، الأهلية وعوارضها في الشرع الأسلامي ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الأولى ص ٣٥٦).

(٣) راجع المذكرة التفسيرية لقانون المواريث المصري ، عبد المنعم الصده ، المرجع السابق . وهو أيضاً الحل الذي تبناه القانون السويسري (مادة ٣١) والقانون الألماني (المادة الاولى) حيث أوجب ولادة الولد ولادة تامة وهو حي (راجع تووز ، المرجع السابق ، ص ٨٠).

خطورته الكبرى ، إذ قد يولد المولود حياً يتنفس ، ولكن وفاته محتومة لنقص في تكوينه أو تشكيله ، وفي هذه الحال يعتبر شرعاً وقانوناً عندنا أن شخصيته قد بدأت لتنتهي بموته المحتم ؛ في حين أن القانون الفرنسي لا يعتبر له وجوداً مطلقاً ، ولا تبدأ شخصيته ولا يترتب عليها حكم .

§ ٣ — الجنين أو الحمل

إذا كان الأصل أن الشخصية لا تبدأ إلا بتمام الولادة ، وأن الجنين الذي لم يولد لا شخصية حقوقية له ، فان لهذا الأصل استثناء . فقد يكون للجنين وهو بعد في البطن ، حقوق وامتيازات يعترف له بها الشرع والقانون ، دون أن تكون شخصيته قد بدأت بعد . وقد نصت الفقرة الثانية للمادة (٣٠) انه « مع ذلك (أي رغم ذلك الأصل) فحقوق الحمل المستكن (أي الموجود في البطن) يعينها القانون » .

لا شك أبداً أن هناك مصلحة اجتماعية وواقعية في الاعتراف للجنين بحقوق ووجود قبل أن يولد . فهو لا يتكون ولا يظهر لعالم الوجود بلحظة واحدة ، بل يحتاج ذلك إلى بعض الوقت ، والحقوق التي لا يمكن سلبه إياها على نوعين ، عائلية ومادية فالأولى ما تعلق منها بالاسرة ، من قرابة ونسب ، والثانية ما تعلق منها بالإرث والوصية والوقف .

فمما لا يجب أن يكون مجالاً للشك أن الجنين يعتبر فرداً من أفراد الاسرة ، ويرث أباه الذي مات قبل ولادته ، بل يجوز لهذا الأب أو لغيره من الناس أن يوصي له أو أن يوقف عليه . فالإرث والوصية والوقف ، من التصرفات أو الأوضاع الحقوقية التي لا تحتاج إلى عقد أو قبول ابتداء [١] ، بعكس الهبة للجنين

---

(١) راجع تفصيل ذلك في محمد ابي زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق .

فمختلف فيها ، لأنها عقد يحتاج إلى قبول أو رد . والفرق بين الجنين والمولود ان الثاني يكون له ولي بمجرد الولادة ، يمثله في العقود والتصرفات ، فتكون شخصيته (وأهلية الوجوب) كاملة له ، في حين تكون أهلية الأداء متمثلة بوليه أو وصيه، خلافاً للجنين الذي لم يكتسب بعد الشخصية الحقوقية .

وقد بحثت الشريعة الإسلامية (١) — التي كان أحال إليها القانون المدني — بحثاً مستفيضاً في هـــذه الأحوال . كما أن قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر في ١٧ ايلول ١٩٥٣ الذي حل محل أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية تناول هذا البحث (المواد ٢٩٩ — ٣٠١) ، وليس هنا مجال التوسع فيها ، وإنما لا بد لنا أن نذكر القاعدة الأساسية بالنسبة للحمل .

إذا اعتبرنا أن للحمل حقوقاً من اللحظة التي يتشكل فيها وقبل أن يولد ، تعين علينا أن نحدد هذه اللحظة ، وليس في القانون المدني تحديد لذلك ، بل هو متروك لأحكام الشريعة من قبل ، وقانون الأحوال الشخصية من بعد (٢) .

---

(١) راجع مقال الأستاذ احمد ابراهيم ، الأهلية وعوارضها في الشرع الإسلامي ، مجلة القانون والأقتصاد . السنة الأولى ص ٣٥٦ وما بعدها .

(٢) وقد اختلف الفقهاء في ذلك كما اختلفت الشرائع اختلافا بينا من حيث مدة الحمل . فبينا ان القانون المدني الفرنسي مثلا — وأكثر القوانين المدنية الأخرى — جعل هذه المـــدة اقلها مئة وثمانين يوما واكثرها تلاثمئة يوما اطلاقا ، بالاستناد الى مسلمات الفن والطب ، نجد ان بين المذاهب وفقهائها اختلافا كبيراً : فقال بعضهم ان اقل الحمل ستة اشهر ، وهذا رأي الأكثرية من الفقهاء ، وخصوصا رأي المذهب الحنفي ، وقد استدلوا بالآية ١٥ من سورة الإحقاق ، والآية ١٤ من سورة لقمان : « حمله وفصاله ثلاثون شهراً » « وفصاله في عامين (راجع الشيخ محمد جواد مغنية مجلة اللبنانية عام ١٩٥٢ ص ٤١) ، أما أكثر الحمل فقد كان اختلافهم فيه أكثر وأبعد . فمن الفقهاء من قال بأن اكثر الحمل تسعة أشهر (وهو رأي أهل الظاهر ومحمد بن الحـكم من فقهاء المالكية) ومن جعل أكثر المدة سنة هلالية (وهو رأي بعض الحنابلة) . =

ولقد نصت المادة ١٢٨ من قانون الاحوال الشخصية ان : « أقل مدة الحمل ١٨٠ يوماً ، وأكثرها سنة شمسية . » كما قضت المادة ١٢٩ لثبوت نسب الجنين أن لا يقوم دليل على عدم التلاقي بين الزوجين ، (راجع كذلك المادة ٢٣٦ و ٢٣٧ و ٢٦٠) . أما قبل قانون الاحوال الشخصية فقد كان المفتى به في سورية — حسب المذهب الحنفي — ان أقل الحمل ستة أشهر وأكثره سنتان . وعلى هذا فإن تكوّن الجنين قانوناً ، هو بولادته في الفترة الواقعة بين الستة أشهر والسنة. ولا تخفى النتائج الهامة لمثل هذا التحديد .

ومهما يكن الأمر فان هذا الوجود الذي يعترف به القانون للجنين ، وجود اعتباري معلق على شرط ولادته حياً ، فان تحقق هذا الشرط تأكدت شخصية الجنين ، واعتبرت بدايتها من وقت الحمل به فيما نص القانون عليه ، وإن لم يتحقق الشرط وولد الجنين ميتاً ، لم تقم له شخصية ، واعتبر كأن لم يكن له وجود في أي وقت من الاوقات ، ولم يستحق شيئاً مما تقرر له أو وقف عليه من حقوق .

وفي أثناء مدة الحمل ، مادامت لا تعلم شخصية الجنين ، أهي ستتأكد نهائياً بولادته حياً أم لا ، فيعتبر موقتاً أنه سيولد حياً ، ويحسب في ضمن الورثة أو الموصى لهم أو الموقوف عليهم ، ويوقف له من تركة المتوفى أكبر النصيبين

= ويؤكد الأحناف ان اكثر الحمل سنتان عملا بقول عائشة رضي الله عنها « لا يبقى الولد في بطن امه اكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل » ويذهب الشافعي ان اكثر مدة الحمل اربع سنوات ، وعند بعض المالكية خمس سنوات (كمثل عابدين بن عوام ، راجع المغني ، ج ٧ ص ٤٧٧) وسبب هذا الخلاف عدم وجود نص في الكتاب او السنة ، وتباين الروايات مع اختلاف الاستنتاج ، حتى زعمو ان الشافعي نفسه قد بقي في بطن أمه سنتين . وعند الشيعة قالو اكثر الحمل تسعة اشهر وقالوا عشرة وأجمعوا على أن اكثره لا يتجاوز السنة ولو بساعة (الشيخ محمد جواد مغنية ، المرجع السابق ص ٤٢) ، وفي القانون المصري رقم ٢٥ تاريخ ١٩٢٧ اقصى مدة الحمل سنة فقط (المادة ٣٥) .

(مادة ٢٩٩ أحوال شخصية) ويفرض فيه أنه ذكر حيث تكون له مصلحة في ذلك ، ويوقف نصيبه على ذمته إلى أن تتم ولادته ، فان ولد حياً استحق نصيبه من الموقوف من أجله وآل هـذا النصيب من بعده إلى ورثته ، وإن ولد ميتاً لم يستحق ذلك النصيب وارتد إلى كل من كانوا يستحقونه لو تحقق من الأصل انعدام الجنين (١) .

وبناء على ذلك فليس للجنين سوى شخصية افتراضية احتمالية ، محدودة وقاصرة على إمكان اكتساب بعض الحقوق حين تتكامل شخصيته وتتأكد بالفعل. وهذه الحقوق هي تلك التي تثبت لمن توجه اليه دون صدور قبول منه ، بل هي التصرفات الانفرادية (الوصية ، الوقف) التي تتم بارادة واحدة . أما الإرث فهي واقعة قانونية يملك بها الوارث بقوة القانون (٢) .

وفي كل الاحوال لا يكون الجنين شخصاً وصالحاً للالتزام ، كما لا يستطيع أن يكتسب — ولو ولد بعد ذلك حياً — الحقوق التي يلزم لاكتسابها قبول ممن توجه اليه ولا يكون له ولي كولي الصغير ، لأن الولاية عليه لا تثبت إلا بعد الولادة.

§ ٤ ـ نهاية الشخصية

شخصية الانسان تنتهي عادة بالموت الطبيعي ، وقد رأينا انها كانت في القديم تنتهي بالرق ، أو الموت المدني . ولم يبق لذلك في يومنا هذا من أثر . وقد نصت المادة ٣١ من القانون المدني السوري : تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته . » أي بموته الحقيقي . هذا كذلك هو الحكم في النظر الفقهي .

ومع ذلك فقد تمتد شخصية الانسان حكماً بعد وفاته ، امتداداً اعتبارياً طوال المدة اللازمة لتصفية تركته ، كما كان الامر في الشريعة الرومانية ، أو

---

(١) عن سليمان مرقس ، المرجع السابق ، الطبعة الثانية ص ٤٧ و ٤٨ .

(٢) للاستاذ خيال ، الالتزامات ، نبذة ٧١ ؛ عبد المنعم الصدة ، نظرية الحق ص ٥٧ .

سداد ديونه كما هي الحـــال في الشريعة الاسلامية . والشريعة الاسلامية لا تعتبر وجود التركة إلا بعد تسدد الديون التي عليها ، « بعد وصية يوصى بها أو دين » .

وفي أثناء هذه المدة تعتبر أموال المدين المتوفى باقية على حكم ملكه ويكون تصرف الورثة في شيء منها كتصرف الغريب في ملك الغير ، غير نافـــذ على الدائنين (١) .

وقد أخذ القانون المدني السوري بهذا المبدأ حين نص على أن انتقال أموال التركة إلى الورثة تسري في شأنه أحكام الشريعة الاسلامية . ونظم تحقيقاً لهـذا المبدأ في مواده ٨٣٦ – ٨٧٥ تصفية التركة على هذا الاساس ، وبشكل تتحقق معه قاعدة عدم الإرث إلا بعد سداد الديون ووفائها بصورة عملية ، بحيث تبقي الذمة المـالية للمورث مفترضة بالنسبة لأمواله وتركته، ولا يؤول مابقي منهـا إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعي ، إلا بعد تنفيذ التزامات التركة (المـادة ٨٦٠ من القانون المدني (٢)) .

---

(١) راجع في اعتبار اموال الشخص باقية على حـكم ملكه ، أي على ذمته بعد موته الى أن تسدد ديونه ، وتنفذ وصاياه ، الشيخ أحمد ابراهيم ، عوارض الاهلية ، المرجع السابق ص ٣٧٨ وما بعدها ؛ الشيخ علي الخفيف ، تأثير الموت في حقوق الأنسان والتزاماته ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة العاشرة ص ٣ وما بعـدها ، والسنة الحادية عشرة ص ٥١٥ وما بعدها . راجع كذلك الاستاذ عبد الوهاب خلاف مذكرات في أصول الفقه ، ص ٣٢. ولعله من الأفضل أن نقول ان الذمة المالية هي التي تمتد حـكماً .

وذكر الاستاذ الزرقا (المرجع السابق نبذة ١٠٤ ص ١٧٧) « أن زوال الشخصية بالموت لايستلزم زوال آثارها ، من ذمة وأهلية ، بل يعتبر للذمة وأهلية الوجوب استمرار موقت بعد الموت بقدر ما تقتضيه تصفية الحقوق التي لها ارتباط باعمال الحياة السابقة « وهذه حالة استثنائية قضت الضرورة باعتبارها لتوجيه الاحكام ...

(٢) راجع المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي ، مجموعة لاعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ص ١١١ و ج ٤ ص ٥٥ وما بعدها .

كذلك قد تعتبر الشخصية مستمرة وموجودة رغم أن حياة صاحبها غير مؤكدة بل ربما كانت بالفعل منتهية ، كما هي الحال في المفقود ، على ماسنبحثه بعد قليل .

أهمية تعيين تاريخ الوفاة : وإذا كان لتعيين مبدأ الحمل وتاريخ الولادة أهمية وأثر في النتائج القانونية ، فان لتعيين تاريخ الوفاة كذلك كبير الاهمية ، ولا سيما في الميراث . وفي الاحوال العادية ، ليست هناك صعوبة تذكر . لأن تاريخ الوفاة سهل المعرفة . ولكن هناك أحوالاً غير عادية من طوارىء أو حروب أو مصائب الخ . . . ، يذهب الناس بها جملة ، بحيث تتعذر معرفة تاريخ وفاة كل منهم . ولا نجد في قانوننا المدني الجديد نصاً أو حلاً نلجأ اليه للحكم في حالات كهذه ، مما يوجب الرجوع إلى قانون الاحوال الشخصية أو من ثم إلى مبادىء الشريعة الاسلامية عملاً بنص المادة الأولى من القانون المدني . والشريعة الاسلامية قد بحثت في معرض الإرث بين الغرقى والحرقى والهدمى والقتلى ، الذين يموتون معاً بسبب غرق السفينة بهم ، أو احتراق البيت وهم فيه ، أو انهدامه عليهم ، أو قتلهم في معركة دون أن يعرف من مات منهم أو لا ، يجعلون كأنهم ماتوا جميعاً ، في وقت واحد . ولا يرث بعضهم بعضا إلا إذا عرف ترتيب موتهم[1] وقد أيد قانون الاحوال الشخصية هذا الحكم في مادته ٢٦١ .

وفي كل الاحوال يجب التبليغ عن الوفاة كما يجب التبليغ عن الولادة . وقد أوجب قانون الاحوال المدنية رقم ٢٦٠ وتاريخ ٩٦٠/٧/١٩ على أهل المتوفى ، وأبوي المولود إجراء هذا التبليغ كما أوجبه على الطبيب والقابلة وأخيراً على المختار (المواد ١٥ - ١٨) . ومن المعلوم أنه لايجوز دفن الموتي إلا بعد الاستحصال على إذن بذلك ، وبعد أن يتم تبليغ الوفاة إلى مكتب الصحة في الجهة التي حدثت فيها (المادة ٢٩) .

---

(١) راجع ابن عابدين ، الحاشية ، ص ٥٠٩ ؛ معوض محمد مصطفى ، الميراث في الشريعة الاسلامية ، المرجع السابق ص ١٠٩ .

§ ٥ ــ المفقود والغائب

معنى كلمة غائب باللغة العادية الشخص غير الحاضر ، وأما المفقود فهو الذي غاب ولا يعلم بعد أحي هو أم ميت . وبتعبير آخر قام الشك في حياته ، وعدم التأكد من موته . وقد فرق الفرنسيون حقوقياً بين الغائب absent ، الذي انقطعت أخباره وشك في حياته أو موته ، وبين المفقود disparu ، الذي تأكدت وفاته دون وجود الجثمان .

وعلى هذا فان بين المعنين فرقاً كبيراً واختلافاً بين شريعة وأخرى ، ونحن إنما نقصد بالمفقود في دراستنا الحاضرة المعنى الأول القائم على الشك فى حياة الشخص أو موته . ومع ذلك فقد ميز قانون الأحوال الشخصية الجديد الصادر عام ١٩٥٣ على غرار قانون المحاكم الحسبية بمصر ، بين المفقود والغائب كما يلي :

فقد جاء في المادة ٢٠٢ من قانون الأحوال الشخصية أن : « المفقود هو كل شخص لاتعرف حياته أو مماته أو تكون حياته محققة ولكن لايعرف له مكان » ثم أشار هذا القانون في المادة ٢٠٣ إلى حالة الغائب فقال « ويعتبر كالمفقود الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه أو إدارة شؤونه بنفسه أو إقامة وكيل عنه ، مدة أكثر من سنة وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره » .

ومن هذا النص يتضح أن المفقود بحسب حكم القانون الخاص النافذ لدينا في موضوع الفقدان على نوعين :

آ ــ شخص يقوم الشك حول حياته أو مماته .

ب ــ وشخص تكون حياته محققة ، ولكن مكانه في هذه الدنيا غيرمعروف وكلا الشخصين في نظر قانون الأحوال الشخصية يعتبر مفقوداً .

وأما الغائب فهوالذي تكون حياته ثابتة ،ومكان وجوده معروفاً ولكن تحول دون عودته إلى موطنه ظروف قاهرة .

ونعتقد أن النوع الثاني من مدلول الفقدان واعتبار من لا يعرف له مكان ووجود معلوم ، بحكم المفقود ، رغم تحقق حياته محل نظر وموضوع بحث ربما كان يحسن في اعتقادنا عدم تشميله لجميع أحكام المفقود واعتباره مثله في كل حكم ، وربما كان مثل هذا الشخص أقرب إلى الغائب منه إلى المفقود ، وهو رأي أكثر الفقهاء (١) .

ومهما يكن الأمر فان المفقود بحسب المفهوم الأصلي ، هو الشخص الذي غاب عن موطنه أو بالأصح عن بلده دون التأكد من حياته أو موته ، ولا بد أن يحدد وضعه الحقوقي تجاه أسرته وتجاه الناس ، فماذا يكون حكم شخصيته ؟ أتعتبر باقية حتى يتحقق موته ، وقد لا يتحقق أبداً ؟ أم تعتبر منتهية من وقت انقطاع أخباره ، مع أنه يحتمل أن يكون حياً وأن يعود إلى مقره يوماً من الأيام ؟

ماذا نفعل في أمواله وتركته ، وما هي حقوق ورثته المفترضين ، وبأي تاريخ تعتبر التركة مفتوحة ؟ ماهو وضع أولاد القاصرين ؟ ماهو وضع زوجه الباقي على قد الحياة ؟ الخ ...

إذا أردنا أن نطبق القواعد العامة لا نستطيع أن نقول جازمين أن زواج الغائب المنقطع الأخبار منحل أو قائم ، وأن تركته انتقلت إلى ورثته أم لا تزال ملكاً له ، لاننا نجهل أهو حي أو ميت .

وهكذا « فعدم تحقق حياة المفقود أو مماته هو الذي يجعل دراسة حياته متصلة بدراسة الشخصية ، حتى نتبين إذا كنا سنعتبره أثناء فقده حياً فتبقى له شخصيته أم ميتاً فتنتهي هذه الشخصية . » (٢)

---

(١) راجع الأستاذ الزرقاء ، نظرة عامة في فكرة الحق والالتزام ١٩٤٨ ص ١٣٨ .
ولعل السبب في دمج الحالتين تحت مدلول واحد وحكم واحد هو العمل على حماية أموالهما فقط ، كما يذكر المؤلفون المصريون تبريراً لهذا الدمج في قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ تاريخ ١٣ يوليو ١٩٤٧ (مادة ٥٠) الذي أخذ عنه قانون الأحوال الشخصية الكثير من أحكامه .

(٢) راجع عبد المنعم الصده ، المرجع السابق ، ص ٦٠ .

ولم تبحث الشرائع الغربية القديمة في هذا البحث مطولاً . أمـــا الشريعة الاسلامية وأكثر الشرائع الحـديثة مثل قانون نابليون والقانون المدني الألماني والسويسري الخ . . فقد عالجت هذه الحالة بحلول مختلفة ، وخول أكثرها المحاكم سلطة التحري عن الواقع والحكم بثبوت الوفاة نهائيـاً متى غلب احتمالها على احتمال الحياة ، وذلك تخفيفاً لهذه المشاكل المعقدة التي يخلقها الغياب .

وفي زمن ما كثر الغيـاب ، وخصوصاً في القرون الثلاثة الأخيرة ، حيث كثرت الحروب والمنازعات المسلحة ، كما كثرت الهجرة والصلات البعيدة ومـــا يرافقها من حوادث ومخاطر ، وكانت مشاكل الغياب من المشاكل الهامة والعويصة. أما اليوم فرغم قيام حروب ضروسة ، فان عدد حالات الغياب قد قل كثيراً نظراً للتنظيم من جهة ، وسهولة المواصلات والنقل والاذاعه والمراسلات من جهة أخرى ، ومع ذلك فان الحياة توجـد في كل يوم أسباباً للغياب أو الفقدان بحيث لابد من تعيين وضع هذا الغائب أو المفقود وأحكام ذلك حقوقياً .

نص قانوننا المدني الجديد في المادة ٣٤ انه « يسري في شأن المفقود والغـائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة ، فان لم توجـــد فأحكام الشريعة الاسلامية » ويلاحظ هنا ذكر الكلمتين معاً المفقود والغائب (١) .

وإذا كان بعض القوانين الخاصة في مصر قد نظمت أو بحثت وضـع المفقود وأحكامه ، فلم يكن في سورية ثمة قانون خاص لذلك ، مما كان يوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، قبل صدور قانون الاحوال الشخصية. وبعد صدور هذا القانون أصبحت أحكامه هي التي تطبق حتى إذا لم تكف رجعنـــا إلى أحكام الشريعة الاسلامية .

وقد قدر فقهاء الشريعة الاسلامية في شأن ذلك أن المفقود — بحسب أحكام المذهب الحنفي المفتى به عندنا قبل قانون الاحـوال الشخصية — « يحكم بموته إذا

(١) ويرى الاستاذ شفيق شحاته ان القانون قد فرق بذلك بين المفقود والغائب على غرار ماقضى به قانون المحـــاكم الحسبية بحيث لايكون كل غائب مفقوداً في حين أن كل مفقود حتما شخص غائب . (محاضرات في النظرية العامة للحق ، المرجـع السابق ، ص ٤٦).

انقرضت اقرانه في بلده ، فاذا تعذر الفحص من الاقران أو لم تعلم أقرانه ، وحكم القاضي بموته بعد مضى تسعين سنة من حين ولادته ، صح حكمه »[1] .

أما بعد صدور قانون الاحوال الشخصية ، فقد نصت المادة ٢٠٥ منه على أن الفقدان ينتهي إما بعودة المفقود ، وإما بثبوت موته ، وإما بالحكم باعتباره ميتاً عند بلوغه الثمانين من العمر . ونصت المادة ٢٦٠ منه كذلك على استحقاق المفقود الإرث إذا اعتبر ميتاً بحكم القاضي ، فجعلت بذلك من حق القاضي انهاء شخصية المفقود إذا بلغ من العمر ثمانين سنة ، ولم يعد إلى بلده ولو لم يقم دليل على وفاته .

وهذا الحكم ، في تعليق اعتبار انتهاء شخصية المفقود حتى الثمانين من العمر ، مايزال في اعتقادنا قاسياً وغير متفق مع المصلحة ، وهناك بين مذاهب الشريعة وفقهائها من يرى رأياً أرحم وأقرب للواقع[2] . على أن ثمة تخفيفاً لأثار

---

(١) مرشد الحيران مادة ٥٧٨ .

(٢) وقد أخذت مصر ـ في مرسوم القانون الصادر عام ١٩٢٩ رقم ٢٥ ـ بحكم آخر مأخوذ من مذهب الامام احمد يميز بين مفقود يغلب عليه الهلاك ، كالمفقود في ساحة حرب . او وقت وقوع كارثة من زلزال أوغرق أو حريق ، أو نحو ذلك ، وهذا المفقود لايعلم اذا كان حياً أو ميتاً ، فيحكم بموته بعد اربع سنين من تاريخ فقده . ومفقود لا يغلب عليه الهلاك كمن هاجر من بلده الى مكان آخر غير معلوم وحكم بفقده . وهذا يقدر القاضي فيه الظروف فيحكم بموته بعد اربع سنين أو اكثر حسب تقديره ، وليس لهان يقضي بذلكقبل مضي اربع سنوات على الأقل ، بعد ان يتحرى بجميع الطرق الممكنة للتثبت مما اذا كان المفقود حياً أو ميتاً (المادة ٣١) ونلاحظ في الحالتين المتقدمتين ان القاضي يحكم بموت المفقود اذا ثبت من التحري موته ، أو لم يستدل بصفة قاطعة على أنه حي أو ميت . أما إذا ثبتت حياة المفقود فيلغى الحكم باثباتالفقد ، حتىولو كانالمفقود لم يعد . « فاذا حكم بموت المفقود اعتبر في حكم الميت ، وبالتالي تنتهي شخصيته ، والموت هنا حكمي ، لأن موت المفقود متيقن ، وقد يظهر بعد ذلك أنه مازال على قيدا لحياة » (عبد المنعم الصده ، المرجع السابق ، ٦٢) . ويلاحظ أيضاً أن ما تقدم من الأحكام لايمنع ذا الشأن من رفع دعوى بموت المفقود حتى قبل انقضاء اربع سنوات على فقده ، شريطة ان يقيم البيية فيوجه الوكيل الذي بيده مال المفقود=

هذه القسوة بالنسبة للزوجة مانصت عليه المادة ١٠٩ من قانون الأحوال الشخصية - وذلك بتسويغها للزوجة طلب التفريق من زوجها إذا ماغاب بلا عـذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات ، ولو كان له مال تستطيع الزوجة - الانفاق منه وذلك بعد سنة من الغياب أو السجن .

وفي كل الأحوال فان المفقود لا يقضى بموته من اليوم الثاني لانقطاع أخباره -

---

= وان لم يكن هناك وكيل نصب القاضي وكيلاً لذلك ، ويجوز الاثبات بسائر الطرق والبينات - فان اثبت القاضي بالوفاة (مرشد الحيران مادة ٥٨١ ، ولمذكرة الايضاحية لمشروع تنقيـح القانون المدني ، مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ ص ١١٦) .

وقد أخذت مصر بهذا الرأي الثاني ، لانه اصح حالا وأقرب مثالاً من المذهب الحنفي الذي يقضي بانتظار موت الاقران ، أو انقضاء تسعين من الاعوام ، خصوصاً وقد ذهب كثير من الشباب المصري والعمال المصريين الى بريطانيا اثناء الحرب الأولى ، وكلهم في ريعان الشباب ولم يعودوا الى أهلهم وذويهم ، ولم تتحقق وفاتهم ولا حياتهم ، واكثرهم متزوج بزوجات صبيات ، بحيث يكون انتظار ستين أو سبعين عاماً — حسب المذهب الحنفي — حتى يقضي بالوفاة ، امراً غير مقبول ولا معقول .

وفي بعض الشرائع الغربية ، ظل امر الغياب والفقدان في الماضي . غير كاف للاستدلال منه على انتهاء الشخصية أو الوفاة ، كما كان الحال في قانون نابليون ، غير أن قوانين خاصة - جاءت بعد الحروب الكبرى في فرانسة تعتبر ، استثناء ، زمراً من النـاس المفقودين في الحروب أو الكوارث امواتا مع الاحتفاظ بالقاعدة العامة الاصلية بعدم اعتبار الغياب وحـده دليلاً على الوفاة حتى صدر مؤخراً عام ١٩٤٥ امر يعطي للسلطة القضائية — بناء على بيانات السلطة الادارية بالفقدان ولو لم تتحقق الوفاة — حق التقدير في اصدار القرار باعلان الوفاة - وتعيين مبدئها (المواد ٨٧ — ٩٢ من القانون المدني الفرنسي بعد التعديل) .

أما في الشرائع الحديثة الاخرى ، كالقانون الالماني ، والسويسري ، وكذلك الانـكليزي - فان الفقدان فيها يمكن أن يعتبر قرينة على الوفاة ، أما مباشرة وبحكم القضاء المطلق التقدير . (المواد ١٣ — ٢٠ من القانون الالماني ؛ المادة ٣٤ سويسري ، راجع تووور Tour ، القانون المدني السويسري الترجمة الفرنسية ص ٨١) أو مع تحقق بعض الشروط من مدة أو حوادث (كالقانون الايطالي واليوناني) (راجع ارمانجون نولد وولف ، مطول الحقوق المقارنة . ج ص ١١٩١) .

بل يمر عليه زمن يختلف من حيث الطول والقصر باختلاف الحالات والمذاهب ، ولا بد من تعيين وضع المفقود في أسرته وأمواله وحقوقه وعلاقات الناس به . وقد ميزوا لذلك بين ثلاثة أدوار :

الدور الأول – دور الغياب وعدم الحكم بعد بثبوت الوفاة أو باعتبار المفقود ميتاً .

في هذا الدور تبقى شخصية المفقود مشكوكاً فيها طوال مدة فقده إلى أن يحكم بثبوت وفاته أو اعتباره ميتاً ، وما دامت حياته كمماته غير مؤكدين فيفرض فيه أصلح الأمرين ، أي أنه حي . وبعبارة أخرى يعتبر المفقود حياً – بحسب أحكام الشريعة الاسلامية – في الحقوق التي يضره فيها اعتباره ميتاً ، بحيث تتوقف هذه الحقوق على ثبوت موته ، فلا تتزوج زوجته أحداً ، ولا يقسم ماله على ورثته ولا تفسخ اجاراته [1] . ويعتبر ميتاً (أو بالأصح لايعتبر حياً) بحق الأحكام التي تنفعه وتضر غيره وهي المتوقفة على ثبوت حياته ، فلا يرث (نهائياً) من غيره ولا يحكم باستحقاقه الوصية إذا أوصي له ، بل يوقف نصيبه في الأرث أو قسطه في الوصية إلى ظهور حياته أو الحكم بوفاته [2] .

وقد نصت المادة ٣٠٢ من قانون الأحوال الشخصية « يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها فان ظهر حياً أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه الى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه » .

وبناء على هذا الفرض تحفظ له حقوقه التي كانت له في تاريخ فقده لاحتمال ظهوره يوماً ما ، ويعين له وكيل قضائي يحصي أمواله ويديرها ، ويضم

---

(١) مرشد الحيران ، مادة ٥٧٦ .

(٢) مرشد الحيران ، مادة ٥٧٧ .

إيرادها إلى أصلها ، وينميها بما فيه المصلحة للغائب ، وتبقى زوجته على ذمته [1] ، ويكون للوكيل عن الغائب مالوصي على القاصر من سلطات ، وضمن حدود الصلاحيات التي عينها قرار نصبه [2] . وفي كل الاحوال فان حق تنصيب هذا الوكيل ، كسائر الامور المتعلقة بالمفقود وأمواله ، إنما يعود إلى القضاء وإلى المحاكم الشرعية عندنا [3] .

وبناء على هذا الفرض أيضاً يحسب المفقود (موقتاً) في ضمن ورثة مورثه الذي مات بعد تاريخ فقده كما يحسب موجوداً بالنسبة إلى وصية أوصى له بها ، ثم مات الوصي بعد تاريخ فقد الموصى له ، ولكن نظراً لأن حياته مفروضة وليست محققة ، فلا يمكن إعطاؤه نصيبه في الإرث أو الوصية لأن ذلك مشروط بتحقق حياته وقت موت المورث أو الموصي ، لأن موته غير محقق ، فلا يمكن إسقاطه من بين ورثة مورثه أو إلغاء الوصية ، فيوقف إذن نصيبه

---

(١) من حقها ان تتقدم بطلب التفريق بعد سنة من الغياب كما نصت على ذلك المادة ١٠٩ من قانون الأحوال الشخصية .

(٢) وقد قضت محكمة التمييز السورية المختلطة انه : ١ ـ إذا كان المفقود قد اعتبر غير حاضر فقط ، فلا يجوز الأخذ بما يدعي به شركاؤه في الأرث من اخراجه منه ، كما لايجوز ذلك لمن يأتي بعده مرتبة هذا الأرث ، بل يجب تمثيل الغائب بوكيل او ممثل .

٢ ـ ومن المبادىء المقبولة من غير نقاش أن المحكمة تستطيع ان تعين قيماً لتمثيل الغائب المفترض ، مع بيان صلاحيات هذا القيم وتعيينها بنفس الحكم الذي يقضي بتسميته ، حتى إذا لم يكن هناك تعيين لهذه الصلاحيات في حكم التسمية ، وجب الرجوع في ذلك الى القواعد العامة . ٣ ـ وبصورة عامة ، فان صلاحيات القيم لاتتعدى اعمال المحافظة والإدارة ، كقبض المبالغ العائدة ، للغائب ، اقامة دعوى التصرف ، استعمال حق متروك اختياره للغائب ... الخ ... (قرار رقم ٨٢٨ تاريخ ١٠ تشرين اول ١٩٣ مجموعة صنيج ج ١ ص ١) .

(٣) محكمة التمييز السورية ، اساس شرعي ٣٥ سنة ٩٤٣ . مجلة نقابة المحامين بدمشق ١٤٨ ص ١١٨ .

في الإرث أو الوصية ، أشبه شيء بالجنين ، إلى أن يظهر حياً أو تثبت وفاته أو يعتبر ميتاً .

فان ظهر حياً قبل الحكم بثبوت وفاته ، تبدد الشك . وتيقن الوجودووجب أن يعتبر كما لو لم يغب أبداً ، وتزول جميع آثار الفقدان والغياب السابق وتنقضي ولاية الوكيل بظهوره ويتسلم هو أمواله وما انضم اليها ويعود إلى زوجته ، ويأخذ ماأوقف على ذمته من إرث أو وصية وإن ثبتت وفاته اعتبر ميتاً من تاريخ حصولها .

الدور الثاني ـ الحكم باعتبار المفقود ميتاً .

في هذا الدور ومنذ الحكم باعتبار المفقود ميتاً ، ينتهي الدور السابق وكل ماترتب عليه من شك وآثار لهذا الشك ، ويصبح المفقود في عداد الأموات ، وله حكمهم . ولكن الذي يعرض هنا هو الآتي : متى يعتبر المفقود ميتاً ، أمن حين الحكم بالوفاة أم وقت انقطاع الاخبار أو وقوع الغياب ؟ ولهذا التفريق كما لايخفى أهمية كبرى إذ ربما دامت فترة الغياب قبل اعتبار الوفاة أعواما ومدداً طويلة ، فاذا قلنا باعتباره ميتاً من وقت فقده ترتب على ذلك :

١ — إن ما أوقف على ذمته من إرث أو وصية بعد الفقد وقبل الحكم يرتد إلى أولي الحق فيه ، الذين كانوا يستحقونه من دونه . وهذه نتيجة طبيعية لمبدأ الاستحقاق في الإرث أو الوصية ، حيث يجب تحقق حياة الوارث أو الموصى له حين وفاة المورث أو الموصي . وقد كانت حياة المفقود حين وضع له نصيبه جانباً موضع شك .

٢ — وبالوقت ذاته يجب أن تقسم أمواله على ورثته الذين كانوا موجودين حين فقده بما في ذلك من توفي منهم قبل الحكم (وبالطبع بعد الفقد) .

وإذا قلنا أنه يعتبر ميتاً من وقت الحكم فقط كانت النتائج الناجمة عن ذلك تخالف السابقة ، بمعنى أنه :

١ — يستحق ما أوقف على اسمه من ارث أو وصية ويدخل ما أوقف له منها في تركته وثروته ويعتبر جزءاً من ذمته ويقسم بين ورثته الموجودين وقت الحكم .

٢ — تقسم أمواله على ورثته الموجودين وقت الحكم فلا يرثه من مات قبل الحكم ولو بعد الفقد .

أمام هذين القولين ، والنتائج المختلفة لهما ، فقد أخذ الفقهاء حلاً وسطاً وقرروا أن المفقود في حال الحكم باعتباره ميتاً ، يعتبر تارة حياً وتارة ميتاً ، في الفترة مابين الفقد والحكم . وليس في قانون الأحوال الشخصية مايغير هذا الحل .

فيعتبر حياً قبل الحكم — أي ميتاً من تاريخ الحكم — بالنسبة لماله وحقوقه الموجودة عند الفقدان ، أي تعتبر حياته مستمرة بالنسبة إلى حقوقه وأمواله التي كانت تابعة له قبل فقده ، فتقسم أمواله على ورثته الموجودين حين الحكم ، ولا تحل زوجته لغيره من الأزواج إلا من تاريخ الحكم . هذا إذا لم تطلب التفريق بعد سنة من الغياب وفق أحكام المادة ١٠٩ من قانون الأحوال الشخصية .

ويعتبر ميتاً من تاريخ الفقد بالنسبة للأموال والاستحقاقات التي جاءته من غيره مما يشترط فيه تحقق حياته : فلا يستحق ماأوقف لأجله من إرث أو وصية بل يرتد نصيبه إلى من كانوا يستحقونه باعتبار المفقود ميتاً من تاريخ فقده .

وبعبارة أخرى فان المفقود الذي حكم باعتباره ميتاً يعتبر أنه مات من تاريخ فقده بالنسبة إلى إرثه من غيره وما هو في حكمه ، وإنه لم يمت إلا من وقت الحكم بالنسبة إلى إرث غيره منه وما شابهه . وهو ما أقره قانون الأحوال الشخصية الجديد في المادة ٢٠٢ حيث ذكر أنه « إذا حكم

بموت المفقود رد نصيبه الموقوف عليه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت المورث » .

الدور الثالث — ظهور المفقود بعد الحكم باعتباره ميتاً :

إن ظهور المفقود بعد الحكم لايختلف كثيراً عن ظهوره قبل الحكم ، لأنه رغم هذا الحكم : فان ظهوره يقضى على البينة التي بموجبها حكم بوفاته ولكن الفرق في ذلك بين الظهور قبل الحكم وبعده ، هو أنه في الحالة الأولى — أي قبل الحكم — يأخذ المفقود كل أمواله وما آل اليه بالارث أو الوصية ، ويعود إلى زوجته التي ما كانت تستطيع الزواج ، ولا يكون لفقدانه من أثر في حياته المالية والعائلية . أما في الحالة الثانية فانه لايستفيد إلا مما بقي من ماله في أيدي الورثة أو المستحقين له ؛ وأما الهالك أو المستهلك المتصرف به فعلاً أو قولاً ، فلا شيء له عليهم فيه ، لأنهم لم يستولوا عليه من تلقاء أنفسهم بل بحكم من القاضي . وكذلك لاتعود له زوجته إذا كانت قد تزوجت بغيره بعد الحكم ودخلت به ، بعد انقضاء العدة ، والزوج الجديد غير عالم بحياة المفقود (١) .

وقد جاء في الفقرة الثانية للمادة ٣٠٢ من قانون الأحوال الشخصية أنه « إن ظهر (أي المفقود) حياً بعد الحكم بموته أخذ مابقي من نصيبه بين أيدي الورثة » .

---

(١) الاياني ، مختصر شرح الأحكام الشرعية ص ٤٧٧ وما بعدها ؛ مرشد الحيران ، مادة ٥٨٠ .

§ ٦ ــ ثبوت الشخصية

لا بد إذن من اثبات مبدأ الشخصية ومنتهاها ، كما لا بد من اثبات جميع خصائصها الأخرى ، فما هي سبيل هذا الاثبات ؟ إن هذا البحث بطبيعته يعود في الأصل ، كسائر قضايا الاثبات ، إلى أبحاث الأصول والبينات . ولكن أهميته الواقعية المباشرة بالنسبة للشخصية التي نبحثها ، تجعل من الواجب والمعقول أن نذكر وسيلة الوصول لمعرفة بدء الشخصية ونهايتها خصوصاً وان القانون المدني قد أشار إلى ذلك بنص خاص .

في الشريعة الإسلامية قديماً ، كان ذلك خاضعاً ، شأن كل شيء ، إلى الشهادة التي كانت وحدها طريقة الاثبات المثلى والأخيرة .

أما اليوم ، ومنذ أكثر من قرن ، بدأت في العالم موجة من التنظيمات الإدارية باقامة سجلات ، وإيجاد دوائر إحصاء منظمة ، لتسجيل وقائع الأحوال المدنية في حينها بشكل تسهل معرفته والرجوع اليه ، حتى غدت هذه السجلات في البلاد المتمدنة المصدر الرسمي والوحيد لاثبات هذه الحادثات . وقامت الحكومة العثمانية بايجاد دوائر النفوس ، وقيد الناس فيها بصحيفة مخصوصة لكل عائلة ، يذكر فيها تاريخ الميلاد والزواج والأولاد والوفاة . ومثل ذلك في مصر وسائر البلاد ، ويعطى عن هذه السجلات قيود يثبت بها أصحاب العلاقة الوقائع المذكورة فيها . غير أن هذه القيود ــ التي كانت اختيارية ومضطربة ــ لم تكن في سورية منتظمة وعامة شاملة ، وخصوصاً في زمن الدولة العثمانية ، وحتى أمد طويل بعد زوالها . وبالنظر لما لتنظيم هذه السجلات من أهمية وضرورة ، ورغبة بتنظيم سجل عام اجباري لجميع المواطنين يكون المرجع في كل ما يتضمنه من حادثات مدنية ، فقد نص الدستور السوري السابق في المادة ١٦١ أنه « خلال سنتين منذ تنفيذ هذا الدستور ، يجب تنظيم السجل

المدني وتسجيل المواطنين كافة » ليلزم السلطتين التشريعية والتنفيذية بتحقيق ذلك.

أما القانون المدني فقد نص في المادة ٣٢ أنه : « ١ — تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك » .

وفي الواقع فان الولادة من حيث هي عمل مادي تثبت بشهادة الميلاد وسجلات النفوس [١] وكذلك النسب الذي يترتب على الولادة فانه يثبت أيضاً بشهادة الميلاد في الأصل [٢] .

والموت يثبت بسجلات الوفاة ، وقد نظمت في سورية دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها ، والشهادات التي تستخرج عنها والخ . . . بسلسلة من القوانين والقرارات ، التي صدرت منذ العهد العثماني وفي العهد السوري ، ما يزال معمولاً بها حتى اليوم . وقد نصت على ذلك في المادة ٣٣ من القانون المدني حيث قالت « إن سجلات الأحوال المدنية والاجراءات المتعلقة بها تخضع لقانون خاص . »

وهذه القوانين والقرارات كثيرة نذكر منها في العهد العثماني قانون النفوس العثماني وتعديلاته المؤرخ في ٥ شوال ١٣٣٢ هـ [٣] . وبموجب هذا القانون جرى للمرة الأولى تنظيم سجلات النفوس ودوائرها وما يجب تسجيله بالنسبة لكل

---

(١) وقد قضت محكمة التمييز السورية بهيئتها العامة أن « لقيود النفوس قوة اثباتية مطلقة فيصح الاستناد اليها في ثبوت الوفاة وبلوغ الطفل سن الحضانة » . (قرار رقم ٢٥١ تاريخ ٢٦ — ١٢ — ٩٤٥ . مجلة نقابة المحامين بدمشق ٩٤٧ ص ٢٢١) .

(٢) الا أن خضوع النسب ألى الاحكام الشرعية ، يبقى إثبات النسب خاضعاً أمام المحاكم الشرعية لطرق الاثبات بالشهادة « وفي الأحكام الفقهية تثبت الولادة بشهادة القابلة وحدها على رأي الصاحبين ، لانها من الحوادث التي لا يطلع عليها الرجال عادة ، كما تكفي شهادتها لتعيين الولادة . وتثبت الوفاة بشهادة التسامع ، فلا يشترط أن يكون الشاهد قد حضر الوفاة ، بل يكفي أن يكون سمع بها من الناس الذين شاع خبرها فيهم (الزرقاء ، المرجع السابق نبذة ١٠٦ ص ١٨٠) .

(٣) مجموعة قوانين صادر ، الجزء ٤ ص ٣٠١ .

شخص ، وأصول ضبط وتحرير حوادث الولادة والزواج والوفاة الخ ... ثم جاء بعده قانون النفوس في الاتحاد السوري الصادر بتاريخ ١ ايلول ١٩٢٣ [١] ، وتبعه القرار رقم ٣٦٣٣ تاريخ ١٥ تشرين الأول ١٩٣١ المسمى بنظام النفوس السوري [٢] وقد ألغيت جميع هذه التشريعات عندما صدر قانون الأحوال المدنية رقم ٣٧٦ وتاريخ ٢/٤/٩٥٧ الذي الغي بدوره بالقرار بقانون رقم ٢٦٠ لعام ١٩٦٠ (١٩ تموز ٩٦٠) واضحى هذا القانون الأخير هو التشريع الخاص المنظم للأحوال المدنية وقيودها والمحدد لأحكامها وقوتها الاثباتية . مما لا يختلف كثيراً عن مبادىء التشريع السابق في سورية .

وإذا كان الأصل بحسب نص الفقرة الأولى للمادة ٣٢ من القانون المدني أن الولادة والوفاة تثبتان بالقيود المذكورة ، فان الفقرة الثانية ، وقد لاحظت وضع البلاد وكثرة المكتومين ، واضطراب السجلات بحسب المصالح والروايات ، نصت على أنه « إذا لم يوجد هذا الدليل، أو تبين عدم صحة ما ادرج في السجلات، جاز الاثبات بأية طريقة أخرى » .

وجاءت المادة ٢ من القرار بقانون رقم ٢٦٠ لعام ١٩٦٠ المذكور مؤكدة أن مكاتب السجل المدني هي التي تختص بتسجيل واقعات الأحوال المدنية من ولادة وزواج وطلاق ووفاة . . وما يتفرع عنها ، وباصدار البطاقات الشخصية والعائلية ...

وقد نصت المادة ١١ من هذا القانون كذلك أنه « تعتبر السجلات بما تحويه من بيانات ، والصور الرسمية المستخرجة منها ، حجة بصحتها ما لم يثبت عكسها أو بطلانها أو تزويرها بحكم صادر عن القاضي الجزئي في المنطقة التي يوجد فيها القيد الأصلي » .

---

(١) مجموعة قوانين صادر الجزء ٤ ص ٣١٢ .

(٢) وهو صادر عن الحكومة السورية ومنشور في الجريدة الرسمية سنة ٩٣١ ص ٢٦٤ ، وفي مجموعة مقررات حكومة سورية ليوسف صادر ج ٦ ص ٤٦ .

وعلى هذا « فان الأصل المشار اليه يبقى معتبراً وملزماً ، بمعنى أنه كاف للاثبات ـ إذا كان موجوداً ـ حتى يقيم ذوو الشأن الدليل على عدم صحة ما ادرج في السجلات فعندئذ يجوز إثبات الولادة أو الوفاة بجميع طرق الاثبات ، كما يجوز ذلك إذا لم توجد شهادة الميلاد أو شهادة الوفاة لأي سبب من الأسباب ، وليس من الضروري اثبات أن هاتين الشهادتين قد فقدتا ، بل يكفي ألا توجدا حتى يسمح لذوي الشأن أن يثبتوا الولادة أو الوفاة بجميع الطرق » .

وكما يجوز إثبات تاريخ الولادة وتصحيح سجلات النفوس المتعلقة بهذا التاريخ بمختلف وسائل الاثبات ، وكذلك يجوز تصحيح تاريخ الوفاة خلافاً لقيود دائرة الاحوال المدنية ، وإقامة الدليل على خلافها [1] .

---

(١) راجع قرار محكمة التمييز السورية رقم ٣٤٥ تاريخ ١٩ ـ ٣ ـ ٩٤٧ ، مجلة نقابة المحامين بدمشق ١٩٤٧ . ومع ذلك فقد أشار واضع القانون :

« على انه يلاحظ في إباحة اثبات الولادة والوفاة بجميع الطرق ، أن قانون الأحوال الشخصية هو الذي يحدد قوة الأثبات للطرق المختلفة ، فتتبع احكام الشريعة الاسلامية في ثبوت النسب . ومن أحكام الشريعة الاسلامية في ثبوت النسب ـ كما رأينا ـ القاعدة التي تقضي بانه اذا ولدت الزوجة حال قيام النكاح الصحيح ولداً بتمام ستة أشهر فصاعداً من حين عقده ، وقبل مرور سنتين على انحلاله (قبل صدور قانون الاحوال الشخصية) ، ثبت نسبه من الزوج ، فان جاءت به لاقل من ستة اشهر فلا يثبت نسبه منه ، إلا أذا ادعاه ولم يقل أنه من الزنا (الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية لقدرى باشا المادة ٣٣٢) . وكذلك القاعدة التي تقضي بانه إذا ادعت الزوجة المنكوحة الولادة وجحدها الزوج ، تثبت بشهادة امرأة مسلمة حرة عدلة ، كما لو أنكر تعيين الولد يثبت بشهادة القابلة المنصفة بما ذكر . وإذا أقر رجل بنوة غلام مجهول النسب وكان في السن بحيث يولد مثله لمثله ، وصدقه الغلام ، إن كان مميزاً يعبر عن نفسه ، أو لم يصدقه يثبت نسبه منه ، ولو أقر ببنوته في مرضه ، صح إقراره وتلزمه نفقته وتربيته ، ويشارك غيره من ورثة المقر ولو جحدوا نسبه ، ويرث أيضاً من أب المقر وإن جحده . وإن كان للغلام أم وادعت بعد موت المقر أنها زوجته وان الغلام ابنها منه ، وكانت معروفة بانها امه وبالاسلام وحرية الاصل ، او بالحرية العارضة لها قبل ولادته بسنتين فانها ترث ايضاً من المقر ، فان نازعها الورثة وقالو انها لم تكن زوجة لابيهم او انها كانت غير مسلمة وقت موته . ولم يعلم اسلامها وقتئذ ، او انها كانت=

وتكون المحاكم النظامية (العادية) - واليوم المحاكم الصلحية - هي المرجع في الأصل للنظر في طلبات تصحيح هذه القيود في الأحوال المدنية [1] ، كما تقوم بذلك المحاكم المختصة في الموضوعات الداخلة باختصاصها ويتوجب على تلك المحاكم أن تقضي بتصحيح القيد في السجلات عندما تقضي بتصحيح السن أو الوفاة ، لأن تصحيح القيد نتيجة طبيعية لتصحيح السن [2] . ومهما يكن الأمر فان طلب تصحيح سجلات النفوس يمكن أن يقدمه أصحاب المصلحة أو ممثلوهم الشرعيون أو النيابة العامة أو أمين السجل المدني على السواء وفق أحكام المادة ٣٦

= زوجة له وهي أمة فلا ترث ، وكذلك الحكم اذا جهلت حريتها او أمومتها او اسلامها ولو لم ينازعها الورثة . واذا لم تكن المرأة متزوجة ولا معتدة لزوج وأقرت بالامومة لصبي يولد مثله لمثلها وصدقها إن كان مميزاً أو لم يصدقها ، صح اقرارها عليه ويرث منها الصبي وترث منه فان كانت متزوجة او معتدة لزوج فلا يقبل اقرارها بالولد إلا ان يصدقها الزوج او تقام البينة على ولادتها او تشهد امرأة حرة عدلة منكوحة ، او تدعي انه من غيره .

« واذا أقر ولد مجهول النسب ذكراً كان او انثى بالابوة لرجل او بالامومة لامرأة ، وكان يولد مثله لمثل المقر وصدقه فقد ثبت أبوتها له ، ويكون عليه ما للابوين من حقوق وله ماعليها للابناء ، من نفقة وحضانة وتربية ، وتثبت الأبوة والبنوة والأخوة وغيرهما من انواع القرابة بشهادة رجلين عدلين ، او رجل عدل وامرأتين عدول . ويمكن اثبات دعوى الابوة والبنوة مقصودة بدون حق آخر معها ، اذا كان الأب او الابن حياً حاضراً او نائبه ، فان كان ميتاً فلا يصح اثبات النسب منه مقصوداً ، بل ضمن دعوى حق يقيمها الابن او الاب على خصم في ذلك ، الوارث او الموصى له او الدائن او المدين ، وكذلك دعوى الاخوة والعمومة وغيرهما لاتثبت إلا ضمن دعوى حق » (المذكرة الايضاحية ، مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ص ٣٢٣ — ٣٢٤) .

(١) دون المحاكم الشرعية حسب القانون السابق ، راجع قرار محكمة التمييز السورية ، اساس استدعاء ، ١٩٤٢/٢ ، مجلة نقابة المحامين بدمشق ١٩٤٨ س ٢٦ . على ان المادة ٣٨ من القرار بقانون ٢٦٠ قد جعلت تصحيح القيود المتعلقة بالزواج او بطلانه والطلاق والنسب بناء على الاحكام الصادرة من المحاكم المختصة .

(٢) محكمة التمييز السورية ، اساس استدعاء ١٩٤١/٢٣ ، مجلة نقابة المحامين بدمشق ١٩٤٨ ص ٣١ .

من القرار بقانون رقم ٢٦٠ لعام ١٩٦٠ السابق الذكر . أما في الماضي فكان لا يملك ضابط الأحوال المدنية مثل هذا الحق (١) .

على أن المادة ٣٦ المذكورة قد أجازت « التصحيح بالاضافة والحذف والتغيير في البيانات المتفرعة عن واقعات الأحوال المدنية كالمهنة أو الديانة أو غيرها ، بناء على وثائق أو تحقيقات رسمية صادرة من الجهة المختصة دون حاجة لاستصدار حكم بذلك » ، فيجريها أمين السجل مباشرة . ومثل ذلك الأخطاء المادية .

حيازة الحالة المدنية أو شهرة النسب possession d'état ومن بين وسائل الثبوت ، يذكر القانون الفرنسي والفقهاء الغربيون ، حيازة الحالة المدنية أو على حد تعبير بعض الفقهاء « شهرة النسب » . والحيازة — في الأصل وبشكل عام — هي أن يمارس الشخص عملياً كل السلطات والصلاحيات التي يمارسها صاحب الحق الحقيقي على حقه أو ماله ، بصرف النظر عما إذا كان حقيقة صاحب هذا الحق أو المال . وإذا كانت الحيازة تلعب دوراً هاماً ورئيسياً في الأموال المادية (المنقولة خصوصاً) وافتراض تملكها ، فانه ليس لها فيما يتعلق بالحالة المدنية والنسب إلا دوراً ثانوياً ، ولعلها لم تقبل فيها إلا تحوزاً وتوسعاً .

والحيازة ذات نتائج هامة بالنسبة للأموال فهي أولاً تفترض المحتاز أي واضع اليد أو المستولي على الشيء ، هو المالك للحق أو صاحبه المفترض ، وعلى من يدعي العكس أن يثبته . ثانياً انها تؤدي ، إذا ما تواصلت مدة من الزمن إلى كسب المحتاز ملكية الشيء الذي يتصرف فيه باسم التقادم المكسب ، ولو كان في الحقيقة غير مالك له أصلاً .

---

(١) محكمة التمييز السورية ، قرار رقم أساس ٢٦٨٦ تاريخ ١٧ — ١٠ — ١٩٥٠ ، مجلة القانون ١٩٥١ ص ٤٨ .

وقد طبق القانون المدني الفرنسي فكرة الحيازة — التي هي في الأصل فكرة مادية تشترط الاستيلاء والحيازة المادية — على حالة الشخص المدنية ونسبه ضمن حدود وقيود . واعتبر حيازة الحالة المدنية أو النسب هي في ممارسة الشخص ممارسة فعلية لجميع الامتيازات والحقوق العائلية والشخصية ، بصر النظر عما إذا كان هذا الممارس هو حقيقة صاحب حق أم لا (١) .

وقد أطلق فقهاء الشيعة الامامية الذين أخـــذوا بالحيازة ، اسم « النسب بالشهرة » واعتبروا هذه الشهرة ، خلافاً لأهل السنة ، في عـداد الأدلة في ثبوت النسب ، محتجين بان الاعتماد على السماع والمظاهر من أقوى سبل الاثبات وأوضحها بل وأصدقها . وانهـــا غالباً ماتكون الدليل الوحيد الذي يملكه الانسان .

« ومعنى الشهرة هو أن يشتهر انسان عند جماعة يقيم بينهم بانه ابن رجل معين فاذا سئل عنه ، منسوباً اليه ، دل عليه ، وأن يسجل اسمه بهـذا النسب في دائرة العقارات والاحصاء والمحاكم ، وفي دفتر التاجر والقصاب ، وفي عناوين الرسائل وأوراق الدعوة الخ .. فمتى تحققت هذه لديه كلها أو جلها ثم أنكر النسب المشهور به الرجل والمنسوب اليه أو أنكره أحد ورثته ، حـكم بثبوت النسب استناداً الى

---

(١) ومع ذلك فان حيازة النسب فى القانون الفرنسي لا تشكل وحدها في الأصل دليلا على افتراض النسب لمصلحة المحتاز له ، وتوجب على خصمه اقـامة الدليل العكسي ، بل يبقى عليه هو ان يقيم الدليل على وجود هذه الحالة التي يحتازها ، وانما أجـــاز القانون استثناء اعتبارها دليلا وحدها في حالات معينة . ومع هذا لاتؤدي مثل هذه الحيازة الى تقادم مكسب لأن حالة الشخص واسمه ونسبه ، لايكتسب كما لا يسقط بالتقادم . وبناء على ذلك فان بقاء رجل وامرأة بحياة مشتركة ولو ظنها الناس جميعاً انها حياة زوجية شرعية . خلافاً لحقيقتها لايكسبها هذه الصفة ولو امتد بهما الزمن طويلا .

الشياع كما يستند الى الشهادة العادلة من غير تقارب »[1] .

وما دام قانون الأحوال الشخصية من حيث بحث النسب والاقرار به (المواد ١٢٨ إلى ١٣٦) لم يشر إلى هذه الشهرة أو التواتر كما ليس في قانون الأحوال المدنية مايشير إلى ذلك فاننا نعتقد ، أنه عملاً بالمادة الأولى من القانون المدني يجب الرجوع إلى مبادىء الشريعة والعرف ، وهي تقضي بالنسبة لأهل السنة بعدم اعتبار هذه الشهرة دليلاً على إثبات الحالة المدنية أو النسب ، وربما صح أن نعتبرها من بين الأسباب التي تؤيد أو تدعم دليلاً آخر [2] .

★ ★ ★

(١) راجع مقال الشيخ محمد جواد مغنيه ، رئيس المحكمة الشرعية الجعفرية الأولى، النشرة القضائية اللبنانية ، عام ١٩٥٠ ، قسم المقالات ص ٦٦ ــ ٦٧ .

(٢) راجع مقال الاستاذ جورج سيوفي ، في النشرة القضائية اللبنانية ١٩٥٤ ص ٤٩ .

المبحث الثاني

خصائص الشخصية ووصفاتها

Les attributs de la pesonnalité

إن الشخصية الحقوقية كما حددناها تمتاز بصفات وخصائص تؤلف في مجموعها مايسمى بحالة الشخص المدنية l'état de la personne . ويعرفون حالة الشخص الطبيعي بوضع هذا الشخص في المجتمع البشري ، هذا الوضـــع الذي يعين حقوقه وصلاته بالآخرين . ويعرفونها أحيانا بانها مجموع الصفات التي تتوافر للشخص والتي بالاستناد اليها يحدد القانون الحقوق التي يتمتع بها ذلك الشخص(١) . وما يترتب عليه من آثار (٢) .

وقد عني الرومان كثيراً بهذه الحالة المدنية والصفات التي تتمثل بها ، لما كان لها من آثار في حياة الناس ، من أحرار وأرقاء status libertatis ولاتين وغرباء status civitatis ومن مستقلين أرباب أسر واتباع — أي تحت القدرة الأبوية — status familiae الخ ...

كذلك عني العرب والاسلام من بعدهم ، بحالة الشخص إن في دينه ومعتقده

---

(١) جوليو دو لا موراندير Julliot de la Morandiére المدخل لدراسة علم الحقوق ١٩٥١ ص ١٨٩ .

(٢) بلانيول وريبر ، المرجع السابق ، ج ١ نبذة ٤٤١ .

وإن في أصله وجنسه ، وإن في نسبه وعشيرته ، وان في حريته واسترقاقه الخ .. وإذا استعرضنا هذه الصفات المختلفة التي تؤلف الحالة المدنية للشخص الطبيعي ، رأينا ان منها مايتناول وضعه في المجتمع مباشرة ، ومنها مايتعلق بوضعه في الأسرة وحياته الخاصة ، ومنها مايتعلق بشخصيته نفسه مستقلاً . ويرى بعض المؤلفين أن لكل شخص حالتين : حالة عامة أو حالة سياسية ، وحالة خاصة أي حالة مدنية : أما حالة الشخص العامة « فهي تلك الصفة التي تحدد مجموع الحقوق العامة من سياسية وغيرها التي يتمتع بها الفرد ازاء الدولة أو التي يلتزم بها الفرد قبل الدولة [1] » . ونستطيع أن نقول بعبارة أخرى أن الحالة العامة هي التي تتناول حقوق الفرد السياسية واشتراكه في الحياة العامة والسياسية ، أما الحالة المدنية الخاصة فهي التي تتناول وضع الانسان في الأسرة والعائلة وما ينتج عن ذلك من نتائج . على أن الحدود الفاصلة بين الحالتين ربما كانت في كثير من الاحيان مهلهلة ، وغير واضحة ، وربما اتصلت وامتزجت في كثير من الحالات . بحيث لانجد هناك ضرورة لمثل هذا الفصل .

وسنبحث في فصول متتابعة العناصر الرئيسية لحالة الشخص المدنية : فنبحث في فصل أول الصفات الاولية والخصائص الاصلية التي تربط الشخص في المجتمع ، أي الجنسية والأصل والدين والجنس الخ .. ، ثم نبحث في الصفات والخصائص الاكتسابية ، فنبحث في فصل ثان الاسم واللقب ؛ وفي فصل ثالث الموطن ؛ وفي فصل رابع الاسرة والقرابة ؛ وفي فصل خامس الذمة المالية ؛ ثم أخيراً نبحث في فصل سادس أهلية الشخص الطبيعي .

---

(١) الأستاذ شفيق شحاته ، النظرية العامة للحق ، المرجع السابق ص ٤٩ ؛ راجع الأستاذ حامد زكي ، اصول القانون الدولي الخاص ، الطبعة الرابعة نبذة ٢٩٨ و ٢٩٩ الخ ...

الفصل الأول

الجنسية ، والاصل ، والدين ، والجنس

منذ أمد غير قصير أصبح الناس في نظر الحقوق المدنية متساويين في الحقوق والواجبات ، ولم يبق لنظـــام الطبقات أو مؤسسة الرقيق المعروفة في الحقوق القديمة من أثر في حياة الأشخاص الحقوقية . على أن هذا التساوي لاتزال فيه مع ذلك فوارق أوجبتها ضرورات الحياة الاجتماعية وحقائقها الطبيعية . وفيما عـــدا الاسم والموطن والقرابة التي سنبحثها بشيء من التفصيل ، فان من عناصر الشخصية الحقوقية التي تميز بين الناس من وجوه متعددة ، الجنسية والأصل والجنس والدين . وربما خصائص ثانوية أخرى . وقد رأينا أن نجمعها كلها في هذا الفصل .

§ ١ ـ الجنسية La nationnalité

وأما الجنسية ، فهي الصفة التي تلازم شخصاً ما لتجعله تابعاً لدولة من الدول ، وخاضعاً لأحكام قوانينها . فتذكر جنسيته إلى جانب اسمه ليتميز بها . إنها « الرابطة التي تقوم بين الفرد ودولة معينة وتجعله تابعاً لها » ولابد لكل انسان من جنسية .

وما دام هذا العـالم منقسماً إلى دول وسيادات متعددة تتوزع بينها الشعوب

والامم ، كان لا بد وأن ينتمي في الأصل كل فرد أو شخص طبيعي إلى جنسية معينة ، أي الى دولة من هذه الدول يتبع لها وتقوم بينه وبينها روابط حقوقية والتزامات متبادلة ؛ كما ينتسب كل شخص إلى أسرة ولد فيها ، وتتكون من ذوي قرباه ويرتبط بها .

وهذه الجنسية التي تربط كل مواطن الى بلده ، تكون ملازمة له سواء أقام في هذا البلد أو لم يقم . وهكذا نستطيع القول إن الجنسية العربية السورية هي التي ينتمي اليها حتى الآن كل مواطن عربي من الجمهورية العربية السورية سواء أكان في سورية أو خارجاً عنها ، وما يزال محتفظاً بجنسيته .

ويلاحظ أن الأشخاص الذين تثبت لهم الجنسية العربية السورية ، بالنسبة الى الجمهورية العربية السورية ، وجنسية أو جنسيات أجنبية أخرى ـ وهو ما يعتبر خلاف الأصل ومخالفة قانونية ـ ، يعتبرون في نظر قانوننا ومحاكمنا مواطنين من رعايا الجمهورية . وتتغلب بذلك الجنسية العربية السورية على الجنسيات الاجنبية ، على أن لا يستفيد حامل الجنسيتين أو الجنسيات المتعددة ، من جنسيته حسب رغباته ، وبما يضر بصالح الغير .

وقد نصت المادة ٣٥ من القانون المدني السوري أن « الجنسية السورية ينظمها قانون خاص » . وكان قانون الجنسية السورية هو القانون الذي صدر بالمرسوم التشريعي رقم ٢١ تاريخ ٤ شباط ١٩٥٣[1] ، باحثاً عن كيفية

---

(١) المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٦ تاريخ ١٢ـ٢ـ١٩٥٣ ص ٧٤٢ . والذي ألغى القانون الصادر قبله عن المجلس النيابي السوري رقم ٩٨ تاريخ ٢١ أيار ١٩٥١ . وقد قام القانون السوري للجنسية قبل الوحدة على الأخذ بعين الاعتبار بتعهدات سورية الخارجية وميثاق جامعة الدول العربية الخ ... (راجع الأسباب الموجبة للمرسوم التشريعي المذكور) .

اما قديماً ، وقبل قانوني الجنسية المذكورين ، فقد كان قرار المفوض السامي (الجنرال سراي Serail) المؤرخ في ١٩ كانون الثاني ١٩٢٥ رقم ١٦ هو الذي ينظم قضايا الجنسية. وهو يختلف في كثير من احكامه عن قانون الجنسية الجديد .

اكتساب الجنسية السورية وفقدانها، وآخـــذا — شأن أكثر قوانين الجنسية في العالم — بالمبدأين معاً ، الدم والأرض . فنص في المادة الأولى ان الجنسية السورية تكتسب بالولادة من أب سوري (مبـدأ الدم) ، سواء كان ولد في سورية أو خارجاً عنها . كما تكتسب بالولادة فوق أرض سورية إذا لم يثبت للمولود اكتساب جنسية أخرى بولادته (مبدأ الأرض) .

والحقوق الدولية الخاصة هي التي يبحث أمور الجنسية وما يتعلق بها وفقـــاً لقانون الجنسية السابق الذكر ، وحسبنا أن نشير هنا بايجاز إلى المبادىء العامة في اكتساب الجنسية وآثارها .

يكون هذا الاكتساب إما بطريق الدم (أي النسب بالدم) وهـــو ماسماه الرومان Jus sanguinis ، بحيث يكتسب الولد حكما جنسية أبيه كما يكتسب لقب أبيه ، وإذا كان غير شرعي يكتسب جنسية من يعترف به من الوالدين . وأما أن يكون على أساس مكان الولادة Jus soli (أي بحسب الأرض التي يولد فوقها) بحيث يكتسب المولود جنسية الدولة التي ولد فيها ، ولا سيما حين يكون مولوداً من أبوين مجهولين . وربما اجتمع المبدآن معاً بحسب النظريات الكثيرة والمختلفة في هذا الموضوع ، كما أخذ بذلك قانوننا .

وهناك طريقة خاصة لاكتساب الجنسية بغير الولادة أو الارتباط بأب أو أرض، وإنما عن طريق التجنس naturalisation أي الحصول على جنسية غير الجنسية التي كان الشخص يحملها، كمنحة تمنحها الدولة إلى أجنبي، وذلك وفقاً للشروط التي ينص عليها قانون الجنسية . وقد عينت هذه الشروط بالنسبة لبلادنا المادتان ٤ و ٥ من قانون الجنسية الأخير الصادر بالقرار بالقانون رقم ٨١ سنة ١٩٥٨ . وأهم هذه الشروط إلى جانب بلوغ سن الرشد تقديم الطلب وسبق الاقامة المتواصلة عشر سنوات من غير

الحصول على إذن مسبق بالتوطن ، وخمس سنوات بعد الاذن ، وان يكون الطالب كذلك سليم العقل غير مصاب بعاهة ، حسن السلوك والسمعة وغير محكوم ، وملماً باللغة العربية وله وسيلة مشروعة للكسب الخ . . .

وللجنسية أهمية وأثر في الحقوق المدنية على جانب من الخطورة ، فضلاً عن أهميتها من حيث الحقوق السياسية التي تثبت للمواطنين دون الأجانب . فاذا كان الناس متساوين في الحقوق المدنية وأمام القانون ، فقد يمتنع على الاجانب أن يعتبروا كذلك في بعض الاحوال أو الحقوق ، كشراء العقارات أو بيعها وإقامة الشركات واستثمارها ، أو حق العمل في الدولة ، والاقامة والبقاء فيها الخ . . . أضف إلى ذلك أن اختلاف الجنسية له أثره في اختصاص المحاكم والقوانين التي تطبق ، ولا سيما قانون الأحوال الشخصية من زواج أو طلاق أو نسب الخ . . كما أوضحنا في تقسم الحقوق وموضوعات الحقوق الدولية الخاصة (١) . وقد كان للجنسية أثر كبير في القضاء السوري والقانون المصري قبل زوال المحاكم المختلطة منها والامتيازات الاجنبية عنها .

وفي بعض الاحوال تتأثر هذه الحقوق والواجبات بالنسبة للاجانب في الدولة بقاعدة المعاملة بالمثل réciprocité وقد نص عليها القانون المدني الفرنسي في مادته ١١ صراحة كما نص عليها في كثير من القوانين السورية والمصرية ، وطبقت كمبدأ عام .

وأخيراً فقد تسقط الجنسية عن المواطن ، اما بسبب اعتناقه جنسية أخرى ، وإما كعقوبة له لخيانة أو لارتكاب جرم موجب ، أو للاستخدام لدى دولة أجنبية الخ . . . (٢) فيفقد بذلك كل حقوق المواطن ليصبح أجنبياً عن وطنه ، وإذا لم

---

(١) راجع ماسبق ص ٢٠١ ـ ٢٠٢ . راجع كذلك تنازع القوانين من حيث المكان ص ٣٣٨ ـ ٣٤٨ .

(٢) راجع المادتين ٢٢ و ٢٣ من قانون الجنسية المشار اليه.

يكتسب جنسية ما ، يدخل في عداد الفئة الشاذة في هذا العالم التي يطلق على أصحابها « عديمي الجنسية » Apatride ou Heimatblos .

على أن حالة إسقاط الجنسية عن صاحبها بصورة إدارية ودون حكم قضائي أمر يناهضه الفقه الحديث كما تقاومه مبادىء الانسانية والديمقراطية وحقوق الانسان.

ويدخل بحث كل ذلك كما قلنا في ابحاث الحقوق الدولية الخاصة .

٢ — الاصل او العنصر La race

في القديم كان للعنصر أثر هام في حالة الأشخاص الحقوقية ، حيث كانوا يميزون بين الدم الأصلي وبين غيره ، كما ميزوا في القرون الوسطى بين الشرفاء وغيرهم ، وميزوا في أميركا حتى زمن قريب ، بين العنصر الأوربي والعنصر الأسود والأحمر فلم يُعتبر في كل هذه الأدوار والعهود جميع الناس متساوين أمام القانون . أما في الشريعة الاسلامية ، فقد اعتبرت منذ فجرها جميع المؤمنين إخوة وسواسية كأسنان المشط ، آخذة بمبدأ المساواة بين المواطنين حتى مع غير المسلمين . ومع ذلك ، ورغم أن التشريعات الحديثة منذ عهد الثورة الفرنسية جاءت تنص خلال القرن التاسع عشر على هذا التساوي ، وانتشرت هذه المبادىء الطبيعية في التساوي بصرف النظر عن العنصر ، ولم يعد أحد يعتقد أن للعنصر أو الأصل أثراً في شخصية الانسان الحقوقية ، إلا انه رغم ذلك أخذت فكرة العنصر بعد الحرب العالمية تنمو في ألمانيا وبعض مناطق أوربة ، للتفريق بين العنصر الآري وغير الآري ، والسامي خاصة ، ليس فيما يتعلق بالحقوق العامة والسياسية فقط ، بل ومن حيث بعض الحقوق المدنية ، كممارسة بعض المهن أو الزواج أو السكن الخ . . . وقد بلغت هذه النعرة أشدها في الحقوق الألمانية في زمن النازية وانتشارها . كما لاتزال موجودة حتى اليوم في بعض البلاد كاتحاد جنوب افريقيا .

أما في الشرق ، وفي بلادنا ،فليس للعنصر أو الاصل أثر في شخصية الانسان الحقوقية ، والأثر كل الأثر عندنا في الحقوق هو للدين . وإذا كان الغربيون ، وبصورة خاصة الألمان ، يعتبرون اليهود عنصراً وأصلاً أو بتعبير آخر عرقاً خاصاً ، فانها في الشرق تعتبر كدين إلى جانب الأديان . ولم ينص قانوننا المدني في حالة الأشخاص وخصائصهم على شيء من ذلك ، مؤيداً مبدأ التساوي العام المضمون بالدستور .

٣ — الدين

أما الدين ، فلا يجب في الأصل ان يؤثر في حالة الشخص الحقوقية ، شأن العنصر .وقد هدمت الثورة الفرنسية كل تلك الفوارق الدينية التي كانت موجودة في فرانسة ،حيث كان يميز قديماً الكاثوليكي عن غيره تمييزاً لعب دوراً هاماً في حقوق الاسرة والتوظف والخ . . وقد أصبحت اليوم الحقوق في فرانسة وأكثر البلاد الأخرى علمانية لادينية Laïque .

أما في بلادنا ، وفي الشرق بوجه عام ، فان للدين أثراً كبيراً في الحالة المدنية، إذ بحسب دين الشخص تتعين — في سورية كما في لبنان — صلاحية المحاكم التي تنظر في قضايا الاحوال الشخصية ، وبحسب هذا الدين تتعين كذلك الأحكام الأساسية ، من شرعية أو طائفية ، أو مذهبية ، الواجبة التطبيق في هذه القضايا . وهكذا قد تختلف الحقوق بين مسلم وغير مسلم ، فيما يتعلق بالزواج أو النسب أو الطلاق ، أو الولاية أو الوصاية الخ . . . كما تقضي الشريعة الاسلامية باعتبار اختلاف الدين ، مانعاً للارث . ولذلك يتوجب معرفة دين الشخص لمعرفة حالاته الشخصية وما يتفرع عنها .

٤ ـ الجنس

في القديم كان الجنس كذلك عنصراً هاماً من عناصر الشخصية الحقوقية ، لأن المرأة كانت في بعض الشرائع القديمة ، لا بل في أكثرها ، تعتبر قاصرة

بسبب ضعفها الجسمي ، وظلت آثار ذلك بادية حتى اليوم في الشرائع الحديثة . ففي فرانسة مثلا كانت المرأة حتى زمن قريب غير أهل لكثير من الأعمال الحقوقية ، كالشهادة والوصاية وعضوية المجالس والأعمال التجارية الخ . . وقد اعطيت هذه الحقوق تدريجياً ، فاصبحت تستطيع أن تكون شاهدة في الأعمال العامة كالرجل [١] وقد تكون وصية وعضوة في مجلس العائلة [٢] ولم يسمح لها أن توقع بعض السندات التجارية (كالسفتجة) إلا في عام ١٩٢٢ ، وقد ظلت قاصرة - إذا كانت متزوجة - عن الاتيان بأعمال التجارة اطلاقاً والتصرف في الأموال — ولو كانت في الأصل ملكها — بغير رضا زوجها وأذنه ، ولم يخفف عنها عدم الأهلية هذا إلا في عام ١٩٣٨ ، وقد أصبحت المرأة اليوم في فرانسة بفضل دستور سنة ١٩٤٦ ، مساوية للرجل في الحقوق العامة والخاصة خلا استثناءات طفيفة [٣] .

أما في بلادنا ، فان أهلية الاداء للمرأة لا تختلف مبدئياً عن الرجل ، بحسب أحكام الشريعة الإسلامية ، فتظل قادرة على ممارسة جميع حقوقها منذ رشدها حتى ولو بعد زواجها كالرجل تماماً ، بل يمكن أن تكون وصية أو ناظرة الخ ... [٤] وإنما تختلف من حيث أهلية الوجوب : فهي لا ترث بحسب الفريضة

---

(١) بحسب قانون ٧ كانون الاول ١٨٦٧ .

(٢) بحسب قانون ٢٠ آذار ١٩١٧ .

(٣) وكذلك في سويسرة ، فان القانون المدني الذي خطا خطوة جريئة عام ١٩٢١ فاعطى المرأة المتزوجة اهلية كانت محرومة منها في الماضي، لم يستطع ان يحقق المساواة الكاملة بين الجنسين ، وخصوصاً في الاسرة ، حيث ظل الرجل ربها ورئيسها ، يتمتع بحقوق وسلطان لاتتمع بها الزوجة ، كما ظل ممنوعاً على الزوجة ممارسة بعض المهن ، او اجراء بعض الالتزامات، دون موافقة الزوج او السلطة المختصة الخ ... (راجع تووروTour ، القانون المدني السويسري، المرجع السابق ، ص ٥٥) .

(٤) على ان المالكية قالوا باعتبار الزوجة ممنوعة من التبرع في حال حياتها بمايزيد عن ثلث مالها (راجع الفقه على المذاهب الأربعة ؛ ج ٢ ص ٤٥٣) .

إلا نصف حظ الذكر ، كما تتأثر بالعصبات من الذكور في حقها في الارث ، وربما منعت عليها بعض الصناعات والأعمال إذا كانت متزوجة حرصاً على مصلحة الاسرة والعائلة . وكانت قبل قانون البينات سنة ١٩٤٧ لا تسمع شهادتها لوحدها وشهادة امرأتين بشهادة رجل . . وأخيراً قد تختلف المرأة عن الرجل في السن اللازمة لأهلية الزواج (المادة ١٦ من قانون الأحوال الشخصية) إلى غير ذلك . وقد أخذت هذه الفوارق تتضاءل شيئاً فشيئاً . والمرأة اليوم تناضل في سبيل الحصول على جميع الحقوق العامة والسياسية التي لا تملكها كلها بعد ، وحتى أن يتم لها ذلك يبقى للتمييز بين جنس الشخص من ذكر أو انثى ، أهميته وأثره على شخصيته الحقوقية ولا سيما في الأحوال الشخصية والارث .

وقد اهتم الفقهاء في تعيين الجنس ، وبحثوا في حالة خاصة يلتبس فيها جنس الشخص ، وهي الخنثى .

الخنثى : إنسان غير كامل الاعضاء الجنسية وغير ظاهرها ، بحيث يحتمل الجنسين معاً .

وقد ذكر الفقهاء تفصيلات وفرضيات كثيرة حول الخنثى وأجمعوا كلهم على ضرورة التحري عن نوع هذا المخلوق بقدر الامكان ، سواء بالنظر إلى أعضائه وسواء بالنظر إلى تركيبه ، ومظاهر حياته ، وعوارض جسده وحركاته الخ.. وقالوا فاذا لم يمكن ، من هذه الآمارات المختلفة ترجيح أحد الجنسين ، فمشكل . و « المشكل » عند الفقهاء يقتضي اتخاذ الأحوط في كل الأحكام ، واعتبار الشخص بين صف الرجال والنساء على السواء حسب الأحوال (١) .

§ ٥ — العناصر الاخرى

هذا ، وإلى جانب هذه العناصر البارزه في صفات الشخص وحالته ، يذكر

---

(١) راجع تفصيل ذلك في ابن عابدين ، الحاشية ، ج ٥ ص ٤٦٤ وما بعدها .

بعض المؤلفين السن ، والشرف ، والحرية والنسب .

أما السن فلا يجب في الأصل أن تؤثر على الشخص من حيث حقه بالتمتع بحقوقه . والقاصر كما سنرى في فصل الأهلية ، يكون له ممثل في أداء وممارسة هذه الحقوق ، ومع ذلك فان ثمة تصرفات واعمالا حقوقية شخصية ، لايستطيع الصغير ولا ممثله إتيانها ويكون محروماً منها ، كتنظيم وصية ، أو عقد زواج (عند الغربيين) أو هبة الأموال والتبرع بها الخ . . مما يدرس في مناسباته ، فلا نحتاج إلى بحثه هنا ..

وأما الشرف Honorabilité ، فيعني عدم سقوط الشخص من شرف الحقوق المدنية ، نتيجة لحكم قضائي . وحالة من يصاب بهذا السقوط تتجلى بحرمانه من عدد من الحقوق التي يتمتع بها سائر الناس . وقد نصت المادة ٦٥ من قانون العقوبات السوري « إن كل محكوم عليه بالحبس أو الاقامة الجبرية في قضايا الجنح، يحرم طوال تنفيذ عقوبته من ممارسة الحقوق المدنية الآتية : أ ـ الحق في تولي الوظائف والخدمات العامة . ب ـ الحق في تولي الوظائف والخدمات في إدارة شؤون الطائفة المدنية ، أو إدارة النقابة التي ينتمي اليها . ج ـ الحق في أن يكون ناخباً أو منتخباً في جميع مجالس الدولة . د ـ الحق في أن يكون ناخباً أو منتخباً في جميع منظمات الطوائف والنقابات . هـ ـ الحق في حمل أوسمة سورية أو أجنبية » . وتركت المادة ٦٦ من هذا القانون للقاضي إمكان الحكم بالمنع من ممارسة حق أو أكثر من الحقوق المذكورة في المادة السابقة ، ولكنها حددت في كل حال المنع بمدة تتراوح بين السنة والعشر سنوات (١) .

وفي بعض القوانين الغربية (٢) تحتل هذه الصفة في حالة الشخص المدنية محلاً

---

(١) راجع المواد ٢٥٦ و ٣١١ و ١٣١ و ٣٦٨ من قانون العقوبات السوري .

(٢) راجع القانون المدني السويسري ، تووز . المرجع السابق ص ٥٦ .

ذا أثر فعال في حياته الحقوقية . وربما كانت أكثر هـذه العناصر الأخيرة التي ذكرناها ، داخلة في الحالة المدنية العامة للشخص ، أكثر منها في الحالة المدنية الخاصة .

وأما **الحرية** فقد سبق أن أشرنا إلى أهميتها في الماضي ، حين كان الرق والاسترقاق معروفـــين ومعتبرين ، ولكنهما زالا من الوجود أو بحكم الزوال التام. وأصبحت الحرية اليوم صفة لازمة لكل انسان ومن حقوقه الأساسية.

وأمـــا **النسب** فيقصد بـه النسب الشرعي وغـير الشرعي ، وصلة الإنسان بأبويه وأقربائه مما يُدرس في بحث الأحوال الشخصية ونشـــير إليه في بحث القرابة .

★ ★ ★

الفصل الثّاني

الاسم واللقب

نص قانوننا المدني في المادة ٤٠ أنه « يكون لكل شخص اسم ولقب . ولقب الشخص يلحق أولاده » . وقالت المادة ٤١ منه : « ينظم بتشريع خاص كيفية اكتساب الالقاب وتغييرها » فجاء القانون بذلك لينظم أوضاعاً كانت مهملة في الجمهورية ، مضطربة وغير منظمة ولا مبحوثة في القوانين السابقة . وكذلك في مصر ، فان هذا النص يعتبر قد جاء بشيء جديد بالنسبة لاسم الشخص الطبيعي لأنه فرض على كل شخص أن يتخذ إلى جانب اسمه الشخصي أو الصغير لقباً يميزه وقد كان الغالب الشائع ، في مصر خاصة ، وربما في مناطق نائية من سورية ، ان يكتفي بالاسم الصغير مقروناً باسم الأب ، وربما الجد أحياناً .

§ ١ — تحديد اللقب

وإذا رجعنا إلى تاريخنا الاجتماعي ، نجد أن العرب قديماً كانوا يسيرون على هذه الطريقة بشكل عام ، فيسمى الشخص ويضاف إلى أبيه ، فيقال عمر بن الخطاب ، عثمان بن عفان الخ ... وربما اطلق على شخص استثناء اسمه وكنيته وما اتصف به بشكل بارز مثل أبو بكر الصديق ، عائشة أم المؤمنين الخ . . في كل هذه الأحوال لم يكن عند العرب لقب بالنسبة لكل شخص كما نعهده

اليوم . وإنما كان له اسم يعرف به ويميزه عن سائر الناس ، وربما أضيف له اسم القبيلة أو العشيرة التي ينتمي اليها .

وليست هذه هي حالة العرب وحدهم ، بل هي حالة أكثر الشعوب القديمة كاليونان مثلاً ،حيث كان الاسم واحداً وشخصياً .

غير أن مثل هذا الاسم كان يحتمل اللبس ، ولذلك فقد عمد الرومان إلى طريقة خاصة كان من جرائها أن أعطي لكل أسرة لقب يقرن باسم الشخص . وقد تهذبت هذه الطريقة حتى صارت عند الغربيين بشكلها الحاضر . وربما أخذت أكثر ألقاب الأسر من الصناعات أو الصفات البارزة أو بلاد المنشأ أو مكان السكن الخ . .

ويجري الغربيون اليوم على اعتبار اسم الاسرة ، أو لقبها في تعبيرنا le nom هو الأصل في تسمية الشخص الطبيعي ، أكثر من الاسم الصغير أو الشخصي le prénom ou petit nom ، وهذا اللقب ينتقل من الوالد إلى الولد بالارث جيلاً بعد جيل .

ومما لا شك فيه أن عادة الاحتفاظ بلقب الاسرة من شأنها أن تزيد شعور التضامن بين أفراد الاسرة الواحدة وتظهر الرابطة التي تربطهم ، كما أنها تقلل إلى حد كبير من تشابه الأسماء . ولهذا أخذ الشارع في القانون المدني بالمبدأ المذكور ، وأصبح الزامياً — بحسب نص القانون — على كل شخص يسجل في سجلات الأحوال المدنية ، أن يكون له لقب أو اسم اسرة إلى جانب اسمه الصغير.

§ ٢ — اكتساب اللقب

قلنا أن اللقب هو في الأصل وراثي ويكتسب بمجرد الولادة ، كما تكتسب حقوق الاسرة بها ، وهو حق من حقوق الولد لا يستطيع أبوه أن يمنعه عنه ،

لأن نص المادة ٤٠ المذكورة بان « لقب الشخص يلحق أولاده » لم تجعل للوالد على ذلك من سلطان » .

ولكن إذا كان الأمر كذلك بالنسبة للأولاد الشرعيين المولودين من أبوين متزوجين زواجاً شرعياً ، فما عسى يكون الحكم بالنسبة للأولاد غير الشرعيين والأولاد اللقطاء والمتبنين ؟

١ ـ **الولد الطبيعي** ـ تختلف الشريعة الإسلامية في ذلك عن الشرائع الحديثة اختلافاً أساسياً قائماً على القاعدة الفقهية الشهيرة (الولد للفراش وللعاهر الحجر » .

بمعنى أن الولد لا يعتبر في نظر الشريعة والفقه مرتبطاً باسرة ما ، إذا لم يولد من الفراش الزوجي ، فاذا ولد من هذا الفراش المشروع ؛ (ويجب ليكون كذلك ان يولد بين مدتي أقل الحمل وأكثره في حالة انحلال الزواج) فهو له رغم كل شيء آخر ، بل حتى لو أثبت الزوج زنا الزوجة وخروجها عن الطاعة ، فيأخذ الولد كذلك لقب أبيه مالم يقم الدليل على عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسه كما لو كان أحد الزوجين سجيناً أو غائباً في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل ولا يقر به الوالد ولا يدعيه (راجع المادة ١٢٩ من قانون الاحوال الشخصية ، وأما إذا لم يولد من هذا الفراش فليس له أي شيء ، ولا يعترف له بحق من الحقوق ، ولا يستطيع أن يطلق على نفسه اقب أبيه [١] أي أن اللقب يتبع في ذلك حكم النسب .

وما دامت أحكام هذه الشريعه سائدة ، لاتعترف على الأولاد الطبيعيين ، فان هذا الحكم هو الواجب التطبيق ، وان الفقرة الأخيرة بالحاق الأولاد بلقب أبيهم إنما يقصد بها الأولاد الذين يعترف قانون الأحوال الشخصية ببنوتهم

---

(١) راجع في وضع ولد الشبهة (أي الذي يشتبه في نسبه) وولد المتعة الذي يولد من زواج المتعة او صلتها في المذهب الشيعي ، الاستاذ محمد جواد مغنية . مجلة المحامي ١٩٥٢ ص ٤٢ ـ ٤٥ .

ونسبتهم إلى أبيهم (١) .

وقد أضاف هذا القانون في المادة ٢٤ أن الطفل غير الشرعي يقيد طبقاً للبيانات التي يدلي بها المبلغ وعلى مسؤوليته . ولا يكسب القيد في السجل أو الصور المستخرجة منه أي حق يتعارض مع القواعد المقررة في شأن الأحوال الشخصية . كما منع القانون المذكور في المادة ٢٥ على أمين السجل المدني ذكر اسم الوالد أو الوالدة إذا كانا من المحارم الذين لايجوز الزواج بينهما ، أو كانت الوالدة متزوجة ، وكان المولود من غير زوجها ، أو كان الوالد متزوجاً والمولود من غير زوجته الشرعية بالنسبة للاشخاص الذين لايجوز لهم بحسب دينهم تعدد الزوجات .

٢ — **اللقيط** ـ وهناك زمرة من الأولاد اللقطاء الذين يعثر عليهم في الطرقات أو الملاجيء العامة ، فلا شك أن هؤلاء لايمكن إعطاؤهم لقباً بالنسبة لأبوين مجهولين ، وقد صدرت في فرانسة تعليمات إدارية بأن يعطي هؤلاء اللقطاء القاباً

---

(١) اما في بلاد الغرب ، وقد كثر امثال هؤلاء الأولاد ، فقد أعطوا بصورة تدريجية من الحقوق ما قرب بينهم وبين الأولاد الشرعيين ، وانما فرقوا في ذلك بين الأولاد الطبيعيين المعترف بهم ، وغير المعترف بهم .

فاذا اعترف الأبوان بالولد ، صار شأنه في ذلك شأن الولد الشرعي من حيث اللقب . فيأخذ لقب أبيه ويصبح هذا اللقب حقاً للولد . واذا اعترف احدهما فقط ، كالأم ، وهي الحالة الشائعة ، ولم يعترف عليه أبوه او لم تستطع امه او الولد أن يقيم الدليل على بنوته من الأب — ومن حق كل من الولد ووالدته اقامة الدعوى والدليل على الوالد — اخذ الولد لقب أمه ونسب اليها .

اما اذا لم يعترف به من الأبوان احد — وهذا نادر الوقوع إلا في حالات خاصة ، كاللقيط ـ فان الولد يحمل لقبا اتفاقيا ، ويستطيع ان يحمل في أغلب الأحيان لقب امه من تاريخ ولادته ، اذا علمت ، ويعترف له بحقوق اللقب ، وإن لم تشأ الأم ان تعترف به صراحة اذا أثبت انه ولد منها .

يختارها لهم ضباط الاحوال المدنية مباشرة أوبناء على اقتراح الملجأ الذي قبل بإيوائهم ، وأوجبت هذه التعليمات أن لايحمل اللقب اسماً يدل على عدم شرعية الولادة أو يكون سخرية وهزأ . وفي كل الأحوال إذا اثبت هذا اللقيط بنوته فيما بعد ، عاد إلى استعادة لقب أبيه أو أمه حسب الإثبات .

وقد أوجب قانون الأحوال المدنية الصادر بقرار رئيس الجمهورية رقم ٢٦٠ لعام ١٩٦٠ في المادة ٢٣ على أمين السجل المدني أن يسمى المولود اللقيط الذي يخبر عنه من الشرطة أو المختار (العمدة) في القرى أو المؤسسات والملاجىء التي تستقبل اللقطاء ، تسمية كاملة ثم يقيده في السجل الخاص بالمواليد ولا يذكر أنه لقيط . فاذا تقدم أحد الوالدين باقرار بأبوته أو أمومته للمولود فتملأ الخانة الخاصة بالمقر .

المتبنى – أما الولد المتبنى ، وهو الذي يدخله شخص في أسرته ، ولكنه في الأصل غريب عنها ، فليست له أي حقوق في الشريعة الاسلامية والسورية ، بحيث لايكتسب أي حق من الارث أو النسب أو اللقب . أما وضع الولد المتبنى في الشرائع الغربية فأحدأمرين : اما أن يكون لهلقب سابق عن أسرة معينة،فيضيف لقب الشخص المتبني إلى لقبه الأصلي،واما ان لايكون ، فيأخذ لقب المتبني وحده. وفي الحقوق الفرنسية فان الولد المتبنى يحمل لقب الوالد المتبني فقط ، إذا كان عمره حين التبني دون السادسة عشرة سنة .

٤ – الزواج – هل يكتسب اللقب بالزواج ، وهل تحمل الزوجة لقب زوجها ؟

في بلاد الغرب جرت العادة أن تلقب الزوجة بلقب زوجها ، وأن تحمل هذا اللقب مضيفة اليه أنها زوجة المذكور . ولكن الغربيين يضيفون الأوراق الرسمية والدعاوى والمعاملات ، إلى تلك التسمية قولهم المولودة باللقب الفلاني ، أي لقب عائلتها الأصلية ، ويظن كثير من الناس في أوربا أن الامرأة بزواجها تفقد لقب أسرتها نهائياً ، لتحمل لقب زوجها في حين أنها لاتفقد ذلك ، وإنما يضيع لقبها

الأصلي ويختفي وراء لقب زوجها ، وقد أكد ذلك القانون المدني الفرنسي حين نص أن المطلقة يمتنع عليها أن تحمل اسم زوجها بعد الطلاق ، كما يجوز أن يقرر الحكم الذي يقضي بالتفريق الجسدي أو الهجر بين الزوجين أن يمنع على الزوجة أن تلقب نفسها بلقب زوجها ، وتعود الى اسمها ولقبها الأصلي (١) .

وقد نص مشروع قانوننا المدني ، عندما قدم إلى البرلمان المصري للتصديق عليه في مادته التي يلحق بها الولد بلقب أبيه فقال « إن لقب الشخص يلحق بحكم القانون أولاده كما يلحق زوجته في حياته وكذلك بعد مماته ، إلا إذا انفصمت عرى الزوجية قبل الوفاة فعندها تسترد الزوجة لقب أسرتها » .

وقد عدل مجلس الشيوخ المصري هذه المادة فاصبحت فقرة واحدة حذف فيها الحكم الخاص باعطاء لقب الزوج للزوجة ، معللا ذلك بان العرف لم يستقر بعد على إلحاق لقب الزوج بزوجته بصورة إلزامية .

ومع ذلك فقد صرنا نسمع في أيامنا بعض العوائل يطلق لقب الأزواج على الزوجات ، ولكن ليس لذلك صفة رسمية ، فلا تصح الدعوى على الزوجة دون أن يعين اسمها ولقبها ، وأما اسم زوجها فلا يعتبر إلا على سبيل الدلالة والتأكيد .

§ ٣ ـ تصحيح الاسم واللقب وتغييرهما

الاصل ان الاسم أو اللقب — بحسب القانون المدني — حق وواجب ، بمعنى أن الشخص لايستطيع أن يبدل اسمه او لقبه كما يحلو له وبمحض ارادته . ولكن إذا وقع خطأ في اسم شخص او لقبه عند قيده في سجل المواليد ، واذا

---

(١) فقد قضت محكمة باريز في عام ١٩٤١ انه باستطاعة الزوجة ان توقع سندات باسمها ولقبها الأصلي ولا يخل ذلك في التزامها وحقوقها .

اشتهر شخص باسم أو لقب غير الذي قيد في هـذا السجل ، فهل يحق له تعديل ذلك وتصحيحه ؟

لقد نصت المادة ٤١ من قانوننـا المدني ان كيفية اكتساب الالقاب وكيفية تغييرها ينظم بقانون خاص ، وإذا كان لم يصدر بعد قانون خاص بذلك فأننـا نعتقد أن التشريع الوحيد القائم عندنا هو قانون الاحوال المدنيـة الصادر بقرار رئيس الجمهورية رقـم ٢٦٠ لعام ١٩٦٠ الذي سبق أن ذكرناه . وبموجبه لايمكن إجراء أي تصحيح في سجلات الاحوال المدنية إلا بقرار قضائي أي « بحكم نهائي صادر عن المحكمة الصلحيه التي يقع في دائرة اختصاصهـا مكتب التسجيل » وذلك فيما عدا التصحيح بالاضافة والحذف والتغيير في البيانات المتفرعة عن واقعات الاحوال المدنية كالمهنة والديانة أو غيرها بنـاء على وثائق أو تحقيقات رسمية صادرة من جهة ذلاختصاص دون حاجة لاستصدار حكم بذلك . وهكذا فان تصحيح الاسم أو تعديله يجري بحسب هذا القانون من قبل المحكمة المختصة ، وهي اليوم المحكمة الصلحية التي تسمع الدعـوى وتبت بها قابلة للاستئناف وأمام المحكمة البـدائية بصفتها الاستئنافية ، وتقبـل في اسنثبات ذلك سائر وسائل الاثبات القانونية (١)

ولكن هل يستطيع الشخص ، بطريقة ما ، أن يبدل لقبه ويغير اسمه العائلي إذا كان لايروقه ، أو لمجرد رغبة منه في هذا التبديل ؟

ليس في قانوننـا المدني ، ولا في قانون الاحوال المدنية السابق الذكر شيء

---

(١) اما في مصر بحسب القانون القديم الصادر ١٩١٢ رقـم ٢٣ مادة ٢١ ، وما سار عليه الاجتهاد القضائي المصري ، فان على الحـاكم ألا يحكم بذلك الا بعد ان يستصدر المدعي حكماً شرعياً ، مثبتاً لصحة اسمه او لقبه وان يعلن الجمهور بذلك في الصحف ، حتى اذا كان لأحد اعتراض على ذلك تقدم به الى القضاء . واعتبرت هذه المحـاكم المصحح مسؤولا عن كل ضرر يلحق بالغير من جراء التصحيح . وفي عام ١٩٤٦ صدر قانون « رقم ١٣٠ » يجعل =

يتعلق بذلك . وقد رأينا أن القانون المدني ذكر في المادة ٤١ ان ثمة تشريعاً خاصاً هو الذي ينظم كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها . ولكن هذا التشريع لما يصدر ، بحيث لانستطيع أن نقرر القواعد التي تعتبر واجبة الرعاية والتطبيق في هذا الموضوع ، ونعتقد أنه لايمكن تبديل لقب ما لمجرد رغبة عند صاحبه أو حتى لأسباب خاصة ، مادام هذا التبديل لايستند إلى حقيقة في التسمية ورجوع إلى صاحبها !

على أن الحقوق الفرنسية التي جرت على مبدأ عدم جواز تبديل اللقب وتغييره لمجرد رغبة صاحبه بذلك ، أجازت استثناء إذا كانت هناك أسباب جدية مقبولة لهذا التبديل ، كأن يكون لقب الشخص مدعاة للهزء والسخرية ، أو مؤذياً للكرامة أو الشرف الخ . . . قلنا أجازت في مثل هذه الحال لمثل هذا الشخص أن يطلب من رئيس الدولة تغيير لقبه بمرسوم يصدر على شكل نظام إداري reglement d'administration publique ، ولا يكون لهذا المرسوم مفعول إلا بعد مرور سنة على نشره ، حيث يكون لكل ذي مصلحة تتأثر مصالحه بهذه التسمية أن يعترض عليه أمام مجلس الدولة خلال المدة المذكورة ، ويطلب إبطاله .

§ ٤ ـ طبيعة الاسم الحقوقية

وحق الشخص في اسمه ولقبه

لقد ذهب الفقهاء في تحديد الطبيعة الحقوقية للاسم واللقب مذاهب ، فرأي

ـ التصحيح او التغيير في الاسماء المقيدة في سجلات المواليد من حق وزير الصحة ، بقرار يصدره بعد موافقة لجنة ادارية تشكل خصيصاً لذلك ، وبعد استنفاذ وسائل النشر والتحقيق ، بما يكفل حماية مصلحة الناس ، ودون حاجة للرجوع الى القضاء .

البعض أن اللقب ملك لصاحبه ، وله عليه حق ملكية تامة . وقد قبلت محكمة النقض الفرنسية اعتبار الاسم العائلي أو اللقب nom patronomique ملكا للعائلة التي تحمله . وبالاستناد الى ذلك يستطيع صاحب الاسم العائلي أن يدعي على من اعتدى على لقبه واتخذه لنفسه دون أن يثبت أنه تأذى من ذلك ، أو أن له مصلحة في الدعوى ، ما دام الاسم المذكور ملكا له . ولكن هذه النظرية قد هوجمت من الاستاذ ريبر مهاجمة عنيفة مثبتاً أن ملكية الاسم غير صحيحة من الناحيتين النظرية والتاريخية . اما نظرياً فان الملكية تقتصر على مالك أو مالكين معينين (لان المالك مهما تعدد فان عددهم يكون محدوداً ومعيناً) وهم يستفيدون من ملكيتهم بنسب معينة . في حين أن الاسم العائلي عام بين أفراد الأسرة دون قابلية لتحديده ، ويستطيع كل واحد أن يستفيد من الاسم بتمامه لابجزء شائع منه . وأما تاريخياً فان مما لاشك فيه أن كل واحد كان يستطيع أن يجد له في هذه الأحرف الضيقة في كل لغة من اللغات اسماً قد يتوافق مع آخر ، ولا يستطيع واحد أن يقول انني سبقت واكتسبت ملكية على هذه الاحرف . ومثل هذه الملكية تكون ملكية غريبة ، لاسيما وانها تحمّل صاحبها وجائب والتزامات بقدر ماتعطيه من حقوق .

وقد ذهب أكثر الفقهاء ، ولا سيما مؤخراً ، بتأثير النظريات الاجتماعية ، إلى اعتبار الاسم العائلي مؤسسة أمن واستقرار في الحياة institution de police et de sécurité لتسهيل مهمة الدولة والناس في معرفة بعضهم بعضاً ، أشبه شيء بلوحات ، ولكنها ادرارية . والاسم لايمكن أن يكون حقاً مالياً أو متعلقاً في الذمة ، وانما هو حق من الحقوق العامة ، كحقوق الحريات الشخصية والدينية والاجتماعية ؛ وبهذا الوصف غيرقابل للتنازل عنه كما لايقبل السقوط بالتقادم ،وعلى هذا لو ترك شخص اسمه ، ثم عاد اليه ولو بعد مدة طويلة ، جاز له ذلك . كذلك لايستطيع أحد أن يكتسب حقاً في اسم عائلي أي في لقب بسبب استعماله

هذا اللقب حيناً طويلاً من الدهر ، مع مراعاة ما أشرنا اليه قبلاً فيما يتعلق بحيازة النسب أو شهرة النسب[1] . هـذا ونعتقد أن من يكتسب لقباً ـ بسبب عامل من العوامل كما لو كان نتيجة لتحريف قديم في لقب أصلي ، أو ترجمة له الخ ... ـ فانه يستطيع أن يستبقيه مادام لم يقصد الاضرار بالغير أو لم ينشأ عنه ضرر .

ومهما يكن الامر فان حق الشخص في اسمه العائلي ، لا يتناول فقط حقه في حمله والاستفادة منه ، بل يتناول أيضاً حقه في منع الآخرين ، من غير اصحاب الحق بحمله ، بالكف عن التسمي به أو التكني فيه ، وبالزامهم بالتعويض عليه عما يمكن أن يكون قد لحقه من ضرر مادي أو أدبي بسبب هذه التسمية .

وقد جاءت المادة ٥٢ من قانوننا المدني تنص أنه « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ـ كمثل استعمال اسمه أو لقبه بلا مبرر او انتحال هذا الاسم دون حق ـ ان يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » . فجعلت بذلك مجرد استعمال الاسم دون مبرر ولو لمدة محدودة أو لمرة واحدة ، كافياً لمسؤولية المستعمل وتحميله التعويض عن الضرر الذي لحق بصاحب الاسم ، وذلك حسب احكام المسؤولية التقصيرية .

٥ ـ ملحقات اللقب والاسم العائلي

يلحق باللقب اسم صغير ، وكنية واسم تجاري ، والقاب شرفية .

فالاسم الصغير prénom هو الاسم الذي يعطى للمولود كي يضاف الى اللقب

---

(١) راجع ماسبق ص ٤٦٦.

تمييزاً لأفراد الأسرة حاملي الاسم العائلي الواحد بعضهم عن بعض . وقد كانت المجلة تشترط ذكر اسم الشخص الصغير ، واسم ابيه وجده في حالات الدعوى والشهادة ، ولكن شيئاً من ذلك لم يعد موجوداً اليوم بعد صدور قانون البينات الجديد والقانون المدني الذين اكتفيا بتعيين الشخص بشكل لايبقى معه التباس . وليس في قانوننا أي شرط في اطلاق الاسماء الصغيرة على المواليد ، كما يمكن أن يكون للشخص الواحد اكثر من اسم صغير واحد . وربما كان هذا هو الشائع في كثير من بلاد الغرب .

وكانت الحقوق الفرنسية الثورية اشترطت ان لايسمى الناس بغير الأسماء الواردة في التقاويم المختلفة أو التاريخ القديم (تقويم غريغور) ، لتبعد بذلك الألقاب والاسماء الطبقية وامتيازاتها .

اما الكنية ، فقد اعتاد العرب كثيراً التكني باسماء وأوصاف كانت في الماضي تحل محل الاسم الكامل والاسم الصغير معاً ، أما اليوم فليست الا للمناداة ولا تأثير حقوقي لها [1] وكثيراً ماتنقلب الكنية الى لقب بالنسبة لاولاد المكنى وعند ذلك يصبح لها مالقب من احكام وآثار .

اما الاسم التجاري Nom commercial

فهو الذي يتخذه شخص لمحل تجاري له ، او لبضاعته او منتوجه ، ليعرف هذا المتجر أو المنتوج به . ويطلق عليه في بعض الحالات « العنوان التجاري » . ويختلف الاسم التجاري عن الاسم العادي بامور كثيرة نذكر منها :

أ ـــ الاصل أن الانسان حر في اختيار الاسم التجاري خلافاً لاسمه العائلي شريطة أن لايضر بالغير ، أي أن لايكون هذا الاسم التجاري قد اتخذه غيره من التجار في نفس الصنعة ، واكتسب عليه حقاً قانونياً (قانون التجارة مادة ٤٥ فقرة ٢) .

---

(١) ومن ابرز الكنايات المعروفة مثلا : امرؤ القيس ، ابو نواس ، سيف الدولة . . .

ب – ويعتبر الاسم التجاري خلافاً للاسم العائلي ، حقاً مالياً ، وعنصراً من عناصر الثروة ، ويخضع بالتالي لسائر احكام هذه الحقوق المالية ، فيجوز بيعه والتنازل عنه كما يسقط بالتقادم .

ج – والقانون يحمي الاسم التجاري من التعدي كما يحمي الاسم العائلي ، بحيث يستطيع صاحبه ان يمنع الغير من استعماله وان يحمله العطل والضرر[1] .

ويعتبر الاسم التجاري عنصراً من عناصر الملكية التجارية التي نظمها في سورية المرسوم التشريعي رقم ٤٧ تاريخ ٩ تشرين اول ١٩٤٦ . فقد نص هذا المرسوم في مادته ٦٤ انه : « تعتبر علامات فارقة صناعية وتجارية ، الاسماء المميزة والتسميات والرموز والاختام الخ .. وبصورة عامة كل اشارة تستعمل لتميز طبيعة ومنشأ بضاعة او منتج صناعي او تجاري » .

وبذلك ادخل هذا المرسوم التسميات التجارية والمصنعية ، لتمييز البضائع والمنتجات الصناعية والتجارية والفنية في جملة عناصر الملكية التجارية الخاضعة للحماية، على مافصله من احكام[2] .

وقد اعتبر هذا المرسوم اختلاس الاسم التجاري كاختلاس العلامة الفارقة ممنوعاً وموجباً للمسؤولية ، ليس من الناحية المدنية فحسب ، بل ومن الناحية الجزائية ايضاً ، بحيث يؤلف هذا الاختلاس جرماً معاقباً عليه بالغرامة أو بالسجن[3] .

وجاء قانون التجارة الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ١٤٩ تاريخ ٢٢ حزيران ١٩٤٩ فنظم في الفصل الثاني من الكتاب الاول العنوان التجاري ، موجباً على كل تاجر ان يجري معاملاته ، ويوقع اوراقه المتعلقة بالتجارة باسم يطلق

---

(١) راجع بلانيول وريبر ، المرجع السابق ، نبذة ٥٣٦ .

(٢) راجع الباب الثالث من المرسوم المذكور .

(٣) راجع المواد : ١٠١ و ١٠٥ و ١٠٦ من المرسوم المشار اليه .

عليه العنوان التجاري Raison commerciale (المادة ٤٤) .

ونص في المادة ٤٥ فقرة أولى أن العنوان التجاري يتألف من اسم التاجر ولقبه ، ومع ذلك وإذا تشابه تشابهاً كاملا اسم التاجر ولقبه مع اسم تجاري آخر مسجل في سجل التجارة ، وجب أن يدخل هذا التاجر على اسمه التجاري أو عنوانه ما يجعله مختلفاً بوضوح عن العناوين التجارية المسجلة قبلا (المادة ٤٥ فقرة ٢) [١] .

على أن قانون التجارة جعل العنوان التجاري عنصراً من عناصر المتجر الملازمة له بحيث لا يجوز التفرغ عنه مستقلا عن المتجر . ومع ذلك فان لهذا العنصر الذي هو العنوان التجاري ، في وسط عناصر المتجر الاخرى ، كياناً خاصاً عندما نص القانون أن التفرغ عن المتجر بمجموعه لا يشمل العنوان التجاري ما لم ينص على ذلك صراحة أو ضمناً .

وقد فصل هذا القانون أحكام العنوان التجاري (الذي لم يفرق بينه وبين الاسم التجاري) من حيث التزامات المتجر والمسؤوليات التجارية ولا سيما بين المتفرّغ (المتنازل) والمتفرغ له ، مما لا حاجة لبحثه هنا [١] .

ونص في المواد ٥١ الى ٥٣ على العقوبات والمؤيدات في حالة مخالفة أحكام القانون .

أما الاسماء الشرفية Titres de noblesse فهي الاسماء أو الالقاب التي كانت تتمتع بها فئة من الناس في ظل الانظمة الطبقية والاقطاعية التي كانت سائدة في الماضي سواء في فرانسة أو غيرها من دول أوروبا وسواء في الدولة العثمانية أو في مصر وربما في سورية .

---

(١) راجع الدكتور رزق الله انطاكي ، الحقوق التجارية البرية ، الطبعة الثانية ١٩٥٠ ص ١٤٢ ـ ١٤٤ .

وقد هدمت الثورة الفرنسية جميع آثار هـذه الاسماء وميزاتهـا في فرنسا كما صدر في سورية مؤخراً مرسوم تشريعي رقم ٦٦ بتاريخ ٢١ كانون الثاني ١٩٤٢ يقضي بالغـاء جميع الالقاب في الجمهورية من مختلف الرتب المدنيـــة والامتيازات الشرفية التي منحت غابراً الى السوريين عـدا الرتب العلميـة . وصدر مثل ذلك في مصر بعد ثورتها .

★★★

الفصل الثالث

الموطن او محل الاقامة

Le domicile

§ ١ - مفهوم الموطن

إن الشخص لا يعين قانوناً في المجتمع بمجرد معرفة اسمه وصفاته الاخرى السابقة الذكر ، وإنما يجب كذلك معرفة مكان وجوده فيه ، وهذا المكان يسمى « الموطن أو محل الاقامة » وأطلق عليه البعض كذلك اسم المقام (بضم الميم [١]) فالموطن إذن هو « مكان معين يكون للشخص صلة به ، تسمح باعتباره موجوداً فيه على وجه الدوام ، بحيث يجوز لمن يريد أن يعامله قانونياً أو قضائياً أن يوجه اليه الخطاب في ذلك المكان فيعتبر عالماً بذلك الخطاب ولو لم يعلم به بالفعل » أو بتعبير آخر هو : المقر للشخص في نظر القانون .

وقد نص القانون المدني في المادة ٤٢ أن : « الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة » .

وفرقوا في ذلك ، ولا سيما في الحقوق الانكليزية والفرنسية ، بين الموطن

---

(١) « اسم المكان من فعل اقام ، وهو المقر القضائي للشخص » (راجع الاستاذ فارس الخوري ، اصول المحاكمات الحقوقية ، الطبعة الثانية ص ١٨٣) .

أو المقام ، وبين المسكن Résidenee . فبينما أن المسكن هو المكان الذي يقطنه الانسان لمجرد السكن ولو الى حين ، فان الموطن مفهوم حقوقي يعتبر القانون أن الشخص مرتبط فيه (١) ، وإذا كان الغالب اجتماع الموطن والمسكن ، فليس ذلك صحيحاً دوماً (مثلاً الاقامة في صيفية أو في رحلة في الجبال . . .) وليس كل مسكن موطناً في نظر القانون ، بل يجب في الاصل بحسب تعريف المادة ٤٢ المذكورة أن يكون الموطن في المكان الذي جرت عادة الشخص على الاقامة فيه .

فما هي فوائد تحديد الموطن ، وكيف نحدده بوجه عام ؟

§ ٢ ـ فوائد تحديد الموطن وأهميته

في الحقوق الاوربية القديمة كان لتحديد الموطن شأن كبير ، لان الحقوق

---

(١) وربما امكن ـ بحسب الحقوق السويسرية ـ تحليل مفهوم الموطن الى عنصرين رئيسيين : الأول إرادة صاحبه في البقاء في مكان معين وبصفة دائمة ، والثاني إظهار هذه الارادة بالإقامة الفعلية في ذلك المكان ، على ان نية أو إرادة البقاء الدائم لايشترط أن تكون لمدة أبدية وغير قابلة للتحديد ، بل يكفي ان تكون هذه الارادة متوافرة في اتخاذ مكان ما ـ ولو كانت المدة عملياً لاتطول كثيراً ـ مركزاً للنشاط الشخصي او المهني ، بشكل يعطي لهذه الاقامة شيئاً من الاستقرار (محكمة الاتحاد السويسري « مجموعة القرارات Recueil des arrêts جلد ٤١ القسم الثالث ص ٥٣) بل ان هذه الامور تكون كافية لاعتبار وجود الموطن ، ولو كان صاحبه ينوي الانتقال فيما بعد الى مكان آخر ، حتى ولو كانت الاقامة محددة سلفاً ، شريطة ان تكون هذه الاقامة في ذاتها مبنية على سبب عملي معاشي . (محكمة الاتحاد السويسري مجموعة القرارت ج ٤٩ القسم الأول ص ١٩٣ و ٤٣٠ و ج ٦٩ قسم اول ص ١٢ الخ) ، وبصورة عامة يمكن اعتبار المواطن موجوداً في الاقامة بقصد كسب الرزق والعيش (مع بعض الاستثناءات) او بوضع الشخص من قبل السلطات باقامة الاجبارية الدائمة ... (محكمة الاتحاد السويسري ، مجموعة القرارت ج ٦٩ قسم أول ص ٧٧ وقسم ثان ص ٢ الخ) . وعلى العكس لايعتبر مواطنا اتخاذ شخص من هذا نفسه محلاً كمواطن دائم بقصد واحد هو اقامة دعوى الطلاق على زوجه مستفيداً من هذا المواطن ... (محكمة الاتحاد ؛ ٦ قسم ثان ص ٣٩٩) .

كانت عرفية قائمة على عادات وأعراف تطبق على من يقيم ضمن المنطقة التي يسود فيها العرف . أما اليوم ، وبحسب أحكام الشريعة الإسلامية عندنا ، والقوانين الداخلية التي تطبق على الجميع لما لها من عموم وشمول ، لم يعد لتعيين الموطن في أكثر الشرائع الحديثة ، هذه الأهمية ؛ إلا أن ضرورة هذا التعيين وفائدته العملية ما تزال كبيرة من ناحيتين :

أ ـ **في الحقوق الدولية الخاصة** ، وهي كما رأينا الحقوق التي تعين وضع الأجانب في الدولة ، والأحكام الواجبة التطبيق عليهم بحسب موطنهم ، فان للموطن أثراً كبيراً حتى إذا خرج الموطن من دولة إلى أخرى ، كان له أهمية عظمى في الحقوق ، شأنه في الحقوق العرفية القديمة (١) .

ب ـ **بل ومن الناحية الداخلية** أيضاً فلا يزال للموطن الفوائد الآتية :

١ ـ إن المحكمة الصالحة للنظر في الدعوي المتعلقة بالمنقولات أو بحقوق شخصية هي في الأصل محكمة موطن المدعى عليه Actor sequitur forum rei .

٢ ـ أن التبليغات القانونية والقضائية ، من مذكرات وانذارات الخ . . لا يشترط فيها أن تبلغ إلى نفس الشخص بالذات ، بل أن الاصل أن يجري التبليغ فيها إلى محل الاقامة أو الموطن .

٣ ـ إن بعض الأعمال الحقوقية المتعلقة بحقوق العائلة تجب مباشرتها في الموطن . مثلا عقد الزواج يجب في الأصل أن يتم أمام المحكمة الشرعية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن الزوجة ، وكذلك ايقاع الطلاق .

٤ ـ التركات والوصاية والافلاس ، يجري فتحها أمام السلطة المختصة لموطن المتوفى أو الموصي أو المفلس .

---

(١) راجع الاستاذ سامي الميداني « الموطن » في مجلة نقابة المحامين بدمشق ، عام ١٩٤٦ عدد ٤ ص ١ .

٥ — استيفاء الديون وتأديتها ، يجري في الأصل في موطن المدين (١) وإذا رفض الدائن القبض كان للمدين أن يجريه في محل إقامة الدائن .

٦ — تخضع الدعوى في اجراءاتها لقانون المحل الذي أقيمت فيه Lox fori كما تخضع الأموال لمحل وجودها الخ ..

وصفوة القول إن تعيين القانون للموطن وتحديده يؤدي إلى تيسير تعامل الناس بعضهم مع بعض ، ولذلك يمكن القول أن تعيين الموطن يفيد الشخص نفسه وفي مصلحته ، كما يفيد الناس وفي مصلحتهم ضده .

§٢ — تحديد الموطن

لقد اختلفت الشرائع من حيث تحديد وتعيين الموطن بوجه عام ، كما اختلفت في وحدته وجواز تعدده ، تبعاً لاعتبارات شتى ، أهمها الآثار التي تترتب على هذا الموطن .

ويمكن تقسيم الشرائع من هذه الناحية إلى أربع :

آ — الانكلوسا كسونية ولا سيما القانون الانكليزي

ب — اللاتينية وأهمها القانون الفرنسي

ج — الجرمانية أو القانون الالماني

د — الشريعة الإسلامية

---

(١) راجع المادة ٣٤٥ من القانون المدني ، « أما في الالتزامات الأخرى — اي التي لاتستهدف تسليم شيء معين بالذات . وإنما تهدف او تتناول الاموال المثلية ، كالنقود — يكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، او في المكان الذي يوجد فيه مركز اعمال المدين اذا كان الالتزام متعلقا بهذه الاعمال . » وهذا المكان الثاني هو مايسمى بالموطن التجاري او موطن الاعمال كما سنرى (راجع كذلك في نفس الموضوع المادة ٤٢٤ الفقرة الثانية) .

هـ — وأخيراً وبعد أن نستعرض تلك الشرائع نبحث في تحديد الموطن حسب أحكام قانوننا المدني الجديد .

آ — في الحقوق الانكلوساكسونية

يعتبر الموطن كالجنسية في الشرائع الأخرى ، أي لا يعين فقط الاختصاص القضائي وبعض المسائل الثانوية فحسب ، بل يحدد القانون أو الاعراف الواجبة التطبيق على الشخص بالنسبة لأحواله الشخصية (وهي تختلف باختلاف الاعراف في المناطق) وربما رتبت الشريعة الانكليزية على محل السكن نفس الأحكام التي تعتبرها الشرائع الأخرى للموطن . وفي كل الأحوال فان الشريعة الانكليزية تتشدد في تحديد الموطن وتعتبره صلة تنشأ بين شخص معين وبين محلة أو منطقة يعتبر الشخص منتسباً اليها . وبحسب الشريعة المذكورة لا بد لكل إنسان من موطن من جهة ، ولا يمكن أن يكون له أكثر من موطن واحد ، من جهة أخرى .

وتحقيقاً لذلك يعين القانون لكل شخص موطناً أصلياً domicile d'origine وهو الموطن الذي ينسب اليه الشخص من وقت ميلاده بحكم القانون ، أي موطن أبويه ، ويعتبر كل شخص محتفظاً بموطنه الاصلي ما دام لم يتخذ له موطناً آخر غيره ، فان اتخذ موطناً جديداً ترتب على ذلك فقده موطنه السابق ، وظل محتفظاً بموطنه الجديد إلى أن يتخذ غيره . وبذلك يشبه الموطن في الشرائع الانكلوساكسونية أحكام الجنسية في الشرائع الأخرى .

ولا يستثنى عند الانكليز من مبدأ وحدة الموطن إلا في حالتين :

أولاً — حالة البريطاني الذي يعيش في خارج بلاده ، فقد اعتبر له موطنان : أحدهما في البلد الذين يقيم فيه فعلاً ، والثاني في الوطن الأم .

وثانياً — حالة الشركات الأجنبية ، حيث يعتبر أن لها في نظر الشريعة

الانكليزية أكثر من موطن واحد ، موطن في المركز الأصلي في بلادها ، وموطن أخرى في الأماكن التي تعمل بها انكلترة .

ب - اما في الشرائع اللاتينية [1]

كالشريعة الفرنسية التي هي أصلها ، والبلجيكية والهولاندية الخ . . ومنها اللبنانية والمصرية والسورية قبل القانون المدني ، فان الموطن هو المكان الذي يكون فيه المركز الرئيسي لأعمال الشخص Principal établissement . وتحديد المركز الرئيسي للشخص قد أدى في الحقوق الفرنسية إلى أبحاث فقهية ، واجتهادات قضائية هامة ، ويكاد يتفق الفقهاء أن المركز الرئيسي يعني المكان الذي تتركز فيه جميع أعمال الشخص ويدير فيه مصالحه ، فان كان تاجراً أو صانعاً وكان له فروع تجارية أو صناعية متعددة كان موطنه في المركز الرئيسي لتجارته دون الفروع . ويعود أمر تعيين هذا المركز ، أي محل العمل الرئيسي إلى تقدير المحاكم [2] ؛ وهو من الأمور الواقعية والمسائل الموضوعية ، التي تعود إلى قاضي الأساس [3] . وفي كل الأحوال فان الشريعة الفرنسية تفرق إلى حد ما بين الموطن والمسكن أو محل الوجود residence [4] . فالموطن في نظرها

---

(١) راجع فيما يتعلق بالموطن في الشرائع اللاتينية ، ارمانجون نولدوولف Arminjom Nold et Wolff ، مطول الحقوق المقارنة ١٩٥٠ ج ١ ص ٢٢١ .

(٢) محكمة استئناف لبنان ، غرفة أولى ، قرار رقم ٩٧ تاريخ ٢٣ ـ ٦ ـ ١٩٤٢ خلاصة النشرة القضائية اللبنانية ١٩٣٩ ـ ١٩٤٥ .

(٣) وتوصلاً لتحديد هذا المحل فقد سار الاجتهاد الى وجوب الاخذ بالعناصر الثلاثة : المسكن ، محل ممارسة العمل ، ومحل ممارسة بعض الحقوق ، (راجع قرار محكمة الدامور رقم ٢٩٠ تاريخ ٣٠ ـ ١٢ ـ ٩٤٨ النشرة القضائية اللبنانية ٩٤٩ ص ٧٦٢) .

(٤) خلافا مثلاً للاسبانية « مادة ٤٠ مدني » او البرتغالية « مادة ٤٣ مدني » أو =

فكرة حقوقية أو تصور حقوقي ، يربط الشخص بمكان ما . أما المسكن فهو أمر مادي فعلي يقوم على السكن والاقامة الفعلية ، وقد يتحد الموطن والمسكن كما هو الغالب ، وقد يفترقا في بعض الأحيان . والأصل في الحقوق الفرنسية كما في الحقوق الانكلوسا كسونية ، وحدة الموطن دون تعدده (١) ، ولايقوم المسكن مقام الموطن ويعتبر موطناً إلا إذا لم يكن هناك موطن آخر (٢) . ولكن القضاء الفرنسي والمصري (سابقاً) واللبناني كذلك ، تخلصاً من قسوة هذا التصور الحكمي للموطن ، للصعوبات العملية الناجمة عن مجافاته للواقع توسع في اجتهاده ، فيما يتعلق بالشركات والأشخاص الاعتبارية أو المحلات الكبرى ، تسهيلا لمعاملة الناس ، متستراً وراء نظرية المحطات الرئيسية أو المراكز الفرعية الرئيسية ، ليخرج بذلك عن قيد الوحدة الضيق . كما أوجد نظرية الموطن الظاهر ، وهو كل مكان يظهر للناس أنه موطن لذلك الشخص ولو لم يكن كذلك ، إذا كان موطنه الأصلي مجهولاً ، وأجاز لهم اعتباره موطناً خاضعاً لكل نتائج الموطن فخفف بذلك من قسوة وحدة الموطن وتلافى كثيراً من نقائصه (٣) .

= السويسرية « مادة ٢٣٥ مدني » الخ ... حيث اعتبرت المسكن والموطن متحدين ، وربما اشترطت هذه الشرائع فوق ذلك ـ اي فوق السكن ـ وجود نية الاقامة .

(١) ومنذ زمن بعيد استقر الاجتهاد القضائي الفرنسي انه لايمكن ان يكون للشخص إلا موطن واحد ، والقضاء المذكور يعتقد ان هذه القاعدة مستخلصة من تعريف الموطن نفسه (محكمة النقض الفرنسية ، غرفة الاستدعاء تاريخ ١ نيسان ١٩١١ . داللوز دوري ١٩١٣ ـ ٤٠٠) .

(٢) فمجرد وجود الشخص او سكنه في مكان لايجعل منه موطنا ما دامت إقامته فيه عرضية لايتوافر فيها معنى الاعتبار القانوني والاستقرار الحقوقي . (بلا نيول وريبر ، المطول الابتدائي للحقوق المدنية الطبعة الرابعة ١٩٤٨ ج ١ ، نبذة ٥٣٦) . راجع قرار محكمة بداية البقاع الغربي ،رقم ٢١١ تاريخ ٣ /٧/ ٩٥٦ ، ما سيأتي ص ٩٧ .

(٣) وهكذا مثلا قضت محكمة استئناف لبنان المختلطة ، ان الموطن الظاهر Donicil apharant اذا اضيف الى وجود تصرف الشخص بعقارات هامة ، كائنة في المحل الذي يوجد

هـ - اما في الشريعة الجرمانية

فقد نص القانون المدني الالماني (١) أن « من يقيم عادة في جهة يعتبر أن له موطناً فيها ويمكن أن يكون للشخص عدة مواطن في نفس الوقت (في كل جهة يقيم فيها عادة) ويزول موطن الشخص من جهة معينة بانقطاع اقامته فيها وقصده عدم الرجوع اليها » . فجاءت الشريعة الالمانية بمبادىء تخالف كل المخالفة الشريعتين السابقتين ، ونظرت إلى الموطن نظرة واقعية ، حقيقية لا خيالية نظرية ، فلم تحتم أن يكون لكل شخص موطن ، كما لا يمنع أن يكون للشخص الواحد أكثر من موطن ،وبحسب مبادىء هذه الشريعة ، ليس للأشخاص الرحل والمتجولين موطن ثابت ، وهو ما يتفق والواقع تماماً ، ولكن لهم سكناً متحولاً يكون لهم فيه موطن اينما حلوا ، ولا يقبل القانون الالماني أن يُعتبر للانسان موطن أصلي في جهة قد لا تكون وطأتها قدماه من قبل ، كما هي الحال في الشريعة الانكليزية .

ولا يرى القانون الالماني ضيراً ان يعتبر للشخص الواحد أكثر من موطن واحد في وقت واحد ، غير آخذ بمبدأ وحدة الموطن خلافاً للشرائع السابقة .

و - أما في الشريعة الاسلامية

فقد جاء في البدائع (٢) نقلا عن الفقيه أبي أحمد العياض أنه : « يجوز أن

= فيه ذلك الموطن ، واقامة دعاوى عديدة في محاكم ذلك المحل ، يعتبر كالمقام الحقيقي (قرار تاريخ ٢٤ـ١٠ـ١٩٤٤ النشرة القضائية اللبنانية عام ١٩٤٥ ص١٩٠٣ ،والقسم الفرنسي ص١٣٣ راجع كذلك نقض فرنسي غرفة الاستدعاء تاريخ ١٥ آذار ١٩٢٥ دللوز اسبوعي ١٩٢٥) .

(١) مادة ٧ ـ ١٠ ، ومثله البرازيلي .

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب أحكام الشرائع « للكاساني ، ج ١ ، ص ١٠٣ ـ ١٠٥

يكون الموطن الاصلي واحداً أو أكثر من ذلك بأن كان له أهل ودار في بلدتين أو أكثر ولم يكن من نية أهله الخروج منها وإن كان هو يتنقل من أهل الى أهل في السنة ، حتى أنه لو خرج مسافراً من بلدة فيها أهله ودخل في أية بلدة فيها أهله فيصير مقيما من غير نية الاقامة » .

وبذلك يكون الموطن قائماً على السكن والاقامة الفعلية ، وتلعب النية منه دوراً رئيسياً أشبه كثيراً بالشريعتين السويسرية والالمانية في ذلك . بل ان اعتبار الشخص مقيماً في أهله في أية بلدة من البلاد ، إذا ذهب اليهم ومن غير نية الاقامة يوجب اعتبار المسكن الفعلي أو الاقامة الفعلية بمثابة الموطن الشرعي .

٥ ـ في قانوننا المدني

وفي سورية قبل القانون المدني الجديد ؛ لم يكن الموطن منظما في مجلة الاحكام العدلية ، وإنما نص عليه في قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني ، مأخوذاً من حيث الاصل عن القانون الفرنسي وأحكامه .

وقد أخذ الشارع في القانون المدني الجديد (مادة ٤٢) بالمبدأ الذي أقره الفقه الحديث ، وأخذت به الشريعة الاسلامية والقانون الالماني ، فنص على أن « الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ، وأنه يجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن كما يمكن ألا يكون له موطن ما » .

فبحسب الفقرة الاولى من هذه المادة أصبح الموطن في نظر القانون مجرد المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ، أي الذي يوجد فيه بالحالة الاعتيادية ، وبذلك أصبح المسكن والموطن متحدين معاً خلافاً للحقوق الفرنسية . ولم يبق لقاعدة وحدة الموطن وضرورته من أثر بحسب أحكام الفقرة الثانية . ومن الممكن قانوناً أن يكون للشخص محلات إقامة متعددة في آن واحد ، (فيكون ذا إقامه في دمشق لأنه ساكن فيها ، وفي دوما لأن له مزرعة يعمل فيها ، وربما

كان له موطن ثالث في درعا مثلا لأن له متجراً فيها) . بل إن قانوننا المدني كالقانون الالماني ، يرى أن من الجائز أن لا يكون للانسان موطن معين ، كمثل البدو الرحل أو الغجر المتنقلين الذين لا يضربون في مكان إلا ليرحلوا عنه إلى آخر طلباً للمرعى وسعياً وراء الرزق ، فأمثـــال هؤلاء ليس لهم موطن ثابت . ولكن هـل نفهم من هـذا أن ليس لهم موطن مطلقاً وإن شخصيتهم الحقوقيـة لا تحتـاج الى عنصر الموطن ، وبالتـــالي لا يمكن الادعاء عليهم وتبليغهم في المكان الذي يكونون موجودين فيه عرضاً ؟ قد يذهب البعض إلى أنه لا يشترط أن يكون للانسان موطن ما بصراحة هذا النص ، وبالتالي فان شخصيته لا تحتاج إلى الموطن [1] ، على أن لا يمنع ذلك من مداعاتهم وقيام شخصيتهم . ونحن نعتقد أن المقصود من عبارة انه « من الجائز أن لا يكون له موطن ما » أن لا يكون للشخص موطن ثابت أصلي ، كما كان الأمر في الماضي وكما توجبه الحقوق الانكليزية أو الفرنسية ، ولكن يعتبر موطنه حيث يوجـد أو يحل فينتقل موطنه في حله وترحاله ويمكن تبليغه أينما وجد .

ومهما يكن الأمر فاننا نعتقد أن أحكام الموطن في الشريعة الجرمانية وقانوننـا المـــدني أقرب للصواب وأكثر صلة بالواقع من النظرية الانكليزية أو الفرنسية التي تعتبر أن الشخص منذ ولادته يأخذ موطناً أصلياً ولو وهمياً بمجرد قيد النفوس في محل ما منذ زمن بعيد ، وتترتب على ذلك نتائج من الأهمية بمكان كمن كان جـده مقيداً في مدينة أو حي من الأحياء ويظل موطنه فيها ، رغم نزوحه عنها زمناً طويلا ، وانقطاع صلته بذلك المكان فيترتب على ذلك بحسب النظرية التقليدية ، أن يعتبر موجوداً فيـه وأن يجري تبليغه إلى تلك المنطقة وأن ينتخب فيها الخ . . . بحيث يكون انحصار إرثه أو تحرير تركته أو الخ . .

---

(١) راجـع شفيق شحاته ـ المرجـع السابق ـ ص ١٠٧ ، وعبد المنعم الصده ـ المرجع السابق ص ٨٥ .

تابعاً لهذا المواطن ، وفي ذلك من الصعوبة وعـــدم المنطق مافيه . وإذا كانت هذه المفاهيم قـد تتفق أحياناً مع وضع الاسرة والحياة الاجتماعية القديمة وتسهل على الدولة شؤون الانتخابات وجداولها ، فان الحياة الفردية الحديثـــة والاستقلال الشخصي فيهـا ، وتوزعها وتبدل إقامتها الخ . . . لم تعد لتألف كثيراً مع هذه المفاهيم .

٤ - تغيير الموطن

وبعد أن أخذ قانوننا بمبـــدأ تعدد الموطن وماديته ، موحداً بذلك بينه وبين المسكن فقد أصبح من السهل تغيير الموطن وتبديله . وقد اشترط المؤلفون لهذا التغيير شرطين :

١ — أن يقيم الشخص في المكان الجديد فعلاً .

٢ — أن تكون عنده نية الاستيطان أو الإقامة .

وتبقى صفة الموطن ملازمة لهـذا المكان مادام الشرطان المذكوران مجتمعين فيه ، فاذا فقد أحدهما ، كأن أصبح الشخص لايقيم فعلاً فيه ، أو صرف النظر

---

(١) ويعتبر الشخص الذي يترك موطنه ويقيم في مكان جديد بقصد الاقامة الدائمـة ، قد غير موطنه القديم بالجديد (استئناف مصر المختلط ١١ مايس ١٩٢٣) . أما بحسب القانون الفرنسي ، فان الموطن الفعلي الإضافي ، (كالانتقال بحكم الوظيفة) لايؤدي الى تبديل الموطن الاصلي اذا لم يطرأ تبديل بصورة قانونية ، وفقا للمادتين ١٠٣ و ١٠٤ (راجـع محكمة استئناف لبنان غرفة أولى قرار رقم ٣٢١ ، تاريخ ١٠ — ٦ — ١٩٤٨ ، النشرة القضائية اللبنانية ٩٤٩ ص ١٢٧) كذلك قد قضت محكمة بداية البقاع الغربي أن مركز الاشغال الرئيسي يعتبر مقاماً (موطناً) ولا يعتبر مقاما المحل الذى يقيم فيه الشخص فترة من الزمن لتمضية فصل الصيف او لتعليم اولاده ؛ (قرار رقم ٢١١ تاريخ ٣ — ٧ — ٩٥٦ منشور في مجلة المحامي ١٩٥٦ ص ٢٥٧)

عن الاستيطان فيه ، فتزول عن هذا المكان صفة الموطن [1] ؟

أما بحسب قانون الأحوال المدنية ، فإنه لابد لتبديل السكن أو محل الاقامة من تبديل قيد السجل المدني استناداً إلى شهادة مقدمة من طالب النقل إلى أمين السجل المدني في المركز مصدقة من قبل مختار الحي أو القرية المقيم فيها (المادة ٩٦) .

وهكذا بحسب قانوننا المدني الجديد ، يتحدد موطن الشخص في الأصل باختياره له مادام الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ، وإقامة الشخص تخضع بطبيعة الحال لإرادته ، وتكون إرادته هي العامل الأول في تحديد موطنه [1] .

على أن هذه الارادة قد تقيد بحقوق الغير عندما تتعلق هذه الحقوق بالموطن ، فلا يستطيع الشخص أن يؤثر على هذه الحقوق بتبديل موطنه بمجر إرادته ، كما تكون مقيدة بالمواطن الخاصة من قانونية أو مختارة كما سنرى .

وجدير بالذكر أن تبديل الموطن وتغييره أثناء رؤية الدعوى في جميع درجاتها أو بعد تعيينه من قبل الطرفين اتفاقاً أو قضاءً ، لايجوز بأي حال أن يضر بحقوق الخصم ما لم يكن قد أعلن (بلّغ) اعلاناً صحيحاً . وأعطى علماً به لذلك . ويعتبر التحقق عن نية الاستيطان مسألة موضوعية متروك تقديرها للقاضي يستنتجها من الظروف [1] .

٥ ـ المواطن الخاصة Domiciles spéciaux

الى جانب ماذكرنا عن الموطن الطبيعي أو الموطن العام الذي يعينه

---

(١) راجع عبد المنعم الصده ، نظرية الحق ، المرجع السابق ص ٨٦ ـ ٨٧ .
(٢) محكمة مصر الابتدائية في ٨ حزيران ١٩٤٢، مجلة المحاماة ٢٢ ـ ٧١٥ ـ ٩٤٣ .
(٣) محكمة استئناف مصر المختلطة في ١٨ حزيران ١٩٣١ .

الشخص باختياره من جراء إقامته المعتادة ، هناك مواطن خاصة نص عليها القانون أو أجاز اعتبارها اتفاقاً وهي على ثلاثة أنواع : موطن أعمال ، وموطن قانوني ، وموطن مختار .

آ - موطن الاعمال او الموطن التجاري

Domicile d'affaires ou commercial

نص القانون المدني في الفقرة الأولى من المادة ٤٣ على ما يلي :

« ١ — يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى الإدارة المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة » .

ويتضح من هذا النص أن القانون لم يجز تعدد الموطن بشكل عام فحسب ، كما ذكر ذلك صراحة بالمادة ٤٢ السابقة ، بل أجاز كذلك تجزئة الموطن بالنسبة للأعمال . وموطن الأعمال هو في الحقيقة موطن جزئي غير عام ، افترضه القانون بالنسبة لشخص يأتي اعمالاً معينة ، وفرضه عليه في كل ما ينشأ عن هذه الأعمال. فمن كان يعمل في تجارة أو حرفة في مكان ما ، غير موطنه الأصلي والطبيعي ، أي غير مسكنه ومحل إقامته الحقيقي ، فان ذلك المكان يكون بمثابة موطن له ، ولكن ليس بشكل عام وفي كل الأمور ، وإنما بالنسبة إلى أعمال التجارة أو الحرفة التي يتعاطاها فقط .

ويشمل هذا الموطن التجاري التجار والصناع وأصحاب الحرف ، أما الوظيفة فانها تخضع إلى حكم الموطن القانوني الذي نبحثه الآن (١) .

---

١) وعلى ذلك إذا فرضنا أن شخصاً مقيماً في دمشق ، ولنفرض طبيباً او تاجراً ، وقد افتتح عيادة أو متجراً ، في دوما يستقبل فيه زبائنه في النهار ، ثم يعود الى مسكنه كل يوم ؛ فان هذا الشخص يعتبر فيما يتعلق باعمال طبابته او تجارته مقيما في دوما وبامكان الناس الذين عاملوه هناك ان يقاضوه امام محكمة دوما ويستفيدوا من سائر احكام الموطن التى اعتبرها =

ب - الموطن القانوني Domicile légale

الأصل أن كل شخص حر في اختيار المكان الذي يريد أن يكون موطناً له ، كما وإنه حر في تغيير موطنه . غير أن القانون قد يفرض استثناء على بعض الناس موطناً معيناً يفترض فيه أنهم مقيمون هناك أو مرتبطون بذلك المكان ، ولو لم يقيموا فيه عادة ، بحيث لا يستطيعون تبديله أو تغييره إلا إذا زال السبب الذي من أجله افترض القانون وجود هذا الموطن .

وقد اعتبرت أكثر الشرائع أن الارتباط القانوني أو الفعلي لشخص بآخر أو بمكان ما ، سبب لتعيين موطنه تعييناً قانونياً . وأبرز هذه الحالات هي :

آ — فقدان الأهلية وتبعية الشخص القانونية للغير ، كالقاصر والمحجور عليهم فموطنهم لدى وليهم أو وصيهم أو القيم عليهم . أما الزوجة فان الشرائع مختلفة في اعتبار موطنها موطن زوجها قانوناً ، بقدر اختلافها في أهليتها (١) .

على أن قانون الأحوال المدنية عندنا رقم ٣٧٦ لعام ١٩٥٧ قد نص في المادة ٦٦ أنه : « ليس للمرأة المتزوجة محل إقامة غير محل إقامة زوجها إذا

= له القانون ، بل ان هذا الاعتبار يجعل الموطن القانوني بالنسبة لهذه الاعمال حتما هناك . اما فيما يتعلق باعمال الشخص الاخرى فالمعول عليه قانونا هو موطنه المعتاد طبقا للمادة ٤٢ السابقة الذكر .

(١) مثلا المادة ١٠٧ من القانون الفرنسي نصت على اعتبار انموطن الزوجة لدى الزوج وفي موطنه اطلاقا ، بالنظر لما كانت تعتبر فيها من نقص في الاهلية ، في حين ان القانون الالماني مثلا قضى (مادة ١٠) باعتبار موطن الزوجة في موطن الزوج ماداما يقيان معا ، وما دامت لم تفترق عنه بالاقامة في بلاد اخرى ، ناظراً في ذلك الى الحياة الواقعية . وفي حين ان القانون اللبناني مثلا لم يأت على نص من هذه النصوص مما حدا بالقضاء اللبناني ان يقرر عدم وجود هذا الموطن القانوني للزوجة (استئناف لبنان ، غرفة اولى ، قرار رقم ٣٢٨ تاريخ ١٠ — ٦ — ٩٤٨ النشرة القضائية اللبنانية ٩٤٩ ص ١٢٧) الخ ...

كانت الحياة الزوجية مستمرة بينهما » بحيث يمكن القول أنه ، بحسب المفهوم المخالف ، إذا لم تكن الحياة الزوجية مستمرة ، كحالة الهجر أو الفرقة ، فينفصل حينئذ موطن الزوجة عن موطن الزوج . وليس في قانون الأحوال المدنية الجديد رقم ٢٦٠ لعام ٩٦٠ السابق الذكر أي نص خاص في هذا الموضوع .

ب — التعلق الفعلي بالعمل ، كالخادم والعامل الذي يقطن في مكان عمله أو دار سيده فيعتبر قانوناً مقيما هناك (مادة ١٠٩ مدني فرنسي) .

ج — الارتباط الوظيفي الثابت والدائم ، كالموظف الذي يبقى مدى حياته ويتمتع في وظيفته بحصانة ، فان موطنه محل وظيفته ولو لم يكن موجوداً عملياً فيها خلافاً للموظف العادي الذي لا يملك ذلك (مادة ١٠٧ مدني فرنسي) .

ومهما يكن الأمر فان الاتفاق غير موجود على هذه المواطن القانونية ، وقد جاء قانوننا المدني الجديد فنص بشكل واضح وواسع على تعيين مواطن قانونية إلى فئات من الناس سواء بسبب القصر ، وهو الأصل الذي يتفق مع نصوص القانون المصري المأخوذ قانوننا عنهـــا ، أو حكم الوظيفة أو العمل ، وهي أحكام أضيفت في القانون السوري ولا مقابل لها في القانون المصري . وبذلك فرق في مادتين بين الموطن القانوني لـكاملي الأهلية وناقصيها .

١ ـ الموطن القانوني الكاملي الاهلية :

أما بالنسبة لـكاملي الأهلية فقد نصت المادة ٤٣ من القانون المدني في فقرتيها ٢ و ٣ أنه :

« ٢ — إن موطن الموظفين هو المكان الذي يمارسون فيه وظائفهم .

« ٣ — الأشخاص الحائزون على كامل الأهلية الذين يخدمون أو يشتغلون عند الغير يعتبر موطنهم موطن من يستخدمهم ، إذا كانوا يقيمون معه في منزل واحد »

ومن هذا النص الذي لا مقابل له في القانون المصري ، يتضح :

١ — إن ، القانون في الفقرة التي جعلت موطن الموظفين مكان وظيفتهم قد وضع حداً للخلاف الذي كان قائماً من قبل، حول هذا الموضوع ، وأصبح موطن كل موظف محل عمله ، سواء كان دائماً وغير قابل للعزل أو لم يكن ، ناظراً في ذلك إلى المصلحة والواقع (١) .

وربما أمكن الاستغناء عن هذا النص بعد أن حدد قانوننا الموطن الأصلي بالاقامة المعتادة ، وربطه بالمكان الذي يوجد فيه الشخص عادة ولو تعدد الموطن فشمل بذلك محل الوظيفة .

وقد جاء مشروع القانون المدني الموحد مستغنياً عن هـــذا الموطن القانوني ومتبنياً للنص المصري .

٢ — أما الفقرة الثالثة التي جعلت موطن الأشخاص الذين يشتغلون في خدمة آخر وتابعين له ولو كانوا حائزين على كامل الأهلية ، يعتبرون أصحاب إقامة لديه ، ولو كانوا فعلا غائبين عنه ، فانها لم تأت بشيء مستجد في هذا الموضوع

---

(١) لاشك ان الموظف هو بحسب التعريف الاداري من يقوم بخدمة عامة داخله بالملاك ولكن هناك من فئات الموظفين الذين لاتنطبق عليهم شروط التعريف الاداري كموظفي مكتب الحبوب او الميرة سابقا ، او مستخدمي الاعاشة او الوظائف المشابهة .

فهل يقال ان هؤلاء ليسوا بموظفين بالمعنى الاداري فلا تشملهم احكام هذه الفقرة ، ولا يكون موطنهم في مكان خدمتهم ؟ ان ما اشترطه القانون الفرنسي من شرط الموظف مدى الحياة المتمتع بالحصانة يحمل على الاعتقاد انه لايجوز التوسع في هذا النص .

على اننا نعتقد ان النص عندنا يشمل كل الموظفين سواء كانوا داخلين في الملاك ودائمين اوغير دائمين . ذلك لان الغاية منه هو ان الشخص الذي يقوم بخدمة الدولة يرتبط في ذلك المكان ويأتي بطبيعة الامر باعمال والتزامات يجب ان يكون الموطن فيها مكان وجوده ، ولافرق في كلا الحالين . خصوصاً وان القانون ربط الموطن بالاقامة المادية واجاز تعدد الموطن تبعا لذلك .

لأن الحقوق التقليدية المدرسية لم تتردد في اعتبار موطن هؤلاء موطن سيدهم أو رب عملهم .

إلا أنه يشترط لهذا الاعتبار القانوني أن يكون المستخدم كامل الأهلية من جهة ، ومقيما مع مخدومه في محل واحد من جهة أخرى ، فيكون هذا المحل موطن الاثنين معاً ، أما إذا كانت إقامته وسكناه في منزل أو مكان مستقل ، فيكون موطنه هناك ولا يكون لهموطن قانوني عند مخدومه . وهذا مايجعل النص المذكور غير ذي جدوى عملياً لأن شروطه تحقق شروط الموطن الأصلي .

وقد حذف هذا النص كذلك من المشروع الموحد للقانون المدني السبب المذكور .

وجدير بالذكر أن نص القانون بتعيين موطن قانوني خاص لشخص معين أو لصفة معينة ، هو استثناء من القاعدة الأصلية في تحديد الموطن الحقيقي ، وبالتالي قاصر على ما جاة بالنص لا يتعداه إلى سواه ولا يتوسع فيه [1] .

هذا ما كان من أثر الموطن القانوني لكاملي الأهلية .

٢ ـ الموطن القانوني لناقصي الاهلية :

أما فاقدوا الأهلية أو ناقصوها فقد نصت المادة ٤٤ من القانون المدني على ما يلي :

---

(١) وبالاستناد الى ذلك ، وبما ان القانون المدني السوري لم ينص على اعتبار الزوجة مقيمة في دار زوجها مقاماً قانونيا ، كما نصت على ذلك مثلا المادة ١٠٨ من القانون المدني الفرنسي لذلك يعتبر موطنها في المكان الذي تقيم فيه عادة ، (وبالطبع فعلا) اذا كانت مفترقة عن زوجها كسائر الناس .

وهكذا فقد قضت محكمة الاستئناف في لبنان انه بحسب القانون اللبناني الواجب التطبيق على قضايا الموطن في الدعاوى المقامة في لبنان ، فان الزوجة التي بقيت في فرنسة فعلا ولم تلتحق بزوجها في لبنان ، تحتفظ بموطنها هناك ولا تعتبر قانونا في لبنان .

(غرفة اولى قرار رقم ٣٢١ تاريخ ١٠ حزيران ٩٤٧ النشرة القضائية اللبنانية ٩٤٩ ص ١٢٧)

« ١ — موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً .

٢ — ومع ذلك يكون للقاصر الذي بلغ خمسة عشر سنة ، ومن في حكمه موطن خاص بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها ... »

وقد فرق القانون بهذا النص من حيث الموطن بين نوعي الاشخاص غير الأهل .

ففي النوع الأول جعل عديم التمييز أو الفاقد للاهلية بوجه عام كالصغير غير المميز والمجنون المطبق والمعتوه وبصورة عامة المحجور الذي منع من التصرف بامواله منعاً كاملاً لأسباب معينة ، وألحق بهؤلاء المفقود أو الغائب . لقد جعل جميع هؤلاء ممثلين من الناحية القانونية بشخص من ينوب عنهم وبالتالي فان موطنهم يكون موطنه . وهكذا مثلاً ، إذا كان وصي الصغير أو المجنون أو المعتوه يقيم في غير المكان الذي يقيم فيه هذا الصغير أو المجنون أو المعتوه ، فان موطن الوصي الذي ينوب عنه قانوناً ، ويمثله في سائر الأعمال والتصرفات ، هو موطن الصغير أو المجنون أو المعتوه في نظر القانون ، وكل تبليغ في أي معاملة قانونية يجب أن يجري إلى الموطن المذكور ، ولا قيمة له إذا جرى لمكان وجود القاصر . وهذا بديهي وطبيعي ، لأن القاصر الفاقد للاهلية ، لا ارادة له ولا أهلية له في ممارسة حقوقه ، بل إن التصرفات محصورة بشخص ممثله ونائبه ، فلا يعقل أن يعتبر محل سكنه أو وجوده موطناً في نظر القانون يمكن أن يترتب عليه حكم ما ، ما دام هذا القاصر لا قيمة لتصرفاته ولا يملك اجراء شيء منها .

وأما في النوع الثاني ، وهو ناقص الأهلية لا فاقدها ، كالقاصر الذي أصبح مميزاً ببلوغه سن الخامسة عشرة ، أو الصغير الذي أكمل الثلاثة عشرة من عمره

بالنسبة لادارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص حسب أحكام قانون الأحوال الشخصية (المادة ١٦٩) ، أو كالمفلس في تعاطي ماأجاز القانون له أن يتعاطاه .. الخ ، فهؤلاء يمكن أن يكون لهم موطن خاص إضافي ، غير موطن وصيهم أو نائبهم ،الذي يبقى موطنهم العام ، وذلك بالنسبة للاعمال التي أجازهم القانون باجرائها. مثلاً إذا أجازت المحكمة المميز أو المفلس بتعاطي عمل معين ، فان مايمكن أن ينشأ عن ذلك من نتائج وقضايا يعتبر فيها الموطن الشخصي للمميز أو المفلس ، الذي اتخذه لهذه الأعمال ، موطناً معتبراً قانوناً ، رغم أن موطنه القانوني في الأصل هو موطن الوصي أو السنديك ، أي وكيل التفليسة .

وفي كل حال فان الموطن الخاص الملمع اليه يكون قاصراً على الأعمال التي أجيز باجرائها ومايتنتج عنها ولا يتعدى إلى ماسوى ذلك.

م ـ الموطن المختار Domicile élu

١ ـ مفهوم الموطن المختار :

في كثير من الأحيان تقضي مصلحة الطرفين أو أحدهما — وغالباً مصلحة الدائن — أو يقضي القانون نفسه ، أن يتخذ شخص موطناً مختاراً ، في مكان أو لدى شخص معين في غير موطنه الأصلي ، ويسمى هذا الموطن ،الموطن المختار، على اعتبار أنه اختير من قبل صاحبه ليعتبر موطناً في الموضوع الذي اختاره من أجله . فالموطن المختار لايشكل في الحقيقة موطناً حقيقياً ، وربما لايوجد بين الموطن المختار وصاحبه أية صلة مادية ، وإنما هو مجرد تعيين اتفاقي لمكان أو شخص ما ليكون موطناً مختاراً لعمل معين .

ويغلب اختيار الموطن عندما يكون المتعاقدان من بلدين مختلفين فيطلب الدائن من مدينه أن يختار موطناً له في بلد الدائن أو في أي مكان يرغبه هذا الأخير حتى

لا يضطر إلى اللحاق به في محله البعيد ، في كل ماينشأ عن العلاقات بينهما . وهكذا مثلا نجد ، في كثير من العقود ، أن الطرفين أو أحدهما يذكر انه اختار محل إقامة له فيما يتعلق بذلك العقد ، مكتب وكيله أو محل تاجر من التجار ، أو صديق من الأصدقاء ، بحيث تعتبر المعاملات الجارية إلى ذلك الموطن بالخصوصات المذكورة ، كأنما هي قد جرت للموطن الأصلي سواء أكان صاحب الموطن المختار موجوداً فيه أو غير موجود .

وربما جرى مثل ذلك في إقامة الدعاوي أو المراجعات القضائية ، فالمدعي الذي يتقدم إلى محكمة ما ، قد يكون ملزماً أحياناً — كما في القضاء العقاري أو قاضي التحقيق أو دائرة التنفيذ — ان يختار محل إقامته في منطقة الحاكم أو الدائرة — ولذلك نشاهد كثيراً أن المدعي يختار — حتى ولو لم يكن مجبراً ، وإنما لتسهيل التبليغات — مكتب وكيله مثلا موطناً له في الدعوى .

وقد نصت المادة ٤٥ من قانوننا المدني في الفقرة الأولى انه « يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل معين ». فأجازت بذلك اختيار الموطن ليس في الدعاوي والخصومات القضائية فقط ، بل في كل عمل قانوني إطلاقاً ، مسهلة بذلك للناس سبل التعامل . غير أن هذه المادة حصرت اختيار الموطن — كما هي العادة — في عمل معين ، فلا يصح اختيار موطن بشكل عام ، ولكل الأعمال لأن ذلك لا يكون موطناً مختاراً وإنما موطناً أصلياً . ولا يكتفى فيه بالاختيار بل لا بد من توافر عناصر الموطن الحقيقي أو الأصلي وتحقق شروطه ..

٢ ـ ما هي طبيعة الموطن المختار ؟

اعتاد المؤلفون أن يقولوا إن الموطن المختار هو موطن وهمي اعتباري ينتخبه الطرفان لتنفيذ اتفاقاتهما ، كما هو الظاهر . أما الاستاذ « ريبر » فلا يرى هذا الرأي ويقول : إن هذا المذهب يخطىء في اعتباره هذا الأخير موطناً ، لأنه ليس

في الحقيقة موطناً وهمياً بل هو خروج اتفاقي أي شذوذ على الأحكام الطبيعية للموطن الحقيقي ، ويكون لهذا الشذوذ نتيجة مضاعفة هي إعطاء محكمة ما ، هي غالباً محكمة الدائن — غير محكمة المدعى عليه المدين في الأصل — اختصاصاً ليس لها ؛ وربما بالوقت ذاته إقامة وكيل فيها لاجراء التبليغ اليه ، ولهاتين النتيجتين أهمية بالنسبة لآثار الموطن وأحكامه . وفي كل الأحوال فان الموطن المختار سواء كان موطناً وهمياً أم شذوذاً عن الموطن الحقيقي يعتبر موطناً خاصاً ويدخل في جملة المواطن الخاصة بل لعله من أبرزها .

٣ ـ آثار اختيار الموطن :

لقد جاء في المادة ٤٥ من القانوني المدني .

« ٣ — والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل مايتعلق بهذا العمل ، بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري ، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى ».

ويذكر الفقهاء أن لاختيار الموطن أثراً مزدوجاً وفقاً للعنصرين السابقين من تحليل طبيعة ذلك الموطن :

١ — إن تعيين موطن مختار يؤدي إلى تعيين اختصاص القضاء الشخصي أو المحلي ، أي من ناحية اختصاص محكمة شخص المدعى عليه ، فاذا قام خلاف بسبب عقد ، كان أحد الطرفين اختار بموجبه محل إقامة في مكان ما ، أو لدى شخص معين ، كان للطرف الآخر أن يرفع الدعوى لدى محكمة هذا المكان أو إلى محكمة الشخص الذي اختير الموطن لديه .

وهذا الأثر للموطن المختار يحصل دوماً بمجرد الاختيار لموطن ما ، مكاناً كان أو شخصاً (١) . على أن ذلك لا يمنع المدعي — ذلك الطرف الآخر — أن يداعي

(١) وقد قضت محكمة استئناف لبنان انه : « في الدعاوي الشخصية يمكن اقامة الدعوى في محل اقامة المدعي ، اذا كان السند يحتوي عبارة : « في المحل الذي يرغبه الطالب » (الغرفة الثالثة رقم ٩٦ تاريخ ٨ـ٤ـ١٩٤٥ ، خلاصة النشرة القضائية اللبنانية ، ص٤٦).

من اختار موطناً غير موطنه الأصلي ، أمام محكمة موطنه الأصلي وأن يبلغه في هذا الموطن الأخير ، مادام ذلك الاختيار إنما هو في مصلحة الطرف الآخر لا لمصلحة من اختار الموطن ، إلا إذا نص صراحة عند الاختيار انه ليس للطرف الآخر أن يرجع إلى غيره ؛ أو ان هذا الاختيار كان لمصلحة الطرفين معاً ، فيعتبر كل واحد منهما انه قد اختار موطناً بالنسبة للآخر وبالتالي مقيداً به .

٢ — إن تعيين موطن مختار معناه تعيين شخص لتمثيل الشخص المختار في العمل المعين ، بحيث يكون معتبراً بمثابة وكيل لاستلام جميع الصكوك والاعمال القانونية والأصولية ، من تبليغات وانذارات والخ ... المتعلقة بمن اختار هذا الموطن .

إن هذا الأثر الثاني ليس حتمياً كالاول ، بمعنى أن من يختار موطناً في دمشق لايشترط دوماً أن يكون قد اختار شخصاً لتمثيله في التبليغ فيها ، وإنما قديقتصر الاثر على اختصاص المحكمة ويبقى التبليغ واجباً في الموطن الحقيقي . وتحصل النتيجة الثانية عندما يكون الموطن المختار عند شخص معين .

وحتى في حال تعيين الموطن لدى شخص ما ، فان الطرف الآخر حر في تبليغ خصمه لدى هذا الشخص المختار أو في الموطن الحقيقي.

وينتج عن اعتبار الموطن المختار موطناً خاصاً ، ان الموطن الحقيقي يبقى في كل الأحوال الأخرى الموطن الأصلي الذي يجب الرجوع اليه كما يجوز الرجوع اليه حتى في الامور التي من أجلها اختير ذلك الموطن إذا لم يكن في صك الاختيار مايمنع ذلك كما أشرنا قبل قليل .

٤ ـ شمول اثر الموطن المختار :

لقد ذكرت الفقرة الثالثة للمادة ٤٥ كما رأينا ، أن هذا الموطن للعمل المختار من أجله ؛ هو الموطن بالنسبة إلى كل مايتعلق بهذا العمل ، فيشمل بذلك كل

مايتفرع عنه أو يتعلق به ، بما في ذلك اجراءات التنفيذ الجبري ، ولعل المثال الآتي يوضح ذلك .

مثلا شخص استدان من آخر مالاً واختار في الصك محل تاجر معين بدمشق ، كموطن مختار ، فمن حيث الدفع والاداء يجب أن يكون في موطن المدين (مالم يشترط خلاف ذلك) وهو الموطن المختار ، وإذا نشب خلاف كانت محكمة دمشق هي المختصة ، وإذا اقتضى ارسال انذار أو تبليغه جرى تبليغ هذا الانذار إلى موطن ذلك التاجر المختار . وإذا صدر حكم يبلغ كذلك اليه ، وكذلك في الحجز الخ ... هذا هو الاثر الطبيعي إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على بعض هذه الاعمال ، كالدفع ، أو على اختصاص المحكمة فقط دون التنفيذ أو دون التبليغ في حالة الخلاف الخ ... فيقف أثر هذا الموطن على ما اشترط .

٥ ـ هل يصح اختيار الموطن الحقيقي موطناً مختاراً ؟

لعل ذلك يبدو ضرباً من العبث وغير مجد . ولكن الفقهاء رأوا في ذلك أحياناً فائدة من شأنها أن تجعل هذا الموطن الحقيقي الذي اختاره الشخص ثابتاً بالنسبة للطرف الآخر فلا تؤثر عليه التبديلات المحتملة ، بحيث إذا غير او بدل الشخص موطنه الحقيقي واعلن عن ذلك اصولاً فان هذا التبديل لا يؤثر على الطرف الآخر ، ولهذا قالوا انه من الجائز اختيار الموطن المختار في الموطن الحقيقي فيضحى ثابتاً لا يتبدل حتى يتم العمل الذي من اجله قد اختير [1].

٦ ـ مدة الموطن المختار :

يبقى الموطن المختار ملزماً لصاحبه مابقي الاتفاق الذي اوجبه ، لانه فرع

---

(١) راجع ريبر المرجع السابق ، ج ١ ص ٣٢٩.

عنه ، حتى ينفذ العمل وينقضي ، وهو يلحق ورثة صاحبه بعـــد وفاته ويسري مفعوله عليهم كما كان سارياً بحق المورث في حياته ، وبذلك يختلف عن الموطن الحقيقي الذي لا ينتقل للورثة .

٧ ـ دليل الموطن المختار :

اتفقت الشرائع ونص قانوننا المدني (الفقرة الثانية من المادة ٤٥) ان الموطن المختار لا يجوز اثباته إلا بالكتابة ، فـلا يسمع الادعاء بوجوده مالم تكن هنـاك وثيقة خطية بهذا الاختيار ، وعلى ذلك فلا يمكن استنتاجه من الوقائع والظروف ولا افتراضه افتراضاً[1].

★ ★ ★

(١) راجع قرار محكمة استئناف لبنان ، الغرفة المختلطـة ، تاريخ ٣٤ ـ ١٠ ـ ٩٤٤ النشرة القضائية اللبنانية ٩٤٥ ص١٠٣.

الفصل الرابع

الأسرة والقرابة

إلى جانب ماذكرنا من خصائص الشخصية الطبيعية وميزاتها من الناحية الحقوقية ، كذلك فان وضع الشخص الحقوقي قانوناً يتعين بالنسبة لوضعه في الأسرة وصلاته مع أعضائها ، مما له أكبر الاثر وأعظم النتائج في حقوقه وواجباته ونحن لانبحث هنا صلة الفرد في عائلته واسرته من الناحية الاجتماعية أو الاخلاقية أو الادبية المحضة ، التي يعود درسها إلى علم الاجتماع ، وانما نقصر بحثنا على العلاقة العائلية من حيث أثرها في حقوق وواجبات الفرد والاسرة معاً من الناحية الحقوقية .

والاسرة بالمعنى الواسع ، مجموع الاشخاص الذين تجمع بينهم رابطة القرابة (سواء عن طريق الولادة إو الزواج وحتى عن طريق التبني في الشرائع الغربية). وهي بالمعنى الضيق : مجموع الاشخاص الذين يعيشون في كنف واحد ، تحت رئاسة وإدارة رب الدار [1] .

والاسرة عنصر هام من عناصر الشخصية الحقوقية . لانها تبين مركز الشخص حقوقياً في المجتمع ، وترتب عليه لذلك كثيراً من الواجبات والتكاليف وتمنحه لقاءها حقوقاً معنوية ومادية نشير اليها في بحث أحكام القرابة وآثارها.

---

(١) راجع بلانيول وريبر ، المطول الابتدائي للحقوق المدنية الطبعة الرابعة ج ١ ص٥٦٩ .

§ ١ ـ تاريخ الأسرة الحقوقي ، وضرورتها

لقد كان للأسرة من الناحية الحقوقية في التاريخ القديم شأن كبير جداً قد ضعف اليوم كثيراً ، وربما عرفت الشعوب قبل الاسرة أو البطن ، القبيلة والعشيرة (١) .

---

(١) يقول علماء الاجتماع : ان التاريخ عرف القبيلة او العشيرة كأصل في الحياة الاجتماعية والحقوقية ، ثم تولدت الاسر واخذت كيانها ومكانتها شيئاً فشيئاً لتصبح نواة المجتمع واساسه . وقد عرف التاريخ في العائلة الابتدائية نوعين ، اسرة البطن أو الام Le matriacra ، واسرة الدم أو الاب Le patriarcat (فرانسيسكو كوزانتيني F . Cosentini حقوق العائلة في الحقوق المدنية المقارنة سنة ١٩٢١ ص ٦٧ وما بعدها) فالاولى هي التي تقوم على اعتبار الام مرده وحدة العائلة وحجر الزاوية في ارتباطها . وقد ذهب علماء الاجتماع بعيداً في التفتيش عن منشأ هذه الاسرة في الشعوب والامم القديمة الحجرية . ولم يتفقوا على شكل معين لها ، وانما ذهب بعضهم الى اختلاط النسل والولادة من الاب دون معرفة الاب ، هي الحالة التي كانت في اصل هذه الاسرة ، ولم يدخل الرجل فيها كزعيم أو مدير الا بعد ذلك ، حيث قامت مقامها اسرة الاب . اما هذه الاسرة الثانية ، اسرة الاب ، فانها تجعل المجتمع يقوم على اسر يتحد اعضاؤها تحت سلطة وحماية الرجل الاول ، اي الاصل او الجد الاكبر . وهي على رأي البعض ـ ولاسيما اؤلئك الذين ينكرون النوع الاول ـ أقدم انواع الاسر المعروفة . وقد عرفتها الحقوق الرومانية واليونانية والجرمانية فجعلت الاسرة وحدة تامة ، كان لها استقلالها وسلطانها ، حتى قالوا إن الاسرة الرومانية أشبه بدولة ضمن دولة . وحتى قال ارسطو إن الاسرة هي مصدر الدولة . فكان رئيسها pater familias بالوقت ذاته زعيمها الديني والعائلي ، والمالك الوحيد لثروتها العائلية ، والحاكم المطلق في الخلافات التي تنشأ في العائلة وبين اعضائها ، له من السلطة والسلطان على من هم في اسرته ماليس للحاكم على المحكومين ، وربما بلغت سلطته حد الطرد او القتل .

ولم يكن الامر في تاريخ هذا الشرق يختلف كثيراً عن ذلك . فالى جانب البطن والقبيلة التي كانت تسود الجزيرة العربية ، وجدت الاسرة مطبوعة بطابع اسرة الاب ، وقائمة على الدم . ولقد امتدت آثارها هنا كما امتدت في سائر بلاد المعمورة حتى زمن غير بعيد وحتى يومنا هذا ، فقد عرفت الاقطاعية في كل مكان سلطة السيد ، ووحدة اسرته ، بما لايختلف كثيراً عن سلطة رب الاسرة الرومانية . سلطة مطلقة ليس على زوجته وأفراد اسرته فحسب بل وعلى من هم في=

أما في العصر الحاضر فان الاسرة أخـــذت اتجاهاً جديداً ، بتأثير الحرية والحياة الفردية ، فتفككت أواصرها ، وضعفت روابطها ، وتقلصت سلطة ربها ، وصار يشعر كل فرد باستقلاله وحرية التصرف في كسبه وحياته .

وإذا كانت أحكام الدين والشرائع الدينيةما تزال ظاهرة التأثير ، واضحة المعالم في حقوق العائلة بل ما تزال باقية بتمامها في بلادنا ، وإذا كانت التقاليد والأعراف القديمةفي حقوق الاسرة أكثر علوقاً ورسوخاً ، فان ثمة تحولاً جديداً بفعل هذا التطور قد بدأ يظهر تباعاً ، وقد أقرت الشرائع الحديثة حقوق الاسرة الطبيعية وقرابتها ، والأسرة الطبيعية هي التي تنشأ عن العلاقات غير الشرعية ، حتى أصبح لهامن الحقوق في بلاد الغرب ما يقارب بينها وبين الاسر الشرعية.وبدأ إلى جانب ذلك تبدل في حقوق الأسرة وعلاقاتها المادية وما ينتج عنها . فلم يعـد الابن الأكبر هو الخلف للأب في إدارة شؤون الأسرة بعد وفاته — وان يكن عملياً قد يحصل هذا كثيراً إلى اليوم — وبالطبـع لم يبق لهذا الولد الحق في الارث الحصري أو شبه الحصري الذي كان نتيجة طبيعية لحلول الابن الأكبر محل أبيه المتوفي في كل شيء ؛ بل أصبح للاولاد حقوق متساوية في ثروة أبيهم حتى في حال حياته ، بنفس الوقت الذي تحرروا فيه من سلطته القديمـة

= خدمته ورعايته . ولئن أصبحت قدرته أقل اطلاقاً من الماضي بحيث لم يعد من حقه أن يقتل شاء إلا أن هذه القدرة فيما عدا قيود قليلة بقيت سائدة وربما ظلت كذلك حتى القرن الثامن عشر والثورة الفرنسية ، بل ان آثارها ظلت بادية في تشريـع نابليون و التشريعات المعاصرة له حيث اعترف للأب والزوج بقدرة وسلطة على من هم في اسرته مستوحاة من احكام الماضي .

ولم تكن الأسرة عند المصريين لتختلف كثيراً عن الاسرة الرومانية من حيث سلطة ربها ووحدتها ... (راجع : عطية مصطفى مشرفه، القضاء في الإسلام ، القاهرة ١٩٤٩ ص ١٢٦)

وفي بلادنا يذكر الكثيرون وحدة الاسر وتكتلها ، وربما الى قرن مضى من الزمن أو أقل من ذلك ، حيث كانت الأسرة الواحدة تعيش في دار كبيرة واحدة يعمل فيهـا عشرات الأولاد وأولاد الأولاد تحت سلطة واشراف الجد الأكبر .

وإشرافه الضيق إلى حد ما . وقد بدأ هذا التحرر المتزايد ، خطراً في بعض النواحي ، فاضطرت الدولة للتدخل في شؤون الاسرة لحمايتها والمحافظة على كيانها الذي أخذ ينفرط عقده ،ولا سيما في القرن الأخير ، وراحت بعض الدول التي اهتمت بالتنظيم الاجتماعي والحياة النظامية ، كألمانية النازية فاعتبرت حقوق العائلة أهم الحقوق وأسماها ، وصرفت همها لتنظيمها والتدخل في شؤونها لحمايتها ووقايتها من الاضمحلال ، ولانها عماد الوطن ووحدة كيانه .

كانت حقوق الاسرة في بلادنا خاضعة لأحكام الشريعة الغراء التي حافظت على كيانها وولاية الاب عليها ، وقوامة الرجل ، واختلفت المذاهب في شمول هذه الولاية ومداها ، مما يدرس في أحكام الشريعة والاحوال الشخصية وقد طغت الفردية ، حتى في بلادنا ، على حياة الاسرة ، حتى غدت تتقرب بحياتها الداخلية الانفصالية من الاسرة الحديثة في بلاد الغرب ، بسبب تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية في مختلف نواحيها . وما نحسب ان بوسع أحد أن يحول دون سير هذا التيار الجارف ، وإنما على الشارع أن يجتهد في حماية مصالح الاسرة والمحافظة على كيانها ووحدتها حتى لا تنهار أمام هذا التيار ، وحتى تستبقي على دعامة الامة والوطن .

والاسرة تكتل طبيعي وضرورة اجتماعية لا شك فيها ، لا من حيث أنها خلية من خلايا المجتمع تسهل شؤون تنظيمه ، وربط أواصره فقط ، أو كمرحلة بين الفرد لوحده وبين المجتمع بمجموعه تؤمن الارتباط والاتصال بها فحسب ، بل ومن حيث منفعة أفرادها أنفسهم ، فيتساندون ويتعاضدون مادياً ومعنوياً ، مساعدة ليس أغلى وأثمن منها لكل فرد من أفراد الاسرة والوطن بمجموعه (١) .

---

(١) ان الاسرة للانسان ضرورة لا يمكن الاستغناء عنها . فالولد ، عندما يخلق في هذه=

ولذلك رأينا اهتمام بعض الدول المتزايد بتنظيم الاسرة حقوقياً واجتماعياً واعتبار الأحكام والقواعد الحقوقية المتعلقة بها من النظام العام [1] أما قانوننا المدني الجديد فلم يتناول الاسرة ببحث كهذا ، لاتصال ذلك بالاحوال الشخصية التي ترك تنظيمها وتقنينها إلى تشريع خاص صدر فيما بعد وهو قانون الاحوال الشخصية المؤرخ في ٩٥٣/٩/١٧ بالمرسوم التشريعي رقم ٥٩ [2] .

تلكم هي نظرة خاطفة في وضع الاسرة وتاريخها ، قبل أن ندرس قوامها وتأليفها حقوقياً .

٢ — التعريف بالاسرة

لقد رأينا أن الفقهاء الغربيين يعرفون الاسرة في معناها الواسع بانها « مجموعة الاشخاص الذين تجمعهم رابطة الزواج أو النسب ، واستثناءً رابطة التبني » .

= الحياة ، يكون من الضعف والحاجة للمساعدة والعطف ما يوجب لبقائه وبقاء العنصر الإنساني كافة ، من قيام ابويه واسرته بما يؤمن له الحياة والبقاء ، فلما يشتد ساعده يقوم بدوره بواجب مساعدتهم عندما يهبطون سلم الشيخوخة ، وهكذا تتداخل واجبات الاسرة في كل فعاليات الحياة وأدوارها . ومن مجموع هذه الاسر تتألف الأمة ويتكون الوطن . ومع ذلك فقد أخذت هذه الظاهرة بالضعف في البلاد الجديدة التي جاء أفرادها من مختلف الاصقاع لايشعرون بروابط الاسرة القديمة وصلاتها .

(١) راجع بلانيول وريبر ، المرجع السابق ، ص ٥٧١ نبذة ١٦٥٩

(٢) والواقع ان القانون المدني المصري لم يدخل أبحاث الاسرة في صلبه ولم يفرد لها قسما او كتاباً من كتبه ، لأن مصادرها دينية مختلفة لم توجد بالنسبة للجميع وان تكن مصر قد خطت في ذلك خطوات في وضع تقنين للميراث ، وآخر للوصية ، وثالث للمحاكم الحسبية (الصغير والمحجور) ولم يبق خارجاً تماماً عن التقنين الحديث عندها ، سوى الزواج والطلاق والنسب ، بل انها خطت مؤخراً خطوة جريئة حاسمة فألغت محاكم الأحوال الشخصية للطوائف المختلفة بما في ذلك المحاكم الشرعية ، وجعلت اختصاصها داخلة في اختصاص القضاء العادي . أما عندنا فقد كانت جميع هذه الأمور من اولها إلى آخرها متروكة الى الاحكام الشرعية والطائفية ثم نظمها — إلى حد ما بالنسبة للمسلمين خاصة — قانون الأحوال الشخصية المذكور . ولكن الازدواج في الأحكام التشريعية والاختصاص القضائي مايزال قائماً .

أن الاصل في وجود الاسرة هو من جهة النسب إلى الاب أو الام ، هذا النسب الذي يربط بين الاجداد والآباء وبين الاحفاد والاولاد ، ومن جهة ثانية المصاهرة التي تربط ما بين شخص واسرة أخرى بسبب دخول امرأة بزواجها من رجل في اسرة غير اسرتها ، بحيث لا تقتصر هذه القرابة على الرجل والمرأة بل تتناول اقرباء كل منهما مع الآخر .

وقد نصت المادة ٣٦ من قانوننا المدني ان : ١ — اسرة الشخص تتكون من ذوي قرباه ، ٢ — ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك » وهكذا أصبحت الاسرة قاصرة على القربى بالدم والنسب . ولكن المادة ٣٩ عندما نصت أن أقارب أحد الزوجين يعتبرون بنفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر أضافت إلى قرابة الدم قرابة الزواج ، وجعلتها مثلها في الحكم .

هذا ولا تشمل الاسرة في القانون السوري والمصري — المستمدين ، في أحكام الاحوال الشخصية ، من الشريعة الإسلامية — صلات التبني كعنصر من عناصرها أو أصل من أصولها كما في الشرائع الغربية. ولا يدخل في اسرة شخص ما إلا اقرباؤه قرابة نسب أو مصاهرة ، ولا يكفي لاعتبار شخص ما داخلاً في اسرة آخر مجرد إرادة هذا الأخير في إدخاله فيها ، ذلك أن حقوق الاسرة لا تخضع لسلطان الارادة ، وحالة الشخص المدنية من الامور التي لا تخضع للتعامل العادي (١) » .

وفي كل الأحوال فان القانون لم يعتبر الاسرة كمنظمة حقوقية قائمة بذاتها ، فهي ليست مشكلة وفقاً لشكل حقوقي معين ، وإنما تشمل عدداً متحولاً من الناس تربطهم فيما بينهم بعض الروابط الحقوقية وليس لها أي مثيل حقوقي .

---

(١) راجع شفيق شحاتة ، النظرية العامة للحق ، المرجع السابق ص ٦٠ ؛ المادة ٣٥٤ من قانون الاحوال الشخصية لقدري باشا .

وليست لها شخصية اعتبارية أو معنوية (١) .

ومهما يكن الأمر فان قوام الاسرة هو القرابة والمصاهرة كما رأينا فلندرس أحوالهما .

٣ — القرابة والمصاهرة

أ — التعريف بالقرابة Parenté

هي العلاقة القائمة بين أشخاص تولد أحدهم من الآخر أو تولدوا كلهم من أصل مشترك ويجمعهم هذا الاصل . حتى ليقال ان الاقرباء يربطهم الدم الواحد .

أما المصاهرة Alliance فهي الصلة التي تنشأ بين أشخاص ، قد لا تجمعهم في الاصل رابطة قرابـــة فيدخل أحدهم في اسرة الآخر بطريق المصاهرة ، أو الزواج .

---

(١) راجع ريبير ، المرجع السابق ج ١ ص ٥٧٣ الفقرة ١٦٥٦ ، وقد حاول البعض ان يتساءل هل تعتبر الأسرة شخصاً معنوياً اعتباريا ؟ وتساءلوا اذا كنا نقر للاسرة بملكية سميت بملكية العائلة او الأسرة وهي الملكية التي تقوم على جعل جميع او بعض أموال افراد أسرة ما مشتركة بينهم بشكل عام ، والى وقت محدود ، في مصلحة الأسرة بمجموعها ، فلماذا لانعترف للاسرة بوجود شخصية معنوية ؟

ويقول سافاتيه Savatier [في دالوز اسبوعي ١٩٣٩ ص ٤١] ان هناك ما يشير إلى مثل هذا الاعتبار فى بعض الأحكام القانونية كمثل حق الأسرة بمجموعها في تراثها الادبي وذكرياتها او في مقابرها ، بحيث تكون ملكية عامة للاسرة بكاملها . ويمكننا ان نضيف الى ذلك في بلادنا الوقف الذري الذي كان يقوم على وقف أموال رب الأسرة على نسله واعقابه كما لو كانوا يؤلفون شخصاً اعتبارياً . ولكن ذلك — وإن كان حقاً — لايؤدي إلى القول بان العائلة تؤلف شخصاً اعتبارياً لأنه ينقصها في كل حال العنصران الاساسيان للشخص الاعتباري وهما الثروة العائلية المشتركة والتمثيل الحقوقي العائلي [ريبر المرجع السابق ج ١ ص ٤٧٣ نبذة ١٦٥٦] . أضف إلى ذلك أن الأسرة فى حقوقنا ليست واحداً من الأشخاص الاعتبارية التي عددها القانون المدني السوري وحدد شروط وعناصر هذه الشخصية الاعتبارية على نحو ما سنفصله في الفرع الثاني .

وقد نصت المادة ٣٩ كما رأينا ، على اعتبار أقارب أحد الزوجين - من أصول وفروع وحواش - بنفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر . وهذه هي قرابة المصاهرة ، كأخ الزوج ، أو خال الزوجة أو عمها الخ ..

وجدير بالملاحظة أن هذه القرابة تقوم لا بين الزوجين أنفسهما ، لان العلاقة بينهما علاقة زوجية لا علاقة مصاهرة ، وهما أزواج فيما بينهما، وإنما بين أفراد أحدهما بالنسبة للزوج الآخر . وأقارب أحد الزوجين إنما يدخلون في أسرة الزوج الآخر بالنسبة له فقط لا في أسرة أقاربه .

وهذه القرابة ، قرابة المصاهرة ، محدودة الآثار إذا ما قورنت بقرابة النسب ، ولا سيما في الحقوق المالية ، كالإرث والنفقة [١] . وإذا كان ينتج عن كلتي القرابتين تحريم في الزواج بين الأقارب أو المتصاهرين حتى درجة معينة ، فان هذا التحريم في كل حال أوسع في قرابة النسب منه في قرابة المصاهرة . ومحل تفصيل ذلك في بحث الاحوال الشخصية .

وفي كل الأحوال ، فان القرابة بنوعيها ، التي ندرسها وتقرها الشريعة الإسلامية ؛ هي القرابة الشرعيه . أما القرابة غير الشرعية أو الطبيعية Parenté naturelle التي أقرتها أكثر الشرائع الحديثة كما أشرنا ، وهي التي تنشأ عن علاقات رجل بامرأة بغير طريق الزواج الشرعي ، وما ينشأ عن ذلك من ولادة ونسب ، فلا تخضع لاحكام الاسرة والقرابة مطلقاً تبعاً للقاعدة الشرعية التي تقول : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » .

على أن الشريعة الإسلامية لقاء ذلك قد سهلت اثبات النسب بالنسبة للصغير

---

(١) اذ ليس في الشريعة الاسلامية توارث بين الاصهار ، كما أنها لا تلزم الموسر بالانفاق على الفقير منهم ، وإذا لزم الابن بالانفاق على زوجة أبيه المعسر ، فان التزامه هذا قائم على حاجة الاب فينقضي بوفاته أو يساره (راجع الدكتور شفيق شحاته ، المرجع السابق ص ٥٨) .

بالبينة والفراش ، لا سيما بالاقرار وحده ، إذا لم يكن فيه تحميل النسب على غير المقر ، كالاقرار بالابوة أو البنوة ، وبحيث لا يؤثر هذا الاقرار على حقوق الغير ، أما اقرار الأخ مثلاً بنسب أخ له ، فانه لا يؤثر على غير المقر في حصته، مما يدرس بالتفصيل في بحث الاحوال الشخصية . وكل ما اشترطته الشريعة في مثل هذا الاقرار أن يولد مثل المقَر له إلى مثل المقِر سناً . وان لا يكون للاول نسب معروف . ومهما يكن الامر فان مثل هـــذا الإقرار لا يمكن أن يثبت وجود قرابة طبيعية أو غير شرعية ، بل ان المقر له يلحق بالأولاد الشرعيين ويعتبر من الفراش الشرعي ، بـــل أن اعتراف واقرار الوالد أو الوالدة بنوة ولد من فراش غير شرعي أي من الزنا صراحة ، رغم توافر شروط الاقرار ، لا يثبت به نسب المقر له ، ولا يدخل في الاسرة ، لان الاسرة الطبيعية في شريعتنا غير موجودة والزنا لا يصلح سبباً للنسب (١) .

ونبحث الآن نوعي القرابة الشرعية ودرجاتها وكيفية حسابها ، ثم أهميتها ونتائجها .

ب - نوعا القرابة

القرابة بالنسب على نوعين : إما قرابة مباشرة ، وإما قرابة غير مباشرة أو كما سماها قانوننا المدني قرابة الحواشي .

فالقرابة المباشرة Parenté en ligne directe — وتسمى كذلك قرابة الولادة — ، فهي الصلة — في عمود النسب — ما بين الاصول والفروع (كما جاء في المادة ٣٧ الفقرة الاولى من القانون المدني) . وإذا قلنا الاصول فنعني بذلك

---

(١) راجع الاستاذ محمد ابو زهرة ، الاحوال الشخصية ، نبذة ٣٢٤ ـ ٣٣٦ ؛ الدكتور عبد المنعم الصده المرجع السابق نبذة ٦٤ ،

الآباء والاجداد والامهات والجـــدات مهما علو وسموا صعوداً في خط القرابة ، لانهم الاصل فيمن تولد وجاء منهم ، فالاب والجد ... وجد الجد ... وان علا ، وام الاب وأصول أم الأب مهما علوا . . هؤلاء هم أصول من جهة الأب أو الدم أو النسب ، لأن قرابتهم تأتي عن هذا الطريق . ولكن الأصول تشمل كذلك الأم والجد لأم الخ .. وأم الأم وأصولها ، فانهم كذلك من الأصول ولكنهم أصول من ناحية الأم إو الرحم .

وقد عرف الرومان هذه القرابة والتفريق فيها ، كما عرفتها الشريعة الإسلامية وجميع الشرائع الأخرى ، ويطلق الفقهاء على القرابة الاولى اسم القرابة العصبية أو الدموية ويسميها الغربيون ligne paternelle ، والأصول الذين يتبعون لها بالعصبة Les consanguins . في حين أن القرابة الثانية ، وقرابة الأم يسميها الفقهاء القرابة الرحمية ، ويطلق عليها الغربيون اسم ligne maternelle وعلى الأصول الذين يتصلون بها أقرباء الرحم les utérins .

وقد يتفق أن يجتمع هذان العمودان ؛ أي القرابتان معاً بالنسبة لشخص من الأشخاص ، عندما يكون أبوه وأمه أولاد عم مباشرين ، فيكون جدهما واحد ، وبذلك يصبح الخطان مندمجين اعتباراً من ذلك الحد .

وكذلك بالنسبة للفروع . والفرع هو الولد وولد الولد وولد ولد الولد الخ . نزولاً . وقد يكون الولد لظهر ، وقد يكون لبطن . فالولد لظهر هو الولد المباشر ، ذكراً كان أو انثى . ثم الأولاد (ذكوراً وأناثاً) المولودون من الأولاد الذكور السابقين . أما الأولاد لبطن فهم أولاد البنات وأولاد أولادهم ، وهؤلاء بالأصل إنما يأخـــذون نسب أبيهم لا نسب أمهم ، ويرتبطون باصولهم لأمهم رابطة رحم وبطن .

أما القرابة غير المباشرة أو قرابة الحواشي parenté en ligne collatérale ou indirecte الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك ، دون أن

يكون أحدهم فرعاً للاخر (المادة ٣٧ الفقرة ٢) أي متولداً منه ، فلا يتسلسل فيها أحد القريبين من الآخر ، وان كانا يشتركان في أصل واحد بل ان الضابط في ذلك هو ان يجمعهم هـذا الاصل المشترك . وهكذا فان الاخ واولاده أو الأخت وأولادها هم بالنسبة للاخ وأولاده اقرباء قرابة حواشي ، لانـــه يجمعهم أب أو جد مشترك — هو الاصل المشترك المقصود بالنص — ولكن دون ان يتسلسل احدهم من الآخر ، فالاخ بالنسبة لاخيه ، والعم بالنسبة لاولاد اخته وبالعكس ؛ واولاد العم بالنسبة لبعضهم كل هؤلاء أقرباء فيما بينهم قرابة الحواشي . ويتضح ذلك اذا ماصورت القرابة المباشرة على خط مستقيم فيصعد من الشخص الى الاصل المشترك — سواء كان خط الابوة او خط الامومة — لينزل من بعد ذلك الى فرعه الآخر، حيث تبدو عند ذلك قرابة الحواشي جلية في الخط المنكسر صعوداً وهبوطاً معاً .

ج — درجات القرابة وحسابها

لقد اتبـع القانون المدني الجديد في تحديد القرابة وحساب درجاتهـــا نفس الطريقة التي سار عليها القانون الروماني والفرنسي من بعده ، فنصت المادة ٣٨ انه يراعى في حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للاصل بخروج هـــذا الاصل ، وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعوداً من الفرع الى الاصل المشترك ، ثم نزولاً للفرع الآخر ، وكل فرع فيما عـــدا الاصل المشترك يعتبر درجة .

وهكذا فان حساب درجة القرابة بالنسبة للاصول والفروع يجري بعد الدرجات ، اي الاجيال ، صعوداً ونزولا بمـــا في ذلك الشخص المراد معرفة قرابته ، ولكن باستثناء الاصل . ففي مثالنا السابق اذا اردنا معرفة درجـة قرابة ذلك الشخص مع جـده تبينـا درجة قرابته هي الثانية ، اي ان هناك

درجتين ناجمتين عند عد الشخص نفسه درجة ، ثم صعودا إلى أبيه درجة ثانية ، ثم صعوداً إلى الأصل المشترك ؛ وهو الجد ، ولكنه لايحسب ويخرج من الحساب ، فتكون الدرجة الثانية كما قلنا .

واما بالنسبة لقرابة الحواشي فانه لابد فيها من الصعود والهبوط . وفي مثالنا السابق لمعرفة درجة قرابة الشخص الاصلى مع ابن عمه نعد الاجيال درجات بعد اسقاط الاصل المشترك ، فيكون الشخص نفسه درجة وأبوه درجة فيصبح المجموع درجتين ، حتى يبلغ جده ، وهو الاصل المشترك فلا نعده ، ثم نهبط الفرع الثاني الى عمه فتكون الدرجة الثالثة ثم إلى ابن عمه فتكون الرابعة(١) .

هذا في قرابة النسب والرحم على السواء ، اما في قرابة الازواج والمصاهرة فقد اوضحنا ان احد الزوجين يعتبر بنفس القرابة والدرجة بالنسبة الى اقارب الزوج الآخر (المادة ٣٩) . ويجري حسابها على نفس الطريقة مع احلال الزوج محل زوجه وكأنها شخص واحد . ولكن هذه القرابة بين الزوج واقارب الزوج الآخر لاتتعدى الى اقارب الزوجين فيما بينهما من حيث النتائج

---

(١) نلاحظ ان طريقة حساب درجات القرابة بالنسبة للحواشي ، وهي المأخوذة في الاصل عن الحقوق الرومانية والقانون الفرنسي لاتتفق مع اكثر مذاهب الشريعة الاسلامية اذ أن المعمول به في الشريعة الاسلامية ، ان تحسب درجة القرابة بين الحواشي من ناحية واحدة في احد العمودين الاكثر بعداً عن الاصل المشترك . ففي ابن العم مثلا لايقال انه في الدرجة الرابعة بل يعتبر قريباً في الدرجة الثانية ، لأن هناك درجتين اثنتين فقط في كل من العمودين وهو الابن وابوه ، اما الجد وهو الاصل المشترك فلايدخل في الحساب ..

ومثل ذلك بين العم وابن اخيه ، والخال وابن اخته .. فهما في الدرجة الثانية ، لأن ابن الأخ أو ابن الاخت حتى يصل الاصل المشترك وهو جده يمر بأبيه أو أمه فتكون الدرجة الثانية (راجع زيد الابياني ، المواريث ص ١٦٠ ؛ الدكتور شفيق شحاته المرجع السابق ص ٥٧).

الحقوقية ، وأقارب احد الزوجين بالمنسبة لاقارب الزوج الآخر ليست بينهم قرابة قانونية . فابن عم الزوج مثلا لايتصل مع ابن عم الزوجة بأي نوع من انواع هذه القرابة ، ويكون حكم القرابة الزوجية قاصراً على الزوج بالنسبة لاقارب الزوج الآخر كما سبق وأكدنا .

د - احكام القرابة ونتائجها

ان لمعرفة القرابة وتعيين درجتها اهمية كبرى ، ونتائج خطيرة من الناحية الحقوقية . وهذه الاحكام والنتائج ستدرس بالتفصيل خلال دراسات الحقوق المدنية بمختلف فروعها واقسامها . وحسبنا ان نشير هنا الى ابرز هذه الاحكام .

يمكننا تصنيف هذه الاحكام في ناحيتين .

الاولى من الناحية المعنوية او الادبية ، اي غير المالية ، فان لمعرفة القرابة وتحديدها نتائج عديدة .

آ — حق الشخص في لقبه واسمه كما اوضحنا في فصل الاسم واللقب ، حيث نص القانون على لحوق اسم الاب ولقبه باولاده وفروعه .

ب — حق الولاية للأب على ابنه . وحق التربية لهذا على ابيه وحق الطاعة للزوج على زوجته الخ . . .

ج — تحريم الزواج بين الاصول والفروع الى أية درجة كانت ، وبين الحواشي حتى الدرجة الثالثة ، وفي المصاهرة ضمن حد ضيق ويختلف ذلك باختلاف الطوائف والاديان .

د — أفضلية الاقرباء في الوصاية ، لأن الدم والقرابة أضمن للمصلحة وأدعى لتحمل المسؤولية ، فالوصاية حق وواجب بين الاقرباء .

هـ — في الحكم ، فانه يمتنع لداعي القرابة وبسببها على الاقرباء حتى درجة معينة القضاء لأقاربهم او ربما عليهم .

و — ومثل ذلك في الشهادة والخبرة والخ . . التي هى أساس الحكم .

ز — وأخيراً رعاية لحرمة القرابة وأواصرهـــا فان العقوبات في الجرائم المرتكبة بين الاقرباء تكون غيرها مع أفراد الناس إلى الخ . . ،

ولا تقل هذه الاحكام أهمية من الناحية الثانية . وهي الناحية المادية أو المالية عنهـا من الناحية المعنوية غير المـــالية ، وأبرز هـــذه الاحكام من الناحية المالية :

آ — الارث ، فحق الوارث — وهو القريب بحسب الدرجات التي يعينهـــا الشرع او القانون — انما هو وليد هذه القرابة ، ولعل هـــذا الحق أبرز وأهم الحقوق العائلية من الناحية العملية الواقعية ، وقـد اهتم المشرع بهـــذا الحق كثيراً حتى أحاطه بقيود وأحكام منعاً من الإخلال به ، أو العبث فيه ، وقـــد كان الارث في فرانسة قديمـــاً جائزاً بين الاقارب حتى الدرجة الثانية عشرة في الحواشي ، ولكنه حصر مؤخراً حتى الدرجة السادسة . وليس في الشريعة حصر له من هذا النوع .

ب — النفقة ، وهي نتيجة من أبرز نتائج القرابة تتجلى بها وجائب المساعدة والمساندة بـــين الاقرباء وقيمة مفهوم الاسرة والعائلة ، وهي كالارث في حق القريب على قريبه مادياً ، ولكن في حال الحياة .

ج — وأخيراً ربما أضيف الى ذلك ايضاً بعض الاحكام المادية التي لا تشملها النفقة ولا تقتضيها ، ولكنها تتوجب على الاقارب لقراباتهم ، كواجب الاقراض على بعض الاقرباء ، ولولم تجب النفقة ، في حال الاعسار او المساهمة مالياً في تكفين القريب الميت اذا كان فقيراً الخ . . . فضلا عن الواجبات المادية ، التي لا تقتضيهـا الحقوق ، ولكن يقتضيها الوجدان والعادات .

الفصل الخامس

الذمة المالية

Le patrimoine

يذكر فقهاء الغرب ، ومن أخذ عنهم ، بين العناصر المؤلفة للشخصية ، والمعتبرة من خصائصها ، الذمة المالية le patrimoine . كصفة من الصفات الملازمة للشخصية ، والناتجة عنها .

على أن هذا التعبير « الذمة المالية » ليس واحداً في الحقوق الحديثة الغربية وفي الفقه الإسلامي . ولذلك فسنبحث تباعاً في معنى « الذمة » أو مفهومها في الشريعة الإسلامية والفقه الغربي أولاً ، ثم خصائصها وصلتها بالشخصية ثانياً، ثم أهميتها وفائدتها ثالثاً .

§ ١ ـ معنى الذمة ومفهومها

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية وعلماء الأصول في تعريف « الذمة » ، فذهب بعضهم إلى أنها وصف أو أمر شرعي يلحق بالإنسان ليصبح أهلاً للالتزام والإلتزام لما له وعليه (١) أي أن الذمة في الشخص هي صلوحه لأن يكون

---

(١) راجع عبيد الله بن مسعود ، التنقيح . ج ٣ ص ١٩٢ ؛ منصور الحلبي ، كشاف القناع ، ج ص ١١٧ ، حاشية الحموي ، في الاشباه والنظائر ، فن ٣ ص ٢١٠ وخصوصا الاستاذ على الخفيف ، والذمة ، القاهرة ١٩٤٥ ص ٨٦ ـ ٨٩

أهلاً للاستحقاق والمسؤولية ، فتمتزج الذمة بذلك مع الشخصية والأهلية (١) .

وذهب البعض الآخر إلى إن « الذمة » شرعاً هي مجرد « محل أو ظرف اعتباري مقدر في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه » . أو بتعبير آخر هي وعاء اعتباري ، أو مستودع افتراضي في الإنسان ، لاستيعاب ما يترتب عليه ويثبت من ديون (٢) فهي وإن كانت تتصل بالشخصية والأهلية اتصالاً وثيقاً ، بحيث لا توجد الذمة إلا حيث توجد الشخصية ، غير أن مفهومها ينفصل عن هذه الأهلية بهذا التصور الاعتباري كمطرح إو محل لاستيعاب الديون التي على الشخص، أو حلولها فيها . حتى تعارفوا على القول إن الذمة مشغولة أو غير مشغولة بالدين كظرف أو وعاء يحمل هذه الديون ، بدل أن يقال هذه الشخصية مديونة أو مشغولة بالدين .

وقال غيرهم إن « الذمة » في لسان الفقهاء ، لا يراد بها غير معناها اللغوي وهو « العهد » وانه لا ضرورة مطلقاً أن نفترض وجود معنى خاص في الإنسان يسمى بالذمة ، يتطابق مع الشخصية والأهلية أو ينطبق عليها ؛ وليس ثمة حاجة إلى افتراض الذمة مجرد محل يقبل الواجبات ويستوعبها ، وان قول الفقهاء ثبت بذمته إنما يفيد أنه ثبت بعهده (٣) .

---

(١) بمعنى ان الذمة تصبح صفة منتزعة من حال الانسان وطبيعته ، وبها صار أهلا لأن يجب له وعليه (راجع الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٨٨) وقد اعتبر بعض المؤلفين المعاصرين هذا المعنى شرعاً هو المقصود من الذمة ،(راجع الدكتور عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ، ص ٧٠) .

(٢) راجع هذا البحث في : الاستاذ مصطفى احمد الزرقا ، نظرة عامة في فكرة الحق والالتزام ونظريتي الاموال والاشخاص ، مطبعة الجامعة السورية ١٩٤٨ ص ١٢١ ومابعدها وهو يعتبر ان المقصود بالذمة هو هذا المعنى دون سواه .

(٣) راجع الاستاذ علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص ٩٠وقدرد الشيخ عبد العزيز=

ومهما يكن من أمر هذا الخلاف الفقهي في معنى الذمة ومفهومها فانها ، كعنصر من عناصر الشخصية ، وخاصة من خصائصها ، لا تعدو في الشريعة الإسلامية أن تكون صفة ملازمة للشخصية ، أو محلاً قائماً فيها ، ولكنها في كلا الحالتين قاصرة على الديون التي على الشخص دون الحقوق التي له . وهي لا تتصل إلا بالديون المترتبة على الشخص أي بالواجبات والالتزامات المفروضة عليه ، لا المالية والمادية فقط ، وإنما تشمل كذلك المعنوية ، الأخلاقية حتى والدينية منها . وإذا توسعنا في هذه المفاهيم الفقهية إلى أبعد من ذلك استطعنا أن نستخلص منها معنى عاماً معنوياً ألفه الناس في التعامل يقوم على اعتبار الذمة في الشخص أمراً معنوياً متصلاً بأخلاقه ، وحرصه على الوفاء بعهده حتى قيل : الاحتكام إلى الذمة في اليمين (٢) .

ومع ذلك تبقى هذه المعاني كلها أسمى من المادة ولا تنصب على « الماليـــة » في الشخص .

في حين إن مفهوم « الذمة المالية » في الفقه والشرائع الغربية يختلف عن المفهوم السابق رغم أن الفقهاء الغربيين غير متفقين على خصائصه ومداه . فهو من جهة قاصر على الناحية المالية لا يتعداها إلى غيرها ، حتى سميت هـذه الخاصة في الشخصية لا « الذمة » فحسب كما هي في الشريعة الإسلامية ، وإنما « الذمة المالية » Le patrimoine (٢) .

= البخاري في كتابه « كشف الاسرار » (ج ٣ ص ٣٥٨) على هؤلاء بقوله : ان هذا القول مخالف للاجماع .

(١) راجع قرار محكمة التمييز السورية تاريخ ١٩٥١/١/٢٨ رقم ١٣٣ .

(٢) بل ربما اعتبرها البعض مفهوماً مالياً محضاً يتعلق بالاشياء التي هي محل الحق ، حتى بحثوها في كتاب الاموال لا الاشخاص . راجع مثلا ريبير ، الحقوق المدنية لبلانيول ، الطبعة الرابعة ١٩٤٨ ، ج نبذه ٢٥١٤ : محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، القاهرة ١٩٤١ ، ج ١ نبذه ٣ ؛ الاستاذ الخيال ، الاموال ، نبذه ١٨ الخ...

وهو من جهة ثانية يشمل الحقوق والواجبات معاً ، أي الديون التي للشخص والتي عليه في آن واحد ، كدفتر المحل التجاري .

ثم وأخيراً فان مفهوم الذمة المالية ، بحسب الفقه الغربي ، وعند علماء القانون الحديث يتجلى من جهة ثالثة بانها وحدة قانونية أو حقوقية Universalité juridique, ou de droit ، أي مجموعة عامة تنتظم فيها جميع الحقوق والواجبات التي تقوّم بالمال ؛ فتجمع بذلك العنصر السلبي وهو الديون والتكاليف المالية ، والعنصر الايجابي وهو الحقوق والمنافع المادية بالنسبة لنفس الشخص ، في كيان واحد ، وجسم واحد ، ويكون الرصيد بين العنصرين هو الذي تتمثل به هذه الذمة . ويختلف وصفها سلبية أم ايجابية ، مدينة أو دائنة ، بحسب ما يكون العنصر السلبي ، أي عنصر الديون والتكاليف ، أكثر أو أقل من العنصر الثاني الايجابي عنصر الحقوق والمنافع . وهكذا « فالذمة المالية » موجودة عند كل شخص اطلاقاً حتى ولو لم تكن هناك حقوق وواجبات ، فهي تكون للطفل كما تكون للراشد (١) . وهي لا تعني الغنى أو الثروة المادية أو المعنوية في الشخص وإنما مجموع حقوق والتزامات في آن واحد ، قد يزول أو يتبدل بعضها ، أو يدخل جديد فيها ويتغير رصيدها ، ولكنها تبقى هي هي في مجموعها ، مؤلفة ذمة الشخص المالية كما كانت في الماضي ، لا يؤثر في مفهومها زيادة رصيدها أو نقصه . وإنما يؤثر ذلك في وصفها فتصبح دائنة أو مدينة ، مليئة أو غير مليئة .

ومما سبق نعتقد أن بين مفهوم الذمتين في الشريعة الإسلامية والشرائع الحديثة ، اختلافاً أصلياً في الجوهر والموضوع ، وان تشابهت التسميات وبعض العناصر الظاهرية (كمثل ان الذمة أو الذمة المالية كلاهما عبارة عن افتراض أو اعتبار قانوني ومن عمل الفقهاء) . ولعل الترجمة العربية لكلمة Patrimoine

---

(١) كولان وكابيتان ، المرجع السابق ج ١ نبذه ٢١٨ ؛ الدكتور عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ص ٦٦ .

بالذمة المالية ، هي السبب في إيجاد هذا الالتباس ، والظن بوجود الشبه والتطابق في الموضوع . والحقيقة إن هذه الترجمة التي اصطلح عليها أكثر المؤلفين والفقهاء المعاصرين — ولا سيما في مصر — لا تؤدي المعنى الغربي تماماً ، وربما أمكن أن يقال ، كما جاء في الحقوق الالمانية والتعبير الالماني Vermögen ، « المقدرة أو الثروة المالية » للشخص أو بتعبير آخر « مالية الشخص » ، وأكثر النتائج والأحكام القانونية لهذه الفكرة تؤيد وجود معنى قريب مما ذكرنا . فقد فرقت الشريعة الفرنسية ، وأكثر الشرائع الغربية ، بين حقوق تدخل في « الذمة المالية » وسموها « الحقوق المالية » droits patrimoniaux وهي كل ما يتمثل من الحقوق بالمال ، وبين حقوق خارجة عن الذمة المالية ، أو حقوق غير مالية droits extra - patrimoniaux كالحقوق السياسية (حق الانتخاب والترشيح) والعائلية (السلطة الأبوية والزوجية) الخ . . بحيث تكون هذه اللفظة « Patrimoine » معادلة إلى لفظه « أموال » الشخص أو مجموع أمواله[1].

ونعتقد أنه إذا كان بين مفهوم « الذمة المالية » في الفقه الحديث ، وبين مفهوم « الذمة » في الشريعة الإسلامية — كوصف شرعي يلحق بالإنسان ليصبح أهلاً للالزام والالتزام ، فيختلط مع الشخصية والأهلية بالنسبه لمن قالوا بذلك — قلنا إذا بدا بين المفهومين شبه وصلات من حيث التعلق بالشخصية فيما لها وعليها ، ومن حيث افتراض وجودها بالإنسان حتماً وافتراضاً ، فانه مع ذلك ليس بين المفهومين تطابق وتوافق كما ظن البعض [2] ، ما دام مفهوم «الذمة» كوصف اعتباري مفترض الوجود بالشخص لا يؤلف « المالية » بذاتها من مجموع الحقوق والالتزامات ، كما في الفقه الحديث ، حيث تتحدد « الذمة المالية نهائياً في حالة الوفاة وتنقلب إلى التركة » مقتصرة على الحقوق ذات الطابع المادي أو

---

(١) راجع المادة ٢٣٥ من القانون المدني السوري .

(٢) راجع مثلاً الدكتور عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ص ٦٠ .

المالي . . وإنما تبقى « الذمة » الشرعية أمراً معنوياً شخصياً محضاً يشمل كل أنواع الحقوق ويختلط مع الاهلية .

وربما استعمل قانوننا المدني تعبير « الذمة » بوجه عام بالمعنى الشرعي والإسلامي ، ولا سيما في معرض الوفاء والإبراء من الذمة (١) . وربما استعمله بما يمكن أن يحمل على المعنيين معاً (٢) . ونحن نقصد في دراستنا للذمة المالية المفهوم الحديث لها » كخاصة من خصائص الشخص في « ماليته » . لا سيما وأن القانون المدني الجديد قد بنى أحكامه وحلوله عليها (٣) .

§ ٢ ـ صفات الذمة المالية وصلتها بالشخصية

الصفة الأولى :

١ — إن مفهوم « الذمة المالية » على نحو ما بيناه ، نتيجة طبيعية للمذهب الفردي المدرسي ، لأن كل فرد بحسب هذا المذهب هو شخص في نظر الحقوق له كيانه واستقلاله الحقوقي عن الآخرين . وكل شخص في نظر الحقوق له بالضرورة علاقات وصلات اقتصادية ومالية مع الآخرين ، أي التزامات وحقوق تؤلف هذه الذمة (٤) لذلك كان لكل شخص بالضرورة ذمة مالية ، سواء كانت

---

(١) راجع المادة ١٣٨ وغيرها من القانون المدني ... وكذلك في القرارات القضائية، راجع القرار التمييزي السابق الذكر .

(٢) كالفقرة ج من المادة ٤٣٨ : « اذا تنازل المدين للدائن عن حق متنازع فيه ، وفاء دين المستحق في ذمته الخ ..

(٣) راجع المواد ٢٣٤ ومابعدها المتعلقة بضمان الذمة المالية (او الاموال) للديون . . مع بقاءحريةالمدين في التصرف بها ضمن الشروط المنصوص عنها .واعلان حالة الاعسار عند زيادة الطرف السلبي في الذمة المالية على الطرف الايجابي الخ .. وهذا هو كذلك ما اخذ به القانون اللبناني في المادة ٢٦٨ موجبات وعقود .

(٤) راجع ريبر الحقوق المدنية ، المرجع السابق ، ج ١ بنده ٢٥١٥ .

غنية أو فقيرة ، دائنة أو مدنية . وهذه هي الصفة الأولى للذمة الماليـــة في المفهوم التقليدي (١) .

غير أن هذه الصفة الطبيعية في الذمة المالية ، بحسب المفهوم التقليدي ، قد أضحت موضع خلاف في الفقـه الحديث بين المذهب الفردي ، والمذاهب الاجتماعية . فبينما يقول أصحاب المذهب الفردي أن الذمـــة المالية توجد دوماً مرتبطة بالشخصية لاصقة بها ، فان أصحاب المذاهب الاجتماعية لا يرون هـــذا الرأي ويؤكدون أنه « إذا كان هذا هو معنى الذمة المالية فانها تكون هي وأهلية الوجوب أو الشخصية القانونية شيئاً واحداً . ولا يكون للفظ الذمة معنى مفيد . » (٢) . وان كثيراً ما نشاهد ذمة مالية ــ باعتبارها مجموعة من الحقوق والالتزامات ــ دون أن يكون هناك حتماً شخص من الأشخاص حتى تردّ إليه هذه الحقوق والالتزامات وتتصل به أو تنسب إليه ، كما هي الحال في المؤسسات أو الوقف الخ . . حيث توجد مجموعة من الأموال المخصصة لغرض معين ، أي توجد ذمة مالية ، ولا يوجد شخص حقيقي . مما اضطر الفقهاء التقليديين إلى ايجاد فكرة الشخصية الاعتبارية . بمعنى أن وجود الذمة أولاً هو الذي دعا لافتراض الشخص الاعتباري . وصفوة القول أن وجود الشخص الطبيعي لا يقتضي حتماً وجود الذمة المالية إذا ما انعدمت الحقوق والعناصر المؤلفة لها انعداماً كليـاً

---

(١) ان هذه الصلة الضرورية بين مفهوم الذمة المالية والشخصية. قد حدث ببعض المؤلفين (اوبري ورو، ج ١ نبذه ٥٧٣) ان يقولوا قريباً مما قاله بعض فقهاء الاسلام (من أن الذمة المالية ممتزجة مع شخصية الانسان نفسه ، أو هي هذه الشخصية ذاتها بالنسبة للاشياء الخـارجية وبحسب هذا المفهوم ليست الذمة المالية إلا مظهراً خارجياً من مظاهر الشخصية وبالتالي لاتختلف عن الشخصية . ولكن هذا الرأي لايتفق والتعريف الاصلي ، والمفهوم الحقيقي ، للذمة المالية كمجموع الحقوق والواجبات المتعلقة بشخص من الاشـخاص ، (راجع ريبر ، المرجع السابق)

(٢) راجع، شفيق شحاته ، المرجع السابق ص ٦٣ .

ـ كما في حالة الطفل ـ « وان يكن يصعب تصور وجود إنسان بلا ذمة مالية ، لأن الشخص مهما اشتد به الضيق يكون له دائماً ملكيه ما يستهلكه أولاً بأول »(١) .

« ويردون على هذا القول أنه لا يمكن عملياً تصور شخص دون ذمة مالية حتى ولو كان طفلاً . كما وأن المؤسسات والأوقاف والخ . . لا تكون لها ذمة مالية إلا إذا كان اعطاها القانون الشخصية . فالشخصية هي التي تستتبع وجود الذمة المالية وليس العكس ، وإذا لم تكن هناك شخصية في نظر القانون فلا توجد ذمة مالية . ولقد نص القانون المدني في المادة ٥٣ على أن الأوقاف والمؤسسات أشخاص اعتبارية »(٢) . ولعل هذا المفهوم التقليدي أقرب للحقيقة ، وأكثر انطباقاً على القانون .

الصفة الثانية :

٢ ـ أما الصفة الثانية للذمة المالية ، وهي كذلك ناجمة عن ارتباط الشخصية بالذمة لزوماً ، ارتباطاً من شأنه أن توجب أحدى الصفتين الاخرى ، فهي أن ليس للشخص الواحد إلا ذمة مالية واحدة ، غير متعددة . إنها واحدة كالشخص نفسه لا تقبل التجزئة . وإذا كان الشخص بالفعل يستطيع أن يقسم فعاليته وأعماله ، وأن يخصص بعض أمواله لعمل معين ، كمصنع أو متجر ، والبعض الآخر لعمل آخر كمزرعة أو غيرها ، فان ذمته المالية مع ذلك تبقى واحدة لا يؤثر فيها التوزيع أو التخصيص الذي أجراه ، ولا تؤلف الأموال المخصصة لكل من العملين ذمة مالية متميزه قائمة بذاتها ، منفصلة عن ذمة مالية ثانية للعمل الثاني ، بل تبقى بمجموعها ذمة واحدة بحيث تكون جميع الديون التي

---

(١) راجع الدكتور سفيق شحاته ، المرجع السابق ، راجع كذلك كابيتان ، المرجع السابق نبذة ١١٨ .

(٢) راجع عبد المنعم الصدة المرجع السابق نبذة ٥٧ ص ٧١ ؛ راجع بنفس المعنى بلانيول وريبر المرجع السابق نبذة ٢٥١٥ وما بعدها .

تتوجب على الشخص من جراء أي من العملين ملزمة له شخصياً ومضمونة بذمته المالية بمجموعها وفروعها ، ولا تتخصص بها موجودات وأموال أحد العملين بشكل متميز ، إلا إذا وجد نص قانوني خاص .

على أن هذه الصفة كذلك قد قام حولها خلاف بين المذهبين الفردي والاجتماعي . فاصحاب المذاهب الاجتماعية لا يرون ما يمنع من تعدد الذمم في الشخص الواحد عندما تخصص كل ذمة لعمل معين Pateimoine d'affectation كما في حالة المحل التجاري مثلاً بالنسبة لتاجر له عمل آخر . فمجموع الحقوق والالتزامات المتعلقة بالمتجر تشكل ذمة تجارية مستقلة عن الذمة المدنية العامة . بل حتى في الأحوال العادية ، فان الوارث تكون له – في نظر هذا المذهب – ذمتان : الاولى ذمته الاصلية ، والثانية الذمة التي انتقلت له من المورث بحيث لا تدخل في ذمته الأصلية إلا بعد سداد الديون التي عليها . « وذلك معناه – كما يقول الاستاذ شحاته – أنه إلى أن تسدد الديون جميعها ، تكون هناك مجموعتان من الحقوق والالتزامات : المجموعة الاولى هي مجموعة الحقوق والالتزامات الآيلة من المورث ، والمجموعة الثانية هي عبارة عن الحقوق والالتزامات الخاصة بالوارث »[1] .

ويرد الفرديون على ذلك أن المجموعات المالية – لدى شخص معين له أعمال متعددة مستقلة – لا تؤلف ذمماً متعددة مستقلة ، وإنما تؤلف كل واحدة منها بمجموعها عنصراً من عناصر الذمة المالية ، كما يؤلفها كل حق أو التزام بعينه ، وإذا كان بعض هذه المجموعات – كما تصورنا المحل التجاري للشخص كمجموعة مالية تتمتع بظاهرية الذمة المستقلة ، ويعطيها القانون – كالقانون التجاري الالماني مثلاً – بعض صفات الاستقلال في داخلها – فانها في مجموعها ، ومن

---

(١) المرجع السابق ص ٦٤ .

حيث رصيدها تدخل في الذمة المالية العامة لهذا الشخص ، ولا تبقى قائمة بنفسها إلى جانب الذمة المالية العامة ، لا تتصل بها ولا علاقة بينها ، وهي مجرد أنظمة أوجدها الشارع لحماية فريق من الاشخاص[1] .

ونعتقد أن هذا الرد أقل قوة ، وأضعف تبريراً من الرد على الصفة الاولى لأن انفراد بعض الأعمال بذمة مستقلة من حيث تأليفها ، يقرها لها القانون أو العرف أو المصلحة ، لاشك أنه يضعف من قيمة وحدة الذمة المالية — كما سنرى — لأننا لا نستطيع القول أن جميع الدائنين ، مهما اختلف منشأ ذمتهم ، يكونون بالتساوي دائني ذمة واحدة ، لأن هناك ثمة تمييزاً وانفصالا بين مختلف الفعاليات ودائني كل منها . على أن ذلك لا يهدم أبداً وحدة الذمة ويقضي عليها وإنما يخفف من قسوتها ، ويلطف من صعوبتها إذ يمكن أن نقبل مع الفرديين أن يكون رصيد كل فعاليه عنصراً من عناصر الذمة المالية العامه للشخص .

الصفة الثالثة :

٢ ـ والصفة الثالثة التي نستطيع كذلك استخلاصها من مفهوم الذمة وصلتها بالشخصية هي أن هذه الذمة تبقى ملازمة للشخص ما دام هذا الشخص الذي ترتبط به موجوداً في الحياة بحيث لا يستطيع في حياته أن يتنازل عنها بمجموعها جملة إلى شخص آخر كوحدة ، وان يتصرف بها بهذه الصفة تصرفاً اجمالياً ، وإنما يستطيع أن يتنازل عن مفرداتها لا بمجموعها جملة ؛ وتبقى هذه الذمة المالية كوحدة مرتبطة بالشخصية ذاتها ، حتى قيل : لا يمكن أن يكون للانسان حال حياته إلا خلف خاص ayant cause à titre particulier بمعنى أن من يتلقى الملك أو الحق عن إنسان إنما يتلقاه بمفرداته وأعيانه ، فهو لذلك خلف خاص بهذه الاعيان أو الحقوق ، أو بتعبير آخر إنه يخلفه ويقوم مقامه

---

(١) راجع الاستاذ خيال ، الاموال . نبذة ١٠٤ والدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق . ص ٧١ .

فقط فيما يتعلق بهذه الاعيان أو الحقوق دون غيرها . خصوصاً وان الذمة المالية ، تشمل الاموال والحقوق المالية الحالية والمستقبلة من كل نوع وقبل أن تعرف .

أما في حالة الوفاة فان هذه الذمة التي تصبح « تركة » الشخص المتوفى تنتقل بمجموعها ـ أو بحصص شائعة منها يعبر عنها بكسر عادي ـ كمجموع أو كوحدة حقوقية، وليس كاعيان أو حقوق معينة له. ويسمى عند ذلك هذا الوارث أو الموصى له بجزء شائع من التركة خلفاً عاماً ayant cause à titre universel بعد أن تكون شخصية صاحبها قد انحلت وانتهت ، خلافاً للموصى له بعين معينة بالذات إذ يكون خلفاً خاصاً ، ولو لم يتلق ملكية العين إلا بعد الموت ما دام حقه محصوراً بهذه العين، على العكس من الموصى له بجزء شائع من التركة فهو خلف عام.

ولعل هذه الخاصة في الذمة تؤلف في ذاتها نتيجة من أبرز نتائج مفهوم الذمة المالية وأهمية فكرتها .

§ ٣ ـ أهمية فكرة الذمة المالية وفائدتها

لا شك أن فكرة « الذمة المالية » هذه ، نتيجة لصياغة حقوقية وتجريد قانوني من عمل الفقه والفقهاء ، مستخلص من مجموع حقوق وأموال الشخص ، كما استخلص الفقهاء فكرة الشخصية الحقوقية نفسها بالنسبة للشخص الطبيعي أو الاعتباري . ولكن هل لهذه الصياغة والتجريد الفقهي ضرورة أو فائدة ؟ ينكر البعض أن تكون هناك فائدة أو ضرورة لهذه الفكرة من أصلها ، واننا نصل إلى كل النتائج التي نرغبها دون حاجة لهذا التجريد . ويرى غيرهم أن لهذه الفكرة بعض الفوائد ، فضلا عن تمثيلها « مالية » الشخص وصلتها به .

وتتجلى فائدة مفهوم الذمة المالية وأهميته بهذا الشكل من الناحية العملية بعدد من الأحوال ، التي يمكن أن تعتبر بمثابة النتائج القانونية لها .

١ ـ وأولى هذه النتائج والفوائد هي أن الذمة المالية ، كمجموعة قانونية

للحقوق والالتزامات المالية للشخص ، تفقد فيها هذه الحقوق والالتزامات (التي هي العناصر المؤلفة للذمة المالية) ذاتيتها وعينيتها ، لتنصهر في المجموع كوحدة ، تعتبر ضامنة لحقوق الدائنين بمجموعهم . فالشخص في نظر القانون له ذمة مالية تتصل به ، لضمان حقوق الناس عليه . وقد مثلوا هذا الحق للدائنين بقولهم : **« ان للدائن حق الضمان العام على أموال المدين »** (١) .

وهذا الضمان عام يتناول الذمة المالية بمجموعها ، كمجموعة قانونية ، في كل وقت يجري فيه الطلب . وما دامت هذه الذمـــة تبقى هي هي ولو تغيرت العناصر المولفة لها (من حقوق والتزامات) فان حق الضمان العام الذي للدائنين ، يقع على الذمة بمجموعها ، وليس على عنصر فيها بعينه ، وبالتالي فانه لا يشمل ما يكون قد خرج منهـا ، كما يتناول ما يكون قد دخل فيهـا بعد قيام الدين .

ومن ذلك يتضح أن هذا الضمان لا يتناول في الأصل أعياناً بالذات ، (إلا أن يكون لأحد الدائنين حق عيني في التقدم على غـــيره برهن أو تأمين أو امتياز) وإنما يتناول هذه المجموعة العامة كوحدة بذاتها ، مستقلة عن اعيانها ، بحيث يكون جميع الدائنين في ذلك متساوين في استيفاء حقوقهم منهـا ، واقتسامها فيما بينهم في حال عجزها بمجموعها عن وفاء جميع الديون ، قسمة الغرماء (١) .

وحق الضمان العام هذا ، وما يترتب عليه من مساواة بين الدائنين قد نصت عليها المادة ٢٣٥ من القانون المدني حين قالت :

« ١ — أموال المـدين جميعها ضامنـة للوفاء بديونه ٢ — جميـع الدائنين

---

(١) المادة ٢٣٥ من القانون المدني .

(٢) تراجع المذكرة الايضاحية للقانون المدني ، مجموعة الاعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٣٧

متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون ، وبالنظر لأن حق الضمان لاينصب على مال معين بل على الذمة المالية بمجموعها ، فان المدين ، وحتى في حالة الرهن أو التأمين أو الامتياز على شيء معين ، يستطيع أن يوفي دينه من أي مال من أمواله ، ومن أي عنصر من العناصر المؤلفة لذمته المالية ، دون أن يلزمه الدائن بالوفاء بواحد منها ، أو بعين معينة من أعيانها .

٢ — بل ان من نتائج وفوائد فكرة الذمة المالية انها إذا كانت بمجموعها تؤلف ضماناً عاماً للدائنين ، **فان المدين يبقى حراً في تبديل اعيانها والتصرف** فيها ، ولا يستطيع الدائن أن يمنعه من التصرف ، أو أن يتدخل فيه إلا في حال تعمد المدين تبديد أمواله ، أو انقاص ذمته للتهرب من سداد الدين (١) وفيما عدا ذلك ، فان حرية المدين مطلقة في التصرف بالاعيان والمفردات المؤلفة لذمته المالية .

٣ — وبالمقابل ، وما دامت الذمة المالية بمجموعها هي التي تضمن مجموع الديون فان **القانون قد منح الدائن حق المحافظة والسهر عليها** ، وذلك بإقامة بعض الدعاوي التي من شأنها زيادتها أو عدم افقارها (٢) لتدخل في ذمة المدين ، أو تبقى فيها كسائر اعيانها وحقوقها ، ويستفيد منها جميع الدائنين .

٤ — وأخيراً فان من نتائج فكرة الذمة المالية انه **في حال اعسار المدين او افلاسه مدنياً او تجارياً ، تتحدد هذه الذمة** ، كما تتحدد في حال الوفاة

---

(١) حيث منح القانون الدائن دعوى خاصة لابطال هذه التصرفات ، سميت بالدعوى البوليصية او البوليانية نسبه للفقيه الروماني بولوس ، او من قال بها . راجع المواد ٢٣٨ وما بعدها .

(٢) وهي الدعوى المسماة بالدعوى غير المباشرة (تراجع المادتان ٢٣٦ و ٢٣٧ قانون مدني .

بالتركة « فتنحصر عناصرها » وتتعين اقلامها من موجودات وديون ، ككتلة واحدة مستقلة يديرها ممثلون ، وتنظم تنظيما خاصا بحثه القانون المدني في الاعسار [1] والقانون التجاري في الافلاس [2] .

★ ★ ★

(١) راجع المواد ٢٥٠ إلى ٢٦٤ من القانون المدني .

(٢) راجع المواد ٢١٧ وما بعدها .

الفصل السّادس

الاهلية

La capacité

§ مفهوم الاهلية

١ ـ تعريفها : لاشك أن الأهلية في الانسان من أبرز الخصائص الحقوقية الشخصية ، لأنها تتصل مباشرة بامكانياته للانتفـــاع من الأموال والحقوق التي تحيط به . ويمكن تعريفها بأنها : القدرة التي يتمتع بها شخص ما في نظر القانون سواء للاستمتاع بالحقوق والالتزام بالواجبات ، وسواء في المقدرة على ممارسة هذه الحقوق واستعمالها .

ومن هذا التعريف يتضح أن هناك نوعين للاهلية :

١ ـ **اهلية وجوب او اهلية تمتع** capacité de Jouissance وهي الـــتي تقوم على قابلية الشخص أو صلوحه للتمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات ، فيستطيع أن يصبح مالكاً للشيء أو للحق بطريق الإرث أو الوصية أو الوقف الخ . ،

وهذه الأهليـة في نظر البعض تختلط مع الشخصية نفسها أو « هي في الواقع الشخص ذاته منظور الية من الناحية القانونية » بحيث يعتقد ان الشخصية وأهلية الوجوب شيء واحد حتى إذا انعـــدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية

معها [1] وبالعكس. ولكن كثيراً من الفقهاء يرون التفريق بين الاهلية والشخصية، لوجود أهليات وجوب جزئية وخاصة كما سنري ، مع وجود الشخصية واعتبارها قائمة بشكل يتمتع معه الشخص بالشخصية الحقوقية ، ولكن أهلية الوجوب لديه تكون غير محدودة وغير كاملة [2] .

وبالاستناد إلى ماذكر ومهما يكن الأمر يعتبر غير أهل أهلية وجوب أولئك

---

(١) السنهوري وابو ستيت المرجع السابق ص ٢٧٥ . الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري . الوسيط في الالتزامات القاهرة ١٩٥٢ ج ١ ١٤٥؛ راجع الدكتور عبدالمنعم الصدة المرجع السابق ص ٩٢ وقارن مع بلانيول وريبر ، المرجع السابق ج ١ ص ٧١٨ .

(٢) واذا كان في الاصل كل انسان شخصاً قانونياً تتوافر فيه اهلية الوجوب وتثبت له من وقت ميلاده ، وكان وجود أهلية الوجوب يستلزم قيام الشخصية الى حد الاختلاط ، وزوال الشخصية يستلزم زوال اهلية الوجوب . فان ذلك على مانعتقد ليس الا من قبيل التلازم الذي قد يصيبه احيانا مايصدعه ، فلا يصح اعتباره من قبيل الامتزاج والاختلاط الكامل .

وهكذا فالجنين في نظر القانون ونصه ، لايكتسب الشخصية الحقوقية كما رأينا الا منذ ولادته حياً ، ومع هذا تكون له قبل ذلك أهلية وجوب محدودة تتمثل بالحقوق التي اعترف لها القانون ، وكذلك فقد تمتد شخصية الانسان بعد موته ، امتداداً حقوقياً الى حين تصفية تركته وسداد ديونه ، ولكن اهلية الوجوب عنده تقف ، فلا يرث من يموت بعده ولايأخذ وصيته ، رغم ان القانون يفترض امتداد شخصيته .

بل حتى في الاشخاص الاعتباريين ، حيث يظن من يقول باختلاط أهلية الوجوب والشخصية انها المثال البارز على هذا الاختلاط ، فاننا ربما رأينا فيها مثالاً على عدمه ، لأن تقييد أهلية الوجوب عند هؤلاء الاشخاص ، عندما لايسمح مثلا بالتملك بشكل مطلق . كما هي الحال عند الشخص الطبيعي ، فان هذا التقييد لايمنع من وجود شخصيتهم مكونة ، ولكن اهلية الوجوب ــ اذا اعتبرت منفصلة ــ تكون محدودة ، وليس في ذلك تناقض ، ونعتقد ان هذا البحث نظري بحث ، لافائدة عملية حقيقية منه ، وهو تصوري واعتباري ، شأن الخلاف في ابتداء الشخصية .

وهكذا مثلا فقد نص القانون السويسري في المادة ٣١ صراحة على اعطاء الجنين أهلية وجوب مشروطة بالولادة حياً ، وهو ينص صراحة في الفقرة الاولى ان الشخصية لاتبدأ الا منذ الولادة .

الذين لايستطيعون ولا يصلحون بنظر القـــانون أن يتلقوا مالاً أو يتمتعوا بحق فلا يستطيعون بالتالي أن يمارسوا سلطة ما على ذلك المال أو الحق لا بأنفسهم ولا بواسطة من يقوم مقامهم ، انهم محرومون أصلاً من التمتع بالمال ومن التصرف بالحق .

لقد ذكرنا أن الحقوق القديمة عرفت كثيراً من فاقدي هذه الأهلية . فلم يك الرق فقط فاقداً لها — لأنه وما ملكت يداه لسيده — بل كان الأولاد في الأسرة الرومانية القديمة لاأهلية لهم في ذلك ، وكان رب الأسـرة وحده هو الذي يتمتع بهذه الأهلية . والحقوق الفرنسية نفسها وحتى زمن غير بعيد عرفت نوعاً من عدم الأهلية هذا في الموت المدني ، حيث كان الميت مدنياً لاوجود حقوقي له ، ولا يحق أن يرث أو يتملك او أن يكون صاحب حق أو مكلفاً بالتزام لأنه يعتبر قد فقد الشخصية الحقوقية والأهلية معها . وهذا مثال قديم على عدم أهلية الوجوب بشكل تام .

أما اليوم فلم يبق لفقدان أهليـــة الوجوب فقداناً تاماً وعاماً من أثر . وكل الناس في نظر القانون يتمتعون بالحقوق المدنية [1] وإنما هناك في الشرائع الحديثة ، عدم أهلية خاص من هذا النوع . وإذا قلنـــا خاص فاننا نقصد بذلك حرمان بعض الأشخاص من التمتع ببعض الحقوق جزئياً ، أو من اجزاء بعض المعاملات ، كالأجانب الذين يمتنع عليهم امتلاك العقارات مثلا ، أوحرمان الأشخاص الاعتبارية من التملك أو تقبل بعض التبرعات أو سواها .. كل هـذه أمثلة على تقييد الشخص في أهليته بالتمتع بحقوقه تقييداً محدوداً واستثنائياً لا كلياً دائماً طبيعياً كما كان في الماضي .

---

(١) كما نصت على ذلك المادة ٨ من القانون المدني الفرنسي (راجع ريبر المرجع السابق ج ١ ص ٧١٨) ويذكر الدكتور السنهوري في « الوسيط في الالتزامات » . أن الرهبنة في بعض الطوائف الدينية تؤدي الى انعدام أهلية الوجوب عند الراهب منذ دخوله الرهبنه . بحيث يعود كل مايكسبه من أموال ملكاً للكنيسة (هامش ص ١٦٧) .

وتعتبر الأشخاص الاعتبارية بصورة عامة في نظر الحقوق هي الأشخاص التي ترد عليها قيود هذه الأهلية مما تقتضيه موجبات المصلحة العامة والوطنية .

٢ — أما النوع الثاني وهو الذي يشكل حقاً موضوع بحث الأهلية ونظرياتها فهو أهلية الأداء أو ممارسة الحقوق Capacité d' exercice **وهي صلاحيـــة الشخص لاجراء الاعمال الحقوقية واستعمال الحقوق على وجه يعتد به شرعاً.** فالشخص الذي لايستطيع أن يكون أهلاً للاتيان ببعض الأعمال وممارسة حقوقه مباشرة ، يمكن أن يكون أهلاً للتمتع بالحقوق والانتفاع بها — وهذه هي أهلية الوجوب — ولكنه ليس أهلا لممارستها والتصرف فيهـا ، إلا بواسطة ممثل قانوني أو مساعدة شخص آخر . وعندما يقال الأهلية بوجه عام فانه يقصد بذلك أهلية الأداء .

ومادامت أهلية الأداء هي **اجراء التصرفات وممارسة الحقوق** ، لذلك وجب أن نميز بين أنواع هذه التصرفات قبل أن نبحث في أنواع هذه الأهلية .

ولا بد في بادىء الأمر ، قبل التمييز بين أنواع التصـرفات ؛ من الاشارة إلى معنى كلمة « التصرفات » وما هو المقصود منهـا في هذا البحث وفي اصطلاح القانون المدني .

كان بحسب أحـكام الشريعة الاسلامية ، ومجلة الأحكام العدلية ، للتصرفات معنايان أو مدلولان : تصرفات فعلية ، وتصرفات قولية . فالتصرفات الفعليـــة هي الأعمال المادية ، من حركات وسكنات يأتيها الانسان ، صغيراً كان أو كبيراً ، عاقلا أو غير عاقل ، دون أن تقوم على أساس القول أو اللسان كما تتوافق إرادتان وينشأ عن هذا التوافق نتائج وآثار تترتب للشخص أوعليه ، فإذا ارتكب الشخص جرماً أوأتى فعلا أضر الغير وآذاه ، أوبالعكس قدم له خدمة نفعته او زادت في ثروته ، فهذه الأعمال المادية المحسوسة التي تقوم على الفعل أو الاهمال ، وان تكن تنتج آثاراً في حياة الشخص وذمته المالية ، توجب التساؤل عما إذا كان هذا الشخص أهلا أوغير أهل لتحمل نتائجها ، وتلزم الفاعل بالضمان عن إتلافه لمال الغير واضراره الفعلية إذا كان له

مال [1] ، فانها ليست هي المقصودة من بحث الأهلية وتصرفاتها ، ذلك لأن أمثال هذه الأعمال المـــادية لاتقوم على تصرف إرادي بحت بقصد الوصول إلى حقوق والتزامات ، وإنما هي اعمال لاتمت — في أصلها — إلى رغبة قائمة في تفكير الشخص لاجراء عمل حقوقي ، كما هي الحـال في التصرفات القولية بل هي مجرد حوادث واقعية ، مادية ، تنتج آثاراً قانونية نص عليها القانون .

والتصرفات القولية ، هي الأعمـال القانونيه — أي الادارية المحضة — التي لاتكون بالأفعال المادية الاصل ، وإنما في الاقوال فقط ، وتتمثل بصورة واضحة في الاتفاقات والعقود . وهذه التصرفات القولية الادارية المحضة — ولا سيما ذات الصبغة المالية — هي التي تهمنا في بحث الاهلية ، وهي التي حرص القانون على حماية فاقد الاهلية من نتائجها .

وتتصف هذه التصرفات التي يمكن أن يأتيها صاحب حق أومال — بالنسبة لهذا الحق أو المال — بأحد الامور الآتية :

١ — **تصرفات نافعة نفعاً محضاً** : بمعنى أنها لاتحتمل بالنسبة لعديم الاهلية أو ناقصها إلا النفع ، كقبول الهبات أو الهدايا بالنسبة للموهوب له ، أو قبول الإبراء من الدين بالنسبة للمدين ، أو قبول التبرع إطلاقاً [1] ، مما يزيد في ثروة الشخص دون احتمال النقص [3] وسماها المصريون عقود اغتناء ، على اعتبار أن الذي يباشرها يغتني دون أن يدفع مقابلا لذلك .

---

(١) راجع المادة ٩٦٠ من المجلة وشرح سليم رستم باز عليها : راجع كذلك كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ، عبد الصمد الجزيري . ج ٢ ص ٤٥٢ — ٤٥٣ .

(٢) وربما اعتبر الزواج من العقود النافعة بالنسبة لبعض الفقهاء . (راجـــع عبد الصمد الجزيري الفقه على المذاهب الاربعة ، ج ٢ ص ٤٧٤ ومابعدها) .

(٣) راجع المادة ٩٦٧ ، من المجلة ، وشرح رستم باز عليها ، راجع الاستاذ عبد الرزاق احمد السنهوري الوسيط في الالتزامات المرجع السابق ص ٢٦٨ .

٢ ــ **تصرفات ضارة ضرراً محضاً** : وهي المعاكسة للسابقة تماماً ، بمعنى أنها لاتحتمل بالنسبة لعديم الاهلية أو ناقصها ، إلا الضرر والخسران ، كهبة المال والتصدق أو التبرع به دون عوض بالنسبة للمتبرع ، وكالعارية بالنسبة للمعير ، إلى غير ذلك ... مما ينقص ثروة المتبرع دون احتمال زيادة أو فائدة له ، وتسمى « عقود التبرع » (١) .

٣ ــ **تصرفات بين هاتين النهايتين ، دائرة بين النفع والضرر** ، أي تحتملها معاً . وهذه تكون على درجات يختلف في كل منها مقدار الضرر ومقدار النفع ونستطيع أن نقسمها إلى الفئات التالية :

أ ــ أعمال المحافظة على المال أو أعمال الصيانة وما يتعلق بذلك ، من ترميم العقار وطرشه ، أو علف الحيوان ومراقبته الخ ... فهذه التصرفات وإن تك لاتتناول في الاصل غير المال في ذاته دون استهلاكه ، إلا أنها ربما احتملت ضرراً لقلة الخبرة والمعرفة في دفع مثل هذه النفقات الضرورية (٢) .

ب ــ أعمال استثمار المال والانتفاع به ، كزراعة الارض أو إيجار العقار . واحتمال النفع والضرر في هذه التصرفات أظهر وأبين . وهذان النوعان أطلق عليهما المصريون اسم « عقود أو أعمال الادارة » لان هذه الاعمال بمجموعها لاتخرج عن كونها أعمال إدارة للمال في بقائه واستعماله واستثماره دون استهلاكه والتخلي عنه (٣) .

ج ــ وأخيراً أعمال التصرف بالعين ذاتها لقاء عوض أو بمقابل ، كبيع المال

---

(١) وربما صح أن نسميها « عقود الافقار » مقابلة للأولى . ويدخل فيها الطلاق والعتاق في المذهب الحنفي .

(٢) وربما صح أن نسميها « عقود المحافظة » ويسميها المصريون والقانون المدني « أعمال الصيانة » .

(٣) راجع الأستاذ السنهوري . الوسيط في الالتزامات ، المرجع السابق ص ٢٦٨ .

أو مقايضة . وفي هـــذه التصرفات تتجلى صفة النفع والضرر واحتمالها في أجلى مظاهرها ، وقد سمى المصريون هذه التصرفات « عقود التصرف » .

وهكذا نستطيع بالنسبة لأنواع هـــذه التصرفات الثلاثة ان نجد كذلك انواعاً ثلاثة للاهلية في ممارستها .

٢ — انواع الاهلية (أي أهلية الاداء) :

يمكننا تقسيم الاهلية وتمييز حالاتها باعتبارات مختلفة .

ولا بد قبل استعراض هذه الاعتبارات من التفريق في تقسيم الاهلية بالنظر لفرعي الحقوق الكبيرين : الحقوق العامة والحقوق الخاصة ، الحقوق المالية وغير المالية ، فنفرق بين عـــدم الاهلية في ممارسة الحقوق المدنية العامة التي تتصل بشخص الانسان في المجتمع وحقوقه العامة فيه ، وهذه الاهلية تدرس في الحقوق الدستورية والحقوق الادارية ، وبـــين عدم الاهلية في الحقوق الخاصة والمالية التي هي موضوع بحثنا والتي تتناول تصرفات الانسان في حياته الخاصة من الناحية المالية والعائلية ، حيث نستطيع أن نجد فيها ثلاث اعتبارات :

١ — اول هـــذه الاعتبارات في تقسيم الاهلية تقسيمها بمـــا يقابل أنواع التصرفات التي يستطيع الانسان اتيانها على النحو الذي فصلناه . وبحسب هـــذا الاعتبار فان اهلية الاداء على ثلاثه أنواع ، كاملة ، وقاصرة ، ومعدومة .

أ — **فاهلية الاداء الكاملة** ، هي صلاحية الشخص للاتيان بجميع الاعمال القانونية ، وكما يقول الفقهاء باجراء جميع التصرفات القولية والاعتداد بها شرعاً. فتشمل بذلك إجراء جميع العقود على اختلاف أنواعها من النافعة نفعاً محضاً الى الضارة ضرراً محضاً أي على عقود التبرع الى عقود المعاوضة اوعقود التصرف ، او عقود المحافظة او لادارة الخ . . فالشخص الكامل الاهلية يستطيع ان يأتي

جميع هذه العقود او التصرفات مما يغنية ومما يفقره على السواء ، ولايقيده في ذلك إلا مانص القانون عليه من قيود ، وهذا لايكون إلا لكامل التمييز .

ب ــ **اما اهلية الاداء الناقصة والقاصرة** : فهي صلاحية الشخص لاتيان بعض هذه الاعمال او اجراء بعض هذه التصرفات دون البعض الآخر . كالصبي المميز الذي يستطع إتيان التصرفات النافعة نفعاً محضاً أي عقود الاغتناء ، بلاإذن ، كما يستطيع إجراءعقود الإدارة بأذن ، دون أن يستطيع أصلاً اجراء التصرفات الضارة ضرراً محضاًأي عقود التبرع ، كما لايصلح وحده لإجراء عقود التصرف والمعارضة وهذا مايسمى بنقصان الاهلية .

ج ــ **أما الاهلية المعدومة** . فهي مايسمى بفقدان الاهلية . وهذا يكون عندما ينعدم التمييز . فالصبي غير المميز ، والمجنون المطبق او المحجور ومن هو في حكمهما شرعاً وقانوناً لا يتوافر لهم أي نوع من أنواع الاهلية ، وهم غير أهل للاتيان بأي عمل من الأعمال ، حتى ولاقبول الهبات والتبرعات . وان مايصدر عنهم من تصرفات يكون باطلاً بطلاناً تاماً . وعدم الاهلية هذا هو ما يسميه الغربيون بعدم الاهلية المطلق Incapacité générale في حين أن نقصان الاهلية هو عدم الاهلية هو عدم اهلية نسبي أو محدود[1] relative

---

(١) ويميز الغربيون بهذا الاعتبار بين نوعين رئيسيين من عدم الاهلية ، عدم اهلية عام gènérale وعدم اهلية خاص spéciale ، ويعتبر عدم الاهلية عاماً تاماً ، عندما ينص القانون على اعتبار بعض الاشخاص غير اهل بوجه عام ، كالصغير والمحجور ، فيشمل عدم الاهلية هذا كل التصرفات الا مايجيزه القانون حصراً لأمثال هؤلاء .

ويكون خاصاً عندما يمنع القانون على بعض الناس اعمالاً معينة يحرمهم من ممارستها كالمفلس والسفيه ، فيكون عدم أهليتهم قاصراً على هذه الاعمال فقط وماعداها جائز بعكس عدم الاهلية السابق . ومع ذلك فان النتائج عملياً تكون متشابهة بعد ان تتعين الاعمال او التصرفات الجائزة او الممنوعة . (راجع ريبر ، المرجع السابق ، ٧١١).

٢ ــ الاعتبار الثاني الذي يمكن تقسيم عدم الاهلية بموجبه هو المصدر او السبب لعدم الاهلية . وقد اعتاد المؤلفون أن يميزوا تبعاً لسبب عدم الاهلية ، بين عدم اهلية طبيعي Incapacité naturelle ، وعدم اهلية قانوني Incapacité légale[1] .

أ ــ فعدم الاهلية الطبيعي : يتناول الاشخاص الذين لا يفقهون مايفعلون ، كالاطفال قبل ان يصلوا الى سن الإدراك ، والادراك في حالة الجنون ، والحمقاء أو المعتوهين في حالة العته فهؤلاء فاقدون للاهلية بسبب طبيعي هو فقدان الادراك فيهم .

ب ــ اما عدم الاهلية القانوني : وهوالذي يلحق أشخاصاً ليسوا في ذاتهم فاقدي التمييز والادراك وانما يحرمون من ممارسة حقوقهم كغيرهم ، بسبب قانوني كالمحجورين لسفه أو لعقوبة أو لافلاس .

٣ ــ على أن هناك اعتباراً ثالثاً ، ذكره الفقهاء وبحثته الشريعة الاسلامية للتمييز ، من حيث الصفة والمنشأ ، بين عدم أهلية اصلي ، وعدم أهليةعارض .

أ ــ فعدم الاهلية الاصلي : هو الذي يكون في اصل الانسان ، ويلحق جميع الناس اطلاقاً ، وهو الناجم عن السن . وذلك منذ الولادة حتى بلوغ سن الادراك .

ب ــ واما عدم الاهلية العارض : وهذا مايسمى بعوارض الاهلية،فهو مايطرأ على الانسان بعد أن يتجاوز سن الادراك الطبيعية ، فيصاب بعدم ادراك طاريء ليس في الاصل من تكوينه . كحالات الجنون والعته والسفه والخ ...

---

(١) راجع ، كابيتان ، المطول الابتدائي للحقوق المدنية ، ج ١ باريز ١٩٤٨ نبذة ٨١ ص ٧٦

٣ — التمييز بين الاهلية والحالات المماثلة لها :

هناك حالات يتمتع فيها شخص باجراء تصرفات معينة ، أو يمتنع عليه استعمال بعض الحقوق أو اجراء بعض التصرفات . ويجب التفريق بين هذه الحالات وبين الاهلية أو عدمها .

أ ـ في الحقيقة إن الاصل في الاهلية التمييز والادراك ، وفي عدمها فقدانه ، ورغبة الشارع في حماية الشخص غير الاهل . ولهذا وجب التفريق اولا بين الاهلية للشخص ، وبين الولاية على المال ، فبيناأن الاهلية « صلاحية الشخص للقيام بالاعمال الحقوقية ، واجراء التصرفات التي تنتج أثرها بالنسبة اليه وفي ماله »[١] . فان الولاية على المال ـ كصلاحية الوالي على اموال الصغير ، والوصي أو القيم أو الوكيل على اموال من هم في عهدتهم ـ وان تكن لتنتهي بسلطة ذلك الممثل الشرعي على مال معين يقدر أن يتصرف فيه ، إلا أنها في الحقيقة تتمثل بصلاحيه الممثل المذكور للقيام بالاعمال الممنوحة له شرعاً وقانوناً ، لا بالنسبة لشخصه وانما بالنسبة لغيره وبتكليف شرعي أو قانوني ، لتكون هذه الأعمال نافذة على مال الغير . ولتنتج أثارها بالنسبة لهذا الغير . « ولا يقال أن الولي ، له « اهلية » التصرف في مال الصغير ، بل يقال له « ولاية » التصرف في هذا المال »[٢] .

ب ـ كذلك يجب التفريق بين عدم الاهلية ، وبين عدم قابلية المال للتصرف inaliénabilité من جهة ، وبين عدم الاهلية وبين المنع من التصرف من جهة اخرى .

---

(١) عبد المنعم الصده ، المرجع السابق ص ٥٤ شفيق شحاته ، المرجع السابق ص٧٩ الاستاذ السنهوري ، الوسيط في الالتزمات ، ج نبذة ١٤٧ .

(٢) الاستاذ السنهوري ، الوسيط في الالتزامات ، المرجع السابق نبذة ١٤٨

فبينا أن فاقد الأهليـة لا يستطيع إجراء التصرفات لفقدان تمييزه أو لنقص إدراكه ، أي إلى سبب فيه نفسه ، فان هناك حالات أخري لا يمكن للشخص فيها أن يتصرف في المال لاعتبارات خارجة عنه ، ويجب أن لا يخلط بينها وبين عدم الأهلية ، كمن وقف ماله فجعل عينه محبوسة فلا يستطيع التصرف فيها ؛ لا لعدم صلاحيته هو لاجراء التصرف أو بسبب شخصي يتعلق فيه ، وإنما بسبب عدم قابلية المال نفسه للتصرف بعد الوقف كما سنرى في بحث الوقف .

ج — ومثل ذلك أخيراً التفريق بين عدم الأهلية في الشخص وبين منعه من التصرف . فقد يمنع شخص من التصرف في مال — يكون قابلاً للتصرف بذاته — لمصلحة أو غاية قصد اليها القانون رغم أن التمييز والادراك موجودان عنده كمثل المنـــع الوارد على المريض في مرض الموت من التصرف في ماله بلا قيد ولا شرط ، وذلك في مصلحة الورثة ، أو منع القضـاة أو المحامين من شراء الحقوق المتنازع فيهـا (المادة ٣٩١ من القانون المدني) وذلك حمـاية للمتقاضين والموكلين الخ ..

وقد عرف الفقهاء نوعاً من المنع لفئة من الناس لا لحمايتهم أنفسهم ، بل لحماية الناس من أضرارهم المحققة ، وتعديهـا إلى الغير . وهكذا فقد قال الامام الاعظم ، ونصت مجلة الأحكام العدلية (المادة ٩٦٤) على منع « وحجر بعض الأشخاص الذين تكون مضرتهم للعموم كالطبيب الجاهل » الذي لا يحسن الطب فيضر الناس ، ومثله المفتي الماجن الذي يفتيهم بالحيل الباطلة ، والمكاري المفلس ، الذي يؤجر الناس جمالاً ليس عنده شيء منها ، وقـــد اسرعت المجلة فأضافت « ولكن المراد هنـا من الحجر المنع من إجراء العمل لا المنع من التصرفات القولية » حتى إذا وقع من أحد منهم تصرف كما لو حكم المفتي الماجن بحكم صحيح فانه ينفذ .

٤ - اساس عدم الاهلية وصفاتها :

أ — الأصل في عدم الاهلية ، من أي نوع كان ، حماية معدومها من تعدي الناس عليه ، واستثمارهم لجهله وعدم إدراكه ، فهي إنما وضعت لمصلحة عديم الأهلية نفسه ، لا لمصلحة الغير ، ولا لمصلحة عامة ، غير ما تطلبه المصلحة العامة من حماية من لا أهلية له . وهي إذن تقوم على اعتبار في الشخص نفسه ، فيما يتعلق بالتصرف في ماله ، وهذا الاعتبار هو القدرة على التمييز . والأهلية إنما تقوم وترتكز في الأصل على هذا التمييز . ولذلك رأيناها على ثلاثه أنواع بحسب درجات التمييز عند الشخص ، فهي كاملة أو ناقصة أو معدومة ، بحسب ما يكون الشخص كامل التمييز أو ناقصة أو فاقده .

وبالاستناد إلى ذلك وباعتبارها تدبيراً لحماية فاقد الأهلية أو ناقصها ، فلا يجوز أن يحتج بها إلا هذا الأخير أو من يمثله (١) .

ب - ومع ذلك فان الأهلية من النظام العام ، وليست من حق الطرفين ، بحيث لا يستطيع الطرفان أن يتفقا على خلافها كما لا يستطيع من وضعت لحمايته أن يتنازل عنها . وقد نصت المادة ٥٠ من القانون المدني أنه « ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا التعديل في أحكامها » وهذا مقتضى المنطق والبداهة ، لأنه لو جاز ذلك لما بقي لنصوص القانون وأحكامه ، بغية حماية القاصر وفاقد الأهلية ، أي مغزى ، ولأن فاقد الأهلية أو ناقصها ، الذي يرغب في الحصول على المال ، ويخضع لتأثير الغير فيتنازل عن أملاكه وحقوقه أو ديونه بأبخس الاثمان ، يتنازل كذلك عن أهليته ، أو حقوقه في هذه الأهلية ، تحت تأثير الطيش وقلة الادراك ، فلا يحق

---

(١) راجع ريبر ، المطول الابتدائي للحقوق المدنية لبلانيول طبعة ١٩٤٨ ، المرجع السابق ، ج ١ نبذة ٢١٥٣ ص ٧١٩ .

القانون شيئاً مما ابتغاه لو أجاز مثل هذا التنازل . وكذلك بالطبع لا يستطيع من كان أهلا أن يدعي أو يصرح أو يطلب التنازل عن أهليته التي لا يريدها ويطلب الوصاية (١) .

ج – والأصل في الشخص الأهلية ، أما عدمها أو نقصها فهو الاستثناء الذي يجب أن يقرر بمقتضى نص في القانون . بمعنى أن الأشخاص في نظر الحقوق يعتبرون كاملي الاهلية حتى يتبين أنهم غير أهل أو محدودو الأهلية ، إما بحكم قضائي وإما بحكم القانون . ويتفرع عن ذلك قيام قرينة على توافر الأهلية من شأنها القاء عبء الاثبات على عاتق من يتمسك بعدم الأهلية (٢) . وقد نصت المادة ١١٠ من القانون المدني « كل شخص أهل للتعاقد مالم تسلب أهليته ، أو يحد منها بحكم القانون » . فشملت بذلك كل أنواع فاقدي الأهليه ، وقد حد القانون من هذه الأهلية في حالات طبيعية ، وحالات عارضة ، فالاولى تنجم عن السن الطبيعية في مختلف أدوارها ، ويفرق فيها بين انعدام التمييز اطلاقاً وبين وجوده غير كامل ، ولكل منها أحكام وهذه الحالة لا حاجة لأثبات عدم الأهلية أو نقصانها فيها من قبل من يدعيها لأنها ثابتة بنص القانون ، في حين أن الحالات العارضة وهي التي تطرأ على الشخص بعد بلوغه السن القانونية فتؤثر في إدراكه وتميزه ، كالعاهات العقلية أو ما جرى مجراها فأنه لا بد من اثباتها ، وربما الحق بها فقدان الأهلية كعقوبة من نوع خاص على المجرم جزاء اجرامه ، لا بسبب عدم ادراكه كما سنرى .

وقد قضت محاكم الاستئناف في مصر أن : « الأصل في الرجل الرشد ، وفقد الاهلية عارض ، لذلك تعتبر العقود الصادرة من البالغ رشيداً صحيحة

---

(١) راجع الاستاذ السنهوري الوسيط في الالتزامات ، المرجع السابق نبذه ١٤٩

(٢) راجع المذكرة الايضاحية للمادة ١١٠ في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ١١٩ ؛ راجع كذلك الاستاذ السنهوري ، الوسيط في الالتزامات ، المرجع السابق نبذة ١٠٤٧ .

نافذة ، إلا إذا أثبت مدعي الخلاف طروء عارض فقد الأهلية على ذلك المتعاقد قبل العقد [1] » .

§ ٢ ـ عدم الاهلية الاصلي : السن

لا شك أن السن بذاتها معيار أكيد للتمييز أو عدمه ، وصغر السن يؤلف بذاته قرينة قانونية على عدم الأهلية لا يصح إثبات عكسها ، وإذا كانت أبحاث الأهلية وما ينجم عنها من نظم للحماية ، كالولاية والوصاية .. تتعلق بالأحوال الشخصية وتدرس معها [2] ، إلا أن القانون المدني قد ذكر في بحث الأهلية عند الشخص (المواد ٤٦ ـ ٥٠) والأهلية في الالتزامات (المواد ١١٠ ـ ١٢٠) بعض المبادىء العامـــة في حالات الأهلية تاركاً تفصيل ذلك لقانون الأحوال الشخصية المعمول به في البلاد .

ويمكننا بحسب أحكام الشريعة الإسلامية ، وأكثر الشرائع الأخرى ، أن نقسم الادوار الطبيعية التي يمر بها الانسان في حياته إلى أربعة أدوار وهي : ١ ـ الجنين قبل أن يولد ، ٢ ـ الولد من الولادة حتى سن التمييز ، وهي سبع سنوات ميلادية كاملة ، وهذا هو الصبي غير المميز ، ٣ ـ من سن التمييز إلى سن

---

(١) محكمة الاستئناف الوطنية ١٨و٢١ يولية ١٨٩١ مجلة الحقوق ٦ ص ١١١ و ٧ ص ١١٥ ؛ والاستئناف المختلطة ٢٨ يونية ١٩١٦ المجموعة ٢٨ ص ٤٤٦ ، الخ .. (في السنهوري المرجع السابق ص ١٧٠) .

(٢) حتى ان المشروع التمهيدي للقانون المدني قد تضمن نصاً صريحاً بالرجوع الى قانون الاحوال الشخصية في تحديد مايكون لانعدام اهلية الأداء او نقصها من أثر في صحة الرضاء غير ان هذا النص قد اقترح حذفه والاستعاضة عنه بالنصوص الواردةفي المواد ٤٦ الى ٥٠ كمبادىء اولية واصلية للاهلية (راجع مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ ص ٣٥٥ ومابعدها ج ٢ ص ١١٠).

البلوغ ، بحسب أحكام الشريعة الاسلامية ، وسن الرشد بحسب نص القانون المدني وهذا هو الصبي المميز ، ٤ — من البلوغ أو الرشد إلى الموت وهـذا هو البالغ الراشد .

أ ـ الجنين :

أما الجنين فليست له أهلية أداء مطلقاً ، وقد تكون له أهليه وجوب ناقصة محدودة في الارث والوصية والوقف شريطة أن يولد حياً ، كما سبق أن فصلنا ذلك في بحث الشخصية (١) وهو في كل الأحوال ليست له شخصية بعد ، وليس له ممثل شرعي أو ولي طبيعي يمثله في اجراء التصرفات باسمه ، لأن الولاية لا تكون إلا بعد الولادة.

وإذا كان قانون الاحوال الشخصيه عندنا قضى في المادة ١٧٧ منه — كما نص كذلك قانون المحاكم الحسبية في مصر — على تعيين وصي للحمل المستكن ، فان هذا التعيين الذي أوجبه القانون ، لا يغير من الأحكام الشرعية بعدم وجود ولاية عامة على الجنين تجيز للولي أو للوصي أن يجري العقود والتصرفات إضافة للجنين ، وإنما تقتصر مهمة الوصي في هـذه الحال على أعمال المحافظة على أموال الجنين عندما تكون له أموال موقوفة على ولادته وليس هناك من هو صاحب حق فيها ومسؤول عن إدارتها ، وربما اعتبر هذا الوصي بمثابـة الأمين على مال الجنين ليس أكثر (٢) .

ب ـ الصبي غير المميز ؟

والصبي غير المميز معدوم أهلية الاداء بشكل تام لفقدان الإدراك عنده

---

(١) راجع ماسبق ص ٤٢٧ـ٤٣٠ .

(٢) راجع عبد النعم الصدة ، المرجع السابق نبذة ٧٩ .

تماماً وان كانت له أهلية وجوب كاملة . وقد نصت المادة ٤٧ من القانون المدني على ذلك فقالت : « ١ — لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن . ٢ — وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز » . وهكذا وضع القانون المدني قرينة قانونية قاطعة على عدم الإدراك وفقدان التمييز بالكلية في كل شخص لم يتم بعد السابعة من عمره (١) وجعله بالتالي فاقد الأهلية.

والصغير غير المميز ليست له أية أهلية مطلقاً للقيام بأي عمل من الأعمال القانونية وإجراء أي نوع من أنواع التصرفات القولية ، ولو كانت محض نفع له ، لانعدام التمييز وفقدان الإرادة عنده ، وعلى ذلك نصت المادة ١١١ من القانون المدني إذ حرمت على غير المميز بصورة عامة ومطلقة حق التصرف في ماله حتى في عقود الاغتناء . فلا يستطيع أن يقبل الهبة ، لعدم وجود الإرادة اللازمة لهذا القبول كما ذكرنا .

ويقوم مقام هذا الصغير غير المميز في إجراء التصرفات والاعمال القانونية ، ولي أو وصي لابد من وجوده لكل صغير ، ليمثله في الاعمال والتصرفات الحقوقية وإذا كان بحث الولاية والوصاية انما يعود إلى بحث الاحوال الشخصية ، كما أشرنا ، وكما أشارت إلى ذلك المادة ٤٩ من القانون المدني حيث قالت : يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها ، بحسب الأحوال ، لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون » — أي في قانون الأحوال الشخصية — إلا أننا نرى أن نمر بها سريعاً ، مكتفين بالافكار والمباديء العامة .

---

(١) أي سبع سنوات ميلادية ، عملا بالمادة ٣ من القانون المدني التي نصت : تحسب بالتقويم الميلادي ، مالم ينص القانون على غير ذلك . » ولعل السبب في اعتبار السابعة معياراً للتمييز ناشيء عن ان الفقهاء في الشريعة الاسلامية جعلوا هذه السن هي التي يستغني عندها الصغير عن حضانة النساء ليتولاها الرجال . (راجع عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ، ص ٩٦).

فرق قانون الاحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٥٩ تاريخ ١٧ ايلول ٩٥٣ بين نوعين من الولاية : الولاية على النفس والولاية على المال .

وقد نص هذا القانون في المادة ١٥٠ أن :

« ١ — لـلأب ثم للجـــد العصبي ولاية على نفس القاصر وماله وهما ملتزمان بالقيام بها .

٢ — لغيرهما من الأقارب بحسب الترتيب المبين في المادة ٢١ ولاية على نفسه دون ماله .

٣ — يدخـــل في الولاية النفسية سلطة التأديب والتطبيب والتعليم والتوجيه إلى حرفة اكتسابية ، والموافقة على التزويج وسائر أمور العناية بشخص القاصر . »

ونص في المادة ٢١ في معرض بحثه في الولاية في الزواج أن « الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على ترتيب الارث بشرط أن يكون محرماً . »

وهكذا يكون قانون الأحوال الشخصية بالنسبة الولاية على النفس قد جعلها شاملة جميع الأقارب الذين يمتون إلى القاصر بصلة القرابة العصبية (الدموية) على أن يكون عصبة بنفسه ، وعلى ترتيب الارث من جهة ، وشريطة أن يكون محرماً عليه الزواج من القاصر من جهة أخرى .

أما بالنسبة للولاية على المال فقد نصت المادة ١٧٢ أن « للأب ، وللجد العصبي عند عدمه ، دون غيرهما ولاية على مال القاصر حفظاً وتصرفاً واستثماراً » ونص في المادة ١٧٤ أنه :

« تقف الولاية إذا اعتبر الولي مفقوداً أو حجر عليه أو اعتقـــل وتعرضت باعتقاله مصلحة القاصر للضياع . ويعين للقاصر وصي موقت إذا لم يكن له ولي آخر » .

وهكذا يكون قانون الأحوال الشخصية عندنا قـد قصر الولاية على مـال

القاصر ، بالأب ، والجد العصي أي أب الأب ، دون سواهما من الأقارب ، حتى إذا لم يكن هذان الشخصان موجودين بالنسبة للقاصر ، عادت إدارة أمواله وشؤونه المالية إلى الوصي ، سواء أكان منصوبا أو مختاراً .

ويلاحظ أن هذا النص الجديد في قانون الأحوال الشخصية لاينطبق تمام الانطباق على الأحكام الشرعية التي كانت سائدة عندنا والمنصوص عليها في مجلة الأحكام العدلية ، والمفتى بها قبل صدور قانون الأحوال الشخصية .

ذلك لأنه بحسب أحكام الشريعة الاسلامية المعمول بها سابقاً ، فان الولي هو الأب ان كان موجوداً ، ثم يليه الجد الصحيح ، أي أب الأب . وذلك إذا لم يوجد وصي مختار من الاب قبل وفاته ، أو من الجد بعد ، وأخيراً الوصي المنصوب من القاضي عند عدم وجود وصي مختار(١).

ومهما يكن الأمر فان الولي أو الوصي هو الذي يباشر عن الصغير التصرفات الحقوقية والمالية ضمن الحدود التي رسمها القانون .

وإلى ذلك أشارت المادة ١١٩ من القانون المدني حين جعلت « التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام صحيحة فى الحد التي يرسمها القانون » . أما هذه الحدود فانها تقوم على أنواع التصرفات وعلى شخص الممثل ، وقد عين قانون الاحوال الشخصية في المواد ١٨٠ إلى ١٨٤ حدود تصرفات الوصي والاعمال التي يستطيع أن يقوم بها عن القاصر . ومن المتفق عليه شرعاً وقانونا أن كلا من

---

(١) قبل قانون الاحوال الشخصية كانت المادة ٩٧٤ من المجلة قد نصت ان ، « ولي الصغير في هذا الباب اولا أبوه ثانياً الوصي الذي اختاره ابوه ونصبه في حياته اذا مات ابوه . ثالثاً الوصي الذي نصبه الوصي المختار في حال حياته اذا مات ، رابعاً جده الصحيح ، أي أبو ابي الصغير أو ابو ابي الاب ، خامساً الوصي الذي اختاره الجد ونصبه في حال حياته ، سادساً الوصي الذى نصبه هذا . واما الاقارب الذين لم يكونوا اوصياء فاذنهم غير جائز ، »

الولي والوصي يستطيع أن يجري من التصرفات في حق الصغير ما كان نافعاً له نفعاً محضاً كقبول الهبات ، والابراء من الدين بلا قيد ولاشرط . كذلك يستطيع كل منهما أن يباشر عنه اعمال الصيانه والإداره ، والتصرفات التي تقتضيها المحافظة على مال القاصر من غير حاجة إلى اذن المحكمة أو القاضي . أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، والتي تحتملها ، كعقود المعاوضة بوجه عام من بيع ورهن وقسمة الخ ... فتختلف فيها صـــلاحية الولي عن الوصي ، اذ يملك الولي اجراءها ضمن حـدود وقيود ، ولا يستطيع الوصي اجراءها إلا بقيود أشد وباذن من المحكمة أو القاضى [1] . وقد أشارت المادة ١٧٢ من قانون الأحوال الشخصية أن للولي على مال القاصر أن يجري تصرفات الاستثمار من ايجار واتجار وماشابـــه ذلك . أما التصرفات الضارة ، كعقود التبرع فانه يمتنع على الولي أو الوصي اجراؤها في كل حال [2] ويكون « تبرع الوصي من مال القاصر باطل » (المادة ١٨٠ من قانون الاحوال الشخصية) .

وصفوة القول فان عدم أهلية الصبي غير المميز ، عـدم أهلية عام ، أي مطلق وكامل يشمل كل التصرفات والأعمال ، وقد نصت المادة ١١١ من القانون المدني أن « ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة» وبطلانها مطلق عام شامل ، لايزول بالاجازة اللاحقة ، ويستطيع كل ذي مصلحة انه يحتج به [3].

---

(١) راجـع محاضرات الأستاذ مصطفى السباعي ، الوصايا والفرائض ، المطبعة الهاشمية بدمشق ١٩٥١ ص ١١٢ ــ ١١٣ .

(٢) وكان قانون المحاكم الحسبية في مصر قد أجاز في حالة واحدة ، للولي وحده دون الوصي ، مباشرة تبرع عن الصغير عندما يكون قياماً بواجب انساني أو عائلي وعلى أن تأذن به المحـكمة الحسبية .

(٣) راجـع الدكتور عبد المنعم الصده ، المرجع السابق ، ٩٧ الدكتور شفيق شحاته ، المرجع السابق ،ص ٨٥ .

ج - الصبي المميز :

وهو الذي تجاوز سن السابعة ، وهي سن التمييز ، حتى سن البلوغ في الماضي وسن الرشد حسب القانون المدني الجديد .

والصبي المميز ناقص الاهلية لا فاقدها . وإذا قلنا ناقص الاهلية فنعنى بذلك أن هذا الصبي قد بلغ سناً تساعده لا على الادراك التام والتمييز الكامل ، بل تكون قد توافرت لديه بعض أسباب التمييز ، فهو لا يزال ناقص العقل ، غير انه يستطيع أن يميز إلى حد ما بين عدد من التصرفات ، ولا يكون عديم الاهلية كغير المميز بل ناقصها ، ويتجلى نقص أهليته هذا بما يستطيع اجراءه من التصرفات .

يستطيع الصبي المميز — خلافاً لغير المميز — ان يباشر ، كـكامل الاهلية تماماً ، الاعمال والتصرفات النافعة نفعاً محضاً ، أي انه يملك صلاحية تقبل الهبات والتبرعات أو الابراء من الدين ... من غير حاجة إلى اذن أو اجازة .

وعلى العكس لا يملك الصغير المميز إجراء الاعمال والتصرفات الضارة ضرراً محضاً ، كالمتبرع بماله للغير ، أو إبراء مدينه من دين له عليه . والصغير المميز ، يعتبر بالنسبة لهذه الاعمال عديم الاهلية تماما كالصغير غير المميز ، وتصرفاته من هذا النوع باطلة بطلاناً مطلقاً ، وعلى ذلك نصت المادة ١١٢ من القانون المدني فقالت : « ١ — إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً ». ولا يملك الولي أو الوصي إجراء التصرفات الضارة ضرراً أكيداً .

أما التصرفات المترددة بين النفع والضرر ، فان الصبي المميز لا يملكها مبدئيا ولا تصح مباشرته لها بنفسه ، وإنما يباشرها عنه وليه أو وصيه ، على انه إذا قام بها الصبي المميز لا تكون باطلة من أصلها ، كالتصرفات التي هي محض ضرر ، بل يكون بطلانها نسبياً . أي قابلة للابطال لمصلحة القاصر ، فتظل صحيحة ، أي

منتجة لآثارها ، حتى يطلب القاصر أو من يمثله ابطالها . « ويزول حق التمسك بالابطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الاجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الاحوال وفقاً للقانون » . (المادة ١١٢ فقرة ٢). وهذا يعني أن التصرفات التي ليست بمحض ضرر ، وإنما تدور بين النفع والضرر كما رأينا ، ليست باطلة بطلانا مطلقاً إذا باشرها الصبي المميز ، وإنما تكون قابلة للابطال لمصلحة القاصر ، فهي صحيحة بذاتها ، وإنما معرضة للفسخ والابطال إذا وجد القاصر الذي باشرها أو من يقوم مقامه من ولي أو وصي ، أنها في غير مصلحته وطلب هذا الابطال ، والفرق كبير جداً بين تصرفات غير المميز الباطلة في ذاتها وتصرفات المميز القابلة للابطال .

وقد فرق القانون المدني السوري بين درجتين من درجات التمييز عند الصبي المميز تبعاً لنمو ملكاته وتكامل تفكيره ـ وهو تفريق غير موجود في الاحكام الشرعية المفتى بها ـ الأولى بين سن السابعة إلى الخامسة عشره . والثانية من سن الخامسة عشرة حتى الثامة عشرة أي حتى سن الرشد .

أما قانون الأحوال الشخصية فقد أضافت تفريقاً آخر ، أو درجة وسطى لدى الصغير المميز بين الثالثة عشرة حتى الخامسة عشرة ، وبذلك أصبح لدى الصغير المميز ثلاث درجات .

وقبل أن نبين حدود كل من هذه الدرجات في الأهلية واجراء التصرفات لنذكر مرة أخرى أن الصبي المميز في كل من هـــذه الدرجات ، ذو أهلية في إجراء التصرفات النافعة محضاً ، فيستطيع قبول الهبات والتبرعات — أي عقـــود الاغتناء — بلا قيد ومن غير حاجة إلى إذن . وهو بالوقت ذاته غير ذي أهليـــة مطلقاً لاجراء التصرفات الضارة ضرراً محضاً فلا يستطيع أن يهب من ماله شيئاً ولا يستطيع ممثله أن يجريها عنه ، ولـكن أهلية هذه التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، أي في أهليـه الادارة والتصرف كما يسميها المصريون ، هي

التي تختلف بين الدرجتين .

فالصغير المميز من سن السابعة إلى الخامسة عشرة ، بحسب القانون المدني ، لا يملك حق إجراء أى نوع من أنواع التصرفات المترددة بين النفع والضرر ، سواء أكانت عقود تصرف أو عقود إدارة ، وإنما يباشرها عنه وليه أو وصيه كما ذكرنا ، غير أنه إذا أجرى شيئاً من هذه التصرفات فانها لا تكون باطلة أصلاً - كما هو شأنها إذا صدرت من غير المميز - وإنما تكون قابلة للابطال لمصلحة القاصر.

وأما بحسب قانون الاحوال الشخصية ، فقد نصت المادة ١٦٩ ان : « للقاصر متى بلغ الثالثة عشرة الحق في أن يتولى إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص ، ولا يكون القاصر ضامناً لديونه الناشئة عن هذه الادارة إلا بقدر ذلك المال » . وذلك بعد أن سمح للصغير أن يعمل أو يؤجر نفسه ، وبالتالي أن يكسب من عمله فأجاز له القانون تبعاً لذلك أن يتصرف بالمال الناتج عن هذا الكسب .

وأما الصغير المميز من سن الخامسة عشرة إلى الثامنة عشرة ، وهى درجة من التمييز يكون فيها العقل والادراك عند الصغير أكمل وأظهر ، فانه يستطيع أن يجري من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر أعمال الادارة ، شريطة أن يكون مأذوناً له في استلام هذه الاموال ، أو أن يكون قد تسلمها بحكم القانون وهذا مانصت عليه المادة ١١٣ من القانون المدني حيث قالت : « إذا بلغ الصبي المميز الخامسة عشرة من عمره وأذن له في تسلم أمواله لادارتها ، أو تسلمها بحكم القانون ، كانت اعمال الادارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون ».

ويلاحظ أن هذا النص للمادة ١٣ مأخوذ بتمامه عن أصله في المادة ١٢٢ من القانون المدني المصري ، مع اختلاف في تبديل السن . ولكنه ربما اختلف في مضمونه ومداة عن التشريع المصري الخاص السائد في هذا الخصوص (١) .

---

(١) في الحقيقة ان التشريع المصري في هذا الموضوع ، هو الى جانب القانون المدني ، =

والواقع أن الذين قاموا على أخذ القانون المدني السوري من القانون المدني المصري، وبدلوا سن الرشد فجعلوها ثماني عشرة سنة بدلاً عن احدى وعشرين سنة عند

= قانون المحاكم الحسبية الصادر بالقانون رقم ٩٩ سنة ١٩٤٨ والذي منه استمد القانون المدني هذه الاحكام والمبادىء الرئيسية .

وبحسب احكام ذلك القانون القائم مقام قانون الاحوال الشخصية في مصر ، فان الصبي المميز يمر بثلاث مراحل من التمييز .

الاولى ، من سن السابعة حتى السادسة عشرة . وهذه ادنى درجات التمييز وحكمه في ذلك حكم ماذكرنا للصبي المميز بين السابعة وتمام الخامسة عشرة في القانون السوري .

واما الثانية ، من اول السادسة عشرة حتى غاية الثامنة عشرة . في هذا الدور يستطيع الصبي المميز ان يقوم ببعض اعمال الادارة المقصورة « على المال الذي كسبه من عمله الخاص . ولايكون ضامناً لديونه الناشئة عن هذه الادارة الا بقدر ذلك المال دون غيره من امواله الاخرى » ، (المادة ٦ من قانون المحاكم الحسبية) . وهذا ما أخذ به قانون الاحوال الشخصية عندنا في المادة ١٦٩ ، مع تبديل السن بجعلها بين الثالثة عشرة الى نهاية الخامسة عشرة. ويظهر ان هذا الحكم الذي استحدثه الشارع المصري مجدداً ليسمح للميز قبل سن الرشد (٢١ سنة) بل وقبل السنة الثامنة عشرة ، بالتصرف في كسبه الشخصي ، كان لتشجيع من تتوافر لديه القدرة في هذه السن ، على العمل والانتفاع من ثمرات عمله دون ان تمتد اليه يد الولي أو الوصي ، ودون ان يؤثر ذلك في امواله الاخرى . ويبدو ان الدافع الذي دفع بالشارع السوري لأخذ هذا النص في المادة ١٦٩ المذكورة لم يكن نفس السبب بدليل ان السن اعتبرت في قانوننا من الثالثة عشرة لا السادسة عشرة .

واما المرحلة الثالثة ، فمن سن الثامنة عشرة الى سن الحادية والعشرين ـ التي هي سن الرشد في القانون المصري ـ فان الصبي المميز خلالها ، يكون له من الاهلية ماذكرناه بحسب القانون السوري بين سن الخامسة عشرة والثامنة عشرة ، أي انه يستطيع القيام باعمال الادارة ، ولكن اعمال الادارة هنا محدودة بنص قانون المحاكم الحسبية . فلا تقتصر اهليته على كسبه الشخصي ، كما في الحالة السابقة . بل يستطيع ادارة كل امواله تحت رقابة المحكمة الحسبية وبعد اذنها (المادة ٢ من قانون المحاكم الحسبية). وبحسب احكام هذا القانون فان اعمال الادارة التي يستطيع هذا المميز القيام بها . هي في الاصل جميع مايدخل تحت الادارة من اعمال المحافظة والصيانة والاستثمار بما في ذلك حق التقاضي فيها . ماعدا اعمال معينة نص =

المصريين ، اضطروا — حين وصلوا إلى المادة ١١٣ المقابلة للمادة ١١٢ من القانون المصري ، والتي تعطي للصبي المميز حين يبلغ سن الثامنة عشرة من عمره حق تسلم أمواله لادارتها ، في الحدود والشروط المذكورة في هذه المادة — قلنا اضطروا إلى تبديل هذه السن تبعاً لتبديلهم سن الرشد فجعلوها خمس عشرة سنة .

غير أن الأمر الذي يؤخذ على هذا كله ، هـــو أن الشارع المصري — في مجموع هذه النصوص والمواد المتعلقة بالأهلية والتمييز — قد أخذ بعين الاعتبار أحكام قوانين المحاكم الحسبية والاحوال الشخصية السائدة في مصر ، وتمشى معها ، بحيث جاءت أحكامه متفقة معهـا وقائمة عليها . في حين أن الشارع السوري قد أخذ النص المصرى وبدل السن فيه ، دون أن يهتم بالأحكام الاخرى التي عناها هذا النص ، ولا سيما حين قال : « وفي الحدود التي رسمها القـانون » أي قانون المحاكم الحسبية بقصد الشارع المصرى . وهكذا نجد أننا إذا أردنا أن نتقيـــد بنص قانوننا دون اللجوء إلى قانون المحـــاكم الحسبية ، الذي ليس بتشريع نافذ عندنا ، رأينا أن القانون لمدني السوري يجيز للمميز إجراء أعمـال الادارة اذا تحقق شرطان : الأول بلوغه سن الخامسة عشرة ، والثاني صدور إذن من المحكمة بالسماح له بادارة أمواله وتسلمها .

وقد جاء قانون الاحوال الشخصية الجديد عندنا ، فنص على هذا الحكم في المادة ١٦٤ الفقرة الثانية . وفصل في المواد ١٦٥ إلى ١٥٨ الحـدود التي يجوز

= عنها قانون المحاكم الحسبية في المادة الثالثة واستثناها من اهلية هذا المميز فحرمه من استيفاء الحقوق وايفاء الديون الا ما نشأ عن اعمال الادارة نفسها ، كما منعه من مزاولة التجارة أو ايجار العقارات لاكثر من سنة بدون أذن المحـكمة .. الخ .. (راجع تفصيل ذلك في قانون المحاكم الحسبية ؛ راجع الدكتور عبد المنعم الصده ، المرجع السابق ص ٩٤ ؛ نبذة ٨٧ ؛ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسنط في الالتزامات نبذة ١٥٣ الخ ...) . ولعل في هذه القيود مصلحة الصغير والمصلحة العامة ايضاً .

للقاصر — أي الصبي المميز أن يباشر ضمنها أعمال الادارة ، مدخلا في هـذه الاعمال مايتفرع عنها كبيع الحاصلات ، وشراء الادوات وعقد الايجار لمدة لاتزيد عن السنة ، وأما لأكثر من ذلك ، أو لمزاولة التجارة أو استيفاء الحقوق أو وفاء الديون التي لاتتعلق باعمال الادارة ، فلا بد من موافقة القاضي .

واذا رجعنا إلى نصوص القانون المدني نفسه ، وجدنا ان المادة ٦٦٧ منه قد بحثت بصدد أعمال الوكالة ، في اعمال الادارة فقالت : « ويعد من أعمال الادارة الايجار ، اذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات ، وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . ويدخل فيها أيضاً كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الادارة ، كبيع المحصول او بيع البضاعة ؛ أو المنقول الذي يسرع اليه التلف وشراء مايستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله » .

أما بعد صدور قانون الاحوال الشخصية ، وتحديد ما يجوز للقاصر اجراؤه من تصرفات باسم أعمال الادارة ، فلم يعد مجال للرجوع الى نص القانون المدني واصبحت هـذه الاعمال محددة على النحو المبين في المواد المذكورة من قانون الاحوال الشخصية .

ومادام نص المادة ١١٣ من القانون المدني ، كنص المادة ١٦٥ من قانون الاحوال الشخصية ، قاصراً على اعمال الادارة من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فان اعمال التصرف من عقود معاوضة ، وما إلى ذلك ، تبقى خارجة عنها ، ولا يملك الصبي المميز قبل سن الرشد بحسب القانون المدني ، أهلية باجرائها إلا باذن من القاضي أو بموافقته او إجازته[1] .

---

(١) راجع المواد ٦٩٨ الى ٩٧٧ من المجلة : راجع الاستاذ صبحي المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، بيروت ١٩٤٨ ج ٢ ص ١٠٧ — ١٠٩

ج — الرشد

والدور الرابع والاخير في حياة الانسان هو من بلوغه رشيداً حق الموت .

ولا بد لنا عندما نبحث هذا الدور ان نحدد قبل كل شيء مبدأه .

ان سن الرشد بحسب احكام قانوننا المدني وقانون الاحوال الشخصية الجديدين تختلف عنها في مجلة الاحكام العدلية والاحكام الشرعية المفتى والمعمول بها قبل القانون المدني . وقد نصت المادة ٤٦ من القانون المدني أن « ١ — كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه ، يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية ٢ — وسن الرشد هي الثامنة عشرة سنة ميلادية كاملة » .

وقد تأكد سن الرشد هذا بنص المادة ١٦٢ من قانون الاحوال الشخصية.

اما قبل هذا النص وبحسب احكام الفقه الحنفي المفتى به ونصوص المجلة قبل القانون المدني ، فقد كان الاصل في سن الرشد هو البلوغ .

والبلوغ حالة طبيعية في الصغير ، تعرف تارة بالسن ، وتارة بعلامات تدل عليه ، وان لم يبلغ حد السن المقرر . وقد اختلفت المذاهب في هذه العلامات ، كما اختلفت في تحديد السن نفسها ، فبينما قصرت الحنفية والشافعية معرفة البلوغ على الاحتلام والانزال بالنسبة للرجال ، والحيض والحبل بالنسبة للنساء ، ذهبت المالكية في ذلك توسعاً بالاستدلال على البلوغ بعلامات أخرى كانبات شعر العانة الخشن ، أو نتن الابط ، أو فرق أرنبة الأنف ، أو غلظ الصوت .

فاذا لم تظهر هذه العلامات ، وبلغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة من العمر ، اعتبر أنه بلغ سن الحلم على المفتى به[1] .

---

(١) وهو كذلك قول الشافعية والحنابلة . اما الامام الاعظم ابو حنيفة فقد قال « انما يبلغان بالسن اذا اتم ثماني عشرة سنة ، والانثى سبع عشرة » . وذهبت المالكية الى وجوب اكمال الثماني عشرة للجنسين — وهو ماأخذ به القانون المدني — وقيل بمجرد الدخول في السنة الثامنة عشرة .

واذا كان الاصل في الأهلية هو البلوغ حسب الشريعة الاسلامية ، إلا ان الشخص ولو بعد البلوغ لايسلم أمواله ، بحسب الشريعة واتفاق الائمة ، الا إذا تحقق رشده ، فإذا بلـغ غير رشيد كان غير اهل لاستلام امواله والتصرف فيها.

ويجب التفريق بين الرشد والبلوغ ، فالرشد بحسب أحكام الشريعة الاسلامية ومجلة الاحكام العدلية — غير البلوغ ، وهو يأتي بعده ، بحيث أن الاصل هو البلوغ ، ولايعتبر الشخص راشداً إلا بعد بلوغه. وقد يتأخر الرشد عن البلوغ لكن ذلك لايمنع الشخص من إثبات البلوغ السابق وما ينتج عنه من آثار .

والرشد صفة من العقل والفهم أي كمال التمييز وفقدان العاهات عند الشخص من جنون أو عته أو سفه .. ويجري التحقق منه بالاختبار . وحد الرشد هو ان يثبت ان الصغير صالح لادارة أمواله فلا يضيعها اذا سلمت اليه . فاذا كان فاسقاً بالشهوات التي تذهب بالاموال كالقمار والزنا ، حجر عليه مادام كذلك وقد خالف الامام الاعظم الصاحبين في ذلك وقال : ينتظر الى ان يبلـغ خمساً وعشرين سنة ، فيسلم ماله إليه ولو لم يرشد(٢) .

---

(١) وهكذا مثلاً فقد كان من حق اقامة الدعوى بمجرد البلوغ عملابا المادة ١٦٦٣ من المجلة . وبالاستناد الى ذلك قضت محكمة التمييز السورية انه لايجوز للمحكمة ان تتخذ من جهة اثبات الرشد دليلا على صلاحية القاصر لاقامة الدعوى من تاريخ تلك الجهة لان اثبات الرشد لايصلح حداً مثبتاً للبلوغ الذي يصح قبله (قرار رقم ٨٨/٨٣ تاريخ ٩٣٣/١/٢٢ غير منشور) . كذلك فان الحقوق الرومانية كانت تفرق بين البلوغ pnberté (وسن البلوغ عند الرومان كانت ١٢ سنة للمرأة و ١٤ للرجل) وبين الرشد majorité (ويكون في اكمال سن الـ ٢٥ سنة .وقد اخذت الحقوق الفرنسيةوالالمانية وغيرهما بسن الرشد دون البلوغ وجعلته ٢١ سنة بشكل عام .

(٢) راجع تفصيل ذلك في عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، ج ٢ ص ٤٥٨ وما بعدها .

ولئن كان الأصل في سن الرشد هو البلوغ الطبيعي حسب احكام الشريعة،و لكن ربما=

وقـــد رأينا ان سن الرشد في قانوننا المدني الجديد ، على مانصت عليه المادة ٤٦ الفقرة الثانية ، وقانون الاحوال الشخصية في المادة ١٦٣ ، هي الثماني عشرة سنة ميلادية كاملة .

وهكذا يصبح القاصر رشيداً باكماله سن الثامنة عشرة ، وبعد انقضاء آخر فترة منها ، فتتوافر له أهلية كاملة ، ويكون قادراً على اجراء كل انواع التصرفات بما في ذلك الضارة ضرراً محضاً — اي عقود التبرع — دون حاجة لحكم أو قرار في بلوغه أو رشده .

ولاشك أن هذه السن التي نص عليها القانون هي عامة لجميع السوريين من مسلمين وغير مسلمين . وإنما يشترط — كي يصبح القاصر رشيداً — أن يبلغ السن المذكورة ، وهو متمتع بكل قواه العقلية ، غير مجنون ولا معتوه ، فاذا بلغ السن وهو مجنون أو معتوه ، لايصبح رشيداً ، ويظل قاصراً ولوقبل الحجر بعكس مالو بلغ سفيهاً أو ذا غفلة ، فـــلا تتأثر أهليته إلا بصدور قرار بالحجر

— تأخرت قدرة الصبي على ممارسة حقوقية فعلا بعد سن البلوغ فقد نصت المجلة انه ، لايجوز ان يعطي الصبي امواله عند بلوغه بل يجرب بالتأني . فاذا تحقق كونه رشيداً تدفع اليـــه حينئذ امواله (المادة ٩٨١) وقد اختلف الفقهاء والمذاهب في معنى الرشد والراشد . هـذا وقد أخذت المجلة برأي أبي يوسف ، حين قالت في المادة ٩٨٢ انه « اذا بلـغ الصبي غير رشيد فلا تدفع اليه امواله مالم يتحقق رشده ، ويمنع من التصرف كما في السابق » بحيث أوجبت حجرة ومنعه في مثل هذه الحال ، كما أجازت للوصي الذي ينكر على الصغير رشده ان يمنع عن تسليمه امواله حتى يثبت هذا الرشد شرعاً (راجع تفصيل اختلاف المذاهب ، صبحي المحمصاني المرجع السابق ج ٢ ص ١١٢ — ١١٤) .

ثم جاء بعد ذلك — في عهد الدولة العثمانية نظام اموال الأيتام (الصادر في ٤ ربيـع الأول ١٣٢٤ هـ و ١٩٠٦ ميلادية فنص « ان حكام الشرع ممنوعون من استماع دعوى البلوغ ممن لم يكملوا الخامسة عشر من العمر » (المادة ٢) . كما منع تسليم الصغير امواله قبل اكماله سن العشرين . وكان سبق ان صدر الامر السلطاني المؤرخ في ٥ ذي الحجة ١٢٨٨ هـ بمنع سماع دعوى الرشد من الصغير قبل بلوغه العشرين من العمر .

بعد الرشد (١) .

٣ - عوارض الاهلية

عندما يبلغ الانسان سن الرشد ، ويعتبر رشيداً ، تكون أهليته بنوعيها كاملة في الاصل ، ولكن ثمة عوارض طبيعية قد تؤثر في أهليه الأداء لديه فتفقدها أو تحد منها ، وهذه العوارض هي طوارىء أو عاهات تصيب العقل فيختل كالجنون والعته ، أو ترجع إلى التدبير فتفسده ، وهي السفه والغفلة ، وهذه هي العوارض الطبيعية للأهلية . وقد يضاف إليها فى نظر البعض عارض قانوني بالنسبة لمن يحكم عليه بعقوبة جنائية وإن اختلف في صفته (٢) .

وهؤلاء جميعاً يحجر عليهم ويقام لهم ممثلون ، أو ينصب لهم قوام .«وعوارض الأهلية بجملتها ، كالسن في حكمها ، من حيث دلالتها على قصر المحجورين كقرائن لاتقبل الدليل العكسي ، شريطه أن يكون قد صدر قرار بالحجر(٣) » أو ثبت العارض وفق أحكام القانون ، ونبحث تباعاً في هذه العوارض على اختلافها .

أ - الجنون :

الجنون اضطراب في العقل يجعل الشخص فاقد التمييز ، والأصل في الجنون زوال العقل وفساده ، وهو لغة وفناً على درجات : منها الشديد جداً إلى حد العنف

---

(١) راجع الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في الالتزامات ، المرجع السابق ، نبذة ١٥٤ ؛ الدكتور شفيق شحاته ، المرجع السابق نبذة ٨٩ ؛ الدكتور عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ، نبذة ٩٦ .

(٢) راجع الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، نبذة ١٥٥ .

(٣) راجع الدكتور عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق نبذة ٩٧ .

والاضرار fureur ، ومنها الخفيف الهادىء إلى مجرد الغفـــلة أو الصرع ومجرد الوساوس، وبينها درجات. وقد ميزوا بشكل خاص في هذه الأنواع من الناحية الحقوقية بين الجنون الذي ترافقه ظواهر العنف وبين الجنون الهادىء الذي سموه بالعته ، كما سنرى . ويأتي المجنون في طليعة المصابين بالاضطراب جميعاً . والمجنون aliéné هو في نظر الحقوق من فقد قواه العقلية فيكون وضعه في ذلك وضع الصبي غير المميز من حيث انعدام التمييز والادراك عنـــده ، وبالتالي فقدان الاهلية . وقد فرق الفقهاء — ولا سيما في الشريعة الاسلاميه — بين نوعين من الجنون، الجنون المطبق continu والجنون غير المطبق أو المتقطع (١) .

فالمجنون المطبق هو الذي فقد عقله ، فلا يعقل شيئاً أصلا ، ولا يفيق بحال . ويكون فيه صاحبه فاقداً للادراك في كل وقت من الاوقات ، أي بجنون متواصل دون أن تتخلله فترات من العقل والصحو. وهذا النوع من الجنون في حكم الشريعة الاسلامية يرفع عن صاحبه كامل الاهلية ، ويكون حكم المجنون فيه كحكم الصغير غير المميز (المادة ٩٧٩ من المجلة) (٢) .

وأما المجنون غير المطبق فهو الذي تصيبه عوارض الجنون من حين إلى آخر وفي فترات متقطعة وغير متصلة ، فيكون عاقلا تارة ومجنونا أخرى . وحكم هذا يختلف عن حكم الأول . وقد ذهب الفقهاء إلى القول ان مايأتيه هذا المجنون في فترات الصحو والافاقة صحيح ومعتبر كتصرف العاقل (المادة ٩٨٠ من المجلة) ويدور الموضوع حول إثبات الجنون أو عدمه حين إجراء العمل أو التصرف .

هذا بالنسبة للأحكام الشرعية وأقوال الفقهاء . أما بحسب القانون المدني الجديد فقد فرق بين المجنون الذي يحجر عليه ، وبين من لم يحجر عليه .

---

(١) راجع المادة ٩٤٤ من المجلة .

(٢) راجع كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، لعبد الرحمن الجزيري ، ج ٢ ص ٤٧٨ .

وجاء قانون الاحوال الشخصية باحكام جديدة لاتأتلف تماماً مع أحكام القانون المدني ، وتعود بنا الى حكم المجلة من حيث عدم وجوب الحجر للمجنون والمعتوه ، وسنري أولاً أحكام القانون المدني . ثم نبحث بعد ذلك أحكام قانون الاحوال الشخصية .

نص القانون المدني في المادة ١١٤ أن : « المجنون والمعتوه ، وذو الغفلة والسفيه تحجر المحكمة عليهم وترفع الحجر عنهم وفقاً للقواعد والاجراءات المقررة في القانون » . ورغم ذلك فان من الممكن والجائز أن لا يقع هذا الحجر ، وأن لا يتقدم بطلبه أحد . فيبقى المجنون غير محجور . وعندئذ تنطبق الاحكام الشرعية السابقة الذكر ، والفقرة الثانية من المادة ١١٥ الآتية الذكر .

أما إذا صدر قرار بحجر المجنون ، وأعلن عنه ، وجرى شهره للناس حسب الاصول ، فيصبح هذا المجنون فاقداً للاهلية بشكل تام ، حكمه في ذلك حكم غير المميز ، وتقع جميع تصرفاته باطلة أصلا كتصرفات الصبي غير المميز . وهذا ماأشارت اليه المادة ١١٥ حيث قالت : « ١ ـ يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه، إذا صدر بعد شهر (أي اعلان) قرار الحجر ٢٠ ـ أما إذا صدر التصرف قبل شهر قرار الحجر (ويشمل ذلك وضع كل مجنون غير محجور وحتى شهر (أي اعلان) قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العتة شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها » .

واستناداً إلى ذلك فان حكم الأهلية بحسب أحكام القانون المدني ، وبالتالي صحة التصرفات تختلف بين المحجور وغير المحجور من المجانين .

أما المجنون المحجور ، مطبقاً أو غير مطبق ، فجميع تصرفاته باطلة أصلا ، سواء صدرت منه بحالة صحو وإدراك أو بحالة جنون (خلافاً لحكم الشريعة الاسلامية والمجلة التي لاتشترط الحجر وتشترط للبطلان صدور الفعل أو التصرف

في حالة الجنون) مادام قرار الحجر قد شهر وأعلن قبل التصرف [1] . وبطلان هذه التصرفات بطلان مطلق لعدم وجود الادراك والتمييز اطلاقاً عند هذا الشخص في نظر القانون وافتراضه كذلك بعد حجره ، ولا تصح تصرفاته إلا برفع الحجر عنه قضاءً .

وأما المجنون غير المحجور بحسب أحكام القانون المدني ، وحتى صدور قرار الحجر وشهره ، فهو في الأصل — ولو كان مطبقاً — أهل لاجراء التصرفات . وتكون تصرفاته صحيحة مبدئياً إلا في حالتين .

الأولى ، أن تكون حالة الجنون عنده شائعة وقت التعاقد . وهذا معناه أن يكون الشخص معروف بالجنون معرفة شائعة من جهة ، وأن يجري التصرف — إذا كان جنونه متقطعاً وغير مطبق — في فترة الجنون لا في فترة الصحو من جهة أخرى . ولا شك أن ذلك يقضي على من يدعي الجنون إقامة دليل ليس بالسهل ولا اليسير .

والحالة الثانية ، يكفي لابطال تصرف هذا المجنون غير المحجور وقبل الحجر أن يكون الطرف الآخر الذي تعاقد المجنون معه أو تصرف اليه ، عالماً بحالة الجنون عنده أو على بينة منه ، ويقع عبء اقامة الدليل على هذا العلم ، كاقامته على الجنون ، على من يدعي وجوده ، وهو عبء أثقل وأصعب من الدليل الأول .

هذا ، وحجر المجنون الذي تشير اليه نصوص القانون المدني هو الذي يصدر عن المحاكم المختصة وفقاً للقوانين المرعية ، وعندنا المحاكم الشرعية وفقاً لقانون الأحوال الشخصية . أما في مصر فان إيقاع الحجر على المجنون وغيره من القاصرين

---

(١) ولهذا الشرط اهمية في التشريع الجديد ، لان التشريع السابق ، اي مجلة الاحكام العدلية ، ما كانت تشترط الحجر على المجنون ولا شهر هذا الحجر ، كما اشترطت ذلك بالنسبة للسفيه والمديون (راجع المواد ٩٥٨ و ٩٦١ من المجلة) .

كانت تقوم به المحاكم الحسبية وفقاً لقانونها الخاص (١) .

ومما تجدر الاشارة اليه في هذا الموضوع أن حكم القانون المدني هـــذا ، بضرورة ايقاع الحجر على المجنون والمعتوه لتعتبر تصرفاتها باطلة بعده ، حكم جديد بالنسبة للتشريع السابق عندنا ، (خلافاً لمصر) . فقد كان الحكم السابق (المادة ٩٥٧ من المجلة) ينص « ان الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم » فلا حاجة لحجرهم قضاء . والمجنون في ذلك كالصغير . ويكفي أن يقام الدليل على

---

(١) وقد جعل قانون المحاكم الحسبية في مصر رقم ٩٩ عام ١٩٤٧ ، المجنون بحكم القاصر بوجه عام ؛ ويجب اقامة قيم عليه فيما اذا اصابه الجنون بعـــد بلوغه سن الرشد ، واستمرار الولاية أو الوصاية عليه اذا جن قبل ذلك . وتكون الولاية عليه كولاية الوصي على الصغير .

ويباشر الولي أو الوصي أو القيم وحده من الاعمال مايباشره الوصي وحده ، ويستأذن المحكمة في الاعمال التي يستأذن فيها الوصي (راجع الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في الالتزامات ، المرجع السابق نبذه ١٥٦ ؛ الدكتور شفيق شحاته ، المرجع السابق نبذه ٩٠ الدكتور عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذه ٩٨) .

أما في الحقوق الفرنسية والغربية بوجه عام ، فقد فرقوا بين ثلاثة أنواع من المجـــانين :

١ ــ المجانين المحجورين interdits ، وهؤلاء شأنهم شأن عديمي الأهلية في كل شيء .

٢ ــ المجانين المحجوزين internés أي الموضوعين في الملجأ او مستشفى المجانين ، ولو لم يصدر حكم بالحجر عليهم ــ وهذا وضع خاص لانص له عندنا ــ فهؤلاء مادام لم يصدر بعد قراراً بالحجر عليهم ، وهم في مستشفى المجانين ، يمنعون ادارياً من التصرف في أموالهم ويقوم احـــد أعضاء ادارة هذا المستشفى بادارة اموالهم وشؤونهم ، حتى ينصب القيم عليهم . واذا اجروا تصرفاً فان أعمالهم في الاصل صحيحة . ولكن القانون أجاز طلب ابطال الاعمال التي يجريها هؤلاء المجانين في المستشفى لعلة الجنون ، دون حاجة لاقامة الدليل عليه .

٣ ــ المجانين غير المحجورين وغير الموضوعين في الملجأ ، فتكون اعمـــال هؤلاء بالاصل صحيحة إلا إذا قام الدليل على فقدان الملـكات العقلية ساعة اجرائها ، وهو دليل صعب . ومع ذلك فلا يسمح باقامة مثل هذا الدليل بعد وفاة المجنون ، وبذلك يشبه هذا الحـكم في الاصل حكم غير المحجور في قانوننا .

الجنون ولو بعد الوفاة لاعتبار التصرف باطلا [1] . في حين ان حكم القانون المدني الجديد بالحجر يقيم قرينة قانونية قاطعة بعد الحجر لا تقبل الدليل العكسي . ولا تخفى النتائج الهامة لذلك .

ويظهر أن المشرع السوري ، بعد سنوات قليلة من صدور القانون المدني حين وضع قانون الاحوال الشخصية الجديد عام ١٩٥٣ عاد إلى فكرة المجلة ، حيث اعتبر في مادته المائتين ان « المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما ، ويقام على كل من منهما قيم بوثيقة » . وبذلك عاد حكم المادة ٩٥٧ من مجلة الاحكام العدلية التي اعتبرت الصغير والمجنون والمعتوه محجورين لذاتهم سواء صدر قرار بالحجر أو لم يصدر . وإن مثل هذا النص في قانون الاحوال الشخصية ، الذي يعتبر قانوناً خاصاً بالنسبة للقانون المدني ولاحقاً في تاريخه عليه ، يكون ناسخاً لحكم القانون المدني فيما يتعارض معه وبالتالي يكون واجب التطبيق على الحالات التي تناولها دون أحكام القانون المدني .

ونعتقد أنه مع سكوت قانون الاحوال الشخصية عن المجنون المطبق وغير المطبق — مادام المجنون محجوراً لذاته — فانه يجب الرجوع إلى مبادىء الشريعة الاسلامية واحكامها في ذلك على ضوء العرف عملاً بالفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني .

وعلى هذا فانه لايشترط وقوع الحجر لعدم صحة تصرف المجنون والمعتوه بل يمكن الادعاء بالجنون وآثاره ولو دون حجر ، كما كانت الحال في ظل المجلة ، على أن ذلك لايمنع من استصدار قرار بالحجر للتخلص من عبء الاثبات فيما بعد .

ومتى حجر على المجنون أصبح فاقداً للاهلية ووجب اقامة من يمثله في اجراء

---

(١) « وبناء على ذلك فانه يصح اثبات الجنون او العته بعد الوفاة » (محكمة استئناف لبنان غ ٣ قرار رقم ٢ تاريخ ٤ / ١ / ٩٤٥ ، خلاصة النشرة القضائية اللبنانية ٩٣٩ ٩٤٥ ص ٤٧) .

التصرفات . كما هي الحال بالنسبة للصغير . وحكم الحجر عنده كحكم الحجر عند الصغير بحيث يمثله الولي إن كان موجوداً ، أو من ينصبه القاضي ليكون وصياً أو قيماً منصوباً عليه لرعاية مصالحه (١) في حالة عدم وجوده .

ب - المعتوه :

المعتوه كالمجنون ، وهو من كان « قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير » (٩٤٥ من المجلة) إلا أنه لايضرب ولايشتم كالمجنون . أو بعبارة أخرى المعتوه مجنون هادىء لايستطيع الحكم في الامور حكماً صحيحاً . وقد يعقل بعض الأشياء دون بعض (٢) . ولا تكفي الشيخوخة ، والمرض المقعد لاعتبار المرء معتوهاً (٣).

والمعتوه بحكم القانون المدني وقبل صدور قانون الأحوال الشخصية يحجر عليه كما نصت على ذلك المادة ١١٥ من القانون المدني وحكمه في ذلك حكم المجنون في جميع الأحكام .

وقد كان المعتوه بحسب التشريع القديم (أي مجلة الأحكام العدلية والشريعة الاسلامية) كما كان المجنون — محجوراً عليه لذاته كالصغير (المادة ٩٥٧) . ولكن حكمه في المجلة فيما يتعلق بأهليته تختلف عن حكم المجنون المطبق

---

(١) وقد فرق قانون المحاكم الحسبية في مصر بين المجنون الذي يطرأ عليه الجنون بعد بلوغه سن الرشد فيستمر وليه أو وصيه بادارة شؤونه وأمواله حتى يعقل (المادة ١٣) والفرق العملي بين السلطتين ان سلطة الولى أو الوصي كسلطتهما بالنسبة لغير المميز . في حين ان ولاية القيم على مال المجنون كولاية الوصي (المادتان ٤٥ و ٤٦) .

(٢) راجع كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، المرجع السابق ، ج ٢ ص ٤٧٨ .

(٣) راجع قرار محكمة التمييز السورية ، الغرفة المدنية تاريخ ٢٩ أيار ١٩٥٠ رقم اساس ٦٠ ، مجلة نقابة المحامين بدمشق ١٩٥٠ ص ٢٢٩ (راجع قرارات محكمة النقض المصرية المختلطة المذكورة في كتاب الدكتور السنهوري ، في الالتزامات ج ١ هامش ص ٢٨٠) .

ويعتبر بحكم الصبي المميز (المادة ٩٨٨) فان تصرف تصرفاً نافعاً نفعاً محضاً كقبول الهبة صح بلا إذن وليه ، وإن كان تصرفه مضراً كالهبة والصدقة لا يصح ولو أذنه بذلك وليه ، وإن كان متردداً بين النفع والضرر توقف على إجازة وليه . وقالوا يشترط لصحة هذه الاجازة أن يعقل المعتوه كون البيع سالباً للملك والشراء جالباً له (١) .

أما بحسب أحكام القانون المدني الجديد ، فيجب التمييز بين المعتوه المحجور وغير المحجور كما فصلنا ذلك في بحث المجنون ومن غير اختلاف بينهما . وبعد صدور قانون الأحوال الشخصيه أضحى المعتوه محجوراً لذاته كالمجنون من غير فرق بينهما (المادة ٢٠٠) . وبالتالي تطبق عليه جميع الأحكام التي ذكرناها بحق المجنون.

ج- السفيه :

عرف قانون الأحوال الشخصية في المادة ٢٠٠ فقرة ٣ السفيه بأنه : الذي يبذر أمواله ويضعها في غير مواضعها بانفاقه مايعد من مثله تبذيراً ».

وعرفت المجلة السفيه بأنه : « الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبذر في مصاريفه ويضيع أمواله ويتلفها بالاسراف.» (المادة ٩٤٦).(٢)

---

(١) عن التنوير ، راجع شرح سليم رستم باز على المادة ٩٨٨ من المجلة .

(٢) وذكر في الهندية أن السفيه هو العامل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى ، ومن عاداته التبذير والاسراف في النفقة . وأن يتصرف تصرفات لالغرض ابداً أو لغرض لايعده أهل الديانة غرضاً ، كالانفاق على الشرب والفسق والقمار واطعام الناس والانفاق عليهم ، وشراء الحمام والديكة ونحوها بثمن غال ، كما يكون في الاسراف في الخير وأعماله ، كأن يصرف جميع ماله في بناء المساجد والمدارس واشباه ذلك (راجع سليم رستم باز في شرح المجلة على المادة ٩٤٦ . كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، عبد الرحمن الجزيري ، ج ٢ ص ٤٨٠)

وقد عرف أكثر الفقهاء والمؤلفين السفيه بأنه : « من يبذر المال على غير مقتضى العقل » [1] فلا يحسن إدارة أمواله والتصرف فيها لنزعة في نفسه على تبذيرها رغم قيام العقل حقيقة عنده.

وبناء على ذلك فالسفه لا يصيب العقل بل التدبير ، ويعرف من نتائج الاعمال [2] وفي كل الأحوال « لا يحجر على الفاسق بمجرد سبب فسقه مالم يبذر ويسرف من ماله » [3].

ومما لاشك فيه أن تقدير ما إذا كان الشخص يعتبر سفيهاً ومبذراً يعد من الأمور الواقعية التي يقدرها القاضي بحسب الأحوال وذلك عندما يكون الاسراف والتبذير مجاوزاً حد المعقول [4] .

أما وضع السفيه وحكمه شرعاً فمحل خلاف عند الفقهاء ، فقد ذهب الامام الاعظم إلى أن السفيه لا يحجر عليه في الأصل إذا سفه بعد الرشد ولا تتأثر أهليته

---

(١) راجع الدكتور شفيق شحاته، المرجع السابق نبذة ٩٣ ، الدكتور عبد المنعم الصدة المرجع السابق نبذة ١٠٠ ص ١٠٨ ، ويضيف الاستاذ الصده قائلا ؛ ان السفه في حقيقته هو خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل ، مع قيام العقل حقيقة . وبذلك لا يكون تبذير المال سوى نتيجة لهذه الخفة .

(٢) وذهبت محكمة التمييز السورية الى أنه يشترط لتحقق السفه ثبوت أربعة شروط : وجود مال عند السفيه ، تحقق اضاعته ، كون الاضاعة والإئتلاف في غير محلها ، أن لا يكونا واقعين عن ضرورة بسبب قاهر لا يملك صاحب المال رده ، (هيئة عامة ، قرار رقم اساس ١٠٤ تاريخ ٩٣٠/٧/١٣/ منشور في مجلة نقابة المحامين بدمشق ١٩٤٧ ص ٣٤٢) .

(٢) المادة ٦٩٣ من المجلة ، وذلك لأن الفاسق أهل للولاية على نفسه وأولاده عند جميع الأصحاب « الطحطاوي » ؛ راجع شرح سليم رستم باز على المادة المذكورة .

(٤) فقد اعتبرت محكمة البقاع مثلا انه إذا كان مايؤخذ على المدعي عليه المسن ادمانه على شرب الخمر ، فلا يمكن ان يعد مبذراً بالنظر الى ظروف سنه وعدم انفاقه على غيره في مجلس شرب الخمر (بداية البقاع رقم ٩٥ تاريخ ٢٧ /١١/ ١٩٤٦ ، النشرة القضائية ٤٩ ص ٤١٣)

شيئاً [1] وخالفه بذلك الصاحبان محمد وأبو يوسف « وأئمة المذاهب الثلاثة الاخرى والمفتى به — وهو ماأخذت به المجلة — ان السفيه يحجر حين تتحقق فيه شروط السفه السابقة الذكر ، وحجره يكون من قبل الحاكم الذي هو وحده وليه . ويكون حكم السفيه بعد الحجر كحكم الصبي المميز من حيث تصرفاته . أماتصرفاته قبل الحجر فصحيحة كتصرفات سائر الناس [2] ويبقى للسفيه في حكم الشرع والمجلة بعد الحجر ، إجراء التصرفات المتعلقة بشخصه . فاذا كان بيعه وإقراره بالدين والخ .. غير نافذ بحقه بعد قرار الحجر (المادتان ٩٩٣ و ٩٩٤ من المجلة) إلا أن التصرفات التي يبطلها الهزل كالنكاح والطلاق تبقى صحيحة ومثلها الوصية [3] .

أما في القانون المدني الجديد وفي قانون الاحوال الشخصية كذلك ، فان السفيه من حيث جواز الحجر عليه وإقامة قيم عليه يعتبر ناقص الأهلية . وقد نصت على ذلك المادة ٤٨ من القانون المدني فقالت : « كل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون . » ونصت المادة ١١٦ من القانون المدني انه :« إذا صدر تصرف من السفيه أو ذي الغفلة قبل شهر قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للابطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » .

وقد نصت المادة ٢٠٠ الفقرة الثانية أن « السفيه والمغفل يحجران قضاء وتصرفاتهما قبل القضاء نافذة ، ويقام على كل منهما قيم بقرار الحجر نفسه أو بوثيقة على حدة » .

---

(١) اما اذا اصابه السفه قبل ان يبلغ رشيداً فان الامام الاعظم يقول بعدم تسليمه امواله حتى يبلغ سن الخامسة والعشرين .

(٢) راجع المواد ٩٩٠ — ٩٩٧ من المجلة .

(٣) راجع الفقه على المذاهب الاربعة ، المرجع السابق ، ص ٤٨٠ — ٤٨١ .

وبناء على ذلك فان السفيه ، خلافاً للمجنون والمعتوه ، يكون صحيح التصرف أبداً ما دام غير محجور بعد . ولا يملك لا هو ولا غيره طلب ابطال تصرفاته لعلة السفه مادام لم يصدر بعد قرار الحجر . إلا أن يكون في التعاقد مع السفيه غير المحجور استغلال لوضعه من قبل العاقد الآخر العالم بحاله ، أو تواطؤ عليه بالاتفاق معه هرباً من الحجر ، بحيث يبطل التصرف لا لمجرد وجود السفه ، بل لاستثمار هذا السفه من قبل الغير أو للاحتيال بالاتفاق مع السفيه على القانون . أما بعد قرار الحجر فان المحجور لسفه ليس كالمحجور لجنون أو عته ، أي فاقد الأهلية ، وانما هو ناقص الاهلية كالصبي المميز ، بحيث لا تكون تصرفاته باطلة لذاتها وإنما قابلة للابطال في مصلحة السفيه ، فهو يستطيع اجراء التصرفات النافعة نفعاً محضاً من غير قيد أو اذن ، كما يستطيع باذن المحكمة القيام باعمال الادارة وتوليها بنفسه من غير ممثل أو إجازة خاصة ، شأن المميز المأذون .

وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة ١١٧ من القانون المدني فقالت : « وتكون أعمال الادارة الصادرة من المحجور علية لسفه ، المأذون له بتسلم أمواله ، صحيحة في الحدود التي رسمها القانون »[1] .

بل يجوز للسفيه ، خلافاً للصغير المميز ، أن يقف أمواله أو أن يوصي بها شريطة أن تجزه المحكمة . وهذا ما نصت عليه المادة ١١٧ في الفقرة الاولى « ويكون

---

(١) وقد نظم قانون المحاكم الحسبية في مصر هذه الامور وفصلها في مواده (راجع المادة ٤٣ من هذا القانون المعطوفة على المواد ٣ و ٤ و ٥) والى هذه النصوص من هذا القانون يقصد القانون المدني حين يشير الى نقص اهلية السفيه وفقاً لما يقرره « القانون ». وفي الحدود التي رسمها « القانون ».

تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف صحيحاً متى أذنته المحكمة في ذلك[1]» رغم أن هذه التصرفات تعتبر في ذاتها ضارة ضرراً محضاً .

والسبب في ذلك أن السفيه ليس من ضعف الملكات ، واضطراب التفكير بالقدر الذي هو عليه الصغير أو المجنون أو المعتوه . وان حجره ليس سوى لفساد في التدبير أكثر منه لنقص في التفكير.

ورغم صدور قانون الاحوال الشخصية باحثاً في المادتين ٢٠٠ و ٢٠١ عن حال السفيه وحكمه بوجه عام ، فان أحكام القانون المدني السابقة الذكر تظل مرعية بالنسبة للسفيه لأنه ليس في نص قانون الأحوال الشخصية ما يعارضها أو يتنافى معها لتعتبر ملغاة .

على أن قانون الاحوال الشخصية قد نص في المادة ٢١١ أن « للقاضي أن يأذن بتسليم المحجور عليه لسفه جانباً من أمواله لادارتها ، وتسري عليه أحكام القاصر المأذون » على النحو الذي بحثناه في الصبي المميز بين سن الخامسة عشرة والثامنة عشرة [2] .

هذا ، ويكون حجر السفيه ورفع الحجر عنه من قبل المحكمة الشرعية ، وفي مصر من المحكمة الحسبية . وقد نظم قانون هذه المحكمة كيفية الحجر وشهره وتسجيله وإقامة وصي أو قيم على السفيه لادارة شؤونه ، وإجراء التصرفات باسمه .

أما عندنا فقد نظم قانون الاحوال الشخصية في الفصل الخامس من الكتاب

---

(١) وهذا هو نفس الحكم في المادة ٤٣ من قانون المحاكم الحسبية في مصر (راجع شفيق شحاته المرجع السابق نبذة ٩٢ ، عبد المنعم الصدة المرجع السابق نبذة ١٠٠)

(٢) راجع ماسبق ص ١٦٣ .

الرابع تحت عنوان « القوامة » تمثيل السفيه شرعاً مما يدرس بالتفصيل في أبحاث الاحوال الشخصية .

ز — ذو الغفلة أو المغفل

ويلحق بالسفيه في الحكم ذو الغفلة او المغفل كما سماه قانون الاحوال الشخصية ، وعرفه في المادة ٢٠٠ الفقرة ٤ بأنه « هو الذي تغلب عليه الغفلة في أخذه وعطائه ولا يعرف أن يحتاط في معاملته لبلاهته » .

والمغفل هو الذي يكون طيب القلب ، سليم النية الى حد يغبن معه في معاملاته مع الناس . والغفلة في نظر الفقهاء والشرع نوع من السفه الموجب للحجر على رأي الصاحبين خلافاً للامام الاعظم . وقد أشارت إلى ذلك مجلة الاحكام العدلية في المادة ٩٤٦ حين قالت بعد تعريف السفيه بالمبذر والمسرف كما اوضحنا ، « والذين يغفلون في أخذهم وعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحسب بلاهتهم وخلو قلوبهم ، يعدون ايضاً من السفهاء » . وهكذا اعتبرت المجلة ذا الغفلة كالسفيه عندما يكون بليهاً خالي القلب لا يعرف طريق التجارة ، في الاخذ والعطاء . ولا شك ان المغفل في جميع التعاريف يعتبر درجة بين السفه والعته ، يحسن التفريق بينه وبين السفيه من حيث تحديدهما وان اتفقا في الحكم . وربما كان السبب في الغفلة انما يعود الى ضعف في التفكير والعقل وسلامة القلب ، اكثر منه الى فساد في التبدير كالسفه .

وفي كل الاحوال فان حكم المغفل في كل شيء كحكم السفيه تماماً ، وقد ورد ذكره مع السفيه بشكل مترافق في جميع النصوص والاحكام . بمعنى أنه يكون صحيح التصرفات مادام غير محجور ، الا في حالتي التواطؤ والاستغلال(١)

---

(١) وبناء على ذلك فان صدور التصرف قبل أن يقرر حجر ذي الغفلة وقبل ان يشهر —

كما يقام قيم بعد الحجر ، وبنفس القرار الذي يقضي به . ويجوز للقاضي ان يأذن للمحجور عليه للغفلة بتسلم جانب من أمواله لادارتها وتسري عليه احكام القاصر المأذون (المادة ٢٠١ من قانون الاحوال الشخصية) التي تعتبر معدلة لحكم الفقرة الثانية للمادة ١١٧ من القانون المدني بالمساواة بين السفيه وذي الغفلة .

٥ — المحكوم عليه بعقوبة جنائية

يضاف الى عوارض الاهلية السابقة الذكر ، وهي عوارض طبيعية في الانسان تتصل بتمييزه وادراكه أو تدبيره ، حالة خاصة لاتمت إلى التمييز بصلة وانما هي عدم أهلية من نوع العقوبة أو بسببها نص عليها القانون . فقد نص قانون العقوبات السوري في المادة ٥٠ أن : « كل محكوم عليه بالاشغال الشاقة أو بالاعتقال يكون في خلال تنفيذ عقوبته في حالة الحجر ، وتنتقل ممارسة حقوقه على أملاكه ، ماخلا الحقوق الملازمة للشخص ، الى وصي وفاقاً لاحكام قانون الاحوال الشخصية المتعلقة بتعيين الاوصياء على المحجور عليهم . وكل عمل أو ادارة أو تصرف يقوم بـــه المحكوم عليه يعتبر باطلا بطلاناً مطلقاً مع الاحتفاظ بحقوق الغير ذوي النية الحسنة . ولايمكن أن يسلم الى المحكوم عليه أي مبلغ من دخله ما خلا المبالغ التي يجيزها القانون وأنظمة السجون » .

فيتضح من هذا النص أن عدم الاهلية المدني الذي يصيب المحكوم في السجن أو المعتقل ، هو التجريد المدني المنصوص عليه في المادة ٤٩ من قانون العقوبات السوري والذي يوجب على المحكوم عليه بهـــذه العقوبة من الجناة ، العزل والاقصاء من الوظائف ، كما يحرمه من الخدمات العامة في الدولة ، ومعاشاتها ،

ـ هذا القرار لايؤثر فيه صدور الحجر اللاحق . ولامجال لاثبات وجود الغفلة حقيقة قبل شهر قرار الحجر لان هذا الاثبات غير مجد (قرار التمييز السورية ، رقم اساس ٢٧٣٣ قرار ٤٧٢١ تاريخ ١٢ كانون الاول ١٩٠) .

أو في ادارة الطوائف والنقابات ومعاشاتها ، أو من الدخول في الامتيازات العامة ، والخ . .

وعدم الأهلية المنصوص عليه في المادة ٥٠ عام في جميع أعمال التصرف والادارة ، مؤيدة بالبطلان المطلق . وهكذا لا يجوز للمحكوم عليه بعقوبة جنائية – التي أقلها في الاصل السجن ثلاث سنوات – ، خلال مدة تنفيذها أن يجري من التصرفات أي تصرف من أي نوع كان – فيما عدا الحقوق اللازمة لشخصيته كالطلاق والاقرار بالنبوة والنسب والخ . . – ولا أن يؤذن له بذلك من قبل المحكمة ، خلافاً لنص المادة ٢٥ من قانون العقوبات المصري الذي أجاز تصرف المحكوم عليه إذا أذنته المحكمة باجرائه ، ونعتقد أن حكم القانون السوري في هذا الموضوع أشد مما يجب .

هذا ، ويمثل المحكوم عليه المذكور في اجراء التصرفات وصي تعينه المحكمة الشرعية يتولى شؤونه ويقدم حساباً له حين الافراج عنه .

ويبقى عدم أهلية هذا المحكوم حتى الافراج عنه ، حيث يزول بخروجه من السجن او المعتقل . وعلى ذلك نصت المادة ٥٠ في الفقرة الثانية : « تعاد الى المحكوم عليه أملاكه عند الافراج عنه ، ويؤدي له الوصي حساباً عن ولايته » .

أما عدم الاهلية العام في حياته السياسية والعامة ، وهي عقوبة التجريد المدني المنصوص عليها بالمادة ٤٩ من قانون العقوبات ، فلا تزول عنه حتى بعد خروجه من السجن الا باعادة الاعتبار اليه وفقاً لاحكام المواد ١٥٨ – ١٦٠ من قانون العقوبات .

و – الأصم والأبكم والأعمى

ويذكر بعض الفقهاء في النظرية العامة للاهلية الأصم والأبكم والأعمى لا على اعتبارهم غير أهل لاجراء التصرفات بل على اعتبار أنهم مصابون بعاهات

تمنع من اظهار ارادتهم في تصرفاتهم ، وتوجب مساعدتهم قضائياً بما يؤكد ويوضح هذه التصرفات .

وقد استمد القانون المدني من قانون المحاكم الحسبية في مصر نظام « المساعدة القضائية » لهؤلاء المصابين من الناس بعاهات ، اذا اجتمعت ، اثرت على الارادة وأظهارها .

وقد نصت المادة ١١٨ من القانون المدني أنه : « ١ — اذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته ، جاز للمحكمة ان تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقضي مصلحته فيها ذلك » .

وهكذا جعل القانون المدني الشخص الذي يفقد على الاقل حاستين او اكثر من حواس النظر والسمع والنطق يتعذر عليه لذلك التعبير عن ارادته ومباشرة أعماله مع الناس ، بمقام العاجز عن القيام بالتصرفات التي تقتضي اظهار الارادة ، ويكون جديراً بالمساعدة والمعاونة في قضاء مصالحه من قبل ممثل قادر على فهمه والتعبير عنه وذلك في مصلحته ومع الحفاظ على أهليته كاملة .

والحقيقة ان هذا الشخص ليس فاقداً للتمييز ولا فاقداً للاهلية بسبب ذلك وإنما يكون مهدداً في تصرفاته بالغلط والتشويش أو عدم الفهم ، فهو لذلك أشبه بناقص الاهلية الذي تكون تصرفاته صحيحة في ذاتها وانما قابلة للابطال لمصلحته مع انه كامل الأهلية .

وقد نصت الفقرة الثانية للمادة ١١٨ أنه : « ويكون قابلا للابطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها ، متى صدرت من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونه المساعد ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة » .

ومن ذلك يتبين انه يشترط لامكان هذا الابطال عدا إصابة الشخص

بعاهتين على الاقل من هذه العاهات ، لتقرير مساعدته ، ان تكون التصرفات قد صدرت من المعان بعد قرار المساعدة وفي حدود ماشمله هـــذا القرار من تصرفات ممنوعة على المعان لوحده وفيما عدا ذلك فجميـع التصرفات الاخرى صحيحة(١) .

* * *

(١) راجع الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في الالتزامات ، المرجـــع السابق نبذه ١٦ : الدكتور شفيق شحاته ، المرجع السابق نبذة ١٤ ، الدكتور عبد المنعم الصده ، المرجع السابق ، نبذه ١٠٢ .

الفرع الثاني

الشخص الاعتباري

La personne morale

المبحث الاول

مفهوم الشخص الاعتباري وطبيعته الاعتبارية

§ ١ — مفهوم الشخص الاعتباري وتحديده

لقد رأينا أن بحث الاشخاص في القانون ، وهو الذي يشكل الفصل الثاني من الباب التمهيدي للقانون المدني يتألف من مبحثين هامين هما الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري . وقد فصلنا في الفرع الاول الشخص الطبيعي واحواله ، وما ينضوي تحت ذلك من ابحاث وموضوعات في ابتداء الشخص وانتهائه ، وثبوته وفقدانه ، ثم في الخصائص والصفات الملاصقة لهذا الشخص ، وأصبح من واجبنا أن نكمل بحث الاشخاص بتفصيل النوع الثاني منها ، وهو الشخص الاعتباري .

١ — التسمية

ان تعبير الشخص الاعتباري ، ترجمة للتعبير الفرنسي personne morale وهو التعبير الذي تبناه قانوننا المدني في القسم الثاني من الفصل الثاني من الباب التمهيدي الباحث في الاشخاص ، تعبير ، اذا لم يكن جديداً في اللغة والاصطلاح ،

فيكاد يكون جديداً في التشريع السوري ، لأن أكثر القوانين التي أشارت أو بحثت في الشخص الاعتباري كانت تطلق عليه اسم « الشخص المعنوي أو الحكمي » وقلما ورد في التشريع السابق تعبير « الشخص الاعتباري » .

وقد فضل المصريون في قانونهم الذي أخذناه عنهم ، هـذا التعبير الأخير على التعابير الأخرى ، لابراز الصفة « الاعتبارية » لمثل هذه الأشخاص غير الحقيقية من الناحية الواقعية ، والقائمة على اعتبار في القانون أكثر منها في الواقع الملموس . ومع ذلك فان المشرع المصري في المشروع التمهيدي للقانون كان قد أطلق على هذه الاشخاص « الاشخاص المعنوية » ؛ وأشار في المذكرة الايضاحية الى أن لهذه الأشخاص المعنوية شخصية اعتبارية ، اعترف لها بها القانون . وكثيراً مااستعمل لفظ الاشخاص الاعتبارية إلى جانب التعبير الاول « الاشخاص المعنوية » فلما بلغ المشروع لجنة المراجعة ، اتفقت هذه اللجنة على ابدال التسمية بعبارة واحدة كما ذكرنا هي تعبير « الاشخاص الاعتبارية » .

وينتقد بعض المؤلفين تفضيل تعبير « الشخص الاعتباري » على « الشخص المعنوي » لان الاول يتصل بالنظرية القديمة في اعتبار طبيعة هذا الشخص افتراضية واعتبارية ، في حين أن الفقه الحديث أميل إلى اعتبارها حقيقة واقعية أو قانونية على الاقل ، ولذلك يفضلون تعبير « الشخص المعنوي » .

ومهما يكن من أمر هذه التسمية فانها لاتمنع من استعمال التعابير أو التسميات السابقة الجارية والمستعملة في بلادنا وتشريعنا السابق . وهو الشخص المعنوي أو الشخص الحكمي للدلالة على نفس المعنى ، على أنه من المستحسن أن نقف عند تعبير القانون المدني ، ونكتفي به توحيداً للاصطلاح ومنعاً للتشويش .

٢ — تاريخ الشخص الاعتباري في الشريعة الاسلامية :

ولا بد لنـا — قبل أن نغوص في بحر الخلاف الفقهي الذي قام حول مفهوم الشخص الاعتباري وطبيعته ، وننتهي منه إلى النتائج العملية ، والآثار الحقوقية لهذا الاختلاف ، والى الحل النهائي الذي نعطيه في قانوننا — قلنـا : لا بد لنا من الاشارة إلى أن بحث الشخص الاعتباري ، بوجه عام ، في القانون المدني الجديد ،

ثم في التشريعات الخاصة التي صدرت بعده في الجمعيات والمؤسسات ، بحث إذا لم يكن جديداً في كل شيء ، فهو جديد عندنا في أمرين اثنين على الاقل : الاول تنظيمه في القانون بمبحث خاص يعتبر المرجع العام ، والمصدر الاول لكل شخص اعتباري لم يتناوله تشريع خاص أو استثنائي ببحث أو احكام خاصة ، وهذا لا أثر له في التشريع السابق .

والثاني إيجاد أحكام جديدة ، وقواعد هامة لم تكن معروفة قبلا ، وإذا وجد بعضها فان هذا الوجود كان ضيقاً ومحدوداً ـ وكثيراً ماافتقر القاضي إلى مرجع او مصدر وضعي ، ليستطيع أن يقول كلمته الصريحة ، وكثيراً ماعوزته المبادىء الثابتة حول هذا الموضوع . فكان كلما عرض عليه خلاف يتعلق بشخص اعتباري يستوحي حلوله من المصلحة والحاجة ، ومن واقع الامور ، ومن بعض النصوص القليلة والمبعثرة التي صدرت في عهد التشريع السابق ، ولكنه كثيراً ما كان يصطدم بعقبات لايجد حلا لها في القانون .

ولعله من الواجب علينا كذلك ، قبل أن نبحث في مفهوم الشخص الاعتباري وطبيعته الحقوقية ، أن نستعرض بايجاز ، تسهيلا للبحث واكمالا ، وضع التشريع السوري قبل القانون المدني .

ليس في مجلة الأحكام العدلية — قانوننا المدني السابق — نصوص ما ، عامة أو خاصة ، تبحث في الاشخاص الاعتبارية ، من قريب أو بعيد كما ظن البعض . بل لانكاد نجد فيها عبارة ولو عابرة ، إلى هذا الموضوع . ولكن الشارع العثماني في الازمنة الاخيرة من عهده ، شعر بضرورة إعطاء صفة قانونية إلى بعض أنواع الاشخاص المعنويين ، كما كان يسميهم ، لأنها وجدت بالفعل ، فأصدر بعض القوانين الخاصة ، سواء في تنظيم بعض أنواع الاشخاص ، وسواء في تحديد تصرفهم . وربما أصدرها للتخلص من الوضع الفعلي لاشخاص اعتبارية وجدت فعلا ، من جمعيات وطوائف وهيئات لايمكن تجاهلها أو الغاؤها أو نكرانها وهي تعمل في السر والعلن ، وتتملك ملكيات واسعة ، وتهدد الدولة العثمانية بكثير

من المشاكل والاخطار . فرأي الشارع العثماني أن من الخير والمصلحة ـ سواء للحيلولة دون خطر هذه الاشخاص وتفاقمه ، وسواء لمجاراة النهضة العامة في بعض الاحيان ـ أن يعترف بوجود هذه الاشخاص ، ولكن ليقيدها ويحد من نشاطها ، أو لينظمها ويصلحها .

وكان أبرز وأهم هذه القوانين العثمانية ـ ذات الصفة العامة والخاصة ـ التي اعترفت بالشخصية الاعتبارية ، قانون الجمعيات العثماني الصادر في ٢٩ رجب ١٣٢٧ هـ. باحثاً في تحديد مفهوم الجمعية ، كشخص معنوي مؤلف من مجموع أشخاص ، يعملون بصفة دائمة لغرض غير الربح ، ومقيداً انشاءها بابلاغ الحكومة تشكيلها ونظامها ، وبعدم استهدافها لما يخالف القانون والنظام ، أو سياسة الدولة ، وغير ذلك من قيود ، وقد أجاز للجمعية التي تؤلف — وفقاً لاحكامه — أن تتصرف بالحصص النقدية التي تجمعها من أعضائها ، على أن لا تتجاوز مبلغاً معيناً ، وبالمحل المخصص لادارتها ، وبالاموال غير المنقولة اللازمة لتحقيق غايتها وفق نظامها ، ويمتنع عليها أن تتصرف فيما سوى ذلك . كما أعطاها حق المثول أمام القضاء ، وتقديم المراجعات والطلبات باسم الجمعية ، وبتوقيع من يمثلها عنها . فكان أول قانون يعالج — بشكل مباشر — ناحية رئيسية في الشخص الاعتباري وفي أهم أنواعه وهي الجمعيات .

والقانون الثاني الذي ربما فاق السابق في أهميته هو القانون الموقت في تصرف الاشخاص المعنويين بالاموال غير المنقولة ، الصادر في ربيع الاول ١٣٣١ هـ . الذي — وان اقتصر على بحث « تصرف الاشخاص المعنويين بالاموال غير المنقولة » — إلا أنه عدد وحدد في مواده الثلاث الاولى الاشخاص الاعتبارية ، وأكد وجودها ، وأجاز فيها لهؤلاء الاشخاص تملك العقارات ، ولكن ضمن حدود ضيقة ومعينة .

وثالث هذه القوانين قانون الشركات الاجنبية المغفلة ، الصادر في ٢٤ محرم

١٣٣٣ هـ ، الذي أشار في بحثه المتعلق بالسماح للشركات الاجنبية بالعمل في البلاد العثمانية ضمن الشروط والقيود التي حددها ، أشار إلى صفات الشخص الاعتباري فيها ، سواء في مداعاتها ومخاصمتها أمام القضاء ، وسواء في جنسيتها وموطنها وغير ذلك .

وربما جاز أن نضيف إلى هذه القوانين ، التعليمات المتعلقة بالنقابات ، الصادرة في ١٦ صفر ١٣٢٨ هـ ، وقانون جمع الاعانات ، لما سمي بالجمعيات الخيرية المؤرخ في ٢٨ محرم ١٣٣٤ هـ . وقانون التجارة المؤرخ في ٨ شعبان ١٣٦٦ فيما يتعلق بالشركات الخ ...

في جميع هذه القوانين ، نجد أن الشارع العثماني قد جاء بنصوص صريحة ، في انشاء وتنظيم أشخاص اعتبارية لها كيان مستقل عن أشخاص أفرادها أو اعضائها ولا سيما في تملكها ، وإنما ضمن قيود وحدود نص عليها ، تجعلها تختلف في كثير من الامور عن تملك أو تصرف الافراد والاشخاص الطبيعيين . أما مبدأ الاطلاق في الاشخاص الاعتبارية ، بالنسبة لكل مجموعة من الاشخاص أو الاموال التي تتوافر فيها صفات الشخص الاعتباري فلم يقره الشارع العثماني . بل لقد كشف هذا الشارع في الاسباب الموجبة لقانون تصرف الاشخاص المعنويين بالاموال غير المنقولة السابق الذكر ، عن الدواعي التي دفعته لاصدار هذا القانون ، والهدف الذي رمى اليه . فصرح أن الدول جميعها تقيد تصرف الاشخاص المعنويين بالاموال غير المنقولة ببعض القيود والشروط . وإن قانون الاراضي العثماني الذي لم يمنع بقاء حق التصرف الذي كانت تتمتع به الجماعات والمؤسسات القديمة السابقة ، على الاراضي المقيدة باسمها في الدفتر الخاقاني (دفتر التمليك العثماني) ، إلا أنه لم يجز لها رسمياً أن تستولي وتتملك الاراضي مجدداً ، فصارت تلجأ إلى الاستيلاء على الاراضي والتصرف فيها باسم مستعار لشخص طبيعي ، ويتولد عن ذلك منازعات دائمة ، غير أنها كانت تتملك فعلا ، ولو بصورة غير مباشرة ودون أن تتقيد في ذلك بقيد ، كما وان بعض القوانين العثمانية السابقة قد حوت بعض

الأحكام الخاصة بالشخص المعنوي فيما يتعلق ببيت المال وبعض الدوائر والشركات ، في حين أن هناك حاجة كبرى لتشجيع الشركات الزراعية الانشائيـة ، وبالوقت ذاته تقييدها حتى لاتتوسع وتسيطر على الفلاحين ، لذلك فقد أصدر هذا القانون معترفاً بالواقع ومصدقاً لحق تصرف الاشخاص المعنويين من دوائر الحكومة والبلديات والجمعيات والشركات التجارية والصناعية ، ومضيفاً الشركات الزراعية من جهة ، ومن جهة أخرى مقيداً لهذا التصرف بقيود اعتبرها من المصلحة العـامة العليا . وبذلك وضع هذا التشريع الحجر الاساسي لفكرة الشخص الاعتباري وتصرفه وإن لم يعممه وينظمه تنظيما كاملا .

ثم جاء عهد الانتداب فلم يكن أفضل حالاً وأكثر تحرراً من العهد العـثماني في هذا المضمار . فقد تبنى التشريع العثماني ولم يبدله اللهم إلا في ناحيتين هامتين الأولى في تقوية وتوسيع هذه النصوص إلى حد ما ، فقد عدّل قانون تصرف الأشخاص المعنويين بالأموال غير المنقولة بالقرار رقم ٢٥٤٧ الصادر في ٧ نيسان ١٩٣٤ مشمّلا حـكم جواز الشراء أو التملك والتصرف إلى الدولة والبلديات والدوائر المستقلة والدول الاجنبية ، من أشخاص الحقوق العامة ، وإلى الشركات التجارية السورية والأجنبيـــة المرخص لها ، والجمعيات الدينية الوطنية والأجنبية ضمن الشروط الخاصة بها ، وأخيراً الجمعيات بوجه عام وفقاً لقانون الجمعيات العثماني ، مساوياً في كل ذلك بين السورية ، وغير السورية منها . كما أصدر إلى جانب ذلك عدداً من القرارات التي يستدل منهـا على الاعتراف ببعض الأشخاص الاعتبارية ووجودهـا وتنظيمها بالفعل كالجمعيات الرياضيـة والمسلكية والشركات الاجنبية الخ ... (انظر مثلا القرار رقم ٦٦ تاريخ ٢٠ كانون ثاني ٩٢٦) .

ولعل أهم ما كان تشريع المفوضية العليا الفرنسية يهدف اليـه في ذلك الحين هو من جهة السماح لبعض المؤسسات الأجنبية وبصورة خاصة بعض الشـركات والبيوتات المالية الفرنسية باجراء العمليات الاقتصادية والمصرفية . وحق التملك

في سورية وعلى الأخص للدولة الفرنسية نفسها . ومن جهة ثانية كان يهدف من تشريعاته المتتالية إلى التضيق على الجمعيات لخوفه منها ، وذلك إما بالغائها كما حدث بالقرار المشهور الصادر في ١٠ تشرين الاول ٩٥٢ رقم ٤١٣ عن حكومة دولة سورية ، أو بالتضييق عليها بالتشدد في تأليفها ومعاقبتها وذلك بعدد غير قليل من القرارات الأخرى ، ولا سيما تلك الجمعيات التي كان لها طابع عدائي للانتداب الفرنسي . وقد دلت أكثر هذه القرارات على نظرة التخوف والحذر ، وموقف المناهضة والمقاومة التي وقفها الشارع المذكور من الجمعيات والتكتلات المشابهة . أما باقي أنواع الأشخـــاص الاعتبارية ، وقد وسعت قليلا كما أشرنا ، فقد ظلت دون تقنين صريح وتنظيم تشريعي تام ، وإنما استخلصت شخصيتها الاعتبارية من مجموع النصوص السابقة أو نصوص عرضية وردت في مواضيع متعددة .

ومهما يكن الأمر فقد كانت مشكلة الشخص الاعتباري والاعتراف به من الأمور التي كان يحلها القضاء قبل التشريع ليس فقط في بلادنا بل في أكثر بلاد العالم .

وجدير بالذكر أن هذا الوضع في تشريعنا السابق ، من عـــدم تنظيم أحكام الأشخاص الاعتبارية بوجه عام ومفصل كما جاء في القانون المدني الجديد ، هو وضع الكثير من البلاد الاخرى التي سبقتنا في مضمار المدنية والتقنين . وربما كان عندنا أفضل من غيرنا . فمصر مثلا ، رغم أنها سبقتنا في تبني التشريعات الحديثة لم يتضمن تشريعها القديم احكاما عامة تتعلق بالشخص الاعتباري فيما خلا إشارة عابرة وردت في دستورها ، وتطبيقات جزئية في قانون تجارتها أو قانون الجمعيات لديها . بل إن فرانسة نفسها ، وهي التي أخذت مصر عنها تشريعها القديم ، وكثيراً من البلاد غير فرانسة قد مرت بمثل هذا الدور وخلا تشريعها من تنظيم الشخص الاعتباري بوجه عام ومن السماح بانشائه من غير قيد ولا شرط . ويظهر أن هذه البلاد كانت ترى في الاشخاص الاعتبارية التي تغدو كثيرة النفوذ والهيمنة

الاجتماعيه والاقتصادية — كما يقول سالي Saleilles — مصدرامن مصادر التنازع السياسي ، واذا بلغت حداً من الغنى ، ربما صارت فوق ذلك مصدراً للتخوف الاقتصادي والسيطرة الاقتصادية . ويمثلون على ذلك بالمثـــال المدرسي التقليدي لنقابات الحرف في عهد كاتيليقا وكلوديوس الرومانيين ، تلك النقابات التي وضعت نفسها تحت تصرف الحركات الثورية في ذلك الحين او كما يمثلون اليوم بتكتلات « التروست او الـكارتل » في اميركا ، وأثرهـــا في الانتخابات والاتجـاهات السياسية والاقتصادية . وقد جاء قانون نابليون في فرانسة فلم يذكر كلمة واحدة حول الشخص الاعتباري ، وانمـــا بحث قانونه التجاري في الشركات دون ان يتعرض لشخصيتها مما اضطر الشارع الفرنسي فيما بعد تحت تأثير الحاجة والضرورة الى اصدار قوانين خاصة منذ اواخر القرن التاسع عشر ، تنظم هذه الاشخاص او بعض أنواعها وتسد ثلمة التشريـع السابق .

أما التشريعات الحديثة — كالقانون الالماني والسويسري والايطالي — فلعلها كانت ترى الاشخاص الاعتبارية — خلافاً للفكرة السابقه — شكلا من اشكال الموسسات النافعة ، وسبيلاً لبلوغ أهداف ونتائج هامه لايبلغهـــا الأفراد ، فشجعت عليها ونظمتها ، حتى خصصت لها فصولاً كبيرة في صدر قوانينها ، فسار على غرارها قانوننا المدني الجديد .

هذه هي لمحة سريعة لتاريخ التشريع في بلادنا بالنسبة للشخص الاعتباري .

٣ — تحديد الشخص الاعتباري ومدلوله

ولقد اعتاد الفقهاء في بحوثهم ودورسهم التقليدية لهذا الشخص ان يقولوا ان اطراف الحق ، او الاشخاص الذين يستفيدون من الحق ويتحملون عبئه ؛ ليسوا فقط اولئك الاشخاص الطبيعيين او ذلك الانسان المخلوق ، بل هنـاك فئة من الاشخاص ، غـير الطبيعيين وغـير الحقيقيين ، من حيث انهم ليسوا

انساناً حياً ، وانما اوجدهم التفكير الحقوقي ، او افترض وجودهم ، كالاشخاص الطبيعيين ، في قيام حقوق لهم او ترتب واجبات عليهم خارجاً عن كل شخص طبيعي .

لانعتقد اننا نحتاج اليوم ، بعد هذه التشريعات الحديثة ، وبعد صدور قانوننا المدني ، وبعد ان استقرت فكرة الشخص الاعتباري عند الجميع ، لانعتقد اننا بحاجة الى ان نناقش — كما فعل متشو وتروتابا michoud et Trotabas في كتابهما ، وكما يفعل اكثر المؤلفين — صحة هذا المفهوم واقعياً وفنياً ، فقد اصبح امره مبتوتاً فيه ومفروغاً منه . ذلك لان مفهوم الشخص الاعتباري وضرورة وجوده يعتبر بلا خلاف افضل مفهوم يحقق العدالة ، ويمكن عن طريقه تطبيق قواعد الحقوق واحكامها على اوضاع واحوال لايمكن تطبيقها بغير هذا التصور ، ودون ان يكون لها محذور حقيقي . ولكن الذي يستحق البحث والمناقشة هو كيفية تصور وجود هذا الشخص والاساس الذي يستند اليه فيه .

في الحقيقة ان الجماعات والتكتلات على اختلاف انواعها واشكالها تعتبر احدى الدعامات الاساسية للمجتمع البشري الحاضر ، وربما أكثر من الافراد انفسهم ، فعليها تقوم اعظم الاعمال والمشاريع ، وبواسطتها تحقق غايات متنوعة في حياة الانسانية . واذا كان بعضها قد وجد منذ العصور القديمة كالأشخاص الاعتبارية الدينية وكالنقابات مثلا ، فان عددها وانواعها اليوم أصبح أكثر من ان يحصى .

وامام هذا الواقع والضرورة فان واجب رجال القانون ان يساعدوا على ايجاد حل يكون فيه لهذه التكتلات او الجماعات ، او المجموعات ، جميع صفات وخصائص الشخص في نظر القانون بصرف النظر عن الافراد والعناصر المؤلفة لها ، فلا يؤثر فيها تبدل احد هذه الافراد او العناصر على وجودها وحياتها . فقد يموت منشؤها وتبقى هي قائمة موجودة لاتمتد اليها يد الفناء بهذا الموت ، وهكذا تتميز اموالها وثروتها عن أموال أفرادها واعضائها . ويترتب على ذلك نتائج هامة جداً من الناحية العملية . ولعل هذه الخاصة هي أبرز

صفات وخصائص الشخص من الناحية القانونية — كما رأينا في بحث الذمة المالية — اضف إلي ذلك وجوب استقلال الشخصية الاعتبارية في التقاضي والاعلان والتبليغ وما إلى ذلك من احوال عن اشخاص أفرادها .

واذا كان مفهوم الشخصية في القانون ضرورياً ولازماً لامكان تصور الحقوق والالتزامات ، وترتبها لاصحابها او على الملزمين بها ، وكان هناك في الحياة الحقوقية من ترتب هذه الحقوق والالتزامات لهم او عليهم من غير الاشخاص الطبيعيين ؛ كان هؤلاء الاشخاص في نظر الفقه التقليدي ، وكما كانوا يتصورون في الماضي ، وهميين وافتراضيين ، او لنقل اعتباريين . حتى قال لوران Laurent بشيء من التهكم « ان كلمة الخلق للشخص الاعتباري وان تكن لا تتفق وضعف البشر العاجز عن الخلق ، الا انه مع ذلك قادر أن يوجد كائناً وشخصاً من العدم ، ويجعله يقف على قدم المساواة مع مخلوقات الله » في الحقوق والواجبات. ولقد اطلقوا في الشرائع الغربية على هؤلاء الاشخاص غالباً اسم الاشخاص المعنوية او الحكمية personnes morales مقابلة للاشخاص الطبيعيين ، وربما سموهم كذلك الاشخاص الحقوقية او المدنية personnes jurdiques ou civiles .

فكيف نتمثل هذا الشخص الاعتباري في الحياة الحقوقية ، وماهي حقيقة فكرته ؟ قلنا أن الأشخاص ليسوا حتما طبيعيين ، بل أن ثمة جماعة من الأفراد أو مجموعة من الأموال ، تكون لها شخصية حقوقية قانونية تتمتع مبدئياً بما يتمتع به الأشخاص الطبيعيون من ميزات ، فهي في حقيقتها وماهيتها ليست شخصاً ماديا وانما تجريداً حقوقياً لا يدخل تحت الحس ، كما يدخل الانسان ، بل يتصور تصوراً . وربما كان نص القانون وافتراضه في نظر البعض هو وحده الأصل في هذا الاعتبار .

أما ان الشخص الاعتباري يكون جماعة من الناس — وهي بعد أقرب إلى الحس من الثانية (مجموعة من الأموال) — فان الشخص الاعتباري في هذا المعنى يستفاد من تجريد فكري يتمثل بكيان مستقل لعدد من الأفراد اجتمعوا

للعمل على تحقيق غرض معين ، فألفوا فيما بينهم كتلة مؤلفة في الأصل من كل واحد من أفرادها ، ولكنها تؤلف بمجموعها كياناً قائماً بذاته مستقلا عن أولئك الأفراد أو الأشخاص المكونين له . وقد يخرج هؤلاء ويدخلون في الهيكل أو قد يتبدلون تماماً وجميعاً ، ولكن هذا الهيكل يبقى هو نفسه لا يتغير . انه يؤلف شخصاً متميزاً عنهم ، له خصائص الشخصية وصفاتها ، التي تنفصل عن خصائص وصفات أفرادها ، فيكون له اسم وموطن وجنسية وعلى الأخص ذمة مالية مستقلة تتمثل في القضاء مستقلة عن ذمة هؤلاء الافراد ، ومن قبل ممثل للشخص الاعتباري ، من مدير أو رئيس لا يمثل نفسه ، في القضايا المتعلقة بالشخص الاعتباري وإنما يمثل هذا الشخص الاعتباري ويعمل بالاضافة اليه ، أشبه بالوكيل بالنسبة للشخص الطبيعي رغم الفارق بينهما كما سنرى .

والجماعات التي تؤلف على هذا الشكل قد تكون لغايات متنوعة منها ماينصب على الربح المادي والنفع المالي ، كالشركات ؛ ومنها مايكون لاهداف خيرية أو فنية أو علمية أو رياضية أو لمصلحة عامة ، دون غرض الربح ، كالطوائف الدينية والجمعيات الخيرية ؛ ولكنها مهما كانت غايتها تؤلف كياناً مستقلا وشخصاً اعتبارياً.

لاشك أن الصلة وثقى بين هذا الشخص الاعتباري وبين الأفراد المكونين له ، وقد تختلف قوة هذه الصلة باختلاف أنواع الاشخاص الاعتباريين ، ولكن الاستقلال تام والانفصال كامل من الناحية الحقوقية بين الكل والافراد ، لا تأثير للواحد على الآخر .

وأما ان الشخص الاعتباري هو مجموعة من الاموال ، فانه يتكون من رصد مبالغ معينة لغرض معين من الاغراض النافعة الخيرية أو العلمية أو الفنية الخ.. أو ذات النفع العام ، التي تؤلف كياناً مستقلا عن أشخاص المديرين لهذه المبالغ أو شخص الذي رصدها وقدمها ، وبالتالي تؤلف مؤسسة ذات شخصية متميزة عن

شخصية من أقامها ، وشخصية من كلف بادارتها لاتتأثر بموت أحدهما ، ولاتمتد اليها يد مالكها الاصلي أو مالكيها الاوليين أو ورثتهم بعد وفاتهم بتبديل أو تحوير ، وقد تكون لها أسباب انتهاء لاعلاقة لها بمقدمها أو مديرها كالمؤسسات الخاصة والوقف .

٤ — عناصر الشخص الاعتباري وأركانه

ومن تحليل هذا المفهوم العام للشخص الاعتباري يتضح انـــه يقوم على أركان ثلاثة:

الاول ، انه يمكن أن يتألف من مجموعة من الافراد أو جماعة من الناس (فيؤلف الجمعيات) أو من مجموعة من الاموال (فيكون المؤسسات) .

الثاني ، أن يكون هذا التكتل أو هذا الرصد لتحقيق غرض معين لايصح قيام الشخص الاعتباري بدونه .

والثالث ، أن يكون هذا القيام ضمن نطاق تنظيم معين ، سواء بنص القانون وسواء بصك أو اتفاق انشاء الشخص الاعتباري أو في نظامه .

على ان العناصر الاصلية التي ذكرناها والتي تعتبر اليوم من حيث المبدأ لازمة وكافية لتكوين الشخص الاعتباري لم تكن كذلك في الماضي ، بـل لعلها ليست كذلك بالنسبة لجميع أنواع الاشخاص الاعتبارية في مختلف الشرائع ، وإذا نحن درسنا وحللنا نص المادة ٥٤ من القانون المدني الجديد نستطيع أن نتبين قيمة هذه العناصر ومداها .

نصت المادة الرابعة والخمسون أن :

والاشخاص الاعتبارية هي :

١ — الدولة ، والمحافظات ، والبلديات بالشروط التي يحددها القانون والمؤسسات العامة وغيرها من المنشآت التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية .

٢ــ الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية .

٣ــ الاوقاف .

٤ــ الشركات التجارية والمدنية .

٥ــ الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقاً للاحكام التي ستأتي فيما بعد .

٦ــ كل مجموعة من الاشخاص أو الاموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص في القانون ».

ويتضح من هذا النص أنه بعد أن حاول تعداد كل ماهو معروف وموجود من الأشخاص الاعتبارية في الحقوق العامة والخاصة في الفقرات الخمس الاولى ، جاء في الفقرة السادسة فوضع ضابطاً عاما يدخل فيه جميع الانواع التي ذكرها في الفقرات الخمس السابقة ، وقد رغب بهذا النص كما أوضح في المذكرة الإيضاحية « ارشاد القضاء إلى هذا الضابط العام ليحول بينه وبين التوسع في الاعتراف بالشخصية الاعتبارية لجماعات قد لاتدخل في فريق وآخر من الفرق التي عني النص بسردها ومشيراً إلى أن الاعتراف بالشخصية الاعتبارية لصور أخرى من صور الأشخاص المعنوية يقتضي تدخل الشارع إذا اقتضت المصلحة تدخلا كهذا ».

ولقد أشرنا في استعراضنا لتاريخ التشريع المتعلق بالشخص الاعتباري كيف أن المشرع في بلادنا ، بل وفي أكثر البلاد الأخرى كفرنسة مثلاً ، كان غالباً مايعمد إلى التضييق في انشاء الأشخاص الاعتبارية والحد من نشاطها وتوسعها حتى الجأت ضرورة الحياة المشرعين والحكومات للاعتراف بالشخصية الحقوقية للأشخاص الاعتبارية ، وربما اضطرتهم في بعض الاحيان لتشجيعها وتأييدها .

ويصح أن نقول مع الفقهاء في العصر الحديث أن ثمة مبادىء يجب أن تسود الاحكام المتعلقة بوجود الشخصية الاعتبارية يمكن ارجاعها إلى أربعة :

١ — خلافاً للمبدأ القديم ، يجب أن لاتكون هناك قيود تحد من حرية انشاء الأشخاص الاعتبارية ونشاطها إلا ماتعلق بكيان الدولة وسيادتها .

٢ — على أنه يجب ألا تؤدي هذه الحرية إلى تصرف الاشخاص الاعتبارية باموال وافرة فتخرجها عن دولاب الحركة الاقتصادية ، وان السبيل للحيلولة دون هذا المحذور يمكن الوصول اليه بتحديد أهلية الاشخاص الاعتبارية ومدى تملكها .

٣ — يجب أن يكون للدولة حق الرقابة على الشخص الاعتباري كي لاينحرف عن الهدف الذي وجد لاجله ، وعن الغاية التي توخاها من تشكيله ، وكي لايسيء ممثلوه استعمال سلطتهم باسمه . وتكون الدولة في رقابتها هذه خير ضامن لتحقيق الاغراض الحقيقية من انشاء الشخص الاعتباري ، على أن لاتستعمل الدولة في دورها هذا الحق لاغراض سياسية أو حزبية في عرقلة النشاط المشروع للشخص الاعتباري بحيث تكون هناك ثمة ضمانة في هذه الرقابة .

٤ — وأخيراً لايمكن للشخص الاعتباري أن يمارس من خصائص وصفات الشخص الطبيعي مايتعلق بالوجود المادى والاجتماعي والعائلي لهذا الشخص الأخير .

وفيما عدا هذه المباديء يجب أن تقترب الاحكام الناظمة للشخص الاعتباري من الاحكام الناظمة للشخص الطبيعي سواء بسواء .

ولا بد لنا قبل أن نتناول بالدرس والتفصيل أنواع الاشخاص الاعتبارية المنصوص عنها في المادة ٥٤ ولاسيما الجمعيات والمؤسسات وأحكامها الموضحة في المواد التالية لهذه المادة ، وقبل أن نتناول كذلك التفريق بين أشخاص الحقوق العامة ، وأشخاص الحقوق الخاصه منها ، لا بد لنا أن نبحث في القواعد العامة والاحكام الأولية للشخص الاعتباري بوجه عام ، في طبيعته أولاً ، ثم في حالته المدنية ، أي في كل مايتعلق ببدء الشخص الاعتباري ونهايته ، ثم في صفاته وخصائصه ، على غرار مابحثناه في الشخص الطبيعي ، أي في موطنه وجنسيته ، وذمته المالية ،

وأهليته ، وتمثيله ، مما عنيت بذكره المادة ٥٥ من القانون المدني ، متوخية معه « ابراز فكرة التشخيص المعنوي بوصفها فكرة عامة ، لاتقتصر على حدود الشركات ، والجمعيات ، والمؤسسات ، بل يتناول أثرها نطاق القانون بأسره ، يستوي في ذلك مايكون منها خاصاً أو عاما »[1] وعلى اعتبار « ان خير تعريف عملي للشخص المعنوي يكون بعرض خصائصه الذاتية وهي خصائص يستعان بها للتفريق بين مجموعات الأشخاص والأموال التي توجد في حكم الواقع ونظيرها من المجموعات التي يعترف القانون بكيانها ، وتثبت لها صلاحية الوجوب ، لها أو عليها ، في الحدود اللازمة لمباشرة نشاطها ، فيكون شأنها في هذا شأن الاشخاص الطبيعيين »[1].

على أن هذا الاصل الذي أخذ به القانون المدني في نصوصه ، قد قيد مؤخراً عندنا بقيد أساسي جديد جاء به قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الصادر بقرار رئيس الجمهورية رقم ٩٣ لسنة ١٩٥٨ معلقاً وجود الشخص الاعتباري لها على موافقة الجهة الادارية على شهرها كما سنرى .

§ ٢ - الطبيعة الحقوقية للشخص الاعتباري

Nature jurdique de la personnalité morale

بعد أن أوضحنا فيما سبق مفهوم الشخص الاعتباري وفكرته ، وأكدنا أن أحداً لايشك اليوم بضرورة الاعتراف بهذه الاشخاص الحقوقية الاعتبارية إلى جانب الأشخاص الطبيعيين ، فانه يحسن بنا أن نستعرض بايجاز النظريات المختلفة التي قال بها الفقهاء ، والمذاهب المتضاربة التي قامت بينهم . حول الطبيعة الحقوقية للشخص الاعتباري ، ثم أن نرى ماهي النتائج والتقديرات العملية والتطبيقية لمختلف هذه النظريات.

---

(١) راجع المذكرة الايضاحية للمادة ٥٣ من القانون المدني المصري المقابلة للمادة ٥٥ من القانون المدني السوري .

وفي الواقع ، إذا كان المشرع والقضاء متفقين على أن جماعة من الناس — (من جمعيات أو شركات الخ) — أو مجموعـــة من الاموال — (من مؤسسات أو أوقاف الخ ...)— تؤلف أشخاصاً اعتبارية ، أي أشخاصاً حقوقيين لهم حقوق وعليهم واجبات ، كما هي الحال بالنسبة للأشخاص الطبيعيين ، فهل ان هذا القول قائم على واقع حقيقي ملموس ، كواقع الشخص الطبيعي المادي ، أم أنه مجرد صياغة قانونية أو اعتبار أو افتراض تشريعي للوصول الى تحقيق غاية قانونية وغرض مقصود من قيام الشخص الاعتباري فرضاً وتقديراً ، أم أن هناك أساساً آخر بـــين الافتراض والواقع ؟

وبتعبير آخر هل أن الشخص الاعتباري فرض حقوقي من خلق القـانون ، أم هو حقيقة واقعية لها من مقومات الشخص ما أوجب على المشرع أن يعترف بها اعترافاً ويعلنها اعلانا لا أن يخلقها خلقاً ؟.

بين هاتين الناحيتين اختلفت النظريات وقامت المذاهب حتى امتلأت فيها بطون الكتب والمجـــلات ، ويكاد يكون القسم الاعظم من مؤلف الاستاذ ميشو ، Michoud الذي أكمله الاستاذ تروتابا Trotabas انما يدور حول بحث واستعراض الآراء والنظريات المختلفة لهذه الطبيعة (١) .

والحقيقة أن اختلاف الآراء حول طبيعة الشخص الاعتباري كانت له قيمته وأهميته العلمية يوم كان نظام الاشخاص الاعتبارية مايزال يعد في أول مراحله ولم يستقر نهائياً في أذهان الناس والمشرعين . أما اليوم ، وبعـــد أن أصبح وجود الاشخاص الاعتبارية أمراً واقعاً لاشك فيه ، وبعد أن نظمت أكثر أحكام هـذا النوع من الاشخاص تنظيما وافياً واعترف بوجودها نهائياً فقد ضعفت قيمة هـذه الاختلافات الفقهية والنظرية من الناحية العملية ، ولكنها مع ذلك لم تفقد قيمتهـا

---

(١) راجع كتابه نظرية الشخصية المعنوية — Théorie de la personnalité mo rale ج ١ من ص ١٦ الى ٢٠٢ .

كلها ، لأن آثارها وما يستخلص منها من نتائج ولا سيما بالنسبة للحالة المدنية للشخص الاعتباري ، تختلف باختلاف اعتبار الطبيعة الحقوقية للشخص الاعتباري ، ولا سيما بالنسبة للمشرع نفسه وما يترتب عليه أن يتخذه من موقف حيال هـــذا الشخص الاعتباري .

ويدور الخلاف بين الناحيتين المختلفتين والنظريتين البارزتين : الاولى نظرية الفرض القـانوني ، والثانية نظرية الشخصية الحقيقية ، وبينهما نظرية وسطى هي نظرية الملكية المشتركة ثم نظرية الحقيقة القانونية .

وسنحاول أن نوجز فيما يأتي كل واحدة من هذه النظريات .

آ — **نظرية الفرض القانوني** Tnéorie de la fiction légale

تعتبر هذه النظرية أولى النظريات الفقهية التي حاولت أن تهتـدي إلى الطبيعة الحقوقية للشخص الاعتباري ، وهي نظرية مدرسية تقليدية تنسجم مع المذاهب الفردية التي سادت في أوائل القرن التاسع عشر (١) ، وتعتبر هذه المدرسة فرنسية رغم أن أول من قال بها الفقيه الالماني سافيني (٢) ، لان التشريع الفرنسي والفقهاء الفرنسيين طوال القرن التاسع عشر قد تبنوها وأخذوا بها.

وتقوم هـــذه النظرية على اعتبار أن الحق لا يتصور إلا لشخص له إرادة . وبالتالي لا يعتقدون بوجود شخص حقيقي غير الانسان والشخص الآدمي فقط . لان الإرادة لا تكون إلا للانسان ، وهو وحده الذي يستطيع في الاصل أن يتمتع بالحقوق ، وأن يكون طرفاً فيها ، غير أن الضرورات الاجتماعية والاقتصادية أوجبت الاعتراف بكيان مستقـل عن كيان الاشخاص الطبيعيـــين أعطاه القانون صفة الشخص الحقوقي بمجرد افتراض منه لا لوجود حقيقي ، وان

---

(١) راجع كولان وكابيتان ، المطول الابتدائي للحقوق المدنية ج١ ص٤٠٣ .

(٢) لقد اوضح سافيني Savigny رأيه في بيان هذا الافتراض في كتابـه « القانون الروماني » ج٢ ص٢٢٣ ومابعدها ، راجع كذلك ميشو ، المرجع السابق .

هذا الشخص الاعتباري مجرد خيال أو وهم خلقته ارادة الشارع واصبغت عليه الشخصية القانونية ، ولكن ليس له في الواقع اي وجود حقيقي أو اساس من الحقيقة . انه افتراض قصد به ، عن طريق التخيل والتصور ، ايجاد او خلق شخص قانوني قضت الضرورة بخلقه لكي يمكن أن يكون هذا الشخص الوهمي صاحب حق أو ملزماً بالواجبات ، كالاشخاص الطبيعيين ، وان هـذا التخيل والتصور ليس سوى وسيلة لاعطاء هـذا الكيان الوهمي حق التمتـع بالحقوق او الالتزام بالواجبات .

وبحسب هذه النظرية فان حقوق الشخص الاعتباري لايجوز ان تكون نفس حقوق الشخص الطبيعي . ومادام الشخص الاعتباري مجرد افتراض او وهم، فان وجوده كله متروك لارادة الشارع الذي خلقه ، والشارع يستطيع ان يقصر وجوده على نواح معينة او حقوق محدودة ، وان يحد من أهليته بالقد الذي يريد، بل أنه يستطيع سلبه الشخصية التي منّ عليه بها متى أراد ، وان يبدل افتراضه في أي وقت ، فتزول صفة الشخصيه القانونية عن الشخص الاعتباري ، وبتعبير آخر يصبح وجود الشخص الاعتباري وبقاؤه رهناً برغبة الشارع المطلقة .

وثمة نتائج كبيرة وهامة استخلصها الفقهاء من هذا الافتراض : منها مثلا مايتعلق بتمثيل الشخص الاعتباري فقالوا إن مثل هذا الشخص الاعتباري وهو شخص طبيعي يمثل الشخص الاعتباري في التصرفات والعمل اضافة اليه ، يعتبر نائباً عنه ، ولكن نيابته هذه قانونية وبحكم القانون ، ولايمكن ان يكون ممثلا اتفاقاً أو وكيلا مختاراً لان الشخص الاعتباري ليس بكائن ذي إرادة يستطيع أن يوكل ويختار ، وهذه نتيجة لها آثارها العملية .

ومنها كذلك مثلا أن الاعمال التى تصدر عن الشخص الطبيعي ، ولو كان ممثلا للشخص الاعتباري ، ويترتب عليها ضرر للغير ، فانها لايمكن ان تنسب الى هذا الشخص الاعتباري لانه افتراض ووهم ، وبالتالي لايكون هو مسؤولاً عن الاعمال الضارة مدنياً ، كما لا يكون مسؤولاً عن الجرائم جزائياً . . وتلك

نتيجة أخطر وأعظم من النتيجة السابقة .

إلى غير ذلك من النتائج ..

لذلك لم تكن هذه النظرية لتحل المشكلة كما انها لم تكن معقولة ولا موافقة للواقع والحقيقة ، فانتقدها الكثيرون ورفضوا قبولها [1] ، ولاسيما فقهاء الالمان في نظرياتهم المادية والاجتماعية .

وكان أول انتقاد نظري وجه اليها هو أن تعريف الحق بالقدرة الارادية ، وتعريف الأشخاص ، أطراف الحق ، بالكائن ذي الإرادة غير صحيح [2] ، لأن الشخص الطبيعي نفسه لا يكون دوما ذا إرادة وليس من يشك في أن الطفل أو المجنون شخص في نظر القانون .

أضف إلى ذلك اننا لو أردنا أن نأخذ بهذه النظرية ونعتبر ان الشخص الاعتباري وهم وخيال لاحقيقة له ولا وجود واقعي ، فان جميع الأموال العائدة له ليست في الحقيقة بملك أحد ، مادام صاحبها وهما وخيالاً ، وانها تصبح بالتالي أموالاً مباحة ، لا مالك حقيقي لها ، وربما كانت هذه النتيجة مرغوبا فيها ممن يريدون أن يجعلوا وجود الأشخاص الاعتبارية مرتبطاً بالدولة ومشيئتها ، بحيث تستطيع الدولة في هذه الحالة أن تضع يدها في كل وقت على أموال كل شخص اعتباري مادام الشخص وهماً ، ومادامت هذه الأموال ليست بملك أحد .

وأكثر مايرد على هذه النظرية من انتقادات انها لاتقبل التطبيق على أشخاص

---

(١) راجع الانتقادات الموجهة الى هذه النظرية في ميشو ، المرجع السابق ، القسم الاول نبذة ٨ ومابعدها (راجع كذلك دلفكيو ، دروس في فلسفة القانون ، الترجمة الفرنسية ١٩٣٦ ص ٢٦٢ ومابعدها .

(٢) راجع الدكتور شفيق شحاته ، النظرية العامة للحق ١٩٤٨ ـ ١٩٤٩ ص ١١٩ .

الحقوق العامة ، ولاسيما الدولة بمجموعها ، لان القول بانها افتراض ووهم يعني انه لا وجود حقيقي لها .

وهكذا بدت هذه النظرية أولية سطحية في تكوينها ، وغير كافية في عناصرها ومقوماتها ، كما هي غير صحيحة في نتائجها وآثارها ، مما حدا بالمذاهب الاجتماعية والمادية الى المناداة بنظرية معاكسة تماماً للنظرية الأولى وهي النظرية الآتية :

ب ـ نظرية الشخصية الحقيقية أو نظرية الوجود الواقعي

Théorie de la personnalité réelle ou dela réalité

لقد ذهب أصحاب هذه النظرية إلى القول إن الشخص الاعتبارى شخص حقيقي ، وحقيقة واقعية ، راهنة ، ذات وجود فعلي كالشخص الطبيعي ، وانها ليست مجرد افتراض قانوني قائم على الوهم والاعتبار . ويعلل القائلون بهذه النظرية مذهبهم هـذا ويؤكدونه بان الشخصية القانونية أو الحقوقية personnalité Juridique لكل من الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي واحدة من حيث حقيقة وجودها ، ومن حيث العنصر الأصلي والأول الذي يقوم عليه . ومع ذلك فان المدافعين عن هذا الرأي والقائلين بهـذا التعليل يذهبون مذهبين في إيضاحه وشرحه .

المذهب الاول — وهو مذهب كثير من الفقهاء الالمان [1] يقول أن الشخص الاعتباري كالشخص الطبيعي من حيث وجود شخصية حقوقية واحدة لهما ، لأن هـذه الشخصية الحقوقية لكل منهما تنعكس في السلطة الارادية التي

---

(١) يقول بهـذا الرأي جيرك Gierke وجلينيك Jellinek وزيتلمان من الالمان ، كما يقول به كذلك جركه ، ومستر Mestre من الفرنسيين ، راجع ميشو وتروتابا ، المرجع السابق ج ١ ، نبذة ٣١ ومابعدها .

تتجلى في كل منهما ، أو من حيث وجود هذه السلطة الإرادية ، فما من شك في أن قيمة الشخص الطبيعي من الناحية الحقوقية أو القانونية هي في قدرته على تقبل الحقوق والالتزام بالواجبات ، وفي سلطته على إجراء التصرفات بنفسه أو بواسطة غيره ، وان وجود الشخص الطبيعي حقيقة يستلزم وجود هذه السلطة الإرادية حكما وبالعكس ، فالوجود الحقيقي غير المختلف فيه للشخص الطبيعي هو — من الناحية الحقوقية والقانونية — في وجود هذه السلطة الإرادية لديه ، بحيث لو استطعنا أن نتصور انساناً أو شخصاً ليست له هذه السلطة لا بنفسه ولا بواسطة غيره — كما كان الأمر في مؤسسة الرق قديماً — لما كان هذا المخلوق شخصاً من الناحية القانونية .

وهذه السلطة الارادية نفسها موجودة فعلا عند الشخص الاعتباري ، بل ان وجودها هـذا قائم على اساس ان لها تكويناً وتركيباً حقيقياً واجتماعياً كتركيب الشخص الطبيعي مع الفارق بين صورة وأخرى . فالشخص الاعتباري يتألف من أعضاء ، كاعضاء الجسم في الشخص الطبيعي ، يمثلونه ويساعدونه في الحياة ، كيد الانسان ولسانه وسائر الاعضاء التي تنتج عنها نتائج حقوقية ، فممثلو الشخص الاعتباري ومديروه يعملون باسمه ، كما تعمل أعضاء الشخص الطبيعي لمصلحة هذا الشخص ، وفي بعض الاحيان يمثل الشخص الطبيعي أشخاصاً غيره ، وهكذا فان ارادة الممثلين للشخص الاعتباري ، كارادة الممثلين للشخص الطبيعي ليست هي ارادتهم الشخصية والفردية وإنما هي ارادة الشخص الذي يمثلونه ، وقد تختلف ارادتهم الشخصية او الفردية عنه كل الاختلاف . وهكذا فان الاعمال والتصرفات التي يأتيها هؤلاء الممثلون باسم الشخص الاعتباري لاتمثل ارادتهم . وإنما تمثل ارادته هو ، وبالتالي قد تكون سيئة النية او حسنتها ، وتترتب على ذلك جميع النتائج التي تترتب على ارادة الشخص في تصرفاته ، ولا تلحق الا الشخص الاعتباري دون الاشخاص الممثلين له .

واما المذهب الثاني ، فانه يرتكز في الاصل على نظرية ايهرنك في تعريف الحق بانه « مصلحة يحميها القانون او الحقوق » ليقول : مادامت المصلحة هي المحور الاساسي للحق وجوهره ، ومادام صاحب الحق او طرفة هو صاحب المصلحة او ذو العلاقة بها ، فاننا نلحظ ونلمس بشكل واضح ان الشخص الاعتباري يقوم على مصلحة متميزة وظاهرة ومحسوسة تجعل وجود الشخص الاعتباري المرتبط بها ذا كيان واقعي وحقوقي . وان المشرع ملزم بالاعتراف بالشخصية القانونية او الحقوقية للشخص الاعتباري مادامت هذه المصلحة موجود ومتميزة وليست افتراضية ولااعتبارية(١) .

وهـــذه النظرية في مذهبها قد انتقدت انتقادات قوية اقامت الشك في قبولها واضعفت من قيمتها .

ويكاد يكون الفقهاء متفقين ان هـــذه النظرة الموضوعية البحتة التي ينظرها اصحاب نظرية الوجود الحقيقي او الواقعي ، تبالغ كثيراً في تشبيه الاشخاص الاعتبارية بالاشخاص الطبيعيين ، سواء فيما يتعلق بحقيقة وجودها او فيما يتعلق بمدى حقوقها او سلطة المشرع عليها فالشخصية الاعتبارية ليست مصلحة متميزة ، لأن الحق كله ليس مصلحة يحميها القانون ، وانما هو علاقة تقوم بين طرفين وان المصلحة ليست عنصر الحـــق وقوامه ، وليست هي جوهرة وإنما هي غايته ، ونتيجته . واما كونهـا سلطة ارادية او ارادة مشتركة ومتميزة عن ارادة كل فرد من افراد الشخص الاعتباري ، فان امرها مشكوك فيه ايضاً ، وان فكرة الارادة المشتركة فكرة محدودة في ذاتها ، بل اننا لانستطيع ان نتصور ارادة (مشتركة ، او غير مشتركة) يمكن أن تصدر عن غير شخص الانسان الطبيعي الذي يستطيع وحده ان يعقل ويريد .

---

(١) وهذا هو راي « الاستاذ ميشو » الذي ينتهي اليه في مؤلفه ، المرجع السابق ، ٤٥ ومابعدها .

(٢) راجع سفيق شحاته ، النظرية العامة للحق . المرجع السابق ص ، ١٢٠ .

وهكذا تبدو النظريتان السابقتان غير متفق على صحة اي منهما ، وغير مطابقتين تماماً للواقع .

ج ـ نظرية الملكية المشتركة propriété collective

واراد بعض الفقهاء ان يوجد فكرة وسطية وان يتخلى عن فكرة التجريد او الافتراض او فكرة التشبيه ، وان يأخذ اموال الشخص الاعتبارى وملكيته لها ، ويقف عندها ، وعند صلات اعضاء الشخص الاعتباري بها .

ويرجع الفقهاء اصل هذه النظريةالى الفقيه الالماني ايهرنك[1] Jhring ، وقد قال بها بلانيول planiol وبرتلمي Berthélemy[2] .

واصحاب هذه النظرية ينكرون فكرة الوجود الحقيقي او الواقعى للشخص الاعتباري ، انهم ينكرون وجود هـــذا الشخص وشخصيته القانونية ، حتى عن طريق الافتراض والاعتبار بحسب النظرية الاولى ، ويقولون اننا اذا كنا واقعيين فعلا ، وحرصنا ان نفتش عن الحقيقة مجردة من الخيال ، فان كل مانجده في الشخصية الاعتبارية هو ان هناك مجموعة من الاموالاو الحقوق المالية مخصصة لغرض معين ، ولايوجد وراء هذه الاموال شخص تستند اليـــه الا الاشخاص الذين خصص هذا المال لمنفعتهم ، وان هؤلاء الاشخاص هم وحدهم اصحاب تلك الاموال [3] ، او بتعبير آخر انه ليس هناك في الحقيقة سوى نوع من الملكية المشتركة ذات الطابع الخاص التي تختلف عن الملكية الفردية من جهه والملكية الشائعةمن جهة اخرى ، بحيث يكون لهـــذا المال المشترك المملوك من مجموع

---

(١) في كتابه روح الحقوق الرومانية ج ٤ ص ٦٣٠ ، راجع عرض هذه النظريةو نقدها في دوكي Duguit ، ج ١ ص ٤٩٩ وما بعدها ، ودليفكوا ، المرجـع السابق ص ٢٦٤.

(٢) بلانيول وريبر ، الحقوق المدنية ، الطبعة السادسة ، ج ١ نبذة ٣٠٠٧ ومابعدها .

(٣) راجع الدكتو سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الثانية نبذة ٢٣٥ .

أفراد الشخص الاعتباري وضع خاص يجعل لكل واحد من أفراد هذا الشخص الاعتباري حق الاستفادة من هذه الأموال ، ولكن دون أن يستطيع أن ينفرد بالتعامل أو التصرف فيها ، كما هي الحال في الحق الفردي ، ودون أن يستطيع اقتسامها أو تحويلها أو التصرف فيها شائعة كما هي الحال في الملكية الشائعة co-propriété ، وإن التعامل بهذا النوع من الأموال إنما يكون عن طريق الاتفاق مع الآخرين بحيث يكون مجموع الأفراد المؤلفين للشخص الاعتباري مجتمعين أو بحسب نظامهم ، هم الذين يملكون متفاهمين ومجتمعين حق التعامل والتصرف . وهكذا يقول أصحاب هذه النظرية « وما دام لا يوجد شخص حقيقي وراء هذه الأموال غير مجموع الأفراد المكونين للشخص الاعتباري فلا حاجة للالتجاء إلى نظرية الفرض القانوني لافتراض وجود شخص تسند اليه تلك الحقوق ، بل الاولى ان نسلم بالامر الواقع ، وأن نعترف بوجود نوع جديد من الملكية هو الملكية المشتركة،ونرى في الجمعيات والشركات والمؤسسات مجموعة من المال خرجت من نظام الملكية الخاصة إلى نظام الملكية المشتركة وأن ننظمها على هذا الأساس أليس أقرب إلى الواقع أن نقول إن الملجأ أو المستشفى الخيري مثلا ، مملوك ملكيه مشتركة لجميع الفقراء ، من أن نرى فيه شخصاً حقيقياً لا يختلف عن الشخص الطبيعي في شيء ؟ أو ليس ذلك أجدر بنا من التحايل على الواقع بافتراض شخصية لا وجود لها »[1] .

غير أن هذه النظرية رغم محاولتها النظر إلى الموضوع نظرة واقعية موضوعية بحتة لم تكن موفقة في النتائج والحقائق التي وصلت اليها ، وبالتالي لم تسلم من الانتقاد ، ونستطيع أن نجمل الانتقادات التي وجهت اليها في أمرين بارزين الاول : انها لم تر في الشخص المعنوى أو الاعتباري إلا المال والناحية المالية .

---

(١) عن الدكتور شفيق شحاته ، المرجع السابق ص ١٢١ .

وإذا كان الشخص الاعتباري في كثير من الأحيان يتمتع بمالية ، أو تلعب المالية فيه دوراً هاماً ، إلا أنه ليس دوماً هذه المجموعة من الأموال أو المصالح . وكثيراً ما يتكشف عند تحليله عن مجموعة من الحقوق والواجبات ، كالجمعيات الخيرية مثلا . ثم ان الأموال نفسها ليست هي العنصر الأساسي في كيان الشخص الاعتباري ، وإنما هي في الواقع وسيلة لتحقيق غاية أساسية من أجلهـــا انشيء الشخص الاعتباري . بل ان كثيراً من الاشخاص الاعتبارية ، وأولهم الدولة والنقابات ، لم تؤسس مطلقاً لغرض مالي ، ولا قيمة للمال في وجودها إلا ثانوياً . ولعل الدولة وهي أهم هذه الأشخاص،لا يميزها بصفة أساسية إلا مالها من حقوق السلطة العامة ؛ وما تسعى اليه من أغراض غير مادية ، بل ما أكثر الجمعيـات اللامادية من عملية أو فنيه أو أدبية التي لا يلعب المال في وجودها أي دور ، لأنها تسعى لتحقيق أغراضها بوسائل غير مادية .

والمأخذ الثاني : انه حتى بفرض النظر إلى الناحية المالية فقط ، وافتراض أن موضوع الشخص الاعتباري قاصر على ملكية المال بصورة مشتركة ، فان هذا التصوير يصطدم مع امكان تصور المالكين المشتركين ، وصحة تحديدهم وحصرهم ، فالفقراء بالنسبة للملجأ ، والمرضي بالنسبة للمستشفى ، كما يتمسك أصحاب هذه النظرية ، لا يمكن أن يكونوا مالكين مشتركا لمنافع الملجأ والمستشفى حين يدخل اليه كل واحد منهم ، ثم تنتهي هذه الملكية حين يخرجون منه ، وإذا كانت لا تنتهي فهل تواصل الاستمرار والبقاء في الخيـال وبشكل غريب ؟ بل ماذا نقول بالنسبة للدولة ومرافقها ؟ فاذا قلنا إن جميـــع الرعايا المواطنين يعتبرون مالكين مشتركين ، فماذا نقول عن الاجانب الذين يقيمون في البلاد أو يمرون بها وينتفعون من مرافقها بحكم القانون ، كما ينتفع ابناؤها؟ إن جميع مؤسسات الدولة العامة ينتفع بهـا المواطن والأجنبي على السواء ، أي إن المالكين المشتركين المزعومين لا يمكن أن يقبلوا التحديد أو الحصر .

وهكذا لم تجد هذه النظرية التأييد والرواج اللذين كانت ترجوهما .

د ـ نظرية الحقيقة القانونية Réalité juridique

ويحاول بعض الفقهاء أن يجدوا حلا وسطاً بين نظرية الفرض القانوني والحقيقة الواقعية دون الوقوف عند الناحية المادية أو الملكية المشتركة ، ليقولوا إن « الرأي الصحيح هو أن الشخصية الاعتبارية حقيقة قانونية ، فلا يكون هناك شخص اعتباري إلا إذا كانت هناك هيئة من الهيئات أو مشروع من المشروعات قد استوى نظاماً قانونياً قائماً بذاته فمنحه المشرع لذلك الشخصية القانونية (١) » .

بمعنى أن المشرع يلزم بالاعتراف بالشخصية الاعتبارية بقدر ماهي ضرورة اجتماعية وإنه يعترف بها بالفعل فتصبح حقيقة قانونية لامجرد فرض أو خيال . وبتعبير آخر فان « مقتضى هذا الرأي أن المشرع هو الذي يمنح الشخصية القانونية لمن تتوافر فيه شروطها لأنه ليس هناك شخص اعتباري بطبيعته ، على أن المشرع لايمنح الشخصية القانونية اعتباطاً ، إنما تفترض الشخصية قيام نظام قانوني مستوف لشرائطه وأركانه ، ومن ثم فان المشرع لايستطيع أن يمنح الشخصية القانونية لمن يشاء ومتى شاء ، إنما يمنحها لمن يستحقها من الهيئات والمشروعات متى كان لها كيان قانوني مستقر ، ثم إنه لايستطيع أن يسلب الهيئة التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية صفتها هذه إلا إذا خرجت هذه الهيئة عن أن تكون نظاماً قانونياً مستوفياً لشرائطه » هذا إلى أن الحقوق التي يتمتع بها الشخص الاعتباري إن لم تكن الحقوق التي يتمتع بها فعلا الشخص الطبيعي ، فهي تكون حتما تلك الحقوق التي تحقق الغرض الذي من أجله قام الشخص الاعتباري لا الحقوق التي يحددها هذا المشروع وفقاً لما يراه .

« وإذا استوفي النظام القانوني شرائطه ولم يمنحه المشرع الشخصية القانونية فانه

---

(١) عن الدكتور شفيق شحاته ، المرجع السابق ، ص ١٢١ .

لن يعتبر شخصاً من أشخاص القانون، لأن الشخص الاعتباري وان لم يكن فرضاً قانونياً ، فهو حقيقة قانونية ، ولا يتحقق له وجود إلا إذا أقر القانون وجوده ، وإذا اتفق الأفراد على تكوين جمعية ، أو قرر أحد الأشخاص إنشاء مؤسسة فان الشخصية الاعتبارية لن تكون وليدة ذلك الاتفاق أو تلك الارادة الفردية ، إنما الشخصية القانونية تنشأ في جميع الأحوال بحكم القانون ، ذلك أنه ليس في وسع الأفراد أن يستحدثوا في عالم القانون أشخاصاً فيترتب على ذلك من الآثار مايتجاوز نطاق اتفاقاتهم الفردية [1] » .

ومن القائلين بهذا الرأي والمؤكدين أنه هو الرأي الصحيح الدكتور شفيق شحاته وغيره من المؤلفين المصريين [2] وهم يؤكدون أن هـذا الرأي هو الذي أخذ به فعلا القانون المدني الجديد عندما عدد على سبيل الحصر في المادة ٥٤ (٥٢ مصري) أنواع الأشخاص الاعتبارية — حصراً — ولم يقر لغيرهـــا بالشخصية الاعتبارية إلا إذا وجد نص خاص يثبت لها تلك الشخصية . وهذه ناحية هامـة ونتيجة رئيسية من نتائج هذه النظرية .

على أننا نعتقد أن هـــذا الرأي أقرب إلى النظرية الأولى ، نظرية الفرض القانوني . لأن حصر الشخصية الاعتبارية بالأشكال والأنواع التي ينص عليها القانون معناه تقييد وجود الأشخاص الاعتبارية برأي الشارع الذي يحق له منح الشخصية أو حجبها لا استناداً إلى واقع وإنما استناداً إلى تقدير منه ، وإذا كان هـذا التقدير بحسب هذه النظرية يقوم على ضرورات اجتماعية ملجئة حملت المشـرع أن يؤكد وجود بعض أنواع الأشخاص الاعتبارية التي عددها ، معترفا بالتـالي بوجودها ، فان هذه الضرورات الاجتماعية تقف عند هذا الحد ، بحيث لو اضطرت الحياة إلى وجود أنواع أخرى غير التي ذكرها القانون لوجب لها تدخل الشارع من جديد

---

(١) الدكتور شفيق شحاته ، المرجع السابق .

(٢) راجع مثلا الدكتور عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، نبذة ١٧ .

وعدم الاعتراف بوجودها حقيقة قبل ذلك ، على أن هذا التدخل يبقى قاصراً على الانشاء بالنسبة لوجود الشخص الاعتباري ، وليست له نفس الآثار التي لنظرية الفرض القانوني بالنسبة للانتهاء أو لأداء الوظائف .

ونستطيع أن نؤكد انه بعد أن صدر قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة بقرار رئيس الجمهورية رقم٩٣ لسنة ١٩٥٨ معلقاً وجودهذه الأشخاص وإنشاءها على وجوب شهرها من قبل الجهة الادارية المختصة بالشروط والقيود المذكورة في هذا القانون وفي اللائحة التنفيذية له ، مايجعل مذهب التشريع في بلادنا أقرب فعلا إلى نظرية الفرض القانوني منه إلى أية نظرية أخرى خلافا لما أقره القانون المدني ، الذي جعل نشوء الشخص الاعتباري بمجرد توافر اسبابه غير المعلقة على ارادة السلطة ومشيئتها بما يقرب من النظرية الأخيرة .

هـ – تقدير هذه النظريات والآراء المختلفة والنتائج العملية التي تنتج عنها.

ومهما يكن من أمر هذه الآراء والنظريات فاننا نلاحظ ان في كل منها قسطاً من الحقيقة او نصيباً من الواقع ، بقدر ما تكون بعض نتائجها وآثارا متصادمة ومتعارضة تماماً ، وبطبيعة الحال ،مع بعض نتائج وآثار النظريات الاخرى .

ويذكر الاستاذ دوكي Duguit ، [1] في استعراض هذه النظريات انها بحسب اتجاهاتها المختلفة سادت كل واحدة منها في العصر الذي تلائم نوع الحكم فيه . وهكذا مثلا سادت نظرية الفرض القانوني في العصور التي تسيطر فيها الحكومة او تستبد ، فتجعل انشاء الشخص الاعتباري وزواله ، وطريقة اداء وظائفه ، تجعل كل منها منوطاً بأمرها وادارتها ، ولذلك لاقت مبادىء هذه الطريقة رواجاً وتطبيقاً في عهد الامبراطورية الرومانية ، وعهد الملكية المطلقة ، والعهود الاستبدادية بوجه عام .

ويقول الدكتور مرقس « ان هذه النظرية تصدق على المؤسسات اكثر

---

(١) في كتابه مطول الحقوق الدستورية ، ج ١ ص ٤٨٤ وما بعدها .

من غيرها ، اذ ليس في المؤسسات اشخاص يمكن تعيينهم تعيناً دقيقاً ، لاسناد الملكية المشتركة اليهم - حسب نظرية الملكية المشتركة - كما لايمكن أن ينتج عن احتكاك آرائهم رأي مستقل يعتبر هو رأي المؤسسة ، فلا يصدق اعتبارها شخصاً حقيقياً ولا يصح وصفها بأنها ملكية مشتركة ، ولاغنى اذن عن الالتجاء في شأنها الى نظرية الفرض القانوني » (١) .

على العكس من النظرية الثانية نظرية الوجور الواقعي او الحقيقي ، فقد كان ظهورها بمثابة رد فعل ضد الحكم المطلق وذلك لسلب السلطة العامة السيطرة على انشاء الاشخاص الاعتبارية وبقائها ، ولذلك راجت بصورة خاصة عند فقهاء الحقوق العامة ، ولاسيما في الشطر الاخير من القرن التاسع عشر ، لملاءمتها لروح العصر .

ويقول الدكتور مرقس (٢) : « ان نظرية الشخص الحقيقي اكثر انطباقاً على الجمعيات ، لأن الجمعية ليس عنصرها الاساسي المال ، وانما الغرض الذى تألفت لتحقيقه ؛ ولأن الاشخاص الذين تألفت منهم ليسوا — دوماً — معينين حتى يمكن ان تسند اليهم ملكية مشتركة ، ولأن احتكاك آرائهم ينتج فعلا رأياً قد يكون مغايراً لرأي كل واحد منهم ، مما يدل على ان للجماعة ارادة غير ارادة كل واحد من اعضائها » .

وتعتبر النظرية الثالثة نظرية الملكية المشتركة نتيجة المذاهب المادية الاشتراكية ضد المذاهب الفردية ، لتنمية الثروة دون اضعاف السلطة العامة او سيطرة الحكومة والقضاء عليها نهائياً ، كما تنتهي الى ذلك نظرية الوجود الواقعي ، وبالوقت ذاته دون تخويل هذه السلطة العامة او الحكومة السيطرة التامة المطلقة على تلك المصالح المشتركة كما تصل الى ذلك النظرية الاولى .

---

(١) المدخل الى العلوم القانونية ، المرجع السابق ص ٣٧٦ .
(٢) المرجع السابق ص ٣٧٦ .

ويقول الدكتور مرقس[1] » ان نظرية الملكية المشتركة اقرب الى تصوير الواقع فيما يتعلق بالشركات لان المال المشترك عنصر أساسي فيها ، ولان الغرض منها هو تنمية ذلك المال ، ولان الاشخاص الذين تستند اليهم ملكية هـــذا المال المشترك يمكن حصرهم » .

واما النظرية الاخيرة نظرية الحقيقة القانونية التي يجعلها بعض المؤلفين نظرية القانون المدني الجديد قبل صدور قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الاخير ، فانها — كما ذكرنا — اقرب إلى نظرية الفرض القانوني من حيث انشاء الشخص الاعتباري واداؤه لوظائفه ، وهذه النظرية في ذاتها قـــد تكون عاملا في التخفيف من قسوة كل من النظرتين فاذا ماأخذنا بهـــا استطعنا ان نجمع بين محاسن النظرتين المذكورتين .

الا ان صدور قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة المشار اليه قـد عاد بنا الى التشريعات المضيقة لانشاء الشخص الاعتباري وتعليق وجوده على ارادة السلطة الى حد ما .

★ ★ ★

---

(١) المرجـع السابق ص ٣٧٥ .

المبحث الثاني

الحالة المدنية للشخص الاعتباري وخصائصه

ان مفهوم الشخص الاعتباري وطبيعته يجعلان من هذا الشخص كائناً خاصاً يختلف في تكونه وحياته عن الشخص الطبيعي ، ولكنه مع ذلك يشابهه في كثير من الامور والاحوال ولاسيما من الناحية القانونية .

وقد نص قانوننا المدني في المادة ٥٥ على الخصائص والميزات التي يتمتع بها الشخص الاعتباري مع الاشارة الى اختلافه عن الشخص الطبيعي فيما هو لازم لصفة الانسان الطبيعية فقال :

« ١ — الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق ، الا ما كان منها ملازماً لصفة الانسان الطبيعية وذلك في الحدود التي قررها القانون . . . »

وبذلك يكون قانوننا المدني قد ساوى مبدئياً بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي ، شأن التشريعات الحديثة ، من حيث التمتع بجميع الحقوق مستثنياً من ذلك مايلازم صفة الانسان الطبيعية ، كحقوق الجنس ، والاسرة أو القرابة ، والأصل والدين الخ . . . من جهة ، والقيود التي يفرضها القانون على الشخص الاعتباري في الأهلية والتصرف من جهة أخرى ، كما سنفصله في بحثوثنا المقبلة .

وقد تابع القانون المدني في الفقرتين ٢،٣ من المادة ٥٥ معدداً الخصائص الرئيسية ، أو على حد تعبير المذكرة الايضاحية « الخصائص الذاتية » ، للشخص الاعتباري في حالته المدنية فقال :

« ٢ ـ فيكون له (أي للشخص الاعتباري) :

أ ـ ذمة مالية مستقلة .

ب ـ أهلية في الحدود التي يعينها سند أنشائه ، والتي يقررها القانون .

ج ـ حق التقاضي .

د ـ موطن مستقل ...

٣ ـ ويكون له نائب يعبر عن ارادته » .

ولا نعتقد ان هذه الخصائص التي اوردها القانون في النص حصرية ومحدودة، بعـــد الاطلاق الذي ورد في الفقرة الاولى من حيث تشابه الخصائص بين الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري ، مع استثناء ما هو ملازم لصفة الانسان الطبيعيه ، وانما نعتقد ان تعدادها وذكرها جاء للتأكيد والاظهار . ولذلك فاننا نرى قبل أن نبدأ في بحث هذه الفقرات وتفصيلها . ان نتبـع في بحث الحالة المدنيـة للشخص الاعتباري نفس الترتيب الذي اتبعناه في بحث خصائص الشخص الطبيعي وحالته المدنيـة ، أي أن نتناول في فصول متتابعة البحث في بدء الشخص الاعتباري ، ونهايته ، وجنسيته ، واسمه ، وموطنه ، وذمته المالية ، وأهليته .

§ ١ — بدء الشخص الاعتباري

اذا كان الشخص الطبيعي يبدأ كما رأينا وفقاً لنص المـادة ٣١ من القانون المدني بتمام ولادته حيـاً ، فان الشخص الاعتباري الذي يختلف في تكوينه عن الشخص الطبيعي يختلف عنه بطبيعة الأمر في ابتدائه وميلاده .

ويفضل كثير من المؤلفين ـ كما فعل المشرع نفسه في قانوننا المدني ـ أن يجعلوا بحث بدء الشخصية الاعتبارية متعلقاً ببحث كل نوع من انواع الأشخاص الاعتبارية المتعددة ، وتابعـاً لها ، لان لـكل نوع منها وضعاً خاصاً ، وشروطا خاصة به ، مما يجعل تحديد الشخصية مختلفا باختلاف هذه الانواع .

واذا كان هذا المذهب حقيقا ومتفقا مع الواقع ، فاننا مع ذلك نستطيع ان نذكر ثمة مبادىء عامة لتحديد بدء الشخصية الاعتبارية بوجه عام ، مبادىء لابد من توافرها في كل الاشخاص الاعتبارية ، على ان يكون لكل نوع منها أحكامه الخاصة ، وقواعده المتميزة ، كما سنفصل ذلك عند بحث هذه الأنواع.

ولقد اوضحنا فيما سبق ان وجود الشخص الاعتباري وكيانه يتوقف على تحقق عناصره ومقوماته وهي : اولا وجود جماعة من الناس او مجموعة من الاموال ، وثانياً ان تكون هذه الجماعة قد اجتمعت ، او تكون هذه لمجموعة قد انشئت ، لتحقيق غرض او هدف معين ، وثالثاً ان تكون هذه لجماعة او المجموعة مما يعترف لها القانون بالشخصية الاعتبارية .

وبالاستناد الى هذه الاسس والمقومات يمكننا ان نقول ان الشخصية الاعتبارية تعتبر قد وجدت ، او على سبيل التشبيه قد تمت ولادتها حية ، وبالتالي ابتدأت قانوناً من اللحظة التي تجتمع فيها هذه العناصر الثلاثة الاساسية المكونة لها . ولايكفي لتعتبر مبتدئة أن تتحقق بعض هذه العناصر تباعاً . اذ قد يتأخر بعضها عن البعض الآخر وقتاً ما ، ويصح ان نقول ان تحقق آخر عنصر مع قيام العناصر الباقية يعتبر مبدأ للشخصية الاعتبارية ، وبمثابة انفصال المولود عن امه حياً .

ولعل اهم ما يستوقفنا من هذا البحث في تحديد بدء الشخص الاعتباري هو العنصر الثالث من مقومات هذا الشخص وعناصره وهو المتعلق بوجود نظام خاص اوجبه القانون لكل شخص اعتباري ، وان يكن يختلف هذا النظام من نوع الى آخر ، ولاسيما استيفاء النظام المشار اليه جميع المراسم والشروط اللازمة له قانوناً .

ومما لاشك فيه ان النظام الخاص بالنسبة لكل نوع من انواع الاشخاص الاعتبارية هو صك مكتوب ، سواء كان صكاً عادياً او سنداً رسمياً ، ولكن هل تعتبر كتابة الصك نفسه ، ولحظة هذه الكتابة ، هي بدء ولادة الشخص

الاعتباري أم أن هنالك ثمة شروطاً ومراسيم لابد من توافرها لتتم هذه الولادة ؟

لقد اختلف الحكم القانوني في ذلك باختلاف التشريعات في الزمان وفي المكان تبعاً لفكرة التضييق أو التوسع في إيجاد الأشخاص الاعتبارية . فبينما كانت أكثر التشريعات القديمة ، بل وبعض التشريعات الحالية حتى اليوم ، التي لاترى التوسع والاطلاق في أبحاث الأشخاص الاعتبارية ، دونما رقابة مباشرة وتامة عليها ، تشترط لوجود الشخص الاعتباري وبدئه قانوناً — ولا سيما فيما يتعلق باشخاص الحقوق ذات الفعاليات العامة ، ناهيك عن أشخاص الحقوق العامة — وجوب اجازة السلطات أو ترخيصها أو موافقتها ، فضلا عن وجوب تسجيل سند الانشاء في سجل خاص ووفق أصوله الخاصة (١) ، نجد على العكس من ذلك أن بعض التشريعات الحديثة ، ومنها القانون المدني الذي أخذ بمبدأ الحرية في إيجاد الشخص الاعتباري لم تشترط بوجه عام مثل هذا الشرط ، إنما اكتفت لاعتبار الشخص الاعتباري موجوداً قانوناً مجرد تنظيم سند الانشاء الذي أوجبه القانون وتوقيعه أصولاً . أما اعلام السلطات الادارية ، أو اخبار المراجع المختصة عن قيام الشخص الاعتباري بحسب نوعه وطبيعته أو شهره من قبل السلطة الادارية أو تسجيله الخ .. ، لايعتبر هو بدء الشخصية الاعتبارية ، على الأقل بالنسبة للمؤسسين والأعضاء .

وهكذا مثلاً قد نص قانوننا المدني في المادة ٦٠ فقرة أولى أنه :

« تثبت الشخصية الاعتبارية للجمعية بمجرد إنشائها » .

وذلك فيما إذا تم هذا الانشاء وفق المادة ٥٧ من هذا القانون أي بمجرد أن يوضع لها نظام مكتوب موقع عليه من الأعضاء المؤسسين حاوياً على البيانات التي حددتها المادة ٥٧ المذكورة . دون حاجة إلى أي تسجيل أو ترخيص .

---

(١) كما كان الأمر في التشريع العثماني السابق ، أو كما هو الأمر اليوم التشريع البرازيلي مثلا (المادة ١٨ من القانون البرازيلي) الخ ... وربما أمكن ان نذكر هنا كذلك قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة عندنا رقم ٩٣ لسنة ١٩٥٨ .

ومثل ذلك بالنسبة للمؤسسة التي يكون إنشائها قانوناً بمجرد تنظيم سند رسمي أو وصية ، كدستور للمؤسسة يشتمل على البيانات التي نصت عليها في المادة ٧٢ القانون المدني .

ونستطيع كذلك أن نذكر في التطبيق الشركات ـ مدنية كانت أم تجارية ـ فالشركات المدنية تعتبر موجودة ومبتدئة الشخصية الاعتبارية بمجرد تكوينها شريطة أن تكون منشأة بعقد مكتوب (المادتان ٤٧٤ و ٤٧٥ مدني) ومثلها الشركات التجارية (فيما عدا الشركات المساهمة) التي تبدأ شخصيتها الاعتبارية بالعقد المكتوب الذي أوجبه القانون لإثباتها ، وهي مايطلق عليه وثائق التأسيس (المواد ٥٦ و ٥٧ و ٦٠ من قانون التجارة) .

وإذا كان هذا هو الأصل في القانون المدني فيما يتعلق في بدء الشخص الاعتباري ، فان هذا الأصل قد الغي بقرار رئيس الجمهورية الصادر بالقانون رقم ٩٣ لسنة ٥٨ بما يتفق والقانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ في مصر والذي قضى بالغاء المواد ٥٦ إلى ٨٢ من القانون المدني السوري . وقد نص هذا القانون أنه : « وتثبت الشخصية الاعتبارية للجمعية (ومثل ذلك بالنسبة للمؤسسة كما نصت على ذلك المادة ٦١ من هذا القانون) إلا إذا شهر نظامها وفقاً لأحكام هذا القانون » وجعل شهر النظام بمجرد قيده في سجل خاص من قبل الجهة الادارية التي تملك إجراء هذا القيد أو رفضه بحيث يكون بدء الشخصية الاعتبارية للجمعية متوقفاً فعلا على موافقة الادارة التي من حقها أن تقوم باجراء الشهر خلال ستين يوماً خلافاً لحكم القانون المدني .

هذا إلى جانب عدد آخر من القيود التشريعية بالنسبة لبعض أنواع الأشخاص الاعتبارية الأخرى ، اقتضتها ضرورات الحياة ، ولا سيما الاقتصادية أو الأخلاقية منها ، كالشركات المساهمة مثلا ، فقد نص قانون التجارة (المواد ١٠٢ وما بعدها) إن مثل هذه الشركات لاتعتبر موجودة ومؤسسة ـ وبالتالي فان شخصيتها لا تبدأ ـ إلا إذا صدر ترخيص بتأسيسها . ويكون هذا الترخيص بمرسوم . بحيث

لايكون صك التأسيس ، من عقد مكتوب ونظام اساسي للشركة موقع من المؤسسين ، كافيا لانشاء الشركة وابتداء شخصيتها ، اذ لا تبدأ هذه الشخصية الا من اللحظة التي يصدر فيها المرسوم الذي يرخص بتأسيسها .

وهكذا يتضح ان تشريعنا الحاضر ، خلافا للقانون المدني الاصلي وخلاف التشريع الحديث في أكثر البلاد (١) جعل الاصل في بدء الشخصية الاعتبارية لامجرد تأسيس الشخص الاعتباري بصك مكتوب ومن اللحظة التي يتم فيها الانشاء ، وانما من تحقق بعض الشروط الرسمية التي ترجع لارادة السلطة أو موافقتها ، شاملا بذلك الجمعيات والمؤسسات والشركات المساهمة ، ولا سيما أشخاص الحقوق العامة التي اشترط القانون لوجودها منحها الشخصية الاعتبارية بنص تشريعي . ولعل من ابرز الحالات التي تشذ عن هذا الاصل العام وأهمها الدولة نفسها التي وجدت شخصيتها وابتدأت دون صك في الاصل ، ودون ما اتفاق ، والتي تستمد شخصيتها من طبيعة وجودها وضرورتها (٢) .

على انه إذا كان الاصل بالنسبة للقانون المدني وأكثر التشريعات الحديثة ان بدء الشخصية للاشخاص الاعتبارية يكون بمجرد انشاء وتنظيم سند الانشاء وتوقيعه ، فان الاصل كذلك ان كيان الشخص الاعتبارى ، وبالتالي ولادته ووجوده ، لايحتج به قبل الغير ـ اي تجاه الاشخاص الاخرين غير المؤسسين أو الاعضاء الموقعين ـ ولا يكون له مفعول بحق الغير ، الا بعد اتمام معاملات الشهر أو الاعلان ، وفي بعض الاحيان بعد التسجيل في سجل خاص ، كما يتطلبه القانون ، بحيث لايكون للاشخاص الاعتبارية التي لم يتم شهرها أو تسجيلها

---

(١) راجع المقاومة التشريعية وللتشريعات المختلفة فيما يتعلق ببدء الشخص الاعتباري في رسالة الدكتور ماجد الحلواني ، الشخصية الاعتبارية في الحقوق المدنية السورية ، رسالة دكتوراه باريس ١٩٥١ ص ١٥٨ و ١٥٩

(١) راجع الدكتور مرقس ، المرجع السابق نبذة ٢٢٤ مكرر ص ٣٤٨ .

وفق القانون وجود خارجي يحتج به على الغير ، حتى ولو كان لها وجود داخلي بين أعضائها بالنسبة لبعض القوانين ، وذلك حماية لهذا الغير . ويبقى وجود هذه الاشخاص الأعتبارية غير المستوفية لشروط الشهر (الاعلان) أو التسجيل ، قاصراً على أعضائها أو مؤسسيها ، بالنسبة للتشريعات التي تقر بدء الشخص الاعتباري ووجوده بمجرد الانشاء .

وإذا كان هذا الحكم قد وضع لمصلحه الغير وحمايته ، فان ذلك لايمنع هذا الغير ـ إذا كانت له مصلحة أو حقوق ـ ان يحتج هو بوجود الشخص الاعتباري فعلا ، ويقبل به ، بل وأن يثبت هذا الوجود بسائر وسائل الاثبات . لأن ما وضع من الاحكام لحماية اشخاص الغير لايجوز أن يكون سبباً في الاضرار بهم .

اما بعد القانون الأخير الصادر بالقرار بقانون رقم ٩٣ المشار اليه فان أحداً لايستطيع أن يحتج بوجود الشخص الاعتباري وبدئه ما لم يكن قد شهر من السلطة الادارية وفق احكام القانون المذكور .

§ ٢ — انتهاء الشخصية الاعتبارية

اذا كانت هناك ثمة فروق ، أو كان هناك بعض الاختلاف في بدء الشخص الاعتباري باختلاف انواع الأشخاص الاعتبارية ، فان ذلك يكاد يكون أشد وأظهر فيما يتعلق بانتهاء الشخصية الاعتبارية وانقضاء الشخص الاعتباري ، بحيث لانستطيع القول ان هناك اسباباً واحدة لانتهاء الشخصية الاعتبارية تخضع لها جميع الأشخاص الاعتبارية من اشخاص الحقوق العامة وأشخاص الحقوق الخاصة ، بل حتى بالنسبة لاشخاص الحقوق الخاصة نفسها ، فان هذه الاسباب متنوعه متعددة تبعاً لتنوع الاشخاص الاعتبارية وأحوالها . وقد اورد القانون نصوصاً خاصة بالنسبة لكل نوع منها .

على اننا قد نستطيع ان نعدد هنا أبرز الحالات التي تؤدي الى انتهاء الشخصية الاعتبارية وزوال الشخص الاعتباري بوجه عام .

الاصل الذي لاشك فيه ولاخلاف ، ان الشخصية الاعتبارية تبقى ملازمة للشخص الاعتبارى ما دام هذا الشخص موجوداً قانوناً ، وتزول بزواله وانتهائه .

غير انه من الممكن ان تمتد هذه الشخصية حكماً بعد انتهاء الشخص الاعتباري وذلك المدة اللازمة لتصفية علاقاته ، أشبه تماماً بامتداد شخصية الانسان الطبيعي بعد وفاته حتى تصفية تركته .

بقي أن نذكر متى ينتهي الشخص الاعتباري وما هي الحالات التي يزول فيها وجوده ؟

بوجه عام ، يمكن القول انه في كل مرة يفقد فيها الشخص الاعتباري واحداً من عناصره ومقوماته الاصلية التي تعتبر لازمة لوجوده [1] ، في ذلك الوقت تنتهي شخصيته الاعتبارية .

فاذا كان اول هذه العناصر وجود جماعة من الناس أو مجموعة من الاموال ، فان زوال تلك الجماعة تماماً أو انقراض هذه الاموال بالكلية يؤدي حتماً الى انتهاء الشخص والشخصية الاعتبارية .

واذا كان العنصر الثاني من مقومات الشخص الاعتباري وجود هدف معين ، أو غرض محدد ، للشخص الاعتباري ، فان زوال هذا الغرض او الهدف كذلك ، أو فقانه بسبب من الاسباب ، يؤدي الى زوال الشخص وانقضاء الشخصية .

ويمكن أن نمثل على ذلك بالنسبة للشركات ما جاء في قانوننا المدني مثلا (المادة ٤٩٥) من ان هلاك جميع مال الشركة أو جزء كبير منه بحيث لايبقى فائدة من استمرارها يؤدي الى انقضاء الشركة وانتهاء شخصيتها .

وأخيراً اذا كان بين مقومات الشخص الاعتباري ضرورة اعتراف القانون

---

(١) راجع ماسبق ص ١٩٥ .

له بالشخصية الاعتبارية فان زوال هذا الاعتراف ، او سحبه من قبل المشرع ، ينهي كذلك حياة الشخص الاعتباري كما هي الحالة بوجه عام في اشخاص الحقوق العامة وكما اضحت القاعدة اليوم عندنا بعد صدور قانون الجمعيات بالقرار بقانون رقم ٩٣ السابق الذكر .

في كل هذه الاحوال تنتهي الشخصية الاعتبارية بزوال أو ففدان عنصر من العناصر المقومة للشخص الاعتباري . وقد شبه بعض الاساتذة المؤلفين هذا الوضع بانتهاء الشخص الاعتباري ، بالموت عند الشخص الطبيعي موتاً طبيعياً .

والى جانب هذه الحالة العامة فان هناك حالات عارضة يمكن أن ينتهي معها الشخص الاعتباري ، مردها ارادة جميع أعضاء الشخص الاعتباري أو بعضهم بالنسبة لاشخاص الحقوق الخاصة ، وارادة المشرع بالنسبة لاشخاص الحقوق العامة .

فاتفاق جميع الشركاء في الشركة ، او اكثريتهم في بعضها ، او اتفاق الهيئة العامة في الجمعية ، او ارادة منشىء المؤسسة أو منشئيها ، الخ ... بحل الشخص الاعتباري ، يؤدي الى انتهاء الشخصية الاعتبارية ، وقد يكون هذا الاتفاق مقررا مقدماً ومن يوم التأسيس عندما ينص صك تأسيس الشخص الاعتباري على ذلك ويحدد مدة لحياته ، وقد يحصل ذلك دون وجود مثل هذا النص او قبل حلول الاجل .

في مثل هذه الاحوال الارادية تنتهي حياة الشخص وشخصيته الاعتبارية بحله وفقاً لاصول معينة او محدودة اتفاقياً ، ودون حاجة للرجوع الى القضاء . على انه قد لايتم الاتفاق الارادي بين الجميع على الحل ، وقد يرى واحد فقط او اكثر من اصحاب المصالح او الحقوق في الشخص الاعتباري القائم مايسمح له بوضع حد لحياته وإنهائها بحله قضاء ، فيطلب من القضاء الحكم بحل الشخص الاعتباري لتوافر سبب من الاسباب القانونية ، ويكون هذا الحكم الذي يقرر انقضاء الشخصية الاعتبارية هو الذي يضع حداً لحياة هذا الشخص ويعين كيفية تصفية ذمته المالية . وقد تضمن تشريعنا ، المدني والتجاري وغيرهما ،

عدداً من النصوص التي تجيز حل الشركات او الجمعيات او المؤسسات لاسباب خاصة عينها (١) .

غير أن ثمة شخصاً اعتبارياً في نظر بعض المؤلفين لا تنتهي حياته ولا يقبل الزوال وهو الدولة التي لا تنقضي شخصيتها ، والتي تتميز بالدوام والاستمرار ما دامت العناصر المكونة لها موجودة (٢) . ونعتقد أنه اذا كان الغالب الشائع أن الشخصية الاعتبارية للدولة تستمر معها ، وأن شخص الدولة دائم وخالد في الاصل ، إلا ان ما ذكر من الدوام والاستمرار ما دامت العناصر المكونة للدولة قائمة ، فان ثمة حالات قد تؤدي الى زوال هذه العناصر فتزول الدولة وشخصيتها من عالم الوجود ، ولكن زوالها يكون إما لتحل محلها دولة اخرى أو شخصية اخرى ، وإما دون ذلك ؛ وإن كان مثل هذا الامر نادراً أو خيالاً .

ومهما يكن من امر هذه الحالات ، على اختلافها ، فان انتهاء الشخصية الاعتبارية يوجب حتماً تصفية علاقات هذا الشخص وذمته المالية وفقاً لاصول قانونية تختلف باختلاف انواع الاشخاص الاعتبارية . فقد يحدد هذه التصفية وكيفيتها اعضاء الشخص الاعتباري انفسهم عندما يملكون حل هذا الشخص ، كما هي الحال في الشركات عادة ، وقد يحددها القاضي الذي يقرر الحل ، او قد تكون قواعد هذه التصفية معينة ومفروضة سلفاً في القانون ، كما هي الحال غالباً بالنسبة لاشخاص الحقوق العامة وحتى بالنسبة للجمعيات والمؤسسات في كثير من الاحيان . كما فصلها القانون المدني من قبل وقانون الجمعيات من بعد ، بالنسبة للجمعيات والمؤسسات .

---

(١) راجع مثلا المادتين ٦٨ و ٧٨ من القانون المدني فيما يتعلق بالجمعيات والمؤسسات والمادتين ٤٩٩ مدني و ٧٥ تجاري فيما يتعلق بالشركات . راجع كذلك قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٩٣ لعام ١٩٥٨ .

(٢) راجع الدكتور مرقس ، المرجع السابق نبذة ٢٢٤ مكرر ص ٣٤٨ .

§ ٣ — جنسية الشخص الاعتباري

من المعلوم ان الجنسية هي الرابطة القانونية او الحقوقية ، ويفضل بعضهم ان يسميها السياسية (١) ، التي تربط بين شخص ودولة معينة . والاصل ان الدولة تتألف من اشخاص او افراد تابعين لها ويحملون جنسيتها ، وبالتالي فان الاصل ان يكون لكل شخص جنسية دولة يتبع لها ويرتبط فيها .

وموضوع الجنسية ، كما أشرنا من قبل (٢) من موضوعات الحقوق الدولية الخاصة ، ولكن الامر الذي يستحق البحث هنا هو التساؤل هل أن للاشخاص الاعتبارية جنسية كما للاشخاص الطبيعية ؟ وكيف يمكن ان تحدد جنسية الاشخاص الاعتبارية إن وجدت ؟

١ — هل الاشخاص الاعتبارية جنسية ؟

كان المؤلفون في الماضي وحتى أواخر القرن التاسع عشر لا يترددون في اعتبار الاشخاص الاعتبارية كالاشخاص الطبيعيين ، مرتبطين بدولة معينة يحملون جنسيتها ، مشملين احكام الجنسية المطبقة على الاشخاص الطبيعيين للاشخاص الاعتبارية ، زيادة في التشبيه والتماثل بين هذين النوعين من الاشخاص ، وربما كانوا مدفوعين الى ذلك ايضاً بقصد الوصول الى معرفة الوضع الحقيقي للاشخاص الاعتبارية ولاسيما فيما يتعلق بتمتعهم بالحقوق والتزاماتهم بالواجبات ، ولتعيين القانون الواجب التطبيق عليهم في حالة تنازع القوانين من حيث المكان . وربما اختلف الفقهاء إذ ذاك في تحديد هذه الجنسيه من شخص لآخر في زمرة الاشخاص الاعتبارية كما سنرى .

---

(١) راجع نيبوية Niboyet مطول الحقوق الدولية الخاصة . الطبعة ١٩٤٧ ، ج ١ فبذة ٦٨ .

(٢) راجع ما سبق ص ٦٣ وما بعدها .

على أن اكثر الفقهاء والمؤلفين المعاصرين ، ومنذ أوائل القرن العشرين اخذوا يجزمون ويؤكدون ان التماثل والتشابه بين الاشخاص الاعتبارية والاشخاص الطبيعيين لايجب ان يؤدي الى القول بأن للاشخاص الاعتبارية جنسية بالمعنى الذي نعرفه لجنسية الشخص الطبيعي ، وان الشخص الطبيعي وحده هو الذي يمكن ان تكون له جنسية وأن يحملها ، لان الجنسية انما تمنحها الدولة لرعاياها من الافراد المؤلفين لها ، اما الاشخاص الاعتبارية كالاشياء والجوامد فلا جنسية لها ، لانها ليست من الافراد او العناصر الاساسية التي تؤلف الدولة .

ويستعرض القائلون بهذا الرأي (١) انواع الاشخاص الاعتبارية ، وأولها الشركات التي تظهر فيها أهمية الجنسية اكثر من غيرها ، والتي قام الخلاف على جنسية الشخص الاعتباري من أجلها ، فيؤكدون ان الشركة ليست سوى تركيب حقوقي في حين أن الدولة انما تتألف من اشخاص المواطنين الحقيقيين الذين يؤلفون وحدهم كيانها ، وان الشركات لاتضيف عنصراً جديداً أو رعايا جدداً الى الافراد الطبيعيين ، ولا تدخل في حساب السكان ، وليست لها الحقوق التي للافراد ، وليست عليها الواجبات التي عليهم . ولا يمكن ان نتصور دولة مؤلفة من شركات او اشخاص اعتبارية . واذا كان للشركات ، او لبعض الاشخاص الاعتبارية ، ثمة ارتباط سياسي اوحقوق مع الدولة التي تقبلها أوتوجد فيها ، فلايوجب ذلك ان تكون لها جنسية هذه الدولة . ويمكن القول ان لهذه الشركات الاعتبارية نظاماً حقوقياً يربط بينها وبين الدولة ولكن ليس لها جنسية . ولا سيما وان

---

(١) وفي طليعة هؤلاء المناهضين لفكرة جنسية الشخص الاعتباري الاستاذ نيبويه Niboyet حيث يؤكد بجزم وجزم ان لاجنسية للاشخاص الاعتبارية ابداً ، وان ذهاب الفقهاء الى ذلك في الماضي كان بدافع التشبيه والاستمرار ، ثم عدم الجرأة على مقاومة التيار (راجع مطول الحقوق الدولية الخاصة ، ج ١ نبذة ٧٧ ص ٧٦) ويجاريه في ذلك عدد كبير من الفقهاء ذكرهم في الحاشية .

جميع القواعد التي تحدد بموجبها جنسية الاشخاص الطبيعيين ينظمها قانون الجنسية في كل دولة ويحدد منحها، في حين ان جنسية الاشخاص الاعتبارية لا تنظمها قوانين الجنسية ، بل ان المحاكم هي التي تحاول تحديد علاقة الشركة بالدولة ، اي تحديد الرابطه الحقوقيه او السياسيه التي يراد أن يقال عنها جنسية الشركة ، مما يدل في رأي هؤلاء الفقهاء ان هذا الاختلاف الجوهري في الاسلوب يعني عدم وجود جنسية حقيقية للشركة (١) .

ويضيف اصحاب هذا الرأي قائلين ، أما بالنسبة للاشخاص الاعتبارية الاخرى كالجميات والمؤسسات ، فان ابتعاد فكرة الجنسيه عنها ، اظهر واقوى لان نشاط هذه الاشخاص من الناحية المالية اقل كثيراً ، فضلا عن أن اعمالها غالباً ما تكون محصورة ضمن حدود الدولة فلا يهتم بأمر جنسيتها . ويبدو امر اعطاء الجنسية للمؤسسات غريباً جداً لان المؤسسات ليست سوى مجموع أموال لغرض معين ، فكيف تكون لها جنسيه (٢) ؟ .

والامر يكون اكثر جزماً بالنسبة للاشخاص الاعتبارية للحقوق العامة وعلى رأسهم الدولة .

ونحسب ان هذا الرأي كان أقرب للواقع بالنسبه للجمعيات والمؤسسات من الرأى القائل بوجود جنسية للشخص الاعتباري الا انه لم يسد ولا سيما بالنسبة للشركات ولذلك فان كثيراً من المؤلفين (٣) بل والكثير من التشريعات مازالت تذكر بين

---

(١) نيبويه ، المرجع السابق نبذة ٧٧ مكرر ص ٨٧ .

(٢) المرجع السابق نبذة ٨٧ .

(٣) راجع مثلا الدكتور شفيق شحاتة ، محاضرات في النظرية العامة للحق ، المرجع السابق ص ١٤٥ ، الدكتور سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، المرجع السابق ص ٤٣١ ، الدكتور عبد المنعم فرج الصده ، نظرية الحق ، المرجع السابق ص ١٣٧ ، الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية الحق ، القاهرة ١٩٥٧ ص ١٧٩ نبذة ١٢٩ . الخ ...

خصائص الشخص الاعتباري الجنسية التي يتبع لها ، ولا سيما الشركات ، على غرار الشخص الطبيعي . ولعل السبب في ذلك كما قال المنتقدون هو التأثر كثيراً بالتشابه والقياس بين الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري من جهة كما يمكن التأثر والشعور ببعض الآثار القانونيه الهامة الناجمة عن تحديد الصلة التي تربط بين الشركات أو بعض الأشخاص الاعتبارية وبين دوله معينة .

ويبدو أن هذا الرأي هو الذي أخذ به ليس الفقه المصري فقط بل والقضاء أيضاً حيث قرر أن الجنسية من لوازم الشخص الاعتباري كما هي من لوازم الشخص الطبيعي [1] وإن للجمعية أو للمؤسسة التي تثبت لها الشخصية الاعتبارية لها جنسية مستقلة عن جنسية الاعضاء المشتركين فيها [2] . كذلك فان قانون التجارة السوري قد أيد ذلك فنص في المادة ٩٩ على اعطاء الجنسية السورية للشركات التي تؤسس في سورية .

ولكن اذا قبلنا هذا الرأي فكيف يمكن تحديد جنسية الاشخاص الاعتبارية وما هو معيار هذا التحديد .

٢ - تحرير جنسية الشخص الاعتباري

ليس في قانون الجنسية السوري السابق الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٢١ وتاريخ ٤ شباط ١٩٥٣ ، ولا بالقرار بقانون رقم ٨٢ وتاريخ ٢٢ حزيران ١٩٥٨ المنظم لجنسية الجمهورية العربية المتحدة ، أية اشارة تتعلق بجنسية الاشخاص الاعتبارية . كذلك ليس في القانون المدني ، ولا في القوانين الخاصة للاشخاص الاعتبارية . نصوص تحدد جنسية هذه الاشخاص . ولعل ذلك كما أشرنا من أهم

---

(١) قرار محكمة النقض ، نقض مدني مؤرخ في ٣١ يناير ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ ، ملحق ٢١٦ ـ ٨٨ .

(٢) قرار محكمة النقض مؤرخ في ٢٠ ابريل ١٩٥٠ المحاماة ٣١ ـ ٩٦ ـ ٥٣ ، مذكور في مرقص ص ٣٤ .

الأسباب التي دعت الكثيرين لتأكيد عدم وجود جنسية عند الاشخاص الاعتبارية .

على أن القانون المدني قد نص في الفقرة ٢ من المادة ١٢ : « أن النظام القانوني للاشخاص الاعتبارية الاجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها يسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هـــذه الاشخاص مركز ادارتها الرئيسي الفعلي » .

ويعتقد بعض المؤلفين استناداً الى هذا النص[1]، وربما قياساً مع احكام الموطن كذلك ، ان جنسية الشخص الاعتباري تتحدد تبعاً للجهة التي يكون فيها مركز عمله ، لأنه يخضع لقوانين الدولة التي يكون فيها مركز ادارته. ولكن الامر يبقى محل خلاف . ذلك لأن تحديد جنسية الشخص الاعتباري بوجه عام وعلى اختلاف أنواعه من الأمور التي لم ينص عليها القانون صراحة كما ذكرنا ، بل على العكس فان بعض القوانين الخاصة ، كقانون التجارة ، وقانون الشركات ، وقانون الجمعيات ، تتضمن أحكاماً وقواعد يمكن أن تستخلص منها جنسية الشخص الاعتباري للنوع المنصوص عنه ، على غير القاعدة القائمة على مركز الادارة الرئيسي أو مركز العمل الفعلي بحيث لايشك في أن ماستنتج من وجوب تطبيق قانون الدوله Lex fori التي يوجد فيها المركز الرئيسي لإدارة الشخص الاعتباري فيما يتعلق بحالته المدنية ، لايوجب حتما أن تعطى إلى هذا الشخص جنسية تلك الدولة استنتاجاً ، وإن كان الغالب كذلك . بل ربما انتهى هـــذا القانون نفسه إلى اعطاء الشخص الاعتبـاري جنسية غير جنسية الدولة التي يطبق قانونها . وقد نستطيع أن نتصور شخصاً اعتبارياً ، شركة تجارية كبرى مثلا ، أو جمعية ما ، تؤسس في بلد من البلاد ، ووفق قانون هذا البلد ، ثم تجعل مركز

---

(١) راجـع مثلا الدكتور شفيق شحاتة ، محـــاضرات في النظرية العامة للحق ، المرجـع السابق ص ١٤٥ ، الدكتور سليمان مرقص ، المدخل للعلوم القانونية المرجـع السابق ص ٤٣١ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية الحق ، المرجـع السابق ص ١٣٧ الخ . .

ادارتها الرئيسي والفعلي في بلد آخر ، لأغراض مختلفة ، فعندئذ تخضع في حالتها المدنية واحكام هذه الحالة إلى قانون البلد الذي جعلت فيه المركز الرئيسي والفعلي ، ولكن دون أن تفقد جنسيتها الأصلية ، وتكتسب جنسية غيرها .

وقد ذهب البعض تخلصاً من مثل هذا الاضطراب إلى القول ان الشخص الاعتباري يكتسب جنسية الدولة التي يتألف وفقاً لقانونها . فتكون جنسية الجمعية أو الشركة التي تتألف في الجمهورية العربية السورية ووفق قانونها ، سورية الجنسية ، وفي لبنان لبنانية الجنسية ، ولو مارست نشاطها خارج البلد الذي تأسست فيه . وقد أخذ بهذا الرأي بشكل واضح قانون التجارة السوري بالنسبة للشركات التجارية حيث نص في المادة ٩٩ منه صراحة ان : « جميع الشركات التي تؤسس في سورية تكون جنسيتها سورية رغم كل نص مخالف » . وجاء المرسوم التشريعي رقم ١٥١ وتاريخ ٣ آذار ١٩٥٢ ، الباحث في الشركات والمحلات التجارية المؤسسة خارج الاراضي السورية والمعروف بقانون الشركات الأجنبية ، التي لها نشاط في سورية ، فاعتبر الشركات التي تؤسس خارج سورية على اختلاف أنواعها ، سواء أكانت من نوع شركات الاموال (المساهمة) أم شركات الأشخاص (التضامنية) أم من نوع المؤسسات التعاونية ، اعتبر هذه الشركات أجنبية واخضعها لأحكام هذا المرسوم ، بالنسبة لموضوعنا ، وهو مانصت عليه المادة السادسة التي تقول : « يعترف للشركة المسجلة وفقاً لأحكام هذا القانون بالشخصية الاعتبارية في سورية من تاريخ تسجيلها »

على أن قانون الجمعيات والأحزاب السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٤٧ وتاريخ ١١ ايلول ١٩٥٣ قد اعتبر الجمعية أجنبية (المادة ٤):

« أ — إذا كان مركزها الرئيسي خارج سورية .

ب — إذا كان في هيئتها الادارية عضو أجنبي أو أكثر ؛ أو كان يزيد

عدد أعضائها من الأجانب (في غير الهيئة الادارية) على الربع ، أو كانت تنتمي إلى جمعيات أجنبية ، أو تخضع في الواقع لسلطة أجنبية، أو يديرها بالفعل أجانب ».

وحسب هـذا النص ، يكون المشرع قد حرم الجنسية السورية على الجمعيات الآتية :

١ — التي لها مركز رئيسي خارج سورية . ٢ — التي يشترك في هيئة ادارتها عضو أجنبي . ٣ — التي يزيد عـدد أعضائها من غير الهيئة الادارية من الأجانب على الربع . ٤ — التي يهيمن عليها أجانب بشكل من الاشكال . وإذا كان هـذا القانون قد حرم الجنسية السورية على مثل هذه الجمعيات واعتبرهـا أجنبية ، إلا أنه لم يحدد جنسيتها بالفعل وبشكل قاطع ، وان يكن يبـــدو انه اعتبر المركز الرئيسي أساساً من أسس تحديد الجنسية .

أما قانون الجمعيات الجـــديد الصادر بقرار بالقانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٥٨ ، اثناء قيام الوحدة بين سورية ومصر فقد الغى قانون الجمعيات السابق الذكر ، ولم يأت بنص مماثل لنص المـادة الرابعة منه ، كما لم يذكر حكماً يتعلق بالجنسية ، بحيث بقي أمر تحديد جنسية الجمعية أو المؤسسة عائداً للقضاء وتقديره . غـــير أن قانون الجمعيات الأخير هـــذا قد قيد انشاء الجمعيات والمؤسسات لضرورة الموافقـــة على شهرهـــا من قبـل السلطة الادارية المختصة ، بحيث يمكن القـــول أن الجمعية أو المؤسسة تكتسب الجنسية عندما تؤسس وفق هـــذا القانون ، ويوافـــق على شهرها من السلطة الادارية . أما المركز الرئيسي فـــلا يكفي وحده لتحديد جنسية الجمعية أو المؤسسة وان يكن من المنطق والمعقول أن تعتبر الجمعيـات والمؤسسات الـــتي مركزها الرئيسي خارج أراضي الجمهورية أجنبية في الأصل ، ما لم يكن هناك حكم خاص خلاف ذلك ، خصوصاً وان من شروط شهرهـا من قبل السلطة أن يكون مركزها في الجمهورية .

وصفوة القول ان تحديد جنسية الشخص الاعتباري بوجـه عام غير ممكن

بالنسبة لجميع انواع الاشخاص الاعتبارية بمعيار واحد . فقد يختلف هذا التحديد من نوع الى آخر ، وربما يغلب فيه مبـــدأ الرجوع الى جنسية الدولة التي ينشأ الشخص الاعتباري بموجب قانونها . لا سيما بعد قانون الجمعيات الاخير الذي جعل وجود الشخص الاعتباري معلقاً على موافقة السلطـة الادارية المختصة في شهر الشخص الاعتباري وفق القانون المذكور ، وتسجيله في السجل الخاص وبالتالي اكتسابه جنسية الجمهورية السورية .

على ان ذلك لم ينف ولاينفي دور مركز الادارة الرئيسية او المركز الفعلي للشخص الاعتباري في تحديد جنسيته ، ولا سيما بحسب مبادىء الحقوق الدولية الخاصة ، في حالات تنازع القوانين من حيث المكان . مع العلم ان كل ذلك ما يزال مختلفاً وخاضعاً لاجتهاد القضاء على النحو الذى ذكرناه .

§ ٤ — اسم الشخص الاعتباري

لابد لكل شخص اعتباري من اسم يعرف به ويتميز بحسبه عن غيره . وهذه الضرورة واحدة في الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري على السواء . واذا لم يرد في المادة ٥٥ من قانونيا المـــدني ذكر صريح بأنه يكون للشخص الاعتباري اسم ، فان النصوص الخاصة في تشكيل الاشخاص الاعتبارية كالجمعيات والمؤسسات ، قد اوجبت صراحة في انشاء هذه الاشخاص ضرورة ذكر اسم للجمعية او المؤسسة (راجع المادتين ٥٧ و ٧٢ من القانون المدني) كما ذكر ذلك قانون التجارة بالنسبة للشركات باسم عنوان الشركة في شركات الاشخاص (المادة ٥٩) او اسم الشركة بالنسبة للشركات المغفلة (المادة ١٥) كما نص قانون الجمعيات السوري رقم ٤٧ وتاريخ ١٢ ايلول سنة ١٩٥٣ (المـادة ١٥) وقانون الجمعيات الاخير الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٣ سنة ١٩٥٨ (المادة ٣) الخ ... على وجوب ذكر اسم الجمعية او المؤسسة التي تعرف به .

والواقع ان هذه الضرورة تقتضيها طبيعة وجود الشخص الاعتباري كشخص

حقوقي يتمتع بالحقوق التي يتمتع بها الاشخاص الطبيعيون ، ولا سيما من الناحية المالية ، الامر الذي يوجب تميز الشخص الاعتباري وتعينه باسمه ، ليستطيع أن يتمتع فعلا بهذه الحقوق وينسبها اليه .

على ان الامر الواضح والفرق الثابت الا كيد بين الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري هو ان هذا الاخير لا يكون له لقب عائـــلي . لأن اللقب او الاسم العائلي من الصفات الملازمة للشخص الطبيعي وحده لذلك كان اسم الشخص الاعتباري اعتبارياً مثله ، يوجده مؤسسو الشخص الاعتباري ويطلقونه عليه تقديراً منهم وبحسب الرغبات والمصالح ، ثم ينتهي هذا الاسم مع انتهـــاء الخشص الاعتباري .

وإذا كان اسم الشخص الاعتباري انما يوجده مؤسسو الشخص المذكور ويختارونه بحسب رغباتهم فهل هناك ثمة قيود أو شروط لمثل هذا الاختيـــار ؟ ليس في نصوص الجمعيات والمؤسسات بحسب أحكام القانون المدني (المواد ٥٦ إلى ٢٨) أي نص أوقيد حول هذا الموضوع ، غير أن قانون الجمعيات السوري رقم ٤٧ السابق الذكر كان اشترط (المـــادة ١٦) أن لا يكون في اسم الجمعية مايمس عروبة البلاد وقوميتها ، أو مايرمز الى غاية تجارية .

أما القانون الاخير الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقـانون رقم ٩٣ سنة ١٩٥٧ المذكور ، فانه اكتفى بأن حرم على أية جمعيـة أن تتخذ تسمية تدعو إلى اللبس بينها وبين جمعية أخرى تشترك معها في دائرة نشاطها (المادة ٢٠) .

ونحن لو أردنا أن نستخلص من مجمل هـذه النصوص الأحكام المتعلقة باسم الشخص الاعتباري لاستطعنا أن نخلص إلى القول أن الشخص الاعتباري لا بد له من اسم يطلقه عليه مؤسسوه حين ايجـاده ، ويستمد هذا الاسم غالباً إما من الغاية أو الغرض الذي يوجد من أجله ، أو ربما من أسماء الشخص أو الاشخاص الذين يؤسسونه ، أو من اعتبارات أخرى لا تدخل تحت حصر ، وكل مايمكن أن يشترط في قبول الاسم أن لا يتضن من المعـــاني مايعتبر ماساً بكرامة الدولة

أو مخالفاً للنظام العام والآداب العامة . كما يجب أن لا يكون في الاسم المذكور ما يدعو للالتباس بين هذا الشخص الاعتباري وشخص اعتباري آخر يحمل نفس الاسم .

ويمكن تغيير الاسم ، كما يمكن تعديل أركان الشخص الاعتباري ويكون تغييره تعديلا في نظام الشخص الاعتباري وخاضعاً لجميع أحكام التعديل من شهر وتسجيل وخلافه .

§ 5 - موطن الشخص الاعتباري

مادام الشخص الاعتباري يتمتع بكيان خاص ، وشخصية حقوقية مستقلة عن الأشخاص الطبيعيين أو العناصر المؤلفة له ، كان لابد له من موطن خاص به مستقل عن موطن الاشخاص المؤلفين له ، وتترتب عليه جميع النتائج والآثار التي تترتب على الموطن عند الشخص الطبيعي . وقد أشار إلى ذلك القانون المدني بنص صريح في الفقرة د من البند ٢ من المادة ٥٥ عندما قال:

ويكون للشخص الاعتباري :

« د— موطن مستقل . ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته » والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في سورية يعتبر مركز إدارتها بالنسبة إلى القانون الداخلي ، المكان الذي توجد فيه الادارة المحلية ».

والموطن — كما فصلناه قبلا لدى الشخص الطبيعي (١) — من خصائص الشخصية الحقوقية الهامة التي تحدد هذه الشخصية في مكان معين على وجه الارض يسهل معه تحديد علاقات صاحبها وأعماله ويمكن من تطبيق أحكام القانون وتنفيذها عليه ، ولا سيما فيما يتعلق بتبليغه أو إعلانه كل مايوجب القانون تبليغه أو اعلانه له من أحكام وقرارات ومذكرات والخ...

---

(١) راجع ماسبق ص ١٣١

وإذا كان القانون قد قضى بأن يكون للشخص الاعتباري موطن مستقل، فقد حدد هـذا الموطن باعتباره الموطن الاصلي الحقيقي ، وبالوقت نفسه الموطن القانوني لهذا الشخص الاعتباري . وقد فرق القانون في ذلك بين الاشخاص الاعتبارية ، وبالتخصيص الشركات منها ، التي يوجد مركز إدارتها في أراضي الجمهورية ، وبين التي يوجد مركزها الرئيسي خارج أراضي الجمهورية ، ولكن لها نشاط فيها .

أما بالنسبة للاشخاص الاعتبارية بوجه عام التي مركزها الرئيسي في أراضي الدولة ، فان موطنها يتعين في المكان الذي يوجد فيه مركز الادارة . ذلك لأنه لابد لكل شخص اعتباري من هيئة إدارية تتولى إدارة شؤونه وتصريف أموره وفقاً لنصوص القانون ، وهـذه الهيئة الادارية أو هؤلاء المديرون لابد لهم من مكان يعتبر مركز نشاط الهيئة ، ومحل اجتماعها وممارسة فعالياتها الادارية فهـذا المركز الاداري هو موطن الشخص الاعتباري .

ولقد وضع القانون المدني بهذا النص حداً للخلافات الفقهية والمناقشات الحقوقية التي كانت قائمة حول تحديد موطن الشخص الاعتباري ، والمتأرجحة بين فكرة مركز الادارة ، وبين محل النشاط الفعلي ، وربما قال بعضهم بالتفريق بين مركز الادارة الاسمي ومركز الادارة الفعلي .

ومهما يكن الامر فان ما قصده القانون من مركز الادارة هو في اعتقادنا مركز الادارة الفعلي . ذلك لأنه أشار في النص إلى أن وجود مركز إدارة رئيسي للشركة في الخارج يوجب التمسك بمكان الادارة المحلية ، على اعتبار انه مركز ادارة فعلي . وتحديد هذا المركز الفعلي للادارة من الامور الواقعية التي يقررها القضاء .

والقانون المدني عندما نص على أن يكون للشخص الاعتباري موطن مستقل عن موطن أعضائه ، وحدده بمركز الادارة ، لم يمنع من تطبيق المباديء العامة المتعلقة بالموطن بوجه عام والتي نص عليها في بحث الشخص الطبيعي وفصلناها

من قبل ، وأهمها الموطن المختار ، بمعنى انه يمكن للشخص الاعتباري أن يختار موطناً في عمل معين كما يختار الشخص الطبيعي ، ويكون لهذا الاختيار جميع الشروط والأحكام للموطن المختار عند الشخص الطبيعي .

§ ٦ - الذمة المالية للشخص الاعتباري

لعل خاصة الذمة المالية بين خصائص الشخص الاعتباري من أهم وأبرز هذه الخصائص إلى حد أن القانون المدني قد أشار اليها ونص عليها صراحة ، في حين أنه لم يأت بنص صريح مماثل في الشخص الطبيعي ، وفي حين أن ثمة فقهاء يذهبون إلى أن هذه الذمة المالية تسبق في وجودها الشخص الاعتباري الذي انما جيء به لتبرير وجود هذه الذمة المالية المستقلة(١) .

والذمة المالية في الشخص الاعتباري ، شأنها في الشخص الطبيعي ، تعني أن لذلك الشخص صفة ذات وجه مالي بحت ، ينظر اليها من ناحية ماليته ، أي ما له وما عليه من نقود وأموال منقولة وعقارية وحقوق مالية مختلفة كوحدة مالية أو حقوقية تنصهر فيها جميع عناصرها السالبة ، من ديون أو التزامات مالية عليها ، وجميع عناصرها الموجبة ، من ديون أو حقوق لها ، بحيث تندمج وتستقل عن مالية الاشخاص الذين أوجدوا الشخص الاعتباري أو عن أولئك القائمين عليه ، أو المنتفعين به.

والواقع أن من أهم ميزات ونتائج الشخصية الاعتبارية وأبرز خصائصها أثراً ، خاصة الذمة المالية هذه ، التي تعطي للشخص الاعتباري ثروة ومالية مستقلة تمام الاستقلال عن ثروة ومالية الاشخاص أو الجماعات المكونين لهذا الشخص .

وهكذا ، مثلا ، في الشركات ، فان مجرد تأسيس الشركة يجعل رأس مالها

---

(١) راجع ماسبق ص ١٣١.

المدفوع من الشركاء أول عناصر الذمة المالية للشركة يضم اليها مايمكن أن يأتيها من حقوق وأموال أخرى لتؤلف بمجموعها العنصر الايجابي ، في حين تؤلف الديون والذمم التي تترتب عليها العنصر السلبي . وتكون هذه الذمة المالية للشركة مستقلة تماماً عن الذمة المالية لكل واحد من الشركاء المؤلفين للشركة مهما كان نوع هذه الشركة ، بحيث لاتترتب الديون على الشركة إلا في ذمتها المالية وحدها دون الذمة المالية والشخصية للشركاء — فيما عدا بعض الاستثناءات في شركات التضامن — ولا يجوز لدائني الشركة أن يرجعوا إلى أموال الشركاء الشخصية مجتمعين أو منفردين ، (فيما عدا شركات التضامن) لان استقلال الذمة المالية للشركة يقطع كل صلة مع الذمة المالية والشخصية لكل شريك . وعلى العكس فان دائني أحد الشركاء لايستطيعون أن يرجعوا على الشركة وان يستوفوا حقوقهم من مالها ولا من حصة الشريك في رأس مالها ، لأن هذا الرأس المال انما هو ملك الشركة وتابع لذمتها المالية المستقلة عن ذمة الشريك . وقد نص على ذلك القانون المدني السوري في المادة ٤٩٣ إذ قال « إذا كان لاحد الشركاء دائنون شخصيون ، فليس لهم أثناء قيام الشركة أن يتقاضوا حقوقهم مما يخص ذلك الشريك في رأس المال وانما لهم أن يتقاضوها مما يخصه في الارباح ، » ذلك لان مايخصه من الارباح جزء من ذمته المالية الشخصية لانه حق شخصي له ، وليس حقاً أو عنصراً في ذمة الشركة المالية .

ومن النتائج الطبيعية كذلك أن ليس لمديني الشركة أو دائنيها أن يجروا التقاص مع ما لهم وما عليهم تجاه الشريك أو الشركاء منفردين ، لأن الذمم المالية مختلفة وما قلناه عن الشركات نقوله عن الجمعيات والمؤسسات والوقف وغير ذلك من الأشخاص الاعتبارية على اختلاف أنواعها .

هذا ، ويمكن أن نتصور في الذمة المالية للشخص الاعتباري جميع الصفات والخصائص ، والأهمية والفوائد ، التي أشرنا اليها في الذمة المالية للشخص الطبيعي (١)

(١) راجع ماسبق ص ١٣٠ الى ١٣٨

§ ٧ - اهلية الشخص الاعتباري

رأينا أن الأهلية بوجه عام (١) من أبرز الخصائص الحقوقية للشخصية وانها تتمثل بالقدرة التي يتمتع بها شخص ما في نظر القانون سواء للاستمتاع بالحقوق والالتزام بالواجبات (وهي أهلية الوجوب) وسواء في المقدرة على ممارسة هذه الحقوق واستعمالها (وهي أهلية الاداء).

ولعله يحسن بنا قبل أن نتناول بالتفصيل بحث نوعي الاهلية عند الشخص الاعتباري أن نشير أولاً إلى أن ثمة خلافاً فقهياً قام حول مبدأ الاهلية العامة للشخص الاعتباري بنوعيها ، تبعاً للخلاف الأساسي حول طبيعة الشخص الاعتباري .

وبينا ذهب القائلون بنظرية الفرض القانوني في طبيعة الشخص الاعتباري إلى أن الأصل عند هذا الشخص عدم الاهلية إلا ما أجازه له القانون وما نص عليه من أهلية سمح له بها (٢) — معللين ذلك بأن مبدأ تخصيص الشخص الاعتباري بالغرض الذي انشىء من أجله ، وتقيده في حدود هذا الغرض أو الهدف يدعم رأيهم — فقد ذهب آخرون ولاسيما القائلون بنظرية الوجود الواقعي أو الحقيقة الواقعية ، إلى أن الأصل في الاهلية العامة للشخص الاعتباري ، كما هو الحال عند الشخص الطبيعي تماماً ، انها كامله إلا ماورد عليها من قيود وحدود بنص الشارع ، مستندين إلى أن هذا الاصل تؤكده النصوص التشريعية التي لا تنص

---

(١) راجع ماسبق ص ١٣٩ — ١٤١ .

(٢) ويعتبر لوران Laurent اول من قال بهذه النظرية ثم تبعه بعد ذلك كثير من الفقهاء الفرنسيين والطليان وغيرهم وعلى الاخص الاستاذ تيسيه Tissier في كتابه «الهبات والوصايا» حيث دافع عن هذا الرأي دفاعاً مستفيضاً (نبذه ٢٦٣) راجع العرض والمناقشة في ميشو وتروتابا Michoud et Trotabas المرجع السابق ج ٢ ص ١١٩ ومابعدها .

على منح الشخص الاعتباري الاهلية العامة ، وانما تنص على قيود وحدود لهـذه الأهلية ، مما يجب أن يفسر حتما بأن الاصل وجود الاهلية العامـة تامة كاملة ما لم يرد نص على تقييدها (١) .

ونحن لانشك بعد صراحة نص المادة ٥٥ من قانوننا المدني ، إلى جانب الحجج العامة التي أوردها الفقهاء القائلون بالاهلية ، في أن الأصل وجود أهلية عامة عند الشخص الاعتباري كما هي الحال عند الشخص الطبيعي ، إلا ما كان ملازماً لصفة الانسان الطبيعية ، أو ما ورد نص على تقييده .

وبعد هذا لنرى ماهي حدود أهلية الشخص الاعتباري بوجه عام .

١ - اما بالنسبة لاهلية الوجوب :

فان الأصل ، كما رأينا (٢) ، ان كل شخص يتمتع في نظر القانون بالقـدرة على التمتع بالحقوق وتحمل الواجبات ، مادامت له الشخصية الحقوقية ، إلى حد حمل بعض الفقهاء أن يمزجوا بين أهلية الوجوب والشخصية نفسها .

على أن الأمر الهـــام الذي يستحق البحث هنا هو أن أهلية الوجوب عند الشخص الاعتباري تختلف في مداها على الأقل ، عنها عند الشخص الطبيعي ، ذلك أن الشخص الاعتباري على اختلاف أنواعـــه ، فكرة أوجدها واقـع الحياة وضروراتها ، فأقرتها الشرائع ، مكرهة أو طائعة ، وحاولت أن تحد من أخطـار هذا الشخص الاعتباري بسبب الخوف من سيطرته ، وذلك بالحـد من أهلية الوجوب عنده ، خلافاً للشخص الطبيعي . فاذا كان الاصل عند الشخص الطبيعي

---

(١) راجع ميشو وتروتابا ، المرجع السابق ص ١٢٣ ، وقد ايد هذا الرأي عـــدد كبير من كبار الفقهاء نذكر منهم اوبري ورو Auhry et Rau ، ليون كان ورنو ، بـــلانيول ، كابيتان الخ .. وقد أشير اليهم في حاشية ميشو وتروتابا في المرجع السابق ص ١٢٣.

(٢) راجع ماسبق ص ١٣٩-١٤١ .

أن يكون كامل أهلية الوجوب من اللحظة التي تبدأ فيها شخصيته حتى زوالها، وان لاتقيد هذه الاهلية في شيء ، عدا بعض الاستثناءات النادرة [1] ، فان هذا الاصل رغم افتراضه نظريا وقبوله حقوقياً ، إلا انه عملياً يكاد يكون معكوساً بالنسبة للشخص الاعتباري الذي حدّت الشرائع من أهلية الوجوب عنده ، منذ أن قبلت فكرته . ولعل هذا التضييق الشديد لاهلية الشخص الاعتباري — سواء للتمتع أو للممارسة — هو الذي حدا ببعض الفقهاء أن يعتبروا — خلاف القانون والحقيقة — ان الشخص الاعتباري لا أهلية له في الأصل ، إلا مايمنحه إياه القانون من أهلية.

والواقع أن أكثر الشرائع ، إذا لم نقل جميعها ، قد قيدت الشخص الاعتباري في إمكان التملك والتمتع بالحقوق المالية التي يتمتع بها الانسان الطبيعي ، فضلا عن عدم تمتعه بالحقوق غير المالية ، من عائلية أو سياسية الخ ... الملازمة للصفة الطبيعية للانسان ، بحيث حرمت على الشخص الاعتباري أن يتملك عقارات وحتى في بعض الاحيان أشياء منقولة إلا ضمن حد معين ، يختلف باختلاف أنواع الاشخاص الاعتبارية وأغراضها ، وبحيث قيدت هذه الاهلية بحدود أغراض الشخص الاعتباري وبقيود مختلفة أخرى .

وهكذا ، فان القانون المدني (المادة ٥٩) ومن بعده قانون الجمعيات الاخير الصادر بالقرار بقانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٥٨ (المادة ٦) ، قد نصا على أنه «لايجوز أن تكون للجمعية حقوق ملكية أو أية حقوق أخرى على عقارات إلا بالقدر الضروري لتحقيق الغرض الذي انشئت من أجله ، وهو مايسمى بالفقه الحديث مبدأ التخصص Principe de specialité أو التقيد بالغرض . وقد أضافت المادة ٦ من قانون الجمعيات المذكور انه : يحظر على الجمعية أن تحتفظ برصيد نقدي يزيد على ثلاثة أمثال المصروفات السنوية للادارة ، إلا باذن من الجهة الادارية المختصة ».

---

(١) راجع ماسبق ص ١٣٩–١٤١ .

كما قيد نشاطها وكسبها وماليتها بقيود مختلفة كثيرة . وقد استثنى من هذه القيود الجمعيات ذات النفع العام (المادة ٢٤ من قانون الجمعيات) أو ماهو بحكمها ، وربما اعتبرت بعض الشرائع الجمعيات الخيرية أو الثقافية أو العلمية غير خاضعة لقيود الحد من الأهلية (المادة ٥٩ فقرة ٢ من القانون المدني مثلاً) .

وأما فيما يتعلق بالنقابات فقد نص قانون العمل السوري رقم ٢٧٩ وتاريخ ١١ حزيران ١٩٤٧ بأنها تتمتع بالشخصية الحقوقية (ويقصد الاعتبارية) ويحق لها أن تمتلك من الأموال غير المنقولة ماتحتاجه لتحقيق غايتها ، شرط أن تحصل على موافقة الوزارة . (المادة ١٥) الخ ...

وفي كل هذه الحالات ، أو بعبارة أعم ، عند جميع الاشخاص الاعتباريةذات الصفة الخاصة والتي تكون ذات أهمية مالية أو اجتماعية كبيرة ، فان المشرع ، كما رأينا ، قد حد من أهليتها هذه خوفا من سيطرتها أو هيمنتها الاقتصادية أو الاجتماعية ، ويكون هذا التحديد غالباً في أمرين هامين الاول الحد من أهلية الشخص الاعتباري بتقبل الهبات والتبرعات والوصايا . والثاني بمنعه من تملك العقارات ، وفيما عدا ذلك تكون أهلية الوجوب ، عند عدم النص على حد أو قيد كاملة وتامة ، بدليل ان المادة ٥٥ من القانون المدني السوري جعلت الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان ملازماً لصفة الانسان الطبيعية ، وفي الحدود التي يقررها القانون .

٢ ـ اما بالنسبة لاهلية الاداء او الممارسة

وهي القائمة على قدرة الشخص على اجراء التصرفات وممارسة الحقوق ، فان أمرها كذلك يختلف عند الشخص الاعتباري عنه عند الشخص الطبيعي ، وان يكن الاصل فيها أن الشخص الاعتباري أهل مبدئياً لاجراء جميع التصرفات ، وسبب ذلك : أ ـ لان طبيعة الشخص الاعتباري وتكوينه يفرض أن يكون

هذا الشخص الاعتباري بذاته غير قادر أصلا على القيام بالاعمال والتصرفات إلا عن طريق نائب أو ممثل عنه . ب — لأن مبدأ التخصص المشار اليه ، والقائم على التقيد بالغرض الذي من أجله أنشىء الشخص الاعتباري يوجب ، مع تقييد أهلية الوجوب ، تقييد أهلية الأداء تبعاً لذلك . ولهذا فان بحث أهليـــة الأداء عند الشخص الاعتباري يقتضينا أن نبحث — بعـد استعراض أثر مبدأ التخصص في الأهلية — في تمثيل هذا الشخص والنيابة عنه في إجراء التصرفات ، ثم في حق التقاضي والمثول أمام القضاء .

وإذا كان الأصل أن الشخص الاعتباري أهل لاجراء جميـــع التصرفات وممارسة الأعمال الحقوقية ، وبصورة أوضح إجراء العقود على اختـلاف أنواعها ، فان لهذا الأصل قيوداً وحدوداً نص عليها القانون ، وحـدّ فيها من أهلية الشخص الاعتباري بحسب نوعه وغرضه ، وهي تختلف من شخص اعتباري إلى آخر .

فبينا أن الدولة كشخص اعتباري عام له السلطان الذي ليس فوقه سلطان،وله من الأغراض والأهداف مايمكن أن يشمل كل نواحي الحياة ، ومصلحة الجميع ، بحيث تستطيع الدولة مبدئياً أن تجري بواسطة ممثليها كل أنواع التصرفات ، إذ ليس في التشريع مايحد من أهليتها ، فان الهيئات أو الجمعيات الدينية ، أو النقابية مثلا ، شأن المؤسسات الخيرية أو الصحية ، مقيدة في أكثر الشرائع بل في جميعها ، بقيود تمنع على هذه الأشخاص إجراء كثير من التصرفات حتى ولو كانت هذه التصرفات نافعة نفعاً محضاً ، وبين هاتين الحالتين للأهلية المطلقة والمقيدة أحكام وسط يحددها ماجاء في نص القانون لكل نوع من أنواعها .

أ — أما فيما يعود لمبدأ التخصص أو التقيد بغرض الانشاء principe de la spécialité وأثره في أهلية الشخص الاعتباري ، فان هذا المبدأ يكاد يكون من أهم الحجج وأقواها في تقييد أهلية الشخص الاعتباري وتحديد قدرتـــه على إجراء التصرفات والعقود بالنسبة للقائلين بذلك كما رأينـا . فالشخص الاعتباري

— في رأي هؤلاء — غير أهل في الأصل لاجراء تصرف أو عقد لا يتصل بغرض إنشائه . والجمعية الرياضية أو النقابة المهنية مثلا ليست أهلا في شراء الأسهم المالية بقصد الربح أو بقصد آخر ، ولا التبرع لجمعيات خيرية ، ولا كفالة شخص آخر الخ .. مادامت كل هذه الأمور خارجة عن هدف تكوينها وغرض إنشائها ووجودها بل إن الأمر لا يقف عند هذا الحد ، وإنما يتناول أهلية هـذه الأشخاص لقبول العقود والتصرفات ولو كانت نافعـــة نفعاً محضاً ، مادامت غير داخلة في هدفها وغرضها . فلا تستطيع النقابة مثلا أن تقبل هبات بمبالغ طائـلة أو لمعمل تقوم على إدارته ، وبشكل عام لمال مخصص لغير الغـاية أو الغرض الذي أنشىء الشخص الاعتباري من أجله .

ولقد بالغ أصحاب نظرية الفرض القانوني في طبيعة الشخص الاعتباري بالتمسك بهذا المبدأ إلى حد إنـكار الأهلية لهذا الشخص أصلا كما ذكرنا ، معتبرين أن هذا الشخص مادام افتراضاً قانونياً لغرض معـين ، فان هذا الافتراض يزول حين يزول الغرض أو يتبدل ، وبالتـــالي فان الشخص الاعتباري غير أهـل مطلقاً لاجراء التصرفات الخارجة عن هذا الهدف أو غير المتصلة به .

ويذهب هؤلاء إلى القول ان عدم الأهلية هذا مؤيد بالبطلان بحيث تكون تصرفات الشخص الاعتباري فيما يتجاوز حدود الغرض الذي أنشيء من أجله ، باطلة في ذاتها .

على أن هذا الرأي — جملة وتفصيلا — لم يؤيده كثير من الفقهاء وخصوصاً أولئك الذين يتمسكون بنظرية الوجود الواقعي للشخص الاعتباري ، ولا سيما من حيث القول بالبطلان المطلق للتصرف ، وإن كان الجميع متفقين على وجوب تقييد الشخص الاعتباري مبدئياً بالغرض الذي أنشيء من أجله ، ولكن دون أن يؤدي ذلك إلى اعتباره غير أهل مطلقاً لاجراء التصرفات غير الداخلة في غرضه. ودون

أن تعتبر حتما مثل هذه التصرفات باطلة أصلا [1] .

وإذا كنا نستطيع أن نمثل اختلاف الرأيين ، الأول القائل بعـــدم الأهلية وبطلان التصرف أصلا ، والثاني القائل بجواز إجراء التصرف وعـدم بطلانه ، باختلاف الوضع عنـد الشخص الطبيعي في حالة السن ، فان مثل هذا التمثيل ينتهي بنـا إلى تشبيه الشخص الاعتباري بحسب الرأي الأول بالصبي غير المميز في كل تصرف يخرج عن غرض انشائه ، وإلى تشبيهه بحسب الرأى الثاني ، بالصبي المميز بحيث لايكون التصرف باطـلا من أساسه وإنمـا يكون قابلا للابطال بحسب الأحوال [1] .

والحقيقة ان مبدأ التخصص هذا يقيد أهلية الوجوب كما يقيد أهليـة الأداء عند الشخص الاعتباري . ومتى كانت أهلية الوجوب عنده مقيدة ومحدودة ، فمن الطبيعي أن لايكون قادراً على ممارسة أمور ، أو اجراء تصرفات هو في الأصـل لايمكن أن يكون صاحبها أو مالكا لآثارها .

على أننا لو رجعنا إلى نص قانوننا لوجدنا أن الفقرة ب من البند ٢ من المادة ٥٥ قد نصت أنه يكون للشخص الاعتباري : « أهلية في الحدود التي يعينها سند انشائه أو التي يقررها القانون » .

ومن هذا النص يتضح أن القانون المدني قد اعتبر أن للشخص الاعتباري أهلية كاملة في الأصل ، ولكنها مقيدة في أمرين . الأول الحدود الـــتي يعينها سند الانشاء ، أي تماما مبدأ التخصص المشار اليه ، والمقرر بالسند الذي أنشىء فيه الشخص الاعتباري . والثاني الحدود الـــتي يقررها المشرع ليقيد بها أهلية الشخص الاعتباري نفسه . وإذا لم يكن هذا النص صريحاً في تفضيل أحـد المذهبين ، والأخذ بواحد منها دون الآخر ، إلا أننا نعتقد أنه من المرجح في رأينا أن نعتبر التصرف فيما يتجاوز الحدود المعينة بسند الانشاء أو المقررة في القانون

---

(١) راجـع مناقشة ذلك وتفصيل هذا الرأي في ميشو وتروتابا ، المرجـع السابق ص ١٥٢ ـ ٢٠٤

غير باطل في ذاته ، مالم يكن هناك نص خاص على هذا البطلان ، وإنما يكون قابلا للابطال من أصحاب المصلحة أو السلطة الادارية صاحبة الرقابة ، لان مثل هـذا البطلان لا يصح أن يستنتج استنتاجاً مع خلو النص منه ، ومع امكان اجرائه فعلا دون مانع ظاهر .

ولكن من الذي يقوم بهذه التصرفات باسم الشخص الاعتباري ومن الذي يوضح إرادته ويبين عنهـا ؟ من الذي يوجب أو يقبل فيربط الشخص الاعتباري بنتائج إرادته ؟ هذا مايدعونا للبحث في ممثل الشخص الاعتباري أو نائبه .

٣ — ممثل الشخص الاعتباري ونائبه

La representation de la personne morale

لقد نص القانون المدني في المادة ٥٥ فقرة ٣ أنه « يكون للشخص الاعتباري نائب يعبرعن إرادته » . فمن هوهذا النائب الذي يعبرعن إرادة الشخص الاعتباري وما هي طبيعته الحقوقية ثم ما هي صلاحياته ومداها ؟

في الحقيقة ان الشخص الاعتبـاري (مهما اختلفت النظريات المتعلقة بطبيعته الحقوقية التي عللت وجوده وحقيقته) ليست له ارادة مادية حقيقية مباشرة ، إلا عن طريق شخص أوأشخاص طبيعيين يعقلون ويتكلمون، فيؤلفون دماغ الشخص الاعتباري أو عقله من جهة ، ولسانه أو وسائل التعبير عن إرادته من جهة أخرى ولا نستطيع أن نتصور شخصاً اعتبارياً له كيان ووجود فعلي إذا لم يكن له نائب من الأشخاص الطبيعيين يتولى التفكير عنه والـكلام باسمه . ومما لاخلاف فيه أن المقصود هنـا هو النائب أو الممثل المباشر ، وهو غير الموظف أو المستخدم الذي يعمل لدى الشخص الاعتباري بهذه الصفة .

وإذا كانت النظريات المختلفة في الطبيعة الحقوقية للشخص الاعتباري متفقة على ضرورة وجود نائب أو ممثل لهذا الشخص إلا أن الاختلاف النظري بين هـذه

النظريات يبدو كبير الأثر من الناحية العملية ونتائجه التطبيقية في تعيين هذا الممثل وتحديد طبيعته الحقوقية وصفته التمثيلية .

فيذهب أصحاب نظرية الفرض القانوني — وأكثرهم من الفقهاء الفرنسيين — تمشياً مع مفهوم نظريتهم ومدلولها ، إلى ان نائب الشخص الاعتباري سواء أكان شخصاً واحداً أو أكثر هو تماماً بمثابة الوكيل بالنسبة للشخص الطبيعي ، أو هو على أبعد حد بمثابة الممثل القانوني أشبه بالوصي على القاصر ، أو بالقيم على المجنون . ذلك لأن الشخص الاعتباري بحسب هذه النظرية ليس سوى كائن وهمي ، مستقل كل الاستقلال عن أشخاص ومصالح الجماعة التي يتألف منها ، ولهذا كان الشخص أو الاشخاص الطبيعيون الذين يمثلون الشخص الاعتباري ويتكلمون باسمه لاتختلف علاقتهم عن علاقة الوكيل أو الممثل القانوني عند الشخص الطبيعي .

ولقد انتقد هذا الرأي ، ولا سيما من الفقهاء الألمان ، انتقاداً قوياً ، وأكد المنتقدون أن فكرة الوكالة بين النائب والشخص الاعتباري في تمثيله مردودة شكلا ، لأن الوكالة بذاتها عقد يوجب التقاء وتبادل إرادتين ، ارادة الشخص الاعتباري — كموكل — وإرادة الوكيل الممثل ، في حين ان إرادة الشخص الاعتباري الوحيدة ليست إلا إرادة الوكيل نفسه ، ولا إرادة للشخص الاعتباري إلا من خلال إرادة الممثل أو الوكيل . اما قبل وجود الممثل فلا إرادة للشخص الاعتباري أبداً (١) . وحتى إذا افترضنا أن الهيئة العامة هي التي تعين أو تنتخب المديرين أو الممثلين ، فان هذه الهيئة العامة تعتبر بذاتها ممثلا للشخص الاعتباري او بحكم الممثل ، لأنها ليست هي كل الشخص الاعتباري (١) .

أما فكرة الشخص القانوني repsrésentation légale ، فانها أقرب للقبول ، لأن التمثيل القانوني لايوجب سبق الارادة والاتفاق بين الوكيل والموكل كما في

(١) راجع ميشو تروتابا ، المرجع السابق ج ١ نبذة ٥٩ ص ١٣٢ .

الوكالة ، بل يقوم على تمثيل مفترض أو لازم بحكم القانون ، وهذا أكثر اتفاقاً مع نظرية الفرض القانوني ، لأنه يعطي للدولة سلطاناً أكبر في التدخل بشؤون الشخص الاعتباري . وقد شبه القائلون بهذا النوع من التمثيل ، ممثل الشخص الاعتباري بممثل القاصر مستثنين من ذلك الدولة لأنها هي التي تسمي ممثليها .

ومع ذلك فان هذا الرأي كذلك قد انتقد من الفقهاء الالمان ، لأن التمثيل بهذا المعنى ينتهي أيضاً إلى اعتبار وجود شخصين مستقلين هما الشخص الاعتباري من جهة والممثل من جهة أخرى ، في حين ان الفقهاء المذكورين — وهم غالباً أصحاب نظرية الوجود الواقعي — يؤكدون أن الممثل ليس إلا عنصراً أو جزءاً من الشخص الاعتباري نفسه ، لا شخصاً آخر ممثلا له ومستقلا عنه . ولذلك فانهم يفضلون على التمثيل القانوني مفهوم التمثيل الذاتي القائم على أن الممثل ليس في الواقع سوى أحد عناصر الشخص الاعتباري نفسه وجزء من كيانه حين تأسيسه، وهو ما أطلقوا عليه اسم العضو الاداري في الشخص الاعتباري Organe . ويعتبر ممثلا أو عضواً إدارياً في الشخص الاعتباري كل هيئة أو شخص أو أشخاص يتمتعون بحسب سند انشاء الشخص الاعتباري ، أو بحكم القانون بسلطة التقرير والتنفيذ سواء كان هذا العضو هيئة عامه أو مجلس ادارة أو مديرين متعددين أو مديراً واحداً .

ففي الشركة المساهمة مثلا تكون الهيئة العامه للمساهمين بمجموعها جهازاً إدارياً ممثلا للشركة مهمتها تقرير الأسس والامور الرئيسية ، ويكون مجلس الادارة عضواً ممثلا مهمته تنفيذ ماتقرره الهيئة العامة وإدارة الاعمال ، وأخيراً يكون رئيس هذا المجلس — في بعض الحالات — هو الذى يمثل الشركة أو شخصها الاعتباري في المعاملات . وقل مثل ذلك بالنسبة للجمعيات . أما في المؤسسات ، فان الشخص الطبيعي الذي ينص سند انشاء المؤسسة على أن يمثلها يعتبر العضو التنفيذي لها وجزءاً من كيانها ، ولا يؤثر في صفته هذه إمكان تبدل هذا الشخص وتغييره .

وقد لاقت هذه النظرية رواجاً وقبولا عند كثير من الفقهاء لا في ألمانيا وحدها بل وفي فرنسا أيضاً حتى اعتبرت أنها أفضل النظريات تصويراً للواقع واتفاقاً معه (١) . فهي تمتاز في أنها تدمج الممثل في صميم الشخص الاعتباري وحياته الحقوقية بكاملها ، حتى ولو كان الممثل شخصاً طبيعياً واحداً ، بحيث يكون الممثل كعضو إداري للشخص الاعتباري ، له صلاحيات أوسع ، وسلطات أكمل في تمثيل الشخص الاعتبارى والتكلم باسمة ، وإجراء التصرفات الخاصه به تماما كما يجريها الاشخاص الطبيعيون بالنسبة لهم . ويترتب على هذه النتيجة أمور هامة ، إذ لاتشمل سلطة الممثل في هذه الحالة التصرفات القولية ، والاعمال الحقوقية على اختلافها فحسب ، بل تشمل أيضاً التصرفات الفعلية، بحيث يمكن ان يسأل الشخص الاعتباري عن مخالفات أو جرائم مرتكبة من الممثل باسمة ، وأن يتحمل نتائجها فيما عدا العقوبة الجسدية (٢) كما يمكن أن يسأل عن سوء النية وحسنها الخ . . . مما يصعب تصوره في حالة الوكاله أو التمثيل القانوني العادي .

على أن ثمة فقهاء قد انتقدوا هذه النظرية أيضاً أمثال دوكي Duguit (٣) معتقدين أنها غير مقبولة واقعياً لأن التمثيل الذاتي هذا يتناقض مع الامكان الواقعى، مادام الشخص الاعتباري لايستطيع أن يظهر إرادته في تعيين ممثله إلا عن طريق نفس الممثل بحيث يكون هو الممثل وهو الممثل أو بحيث يكتسب الصفة قبل أن توجد . . غير أن هذه الانتقادات قد رفضت على اعتبار أن الممثل الذاتي لايحتاج إلى إرادة ،

---

(١) راجع تحليل هذه النظرية وقيمتها في ميشو وتروتابا ، المرجع السابق ج ١ نبذة ٦٠ وما بعدها .

(٢) راجع المرجع السابق نبذة ٦١ ص ١٣٥

(٣) راجع مطول الحقوق الدستورية Traité de Droit constitutionnel الطبعة الثانية ج ١ ص ٢٦٠ وج ٢ ص ٥٦٤ .

ونعتقد أن هذه النظرية هي التي تسود أكثر التشريعات الحديثة والتطبيقات القضائية والواقعية . وقد أراد ميشو وتروتابا (١) أن يضيف إلى النظرية قيدين أو ملاحظتين لتكون مقبولة نهائياً . الملاحظة الأولى هي أنه يجب في كل الاحوال أن لانعتبر أن بين العضو الاداري، الممثل الذاتي للشخص الاعتباري وبين دماغ وأعضاء الشخص الطبيعي المماثلة تطابقاً تاماً رغم التشابه ، والملاحظة الثانية أن الممثل الذاتي أو العضو الاداري في الشخص الاعتباري ليس هو كل هذا الشخص الاعتباري كما قال بعضهم ، بل هو جزء يقبل التبديل دون أن يؤثر على النتائج .

وفيما عدا ذلك فان النظرية كما ذكرنا تبدو أكثر انطباقا على الواقع والمصلحة من النظريات الأخرى ، ويبدو أثرها وأهميتها في حق التقاضي والمثول أمام القضاء .

٤ – حق التقاضي والمثول امام القضاء Droit d'ester en justice

ويعتبر من الامور الطبيعية التي تنجم عن وجود الشخص الاعتباري ككيان تام ، وعن أهليته في إجراء التصرفات ، وتمثيله في ذلك من قبل نائب أو ممثل قانوني أو نظامي ، أن يكون للشخص الاعتباري حق المثول أمام القضاء ، وان يتمتع بحق التقاضي كما يتمتع به الشخص الطبيعي . لأن هذا الحق من مستلزمات كيان الشخص ووجوده ، ومن نتائج أهليته وقدرته على إجراء التصرفات ، إذ أن حرمان الشخص الاعتباري منه لايبقى له أية قيمة فعلية ، ولذلك لايشك أحد في الحق المذكور ، بلا لعله ليست هناك ثمة حاجة أو ضرورة لأن نفرد له بحثاً مستقلا لولا أن نكران الشخص الاعتباري في القديم جعل البعض يظنون ان الشخص الطبيعي وحده هو الذي يستطيع أن يمثل أمام القضاء.

(١) المرجع السابق نبذة ٦٣ ص ١٤٠ الى ١٤٣ .

ولولا أن هناك ثمة أموراً وأحوالاً خاصة في مدى استعمال هذا الحق ونتائجه كانت وماتزال موضع نقاش ومحل بحث ربما كان مبعثها الخلاف على الطبيعة الحقوقية للممثل كما أشرنا إلى ذلك قبل قليل .

ولكن ماهي الحقوق والدعاوي التي يستطيع الشخص الاعتباري أن يمارسها وأن يكون له حق التقاضي فيها ؟ نعتقد أن الاصل هو أن الشخص الاعتباري يملك ممارسة كل الدعاوي والحقوق التي لايمنعه القانون من ممارستها أو التمتع بها . فالشخص الاعتباري إذن يستطيع أن يكون مدعياً ومدعى عليه ومتدخلا أمام جميع المحاكم وبنفس الوضع والحكم للاشخاص الطبيعيين ، فيما عدا الحقوق والدعاوي التي تلازم صفة الانسان كشخص طبيعي لايمكن للشخص الاعتباري أن يتمتع بها ، كدعاوي الاحوال الشخصية وحقوق العائلة .

على أن الأمر الهام في حق التقاضي هو في تحديد المصالح التي يمكن للشخص الاعتباري أن يدافع فيها تبعاً للقاعدة الأصولية القائلة أن الادعاء مرتبط بالمصلحة وان الدعوى لاتقبل إلا من صاحب المصلحة . فقالوا ان الأصل ان حق التقاضي هذا قاصر على مصالح الشخص الاعتباري نفسه ومصالحه فقط . وإذا كان هذا يبدو طبيعياً وسهلاً إلا أن هناك ثمة صعوبات عملية في تحديد مصلحة الشخص الاعتباري هذه ، لاسيما بالنسبة لبعض الجمعيات التي تكون صلاتها مع أعضائها وثيقة كالنقابات المهنية ، بحيث تختلط أحياناً مصلحة الافراد مع مصلحة الشخص الاعتباري نفسه.

ويعتقد الاستاذان ميشو وتروتابا [1] ان السبب الذي يؤدي إلى هذه الصعوبة والتردد هو نسيان الفكرة الأساسية القائمة على أن سبب وجود هذه الجمعيات أو النقابات المهنية إنما هو لتحقيق هدفها الذي لايقتصر على الذمة المالية الخاصة للشخص الاعتباري نفسه ، وإنما يتناول كذلك وقبل كل شيء — ولاسيما

(١) المرجع السابق ج ٢ ص ٢١٠-٢١١

بالنسبة للنقابات المهنية — حق الدفاع الجماعي والمشترك عن مصالح المنتسبين إلى النقابة بجميع الوسائل المشروعة ومن ذلك حق التقاضي ، وان الدفاع عن المصالح الجماعية أو المشتركة لهؤلاء هو بالوقت ذاته دفاع عن مصالحهم الفردية والشخصية .

وبالاستناد إلى هذا المبدأ استقر الفقه والقضاء ثم تبعهما في ذلك التشريع ، سواء في بلادنا أو البلاد الاخرى ، على قبول هذه الاشخاص الاعتبارية ، ولاسيما النقابات المهنية ، في حقها بالتقاضي باسم أعضائها أو إضافة إلى المنتسبين اليها ، وبصورة خاصة عند المطالبة في أمور عامة يعود نفعها ، أو دفع ضررها على جميعهم أو بعضهم ، أو تؤلف مبدءاً عاماً بالنسبة للشخص الاعتباري وأعضائه (١).

وإذا كان كل من التشريع والفقه والقضاء في عصرنا الحاضر لايشك مطلقاً في حق الشخص الاعتباري بالتقاضي بنفس الدرجة والأسباب التي يتمتع بها الشخص الطبيعي فان ثمة خلافا حول مدى حق الشخص الاعتباري في الاقرار وحلف اليمين.

أما الاقرار ، فان بعض الفقهاء ذهب إلى أن ممثل الشخص الاعتباري لايمكنه أن يقر أو يعترف عن هذا الشخص ويحمله نتائج إقراره (٢) لاسيما حين يكون هذا الشخص من أشخاص الحقوق العامة كالدولة ، وربما شبه بعضهم الشخص الاعتباري في ذلك بالقاصر ، أو الوكيل المقيد بما هو في مصلحة الموكل وهذا مايتصل بالنظرية الاولى من نظريات طبيعة ممثل الشخص الاعتباري الحقوقيه التي لم تعد اليوم مقبولة . اما بحسب النظرية الاخيرة ، فان اعتبار النائب ممثلا ذاتياً وعضواً إراديا Organe كما ذكرنا . يجعل إقراره ملزماً للشخص الاعتباري

---

(١) المرجع السابق ص ٢٠٦ـ٢٠٧

(٢) راجع مثلا : اورونزو كورتا ، في هامش ميشو وتروتابا ، المرجع السابق ج ٢ ص ٢٠٦ هامش (١) .

كما يلزم الشخص الطبيعي باقراره . على أن ثمـــة قيداً طبيعياً لقبول الاقرار من ممثل الشخص الاعتباري والزام هذا الأخير به ، هو ان لايتناول الاعتراف أو الاقرار إلا حقاً منازعا فيه ، يمكن التنازل عنه أو التصرف فيـه ، وبالاستناد إلى ذلك فان ممثلي الجمعيات أو المؤسسات لايحق لهم الاعتراف بحقوق لايملك الشخص الاعتباري التصرف فيهـــا إلا باذن خاص أو باصول خاصة [1] . وهـذا مايوضح سبب عدم قبول إقرار بعض ممثلي الحقوق العامـة التي قيـــد تصرفها بحقوقها بشروط أو أصول معينة قلما تتوافر في إقرار الممثلين .

أما توجيه اليمين وحلفها أو الامتناع عن حلفها ، من قبل الشخص الاعتباري، فقد كان أكثر مناقشة ومقاومة من أمر الاقرار . ومن الطبيعي أن لايجيز الذين قالوا بنظرية الفرض القانوني ، أو بنظرية التمثيل الاتفاقي أو القانوني ، توجيه اليمين الى ممثل الشخص الاعتباري ، كما لايجوز أن توجه الى الوكيل أو الوصي بالنسبة للشخص الطبيعي ، إلا إذا كان ذلك من أجل عمل شخصي يتعلق بالممثل ، وكان هـــذا الممثل طرفاً شخصياً في النزاع ، وعلى أن لاتؤثر نتائج اليمين إلا على الممثل وحده .

ويذهب البعض الآخر الى إمكان توجيه اليمين الى الممثل ، ولو لم يكن طرفاً شخصياً في النزاع ، وان يكون لذلك أثره على الشخص الاعتباري نفسه ،ولكن في حالة واحدة وهي ما إذا كانت اليمين موجهة على أعمال شخصية للممثل تتعلق بالشخص الاعتباري وتدخل في صلاحيات الممثل وحدود سلطته [2] .

على أن أصحاب الرأي القائل باعتبار الممثل عضواً ادارياً وجزءاً من الشخص

---

(١) المرجع السابق ص ٢٠٦ـ٢٠٧

(٢) راجع دوموك ، الالتزامات ج ٧ نبذة ٥٦٠ـ٥٩١ ، ميشو وتروتابا ، المرجـــع السابق ج ٢ نبذة ٢٦١ ص٢٠٧ .

الاعتباري — وهم في الأصل من القائلين بان طبيعة الشخص الاعتباري حقيقة واقعية — يذهبون إلى أن ممثل الشخص الاعتباري يختلف عن ممثل الشخص الطبيعي من وكيل أو وصي ، وان اليمين توجه للممثل عن الشخص الاعتباري ، لاسيما حين يكون مالكا لحق المصالحة . وتوجه له اليمين ،لامن أجل أعماله فحسب ، بل كذلك من أجل أعمال الممثلين الذين سبقوه ، ما دامت هذه الأعمال مسجلة في دفاتر الشركة أو قيودها ، ومادام الممثل قادراً على الاطلاع عليها ومعرفتها (١) . وهذا مايختلف فيه ممثل الشخص الاعتباري عن ممثل الشخص الطبيعي .

★ ★ ★

(١) راجع تفصيل هذا الرأي في ميشو تروتابا المرجع السابق ج٢ ص ٢٠٨ .

المبحث الثالث

أنواع الشخص الاعتباري

الأشخاص الاعتبارية كما تبين من البحوث السابقة ليست نوعا واحداً ، واذا كانت الأحكام العامـــة والمبادىء المختلفة التي أشرنا اليها في مفهوم الشخص الاعتباري وطبيعته وحالته المدنية قـد تنطبق في الأصـل على جميع الاشخاص الاعتبارية أو أكثرها ، الا أن ثمة اختلافات في هذا التطبيق لابـد من ملاحظتها بين نوع وآخر من الأشخاص الاعتبارية المختلفة ، الى جانب الأحكام الخاصـة التي يختص بها كل نوع من هذه الأنواع .

والأمر الذي لابـــد من بحثه أولاً هو التفريق بين الأشخاص الاعتبارية للحقوق العامة ، والأشخاص الاعتبارية للحقوق الخاصة ، لذلك فسنذكر في فصل أول مباديء هذا التفريق وأحكامه وفائدته . ثم نستعرض في فصل ثان أنواع الأشخاص الاعتبارية للحقوق الخاصة بايجاز واختصار .

الفصل الأوّل

التفريق بين الأشخاص الاعتباريه للحقوق العامه والحقوق الخاصه

يؤكد المؤلفون والفقهاء في كثير من البلاد ان من المهم التمييز بين الأشخاص الاعتبارية للحقوق العامة ، والأشخاص الاعتبارية للحقوق الخاصة ، لا من الناحية العلمية النظرية فحسب بل ولضرورات عملية تطبيقية (١) .

ويذكرون تأييداً لذلك جميع الأسباب التي تذكر عادة للتفريق بين الحقوق العامة والحقوق الخاصة بوجه عام ويضيفون اليها أسباباً أخرى منها ان النظم التشريعية التي تخضع لها المؤسسات العامة تختلف كل الاختلاف عن النظم التي تخضع لها أشخاص الحقوق الخاصة ، فلكل من هذين النظامين مبادئه الخاصة به ، وأثره تجاه السلطة الادارية . كما أن الأشخاص الاعتبارية للحقوق العامة تتمتع بوسائل وامتيازات أوسع بكثير من تلك التي تتمتع بها أشخاص الحقوق الخاصة ، وبالوقت ذاته تكون حرية العمل لدى أشخاص الحقوق العامة أقل من حرية أشخاص الحقوق الخاصة نظراً لارتباطها بالدولة وتبعيتها لها . وبذلك

---

(١) راجع مقال الاستاذ شينوفيتا Gino VittP الايطالي في مزيج موريس هوريو Melanges Maurice Hauriou ، باريز ١٩٢٩ ص ٧٦٥ ومابعدها .

فان تعريف المؤسسات العامة ، وبتعبير آخر الاشخاص الاعتبارية للحقوق العامة، يوجب تطبيق المبادىء القانونية ذات العلاقة بالادارة العـــامة . واذا اختلفت التشريعات المتعلقة باشخاص الحقوق العامة من دولة الى أخرى ، فاننا مع ذلك نجد أن هناك دوماً بينها ثمة عناصر مشتركة ، يسودها طابع مستوحى من الضرورات التي تفرضها الادارات العامة في كل بلد متمدن (١) .

ولئن كان بحث الاشخاص الاعتبارية للحقوق العامة انما يعود في الاصـــل الى مباحث الحقوق العامة والادارية ، ولا يدخـــل في صميم الحقوق الخاصة والمدنية ، الا أن التفريق بين الزمرتين ، يوجب علينا أن نوجز هنـا أهم المبادىء التي تتميز بها اشخاص الحقوق العامة ، لاسيما بعد أن تعرضت الى ذلك المـادة ٥٤ من القانون المدني في متنها ، معددة جميع الاشخاص الاعتبـــارية ، العامه منها والخاصة .

وعلينا أن نشير منذ الآن الى أن الاختلاف كبير جـــداً بين الفقهاء في تحديد الاشخاص الاعتبارية التابعة للحقوق العـامة ، والعناصر المميزة لهـذا التحديد . ويكاد يذهب أكابر فقهاء الحقوق العامة الفرنسيين (٢) الى وجوب تقييد هذه الصفة في الاشخاص الاعتبارية ، فيجعلون الاصل في هذه الاشخاص تابعاً للحقوق الخاصة ، الا ما تأكد أنه قد استجمع العناصر التي تدخلها حظيرة الحقوق العامة . ولعل هذا ماأرادته المـادة ٥٤ من قانوننا المدني حين عـددت جميـع انواع الاشخاص الاعتبارية مبتدئة بأشخاص الحقوق العامة اولاً ثم معددة الانواع الباقية .

---

(١) المرجـع السابق .

(٢) راجـع جه ز jéze ، مبادىء الحقوق الادارية ، ص ٢٤٧ وما بعدهـــا ؛ دوكي Duguit المرجـع السابق ج ٢ ص ٥٤ وما بعدها ؛ هوريو M- Hauriou ، الوجيز في الحقوق الادارية ١٩٢١ ص ٢٠٣ ومابعدها ؛ ميشوتروتابا . المرجـع السابق ج ١ ص ٣٦٠ وما بعدها الخ ...

أما تلك العناصر التي يجب أن تتوافر في الشخص الاعتباري ليعتبر من اشخاص الحقوق العـــامة ، فهي أولاً ان يقوم بأداء خدمة عامة . والخدمة العامة service public في رأي هوريو خدمة فنية (عـدا القضاء والتشريـع) متصلة ومنتظمة تقدم الى المواطنين لسد حاجة عامة ومتصلة بالنظام العـــام (١) . فلا يجب أن يكون له ، في رأي هوريو ، أي غاية نفعية او هدف في الربـح . كما يجب فوق ذلك أن يكون الشخص مرتبطاً في اعمـاله بالادارة العـــامة ؛ ويخضع ذلك لتقدير القضاء . ويضيف هوريو الى جميـع هذا أنه يجب للقول بوجود المؤسسة العامة أن يكون القانون قد اعترف صراحة بها كذلك ، وهذا هو اول المعايير ، او أن تكون داخلة في صميم اعمال الادارة ، سواء في اشخاصها ، بوصفهم موظفي دولة ، ويعملون في المؤسسة او يمثلونهـا بهذه الصفة ، وسواء في ماليتها التي تتصل بصندوق الدولة وخزينتها ، اي يجب أن يجتمع هذان الأمران معاً مادام ليس هناك نص صريـح بالاعتراف بالمؤسسة صراحه بأنها مؤسسة عامة (٢) .

ولعل المشرع عندنا في المـادة ٥٤ من القانون المدني قد ذهب في ذلك مذهباً خاصاً حين تعمد في هذا النص تحديد وتعيين من يعتبر شخصاً اعتباريا عاماً

---

(١) الوجيز في الحقوق الادارية ، المرجـع السابق ص ٢٥ ومابعدها .

(٢) على أن بعض المؤلفين لايرى هذا التشدد فى الشروط لاعتبار المؤسسة (وشخصيتها الاعتبارية) ذات صفة عامة . ويرون ان عـصرها بالمؤسسة التي تغذي الدولة خزينتها او تقـدم لهـا الاموال لتحقق هدفها ، والتي يقوم على ادارتها بالوقت ذاته اشخاص موظفون من قبل الدولة ، تضييق لايتفق مع الواقع ، فيشو وتروتابا مثلا (المرجع السابق ص ، ٢٢٠ ـ ٢٢١) يريان ان ثمة مؤسسات عامة تعتبر تابعة للحقوق العامة ، كالمؤسسات الخيرية (او الوقفية) يديرها ويشرف عليها أفراد عاديون ، وقد تأخذ من الدولة اعانة ، كما ان مؤسسات تنال اعانات كبرى من الدولة ولكن صفتها تبقى خاصة كبعض المدارس والارساليات ؛ ولذلك كان المعيار المقترح غير صحيح . ويضيفان الى انه يجب ان نعتبر كمعيار وقاعدة عامة لهذا التفريق القاعدة القائلة انه في حالة الشك يجب القول بتفضيل صفة المؤسسة العامة ، لان هذه الصفة تعطي المؤسسة حرية أوسع في التعامل مما يتفق مع الحرية المطلوبة ولاسيما بالنسبة للنقابات .

وتابعاً للحقوق العامة . اذ اعتبر في الفقرة الاولى من هـــذه المادة ان الدولة والمحافظات والبلديات وفقاً للشروط التي يحددها القانون والمؤسسات العامة وغيرها من المنشآت التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية ، تؤلف الاشخاص الاعتبارية للحقوق العامة ، وقد استعمل المشرع السوري تعبير « المؤسسات العـــامة » في حين القـــانون المصري استعمل تعبير « الادارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة » ، وكلاهما اراد ترجمة التعبير الفرنسي établissement public . بحيث يمكن القول ان القانونين قد قيدا بهذه الفقرة الشخص الاعتباري للحقوق العامة بالمؤسسات والمنشآت العامة من ادارات ومصالح مختلفة يمنحها المشرع هذه الصفة . فاذا اعتبرت هذه الفقرة احترازية وحصريه في تعداد الاشخاص الاعتبارية للحقوق العامة — وهو مانعتقده ونفضله — فان ذلك يعني أن اشخاص الحقوق العـــامة بحسب هـذا النص قاصرة على المؤسسات العامة او غيرها من المنشآت التي ينص القانون الخاص بانشائها على منحها صفة الشخص الاعتباري للحقوق العامة . فالأمر إذن يعود الى المشرع الذي يعطي المؤسسة الشخصية الاعتبارية العامة .

وجدير بالذكر ان الحقوق الفرنسية عرفت الى جانب المؤسسة العـــامة établissemont public (ويدخل فيها جميع دوائر الدولة وأجهزتها المنشأة فيها والمرتبطة مبـاشرة بالادارة سواء كانت تتمتع باستقلال مالي او اداري كالبلديات والجامعة والمصرف المركزي الخ . . . او لم تكن) قلنا عرفت الى جانبها مؤسسة أخرى سميـت بالمؤسسة ذات النفع العـام d'utilitè publique ؛ ويقصدون بذلك الجمعيـــات والمؤسسات التي قد ينشئها الافراد — اي لا تنشئها الدولة مباشرة وتربطها بها كالمؤسسات العـــامة السابقة ـ غير انها تحقق اعمالا ومشاريع يمكن أن تتصل بخدمة او بمصلحة ذات نفع عام ، وان لم تدخلهـــا الحكومة في اختصاصاتها العامة وأعمالها الحكومية ، وربما أشرفت على تنظيمها ، وأمدتهـا بالمال او ضمنتها من الخسائر . . . (كمؤسسات المواصلات والنقل وأهمها السكك الحديدية او جمعيات جر الميـــاه وتوزيعها في المدن . او غرف المهن الحرة ،

الزراعة والتجارة والصناعة . . . اذا لم يصدر قانون يعتبرها مؤسسات عامة او يربطها بالدولة كما حدث عندنا مؤخراً) .

ويعتقد بعض المؤلفين في الحقوق الادارية عندنا [1] « ان مثل هذا التدخل او التشابه بين المؤسسات العامة وبين مؤسسات الحقوق الخاصة ذات النفع العام لم يقع في سورية ، لأن الطريقة الوحيدة لاحداث المؤسسات العامة هي القانون والقانون يكشف بوضوح عن وجه المؤسسة العامة المحدثة وعملها الاداري وشخصيتها المستقلة ، ثم رقابة الدولة عليهـــا . ولهذا لم يقع أي التباس بين المؤسسات العامة ، وهي من الاشخاص الاعتبارية العامة وبين المؤسسات التي تنظمها الحقوق الخاصة » .

على أننا نعتقد أن المؤسسات ذات النفع العام او الخادمة للمنفعة العـــامة كما كان يترجم النص الفرنسي ، لم تكن مجهولة في سورية ولبنـان ، لأن قانون الجمعيات العثماني الصادر في ٢٩ رجب ١٣٢٧ (١٣ اغستوس ١٣٢٥ شرقي) قد نص في المادة ١٧ منه انه يتوقف لاعتبار الجمعية خادمة للمنافع العامة مصادقة الدولة بمرسوم يصدر بعد موافقة شورى الدولة ، آخذاً ذلك عن قانون الجمعيات الفرنسي الصادر في اول تموز ١٩٠١ . ونعتقد أن ثمة تطبيقات لهذا النص قـد تمت في سورية ، كما في المؤسسة المعروفة بلجنة مياه عين الفيجة بدمشق ، وكما في شركة خطوط شام حماه وتمديداتها [2] .

وهكذا يكون القانون والتطبيق في سورية قد عرف انواعاً من الاشخاص الاعتبارية التي يصح أن تسمى تماماً بالمؤسسات الخاصة ذات النفع العـــام باعتراف الدولة ومصادقتها على ذلك .

---

(١) راجـع الدكتور مصطفى البارودي ، الوجيز في الحقوق الادارية ، الطبعة الثـالثة ١٩٥٦ ص ٣١٩ .

(٢) راجـع صكوك هاتين المؤسستين ونظامهما .

ثم جاء القانون المدني عام ١٩٤٩ (المادة ٨١) وقانون الجمعيات رقم ٤٧ وتاريخ ١٩٥٣/٩/١٢ (الفصل الثامن) فنصا كذلك على أنه يجوز أن تعتبر جمعية أو مؤسسة ما يقصد بها ، تحقيق مصلحة عامة ، « هيئة تقوم بمصلحة عامه » وذلك بمرسوم يصدر باعتماد نظامها ، ويجوز في هذه الحال أن ينص في المرسوم على استثناء الجمعية من قيود الأهلية ، أو يفرض فيه اتخاذ بعض الاجراءات الخاصة للرقابة ، كتعيين مدير أو أكثر من الحكومه الخ ..

وقد أضاف المرسوم التشريعي رقم ٤٧ المذكور أنه يمكن أن يعتبر القصد من انشاء الجمعية بأنها ذات نفع عام إذا كان غرضها خيرياً أو تعليمياً أو للقيام ببحوث علمية الخ .. (المادة ٥٤) كما أضاف أنه يمكن الغاء مرسوم النفع العام في أي وقت كان ، إذا رؤي أن اسلوب عمل الجمعيه وإدارتها قد خرج بها عن غاية النفع العام المحضة ، ويعاد اعتبار الجمعيه آنئذ جمعيه عادية (المادة ٥٥ فقرة ٣) .

ولم يخرج قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٥٨ السابق الذكر والذي الغى أحكام القانون المدني وقانون الجمعيات رقم ١٧ لعام ٩٥٣ ، لم يخرج عن الأحكام الأساسية السابقة الواردة فيها ، وربما أضاف بعض التفصيل فقرر في المادة ٤١ أنه : « تعتبر جمعية ذات نفع عام كل جمعية يقصد بها تحقيق مصلحة عامة يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها كذلك ، كما يجوز بقرار من رئيس الجمهورية سحب صفة النفع العام من الجمعية » .

وقد تضمن هذا القانون الجديد في مواده ٤٢ الى ٥١ الأحكام الخاصة بهذا النوع من الجمعيات ذات النفع العام ، مما يجعلها أكثر سلطاناً في تحقيق أغراضها وممارسة نشاطها من الجمعيات العادية الاخرى كاستثنائها من قيود الاهلية المتعلقه بتملك الاموال والعقارات ، وربما منحها فوق ذلك بقرار من رئيس الجمهورية حق التمتع بما يمكن أن يتمتع به من اختصاصات السلطة العامة نفسها ، كعدم جواز الحجز على أموالها كلها أو بعضها ، وكذلك عدم جواز تملك هذه الاموال بمضي المدة (أي بالتقادم كما هي الحال بالنسبة لأموال الدولة) وجواز قيام الجهة

الادارية المختصه بنزع الملكية (أي الاستملاك) للمنفعة العامة التي تقوم بها الجمعية (المادتان ٤٢ و ٤٣) .

وبالوقت ذاته فقد فرض عليها رقابة أشد ، وتدخلاً أقوى للسلطة الادارية في إدارة الجمعية ذات النفع العام وتولي شؤونها الى حد إعطاء الجهة الادارية ليس فقط حق الرقابة المباشرة عن طريق مفتش معين من الوزير المختص لهذا الغرض وحسب (المادة ٤٤) ، بل وحق إنشاء اتحادات اجبارية بين هذه الجمعيات . بل وحتى دمجها أو توحيد ادارتها أو تعديل أغراضها . . (المادتان ٤٥ و ٤٦) وإلى حد إمكان استبعاد الجهة الادارية كل من ترى استبعاده من المرشحين لانتخابات مجلس إدارة أمثال هذه الجمعيات وحق حضور انتخاباتها (المادة ٧٧) بل وحل مجالسها وتعيين المديرين ، أو مجلس إدارة موقت يتولى الاختصاصات المخولة في نظامها لمجلس إدارتها إذا ارتكبت من المخالفات ما يستوجب هذا الاجراء ولم تر الجهة الادارية حلها ، أو إذا تعذر انعقاد مجلس الادارة أو الهيئة العمومية الخ . . من الأسباب (المادة ٤٨) .

وهكذا تكون هذه الجمعيات ذات النفع العام نوعاً يختلف عن الجمعيات العادية، ويقترب من الأشخاص الاعتبارية العادية .

ونحسب بعد هذه النصوص الصريحة أن الجمعيات أو المؤسسات التي تعتبرها الدولة بصراحة وبمرسوم أو قرار منها أنها هيئة تقوم بمصلحة عامة أو ذات نفع عام ، هي في الواقع ما يقابل التعبير الفرنسي مؤسسة ذات نفع عام Etablissement d'utilité publique ، أو خادمة للنفع العام، وإن تكن هذه الجمعيات أو المؤسسات خاصة في تشكيلها .

ولكن الأمر الدقيق الذي يجب أن نقرره في ضوء ما ذكرنا هو في أي من النوعين يمكن اعتبار هذه الأشخاص : هل هي أشخاص اعتبارية عامة أم خاصة ؟

لقد اختلف الفقهاء الغربيون ، والقضاء الغربي كذلك ، حول هذا الموضوع فبينما ذهب بعضهم إلى ترجيح الصفة العامة على الصفة الخاصة ، اتجه الفقه الحديث

وأغلبية المؤلفين إلى العكس ، مؤكدين أن هذه الأشخاص الاعتبارية ذات النفع العام أو الخادمة للنفع العام ، هي أشخاص خاصه وتابعة للحقوق الخاصة **ما دامت لم تدخل في عداد المؤسسات العامة التي تعتبر وحدها من أشخاص الحقوق العامة** (١) لأنها تقوم فعلاً بتأمين خدمة عامه حقيقية .

فما هو موقف التشريع النافذ عندنا ؟

الحقيقة اننا اذا اعتبرنا أن الفقرة الأولى من المادة ٥٤ من القانون المدني قد عددت أشخاص الحقوق العامة حصراً ، نكون في ذلك قد اعتبرنا حكماً المؤسسات العامة وحدها ، وغيرها من المنشآت التي يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية ، أي بشرط أن تكون مشكلة بنص تشريعي يعطيها هذه الصفة ، هي وحدها التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية العامة ، وأما ما سوى ذلك من أشخاص فهو تابع للحقوق الخاصة بما في ذلك الجمعيات أو المؤسسات ذات النفع العام . أما إذا فسرنا عبارة : « وغيرها من المنشآت التي يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية » بما يفيد أن كل المنشآت أو المؤسسات التي أجاز القانون ، وهو القانون المدني أولاً ، ثم القوانين الاخرى المنظمة للجمعيات والمؤسسات ثانياً أن تكون لها شخصية اعتبارية يمكن أن تكتسب الشخصية الاعتبارية العامة ، فعندئذ نعود الى الصعوبة السابقة والى الخلاف الفقهي والحقوقي القائم حول هذا الاعتبار .

ونعتقد أن المعيار الأفضل في مثل هذه الحالة – إذا ما أخذنا بالتفسير

راجع كابيتان Caqitant ، المدخل لدراسة الحقوق المدنية ، الطبعة الخامسة نبذة ١٦٧ ؛ كولان وكابيتان الحقوق المدنية ج ١ الطبعة السابعة نبذة ٦٤٦ : بلانيول وريبر المطول الابتدائي للحقوق المدنية طبعة ١١ ، ج ١ نبذة ٣٠٣٨ ؛ هوريو الحقوق الادارية طبعة ١١ ص ٢٧٣ الخ ... ميشو وتروتابا ، المرجع السابق ج ١ ص ٢٣٠ – ٢٣١ .راجع الفوارق المختلفة بين المؤسسات العامة والمؤسسات الخاصة ذات النفع العام . في ميشو وتروتابا ، المرجع السابق ص ٢٣٠ – ٢٤٠ .

الأخير للفقرة الاولى من المـــادة ٥٤ ـ أن ينظر إلى مـدى تدخل السلطة فعلياً وعملياً في الجمعية ذات النفع العام ، وحدود سلطانها الفعلي عندما يكون غرض الجمعية يتنـــاول مباشرة خدمة أو مصلحة عـامة من مصالح الدولة ؛ وينظر كذلك إلى الناحية المالية في الجمعية أو المؤسسة سواء في أصل المـال أو في مرده وإلى من سيؤول ، فاذا كانت الدولة هي التي تشرف مباشرة على إدارة المؤسسة ، وهي الـتي تستفيد من نتائج أعمالهـــا وماليتها ، فيفضل عندئذ اعتبارها شخصاً اعتبارياً عاماً ، وإلا فان الصفة الخاصة تبقى هي الغالبة والواجبة الاحترام .

وإذا رجعنا الآن بعد هـذا البحث العام في التفريق بين المؤسسات العـامة ، والمؤسسات أو الأشخاص الاعتبارية ذات النفع العام ، الى تعداد أشخاص الحقوق العامة وفق تشريعنا وعلى الأخص الفقرة الاولى للمادة ٥٤ من القانون المدني ، نجد أنه يوجد تحت هذا النص نوعان من الأشخاص الاعتبارية للحقوق العامـة ، النوع الاول قاصر على الدولة والمحـافظات والبلديات والنوع الثاني يشمل كل المؤسسات والمنشآت العامة مما يعتبر بحسب القانون الاداري أو القانون العام مؤسسة عامة ، أو مما يعطيها القانون هذه الصفة .

فالدولة ، والمحافظات ، والبلديات ، تتمتع بالشخصية الاعتبارية العامة من نفسها ومن غير حاجة إلى أن يمنحها القانون هـذه الشخصية خلافاً للمؤسسات والمنشآت العامة ، اللهم إلا إذا اعتبرنا هذا النص الوارد في الفقرة الاولى من المـــادة ٥٤ المذكورة يعتبر هو الذي منحها هذه الشخصية صراحة .

على أن هذه التعابير ليست واحدة بين القانونين المصرى والسوري . فقـــد جاء في النص المصري بدل المحافظات والبلديات ، المديريات والمدن والقرى . ولعـل السبب في ذلك هـو اختلاف التقسيمات الادارية وتنظيماتهـــا ، واختلاف المصطلحات كذلك . ولكن الذي يستحق البحث والاشارة في كل من النصين هو العبـــارة التي جاءت بعد تعداد هـــذه الاشخاص الادارية ، أي المحافظات

والبلديات في القانون السوري ، والمدن والقرى في القانون المصري ، وهي العبارة التي تقول : « بالشروط التي يحددها القانون » .

نعتقد أنه إذا كان لهذه العبارة محل في النص المصري بالنسبة للمديريات والمدن والقرى حسب القانون الاداري في مصر ، فيبدو أن لامحل عملي لها في النص السوري وربما كانت أدعى للتشويش منها للتفصيل والايضاح . ذلك لأن الدولة منذ أقدم العصور وحتى بالنص المصري لهذه المادة ، لامجال لتقييدها بالشروط التي يحددها القانون لتعتبر شخصاً حقوقياً (١) فهي لاتكون دولة ولا يطلق عليها ذلك إلا إذا استكملت عناصرها . بل حتى ولو أصيبت بهزات في عناصرها المكونة لها ، وخصوصاً في اختلال نظام الحكم فيها ، كما في حالات الانقلابات والثورات ، فان شخصيتها الاعتبارية من الناحية المدنية تبقى قائمة وصحيحة . وإذا قيل أن هذا ربما كان موضع جدل وخلاف في بعض الأحيان ، فاننا لانعتقد أن القانون المدني في هذا النص قد أراد أن يعتبر الدوله غير ذات شخصية معنوية إذا طرأ على حكمها وسلطانها طارىء ، بالنسبة لدستور البلاد الذي هو القانون المقصود في هذا النص ولا سيما في علاقاتها المدنية الدائمة والمتصلة مع الناس ، في الداخل والخارج ، لان المنطق والواقع لايجيز ذلك .

ونستطيع أن نقول نفس القول بالنسبة للمحافظات والبلديات . لان المحافظات أو البلديات إما أن تكون موجودة بحسب القانون الاداري أو لاتكون . فمتى وجدت وجدت معها شخصيتها الاعتبارية ، ومتى فقدت انتهت شخصيتها . وإذا كان القانون المصري قد أورد هذه العبارة في متنه ، فقد قرر في هذا الشأن وكرر — كما جاء في المذكرة الايضاحية — الحكم الوارد في نص المادة ١٣٢ من الدستور المصري القديم ، وهو المتعلق بالمدن والقرى ، مما لاحاجة له ولا مثيل له في سورية .

---

(١) راجع ميشو وتروتابا ، المرجع السابق ج ١ ص ٣٠٠ وما بعدها .

وكان الدستور السوري السابق الصادر في حزيران ١٩٥٣ قد تضمن نصاً صريحاً بتمتع الدولة والمؤسسات العامة والخاصة والنقابات الخ ... بالشخصية الحقوقية سواء باعطائها حق التملك والتصرف ، وسواء بالاكتفاء بالتصريح بتمتعها بهذه الشخصية ، غير أنه لم يقيدها بنص عام كهذا القيد إلا من حيث التملك ، وهو مايتعلق بحالة الشخص الاعتباري وآثاره وهو مابحثناه في المبحث السابق . ومهما يكن الأمر فان هذا القيد لابد من الواقع والقانون لهؤلاء الأشخاص الاعتبارية العامة .

ولكن ثمة موضوعاً هاماً يستحق البحث قبل أن نختم هذا الفصل هو التساؤل هل ان تعداد الأشخاص المذكورة في هذه الفقرة الأولى للمادة ٥٤ تعتبر قد وردت على سبيل الحصر ، أم أنها وردت على سبيل المثال ، وإنه يمكن اعتبار أنواع أخرى غير المذكورة أو المعدة في هذه الفقرة ، أشخاصاً اعتبارية عامة قياساً أو توسعاً ؟

ذهب البعض(١) إلى أن هذا التعداد غير حصري ، وإنما ورد على سبيل المثال بحيث يمكن أن يشمل أنواعاً أخرى غيره .

ونحن نعتقد أن هذا التعداد حصري واحترازي ، لايمكن التوسع فيه أو القياس عليه . وذلك : أ ــ لأن المادة ٥٤ ذكرت صراحة في مطلعها ومنتهاها مايستفاد منه هذا الحصر ، فابتدأت بالقول أن الاشخاص الاعتبارية هي ... ثم عددت بفقرات متتابعة هذه الاشخاص الاعتبارية المختلفة ثم ذكرت في الفقرة الاخيرة إمكان إيجاد أشخاص اعتبارية غير المعددة في فقراتها ولكن بتدخل الشارع ونصه ، بمعنى أنه لايمكن الاعتراف على صور أخرى للشخصية الاعتبارية، غير المعدودة سابقاً ، إلا بقانون جديد . ب ــ لان الصور المعددة في الفقرة

---

(١) راجع الدكتور مصطفى البارودي ، الوجيز في الحقوق الادارية ، الطبعة الثالثة ص ١٤٥ ــ ١٤٦ .

الاولى تشمل كل مؤسسة عامة او غيرها من المنشآت العامة ، لا مؤسسات معينة منها ، وهذه يشمل من حيث الواقع كل ما يدخل في اشخاص الحقوق العامة التي نعرفها اليوم . فاذا أوجدت الحياة العامة في المستقبل انواعاً جديدة او صوراً للاشخاص الاعتبارية العامة - لاتعتبر مؤسسات أو منشآت عامة بوجه عام وهو مايبعد تصوره - فان هذا النص الحاضر لايشملها إلا إذا منحها القانون شخصية اعتبارية بنص صريح . وما دام الحكم في ذلك هو الشارع ونصه ، ولذلك فان ما ذكر في هذه المادة يعتبر حصرياً واحترازياً .

وبالنظر لان اشخاص الحقوق العامة المعددة في الفقرة الاولى من المادة ٥٤ ، ترجع في دراستها وتفصيلها إلى الحقوق العامة ، لذلك فاننا نكتفي بهذا القدر من البحث [1] .

★ ★ ★

(١) راجع تفصيل البحث في ميشو وتروتابا . المرجع السابق ج ١ ص ٢٦٨ وما بعدها

الفصل الثّاني

اشخاص الحقوق الخاصة وانوعها

ان من ابرزها ما عرفته الحقوق وبحثته مؤلفات الفقهاء في اشخاص الحقوق الخاصة وانواعها هو التمييز بين نوعين رئيسيين بارزين هما : الجمعيات والمؤسسات ، وذلك على اعتبار ان جميع الصور والاشكال المختلفة لاشخاص الحقوق الخاصة يمكن ان تنضوي تحت هاتين الزمرتين ؛ وعلى اعتبار ان الاولى تعني التكتل عن طريق تجمع الاشخاص ، وأن الثـــانية تعني مجرد مجموعات الاموال التي تخصص لغرض معين ، كما سبق وأوضحنا من قبل (١) .

ويضيفون كذلك ان في كل من هذين النوعين الرئيسيين او هاتين الزمرتين البارزتين ، يمكن ان نجد تمييزاً او انواعاً أخرى تقوم على اساس الغرض الذي يسعى الشخص الاعتبارى الى تحقيقه من حيث كونه مادياً مالياً ، أو معنويـاً أدبياً غير مادي ، ويبدو هذا التقسيم الثاني واضحاً في التكتل عن طريق تجمـع الاشخاص ، اذ تنسلخ الشركات ذات الغرض المالي القائم على الربـح ، مدنية كانت أو تجارية ، عن الجمعيات التي تهدف إلى أمور معنوية غير الربـح . على أنه

---

(١) راجع ماسبق مفهوم الشخص الاعتباري واركانه : راجع كذلك الدكتور شفيق شحاته المرجع السابق ص ١٢٥ ومابعدها .

اذا كان الاصل في الجمعيات انها لاتهدف الربح المادي ولاتقوم عليه فان الحيـاة وتطورها ولا سيما في القرن الاخير قد حملت لنا أنواعاً جديدة من الجمعيات التي يختلط فيها الغرض المالي مع الاغراض المعنوية . والتي لايزال الخلاف قائمـاً حول طبيعتها كما في حال التعاونات او الجمعيات التعاونية كما سنرى .

واذ عدنا إلى تعداد الأشخاص الاعتبارية للحقوق الخاصة ، حسب ما نصت عليه المادة ٥٤ من قانوننا المدني ، نجد ان هذه الاشخاص قد حددت انواعها على الاساس السابق الذكر وذلك بسلخ الشركات عن الجمعيات ، وبالوقت ذاتـه باعطاء الطوائف الدينية صفة خاصة لتقيدها بقيود خاصة ، وأخيراً بسلخ الوقف عن المؤسسات بكيان خاص . وسنرى باختصار وايجاز المقومات والاحـكام الرئيسية لـكل نوع من هذه الانواع التي عددتها المادة ٥٤ متبعين نفس الترتيب الذي جرت عليه المادة المذكورة .

§ ١ الهيئات والطوائف الدينية

Congrégations et Communautés religieuses

جعل القانون المدني الهيئات والطوائف الدينية أولى أنواع الأشخاص الاعتبارية التي عددها بعد أشخاص الحقوق العامة (المعددة في الفقرة الاولى من المادة ٥٤ المذكورة) . فقد ذكرت الفقرة الثانية من هذه المادة ، وهي تعـدد الاشخاص الاعتبارية :

« ٢ ـ الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية » .

وقبل أن نذكر شيئاً عن مدلول هذا النص ومداه ، لا بد لنا من الاشارة بايجاز إلى أهمية هذا النوع من الأشخاص الاعتبارية في الماضي والحاضر ، وإلى الاختلاف الفقهي حول طبيعتها وحقيقتها .

منذ زمن بعيد كانت الهيئات الدينية Congrégations religieuses ، من

أولى التكتلات التي دفعت للتفكير بالشخصية الاعتبارية . فقد عرفت المدنيات ومجتمعاتها الاولى هذه التكتلات قبل أي نوع آخر . بل لقد احتلت الهيئات والطوائف على اختلاف ألوانها وتكوينها محلاً أقضّ في وقت ما مضجع السلطات كما أشرنا من قبل (١) . فكان من الطبيعي أن يهتم المؤلفون والمشرعون أيضاً بهذه التكتلات وقواعدها وأحكامها القانونية ، يوم بـــدأوا بحث الأشخاص الاعتبارية وما يتعلق بها ، وتنظيم أوضاعها وتحديد أحكامها . ويذكر المؤلفون أن من أبرز الأسباب التي دعت مختلف الشرائع لتنظيم الأشخاص الاعتبارية ومدى سلطاتها ، خوفها من سيطرة التكتلات الدينية وخطرها السياسي ، فضلاً عن فرضها طرازاً خاصاً وشديداً على حياة وسلوك التابعين لها من أكثر النواحي ، ولا سيما بالنسبة لبعض التكتلات كالرهبنات ، والاديرة والخ ... (٢) .

ولم يهمل القانون المدني هذا النوع الهـام من الاشخاص الاعتبارية بل جاء على ذكره مباشرة بعد أشخاص الحقوق العامة .

وإذا أردنا أن نعرّف « الهيئات والطوائف الدينية » بوجه عام نصادف نفس الصعوبات التي صادفها الفقهاء والمؤلفـون الغربيون . ويبدو أن المشرع نفسه في القانون المدني بعد أن كان النص في المشروع الأصلي معدداً لما يقصد بالهيئات الدينية عاد إلى التعميم واستعمال التعابير العامة . فقد كان النص الأصلي كما يلي :

« البطريكيات والطوائف الدينية التي تعترف بهـــا الدولة ، والرهبنات والاديرة التي تتمتع باستقلال ذاتي ولها ذمة مالية مستقلة عن الهيئة الدينية التي تتبعها » .

وأشارت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي إلى سبب ذكر البطريكيات والرهبنات أو الجماعات الدينية والاديرة ، وإلى دقة ذلك ، وإلى أن الأمر يحتاج

---

(١) راجع ما سيق بهذا الصدد .

(٢) راجع ميشو وتروتابا المرجع السابق ج ١ ص ٢٩٠ .

إلى استفتاء ، لا سيما وأن بعض الدول الأجنبية لا يعترف للرهبنات بالشخصية المعنوية ويرى أن قيامها يتعارض مع النظام العام [١] .

والواقع أن تعريف الهيئات والطوائف الدينية كان دوماً محل نظر وخلاف فقهي . وقد أثير هذا البحث في فرانسة من قبل امام المجالس التشريعية وانتهت إلى عدم ضرورة تعريفها وإلى ترك ذلك للقضاء [٢] أما الفقهاء الفرنسيون فمنهم من ذهب في التعريف إلى النظر للعناصر النفسانية والشخصية لهذه الهيئات أمثال هوريو Hauriou الذي عرف الهيئات الدينية بالهيئات « التي تنتزع أفرادها من الحياة المدنية لتفرض عليهم نوعاً من الحياة الخاصة ، وتطبعهم بطابع خاص . » [٣] ومنهم من ذهب في تعريفها إلى النظر للصفات الخارجية وأهمها شرطان : الاماني الدينية ، والتقيد بالقواعد الكنسية . ويضيف بعضهم كالاستاذين ميشو وتروتابا للتقريب بين التعريفين شرطاً ثالثاً هو الحياة المشتركة [٤] .

---

(١) فقد جاء في المذكرة الايضاحية ما يلي ، « وتتناول الفقرة الثانية الهيئات الدينية التي تعترف بها الدولة ، وتنص كذلك على (الرهبنات) او الجماعات الدينية والاديرة . ولايثير امر البطركخانات . والطوائف الدينية اشكالا مادامت الشخصية المعنوية مقصورة على ماتعترف به الدولة منها وفقاً للقواعد المتبعة في هذا الصدد . ولكن مركز الرهبنات والاديرة يختلف عن ذلك كل الاختلاف . فالرهبنات نظام نشأ في كنف الكنيسة الكاثوليكية ، ولكنه لايكاد يعرف عند الطوائف المصرية ، كل ما هناك ان بعض الرهبنات الاجنبية انشأت معاهد في مصر وقد اعترف القضاء المختلط لهذه الرهبنات ــ في حالات النادر التي طرحت عليه ــ بالشخصية المعنوية ولم يسع المشروع الا أن يشير الى الرهبنات لاستكمال البيان الخاص بالاشخاص المعنوية على ان تكون هذه الأشارة محلا للاستفتاء لاسيما وان بعض الدول الأجنبية لايعترف للرهبنات بالشخصية المعنوية ويرى أن قيامها يتعارض مع النظام العام . » ثم تستعرض المذكرة اديرة الاقباط ودير سيناء الخ ... (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٩٠ ــ ٣٧٥)

(٢) راجع ميشو وتروتابا . المرجع السابق ج ١ ص ٢٩٠ ــ ٣٧٥)

(٣) الحقوق الإدارية الطبعة الخامسة ص ١٢٣ ، المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق ص ٢٩٣ ــ ٢٩٤ .

ومهما يكن الامر فقد تساءل بعض الفقهاء أليست الطبيعة الحقوقية للهيئات والطوائف الدينية وصفتها القانونية أنها أقرب إلى أشخاص الحقوق العامة منها إلى أشخاص الحقوق الخاصة ؟

في الماضي كان بعضهم يظن أن هذه الهيئات والطوائف تعتبر من أشخاص الحقوق العامة ، غير أن هذا الظن لم يعد من يقبل به اليوم . ويجمع الفقهاء في وقتنا الحاضر أن اعتبار الهيئات والطوائف الدينية من أشخاص الحقوق الخاصة لم يعد موضع شك (١) .

ويؤكد الاستاذان ميشو وتروتابا في كتابهما (٢) أنه ليس في الهيئات والطوائف الدينية أية صفة من صفات المؤسسات العامة ، لا من حيث المنشأ والتكوين ، ولا من حيث السلطة العامة ، ولا من حيث تدخل الدولة وسلطتها. وإذا كانت الطوائف الدينية تخضع إلى رقابة ضيقة أو وصاية ادارية أشد في بعض الأحيان من تلك التي تخضع له بعض الجمعيات ذات النفع العام أو الخادمة له ، ولاسيما من حيث وجوب الاذن لها في قبول التبرعات (الهبات والوصايا) وغير ذلك من التصرفات ، أو من حيث إعلام السلطة الإدارية عن بعض الامور، إلا أن ذلك ليس سوى تدابير تحفظية لتقييد سلطة هذه الطوائف وحرية تصرفها . ولعل هذا الوضع الخاص الذي يقرب الهيئات والطوائف الدينية من أشخاص الحقوق العامة ، وتدخل الدولة ومراقبتها لها ، هو الذي أقام الشك حول طبيعتها وحدا بالمشرع أن يجعلها مباشرة بعد أشخاص الحقوق العامة وفي الفقرة الثانية .

ومهما يكن من أمر فان الهيئات والطوائف الدينية التي قصدت اليها الفقرة الثانية من المادة ٥٤ هي فقط تلك التي تعترف لها الدولة بالشخصية الاعتبارية .

---

(١) راجع ميشو وتروتابا المرجع السابق ج ١ ص ٢٥٢ ـ ٢٥٣ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٥٤ .

وطبيعي أن هذا الاعتراف لايشترط فيه نص قانوني ، كما هو الحال في أشخاص الحقوق العامة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ٥٤ . وإنما يكفي لذلك اعتراف اداري من السلطة المختصة ، ذلك لأن نص القانون الذي اشترط في الفقرة الأولى أن يكون الاعتراف بنص تشريعي ، اكتفى في الفقرة الثانية باعتراف الدولة بوجه عام وهذا يتمثل بالاعتراف الإداري .

ومع ذلك صدر في سورية ولبنان في عهد الانتداب القرار التشريعي رقم ٦٠ ل . ر بتاريخ ١٣/٣/١٩٣٦ المسمى بنظام الطوائف الدينية ناصاً على أن الطوائف الدينية Communautés religieuses المعترف بها قانوناً هي الطوائف التاريخيه التي حدد تنظيمها ومحاكمها وشرائعها في صك تشريعي » (المادة ١) وهي المذكورة في ملحق هذا القرار[1] ومؤكداً (المواد ٥ - ٨) أنه لابد من تصديق نظام الطائفة بقرار تشريعي يتضمن الاعتراف بالطائفة وفقاً لأحكام المادة الاولى ، وكذلك كل تعديل . ومتى تم هذا الاعتراف على هذا الشكل « تمتعت الطائفة الدينية بالشخصية المعنوية ، كما تتمتع ضمن الطائفة الجماعات المذهبية المستقلة المختصة بالتعليم أو الاعمال الخيرية والتي يعترف لها نظام الطائفه بأهلية الحصول على حقوق وواجبات خاصة ، وكذلك الرهبنات . ورغم التعديلات التي طرأت على هذا القرار (بالقرارات ٦١ لعام ١٩٣٦ و ١٤٦ لعام ١٩٣٨ و ٥٣ لعام ١٩٣٩) فانه يعتبر نافذاً ومطبقاً على غير الطوائف الاسلامية وبالتالي فان الطوائف المسيحية المذكورة اعترف لها بالشخصية الاعتبارية بعد تصديق نظامها بقرار تشريعي . وعلى ذلك تكون شخصية هذه الطوائف معلقة على هذا التصديق الذي تم في الماضي لبعضها .

---

(١) الطوائف المسيحية المذكورة في الملحق هي البطريركيات الآتية : المارونية ، الروم الارثوذكسية ، الكاثوليكية ، الملكية الارمنية ، الغريغورية ، الارمنية الكاثوليكية ، السريانية الارثوذكسية ، السريانية الكاثوليكية ، الآشورية الكلدانية ، الكنيسة اللاتينية ، الطائفة البروتستانتيه .

٢ — الوقف

لقد ذكر القانون المدني في الفقرة الثالثة للمادة ٥٤ وهو يعدد الاشخاص الاعتبارية الوقف ، بعد الهيئات والطوائف الدينية ، نظراً للصلة الاصلية التي قد تقرب بينها مع الفارق الاساسي في أن الهيئات والطوائف الدينية في أصلها وتكوينها أقرب إلى الجمعيات القائمة على تجمع الاشخاص وتكتلهم حول هدف معين وفي نظام خاص ، في حين أن الوقف أقرب إلى المؤسسات القائمة على مجموع أموال مخصصة لهدف معين ووفق نظام خاص .

١ — مفهوم الوقف وطبيعته .

والوقف ، في الأصل ، من الاوضاع الحقوقية التي امتازت بها الشريعة الاسلامية (١) وعني بها فقهاؤها . فنظموا أحكام الوقف تنظيماً دقيقاً وجعلوا له كياناً حقوقياً خاصاً حمل المشرع في القانون المدني على أن يخص الوقف بفقرة خاصة ويفرده عن المؤسسات القريبة منه .

---

(١) ويروي الامام ابي بكر الخصاف في مقدمة كتابه احكام الاوقاف ان اول وقف في الاسلام هو وقف الحوائط (الحدائق) السبع لمخيريق اليهودي التي اوصى بها للنبي عليه السلام يضعها حيث يراه الله . فجعل ريعها صدقة . ثم تلاه بعد ذلك عمر بن الخطاب عندما كان يملك ارضاً من النخيل من اجود الاراضي وجاء يسأل النبي عليه السلام بقوله : (يارسول الله اني اصبت ارضاً بخيبر لم اصب مالا قط انفس عندي منه فما تأمرني ؟) فأجابه : (ان شئت حبست اصلها وتصدقت بثمرتها .) فجعلها عمر : (لاتباع ولاتوهب ولاتورث ، تصدق بها على الفقراء والمساكين وابن السبيل وفي الرقاب والغزاة في سبيل الله والضيف ، لاجناح على من وليها ان يأكل منها بالمعروف ، وان يطعم صديقاً غير متمول منه وجعل الولاية على وقفه هذا لنفسه ، فاذا توفي فالى حفصه بنت عمر ام المؤمنين ثم الى الاكابر من آل عمر) .

(راجع احكام الاوقاف ، للاستاذ مصطفى الزرقا عام ١٩٤٧ ص ٨)

والوقف ، في أصل الشريعة ، وفي جوهره وأساسه هو من جهة حبس العين الموقوفة ومنع التصرف فيها ، فلا تكون قابلة للبيع أو الهبة أو الاتجار إلا استثناء واستبدالاً بغيرها وفق شروط خاصة ، ومن جهة أخرى التصدق بالمنفعة أو الريع وانفاقه لوجه الله تعالى في جهات البر والخير التي لا تنقطع كالفقراء والمستشفيات و الخ[1] .

وقد توسع الفقهاء في هذه الجهات وتفنن الناس في أنواعها وأشكالها حتى شملت كل مايمكن أن يتصوره عقل من أعمال دينية أو اجتماعية أو انسانية ، كما توسعوا في هذه الجهة أيضاً من حيث صرف الريع واستحقاقه ، فاجازوا أن يكون ابتداء على أشخاص معينين ، أو على الذرية والاقربين ، شريطة أن ينتهي إلى وجه من وجوه المبرات والخيرات الدائمة التي لا تنقطع .

وهكذا وجد نوعان من أنواع الوقف ، الاول وهو الاصل ، ويسمى الوقف الخيري ، وهو حبس العين أو وقفها تبرعاً وتقرباً من الله تعالى على وجوه الخير والبر . والثاني ، ويسمى بالوقف الذري ، وهو حبس العين ومنع تمليكها من أحد على أن يرصد ريعها على أشخاص معينين أو على الذرية والاقربين حتى إذا انقرض الموقوف عليهم عاد الوقف وريعه إلى أصله وهو جهات البر والخير الدائمة المجددة بحسب شرط الواقف وارادته .

وهذا النوع الثاني لم يعد اليوم جائزاً في سورية بعد أن صدر المرسوم التشريعي رقم ٧٦ وتاريخ ١٩٤٩/٥/١٦ وتعديلاته فقضى بمنع انشاء أي وقف ذري ، كما قضى بتصفية الاوقاف الذرية الموجودة سابقاً .

---

(١) وعرفه المرحوم الاستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف (احكام الوقف ص ١٤ وما بعدها) « حبس العين عن ان تكون مملوكة لاحد من الناس ، وجعلها على حكم ملك الله تعالى والتصدق بريعها الى جهة من جهات الخير في الحال او في المآل » .

وإذا حللنا الوقف على ضوء تعريفه وأحكامه يتضح لنا أنه يقوم على تخصيص مال ، وعند أغلبية الفقهاء يجب أن يكون عقاراً أو مالا ثابتاً أو منقولا تابعاً للعقار الموقوف أو متعارفاً على وقفه[1] يرصده مالكه على جهة من جهات البر فلا يمكن أن يتملكه أحد بل يكون كما يقول جمهور فقهاء الشرع على حكم ملك الله تعالى ، فلا يعود قابلا للتداول والاتجار أو التعامل إلا استثناء واستبدالاً بغيره[2] ، وذلك لهدف معين هو الانفاق على جهات الخير والبر ، أو الانتفاع بالريع ابتداء من قبل مستحقين معينين ، من الواقف أو ذريته أو الاقربين ، لينتهي صرف هذا الريع إلى جهات البر انتهاء .

على أن التشريع في مصر الذى نظم أحكام الوقف قد عدل من هذه الأسس كثيراً — خلافاً للاحكام السائدة في سورية — إذ أن القانون رقم ٤٨ لعام ١٩٤٦ لم يشترط في الوقف الذري أن يؤدي حتما إلى جهة من جهات البر (المادة ١٦) بل لقد أجاز أن يكون الوقف مؤقتاً بوقت ، كما يمكن أن يكون مؤبداً ، باستثناء الوقف على المساجد فقط الذي يجب أن يكون مؤبداً (المادة ٥) كما أجاز أخيراً أن يكون الوقف للمنقول والعقار إطلاقاً وعلى السواء (المادة ٨).

ولقد أخذ المشرع المصري بهذه الأحكام المختلفة عن الأصل الراجح اعتقادا منه انها أكثر ملاءمة لروح العصر ، وأقل تجميداً للمال وضرراً في استثماره.

---

(١) راجع تفصيل ذلك في كتاب احكام الاوقاف ، للاستاذ الزرقا ، المرجع السابق ص ٤٧ .

(٢) وبيعه او التصرف به للاستبدال ليس سوى مجرد احلال عين محل عين مع استمرار الحبس على العين الجديدة .

ونحن لا نريد هنا أن ندخل في بحث تفصيلي للوقف وأحكامه وأنواعه [1] ، وانما نقتصر في بحثنا هنا على ذكر المبادىء العامة التي تتصل بالوقف من حيث انه يؤلف شخصاً اعتبارياً ويتمتع بالشخصية القانونية.

إذا قابلنا الوقف ، على اعتبار انه مال مخصص لهـــدف معين وفق شروط خاصة وتنظيمات معينة ، بنوعي الأشخاص الاعتبارية الرئيسيين (أي الجمعيات والمؤسسات) لم نتردد في القول إن الوقف أشبه بالمؤسسات وقريب منها ، بل ربما استطعنا أن نتصور مع البعض أنه ليس سوى نوع من أنواع المؤسسات قائم على مجموعة من الاموال تهدف إلى غرض من أغراض الخير والبر ، مع بعض الاحكام الخاصة في الاستحقاق وتوزيع الريع والولاية على الوقف ، وصفة المتولي أو الناظر الخ ...

ومع ذلك فان ثمة مذاهب وفقهاء ، ومؤلفين معاصرين يذهبون إلى القول ان التصوير الصحيح لنظام الوقف ، كما لخصناه ، يجعل القول « بأن الوقف شخص من الاشخاص الاعتبارية لا يكون مطابقاً لحقيقة الوضع الذي يقوم عليه الوقف [2] » ويضيفون أن الوقف بذاته « ليس مجموعـــة من أموال متميزة عن الاعيان التي تتألف منها بل هو هـذه الاموال بعينها . ومن ثم فليس هناك ذمـة مالية بالمعنى الصحيح ، ولا يمكن لذلك أن يكون هناك شخص اعتباري [2] »

ولعل النقطة الرئيسية في هذا القول هو ماذهب اليه أغلب الفقهاء الاحنـاف

---

(١) راجع في ابحاث الوقف الاستاذ مصطفى الزرقا احكام الاوقاف ، المرجع السابق .
الاستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف ، احكام الوقف المرجع السابق .
الاستاذ الشيـخ علي الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية الخ ...

(٢) راجع الدكتور شفيق شحاته ، المرجع السابق ص ١٤٠ ، الدكتور الصدة ، المرجع السابق ص ١٢٧.

من عدم وجود ذمة مالية مستقلة للوقف عندما أكدوا أن الوقف لاذمة له ، فلم يجيزوا لذلك ان توهب له الهبات . بل انهم اعتبروا ان المتولي أو الناظر الذي يشرف على إدارة الوقف وأملاكه بمثابة وكيل عن المستحقين أنفسهم لا ممثلا الوقف وانه يكون مسؤولاً شخصياً عن تصرفاته نيابة عن الوقف ، على أن يرجع ليستوفي من مال الوقف مايلتزم به عنه .

ويبدو هذا الرأي لايمثل الفقه الاسلامي ومذاهبه كلها ، كما لا يؤيده ماجرى عليه فقهاؤه في أحوال مماثلة وأحكام خاصة ، ويعتقد البعض أن الظاهر في المذهب المالكي والمذهب الشافعي انهما يعترفان بالذمة للوقف ، كما يعترفان بذلك للمسجد والمدرسة والمستشفى وبيت المال ، بل يذهب بعض الفقهاء المتأخرين إلى أن الحنفية أنفسهم عرفوا الشخصية المعنوية لانهم وضعوا لهذه الجهات أحكاما تقتضي ثبوت ذمة لها ، حيث أجازوا للولي عليها أن يبيع لحسابها ثمرات الاعيان الموقوفة عليها[1] .

ومهما يكن الأمر فان ما استقر عليه التعامل والقضاء إن في مصر وإن في سورية قد جرى على الاعتراف بالشخصية المعنوية للوقف ، لما ينجم عن ذلك من آثار عملية هامة بحيث لاتترتب آثار تصرفات المتولي (أو الناظر) على الوقف إلا في ذمة الوقف نفسه لا في ذمة المتولي (أو الناظر) ولا في ذمة المستحقين[2] .

---

(١) راجع الأستاذ علي الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية ، الطبعة الثانية هامش ص ٢٣٦ وما بعدها ، وكتابة الحق والذمة سنة ١٩٤٥ ص ٩٦ وما بعدها ، محمد ابو زهرة الملكية ونظرية العقد ص ٢٦٤ ، راجع كذلك الدكتور مرقس ، المرجع السابق ص ٢٦٧ راجع اخيراً الاستاذ الزرقا المرجع السابق ص ٢٠ الخ . .

(٢) وقد اشارت المذكرة الايضاحية للقانون المدني الى بعض الاحكام المؤدية لهذا الرأي : راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ، المرجع السابق ج ١ ص ٣٧٥ ؛ راجع كذلك الدكتور مرقس المرجع السابق هامش ص ٣٦٧ .

ثم جاء القانون المدني الجديد فأقر هذا التعامل والاجتهاد وأيده بنص خاص وصريح في الفقرة الثالثة من المادة ٥٤ من القانون المدني السوري عندما عـــدد الوقف بين الاشخاص الاعتبارية ، وقد نوهت المذكرة الايضاحية إلى دقة الموضوع والي « أن الاعتراف للوقف بالشخصية المعنوية قد يكون مجالاً للنظر باعتبار انـه نظام اسلامي له قواعده ومقوماته الخاصة ، إلا أن واضعي المشروع قـــد آثروا الأخذ برأي القضاء نزولا عند حكم الضرورات العملية (١) » وبذلك لم يعـد من شك أو خلاف حول الشخصية المعنوية للوقف.

على أن المشرع حرص على أن يجعل الشخصية المعنوية للوقف منفصلة ومستقلة عن الشخصية المعنوية للمؤسسات بوجه عام فنص في المادة ٨٠ من القانون السوري (المقابلة للمادة ٧٨ من القانون المصري) انه « لا تسري الاحكام الخاصة بالمؤسسات الواردة في هذا القانون على ما انشىء منها بطريق الوقف».

وهذا النص أضافته لجنة القانون المدني في مجلس الشيوخ « نفياً لشبهة التداخل بين نظام المؤسسات ونظام الوقف (٢) ». وبذلك لا يخضع الوقف لاحكام المؤسسات بل تطبق في شأنه أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الخاصة به في حال وجودها .

ومادام الوقف يخضع لاحكام الشريعة الخاصة به فيجدر بنا أن نذكر المبادىء العامة عن كيفية نشوئه وحياته، وانتهائه .

٢ ـ نشوء الوقف

يعتبر الوقف موجوداً ومبتدئاً بحسب أحكام الشريعة الاسلامية المفتى بها في الاقليم السوري بمجرد استكماله شرائط الصحـــة المتعلقة باركان الوقف المادية

---

(١) المذكرة الايضاحية ، الاعمال التحضيرية المرجع السابق ج ١ ص ٣٧٥ .

(٢) الاعمال التحضيرية ، المرجع السابق ص ٤٥٠ـ٤٥١ .

والشرعية [1] وهي أربعة : ١) ركن الادارة الجازمة بعقد الوقف بصيغة متجزة دون شرط يؤثر في أصل الوقف أو ينافي مقتضاه في التأبيد — ٢) ركن الأهلية في الواقف ، وهي أهلية التبرع من عقل وبلوغ (أو رشد) وعدم الحجر لسفه — ٣) قابلية المال الموقوف للوقف ، بأن يكون متقوماً ومملوكاً ومعلوماً حين الوقف ومالا ثابتاً ، أي عقاراً غير مشاع إلا في مقبرة أو مسجد — ٤) وأخيراً أن يكون الموقوف قربة ، في نظر الشرع والواقف ، دائماً ، أي جهة برلا تنقطع [2]

فاذا ما استكمل الوقف هذه الشرائط وبمجرد صدور الادارة الجازمة بعقده يكون الوقف قد بدأ ، ولم تشترط الشريعة الاسلامية بحسب رأي أبي يوسف المفتى به في بلادنا أي شروط شكلية خاصة . وإذا كان بعض الفقهاء قد ذهب إلى اعتبار الوقف نوعاً من أنواع التبرع فقاسه عليها ليشترط في انعقاده القبض والتسليم الذي تشترطه الشريعة في التبرع ، وأن يكون هذا القبض والتسليم للمتولي ، فان هذا الرأي لم يسد ولم يعمل به في سورية . [3]

على انه لابد من القول ، بعد أن وجد نظام السجل العقاري العيني في سورية وتشريعه الخاص (القرارات ١٨٦ و١٨٨ و١٨٩ لعام ١٩٢٦ المعدلة بعدد من القرارات ولاسيما في عام ١٩٣٠ و ١٩٣١) فان كل انشاء أو تعديل للحقوق العينية أو تبديل المالكين ، بما في ذلك الوقف ، لابد من قيده في السجل العقاري كسائر الحقوق العينية ، ولا يكون للانشاء أو التعديل من أثر بالنسبة للعقارات ولاسيما بالنسبة للغير إلا من تاريخ هذا القيد . وبذلك كان هذا التسجيل واجباً لامكان الاحتجاج بقيام وقف العقار تجاه الناس ، ولكن ذلك لايمنع من انعقاده ووجوده شرعاً قبل ذلك وبمجرد الارادة .

---

(١) راجع تفصيل هذه الشرائط في كتاب الاستاذ الزرقاء ، احكام الاوقاف ، المرجع السابق ص ٣٣ — ٥٧ .

(٢) المرجع السابق ص ٥٢ .

(٣) راجع الاستاذ الزرقاء . المرجع السابق نبذة ٢٧ و٢٨ ص ٢٣ و ٢٤ .

ومهما يكن الأمر فان التعامل قد جرى منذ الوقف الاول ، وقف عمر بن الخطاب ، وبعد ذلك ، على تسجيل الوقف بكتاب يسمى كتاب الوقف أو الحجة الوقفية ، تفصل فيه شروط الواقف والاحكام الخاصة بالوقف ويشهد عليه ويصدق عليه من قضاة الشرع أو مفتيهم ، ويحدد بموجب هذا الكتاب أو الحجة بدء الوقف وشخصيته .

أما في مصر ، فقد قضى قانون الوقف الصادر عام ١٩٤٦ بوجوب انشاء الوقف بموجب اشهاد ممن يملكه أمام المحاكم الشرعية وضبط بدفتر المحكمة ولايخضع الوقف لاجراءات الشهر التي تخضع لها المؤسسات فيما عدا تسجيله بدفاتر المحاكم الشرعية . على انه عندما يكون المال الموقوف عقاراً (وقد أجازت المادة ٨ من قانون الوقف المصري خلافا للاصل والحكم السائد في سورية وقف العقار والمنقول) . فانه يخضع — كعقار — إلى وجوب تسجيل الاشهاد بوقفه وفق المادة ٩ من قانون الشهر العقاري . وفي كل الاحوال تثبت الشخصية الاعتبارية للوقف وتبدأ بمجرد استكمال الشروط التي ذكرناها .

٣ - حياة الوقف

ويمتاز الوقف في حياته أن له أصولا خاصة لادارته واستثماره ، لعلها من أهم وأبرز الفوارق التي يختلف فيها الوقف ، كشخص اعتباري ، عن المؤسسة بوجه عام ، فضلًا عن أركانه ومقومات نشوئه .

ولا بد في كل وقف من متولٍ (ناظر) يتولى شؤون الوقف وإدارته ، يعينه الواقف في الأصل ، وبحسب شروط الوقف ، وعند عدم وجود ناظر أو متولٍ ممن اشترطهم الواقف تنتقل النظارة أو التولية على الوقف إلى مديرية الاوقاف في الاوقاف الخيرية ، أو يعين القاضي من يصلح لادارة الوقف بحسب الارشدية أو الجدارة في الأوقاف الذرية قبل الغائها .

وقد أصبحت إدارة الاوقاف الذرية نفسها ، بعد أن أضحت قيد التصفية بموجب المرسوم التشريعي رقم ٧٦ لعام ١٩٤٩ وتعديلاته عائـــدة إلى مديريات الاوقاف الاقليمية كحراس قضائيين بنص القانون المذكور.

ويخضع المتولي (الناظر) في إدارة الوقف إلى إشراف ورقابة مديرية الاوقاف والقاضي الشرعي ، وربما اقتضى الرجوع في بعض التصرفات ، كالاستبدال ، إلى الحصول على اذن القاضي مسبقاً ، ويكون المتولي (الناظر) مسؤولا عن تصرفاته تجاه المستحقين ويقدم الحساب عن إدارته ، وللقاضي أن يحكم بعزله إذا صدر منه مايوجب ذلك . وهكذا يكون المتولي (الناظر) بما يتمتع به من أحكام خاصـــة ووضع خاص هو الممثل لشخص الوقف الاعتباري ، ويستمد سلطته في هـــذا التمثيل من الشرع والقانون.

٤ - انتهاء الوقف

والأصل في الوقف مادام مؤبداً في عقار أو مال ثابت أن لاتنتهي شخصيته مادام المال قائماً ، واذا استبدل المال الموقوف بآخر ، فان ذلك لايؤثر على شخصية الوقف إذ يحل المال الجديد محل السابق في كل الشرائط والاحكام .

وإذا وقع الوقف بعجز لايسمح له باستثماره والانتفاع به استدان وأنشأ حقوقاً عينية على الوقف بأشكال وأنواع مختلفة وكثيرة قد تؤدي ، من الناحية العملية ، إلى عدم استفادة الوقف من المال الموقوف فائدة تذكر ، ولكن كل ذلـــك لاينهي الشخصية الاعتبارية للوقف ولا سيما من الناحيـة النظرية . ولا يمكن أن نتصور في الوقف الذي هو على سبيل التأبيد والدوام في الاصل ، إمكان انتهاء شخصيته إلا من جهة واحدة هي حالة هلاك المال الموقوف بالكلية ، وهي حالة نادرة الوقوع في العقار أو المال الثابت ، وإلا من جهة أخرى في حالة تصفية الاوقاف الذرية بعد صدور القانون المشار اليه بتصفيتها الذي أدى ويؤدي تطبيقه إلى إنهاء جميع الاوقاف الذرية

في سورية .

أما في مصر ، فلم يعد الوقف مؤبداً بحسب قانون سنة ١٩٤٦ وإن الوقف على غير الخيرات يجب حتما أن يكون مؤقتاً ولا يجوز على أكثر من طبقتين ولا أن يتجاوز الستين عاما من وقت وفاة الواقف . وطبيعي أن ينتهي الوقف المؤقت بانتهاء مدته أو بانقراض الموقوف عليهم عندما لا يكون منتهياً ـ خلاف الأصل ـ بجهة من جهات البر والخير التي لا تنقطع .

وفي كل هذه الأحوال التي ينتهي فيها الوقف تنتهي معه شخصيته الاعتبارية فاذا كان وقفاً ذرياً وزع على المستحقين وقت الحكم بانتهائه .

§ ٣ ـ الشركات

نصت الفقرة الرابعة من المادة ٥٤ من القانون المدني السوري ـ بعد الوقف ـ على أن الشركات من مدنية أو تجارية تعتبر بين الأشخاص الاعتبارية للحقوق الخاصة وفي عدادها .

وإذا كان التقسيم الرئيسي الأول لهذه الاشخاص هو التفريق بين الجمعيات والمؤسسات : فان هناك تقسيما رئيسياً وداخلياً ضمن النوع الاول القائم على تكتل الاشخاص في جماعة هو التفريق بين الجماعة التي تهدف إلى الربح المادي البحت ، وبين تلك التي تهدف إلى غير ذلك ، وهذه وحدها هي التي تؤلف الجمعيات في الاصل ، وتختلف عن الاولى التي تؤلف الشركات بوجه عام في أكثر النواحي والقواعد التي تنظمها ، سواء في إنشائها وولادتها ، وسواء في العلاقات بين أعضائها وسواء في رقابة الدولة لها أو تدخلها فيها إلى آخر ماهنالك .

١ ـ مفهوم الشركة والتعريف بها

ولقد قام في الفقه الفرنسي جدل طويل حول مفهوم كل من الشركات

والجمعيات ووضع الحد الفاصل بينهما رغم أن القانون الفرنسي المنظم للجمعيات والصادر عام ١٩٠١ قد نص صراحة أن الجمعيات هي التي تقوم على مجموعات الاشخاص التي لاتهدف إلى اقتسام الربح المادي ، وذلك لان هـــذا الاقتسام الذي يبدو أساس التفريق بين نوعي الجمعيات من الافراد المؤلفين للجمعية أو للشركة ، قد فسر من قبل بعض الفقهاء الفرنسيين بأنه مجرد استهداف الربح من مجموع الافراد المكونين للشركة سواء وزع الربح بين الشركاء أم ضم إلى ذمتهم الماليه وانتفعوا به مالياً [١] .

أما في بلادنا فاذا رجعنا إلى نص المادة ٤٧٣ من القانون المدني وجدناها تعرف الشركه بوجه عام بكل « عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصته من مال أوعمل لاقتسام ماقد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة » .

وإذا حللنا هذا التعريف نجد أن ثمة عناصر أساسية لعقد الشركة وقيامهـا هي أولاً المساهمة في مشروع مالي ، بتقديم حصة من مال أو عمل ، وثانياً اقتسام الارباح والخسائر بين الشركاء ، وربما أضاف البعض عنصراً ثالثاً هو عنصر النيـة أو نية المشاركة [٢] .

وإذا قابلنا بين تعريف الشركة وعناصرها المقومـــة ، وبين تعريف الجمعيه وعناصرها المقومة ، نجد أن الجمعية — كما سنرى — سواء وفق تعريف القانون المدني في نص المادة ٥٦ الملغى وسواء وفق المادة الاولى من قانون الجمعيـــات والمؤسسات الخاصة السابق الذكر الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٣

---

(١) راجع بلانيول وغيره في ميشو وتروتابا ، المرجع السابق ج١ ص ٤٨٢ — ٢٨٧ .

(٢) راجـع الدكتورين رزق الله انطاكي ونهاد السباعي ، موسوعة الحقوق التجارية ، الشركات التجارية ج ١ ص ٥٧ .

لسنة ١٩٥٨ ، ان الجمعية هي كل جماعة ذات تنظيم مستمر مكونة من عدة أشخاص طبيعية أو اعتبارية لغرض غير الحصول على ربح مادي . وأن الفرق بين الجمعية والشركة والحالة هذه ، يقوم أول مايقوم على الغرض أو الهدف من تكتل الجماعة بحيث تكون كل جمعيه تستهدف الربح المادي من تأليفها شركة أكثر منها جمعية. وإذا كان القانون المدني في تعريف الشركة قد أشار إلى « اقتسام » ماقد ينشأ عن المشروع من ربح أو خسارة فان مفهوم هذا الاقتسام ، إذا ماقوبل بتعريف الجمعية المبين قبلا ، يجب أن يحمل على معنى « الاشتراك » بالربح المادي أو بالمنافع المادية ، سواء اقتسمت فعلاً أم أضيفت إلى رأس المال حكماً ، أو زادت في الثروة أو الذمة المالية لأعضاء الشركة بأي شكل من الاشكال .

وهذا التفريق الذي انتهى اليه تشريعنا هو الذي اتجه اليه الفقه الحديث وقال به أكثر الفقهاء اليوم ، بعد الاختلاف الكبير الذي وجد من قبل كما أشرنا .

والشركات التي شملها نص الفقرة الرابعة من المادة ٥٤ هي في اعتقادنا كل أنواع الشركات ، إلا ماورد عليه نص صريح بعدم تمتعه بالشخصية الاعتبارية — كشركات المحاصة — .

وللشركات أنواع كثيرة ، ولا بد من الاشارة أولاً إلى الشركات المدنية والشركات التجارية . وإذا كانت الشركات المدنية ، كما عرفتها المادة ٤٧٣ من القانون المدني المشار اليها قبل قليل ؛ هي الاصل (شاملة كل عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بالمساهمة في مشروع مالي بتقديم مال أو عمل واقتسام الربح سواء كان المشروع يتعلق بمال عقاري أو منقول أو بضائع أو نقود الخ ..) فان ثمة شركات تجارية نص عليها القانون التجاري وسلخها عن الشركات المدنية وأعطاها أحكاما خاصة بها لأهميتها وصلتها بالحياة التجارية ، على أن تبقى القواعد التي نص عليها القانون المدني فيما يختص بالشركات مطبقة على الشركات التجارية ، شرط أن لاتكون مخالفة للأحكام المتعلقة بالشركات التجارية المنصوص عليها في قانون التجارة .

أما هذه الشركات التجارية فهي شركات التضامن ، والشركات المغفلة أو المساهمة ، وشركات التوصية ، والشركات المحدودة المسؤولية ، كما فصل أحكامها قانون التجارة .

وقد نصت المادة ٤٧٤ من القانون المدني صراحة على اعتبار كل شركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتباريا ، على أن لايحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات النشر التي يقررها القانون . كذلك نصت المادة ٥٨ من قانون التجارة أن جميع الشركات التجارية ـ ماعدا شركات المحاصة ـ تتمتع بالشخصية الاعتبارية مما يؤيد تمتع كل أنواع الشركات بهذه الشخصية .

على أن ثمة فقهاء ذهبوا إلى التفريق بين الشخصية الاعتبارية للشركات المساهمة التي تكون كاملة ، وبين شركات الاشخاص التجارية والمدنية ، التي تكون ناقصة الشخصية الاعتبارية (١) ، وذهب غيرهم إلى أن مسؤولية الشركاء الشخصية في هذا النوع الثاني لاتنقص من الشخصية الاعتبارية لهذه الشركات (٢) .

---

(١) فقد ذكروا « ان الشركة المساهمة وحدها الشركة التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية على الوجه الكامل ، اما شركات التضامن وشركات التوصية فأنها تتكون من اشخاص يكون كلهم في الاولى ، وبعضهم في الثانية مسؤولين بالتضامن وفي اموالهم الخاصة عن التزامات الشركة وظاهر ان هذه المسؤولية تتنافى مع القول بان الشركة شخص اعتباري متميز عن اشخاص الشركاء . والواقع ان الشركات لم ترتق الى مصاف الاشخاص الاعتبارية الا في الزمن الأخير ولذلك فان شخصيتها لاتزال ناقصة وكذلك الشركات المدنية ، فقد نصت المادة ٥٢٣ من القانون المدني المصري (المقابلة للمادة ٤٩١ مدني سوري) على انه « اذا لم تف اموال الشركة بديونها كان الشركاء مسؤولين عن هذه الديون في اموالهم الخاصة ، (راجع الدكتور شفيق شحاته المرجع السابق ص ١٣٢ ـ ١٣٣ ، وبنفس المعنى الدكتور الصدة المرجع السابق ص ١٢٩ ـ ١٣٠ والدكتور عبد الحي الحجازي مذكرات في نظرية الحق ١٩٥١ ص ١٧٦ وما بعدها) .

(٢) فقد ذكر الدكتور مرقس « ان ضم ذمة الشركاء كلهم او بعضهم الى ذمة الشركة في المسؤولية عن ديون الشركة ليس فيه انتقاص من شخصيتها ، ولا يتنافى مطلقاً مع الاعتراف=

٢ - نشوء الشركة وبدء شخصيتها

ما دامت الشركة في الأصل عقداً بين أشخاص متعددين، فانها إنما تنشأ نتيجة موافقة الشركاء وتبادل إرادتهم بعقد الشركة ، وذلك وفق الأصول التي ينص عليها القانون . وتثبت لها الشخصية الاعتبارية من اللحظة التي يتم فيها استيفاء الشروط القانونية اللازمة لتكوين الشركة ، (المادة ٤٧٤ من القانون المدني) .

على أن القانون المدني بالنسبة للشركات عامة ، والتجاري بالنسبة للشركات التجارية ، قد اشترط شروطاً خاصة في تكوين الشركة وقيامها والاحتجاج

= لها بالشخصية المعنوية الكاملة ، لانه لايعدو ان يكون نوعا من الكفالة المقررة بنص القانون لاعطاء دائني بعض انواع الشركات التي لاتتوافر فيها الضمانات الكافية ، زيادة في الضمان يجعل الشركاء ضامنين ديون الشركة ، بل ان من هذا القبيل ايضاً مسؤولية مديري الشركات المساهمة بالتضامن مع هذه الشركات عما يرتكبونه من افعال ضارة بالغير في اثناء تأدية وظائفهم ، ومع ذلك فلم يقل احد ان مسؤولية هؤلاء المديرين تتنافى مع ثبوت الشخصية الكاملة لتلك الشركات

« وفوق ذلك فان المادة ٥٢٥ مدني مصري (٤٩٣ مدني سوري) تنص على انه : اذا كان لاحد الشركاء دائنون شخصيون فليس لهم اثناء قيام الشركة ان يتقاضوا حقوقهم مما يخص ذلك الشريك في رأس المال وانما لهم ان يتقاضوها مما يخصه في الارباح . . . » وليس لهذا الحكم تعليل سوى ان نصيب الشريك في رأس المال ملك للشركة اما نصيبه في الارباح فملكه الخاص . أي ان هذا النص يقرر قيام ذمة للشركة مستقلة عن ذمم الشركاء » . بحيث لا يؤثر في ذلك ضم ذمة الشركاء الى ذمة الشركة في ضمان ديونها (الدكتور مرقس المرجع السابق هامش ص٣٥٨ ـ ٣٤٩) .

ونعتقد انه بعد صراحة المواد ٥٤ و ٤٧٣ من القانون المدني السوري و ٥٨ من قانون التجارة لايبقى ثمة شك في وجود الشخصية الاعتبارية لكل شركة ـ ماعدا المحاصة ـ ومتى وجدت هذه الشخصية فلا تكون كاملة او ناقصة بالمعنى الذي يصوره البعض ، وانما تكون اكثر ظهوراً وبروزاً في الشركات المساهمة القائمة على الاموال منها في الشركات الاخرى القائمة على الاشخاص ومسؤوليتهم .

بوجودها ، تبحث تفصيلاً في موضعها من بحوث الشركات ونصوصها ، وحسبنا أن نذكر هنا أن القانون المدني (المادة ٤٧٥) بوجه عام ، وقانون التجارة (المادة ٥٦) بوجه خاص ، قد أوجبا أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلا .

ومع ذلك فان وجود الشركة وبدء تكوينها ، وان يكن يشترط فيه العقد المكتوب ، إلا أن شخصية الشركة وقيامها ومسؤوليتها ، يمكن أن تبدء بالنسبة لغير الشركاء ولو لم يتحقق هذا الشرط . بحيث يستطيع هذا الغير أن يثبت وجود الشركة بجميع الوسائل (المادة ٥٦ فقرة ٢ تجاري) . وهذه هي حال الشركات المسماة بالشركات الفعلية Sociétés de fait .

على أن هذا النوع من الشركات ما يزال مختلفاً في اكتسابه الشخصية الاعتبارية وتذهب كثرة الفقهاء اليوم إلى عدم الاعتراف له بهذه الشخصية مع اعتبار الشركاء جميعاً مسئولين عن نتائج الشركة واثار عقودها قبل الغير (١) .

ومهما يكن الأمر فان بدء شخصية الشركة بوجه عام يكون بمجرد استكمال العقد الشروط القانونية . وذلك فيما عدا الشركات المساهمة أو المغفلة Anonyme التي اشترط القانون لوجود شخصيتها الاعتبارية صدور قرار بتشكيلها من السلطة الادارية المختصة ، وهي عندنا اليوم وزارة الاقتصاد والتجارة .

على أن بدء الشخصية الاعتبارية للشركات بوجه عام ووجودها القانوني لا يكون معتبراً تجاه الغير وملزماً له إلا إذا استوفيت اجراءات النشر والشهر المنصوص عليها في القانون (المادة ٥٧٥ فقرة ٢ مدني ، والمادة ٥٧ تجاري) بحيث لا يحتج بوجود الشركة قبل الغير إذا لم تستكمل اجراءات الشهر المذكورة .

---

(١) راجع الانطاكي والسباعي المرجع السابق ج ١ ص ٦٧ و ٦٨ .

وقد أوضح قانون التجارة هذه الاجراءات وفصلها بشكل لا يكون للغير بعد اجرائها عذر في جهل شخصية الشركة (المادة ٦٢) .

٣ ـ حياة الشركة

إن أهم ما تمتاز به الشركة ـ كشخص اعتباري ـ هو أن يقوم على إدارتها وتمثيل شخصها مدير أو مديرون من أعضائها يتمتعون بصلاحية اجراء التصرفات باسمها واضافة اليها . وحتى في شركات الأشخاص القائمة على عدد قليل وأحياناً متضامن في المسؤولية الشخصية عن ديون الشركة جميعها ، فان إدارة المدير أو المديرين لأعمال الشركة وأموالها وفق الصلاحيات التي يتمتعون بها بموجب عقد الشركة أو نظامها أو نصوص القانون ملزم للشركة واعضائها . مما ينطبق تمام الانطباق على صفات الشخص الاعتباري وخصائصه كما أوضحناها سابقاً .

٤ ـ انتهاء الشركة وانقضاء شخصيتها :

إن أسباب انتهاء الشركات تختلف من نوع لآخر ، ويميز في أسباب الانتهاء بين الشركات المدنية والشركات التجارية ، وبين شركات الاشخاص وشركات الأموال .

أما بالنسبة للشركات المدنية بوجه عام فقد نصت المواد ٤٩٤ ـ ٤٩٩ على أسباب انقضاء هذه الشركات بما يلي :

أ ـ انقضاء الميعاد المعين للشركة أو بانتهاء العمل الذي قامت من أجله (المادة ٤٩٤) .

ب ـ هلاك جميع مالها أوجزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة في استمرارها المادة (٤٩٥) :

ج — موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو اعساره أو افلاسه (المادة ٤٩٦)

د — انسحاب أحد الشركاء قبل انتهاء المدة أو اجماع الشركاء على الحل (المادة ٤٩٧).

هـ — صدور حكم قضائي بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء أو لأي سبب لا يرجع إلى الشركاء (المادة ٤٥٨).

أما بالنسبة للشركات التجارية بوجه عام فقد جاء في المادة ٧٥ من قانون التجارة ما نصه: أن أسباب الانحلال الشاملة لجميع الشركات (التجارية) هي:

أ — انقضاء المدة التي أسست من أجلها الشركة.

ب — انتهاء المشروع المراد اجراؤه على وجه مألوف.

ج — زوال موضوع المشروع نفسه، (أو استحالة اتمام المشروع، المادة ٤٦٥).

د — وعلاوة على ما تقدم يجوز دائماً للمحكمة أن تقضي بحل الشركة لاسباب عادلة، وتشمل هذه الاسباب شركات الاموال القائمة على المساهمة في المال كما تشمل شركات الاشخاص القائمة على المساهمة بالعمل الشخصي والمسؤولية الشخصية إلى جانب المال أو بدونه.

على أنه بالنسبة لشركات الاشخاص التجارية فقد أجاز قانون التجارة انقضاء — زيادة على الاسباب المذكورة في الشركات التجارية بوجه عام — لأسباب تتعلق بأشخاص الشركاء أنفسهم وهي الانسحاب بمشيئة أحد الشركاء عندما تكون الشركة غير محددة المدة، أو بوفاته أو فقدان أهليته أو افلاسه بما يتفق مع ما نصت عليه المادة ٤٩٦ من القانون المدني بالنسبة للشركات المدنية.

واستناداً إلى هذه الأحكام الخاصة بشركات الاشخاص والشركات المدنية التي تجيز انتهاء الشركة لسبب يتعلق بشخص أحد الشركاء، يعتبر بعض الفقهاء

والمؤلفين ، كما أشرنا من قبل ، إن هـذا دليل جديد على أن الشخصية الاعتبارية لهذا النوع من الشركات غير القائمـة على الاموال فقط ، شخصية قانونية ناقصة ، يتجاوز فيها عن بعض الاعتبارات ، لان انقضاء الشخص الاعتباري بتبدل أحد الشركاء أو خروجه ، أو ما يحدث له أو لأهليتـــه ، يتنافى مع الفكرة الاصلية للشخص الاعتباري التي توجب أن تبقى شخصيته ولا تتأثر بتبدل الاشخـاص المكونين له [1] .

على أننا نعتقد أن هذا الوضع الخاص لشركات الاشخاص أو للشركات المدنية بوجه عام رغم أنه يجعل ثمه فارقاً كبيراً بين شخص شركة الاموال المحضـــة ، وشركة الاشخاص ، إلا أن ذلك لا يجب أن يفسر بعـدم اعتبار هذه الشركة الاخيرة متمتعة بالشخصيـة الاعتبارية أو أن شخصيتها ناقصة ، بل إننـا نستطيع أن نفسر طبيعتها الخاصة هذه بأن الشخصية المعنوية أو الاعتبـــارية لشركات الاشخاص موجودة وكاملة ، ولكنهـا تتأثر بأشخاص الشركاء باختلاف حالاتهم ويكون للشركة وضع خاص ، ولها أحكام استثنائية ، بدليل أن ممـا لا خلاف فيه أن شركات الاشخاص هـذه ، على الرغم من إمكان انتهائها بانسحاب أحـــد الشركاء أو بناء على طلبه أو بسبب وفاته أو إعساره أو افلاسه أو فقدان أهليته ، وهي أمور شخصية لا يجب أن تؤثر في الاصل على شخص الشركة الاعتباري ، قلنا أن شركات الاشخاص على الرغم من ذلك يمكن أن تستمر وتبقى شخصيتهـا دون الشريك الذي يخرج أو يُخرج ، بحيث نستطيـع أن نتصور أن انقضـاء

---

(١) راجع الدكتور شفيق شحاته المرجع السابق ص ١٣٤ ، الدكتور عبد المنعم الفرج الصده المرجع السابق ص ١٣٠ ـ ١٣١ ، الدكتور عبـد الفتاح عبـــد الباقي ، نظرية الحق القاهرة ٩٥٧ ص ١٦٣ . وربما كان من هذا الرأي كذلك ميشو وتروتابا عندما يؤكدان أن الشركات التى تتمتع بالشخصية الاعتبارية الـكاملة هي الشركات التي لا تتأثر بتبدل الشركاء ، كشركات المساهمة ، والتوصيـــة ذات الاسهم (المرجع السابق ج ١ ص ٤٧٧) . راجـع ماسبق ص ٢٨٤ .

الشركة بخروج أو إخراج أحد الشركاء للأسباب المذكورة ، كأنما هو شرط ضمني في عقد الشركة ، وأجل مضروب لانتهائها بين الشركاء يمكن أن يتفق على خلافه ، بل يمكن في كثير من الأحيان تفاديه وعدم تطبيقه ، وأن الامر المهم في ثبوت الشخصية الاعتبارية الكاملة لهذه الشركات هي في الذمة المالية المستقلة للشركة وللشركاء . وإن الجميع متفقون على ثبوت هذه الذمة المالية المستقلة لشركات الاشخاص كما هي الحال في شركات الاموال . وإذا كان الشركاء المتضامنون قد يلزمون شخصياً بديون الشركة ، فماذلك إلا من نوع الديون التضامنية بين أشخاص متعددين ومختلفين ، دون أن يضعف ذلك من قيمة الذمم المستقلة لكل واحد منهم .

§ ٤ — الجمعيات Associations

بعد أن كانت المباحث المتعلقة بالجمعيات والمؤسسات الخاصة وتفصيل أحكامها تؤلف قسماً هاماً من الباب التمهيدي للقانون المدني منذ صدوره وحتى عام ١٩٥٨ ، رأى المشرع أن يسلخ الاحكام التفصيلية المتعلقة بالجمعيات والمؤسسات ، ويفرد لها قانوناً خاصاً أطلق عليه اسم «قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة» الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٣ لعام ١٩٥٨ اثناء قيام الوحدة بين سورية ومصر ، ملغياً بموجب أحكامه جميع المواد المنظمة للجمعيات والمؤسسات من المادة ٥٦ الى ٨٢ من القانون المدني السوري ، كما الغى قانون الجمعيات والاحزاب الصادرة بالمرسوم التشريعي رقم ٤٧ المؤرخ في ١٩٥٣/٩/١٢ الخ . . . وقد أشار هذا القانون في الاسباب الموجبة لصدوره الى تناثر النصوص التشريعية المنظمة لشؤون الجمعيات والمؤسسات وعدم انسجامها مع سياسة الدولة التخطيطية والانشائية ، وعدم مجاراتها للنهضة التي حققتها البلاد . . . كل ذلك أوجب جمع جميع الاحكام المتعلقة بالجمعيات والمؤسسات المختلفة وتكييفها بما يتفق مع اتجاهات المشرع في ذلك الحين ، فشمل بأحكام هذا القانون الجمعيات والمؤسسات على اختلاف أنواعها من جمعيات خيرية

وثقافية ورياضية وأندية واتحـــادات وجمعيات ذات نفع عـــام ومؤسسات خاصة الخ . .

وأمام هذا الوضع التشريعي الجديد ، فاننا سنقتصر في بحوثنا المقبلة على الخطوط والمبادىء العامـة لكل من الجمعيات والمؤسسات ، على غرار ما فعلنـــا في أنواع الاشخاص الاعتبارية السابقة فلا ندخل في تفصيل أحكامهـا واستيفاء بحثها ، كما لا نتناول بالبحث جميع أشكالها في هذا الكتاب ، لان ذلك يحتاج في اعتقادنا الى بحث خاص ، وتعمق يخرج بنا عن برنامجنا ذي الطابع العام .

١ — مفهوم الجمعيات والتعريف بها

كانت المادة ٥٦ الملغاة من القانون المدني تعرف الجمعيـة بأنها : « جماعة ذات صفة دائمة مكونة من عدة أشخاص طبيعيـة أو اعتباريه لغرض غير الحصول على ربح مادي » وتتجلى في هذا التعريف العناصر الثلاثة التي فصلناها سابقاً للشخص الاعتباري [1] وهي :

أولاً : جماعة من الناس أو مجموعة من الافراد أو الاشخاص ، طبيعية كانت هـــذه الاشخاص أم اعتبـارية . ولم يشترط القانون حداً أدنى لعدد هؤلاء الاشخاص [2] بحيث يمكن أن يكون العدد أكثر من اثنين . ولكن يبدو أن ثمة ما يوجب أن يكون العدد أكثر من ثلاثـة . ذلك لان المادة ٢٦ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة قد أوجبت أن يكون لكل جمعية مجلس ادارة لا يقل عدد أعضائه عن ثلاثة ، مما يفترض معه بالضرورة أن لا يقل عـدد أعضاء الجمعية عن عدد أعضاء مجلس ادارتها .

---

(١) راجـع ما سبق ص . ١٩٤

(٢) راجـع الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي المرجع السابق ص ١٦٦ .

ثانياً : أن يكون اجتماع هذه الجماعة وقيامها لغرض معين هو غير الحصول على الربح المادي ، ويستوي في ذلك أن يكون هذا الغرض تحقيق مصلحة عامة أو تحقيق مصلحة خاصة غير توزيع الارباح المادية على الاعضاء » [1] . فاذا كان الغرض الاصلي هو الحصول على الربح أو النفع المادي وتوزيعه على الاعضاء كانت هذه الجماعة شركة لا جمعية كما رأينا .

ثالثاً : ان لهذه الجماعة صفة الدوام ، أي الاستقرار والاستمرار ، هذه الصفة التي اعتبرها القانون المدني — خلافاً لقانون الجمعيات الاخير — أساسية في الجمعية لتمييزها عن الاجتماع الذي ينتهي أثره ووجوده بانتهائه . ولعل بين هذا العنصر — عنصر الاستمرار والدوام — وبين عنصر التنظيم الذي لا بد منه في الشخص الاعتباري [2] صلة وثقى جعلت المشرع في القانون الاخير للجمعيات والمؤسسات يكتفي بعنصر التنظيم دون أن يشترط الدوام الذي أشار اليه القانون المدني.

ومهما يكن الامر ، فان قانون الجمعيات الاخير الصادر بقرار رئيس الجمهورية رقم ٩٣ لعام ١٩٥٨ قد عدّل من هذا التعريف واوضح عنصر التنظيم هذا حين اعتبر الجمعية : « كل جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة ، تتألف من أشخاص طبيعية أو اعتبارية لغرض غير الحصول على ربح مادي » . . (المادة الاولى) .

وبذلك فان تعريف الجمعية وعناصرها بحسب النص الجديد ربما كان أفضل وأكثر وضوحاً من النص السابق . ويمتاز هذا التعريف عن السابق في أمرين :

الاول : أنه يشترط في الجمعية أن تكون ذات « تنظيم مستمر » . واعتبر ذلك عنصراً أساسياً من عناصر تكوينها . واذا كان نص القانون المدني في المادة

---

(١) راجع الدكتور مرقس المرجع السابق ص ٣٤٩ .

(٢) راجع ما سبق ص ١٩٤ .

٥٦ لم يأت على ذكر التنظيم أو النظـــام في التعريف معتمداً على ايراده في المـادة ٥٧ كأول شرط في انشاء الجمعية ، فان النص الجديد أوضح وأفضل من هذه الجهة .

هذا مع العلم أن كلاً من القانون المدني (المـادة ٥٧) والقانون الجـــديد (المادة ٣) قد فصلا الشروط والبيانات التي يجب أن يتضمنها النظام المكتوب للجمعية مما يعتبر حداً أدنى في نظام الجمعية وتنظيمهـــا ، وشرطاً في وجودها . فالكتابة شرط أساسي لقيـــام الجمعية ، كما هي الحال في الشركة وهو مايسمى باللاتينية (Substratum) ، لامجرد دليل لاثباتها (instrumentum)

الثاني ، ان النص الجديد لم يشترط في تعريف الجمعية أن تكون الجماعة ذات صفة دائمة وغير محدودة المدة كما يفهم من معنى كلمة الدوام في النص السابق في المـادة ٥٦ من القانون المدني ، وانما اشترط أن يكون التنظيم مستمراً سواء أكان ذلك لمدة معينة أو غير معينة ، وهذا أكثر شمولا وعمـوما ، وأكثر اتفاقاً مع الواقع والحاجة . فهو مع ابعـــاده الجمعية عن الاجتماع العرضي أو الطارىء ، أجاز أن تقوم الجمعية وتستمر لتحقيق غرض ما ولكن ضمن مدة محدودة تنتهي بعدها .

على أن القانون الجديد قد اشترط في المـادة الثانية ، اضافه على ذلك ، أن لايكون السبب أو الغرض من انشاء الجمعية غير مشروع او مخالفـــاً للقوانين والآداب ، او ماساً بسلامة الجمهورية او شكل الحكم الجمهوري ، مما يعتبر ايضاحا وتحديداً لعنصر الغرض المشار اليه قبلا .

وجدير بالذكر كمبدأ عام لاخلاف فيه ان ماتمتاز به الجمعية في هـذا الغرض المشروع انه متنوع وغير محدود الا بالقيد الذي اشرنا اليه الآن ؛ فقـــد يكون خيريا ، وقد يكون علمياً ، وقد يكون ثقافياً ، او رياضياً او اقتصاديا الخ . . . ولكن يجب في كل الاحوال أن لايكون الاصل فيـه الحصول على الربح . كما يجب أن لايكون مخالفاً لما منعه القانون من اغراض .

٣ ـ انواع الجمعيات

أ ـــ لقد ميز قانون الجمعيات الاخير بعض أنواع بارزة للجمعيات فنص في المادة ٤١ منه على ماسماه بالجمعيات ذات النفع العام ، وهي كل جمعية يقصد بها تحقيق مصلحة عامة ويصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها كذلك . وقد سبق وأشرنا الى حكم هذه الجمعيات وأهميتها وما تتمتع به من خصائص وميزات عندما بحثنا في الاشخاص الاعتبارية للحقوق العامة (١) ، والجدير بالذكر أن السلطة الادارية أو رئيس الجمهورية هو الذي يقدر مدى تحقيق المصلحة العامة من قبل الجمعية كي يعتبرها ذات نفع عام . فقد تعتبر جمعية الرفق بالحيوان ، او جمعية الهلال الاحمر الخ . . جمعيات ذات نفع عام بقرار ، وتكون هناك جمعيات أخرى قريبة منها او لأغراض شبيهة بها فلا تعتبر كذلك ، والضابط الوحيد في هذا الموضوع هو قرار رئيس الجمهورية ، او اعتبار السلطة الادارية .

ب ـ ونص هذا القانون في الباب الثالث منه (المادة ٥٢ الى المادة ٥٦) على نوعين هامين من انواع الجمعيات الخيرية ، والجمعيات الثقافية . فاعتبر جمعية خيرية (المادة ٥٢) « كل جمعية تتكون لتحقيق غرض او أكثر من اغراض البر أو الرعاية الاجتماعية ، قصر نفعها على أعضائها او لم يقصر عليهم . وإذا باشرت جمعية غير خيرية غرضاً من أغراض البر او الرعاية الاجتماعية من طريق هيئات داخلية فيها خضعت هذه الهيئات لأحكام الجمعيات الخيرية .

ج ـــ « وتعتبر جمعية ثقافية كل جمعية يكون الغرض من تكوينها النهوض بالعلوم او الفنون او الآداب » (المادة ٥٤) وقد حدد القانون لكل من هذه الانواع أحكاما خاصة ، في ادارة الجمعية ورقابتها ومصيرها .

---

(١) راجع ماسبق ص ٢٥٤ ـ ٢٦٥

د ـ على ان ثمة خلافاً فقهياً حول طبيعة بعض الجمعيات او الشركات التى تقوم على التعاون ، او ما هو بحكم التعاون ، والتي تهدف الى غرض يجمع بين شيء من الازدهار والتضامن والتعاون وبين النفع المادي للاعضاء ، بحيث يكون هذا النفع اساسياً ، وهدفاً رئيسياً من اهداف التعاون .

فذهب بعض الفقهاء ومنهم الاستاذ بلانيول والاستاذ السنهوري إلى أن هذه التعاونيات تؤلف شركات لاجمعيات ، مادام عنصر الفائدة والعنصر المادي اساساً فيها او غرضاً من اغراضها ، ولو لم يكن هناك ربح قابل للتوزيع المباشر (١) .

وذهب آخرون ومنهم ميشو وتروتابا (٢) والدكتور شفيق شحاته (٣) إلى ان ما يطلق عليه احياناً اسم شركات التعاون او الجمعيات التعاونية هي جمعيات اكثر منها شركات « لأن الغرض الاصلي منها ليس الحصول على ربح مادي ، بل توزيع المنتجات على اعضائها بأرخص الاثمان » . وذكر ميشو وتروتابا في كتابهما قرار لمحكمة التمييز (النقض) الفرنسية اعتبر شركة تعاونية للاقراض ذات رأس مال متحول جمعية لاشركة (٢) .

على انه لتحديد طبيعة التعاونيات في هذا الموضوع بالنسبة لبلادنا لابد لنا من الرجوع الى القانون الخاص بها .

فبعد ان كان المرسوم التشريعي رقم ٦٥ الصادر في ٢٨ شباط ١٩٥٠ هو

---

(١) راجع ماسبق ص ٢٨١ ـ ٢٨٣ .

(٢) المرجع السابق ج ١ ص ٢٨٦ هامش ٢ ، وكذلك ج ٢ ص ١٤٢ هامش ٢ .

(٣) المرجع السابق ص ١٢٦ ، راجع كذلك الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية الحق القاهرة ١٩٥٧ ص ١٦٧ ـ ١٦٨ . وقد اشار الدكتور عبد الباقي في اعتبار التعاونيات جمعيات لاشركات الى ان تحقق بعض منافع اقتصادية للاعضاء ، لايبدل من وضع الجمعية مادام ذلك يأتي بصفة تبعية . ولكن ذلك محل نظر ، لأن غرض الربح ليس تبعياً ولا ثانوياً .

الذي ينظم اوضاع الجمعيات التعاونية في سورية ، جاء قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩١ الصادر في ٩ حزيران ١٩٥٨ اثناء قيام الوحدة بين سورية ومصر ملغياً للقانون السابق ومعتبراً القانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٦ المطبق في مصر مطبقاً في سورية .

ويبدو للمدقق في احكام هذا القانون ان ماسمي بالجمعيات التعاونية هو اقرب الى الشركة المساهمة منه الى الجمعية . فقد حددت المادة الاولى من هذا القانون الاسس التي يقوم عليها التكتل والتي تدل على ان طبيعة هذه التعاونيات اقرب الى الشركات ، نذكر منها :

١ – لابد لكل عضو يساهم في التعاونية من الاشتراك برأس مال الجمعية الذي يكون موزعاً الى اسهم غير محدودة العدد ، وبحيث يكون لكل شخص حق الاكتتاب فيها والتنازل عنها لأي شخص آخر وفق احكام القانون او النظام .

٢ – ان يكون لهذه الاسهم ربح او فائدة لاتزيد عن ٦٪ من قيمتها الاسمية

٣ – ان يوزع صافي الارباح على الاعضاء لكل بنسبة تعامله مع الجمعية .

٤ – لاتقبل في عضوية الجمعية التعاونية الهيئات التي لاترمي الى الكسب (المادة ٢٥) الخ . .

فكل هذه الاسس تؤكد أن التعاونية تهدف الى الكسب والنفع المادي لأعضائها كغرض اصلي لاتبعي ، وان القيود والاحكام الخاصة بها وان تكن تختلف بعض الشيء عن شركات الاموال الا انها لاتختلف في الجوهر عنها ، بقدر ماتختلف عن الجمعيات في جوهر احكامها . واذا كانت التعاونيات بين الجمعيات والشركات فهي في اعتقادنا اقرب الى هذه منها الى تلك .

هـ – على ان هذه الانواع المختلفة التي ذكرناها ليست حصرية فهناك انواع كثيرة للجمعيات لم ينص عليها القانون العام ولم ينظمها قانون خاص في بلادنا ولم يجعل لها احكاماً خاصة بها ، غير ان الفقهاء وبعض التشريعات الاجنبية قد بحثت

هذه الانواع ، وربما افردت لها بعض الاحكام الخاصة ، ونخص بالذكر منها الجمعيات النقابية Associations syndicales او النقابات ، التي نظم بعضاً منها في بلادنا تشريع خاص ، كنقابات العمال وارباب العمل ونقابات بعض المهن الحرة، هذه النقابات التي اختلف الفقهاء والاجتهاد في اعتبارها مؤسسات عامة Etablissements publics (وبحسب التعبير المصري مصالح عامة) وبالتالي من اشخاص الحقوق العامة ؛ او مؤسسات خاصة ومن اشخاص الحقوق الخاصة ، او بين النوعين أي جمعيات ذات نفع عام[1].

ومثل ذلك جمعيات المساعدة المتبادلة او العون المتبادل Associations (sociètes) de secours mutuels ، وجمعيات العون الخاصة ببعض الافراد الذين يفرض عليهم القانون الانضمام اليها ، وجمعيات صناديق التوفير Caisses d'épargne

---

(١) راجع المناقشات الفقهية والاجتهادات القضائية التي اوردها ميشو وتروتابا حول هذا الموضوع (المرجع السابق ج ١ ص ٢٥٠ وما بعدها) ، وينتهي المؤلف من استعراض أقوال الفقهاء والاجتهادات القضائية الى اعتبار ان هذه النقابات تغلب فيها صفة المؤسسات العامة واشخاص الحقوق العامة أكثر من مجرد جمعيات ذات نفع عام او جمعيات خاصة . وان المعيار في ذلك لا الى الهدف او الغرض الذي تهدف اليه النقابة فحسب ، بل وكذلك الى جملة عوامل هي مجموع حقوق السلطات العامة الممنوحة الى هذه الجمعيات من قبل المشرع ، كحق الزام الاقلية بالخضوع لرأي الأكثرية في تأليف الجمعية ، وحق الاستملاك للمنفعة العامة ، باعتبار ان ماتقوم به من اعمال تماثل الاعمال العامة ، وحق فرض التكاليف والرسوم على اعضائها بشكل يشبه التكاليف العامة الخ . . وبكلمة واحدة وجود تماثل بينها وبين المؤسسات العامة والسلطات الادارية، ولا سيما ما تملكه الدولة من هيمنة فعلية ورقابة مباشرة على اعمال النقابة . فاذا لم تتحقق هذه العوامل في نقابة ما ، جاز عندئذ اعتبارها جمعية خاصة ، كمثل تكتلات بعض المنتجين بقصد رفع الاسعار او المحافظة عليها او غير ذلك . ومن امثلتها الكارتل Cartels والتروست Truste لانه لا تتحقق فيها العوامل المذكورة بعكس نقابات المحامين والاطباء الخ . . التي تتمتع بالمزايا المشار اليها . اما نقابات العمال التي تكون اختيارية لا اجبارية فهي بين البين .

وجمعيات السكن الرخيص Comités d'habitation à bon marché الخ .. هذه الجمعيات التي كثيراً ماتكون في حقيقتها انواعاً من التعاونيات، او هي التعاونيات نفسها بعد صدور التشريع الخاص بها وانتشارها .

والواقع اننا نستطيع ان نطلق اسماً على كل جمعية مستوحى من ميزاتها الخاصة فنصنفها به في صنف خاص ، باعتبار هدفها وموضوعها ، وباعتبار تأليفها واداراتها ، بحيث لايصح ان نقصر انواع الجمعيات واسماؤها على ماهو معروف اليوم ، فقد تأتينا الحياة بانواع واشكال جديدة تبقى خاضعة في مجموعها للاحكام العامة للجمعيات ، بحسب احوالها ، بين جمعيات الحقوق العامة وجمعيات الحقوق الخاصة ، ولكن ليس بمستبعد ان يتدخل المشرع فيما بعد وبقدر الحاجة والمصلحة ، فيعطي لهذه الانواع الخاصة احكاماً خاصة تقتضيها ، كما حدث في بعض الانواع التي ذكرناها .

٣ — نشوء الجمعية وبدء شخصيتها

كان القانون المدني يشترط في انشاء الجمعية ان يوضع لها نظام مكتوب موقع من الاعضاء المؤسسين (المادة ٥٧ فقرة اولى) ليكون بمثابة الاتفاق او العقد بالنسبة للشركات ، كما اشترط ان يشتمل هذا النظام على البيانات الاساسية التالية :

أ — اسم الجمعية والغرض منها ومركز ادارتها على ان يكون هذا المركز في سورية .

ب — اسم كل من الاعضاء المؤسسين ولقبه وجنسيته ومهنته وموطنه .

ج — موارد الجمعية (وكيفية استغلالها والتصرف فيها) .

د — الهيئات التي تمثل الجمعية واختصاصات كل منها وطريق تعيين الاعضاء الذين تتكون منهم هذه الهيئات وطرق عزلهم .

٥ ـ القواعد التي تتبع في تعديل نظام الجمعية .

وقد تبنى قانون الجمعيات الاخير رقم ٩٣ لسنة ١٩٥٨ هذا النص كاملاً في المادة الثالثة واضاف اليه وجوب بيان :

١ ـ كيفية استغلال موارد الجمعية والتصرف فيها (مضافة الى فقرة الموارد).

٢ ـ حقوق الاعضاء وواجباتهم .

٣ ـ طرق المراقبة المالية .

٤ ـ كيفية دمج الجمعية او تقسيمها او تكوين فرع لها (مضافة الى القواعد المتبعة في تعديل النظام).

٥ ـ قواعد حل الجمعية والجهة التي تؤول اليها اموالها .

ومهما يكن الامر فان القانون ، سواء القانون المدني في الاصل ، او قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، قد اعتبر الجمعية موجودة فعلاً وقانوناً بمجرد تأسسها وفقاً للشروط التي ذكرت اعلاه . غير ان ثبوت الشخصية الاعتبارية لهذه الجمعية قد اختلف بين حكم القانون المدني وحكم قانون الجمعيات الاخير . فبينما كانت المادة ٦٠ من القانون المدني السوري تنص على ان « الشخصية الاعتبارية للجمعية تثبت بمجرد انشائها » بحيث يكفي ان تتوافر الشروط السابقة من تحقق العناصر المقومة للجمعية ووضع النظام المكتوب وتوقيعه من المؤسسين لتكون الجمعية قد أنشأت « وتكون شخصيتها الاعتبارية قد ثبتت » جاءت المادة ٧ من قانون الجمعيات الاخير فنصت صراحة انه : « لا تثبت الشخصية الاعتبارية للجمعية الا اذا شهر نظامها وفقاً لاحكام هذا القانون » ، فجعلت ثبوت الشخصية الاعتبارية وتأكيد وجودها القانوني معلقاً على شهر نظامها وذلك بقيده في السجل المعد لذلك . فاذا اعتبرنا امكان وجود الجمعية قبل ثبوت الشخصية الاعتبارية

لها ، كان هذا الشرط المنصوص عليه في المادة ٧ من قانون الجمعيات الاخير بمثابة مرحلة ثانية من مراحل تكوين الجمعية واثراً لهذا التكوين معلقاً على شرط . واذا اعتبرنا ان الجمعية لا تتكون الا عند ثبوت الشخصية الاعتبارية لها ، كان هذا الشرط عنصراً أساسياً من عناصر التكوين في المرحلة الاولى . ولهذا التفريق اهمية من الناحية العملية والاثار التطبيقية كذلك . ونحن أميل للاعتقاد بترجيح الاعتبار الاول ، لا لان القانون المدني الملغى كان قد ألحق ثبوت الشخصية للجمعية بمجرد انشائها فحسب « اي بما يفيد لحوق الشخصية الاعتبارية لكل جمعية منشأة وبمجرد هذا الانشاء » كأثر من اثار وجود الجمعية ، وقصر اثار الشهر على عدم جواز الاحتجاج بهذه الشخصية قبل الغير الا بعد ان يتم شهر نظام الجمعية (المادة ٦٠ فقرة ٢) « بل ولأن تأخر الشهر او عدم حصوله في بعض الاحيان لا يمكن أن يؤدي الى انكار الوجود الفعلي والأثار القانونية لهذا الوجود ، كما هي الحال بالنسبة للشركات الفعلية . وقد اشارت الى ذلك صراحة المادة ٦١ الملغاة من القانون المدني فقالت « ان اهمال الشهر او التهرب بأية وسيلة اخرى من اثبات وجود الجمعية رسمياً لا يمنع الغير من التمسك ضد الجمعية بالاثار المترتبة على الشخصية الاعتبارية » .

وفي كل الاحوال ، فقد اظهر قانون الجمعيات الاخير اهتماماً اكثر لأمر الشهر واجرائه ، ورتب عليه احكاماً ، أشد واعطى للسلطات الادارية في ذلك سلطاناً كبيراً ، تمشياً مع اتجاهه ـ المخالف للقانون المدني ـ في الهيمنة على الجمعيات وتقييد أطلاقها .

فبعد ان ذكر في المادة التاسعة منه ان « شهر نظام الجمعية يكون بمجرد قيده في السجل المعد لذلك ، ونشر ملخص القيد في الجريدة الرسمية بغير مقابل » تاركا للائحة التنفيذية ، اي المرسوم او القرار التنظيمي الذي تصدره وزارة الشئون الاجتماعية والعمل ، بيان الشروط والاوضاع الخاصة بهذا السجل واجراءات القيد فيه وشروطه ، عاد ونص في المادة العاشرة منه على ان « تقوم الجهة الادارية

المختصة باجراء الشهر خلال ستين يوماً من تاريخ طلبه ، فاذا مضت الستون يوماً دون اتمامه اعتبر الشهر واقعاً بحكم القانون . وعلى الجهة المذكورة بناء على طلب ذوي الشأن اجراء القيد في السجل والنشر في الجريدة الرسمية » .

وهكذا يكون للجهة الادارية المختصة ، وهي عندنا اليوم وزارة الشئون الاجتماعية والعمل ، الحق باجراء التسجيل أو رفضه خلال مدة ستين يوماً ، فاذا سكتت اعتبر سكوتها قبولا ضمنياً موجباً للشهر والنشر . أما اذا رفضت ، وتستطيع ذلك كما يفهم من المادة ٦١ من هذا القانون ، فيكون « لذوي الشأن التظلم الى الجهة الادارية المختصة من القرار الصادر برفض اجراء الشهر خلال ستين يوماً من تاريخ ابلاغهم قرار الرفض . ويجب البت في هذا التظلم بقرار مسبب (اي مبين الاسباب والعلل) خلال ستين يوماً من تاريخ وصوله الى الجهة المختصة والا اعتبر قرار الرفض كأن لم يكن . » .

وقد جاءت اللائحة التنفيذية لهذا القانون (الصادر بقرار رئيس الجمهورية رقم ١٢٣٠ سنة ١٩٥٨) تبين ان الجهة الادارية المختصة بحسب نص المادة العاشرة التي يقدم اليها طلب الشهر فتقرره او ترفضه ، هي وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل . وان الجهة الادارية المختصة المنصوص عليها في المادة ٦١ التي يتظلم اليها اي يعترض امامها على قرار الرفض هـو وزير الشؤون الاجتماعية والعمل . وحبذا لو كان المرجع مختلفاً لتكون هناك ضمانات اقوى في حال التظلم او الاعتراض . ومع ذلك فاننا نعتقد ان قرار وزير الشؤون الاجتماعية والعمل يخضع ، ككل قرار اداري صادر عن السلطة الادارية ، الى طرق الطعن القانونية التي منحها القانون للمواطنين ضد جميع القرارات الادارية وفق الاصول المنصوص عليها في قانون مجلس الدولة .

٤ — حياة الجمعية في ادارتها وحقوقها

لقد رأينا ونحن نبحث في خصائص الشخص الاعتباري والحقوق التي يتمتع

بها كما اوضحتها المادة ٥٥ من القانون المدني ، ان لهذا الشخص جميع الحقوق التي للشخص الطبيعي فيما خلا ما كان منها ملازماً لصفة الانسان الطبيعية . وتنطبق هذه الخصائص على الجمعيات كسائر الاشخاص الاعتبارية الاخرى ، ومن اهم مايتجلى في حياة الجمعية ، كما نظمها القانون المدني من قبل ثم قانون الجمعيات الاخير السابق الذكر ، ادارة الجمعية ومدى الحقوق التي تستطيع ان تتمتع بها او أن تمارسها .

أ ـ اما بالنسبة للادارة والتمثيل ، فلقد كانت المادة ٥٥ من القانون المدني اشترطت ان يكون لكل شخص اعتباري نائب يعبر عن إرادته ، (الفقرة ٣) ثم جاءت النصوص الخاصة بالجمعيات ، سواء في القانون المدني (المواد ٦٥-٦٧) او قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة (المواد ٢٦ ـ ٣٥) فأوضحت ونظمت الهيئات ، او المجالس والاشخاص ، الذين يتولون ادارة الجمعية وتحقيق أغراضها واهدافها ، وتمثيلها في كل ذلك .

وطبيعي كما رأينا من قبل ، ان تكون هذه الهيئات او المجالس ، وهؤلاء الاشخاص الممثلون لها ، هم الذين يباشرون اعمال الجمعية نيابة عنها ، ضمن الحدود التي رسمها نظام الجمعية والقانون .

وقد فرق قانون الجمعيات الاخير بشكل واضح ومفصل اكثر من القانون المدني بين مجلس الادارة الذي هو بمثابة السلطة التنفيذية للجمعية ، والذي يتألف من عدد محدود من الاعضاء يحدد اختصاصهم وطرق تعيينهم وانتهاء عضويتهم نظام الجمعية ، على ان لا يقل عددهم عن ثلاثة (المادة ٢٦)، وبين الجمعية العمومية او الهيئة العامة للجمعية Assemblée générale التي هي بمثابة السلطة المقررة للجمعية والتي تتألف من جميع الاعضاء العاملين الذين وفوا الالتزامات المفروضة عليهم وفقاً لنظام الجمعية ، ومضى على عضويتهم مدة سنة على الاقل (المادة ٣١) .

وقد جعل هذا القانون من اختصاص مجلس الادارة ادارة شئون الجمعية ،

وله في سبيل ذلك القيام بأي عمل من الأعمال عدا تلك التي ينص نظام الجمعية على ضرورة موافقة الجمعية العمومية عليها قبل اجرائها (المادة ٢٨) كما يمكن لمجلس الادارة ان يعين مديراً من اعضائه او من غيرهم يخوله التصرف في أي شأن من الشئون الداخلة في اختصاصه (المادة ٢٩) ويكون للمدير القيام بالأعمال التنفيذية ، والاشراف على تنفيذ قرارات الجمعية العمومية ومجلس الادارة، ما لم يرد نص في نظام الجمعية بخلاف ذلك (المادة ٣٠) .

وقد نظم القانون كيفية دعوة الجمعية العمومية ، واوقات اجتماعاتها ، وقانونية هذه الاجتماعات ، وصحة المناقشات والتصويت واصدار القرارات (المواد ٣١ – ٣٣ من قانون الجمعيات الاخير) .

واعتبر القانون كل قرار سواء كان صادراً من الجمعية العمومية ، او من مجلس الادارة او من المدير وكان مخالفاً للقانون او لنظام الجمعية ، قابلاً للابطال بحكم من المحكمة الابتدائية (وبحسب التعبير الحالي لدينا محكمة البداية المدنية)، شريطة ان ترفع الدعوى بذلك من الاعضاء او من شخص آخر ذي مصلحة او من النيابة العامة خلال ستة اشهر من تاريخ صدور القرار ودون ان يمس ذلك بحقوق الغير حسني النية الذين يكونون قد اكتسبوا حقوقاً على اساس القرار المذكور (المادة ٣٤ من القانون المذكور) .

ولكن قانون الجمعيات ذهب بعيداً في اعطاء الادارة حق الهيمنة والتسلط على فعاليات الجمعية . فجعل في المادة ٣٥ « للجهة الادارية المختصة في حالة الاستعجال وقف العمل بأي قرار يصدر من مجلس ادارة الجمعية او جمعيتها العمومية او من مديرها اذا رأت انه مخالف للقانون او للنظام العام والآداب... » غير انه خفف من وطأة هذا التسلط حين نص في الفقرة الثانية انه يعتبر قرار الوقف كأن لم يكن اذا لم ترفع دعوى البطلان خلال الثلاثين يوماً التالية لصدور القرار ممن تقدم ذكرهم او من الجهة الادارية التي اصدرت قرار الوقف » .

ومهما يكن الامر فان رقابة الدولة او تدخلها في ادارة الجمعيات يكون اشد بكثير في الجمعيات ذات النفع العام عنها في الجمعيات العادية (١) .

ب – واما من حيث مدى الحقوق التي تستطيع الجمعية ان تتمتع بها والاموال التي تستطيع أن تمتلكها فان المبدأ العام كما اشرنا من قبل هو في تقييد هذه السلطة . وما دامت الجمعيات انما توجد لتحقيق غرض معين ، لذلك فان القوانين بوجه عام ، والقانون المدني ، وقانون الجمعيات عندنا بوجه خاص ، قد حدّت من حق الجمعية في التمتع بالحقوق وتملك الاموال وذلك ضمن الحدود التي تحقق غرض الجمعية الثابت في نظامها . وهذا يسمى – كما رأينا – بمبدأ التخصص Principe de spécialisation .

فقد نصت المادة ٥٩ الملغاة من القانون المدني والمادة ٦ من قانون الجمعيات التي حلّت محلها انه : « لا يجوز ان يكون للجمعية حقوق ملكية او أي حقوق أخرى على العقارات الا بالقدر الضروري لتحقيق الغرض الذي انشئت من اجله ... ولا يسري هذا الحكم على الجمعيات الخيرية والثقافية ... » واضافت المادة ٦ كذلك انه : « يحظر على الجمعية ان تحتفظ برصيد نقدي يزيد على ثلاثة امثال المصروفات السنوية للادارة الا باذن من الجهة الادارية المختصة . » بحيث تستطيع هذه الجهة ان ترفع يد الجمعية عن الاموال الزائدة. كما حظر القانون المذكور في المادة ١٩ منه على الجمعيات الدخول في مضاربات مالية.

وهكذا يقصر القانون اهلية تملك الجمعيات للأموال على القدر الضروري لتحقيق اغراضها ، سواء كانت هذه الاموال عقارية او منقولة .

---

(١) فصلت ذلك المواد ٤٤ الى ٥١ من قانون الجمعيات المذكور الى حد تستطيع معه الجهة الادارية ان تكون المرجع الفعلي لا في الادارة وتعيين المديرين او عزلهم الخ .. فحسب بل وحتى في دمج الجمعية بغيرها .

والسبب في ذلك كله كما ذكرنا في بحث تاريخ الجمعيات[1] ان المشرع يخشى دوماً تكتل الناس في جمعيات لاغراض اجتماعية او دينية الخ .. ثم جمع الاموال الطائلة وابقائها تحت يدها زمناً طويلاً وبالتالي اخراجها من دولاب الحركة الاقتصادية والتداول العام ، فضلاً عن استعمالها استعمالاً خطراً على الدولة وسياستها ، بحيث يمكن أن تؤلف الجمعيات اذا ترك لها المجال مفتوحاً في التملك والتصرف ، خطراً كبيراً على سلطان الدولة والحكم فيها .

على ان هذا القيد ليس عاماً ومطلقاً ، وانما هناك بعض الاستثناءات التي نص عليها القانون العام او القوانين الخاصة بالنسبة لبعض انواع الجمعيات .

فقد نص القانون المدني في مادتيه ٥٩ و ٨١ ، وايده في ذلك قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة في المادة ٤٢ ، على استثناء الجمعيات ذات النفع العام من قيود الاهلية المتعلقة بتلك الاموال والعقارات ، اذ يسمح لهذه الجمعيات بأن تتملك الاموال العقارية والمنقولة دون ان تخضع الى القيد السابق ما دامت تستهدف النفع العام وتخضع للرقابة مباشرة .

كذلك فقد استثنى القانون المدني في مادته ٥٩ وايده في ذلك قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة في المادة ٦ من قيد عدم التملك بالنسبة للجمعيات الخيرية والثقافية . والجمعية الخيرية بحسب المادة ٥١ من قانون الجمعيات هي التي تتكون لتحقيق غرض من أغراض البر أو الرعاية الاجتماعية ، قصر نفعها على اعضائها ام لم يقصر ، كجمعية رعاية المكفوفين مثلا . واما الجمعية الثقافية فهي — بحسب المادة ٥٤ من قانون الجمعيات — كل جمعية يكون الغرض من تكوينها النهوض بالعلوم او الفنون او الآداب .

---

(١) راجع ماسبق ص ٥٩٢ — ٥٩٧ .

وفيما عدا ذلك فان حياة الجمعية وحقوقها لا تختلف عن حياة الشركة وسائر الاشخاص الاعتبارية الاخرى .

هذا ، وليس الانتساب الى الجمعية او العمل فيها الزامياً ومرمدياً ، بل ان القانون اجاز « لكل عضو ما لم يكن قد تعهد بالبقاء في الجمعية مدة معينة ان ينسحب منها في اي وقت . وليس للعضو المنسحب ، ولا للعضو المفصول اي حق في اموال الجمعية الا في الحالات المنصوص عليها في القانون » (المادة ٥ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، المطابقة للمادة ٦٧ من القانون المدني الملغاة) ولا نشك في ان العضو الذي يستعمل حقه القانوني بالانسحاب في وقت غير مناسب ، يمكن ان يعتبر متعسفاً في استعمال حقه ، كالشريك في مثل وضعه .

٥ — انتهاء الجمعية وانتهاء شخصيتها

لقد أشرنا في بحث انتهاء الشخصية الاعتبارية[1] الى انه يمكن بوجه عام اعتبار الشخصية الاعتبارية منقضية عندما تفقد العناصر المقومة لها ، او عندما تتفق ارادة جميع أعضاء الشخص الاعتباري او بعضهم على حلها ، او يقرر القضاء هذا الحل .

ولا بد لنا هنا بالنسبة للجمعيات من ان نستعرض هذه الاسباب في ضوء النصوص القضائية والفقه الحقوقي .

أ — واول اسباب انحلال الجمعية وانقضاء شخصيتها فقدان العنصر الاول من عناصر تكونها، الا وهو وجود جماعة معينين من الناس . فاذا زال هؤلاء جميعاً من الوجود هل يمكن لهذه الجمعية ان تبقى وتستمر شخصيتها بدون جماعة مطلقاً لتتحول الى مؤسسة مثلاً او بجماعة جديدة واشخاص جدد ؟

---

(١) راجع ما سبق ص ٦٢٧ — ٦٢٨

ليس في نصوص القانون المدني الملغاة، ولا في قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الذي الغى نصوص القانون المدني المذكورة نص صريح حول هذا الموضوع . واذا رجعنا الى اقوال الفقهاء والمؤلفات الاجنبية في ذلك لوجدنا اختلافاً في الرأي وعدم اتفاق في امكان انتهاء الجمعية بزوال جميع الجماعة المؤلفة لها .

فأصحاب نظرية الفرض القانوني بوجه عام يعتقدون ان الجمعية لا تنقضي بمجرد زوال الجماعة من الناس المؤلفين لها . لانها بعد ان منحت الشخصية الحقوقية واعتبرت شخصاً من قبل القانون فهي كالشخص الطبيعي الذي يبدأ ويوجد نتيجة حادثة طبيعية فيزيولوجية هي الولادة الطبيعية، لا يمكن ان يزول الا بحادثة معاكسة من نفس النوع هي الموت ، كذلك فان الشخص الاعتباري الذي يبدأ ويولد نتيجة عمل مدني هو افتراض القانون او موافقة السلطة الادارية الخ .. لا يزول الا بعمل جديد مثله من قبل هذه السلطة . وبالتالي فان شخصية الجمعية تظل باقية ولو زالت الجماعة المكونة لها كلها ، ما دام لم يصدر عمل مماثل للعمل الذي ولدت بموجبه من المشرع او السلطة الادارية المختصة ، وان من حق هذه السلطة ان تبقيها فتجعلها مؤسسة او تأتي بأشخاص جدد بدل السابقين او تعتبرها منتهية .

ويقول سافيني تأييداً لهذا الراي ، لو ان وباء قضى بالتتابع في مدينة من المدن على جميع اعضاء نقابة حرفة من الحرف ، فان ذلك لا يجب ان يحملنا على القول ان الجمعية او النقابة كلها اصبحت منهية ومحلولة ، وان اموالها اصبحت حقاً للدولة او للهيئات الاخرى كما لو كانت محلولة حقاً [1] .

اما اصحاب نظرية الوجود الواقعي او الحقيقي فانهم لا يترددون في اعتبار الجمعية منتهية بزوال جميع اعضائها المكونين لها ، مع الاعتقاد ـ كما يرى ميشو وتروتابا [2] ـ بامكان معاملة اموالها معاملة التركة الشاغرة وادارتها مؤقتاً ريثما

---

(١) راجع تفصيل ذلك في ميشو وتروتابا ، المرجع السابق ج ٢ ص ٣٨٣ .
(٢) المرجع السابق ص ٣٨٤ ،

ينجلي امرها او تقوم جمعية جديدة محل الجمعية المنقضية فتحوّل اليها اموالها .

ولكن الامر الذي بقي محل جدل وتردد حتى بالنسبة لاصحاب هذه النظرية الاخيرة ، حالة ما اذا لم يبق من جميع اعضاء الجمعية ، او من جميع الجماعة المكونة لها سوى شخص واحد فهل تستمر به ام تنقضي رغم وجوده .

لقد رأينا ان القانون عندنا قد اشترط ان يكون عدد مجلس الادارة ثلاثة على الاقل ، وان الجمعية بالتالي لايمكن ان توجد الا بوجود عدد لايقل عن ثلاثة ، وهذا يعني انه لايمكن بقاؤها بواحد [1] ومع ذلك فان بعض الفقهاء يعتقدون بامكان بقاء شخصية الجمعية وعدم انقضائها ، وذلك باكمال نصابها . ولكن هذا القول نفسه اذا كان مقبولاً في هذه الحالة فيجب ان يكون مقبولاً في حالة انعدام الجماعة بالكلية ، اذ لا فرق بين الحالتين من حيث فقدان عنصر الجماعة . لذلك نعتقد ان هذا الرأي غير مقبول .

على انه يمكن بالتأكيد ان تنتهي الجمعية في مثل هذه الحالات وان تأتي جمعية جديدة ، وبشخصية جديدة تحل محلها وتقوم مقامها في كل ما لها وما عليها .

ب — واذا كان السبب الاول في انتهاء الجمعية وانقضاء شخصيتها بزوال الجماعة المؤلفة لها بالكلية من الامور القليلة الحصول ، الا ان هناك سبباً ثانياً يغلب حدوثه ويتصل بالأول من حيث التبرير والتعليل ، الا وهو اتفاق الجماعة على حل الجمعية اختيارياً . وذلك لأن حل الجمعية باتفاق اعضائها على حلها ليس من حيث النتيجة الا حالة خاصة من حالات انقضاء شخصية الجمعية بزوال جميع اعضائها ، رغم انهم لم يزولوا فعلا من الوجود . وهذا النوع من الحل الذي يقبل به اصحاب نظرية الوجود الواقعي لا يقبل به اصحاب نظرية الفرض القانوني [2] .

---

(١) من هذا الرأي ميشو وتروتابا ، راجع المرجع السابق ج ٢ ص ٣٨٥ - ٣٨٦

(٢) المرجع السابق ج ٢ ص ٣٨٧ وقد فصل ميشو وتروتابا مختلف الآراء الفقهية حول الحل الاختياري ، لاسيما عندما لايكون هناك نص تشريعي عليه (من ص ٣٨٧ - ٣٨٩) .

واذا قارنا في حقوقنا الوضعية ، بين القانون المدني في نصوصه الملغاة ، وبين قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، في نصوصه المقابلة ، يبدو لنا لأول وهلة ان هناك ثمة فرقاً ظاهرياً بين نصوص القانونين . فقد جاء في المادة ٦٤ من القانون المدني السوري (فقرة ٣) ما يجيز حل الجمعية حلاً اختيارياً بقرار يتخذ من الهيئة العامة (او الجمعية العمومية) للجمعية بأكثرية ثلثي أعضائها ، كما جاء في المادة ٦٩ انه اذا كان الحل اختيارياً تقوم الجمعية العمومية التي تقرر الحل بتعيين مصف او اكثر . كذلك نصت المادة ٧٠ (فقرة ٢) فيما يتعلق بتوزيع الاموال الباقية في الجمعية المنحلة ، انه يتوجب على الجمعية العمومية اذا كان الحل اختيارياً ان تقرر تحويل اموال الجمعية المنحلة الى الجمعية او المؤسسة التي يكون غرضها هو الاقرب الى غرض هذه الجمعية . في حين ان قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة في النصوص المقابلة لنصوص القانون المدني التي استعار اكثرها تقريباً ، لم يورد كل هذه الاحكام صراحة بل استبدل تعبير الحل الاختياري من الجمعية العمومية بتعبير « الجهة التي اصدرت قرار الحل » كأنما يميل الى استبعاد فكرة الحل الاختياري من قبل الاعضاء ، والى جعل هذا الحل من حق المحكمة او الجهة الادارية ، الامر الذي يتفق مع الاتجاه الذي سار عليه هذا المشرع في الامور الاخرى ، ولا سيما في تقييد وجود الجمعية وولادتها . ومع ذلك فلا نعتقد انه لم يجز مطلقاً الحل الاختياري ، بدليل انه اضطر الى ذكر ذلك في الفقرة الرابعة من المادة ٣١ حين اشار الى وجوب صدور قرار الجمعية العمومية « بأغلبية ثلثي اعضاء الجمعية فيما يختص بتقرير حل الجمعية » بما يؤكد جواز حصول هذا الحل بالشكل المذكور .

وهكذا فان تشريعنا السابق والحالي يجيزان حل الجمعية لا باتفاق جميع اعضائها فحسب وانما بأكثرية ثلثي هؤلاء الاعضاء فقط ، غير ان التشريعين جعلا هذه الاكثرية حداً أدنى في قرار الجمعية العمومية بالحل الاختياري ويجوز لنظام الجمعية ان يشترط اغلبية اكبر من ذلك ، ربما تصل الى حد الاجماع .

وبذلك لايكون هناك حل اختياري بانسحاب عدد من الاعضاء من الجمعية ولو أدى ذلك الى شل حركتها ونشاطها ، وانما لابد لهذا الحل قانوناً من صدور قرار من الجمعية العمومية بالأكثرية النظامية حين تكون اكثر من الثلثين ، وبالاكثرية القانونية التي لا بد منها وهي أكثرية ثلثي اعضاء الجمعية ، والتي لايمكن لنظام الجمعية ان يخففها حين لا يكون في نظام الجمعية نص اشد .

وربما اعتبر من اسباب الحل النظامية الاختيارية ، لموت الجمعية موتاً طبيعياً ، انتهاء المدة المتفق عليها في نظام تأسيسها — عندما تكون لمدة معينة — او تحقق الامور التي ينص النظام على ان تكون سبباً للحل .

ج — واما السبب الثالث للحل فهو الحل الاجباري ويكون حل الجمعية اجبارياً في الاصل عندما تقضي السلطة المختصة بذلك. واذا كان الحل الاختياري المشار اليه في الفقرة ب السابقة بتقرير اعضاء الجمعية او انتهاء مدتها ، بمثابة الأنتحار أو الموت الطبيعي للجمعية ، فان الحل الاجباري يعتبر بمثابة الحكم عليها بالموت .

وقد تختلف السلطة المختصة التي من حقها القضاء بالموت على الجمعية وحلها من تشريع الى آخر ، ومن بلد الى بلد ، بل ومن نظرية الى نظرية ، فاصحاب نظرية الفرض القانوني يعتبرون ان من حق السلطة الادارية ان تسلب الجمعية شخصيتها في كل وقت مادامت هى التي تمنحها اياها ، بعكس اصحاب نظرية الوجود الواقعي (١) .

ومهما يكن الامر ، فان تشريعنا ، سواء منه نصوص القانون المدني الملغاة وسواء نصوص قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، رغم القيود التي ادخلها على وجود الشخص الاعتباري وهيمنة الدولة عليه ، قلنا ان التشريع عندنا قد حصر السلطة المختصة بالحل بالمحكمة الابتدائية ، كما هو نص المادة ٦٤ فقرة ٢ من

---

(١) راجع ميشو وترتابا . المرجع السابق ج ٢ ص ٣٨٣ وما بعدها .

القانون المدني والمادة ٣٦ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة. فيجب اذن ان يصدر حكم من المحكمة الابتدائية (اي البداية المدنية بحسب التعبير السائد لدينا) التابع لها مركز الجمعية ، يقضي بحلها .

ولكن هـذا الحكم لا يصدر اعتباطاً ومن غير سبب معين . فلقد نص القانون في المادتين السابقتين على اسباب هذا الحل كما اشار الى من يستطيـع رفـع الدعوى .

اما اسباب الحل القضائي فهي :

١ — متى اصبحت الجمعية عاجزة عن الوفاء بتعهداتها .

٢ — او متى خصصت اموالها وارباح اموالها لاغراض غير التي انشئت من اجلها

٣ — او متى ارتكبت مخالفة جسيمة لنظامها .

٤ — او اية مخالفة للقانون او للنظام العام او للاداب .

ويستطيـع ان يرفـع الدعوى وان تنظر المحكمة بها بناء على طلب :

١ — احد الاعضاء ، دون تحديد عدد او صفة له .

٢ — اي شخص من غـير الاعضاء له مصلحة في الحل ، اي يجب ان يثبت مصلحته بالطلب .

٣ — النيابة العامة .

ويعود للمحكمة ان تقدر الاسباب المدعى بها في طلب الحل ، وقد اجاز لها القانون ان تكتفي بابطال التصرف موضوع المخالفة .

فاذا تقرر حل الجمعية لاي سبب من الاسباب السالفة الذكر اختيارياً او اجباريا، وجب ان يعين لها مصف او اكثر، ويقوم بهذا التعيين كما اشرنا الجهة التي اصدرت قرار الحل (المادة ٣٨ من قانون الجمعيات) فاذا كان الحل بتقرير الجمعية العمومية اي الهيئة العامة للجمعية كان من حق هذه الجمعية او الهيئة ان تعين المصفي او

المصفين ما لم يكن في نظام الجمعية نص خاص على ذلك يكون ملزماً للجمعية . واذا كان الحل قضائياً واستناداً الى حكم المحكمة عينت هذه المحكمة المصفي او المصفين وفق نظام الجمعيه والمبادىء العامة لتصفية الاشخاص الاعتبارية . وتمتد شخصية الجمعية طوال المدة اللازمة للتصفية .

وتكون مهمة المصفي للجمعية كمهمة المصفي للشركة، من حيث شهر التصفية واستلام موجودات الجمعية ومن ثم تصفية الديون التي عليها بتسديدها، والحقوق التي لها باستيفائها ، حتى اذا تمت اجراءات التصفية وحددت حصيلتها توجب على المصفي ان يقوم بتسليم الرصيد الى الجهة التي نص عليها نظام الجمعية، وعندعدم وجود نص او تعذر تطبيقه تحدد الجهة التي اصدرت قرار الحل تحويل رصيد التصفية الى الجمعية او المؤسسة التي يكون غرضها هو الاقرب الى غرض الجمعية (المادة ٣٩) . هذا مع العلم انه لايجوز مطلقاً بحسب نص القانون ان ينص في النظام ـ كما لا يجوز من باب اولى للجمعية العمومية او للمحكمة ان تقرر ـ اعتبار اموال الجمعيه تؤول عند الحل الى الاعضاء او الى ورثتهم او اسرهم ، فيما عدا المال الذي يخصص لصندوق الاعانات المتبادلة او لصندوق المعاشات او الحصص في الجمعيات التعاونية (المادة ٥٨ من القانون المدني ، و ٤ من قانون الجمعيات) .

ومهما يكن الامر ، فان المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها مركز الجمعية هي المختصة دون غيرها من المحاكم بالفصل في كل دعوى مدنية ترفع من المصفي او عليه (المادة ٤٠ من قانون الجمعيات) وذلك في كل خلاف يتعلق بالتصفية وشئونها .

§ ٥ ـ المؤسسات الخاصة

Etablissements privés ou Fondations

يأتي في ختام بحث الاشخاص الاعتبارية للحقوق الخاصة سواء في ترتيب التشريع وسواء في ترتيب الفقهاء والمؤلفين ، المؤسسات الخاصة .

ولقد سبق أن اشرنا ونحن نستعرض مفهوم الشخص الاعتباري ومدلوله وعناصره[1] ان ثمة مجموعة من الأموال يمكن ان تخصص لغرض معين من الأغراض المعنوية النافعة ووفق تنظيم معين ، فتؤلف كياناً مستقلاً عن مخصصها ، وشخصاً منفصلاً عن مرصديها ومقدميها وعن ذمتهم المالية ، اطلق عليه اسم « المؤسسة الخاصة » .

ولا بد لنا قبل ان نبحث تباعاً في تفصيل هذا المفهوم وفي كيفية نشوء المؤسسة وبدئها ، وفي حياتها وادارتها ، واخيراً في انتهائها وانقضائها ، لا بد لنا من الاشارة الى ان هذا التعبير دقيق ويحتاج الى ايضاح .

ففي الحقوق الفرنسية توجد كلمتان متميزتان ولكنهما متصلتان ومتداخلتان في الدلالة على المؤسسة الخاصة ، في عملية نشوئها وتكونها ، في تجسيدها وتشخيصها . الاولى تفيد التبرع الخاص الذي تدل عليه كلمة Fondation وهي تعني عملية تقديم شخص او اشخاص بطريق التبرع (الهبة او الوصية) مالاً يخصص لتحقيق غرض معين نافع ، سواء قدم هذا المال الى اشخاص اعتبارية موجودة من قبل بحيث لا يؤدي الى نشوء شخص اعتباري جديد ، وسواء أدى الى خلق وايجاد شخص جديد لم يكن موجوداً من قبل ، فتؤلف بعد وجوده واستناداً الى هذه العملية ، مؤسسة Etablissement يحدد القانون شخصيتها – التي تتجسد بعد نشوئها وقيامها – بكيان يؤلف شخصاً اعتبارياً وهو المعنى الثاني .

على ان عدداً من المؤلفين والفقهاء يستعملون هذين التعبيرين الفرنسيين بنفس المعنى رغم الفرق الاساسي الذي اشرنا اليه[2] . أما في لغتنا العربية فان التشريع عندنا استعمل تعبير المؤسسة للدلالة على المعنى الثاني كما يتضح من التعريف الذي

---

(١) راجع ما سبق ص ٦٠٠ – ٦٠٢ .

(٢) راجع ميشو وتروتابا المرجع السابق ج ١ نبذة ٧٦ ص ٢١٠ ، ونبذة ١٦٠ مكرر ص ٥٠١ وما بعدها .

سنفصله الآن، أما عملية ايجاد الشخص الاعتباري الذي أصبح المؤسسة، فلم يطلق عليها اسماً خاصاً بحيث تبقى تابعة في اعتقادنا الى احكام التبرع ونوعه الذي تتم بموجبه من هبة في حال الحياة او وصية مضافة الى ما بعد الممات.

١ — مفهوم المؤسسة الخاصة والتعريف بها:

عرّف القانون المؤسسة الخاصة بانها شخص اعتباري، نشأ عن تخصيص مال مدة غير معينة لعمل ذي صفة انسانية او دينية او علمية او فنية او رياضية او لأي عمل آخر من أعمال البر والرعاية الاجتماعية او النفع العام دون قصد الى ربح مادي، (المادة ٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة، والمادة ٧١ الملغاة من القانون المدني السوري).

ومن هذا التعريف يتضح ان المؤسسة الخاصة كيان يقوم على مجموعة من مال قد تكون عقارات، او منقولات، او نقود حالية او مستقبلة، مخصصة لغرض معين لا يتصل بالربح، وانما يتناول ناحية من نواحي الحياة المعنوية اللامادية او اللانفعية، وذلك وفق نظام يحدده من قام بتخصيص المال المذكور. كمثل تخصيص شخص ما، طبيعي او اعتباري، قسماً من ماله لاقامة مستشفى او ملجأ للايتام والفقراء، او انشاء مدرسة او مكتبة، او مسجد او تكية الخ.. ويجري هذا التخصيص عادة من قبل شخص او أشخاص يرغبون في عمل الخير بطريق التبرع، سواء بالهبات حال الحياة، وسواء بالوصية مضافة الى ما بعد الموت، وهي الطرق القانونية في انشاء المؤسسات الخاصة وقيامها — خلافاً لانشاء المؤسسات العامة —. لذلك نجد اكثر الشرائع الغربية وفقائها يبحثون ايجاد المؤسسات الخاصة وأحكامها في بحث تابع للتبرعات او لاحق بها. ويشترطون فيمن يستطيع انشاءها جميع الشروط الواجب توافرها في التبرع كما سنرى.

على اننا اذا حللنا التعريف السابق نجد ان ثمة عناصر لا بد من توافرها في المؤسسة الخاصة .

فالعنصر الاول لها هو تخصيص مجموعة من الاموال ، وهذه الاموال مهما كان نوعها ، هي الدعامة الاساسية لكيان المؤسسة لانه بدونها لايمكن تحقيق غرض المؤسسة التي لاتقوم على الاشخاص بل على الاموال . اما الشخص او الاشخاص الذين يقومون بهذا التخصيص فينتهي عملهم ، كما تنتهي صلتهم بالمؤسسة ، منذ ان يتم نشوؤها وقيامها ولذلك لايعتبرون عنصراً من عناصر هذا الكيان ، وان كانوا هم الاصل في وجوده .

على ان بعض الفقهاء قد انكروا ان يكون المال بذاته عنصراً اساسياً في مفهوم المؤسسة وكيانها كركن لها ، ولكنهم لايستطيعوا مع ذلك ان ينكروا ضرورة المال في تحقيق غرض المؤسسة ، غير انهم يوحّدون في ذلك بين المؤسسة والجمعية ، ويعتبرون ان العنصر الاساسي الاول ليس هو المال بذاته ، وانما هو جماعة المستفيدين من المؤسسة ، كما سنبين ذلك بعد قليل .

واما العنصر الثاني فهو ان يكون تخصيص المال هذا لمدة غير معينة ، وقد جاء النص على ذلك صراحة ، كأنما الشارع اعتبر ان تعيين المدة يفقد الصفة الاصلية لكيان شخص قائم على مال لغرض انساني في ذاته ، خالد دائم ، ومستقل تماماً عن صاحب هذا المال وحياته لان صلته بالمال تنقطع بعد تخصيصه . ولعل المشرع خشي — اذا لم يشترط ذلك — ان تنحرف المؤسسة الخاصة عن اهدافها الاصلية واسباب قيامها فتستخدم لغير هذا الغرض ، خصوصاً وان تحديد اجل لها يحتم تعيين وتقرير مصير المؤسسة عند حلوله بما يتفق وارادة المخصص ، الامر الذي يصطدم كما قلنا مع اصل فكرة الكيان المستقل . الا اذا توسعنا في مفهوم المؤسسة الخاصة ، وقررنا جواز انتقال اموالها الى أشخاص معينين حين زوالها بأجل محدود — على غرار بعض مذاهب الوقف — وهو ما لم يقره القانون لانه

في الواقع يصطدم بعقبات وله نتائج غير محمودة ولا مرغوبة .

واما العنصر الثالث فهو الهدف او الغرض ، اي العمل ذو الصفة الانسانية الذي لايحده من مفهوم نص القانون السابق الذكر سوى ان لا يكون هناك قصد الى ربح مادي . وتعتبر الاعمال المذكورة في النص من دينية او علمية او الخ ... على سبيل التشبيه والمثال لاعلى سبيل التقييد والحصر ، خصوصاً وان العبارة الاخيرة التي اضافتها لجنة المراجعة وهي « اي عمل آخر من اعمال البر او الرعاية الاجتماعية (او النفع العام) » انما اضيفت خصيصاً كي تشمل بمدلولها الواسع كل انواع الاعمال التحضيرية للنص الاساسي [1] . على انه يشترط في كل الاحوال ان لايقصد من انشاء الجمعية منفعة شخصية لأشخاص معينين ، كما يشترط ان لاتكون اغراض الجمعية ووسائلها مخالفة للنظام العام او الآداب [1] .

وقد اشارت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني الى ان اشتراط الغرض المعنوي في المؤسسة الخاصة امر يقتضيه نظامها الخاص الذي يفضي الى حبس الاموال وعرقلة تداولها ، وهو من هذه الناحية غير خليق بعطف الشارع ، ويختلف على ذلك وضع الجمعيات فهي اكثر مرونة وادنى الى مسايرة مايجد من الظروف الاجتماعية .

على ان بعض الفقهاء [2] حاولوا ان يقربوا بين مفهوم المؤسسة ومفهوم الجمعية من حيث ان المؤسسة الخاصة في رأيهم تنتهي في غايتها وتحقيق اغراضها الى رعاية فئة او فئات من الناس ، كالفقراء بالنسبة للملجأ ، والمرضى بالنسبة للمستشفى ، والطلاب بالنسبة للمدرسة الخ ... دون ان يكونوا مالكين للمشروع ، ودون ان يشتركوا حتى في ادارته او في ممارسة أي نشاط ، وانما باعتبار ان من

---

(١) راجع مجموعة الاعمال التحضيرية ج١ ص ٤٢٦ ومابعدها .
(٢ راجع ميشو وتروتابا المرجع السابق ج١ ص ٢١٣ وما بعدها .

اجلهم وفي سبيلهم انشىء المشروع ، وهم بمجموعهم لا بأفرادهم اصحاب الحق فيه [1] .

وذهب سافيني الى ان الحد الفاصل بين الجمعيات والمؤسسات الخاصة كثيراً مايكون مهلهلاً وغير واضح تماماً، بل ان بعض الاشخاص الاعتبارية كالجامعات مثلاً ، كانت تبدو في زمن من الازمان انها جمعيات او اقرب الى الجمعيات ، في حين انها بدت في زمن آخر انها مؤسسات خاصة او اقرب الى المؤسسات الخاصة [2] بحيث لايوجد هناك حد قاطع في نظره بين النوعين.

ومن المعروف أن المؤسسات الخاصة بصورة خاصة كانت محل مقاومة المشرع والفقهاء الذين وجدوا عليها مطاعن كثيرة ، ولكنها ، كما يذكر بعض المؤلفين ، قد انتشرت في العالم رغم هذه المقاومة ، مما يدل على انها تتجاوب مع حاجة حقيقية دفعت الناس الى ايجادها [3] . ذلك ان كثيراً من الناس لا يأمنون على تحقيق غرض خيري او اجتماعي يتوقون الى ايجاده والتبرع بأموالهم من أجله الا اذا كان هناك كيان مستقل يستمر في تحقيق هذا الغرض ورعايته ليؤتي ثمراته ، بحيث لا تؤثر فيه الحالات الطبيعية والنفسانية التي تؤثر في الشخص الطبيعي حينما يكلف بمثل هذا ، كوكيل او نائب يرتبط المشروع بوجوده وبتأثيره .

غير ان ذلك وإن يكن قد اضطر التشريع والفقه الى الاعتراف بوجود المؤسسات وفائدتها ، فان ذلك لم يؤد الى اطلاق حرية انشاء المؤسسات ونشاطها بل بقي أثر هذه المقاومة واضحاً في القيود الكثيرة والرقابة الضيقة التي فرضت

---

(١) راجع ميشو وتروتابا ، المرجع السابق هامش ٣ ، راجع كذلك ص ٥٠١ حيث يؤكد ان عنصري المؤسسة هما اولا تحديد فئة المستفيدين وثانيا جهاز الادارة ، اضافة الى الاموال المقدمة .

(٢) كتاب القانون الروماني Droit romain ترجمة Guénoux ج٢ ص ٢٠٤-٢٤٢ .

(٣) راجع ميشو وتروتابا ، المرجع السابق ج١ ص ٢١١ .

على المؤسسات الخاصة ، قيوداً ربما كانت اكثر من تلك التي فرضت على الجمعيات [1] وعلى الاخص في ضرورة اذن السلطة وموافقتها على انشاء المؤسسة ابتداء ، ثم هيمنتها على فعالياتها اثناء وجودها ، كما سنوضح ذلك حين نبحث في حياة المؤسسة الخاصة وادارتها .

ومهما يكن الامر فانه لابد لوجود المؤسسة ، الى جانب العناصر الثلاثة التي ذكرناها ، من استكمال الشروط التي اوجبها القانون لوجودها ، ولا سيما النظام المكتوب الذي يحدده سند انشاء المؤسسة ، وجهاز ادارتها كما ارادمنشئوها .

٢ — نشوء المؤسسة الخاصة و بدء شخصيتها

لقد اشترط القانون لانشاء المؤسسة : « أن يكون ذلك بسند رسمي او وصية ويعتبر السند او الوصية دستوراً للمؤسسة » (المادة ٥٨ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، والمادة ٧٢ المغاة من القانون المدني) .

وبذلك يكون الشرط الاول في انشاء مؤسسة ما ، وجود سند رسمي او وصية . ويكاد يكون هذا الشرط عاماً في اكثر التشريعات على اختلافها [2] سواء المقيد منها لانشاء المؤسسات الا بموافقة الدولة واذنها ، وسواء غير المقيد لها . ذلك لان هذا السند او الوصية يعتبر بمثابة العنصر المادي في ايجاد المؤسسة وهو ما يطلق عليه بالتعبير اللاتيني Substratum .

على أن القانون ذكر هنا : أ ـ السند الرسمي ، ب ـ الوصية .

---

(١) الى حد ان بعض الفقهاء ما يزالون يقاومون انشاء المؤسسات ، وينكرون فائدتها ويؤكدون خطرها ولا سيما في تعطيلها المال بصورة دائمة وتجميده بما لايتفق وتطور الحياة وحاجاتها ، (راجع تورغو Tourgot في ميشو وتروتابا ، المرجع السابق ج١ ص ٢١٨ و ٢١٩) .

(٢) راجع ميشو وتروتابا ، المرجع السابق ج١ ص ٥٠ وما بعدها .

أ ـ اما السند الرسمي ، فقد قصد به لا الوثيقة الخطية او الصك المكتوب والمستكمل لأسبابه الشكلية من حيث كونه وسيلة ثبوت او ورقة خطية ، وانما قصد بذلك العمل نفسه الذي جرى فيه التبرع بتخصيص المال للغرض المعين ، هذا الذي تدل عليه بالفرنسية كلمة Fondation ولقد اشار الى ذلك صراحة المشروع التمهيدي والاعمال التحضيرية لنص القانون المدني الذي ركره قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة حرفياً . فقد جاء في المشروع التمهيدي (المادة ١٠٢) انه « يكون انشاء المؤسسة بعقد رسمي او بوصية » ونوهت المذكرة الايضاحية لهذا المشروع ان النص اقتصر « على بيان التصرف المنشيء للمؤسسة فاشترط ان يتم الانشاء اما بأشهاد رسمي ، ويستوي في ذلك العقد او التصرف الصادر عن ارادة منفردة . او بوصية وهذه يرجع في شكلها الى القواعد المقررة في هذا الشأن » . (١)

وقد رأت لجنة المراجعة تبديل عبارة «عقد رسمي» بعبارة « سند رسمي » دون تبديل في المعنى والقصد . لان تعبير « السند الرسمي » يعني في ذاته التصرف او العقد الذي يتم بصورة رسمية ، وهو ما يشير اليه التعبير اللاتيني السابق الذكر Substratum ، لا مجرد الصك او المحرر او الورقة التي تؤلف الاداة والتي يطلق عليها باللاتيني Instrumentum .

على ان السند الرسمي ، كتصرف او عمل موجد للمؤسسة ، انما يكون بتبرع في حال الحياة ، ويتجلى ذلك بالهبات ، وقد اشترط القانون المدني ان يكون هذا التبرع بصك رسمي تطبيقاً لنص المادة ٤٥٦ في فقرتها الاولى حين قضت بأن تكون الهبة بسند رسمي والا وقعت باطلة .

ب ـ أما الوصية فلم يشر القانون الى شكل خاص فيها مما يحمل على الاعتقاد

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ١ ص ٤٣٠ و ٤٣١ .

ان الوصية الموجدة لمؤسسة خاصة هي كل وصية تجري وفق الاصول القانونية والقواعد العامة دون قيد ما . وقد اشارت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي الى انه « يرجع في شكل الوصية الى القواعد العامة المقررة في هذا الشأن[1] » . ونعتقد انه كان يحسن بالمشرع ان يقيد ذلك ايضاً بصك رسمي او وثيقة خطية .

على انه مادام لا بد لوجود المؤسسة ونشوئها ، ومن ثم ثبوت الشخصية الاعتبارية لها ، من موافقة الدولة واذنها وذلك بشهر نظامها طبقاً لأحكام القانون ، كما نصت على ذلك المادة ٦١ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، ثم المادة ٢٦ من اللائحة التنفيذية (اي القرار التنظيمي) الصادرة بقرار رئيس الجمهورية رقم ١٣٣٠ لعام ١٩٥٨ ، لذلك كان هذا النظام ، حتى بالنسبة للمؤسسات المنشأة بطريق الوصية ، بمثابة الصك المكتوب .

وسواء كان انشاء المؤسسة بسند رسمي او بوصية فلا بد ان يشمل هذا السند او هذه الوصية المعتبرين دستوراً للمؤسسة ، على البيانات التالية :

آ - اسم المؤسسة ومركزها على أن يكون في اراضي الجمهورية .

ب - الغرض الذي انشئت المؤسسة لتحقيقه .

ج - بيان دقيق للأموال المخصصة لهذا العمل .

د - تنظيم ادارة المؤسسة بما في ذلك اسم مديرها .

(المادة ٥٨ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة المقابلة للمادة ٧٢ من القانون المدني السوري) .

واضافت المادة ٥٨ من قانون الجمعيات انه يجب ان يشتمل السند الرسمي او الوصية على البيانات الاخرى التي يصدر بتعيينها قرار من الجهة الادارية المختصة .

وتعتبر هذه البيانات شرطاً لازماً لشهر المؤسسة وتسجيلها من الجهة الادارية المختصة .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ١ ص ٤٣١ .

هـذا وقد جاء في اللائحة التنفيذية ، وهي القرار التنظيمي الصادر بالقرار الجمهوري رقم ١٣٣٠ لسنة ١٩٥٨ تطبيقاً للمادة السادسة من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة بالقـانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٥٨ ، جاء في اللائحة المذكورة في المادة ٢٦ ما يأتي :

« يجب عند انشاء المؤسسة الحصول على اذن كتابي من وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل ، ويرفق طلب الاذن بطلب شهر المؤسسة عند تقديمه » .

وذكرت المادة ٢٧ من هذه اللائحة أنه :

« يجوز لوزارة الشؤون الاجتماعية والعمل أن ترفض اعطاء الاذن بانشاء المؤسسة اذا تبين انها تسعى الى اغراض لا تدخل في نطاق اوجه النشاط الاكثر حاجة الى الرعاية بالنسبة الى منطقة عملها » .

ومن هذين النصين المعطوفين على المادة ٦١ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة يتضح أنه لم يبق مجال للشك في أن المؤسسة الخاصة لا تنشأ ولا توجد إلا بموافقة الدولة وإذنها وهي في ذلك ممثلة بوزارة الشؤون الاجتماعية والعمل . وانه يحق لهذه الوزارة أن ترفض اعطاء الاذن اذا قدرت ان الاغراض المبتغاة بالنسبة الى منطقة عمل المؤسسة ليست من الأمور التي تقوم الحاجة الشديدة على رعايتها . . ! وهـذه التعابير التي وردت في النص غامضة وغير محددة بحيث تحتمل تأويلا واسعاً وبلبلة في التفسير وكأنما أحب واضعها أن يترك لوزارة الشئون الاجتماعية والعمل المقايسة والموازنة بين الحاجات الاجتماعية التي تحتاج الى رعاية اكثر من غيرهـا فترفض ما تراه اقل احتياجاً من هـذه الحاجات او الاهداف . !!

واذا كان الفقه والتشريع الحديث يميلان الى اطلاق انشاء الجمعيات وقيام شخصيتها دون موافقة أو اذن من السلطة الادارية ، فانهما ليسا كذلك بالنسبة للمؤسسات كما سبق وأشرنا ، ولذلك فان تقييد الشارع لدينا انشاء المؤسسة باذن السلطة الادارية وموافقتها على شهر نظامها يتفق مع الاتجاهات

الحديثة خلافاً للجمعيات ويتمشى مع سياسة التدخل والسيطرة التي في التشريعات الاجتماعية .

على ان معيار الرفض الذي نصت عليه المادة ٢٧ المذكورة من اللائحة التنفيذية ، على ما فيه من غموض ومرونة واتساع ، لا يمنع في اعتقادنا من الطعن بقرارات وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل عندما ترفض الاذن وذلك باتباع الطرق القانونية للطعن بالقرارات الادارية اذا توافرت في قرار الرفض الاسباب الموجبة لابطاله ، كاساءة استعمال السلطة ، او التعسف في استعمال الحق أو تجاوز حدود السلطة الخ . .

هذا ، وقد نص القانون المدني من قبل (المادة ٧٣) وقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة من بعد (المادة ٥٩) على « ان انشاء المؤسسة بالنسبة الى دائني المنشىء وورثته يعتبر بمثابة هبة او وصية ، فاذا كانت المؤسسة قد انشأت اضراراً بحقوقهم ، جاز لهم مباشرة الدعاوى التي يعتمدها القانون في مثل هذه الحالة بالنسبة الى الهبات والوصايا » . بحيث يستطيعون ابطال هذه التصرفات في كل ما يضر بحقوقهم عندما تتوافر اسبابها .

كذلك قضى كل من القانون المدني (المادة ٧٤) وقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة (المادة ٦٠) انه « متى كان إنشاء المؤسسة بسند رسمي جاز لمن انشأها ان يعدل عنها بسند رسمي آخر وذلك الى ان يتم شهرها » . وهذا يعني ان منشيء المؤسسة يبقى مطلق الحرية بالرجوع عن انشائها مادامت لم تشهر حسب الاصول ، ولو سبق له وصدرت ارادته بذلك وثبتت بسند رسمي : الا انه يتوجب عليه ان يتم رجوعه هذا بسند رسمي مماثل ، كل ذلك قبل شهر المؤسسة اصولا . اما اذا كان انشاء المؤسسة بوصية فطبيعي ان الوصي يستطيع دوماً الرجوع عن وصيته ولا تثبت هذه الوصية وتلزم الموصي الا بالوفاة . على ان بعض المؤلفين يفرق في ذلك بين الوصية الثابتة بسند رسمي فيخضعها الى الحكم الاول ليجعلها غير قابلة للرجوع بعد شهرها ، وبين الوصية

التي ليست كذلك [1] وهو رأي مقبول لولا ان الوصية في ذاتها وطبيعتها عقد غير لازم ولا يتعلق فيه حق للغير .

ومما يكن الامر فان الشخصية الاعتبارية للمؤسسة بحسب احكام قانون الجمعيات والمؤسسات (المادة ٦١) لاتثبت الا اذا شهر نظامها طبقاً لاحكام هذا القانون . وما دام المشرع في هذا القانون قد علق ثبوت الشخصية الاعتبارية للجمعية على شهر نظامها بموافقة السلطة الادارية ، فمن غير المختلف فيه ان تعامل المؤسسات من حيث انشاؤها وبدء شخصيتها معاملة اضيق واشد من الجمعيات للاسباب التي اشرنا اليها .

٣ ــ حياة المؤسسة وادارتها

ان المؤسسة كشخص اعتباري ، يقوم على ادارتها وتمثيلها اشخاص طبيعيون يعملون باسمها ونيابة عنها . على ان المؤسسة تختلف في ذلك عن الجمعية اختلافاً اساسياً ، ذلك ان الجمعية تقوم في الاصل على تكتل اشخاص طبيعيين فتكون لها هيئة عامة ، او جمعية عمومية ، ومديرين ، او مجلس ادارة ، يمثل الجمعية بطريقة انتخابية منصوص عليها في نظام الجمعية والقانون ، اما المؤسسة فانها تقوم على تخصيص مجموعة من الاموال لغرض اجتماعي معين من قبل مخصصها ، هذا المخصص هو الذي يعين في سند انشاء المؤسسة شروط ادارتها والمديرين الذين يتولون شئونها وكل ما يتعلق بذلك .

على ان نظرة المشرع الى المؤسسة نظرة خاصة ، اشد واضيق من نظرته الى الجمعية ، حمله على ان يقيدها في ادارتها هذة بقيود اشد واضيق من تلك التي قررها للجمعيات . واذا كان تعيين المدير وتحديد صلاحياته واختصاصاته ، وبيان الالتزامات والشروط في ادارة المؤسسة وتحقيق اغراضها ، انما يعود في الاصل الى منشيء المؤسسة بمطلق حريته ، الا ان القانون ــ سواء في ذلك القانون المدني في النصوص الملغاة (المادة ٧٦) ، وقانون الجمعيات والمؤسسات

---

(١) راجع الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص ١٧٦ .

الخاصة في نصوصه الجديدة (المادة ٦٣) ـ اعطى للدولة حق الرقابة على المؤسسات بما يصل الى حد التدخل في ادارتها لعزل المديرين ، وتعديل نظام ادارة المؤسسة ، او تخفيف الالتزامات والشروط المقررة في سند انشائها (المادة ٧٨ فقرة ب من القانون المدني ، والمادة ٦٧ فقرة ثانية من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) والى حد « ابطال التصرفات التي قام بها المديرون مجاوزين حدود اختصاصهم المنصوص عليه في نظام المؤسسة او مخالفين احكام القانون او النظام العام ، وذلك خلال سنتين من تاريخ العمل المراد ابطاله ، ودون اضرار بالغير حسني النية الذين كسبوا حقوقاً على اساس تلك التصرفات » . (المادة ٧٨ فقرة د من القانون المدني ، والمادة ٦٨ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) .

غير ان ثمة فرقاً هاماً وكبيراً بين القانون المدني في نصوصه الملغاة وبين قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة في النصوص التي حلت محل تلك ، هو ان القانون المدني كان يمنح الدولة حق الطلب الى المحكمة البدائية المدنية التابع لها مركز المؤسسة ان تقضي باجراءات العزل او تعديل النظام ، او تخفيف الالتزامات والشروط او ابطال تصرفات المدير او المديرين الخ ... بدعوى ومخاصمة ، في حين ان قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الاخير جعل ذلك من حق الجهة الادارية المختصة وتابعاً لها في التقدير والحكم .

فقد نصت المادة ٦٣ من هذا القانون ان « للجهة الادارية المختصة الاعتراض على انشاء المؤسسات والرقابة عليها وتعديل نظمها بما يحقق الغرض من انشائها ، وتنظم اللائحة التنفيذية احوال الاعتراض واحكام الرقابة » ، كما نصت المادتان ٦٧ و ٦٨ على حق الجهة الادارية المختصة بعزل المدير للاسباب المبينة او ابطال التصرفات ، وحقها في تعيين من يحل محله في ادارة المؤسسة .

ثم جاءت اللائحة التنفيذية بقرار رئيس الجمهورية رقم ١٣٣٠ لعام ١٩٥٨ ، فجعلت قيام المؤسسة معلقاً ابتداء على اذن كتابي من وزارة الشؤون الاجتماعية

والعمل يرفق بطلب شهر المؤسسة عند تقديمه (المادة ٢٦) وان من حق الوزارة رفض اعطاء الاذن اذا تبين ان المؤسسة تسعى الى اغراض لاتدخل في نطاق اوجه النشاط الاكثر حاجة الى الرعاية بالنسبة لمنطقة عملها (المادة ٢٧) . ثم جعلت حق الرقابة على المؤسسات لوزارة الشؤون الاجتماعية والعمل بصفة عامة ولها في سبيل ذلك :

« أ ـ أن تفحص اعمال المؤسسات وقرارات مديريها، والتحقق من مطابقتها للقانون وللسند المنشيء لها . ويتولى ذلك مفتشون ينتدبهم وزير الشؤون الاجتماعية والعمل .

ب ـ أن تعين ممثلاً أو أكثر للوزارة في مجالس ادارة المؤسسات التي تنشأ بمال جمع كله أو بعضه من الجمهور » . (المادة ٢٨) .

وأخيراً فقد أوجبت هذه اللائحة لنفاذ القرارات المتخذة في كل مايتعلق :

(أ) بالتصديق على الحسابات السنوية ومشروع الميزانية وتقارير المديرين ومراقب الحسابات .

(ب) بانتخاب المديرين واستبدالهم وفصلهم .

(ج) بترشيح مراقب الحسابات الخ .. لقد أوجبت لتكون مثل هـذه القرارات نافذة ، صدور موافقة الوزارة عليها او انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ ابلاغها للوزارة دون ان تعترض عليها .

ومن مجمل هذه الاحكام الجديدة يتبين ان المشرع فيها ، قد أعطى للجهة الادارية التي هي اليوم وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل سلطة مطلقـة في الاشراف على حياة المؤسسة وادارتها بما لم يمنحه القانون المدني في نصوصه الملغاة، وبما جعله هذا القانون من حق المحكمة بدعوى ومخاصمة دون سلطات الدولة الادارية ؛ بل أنه لم يمنح حتى الى المحكمة حق تعيين المديرين محل اولئك الذين تقرر عزلهم ، كما فعلت المادة ٦٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة .

ولعل السياسة العامة التي اتبعها المشرع بالنسبة للجمعيات والمؤسسات الخاصة

في هذا القانون المتجهة الى تقييد الشخص الاعتباري بأشد القيود هي التي املت عليه هذه الاحكام التي تمنح السلطة الادارية الحكم في الامور التي كان يتمتع بها القضاء .

على أننا نعتقد ، كما أشرنا بالنسبة للجمعيات ، ان قرارات السلطة الادارية - أي وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل - في الموضوعات التي جعلها القانون من اختصاصها تخضع كقرارات ادارية الى طرق الطعن القانونية وفق قانون مجلس الدولة أمام محكمة القضاء الاداري [1] .

ومهما يكن الامر فان المدير او المديرين هم الذين يتولون إدارة المؤسسة وتمثيلها فيما لها من حقوق وما عليها من واجبات (المادة ٦٤ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) .

وقد ألزم القانون المدير موافاة الجهة الادارية المختصة بميزانية المؤسسة وحسابها السنوي مع المستندات المؤيدة لها ، وعليه ايضاً تقديم اية معلومات أو بيانات أو مستندات اخرى تطلبها هذه الجهة (المادة ٦٥ من هذا القانون) .

ولعل في هذا الحكم ضرورة تفرضها حياة المؤسسة والرقابة على حسن سيرها بما لا يقبل النقد . ويجب في اعتقادنا أن يعتبر المدير أو المديرون الذي يخلون بهذا الواجب مقصرين ومسؤولين .

والأمر الاخير الذي يستحق الاشارة في حياة المؤسسة الخاصة وادارتها ، ان القانون حرم على المؤسسة « قبول الوصايا والهبات - مهما كان نوعها - الا بإذن من الجهة الادارية المختصة » (المادة ٦٦ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) وهذا نص جديد لم يرد ما يماثله في القانون المدني . مما يؤكد من جديد رغبة المشرع في الهيمنة المطلقة على حياة المؤسسة ونشاطها اكثر وأشد من الجمعيات التي أجاز لها قبول الهبات او الوصايا في حدود الاغراض التي تعمل لتحقيقها .

---

(١) من هذا الرأي كذلك الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية الحق ، المرجع السابق ص١٨٦ .

٤ — انتهاء المؤسسة وانقضاء شخصيتها

الاصل في المؤسسة كما اوضحنا في بيان مفهومها وعناصرها ، انها دائمة ، متواصلة الحياة مادامت الاموال المخصصة لتحقيق غرضها موجودة ، وما دام هذا الغرض قائماً . ومع ذلك فقد يصيب المؤسسة مايوجب انهاء حياتها .

أما الاسباب التي يمكن معها انتهاء المؤسسة فان قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة لم ينص عليها صراحة ، وقد اكتفى في المادة ٦٩ بقوله : « يسري على المؤسسات بأنواعها من حيث ادماجها وتقسيمها وانشاء فروع لها ، وتعيين مدير موقت لإدارتها وحلها وتصفيتها وجواز تحويلها الى مؤسسة ذات نفع عام ، مايسري على الجمعيات في هذا الشأن من أحكام . . »

وأما القانون المدني فقد كان ينص في الفقرة ج من المادة ٧٨ الملغاة أنه يجوز للمحكمة البدائية المدنية « الحكم بإلغاء المؤسسة إذا أصبحت في حالة لاتستطيع معها تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله وأصبح هذا الغرض غير ممكن التحقيق او صار مخالفاً للقانون او للآداب او للنظام العام » ، كما اوضح في المادة ٧٩ منه وجوب قيام المحكمة عند الحكم بالالغاء بتعيين مصف لاموالها وتقرير مصيرها .

ونعتقد أن نص القانون المدني اكثر دقة وأفضل تشريعياً من نص المادة ٦٩ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، وذلك لان الاحالة على نصوص حل الجمعية مع وجود فوارق بينهما قد تؤدي الى بعض التردد وعدم الدقة . ومما لاشك فيه انه اذا كان بالامكان انهاء الجمعية وحلها اختيارياً وبقرار الهيئة العامة (الجمعية العمومية) غير العادية ، فان شيئاً من ذلك لايمكن أن يحصل بالنسبة للمؤسسات الخاصة ، إذ ليس فيها جمعية عمومية لتقرير حلها بأكثرية الاعضاء او بإجماعهم . ومع ذلك فقد جاءت اللائحة التنفيذية في المادة ٢٩ فقرة (د) و (هـ) ونصت على انه لاتكون القرارات المتخذة في الغاء المؤسسة أو تعديل نظامها

او اندماجها او اتحادها مع مؤسسة اخرى او انقسامها نافذة الا بعد موافقة وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل عليها ، مما لم تشترطه بالنسبة للجمعيات الامر الذي يؤكد اختلاف الوضع بين الجمعيات والمؤسسات .

وبالاستناد الى ذلك كله نستطيع ان نستخلص من مجمل هذه النصوص ان الغاء المؤسسة وحلها لايكون الا بحكم صادر عن المحكمة الابتدائية التابع لها مركز المؤسسة ، بناء على طلب من شخص ذي مصلحة او من النيابة العامه ، متى أصبحت المؤسسة عاجزة عن الوفاء بتعهداتها ، او متى خصصت أموالها أو أرباحها لأغراض غير التي انشئت من أجلها ، او متى ارتكبت مخالفة جسيمة لنظامها أو أية مخالفة للقانون او النظام العام والآداب . وفي كل الاحوال لابد من موافقة وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل على هذا الحكم ، وهذا امر محل نظر ! ولعل ماقصدت إليه اللائحة التنفيذية انما يطبق على حالة الدمج او الاقتسام لاحالة الالغاء استناداً لحكم مكتسب الدرجة القطعية .

ومهما يكن الامر فان المحكمة التي تقرر الالغاء تعين مصفياً او اكثر وفق احكام المادتين ٣٨ و ٣٩ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة اللتين شرحنا احكامها قبلاً[١] .

وتبقى شخصية المؤسسة قائمة حتى تمام التصفية ، ومن ثم تقرر المحكمة مصير أموال المؤسسة وتحويلها وفق ما يقضي به سند انشائها او تحويلها الى مؤسسة اخرى مماثلة لها في الغرض والموضوع .

---

(١) راجع ما سبق انتهاء الجمعية وانتهاء شخصيتها .

الكتاب الثاني

محل الحق

تمهيد

أوضحنا فيما سبق أن الحق بالمعنى الشخصي أو الذاتي Subjectif ، الذي تنتمي اليه الحقوق الموضوعية Objectif ، يقوم على ركنين أساسيين هما طرف الحق (او الاشخاص) ومحل الحق . وقد بحثنا في الكتاب الأول ، الركن الأول، ونرى لزاماً علينا أن نستعرض الآن بايجاز الركن الثاني وهو محل الحق.

لقد أشرنا فيما سبق [1] ، أن موضوع الحق بالمعنى الشخصي أو الذاتي يتمثل بقدرة عند الشخص يعترف له بها القانون، اومكنة يتمتع بها صاحب الحق في موضوع ما ، وهي تشمل الحقوق السياسية وغير السياسية أي المدنية من عامة وخاصة . وان محل الحق بالتالي يختلف باختلاف موضوع الحق ونوعه ، ويتناول كل القدرات او المكنات التي يمنحها الحق لصاحبه سواء أكانت في الحقوق السياسية والعامة ، أو في الحقوق المدنية والخاصة . وقد ذكرنا أن الذي يهمنا في دراستنا هو هذه الحقوق المدنية والخاصة ولا سيما المالية منها عينية أو شخصية . ولذلك فإن بحثنا في محل الحق هنا انما يتناول هذا المحل في الحقوق المذكورة دون الحقوق السياسية والعامة التي تُبحث في فرع مستقل .

---

(١) راجع ما سبق ص ٣١٤ وما بعدها .

وفي ذلك النوع من الحقوق الخاصة رأينا انها تشمل ناحيتين : حقوق الأسرة ، والحقوق المالية .

ومحل الحق في النوع الأول ، حقوق الأسرة ، سلطات وواجبات يعترف بها القانون للأفراد ضمن العائلة وبسبب صلات القرابة التي تربط بينهم ، وهي مما تتصل بالأحوال الشخصية وتدرس فيها فلا نتناول بحثها هنا .

واما محل الحق في الحقوق المالية فهو الذي يؤلف موضوع هذا الكتاب .

فلقد رأينا أن الحقوق المالية تقسم الى قسمين تقليديين بارزين هما : الحق العيني والحق الشخصي أو حق الدين ، وان محل الحق الأول هو شيء معين بالذات ، وشيء مادي ، وان محل الحق الثاني هو تعهد أو التزام ينصب في ذمة المدين للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل [1] .

ولذلك ، وجرياً مع هذا التقسيم المدرسي والتقليدي ، فاننا سندرس محل الحق في بابين الأول في الأشياء والأموال محل الحق العيني ، والثاني في الالتزامات والتعهدات ، من تسليم شيء ، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل محل الحق الشخصي أو حق الدين .

وجدير بالذكر أننا في جميع هذين البحثين سنتوخى الإيجاز ، قاصرين ذلك على ذكر المبادىء العامة ، والأحكام الرئيسية ، نظراً لأنها سيدرسان تفصيلاً في كتابي الأموال والحقوق العينية ، وكتاب الالتزامات من القانون المدني .

* * *

---

(١) راجع ما سبق ص ٣٢٥ وما بعدها .

الباب الأول

الأشياء والأموال

إن البحث في الأشياء والأموال التي ينصب عليها الحق العيني ، يقتضينا أن نبحث اولاً في مفهومها وفي التمييز بين الشيء والمال . وثانياً في تقسيمها وتصنيفها من نواحي واعتبارات مختلفة . وثالثاً في احكام العقارات ورابعاً في احكام المنقولات وخامساً في احكام ما يعود للدولة منها .

المبحث الأول

مفهوم الأشياء والاموال والتمييز بينها

اختلفت الحقوق الحديثة — فقهاً وتشريعاً — عن الحقوق القديمة في مفهوم الأشياء والأموال . فبينما كانت الحقوق القديمة تخلط بين الأمرين ، وتنتهي بالتالي الى تشميل أحكام أحدهما للآخر ، جاءت الحقوق الحديثة تؤكد التفريق بين الشيء والمال وتعطي لكل منهما مفهوماً خاصاً به .

كانوا في الماضي ، ولا سيما في الحقوق الفرنسية أخذاً عن الحقوق الرومانية ، يعتبرون أن الأشياء المادية ، من حيث كونها نافعة للانسان تسمى أموالاً . ولكن لاتكون لها قيمة حقوقية إلا إذا كانت عائدة لشخص معين يستطيع استعمالها أو الانتفاع بها أو التصرف فيها ، فتصبح الأشياء عندئذ محلاً للحق .

وهكذا تكون جميع الاشياء القابلة لنفع الإنسان أموالاً ، وإن لم تكن مملوكة بعد من أحد . حتى أن القانون الفرنسي أطلق على مثل هذه الأشياء اسم «الأموال الخالية أو التي لا مالك لها[1]» .

وقد فرقت هذه الحقوق القديمة بين أموال مادية Biens corporels وهي الأشياء ، وأموال معنوية Biens incorporels وهي الحقوق التي يتمتع بها الناس . فجعلت بذلك الأموال تعبيراً عاماً يشمل الأشياء المادية والحقوق على السواء .

وقد انتقد الفقهاء هذا المفهوم القديم قائلين إنه يجمع في مفهوم واحد باسم الأموال أمرين اثنين من طبيعتين مختلفتين تماماً وليس بينهما عنصر جامع مشترك ، هما الأشياء والحقوق . ويؤكدون بالتالي أن تعبير « الأموال » لايمكن أن يجمع بينهما او يدل عليهما . ويبرر المؤلفون والفقهاء سبب هذا الخطأ في المفهوم التقليدي أن الحقوق الرومانية قديماً ، ومن بعدها الحقوق الفرنسية التقليدية ، قد خلطت بين حق الملكية على شيء وبين الشيء نفسه ، حتى صار الناس يقولون - وما زالوا يقولون - هذا ملكي ، وهذه داري ، وتلك سيارتي الخ ... بدل أن يقولوا ان لي حق ملكية على الدار أوالسيارة أو الخ . . . خالطين في ذلك بين الشيء وبين حق الملكية على هذا الشيء ، ومازجين بين الحق وبين الشيء ذاته . بل لقد أدى هذا الخلط والمزج الى اطلاق التقسيمات الخاصة بالأشياء على الأموال ايضاً في حين أن بعضها لايمكن

---

(١) Les biens vacants ou sans maître راجع بلانيول وريبر ، المطول الابتدائي للحقوق المدنية ، ج ١ الطبعة الرابعة نبذة ٢٥٨١ وما بعدها ،ونصوص القوانين الاجنبية: الفرنسي (المواد ٥١٨ - ٥٢٣) الايطالي (المواد ٤٠٦ - ٤١٢)الخ . . .

راجع كذلك الدكتور المرحوم محمد كامل مرسي ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ نبذة ١ ، الدكتور سليمان مرقس المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الثانية نبذة ٢٧٩ .

أن يصدق الا على الأشياء كتقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية ، وإلى قابلة للاستهلاك وغير قابلة له الخ ... [1] .

ويرى الفقه والتشريع الحديثان وجوب التفريق والفصل بين الشيء والمال على اساس ان الأول «الشيء» يتجسد بما هو خارجي ذو مدلول مادي ، ولو كان في بعض الأحيان ذا صفة معنوية او أدبية ، في حين ان الثاني « المال » هو الحق الذي تكون له قيمة مالية اياً كان هذا الحق ، وقد يكون الشيء محله وركنه .

وهكذا جاء قانوننا المدني متأثراً بما استقر عليه الفقه والتشريع الحديثان مفرقاً بين المال والشيء على الاساس المذكور فنص في المادة ٨٣ على مايلي :

« ١ – كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلاً للحقوق المالية .

٢ – والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع احد ان يستأثر بحيازتها . واما الخارجة بحكم القانون فهي التي لايجيز القانون ان تكون محلاً للحقوق المالية » .

ومن هذا النص نتبين ان قانوننا لم يعرّف الشيء نفسه ، ولعله على حق لأنه ليس من اليسير اعطاء مثل هذا التعريف ، ولكنه فرّق بين الشيء والمال ، وأكد ان الشيء هو مايكون محلا للحقوق المالية ، وهذا ليس بالتعريف . وقد اشترط ليكون محلاً للحقوق المالية ان لا يكون الشيء خارجاً عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون .

ويكون خارجاً عن التعامل بطبيعته عندما يكون الشيء في متناول

---

(١) راجع المواد ٥٢٦ قانون مدني فرنسي : ٥٠١ ؛ قانون ايطالي ، ٥٦٤ قانون هولندي الخ ...

راجع المراجع السابقة . راجع الدكتور مأمون الكزبري ، القانون المدني ، الحقوق العينية عام ١٩٥٩ ص ١١ .

الناس جميعاً دون ان يستطيع احد ان يستأثر بحيازته كالهواء والضياء والماء الجاري وأشعة الشمس الخ ... فهذه اشياء ولكن لا يمكن ان تكون محلاً للحق المالي ما لم تحول الى طاقات قابلة للحيازة كالهواء المضغوط. ومن هنا يتضح لنا ان مدلول الاشياء واسع جداً، وهو مادي في جوهره، يشمل كل موجودات الطبيعة.

اما المال، فهو مفهوم حقوقي بذاته، وأثر قانوني يقوم على ما يرتبه القانون من حقوق على الأشياء، او بتعبير أخصر «المال هو حق مترتب على شيء».

وإذا كانت الأشياء في مفهومها العام موجودات مادية او ذات وجود مادي، فإن ثمة حقوقاً وهي حقوق المخترع على اختراعه، والمؤلف على مؤلفه والشاعر على قصيدته الخ ... ذات طبيعة خاصة تؤلف اموالا ولكنها لا تترتب على اشياء مادية بحتة وانما على امور شبهت بها رغم عدم ماديتها، كما شبهت هذه الحقوق عليها بحق الملكية نفسه على الأشياء المادية وما يمنحه لصاحبه من سلطات وميزات.

وهذا النوع من الحقوق او الاموال هو ماتعلق بالحقوق المعنوية الادبية والفنية والصناعية التي سميت في بعض التشريعات والمؤلفات «الملكية المعنوية» Propriétée incorporelle[1].

كما أطلق قانوننا المدني في المادة ٨٩ على هذا النوع من الاشياء التي تؤلف محلاً للحقوق الادبية او المعنوية، اسم «الاشياء غير المادية» وأشار الى ان الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة، ويقصد بهذه القوانين، قوانين الملكية الصناعية والتجارية والادبية والفنية[2].

وما دامت الأشياء تختلف عن الاموال في مفهومها كما أوضحنا، لذلك فإننا نبحث تباعاً في مبحثين كلاً من الاشياء والاموال، والانواع التي تنقسم اليها كل منها.

---

(١) راجع ماسبق ص ٤٢٩؛ بلانيول وريبر، المرجع السابق نبذة ٢٥٨٥.

(٢) راجع ماسيأتي الفصل الثاني المنقولات غير المادية.

المبحث الثاني

تقسيم الاشياء

تقسم الاشياء باعتبارات مختلفة الى أقسام نص القانون على بعضها صراحة او اشارة ، وبحث الفقهاء ماسكت القانون عنه .

وإذا اتبعنا الترتيب الذي ورد في القانون (في الفصل الثالث من الباب التمهيدي في تقسيم الاشياء) وجدنا ان الاشياء تقسم الى الانواع الآتية :

١ – أشياء قابلة للتعامل ، وأشياء خارجة عن التعامل (المادة ٨٣) .

٢ – أشياء ثابتة (عقارات) ، وأشياء منقولة (المادة ٨٤) .

٣ – أشياء قابلة للاستهلاك ، واشياء غير قابلة للاستهلاك (المادة ٨٧) .

٤ – أشياء مثلية ، وأشياء قيمية (المادة ٨٨) .

٥ – أشياء مادية ، وأشياء غير مادية (المادة ٨٧) .

ويضيف الفقهاء أنواعاً أخرى متعددة نكتفي بالاشارة الى أهمها وهي :

أ – أشياء معتبرة أصلاً واشياء معتبرة ثمرة .

ب – أشياء اصلية واشياء تبعية .

ج – أشياء قابلة للقسمة واشياء غير قابلة لها .

الفرع الأول

اشياء داخلة في التعامل واشياء خارجة عن التعامل

هذا التفريق بين أشياء قابلة للتعامل وأشياء خارجة عن التعامل هو أول

ما ألمع اليه قانوننا المدني في المادة ٨٣ كما سبق وذكرنا نصها .

فقد اعتبر القانون كل ماهو موجود في هذه الطبيعة من الاشياء . ولكنها كلها لاتقبل التعامل ولا تخضع لاحكام القانون المنظمة لتعامل الناس . لان منها مايعتبر خارجاً عن هذا التعامل بطبيعته وتكوينه او في نظر القانون اليه .

وقد جعل القانون معيار التفريق بين ماهو داخل في التعامل وماهو خارج عنه ، قابلية الشيء للحيازة والاستئثار به من قبل الانسان سواء في طبيعته ، وسواء بحكم القانون .

والاصل ان جميع الاشياء تعتبر داخلة في التعامل وقابلة له مالم يتحقق العكس.

وإذا أردنا ان نعود الى تعريف القانون وتحديده لكل من هذين النوعين لوجدنا ان :

أ ــ الأشياء القابلة للتعامل : هي كل الاشياء التي لاتخرج عن التعامل اما لوضعها الطبيعي ، واما لنص في القانون .

فتشمل بذلك كل ماهو موجود في هذه الطبيعة من اشياء باستثناء ماهو خارج عن التعامل كما حددته الفقرة الثانية من المادة ٨٣ وكما سنوضحه في الفقرة ب ادناه .

ولا فرق بين ان تكون الاشياء القابلة للتعامل مملوكة فعلا من الناس او غير مملوكة ، اي بين ان تكون داخلة في حيازة البعض او غير داخلة بعد .

١ ــ وتعتبر **الأشياء مملوكة او في حيازة الشخص** حينما يكون لها مالك او محتاز تنطبق عليه احكام القانون في التملك او الحيازة سواء كان شخصاً طبيعياً ام شخصاً اعتبارياً بما في ذلك الدولة .

٢ ــ اما **الأشياء القابلة للتعامل ، وغير المملوكة** (اي التي لامالك لها ولا صاحب والقابلة للتملك او الحيازة في الاصل) فانها تقسم الى زمرتين تقليديتين هما :

أولا ــ **الأشياء المباحة او الخالية** ، وهي التي ليست في الاصل ملكا لاحد ، ويجوز لكل انسان ان يحرز منها ما يشاء ويتملكه ، كالحيوانات في

البراري، والطيور في الجو، والاسماك في البحر او النهر وبتعبير عام الحيوانات الطليقة الموجودة في الطبيعة مادامت طليقة وغير مملوكة من احد.

وقد نظمت اكثر الشرائع كيفية حيازة المباحات وتملكها وما يترتب عليها من حقوق واحكام. وتبقى هذه الموجودات من الاشياء المباحة حتى تدخل في حيازة احد الناس لتصبح مملوكة.

ثانياً – **الاشياء المتروكة او المهملة**، وهي التي كانت في الأصل مملوكة ثم تخلى عنها صاحبها فأصبحت بحكم الأشياء المباحة الخالية من المالك، كالأشياء القديمة او الفضلات التي يلقي بها اصحابها ويتخلون عن ملكيتهم لها فيجوز لأول من يأخذها ان يتملكها.[1]

ب – **اما الاشياء الخارجة عن التعامل**، والتي لا يصح بالتالي ان تكون محلا للحقوق المالية فهي على نوعين:

١ – **اشياء خارجة عن التعامل بطبيعتها**، وتعتبر كذلك الأشياء الطبيعية التي لا يستطيع احد ان يستأثر بحيازتها، والتي يشترك بالانتفاع بها جميع الناس على السواء بحيث لا يكون انتفاع بعضهم حائلا دون انتفاع البعض الآخر، كالهواء، وأشعة الشمس، وماء البحر ...

ومع ذلك، فان خروج هذه الأشياء عن التعامل مرده ومعياره عدم استطاعة الانسان ان يستأثر بحيازتها، وعدم قابليتها في مجملها لهذه الحيازة. كالهواء المحيط بالارض، وماء البحر الخضم، واشعة الشمس غير المحدودة ... اما اذا أمكن حيازة جزء من هذه الاشياء، كالهواء المضغوط في الأنابيب، او الماء المعبأ في القوارير، او طاقات الشمس الحرورية في بطاريات ... فانها تصبح اشياء داخلة في التعامل دون ان تؤثر على الأصل غير القابل للتعامل.

٢ – **والنوع الثاني هي الاشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون** وهذه

---

(١) راجع هذا البحث في الدكتور مأمون الكزبري، المرجع السابق ص ١٤ و ١٥.

الأشياء ليست خارجة عن التعامل بطبيعتها ، ولكن القانون هو الذي اصبغ عليها هذه الصفة فنص على عدم جواز التعامل فيها ، كالمخدرات والمواد المتفجرة والاشياء المخصصة للمنفعة العامة .

ومادامت هذه الاشياء انما حظر التعامل فيها بحكم في القانون لاعتبارات خاصة ، فان خروجها عن التعامل نسبي وغير مطلق . فقد يتبدل الحظر من بلد الى بلد ومن زمن الى زمن ، وقد يسمح بالتعامل الجزئي فيها ، كالسماح ببيع المخدرات لأغراض طبية ، او بيع البارود للصيد ، او اشغال الاملاك العامة برخصة ولغرض معين الخ ... ولكن الفقهاء يؤكدون مع ذلك ان هذه الاستثناءات لا تبدل من صفة عدم التعامل بحكم القانون بالاشياء المذكورة[1] .

* * *

(١) راجع هذا البحث في الدكتور مأمون الكزبري ، المرجع السابق ص١٤ و١٥ .

الفرع الثاني

الأشياء الثابتة (العقارات) والأشياء المنقولة

لعل أهم تقسيم للأشياء في نظر القانون وأحكامه ، ومنذ الحقوق الرومانية حتى اليوم ، هو تقسيم الأشياء ، باعتبار امكان نقلها مادياً من مكان إلى آخر ، إلى أشياء ثابتة أو عقارية ، وأشياء منقولة . حتى لقد أطلق على هذا التقسيم منذ عهد الرومان التقسيم الرئيسي Summa divisio .

ولقد مرّ هذا التقسيم في تاريخ تشريعنا بادوار . فكان في الحقوق القديمة ، الشريعة الإسلامية والعهد العثماني ، ممثلا للصورة المادية البحتة في وضع الأشياء المنقولة وغير المنقولة ، كما أخذت به المادة ١٢٩ من المجلة عندما عرفت الأموال غير المنقولة « بالأشياء التي لا يمكن نقلها من محل الى آخر كالدور والأراضي » حاصرة ذلك بالعقارات بطبيعتها ، وضمن حد ضيق كما سنرى .

وجاء قانون الملكية العقارية ذو الرقم ٣٣٣٩ لعام ١٩٣٠ متأثراً بالاتجاه الغربي والتشريع والفقه الفرنسيين فوسع دائرة هذا المفهوم المادي وأوجد الى جانب العقارات بطبيعتها وبمعيار أوسع عقارات أخرى ليست ثابتة بطبيعتها وانما اعتبرت كذلك لأسباب واعتبارات ، وأطلق عليها اسم العقارات بالتخصيص أو بالنسبة للغاية المعدة لها . وجاء القانون المدني متبنياً ما سار عليه القانون السابق .

ونظراً لما لهذا التقسيم من أهمية وأثار عملية متعددة وهامة في التطبيقات القانونية ، لذلك فسنفرد لكل واحد من النوعين ، العقار والمنقول ، فصلا خاصاً ثم نستعرض في فصل ثالث آثار هذا التفريق وأهميته .

الفصل الأول

الاشياء الثابتة أو العقارات

لقد اهتم القانون المدني ، ومن قبله قانون الملكية العقارية والقوانين العثمانية ، في تنظيم العقارات وتصنيفها باعتبارات مختلفة ومن نواحي متعددة . ويمكن أن نستخلص من مواد القانون المدني (٨٤ – ٨٦) إمكان تقسيم العقارات الى الأنواع التالية :

عقارات بطبيعتها وعقارات بالتخصيص

نصت المادة ٨٤ من القانون المدني على ما يلي :

« ١ – كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه ، لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار .

٢ – ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله » .

§ ١ ــ العقارات بطبيعتها Immeubles par nature

أقدم أنواع العقارات وأرسخها الأشياء الثابتة التي لا يمكن بطبيعتها

وجوهرها نقلها من مكان الى آخر . وهو ما أكدته المادة الثانية من قانون الملكية العقارية السابق (القرار ٣٣٣٩) ومن قبلها المجلة (المادة ١٢٩) . وقد أضاف القانون المدني عبارة « دون تلف » ليؤكد أن ثبات الشيء وعدم نقله من مكان الى آخر لا يجب أن يكون مستحيلا كما كان في المجلة ، وانما يكفي أن ينجم عنه تلف ليعتبر الشيء عقاراً بطبيعته ، ولو أمكن نقله في جوهره.

واذا استعرضنا العقارات بطبيعتها حسب التعريف السابق لتبينا أنها لا تقف عند حد الأراضي التي كانت تؤلف وحدها العقار في نظر الشريعة الاسلامية ، سواء أكانت خالية ، أم مغروسة أم مبنية[1] . بل أنها شملت انواعاً أخرى مما يوجد فوق الأرض كانت المجلة تعتبرها بحكم المنقول . ويحسن بنا ان نعدد بايجاز مايدخل تحت هذا النوع من عقارات :

١ – **الأرض** : هي أقدم وأخلد العقارات بطبيعتها أو هي العقار الأساسي الذي تقوم في باطنه أو على سطحه بقية العقارات بطبيعتها[2] . وتشمل الأرض الزراعية وأرض البناء على السواء .

٢ – **النباتات** : وتشمل الأشجار والمزروعات القائمة فوق الأرض مهما كانت قيمتها مادامت متصلة بجذورها في الأرض ، لا فرق بين الأعشاب الصغيرة والأشجار الكبيرة[2] و[3] .

ورغم ان قانوننا المدني – كالقانون الفرنسي – لم يذكر النباتات بشكل صريح ، بين العقارات بطبيعتها ، لأنه لم يعدد هذه العقارات في الأصل ، كما فعل قانون الملكية العقارية واكثر القوانين الأجنبية ، ولكنه بلا شك قد أكدها ونص على تطبيقات كثيرة لها .

---

(١) راجع مرشد الحيران ، المادة ٢٣ ؛ و الاستاذ المرحوم سعيد المحاسني في شرح المادتين ١٢٨ و ١٢٩ من المجلة ؛ الدكتور مامون الكزبري ، المرجع السابق ص ٢١ .

(٢) راجع الدكتور الكزبري ، المرجع السابق ص ٢٢ و ٢٣ .

(٣) راجع بلانيول وريبير ، المرجع السابق نبذة ٢٦٣٦ .

واذا كان الشرط الوحيد لاعتبار النبات عقاراً بطبيعته أن يكون متصلاً بجذوره في الأرض اتصالاً طبيعياً ، فان النباتات التي توضع في أوعية أو صناديق ضمن الأرض تبقى من المنقولات ، بعكس المشاتل التي تزرع في الأرض ولو كان مصيرها الى القلع مادامت لم تقلع ، أو لم تبع لتقلع ، فلا يشترط اذن ان يكون الاتصال بنية الدوام .

ويتفق المؤلفون بأن النباتات التي تباع ويتملكها المشتري نهائياً لقطعها أو قلعها ، تعتبر من المنقولات بحسب مآلها ويخضع العقد الجاري عليها لأحكام بيع المنقولات [1] .

٣ - **الأبنية** : هي كل مايجمع من مواد البناء ، ويشد بعضه الى بعض بصورة ثابتة في الأرض ، سواء أكان ذلك فوق سطح الأرض أو في باطنها [1] و[2] فلا يقتصر ذلك على الدور والعمارات ، والمخازن والمستودعات بل يشمل كل أنواع الانشاءات من جسور وآبار ، وسدود وأنفاق الخ ... ويشترط في كل انواع الأبنية والانشاءات لتعتبر عقاراً أن تكون كالنباتات متأصلة بالأرض ، ولايكفي أن تكون موضوعة فوقها دون أساس أو دعائم كالأكواخ والبيوت المتنقلة ، وبيوتات الحمامات البحرية الموضوعة فوق الرمال الخ ... ولا فرق أن يكون البناء من مالك الأرض أو من غيره ، ويحدد القانون في هذه الحالة من يكون المالك . حتى اذا كان مالك البناء في نظر القانون غير مالك الأرض كانت هناك ملكيتان مجتمعتان ملكية الرقبة أو الأرض ، وملكية السطح أو حق السطحية droit de superficie [3] .

وتعتبر الأجزاء المرتبطة بالبناء والمكملة له ، جزءاً من البناء ولها حكمه كالشرفات ، والمجاري الداخلية والخارجية والمصعد ، وانابيب المياه ، والطواحين

---

(١) راجع الدكتور الكزبري ، المرجع السابق ص ٢٢ و ٢٣ .
(٣) راجع بلانيول وريبر ، المرجع السابق نبذة ٢٦٣٦ .
(٢) راجع بلانيول وريبر ، المرجع السابق نبذة ٢٦٣٧-٢٦٣٠ .

الهوائية ، ومضخات الماء الثابتة الخ .. من متعلقات البناء مادامت جزءاً متمماً للبناء ومتصلة به. وان كان بعضهم قد ذهب الى اعتبارها عقارات بالتخصيص[1].

وكما يمكن أن تصبح النباتات منقولات بحسب مآلها ، كذلك يمكن أن يعتبر البنـاء منقولاً بحسب مآله ، ولو لم ينص القانون على ذلك صراحة . فاذا باع مالك البناء أو الانشاءات لهدمها وأخذ انقاضهـا ، كانت الأنقاض المبيعة بحكم المنقولات ولو لم ترفع بعد ، مادام العقد قد أنصب على بيعها مهدومة أو لتهدم[2] .

وبالعكس تبقى مواد البناء منقولة حتى تدخل في البناء .

٤ ـ **المقالع والمناجم** : تنص قوانيننا الخاصة التي نظمت المقالع والمناجم لدينا على تأكيد الصفة العقارية لها ، واعتبارها عقارات لذاتها .

« فالمقالع Carrières هي المكامن الطبيعية التي توجد فيهـا مواد البناء ، ومواد تحسين الزراعة ومناجم الفحم النباتي الأصل . » (المادة ٢ من القرار ٢٥٣ تاريخ ٨ تشرين ثاني ١٩٣٥) . وأما المناجم Minières et mines فهي « المكامن الطبيعية المحتوية على المواد المنجمية . » (المادة ٢ من قانون المناجم رقم ٧ تاريخ ٢١ كانون اول ١٩٥٣) .

ويقصد بالمواد المنجمية المعدنية وغير المعدنية والمواد الهيدروكربونية الصلبة والسائلة والغازية والمعادن واشباه المعادن[3] .

فالمقالع عقارات بطبيعتها تعود لمالك الأرض باعتبارها جزءاً منهـا . أما

---

(١) راجع بلانيول وريبر ، المرجع السابق نبذة ٢٦٣٩ ؛ جوسران ، دروس في القانون المدني ج١ نبذة ١٣٥٥ ؛ محمد كامل مرسي ، المرجع السابق نبذة ٤٠ و ٦٣ .

(٢) راجع الدكتور مأمون الكزبري ، المرجع السابق ص ٢٥ ؛ راجع بودري لاكانتينري وشونو ، المطول النظري والعملي للحقوق المدنية ، نبذة ٤٢ و ٤٣ ؛ محمد كامل مرسي ، المرجع السابق نبذة ٤٣ .

(٣) الدكتور الكزبري المرجع السابق ص ٢٦ .

المناجم فهي عقارات بذاتها ولكنها – بحكم القانون – مستقلة عن الأرض الموجودة في باطنها وتؤلف جزءاً من املاك الدولة العامة (١).

هذه هي مختلف أنواع العقارات بطبيعتها كما عددها اكثر المؤلفين والفقهاء ونصت عليها القوانين.

وقبل أن ننتقل إلى بحث العقارات بالتخصيص يحسن بنا أن نستعرض بايجاز مختلف الأصناف أو الانواع التي صنفت اليها العقارات بطبيعتها في بلادنا قبل القانون المدني وبعده.

تصنيف العقارات بطبيعتها من حيث وضعها القانوني :

ان تصنيف العقارات بطبيعتها ، وجعلها في انواع وزمر ، – كما فعلت قوانيننا الماضية وحتى قانوننا الحالي – لهو في الواقع اثر من آثار الخلط القديم بين الشيء وبين الحق القائم عليه ، لأننا في الحقيقة لا نستطيع أن ننظر إلى العقارات بطبيعتها – كأشياء تكون محلاً للحقوق – ثم نصنفها بحسب هذه الحقوق ، لأن هذا التصنيف هو في حقيقته للحقوق (التي تؤلف أموالا) لا للأشياء. فنحن لا نستطيع مثلاً أن نصنف الارض نفسها من حيث جوهرها وطبيعتها الى عقار ملك وعقار أميري ، لان الارض هي نفسها لم تتغير في طبيعتها ، ولكن الذي تبدل هو الحق القائم عليها في طبيعته ومداه. فكان الاجدر أن يبحث هذا التقسيم في تقسيم الاموال العقارية – باعتبارها الحقوق المترتبة على العقارات – بدل بحثها في تقسيم الأشياء نفسها والعقارات بطبيعتها.

غير أن تشريعنا السابق ، الشريعة الاسلامية ، والمجلة وقانون الاراضي

---

(١) الدكتور الكزبري ، المرجع السابق ص ٢٦.

العثماني ، وقانون التصرف في الاموال غير المنقولة ، التي خلطت بين الشيء والمال ، درجت على تصنيف العقارات بطبيعتها الى أصناف . وجاء قانون الملكية العقارية ومن بعده القانون المدني فواصلا السير على هذا التصنيف رغم ان قانوننا المدني قدفرق بين الشيء وبين المال الذي هو الحق المترتب على الشيء .

وتمشياً مع نصوص القانون فاننا نلخص هنا أنواع العقارات بطبيعتها .

لقد أشرنا [1] في استعراض تاريخ التشريع المدني في سورية الى أن أحكام الشريعة الاسلامية ظلت سائدة حتى جاءت التشريعات العثمانية تعدل منها تباعاً . وكانت الاراضي – وهي الاموال غير المنقولة أصلاً في نظرها – اما مملوكة من الناس واما موقوفة و اما خالية مباحة ، والمملوكة على نوعين إما خراجية وإما عشرية . وجاء التشريع العثماني ، منذ قانون الأراضي الصادر في ٧ رمضان ١٢٧٤ الموافق ٢١ نيسان ١٨٤٨ ، فعدل من هذا التقسيم مع اضافة قسم رئيسي عليه هو الأراضي الأميرية .

وجاءت تشريعات المفوضية العليا أثناء عهد الانتداب فأدخلت بدورها بعض التعديلات على التشريعات حتى صدر قانون الملكية العقارية ذو الرقم ٣٣٣٩ تاريخ ١٣ تشرين الثاني ١٩٣٠ فغير من ذلك التقسيم بعض الشيء مستبقياً التقسيم الرئيسي للعقارات بين ملك واميري ، وتبعه القانون المدني الذي أحل أحكامه في محلها منه .

وإذا رجعنا الى أنواع العقارات بطبيعتها كما أقرها قانوننا المدني في المادة ٨٦ لرأينا أن هذه العقارات تشمل الأنواع الآتية :

١ – **العقارات الملك** : هذه العقارات هي الأصل بالنسبة للعقارات بطبيعتها في تاريخ تشريعنا . وهي التي تقابل في التشريعين الاسلامي والعثماني الأراضي المملوكة؛ ولكن تعريفها وتحديدها اختلف في قانون الملكية العقارية

---

(١) راجع ماسبق ص ٥٠–٦٦ .

والقانون المدني الذي تبنى نصه ،عن الحدود التي وضعها قانون الأراضي العثماني .

فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٨٦ المذكورة المقابلة للمادة ٥ من القرار ٣٣٣٩ بأن العقارات الملك هي « العقارات القابلة للملكية المطلقة والكائنة داخل المناطق المبنية المحددة ادارياً » .

وهذا يفيد أن العقارات الملك تطلق يد اصحابها في استعمال عقاراتهم والانتفاع بها والتصرف فيها بصورة مطلقة ، سواء في المنافع وسواء في العين أو الرقبة .

ولقد ذهب بعضهم فترة من الوقت الى وجوب توافر شرطين ليكون العقار ملكا حسب هذا النص: الأول أن يكون في الأصل ملكاً ، والثاني أن يكون داخل المناطق المبنية كما هي محددة ادارياً ، وانه – بالتالي – إذا كان العقار في أصله أميرياً ، فأنه لا يصبح ملكا ولو دخل ضمن المناطق المذكورة . ولكن هذا الرأي لم يسد في الفقه والقضاء ، حيث استقر اجتهاد المحاكم في سورية ولبنان على اعتبار جميع الأراضي والعقارات التي تدخل ضمن المناطق المحددة ادارياً كالمناطق المبنية أو المعدة للبناء ، يجعلها من العقارات الملك ولو كانت في الأصل أميرية [1] .

على أننا نعتقد أن ماقصده النص المذكور هو مايأتي :

اولاً : ان العقارات الملك هي التي تقبل الملكية المطلقة والتصرف المطلق في حدود القانون فلا تكون موقوفة ، حيث تمتنع الملكية المطلقة بعد الوقف .

وثانياً : أن تكون ضمن المناطق التي تحددها السلطات الادارية في المدن والقصبات لتعتبر مناطق مبنية ، سواء أكانت تلك الأراضي مبنية فعلاً أم ماتزال عرصات غير مبنية ، حتى ولو كانت تزرع بالفعل . فاذا كان العقار خارجاً

---

(١) راجع الدكتور الكزبري ، المرجع السابق ص ٣١ - ٣٣ وأحكام محكمة التمييز السورية المتعددة المذكورة في الحواشي ، وكذلك قرار محكمة الاستئناف اللبنانية .

عن هذه المناطق وارضاً زراعية لم يعتبر من العقارات الملك ، مالم يكن لأحدهم حق مكتسب عليه بحسب القوانين السابقة كقانون الأراضي وقانون التصرف في الأموال غير المنقولة العثمانيين .

٢ – **العقارات الأميرية** : ان منشأ العقارات الاميرية هو التشريع العثماني وان عدداً من البلاد العربية التي انفصلت عن الدولة العثمانية من وقت بعيد كمصر ، لم تعرف هذا النوع من العقارات . وقد أراد المشرع العثماني ان يعتبر جميع الأراضي في الدولة، ولاسيما في البلاد المفتوحة، قد أضحت ملكاً للسلطان، وان من حقه أن يقتطعها أو يبيعها ويتصرف فيها . وكان قانون الأراضي العثماني أول تشريع نظم هذا النوع من الأراضي فنص على أن السلطان يستطيع أن يمنح حق التصرف والانتفاع بالأرض الى من يشاء لمدة معينة او مدى الحياة مع احتفاظ السلطان بحق الرقبة ،أي الملكية المجردة . ثم تطور وضع هذه الأراضي وانتقالها الى ورثة المتصرف بما قرّبها كثيراً من العقارات الاخرى ، ولكنها لم تزل نهائياً وظل أثرها حتى التشريع الحالي .

وقد عرفت الفقرة الثالثة من المادة ٨٦ من القانون المدني العقارات الأميرية بأنها « العقارات التي تكون رقبتها للدولة ، ويجوز أن يجري عليها حق تصرف » وهي تشمل اليوم جميع العقارات الخارجة عن المناطق المبنية المحددة ادارياً ،فيما عدا ما اكتسب منها صفة الملك او الوقف حسب القوانين السابقة .

وبناء على ذلك فأنه في كل مرة تتغير حدود المناطق المحددة ادارياً فتتسع أو تضيق – وهي غالباً تتسع – تدخل أو تخرج عقارات في ومن حظيرة العقارات الملك أو العقارات الأميرية وتتغير بذلك صفتها . ويجوز لكل صاحب مصلحة أن يطلب إجراء هذا التغيير في السجل العقاري . على أن لا يؤثر ذلك كما أشرنا ، في الحقوق المكتسبة للأفراد على هذه العقارات بحسب صفتها .

مثلاً إذا أصبحت أرض أميرية عقاراً ملكا بسبب ادخالها في المناطق المحددة ادارياً ، فأن حق الأرث الذي اكتسبه ورثة مات مورثهم قبل هذا التغيير ،

وفق احكام قانون انتقال الأراضي الأميرية لايتأثر بهذا التبديل [1] ، عملاً بقواعد تنازع القوانين من حيث الزمان .

كذلك ، وتطبيقاً لنفس المبدأ ، فأن الغراس أو البناء الذي اعتبره قانون الأراضي العثماني ملكا للغارس او الباني ، يخضع لأحكام الملك ، برغم تبديل نوع العقار ، تطبيقاً لأحكام قانون الملكية العقارية او القانون المدني .

أهمية التفريق بين هذين النوعين

ولكن لماذا نفرق بين العقارات الملك والعقارات الاميرية ، هذا التفريق الذي لامثيل له في قوانين العالم الغربي ولاحتى في مصر وبعض البلاد العربية الاخرى ؟

لقد أشرنا ان هذا التفريق من مخلفات العهد العثماني ، وكان له في الأصل اثار كثيرة وكبيرة في مضمون الحق القائم على كل من النوعين . ولكن هذا الاختلاف في الآثار قد أخذ يخف تدريجياً ، وقد زال اكثره . ومع ذلك فقد ظل بعضه — وهو هام — قائماً حتى اليوم .

فمثلا لايجوز وقف العقار الأميري بأي شكل ، ووقفه باطل ، ولو كان لوجوه البر والخير ، اما العقار الملك فوقفه جائز اذا كان خيرياً ، بعد منع الوقف الذري .

كذلك لايسقط حق المالك على العقار الملك اذا ترك عقاره ولم يستعمله ، في في حين ان حق التصرف في العقار الأميري يسقط بعدم حراثة الارض اوعدم استعمالها مدة خمس سنوات (المادة ٧٧٥ من القانون المدني) .

واخيراً — ولعل هذا هو أهم الفوارق الباقية — تسري على العقارات الملك

---

(١) راجع الدكتور الكزبري ، المرجع السابق نبذة ٣٠ - ٣١ وحكم محكمة التمييز المشار اليه فيه رقم قرار ٣٦٧ تاريخ ١٨/١١/١٩٥٠ منشور في مجلة القانون السنة الأولى ص ٨٥ .

في حال وفاة صاحبها قواعد الأرث الشرعي او الفريضة الشرعية حسب قانون الاحوال الشخصية اليوم ، في حين تخضع العقارات الأميرية الى احكام قانون خاص هو «انتقال الأموال غير المنقولة» العثماني الصادر في ٢١ شباط ١٣٢٨ شرقي وتعديلاته ، وهي احكام تختلف كل الاختلاف عن الفريضة الشرعية حيث يساوي بين الذكر والأنثى وتضاعف حصة الزوج الباقي على قيد الحياة الخ ...[١]

وفيما عدا ذلك ليس هناك اي فرق حقيقي بين النوعين .

٣ – **العقارات المتروكة الموفقة** : وهي ، كما عرفتها الفقرة ٤ من المادة ٨٦ المذكورة : العقارات « التي تخص الدولة ، ويكون لجماعة ماحق استعمال عليها تحدد ميزاته ومداه العادات المحلية أو الأنظمة الادارية . »

ومنشأ هذا النوع من العقارات بطبيعتها في بلادنا يرجع الى قانون الاراضي العثماني عندما نص على الأراضي المتروكة بوجه عام شاملة بعض أملاك الدولة العامة المتروك حق الانتفاع بها لعموم الناس ، كالطرق والأسواق والساحات الخ ..[٢] وبعض املاك الدولة الخاصة التي ترك حق الانتفاع بها لأهل قرية أو قصبة معينة كالمراعي والبيادر والمحتطبات [٢] .

وقد تبنى قانون الملكية العقارية ومن بعده القانون المدني الاخذ بمبدأ العقارات المتروكة وزاد في تفصيلها وايضاحها بالنص عليها بفقرتين مستقلتين . فالعقارات المتروكة المرفقة ، هي نفس النوع الثاني من العقارات المتروكة المنصوص عليها في قانون الاراضي العثماني والمجلة ، عندما تخص الدولة في الاصل ، كاملاك لها ، ولكن يكون لجماعة ، كأهل قرية أو قصبة أو عشيرة الخ .. حق ارتفاق مؤبد باستعمالها والانتفاع بها . وتتمثل هذه العقارات عادة بالبيارد ، والمراعي ، والمحاطب

---

(١) راجع تفصيل هذه الفوارق في الدكتور مامون الكزبري ، المرجع السابق نبذة ٢٤٨ ص ٢٥١-٢٥٦.

(٢) راجع المواد ٥ و ٩١ و ٩٤ - ٩٧ من القانون المذكور ؛ الدكتور الكزبري المرجع السابق نبذة ٢٣ .

او المحتطبات للأماكن الحرجية التي يمكن الاحتطاب منها . فهي من حيث ملكية الرقبة ، اي العين المجردة ، تخص الدولة ، وهي المالكة لها ، والحارسة عليها والقادرة على التصرف فيها ، على ان يبقى للجماعات المذكورة اعلاه التي اكتسبت حقاً في الاستعمال او الانتفاع بها ، ان تتمتع بهذا الحق كاملاً ضمن حدوده ومداه . وتعين ميزات هذا الحق ومداه بالنسبة لاصحابه اما بموجب العادات المحلية ، حيثما يكون منشأ الحق العرف القديم ، وهو الاصل في هذا النوع من العقارات ، وأما الأنظمة الأدارية حينما تكون صادرة فيها . وربما حددت ميزات هذا الحق ومداه بالامرين معاً حينما يختلط المصدران .

وطبيعي انه لا يجوز لأصحاب هذا الحق ان يتجاوزوه أو يسيئوا استعماله فيغيروا من غرضه او يُفرطوا في استعماله بما لا يأتلف مع غرضه الأصلي او بما يمنع استعمال حقوق الآخرين على الوجه المألوف[1] بحيث تطبق على الذين يخرجون عن وجه الأستعمال المخصص احكام المادة ٩٥٧ من القانون المدني ، ويجوز اسقاط حقهم بحكم قضائي بناء على طلب مالك الرقبة بسبب اساءة المنتفع في استغلال العقار[2] .

٤ - **العقارات المتروكة المحمية** : وهي النوع الأول من العقارات المتروكة حسب التشريع العثماني السابق الذكر . وقد عرفتها الفقرة ٥ من المادة ٨٦ بأنها « العقارات التي تخص الدولة او المحافظات او البلديات وتكون جزءاً من الأملاك العامة . كالطرق والشوارع والساحات » .

وهذه العقارات تنطبق على أملاك الدولة العامة التي سنبحثها بعد قليل . وكانت المجلة (المواد ١٢٣٦ - ١٢٤٣) أخذاً عن احكام الشريعة الاسلامية ، قد أضافت الى العقارات المتروكة ، التي منها النوع السابق ، العقارات المسماة في

---

(١) راجع ما سياتي نظرية التعسف في استعمال الحق ، المادة ٦ من القانون المدني .
(٢) راجع الدكتور الكزبري المرجع السابق ص ٣٧ .

تعبيرها « العقارات المباحة » التي ليست بملك أحد ويكون الناس فيها شركاء كالبحر والبرك، والأنهار العامة وهذه كلها من أملاك الدولة العامة أيضاً .

٥ – **العقارات الخالية المباحة ، أو الأراضي الموات** كان التشريع العثماني ، قانون الاراضي (المادتان ٦ و ٧) والمجلة (المادة ١٢٧٠) ، يعتبران المحلات الخالية التي ليست بتصرف أحد وغير متروكة ولا مخصصة للأهالي والواقعة بعيدة عن القرى والقصبات بدرجة لا تسمع فيها صيحة الشخص الجهير الصوت من أقصى العمران ، اراضي موات (ثم حددت المسافة بميل ونصف اي مقدار نصف ساعة مسير في المادة ٦ من قانون الاراضي) بحيث يستطيع كل من يحييها، أي يجعل منها ارضاً زراعية او يسورها ويشتغل فيها، أن يملكها.

لكن هذا المفهوم القديم قد أبعد وزال في تشريعاتنا منذ عهد المفوضية العليا ، بحيث اعتبرت جميع الاراضي والعقارات التي لا مالك لها ملكاً للدولة، والدولة تمنح تراخيص باستثمار هذه الاراضي او بالتصرف فيها او بتمليكها.

وقد عرفت الفقرة ٦ من المادة ٨٦ هذه العقارات بأنها: « الاراضي الاميرية التي تخص الدولة الا انها غير معينة ولا محددة ، فيجوز لمن يشغلها أولاً ان يحصل بترخيص من الدولة على حق أفضلية ضمن الشروط المعينة في انظمة املاك الدولة . »

فأكد القانون بذلك ملكية الدولة لكل الاراضي غير المعينة ولا المحددة، سامحاً للأفراد الاستيلاء عليها واشغالها بشرط ان يحصلوا على ترخيص رسمي بذلك . وهذا بالاشغال بالاستناد الى الترخيص المذكور يخول الشاغل حق تفضيله على من سواه في اكتساب حق التصرف على الارض ضمن الشروط التي نص عليها القانون المدني في المواد ٨٣٢ – ٨٣٥ .

وهكذا تكون هذه العقارات من أملاك الدولة الخاصة وتخضع لاحكامها[١].

---

(١) راجع في عقوبة التعدي على هذه الأراضي ، الدكتور الكزبري ، المرجع السابق نبذة ٣٤ وحكم محكمة التمييز رقم ٢١ أساس ١١٥٧ جنحة تاريخ ١٥/٥/٩٥٢، مجلة القانون السنة الثالثة ص ٤٥٠ .

هذه هي مجمل العقارات بطبيعتها حسب التشريع الحالي والتشريع السابق على انه يلاحظ ان التشريع الحالي اختلف عن التشريع السابق من حيث اغفاله ذكر العقارات الموقوفة بين أنواع هذه العقارات لانه اعتبر الوقف حقاً من الحقوق العينية التي يجوز ان تجري على العقارات (المادة ٨٥)[١] كما فرق بين العقارات المتروكة على النحو الذي اوضحناه ، وألحق الاراضي الموات والعقارات المباحة باملاك الدولة . وهي وجهات نظر تتفق مع التطور الحديث ومقتضيات التنظيم العقدي والاداري [١] .

§ ٢ — العقارات بالتخصيص Immeubles par destination

١ — مفهوم هذه العقارات

كانت الشريعة الأسلامية ، ومن بعدها التشريعات العثمانية ، وخاصة المجلة لاتعرف الا العقارات بطبيعتها ، الثابتة التي لاتقبل الانتقال ، وكل ماعداها فهو منقول. ولذلك لم تكن فكرة العقار بالتخصيص موجودة في الماضي في بلادنا . وكان اول تشريع ركز هذه الفكرة ونظمها هو القانون المدني الفرنسي في اوائل القرن التاسع عشر مستوحياً مفاهيمها واحكامها من الشريعة الرومانية والاعراف الفرنسية التي سادت قبل القانون المدني الفرنسي ، ولا سيما من نظريات بعض الفقهاء الفرنسيين الذين هيأوا هذا القانون[٢].

---

(١) راجع الدكتور الكزبري ، المرجع السابق نبذة ٣٥ .

(٢) يرجع بعض الفقهاء هذه النظرية الى تطبيقات قال بها الفقهاء الرومان ولكن بصورة جزئية ، وان بوتيه Pothier هو الذي حاول ان يجمع عناصر هذه النظرية وقواعدها ولكن في كل الاحوال دون ان تركز وتعمم كما انتهى اليه القانون الفرنسي (راجع بلانيول وريبر ، المرجع السابق نبذة ٢٦٤٢).

كما ان الشريعة الاسلاميه كانت عنيت بتحديد المنقولات التي تدخل في بيع العقار دون ذكر ، ونصت المجلة (المادة ٢٣٢) انه إذا بيعت دار دخل في البيع الاقفال المسمرة والدواليب والخزن والرفوف المسمرة المعدة لوضع الفرش (راجع الدكتور كزبري نبذة ٣٦) .

وجاء قانون الملكية العقارية القرار ٣٣٣٩ لعام ١٩٣٠ فأدخل هذه النظرية في تشريعنا ، بعد ان كانت قد ادخلت في التشريع المصري حين تبنى القانون المدني الفرنسي في القانونين المختلط والاهلي. وتبعه القانون المدني الحالي عندنا الذي نهج نهج القرار ٣٣٣٩ ووسع من شمول هذه العقارات بادخال الاستثمار التجاري والمدني.

فما هي العقارات بالتخصيص ؟

اذا رجعنا الى نص الفقرة الثانية من المادة ٨٤ من قانوننا المدني لوجدنا انها عرفت العقار بالتخصيص بأنه : « المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصداً على خدمة هذا العقار او استغلاله ».

فالعقار بالتخصيص (او بالنسبة للغاية المعد لها كما كان يسميه قانون الملكية العقارية القرار ٣٣٣٩) هو اذن منقول في طبيعته ولكن المشرع اراد ان يسبغ عليه صفة العقار وحكمه لصلته الوثيقة وارتباطه المادي او المعنوي بعقار بطبيعته ، بحيث يعتبر مرتبطاً به ومن متمماته. وهو بهذا الاعتبار عقار تصوري وحكمي محض ، ومن عمل المشرع[1] .

وكان القرار ٣٣٣٩ قد وضح وفصل مفهوم هذا النوع من العقارات (المادة ٣) ، وبيّن معنى استغلال المنقول والعقار الاصلي او استثماره، ومعنى رصده على خدمته ، وعدد الاشياء التي تختص بالاستثمارين الزراعي والصناعي ، مستثنياً منها الاستثمار التجاري. فاعتبر عقاراً بالنظر للغاية المعدة لها فيما يختص بالاستثمار الزراعي – الحيوانات المعدة للزراعة والآلات الزراعية والمعاصر والانابيق والبراميل الكبيرة المستعملة لوضع العنب في مصانع الخمر ، واسماك الغدران ، وخلايا النحل ودود القز في الخصاص ، والسماد والقش المعد لتسميد الارض ومساميك الكرمة .

وفيما يختص بالاستثمار الصناعي ، المدخرات ، والآلات بما في ذلك الناقلات

---

(١) راجع الدكتور الكزبري ، المرجع السابق نبذة ٣٦

والعربات الصغيرة والخيول، شريطة ان تكون البناية المشتملة على هذه الآلات معدة خصيصاً لايوائها .

واضاف : ومن الاشياء المعتبرة كعقارات ايضاً - اي بالتخصيص - الاشياء المتنقلة المرتبطة بالارض بصفة دائمة .

اما القانون المدني فأنه تبنى ماجاء في قانون الملكية العقارية الا انه وسع الفكرة واطلق المبداء في نظرية التخصيص هذه دون تعداد او تمثيل متمشياً مع ماساد في الفقه الحديث واراء المؤلفين الفرنسيين .

وقبل ان نوضح الشروط التي اوجب القانون توافرها في المنقول ليصبح عقاراً بالتخصيص حسب هذه النظرية يحسن بنا ان نتساءل لماذا اوجدت هذه النظرية وما هي الفائدة والغاية منها ؟

٢ - الغاية من نظرية العقارات بالتخصيص وفائدتها

ان الحكمة من اسباغ صفة العقار من الناحية الحقوقية على بعض المنقولات بطبيعتها انما هي وسيلة حقوقية فنية للحيلولة دون فصل بعض الاشياء التي تؤلف في مجموعها مع الارض او البناء كلا من الاستثمار الاقتصادي، بحيث يؤدي فصلها في الحجز أو البيع او القسمة الخ... الى التقليل من قيمة كل منها، وربما الى توقف استثمار المشروع بكامله مما يضر بمصلحة الناس وبالمصلحة العامة معاً. لاسيما وان القواعد التي تطبق على المنقول قد تكون مختلفة عن القواعد التي تطبق على العقار، كما في الحجز وفي التأمين او الرهن ، وفي القسمة ، وفي الوصية الخ..

وقد اراد المشرع ان يتجنب هذا الازدواج وما ينشأ عنه من اضرار فوجد ان خير وسيلة هو ان يجمع بين العقار وبين ما ارتبط به من منقول بحكم واحد ، وان يلحق المنقول بالعقار حكماً ما دام التخصيص قائماً والارتباط موجوداً ، والاستثمار الزراعي او الصناعي او التجاري

مستمراً ،[1] بحيث لاينفرد هذا المنقول، بالحكم بل يتبع العقار الاصلي الذي ارتبط به بوجه عام .

٣ – الشروط الواجب توافرها في العقارات بالتخصيص

اذا حللنا نص الفقرة الثانية من المادة ٨٤ المذكورة ، وعدنا الى اقوال الفقهاء لرأينا انه يشترط لاعتبار المنقول الموضوع في عقار بطبيعته عقاراً بالتخصيص عدة شروط بعضهم جعلها اربعة [2] وبعضهم جعلها اثنين [3] ، داجاً في ذلك الجزء في الكل . وهو ماسار عليه اغلب الفقهاء . ونستطيع ان نحلل هذه الشروط الى ثلاثة :

الشرط الاول : ان يكون وضع المنقول في العقار بمعرفة العائد له .

وهذا يعني ان يتم تخصيص المنقول بالعقار ، وكلاهما في ملك شخص واحد كما سنرى في الشرط الثاني ، بمعرفة صاحبها ، اومن يمثله . وعلى ذلك لايملك غير المالك ، من مستأجر او مزارع او الخ .. ان يقوم بتخصيص منقول في عقار (من آلات او ادوات او حيوانات يستعملها بوصفه مزارعاً او مستأجراً في العقار) مادام هذا التخصيص لم يجر بمعرفة ومن قبل المالك نفسه او بموافقته .

اما الشريك في العقار الشائع المملوك على الشيوع فيجوز له جعل المنقولات الشائعة والتي يملكها ثابتة بالتخصيص ، وتبقى قائمة كذلك حتى اجراء القسمة

---

(١) راجع بلانيول وريبر ، المرجع السابق نبذة ٢٦٤٣ ، الدكتور الكزبري ، المرجع السابق نبذة ٣٨

(٢) راجع محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، نبذة ٤٨

(٣) راجع بلانيول وريبر المرجع السابق نبذة ٢٦٤٦ ؛ جوسران ، المرجع السابق نبذة ١٣٥٦ الدكتور الكزبري المرجع السابق نبذة ٣٩

فان خرجت في حصة الشريك الذي وضعها استمر تخصيصها[1] .

الشرط الثاني : اتحاد المالك في العقار والمنقول :

وهو ما يتصل بالشرط السابق ويعني انه لايكفي أن يتم التخصيص بمعرفة وارادة صاحب العقار والمنقول بل يجب أن يكون كل من العقار والمنقول في ملك نفس الشخص . أو بتعبير آخر أن يكون مالك العقار مالكاً بالوقت نفسه للمنقول منذ قيام التخصيص وما دام هذا التخصيص مستمراً . وهذا ما يستفاد صراحة من نص القانون : «المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه».

فلا يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه غير مالك العقار ، كالمستأجر أو المزارع أو الحائز الموقت أو الغريب ، ولو بموافقة مالك العقار ، ما دام هذا المنقول ليس ملكاً لصاحب العقار . على اعتبار أن التخصيص من شأنه أن يلحق المنقول بالعقار الطبيعي في حكمه وفي ملكيته ، مما لا يمكن أن يتحقق عند اختلاف المالك .

ويعتبر المالك مختلفاً لو وضعت شركة ذات شخصية اعتبارية منقولا لها في خدمة عقار او رصداً لاستغلال عقار يملكه احد الشركاء لاختلاف المالكين .

اما الحائز الحسن النية الذي يخصص منقولا له في عقار يعتقد انه ملكه يصح تخصيصه ، ولو ثبت في المستقبل انه غير مالك[1] ، لأنه عند التخصيص وحتى ثبوت العكس كان بحكم المالك .

وبالمقابل لايستطيع مالك العقار ان يعمد الى تخصيص منقول للغير موجود في حوزته دون ان يكون مالكا له . وينطبق ذلك على حالة من اشترى منقولا واحتفظ البائع بملكيته حتى تسديد الثمن ، فلا يستطيع مالك العقار المشتري للمنقول ان يكسب هذا المنقول صفة العقار بالتخصيص قبل دخوله نهائياً في ملكه[2].

---

(١) راجع محمد كامل مرسي المرجع السابق نبذة ٥٠ ، وحكم محكمة الاستئناف المختلطة المشار اليه في الحاشية؛ راجع كذلك اراء الفقهاء الفرنسيين المشار اليهم في الحاشية المذكورة .

(٢) راجع الدكتور الكزبري ، المرجع السابق نبذه ٤٢ ؛ ومحمد علي عرفه ، شرح القانون المدني الجديد ج ١ ومحمد كامل مرسي ، المرجع السابق نبذة ٥١ .

الشرط الثالث: رصد المنقول على خدمة العقار او استغلاله :

لقد عبر الفقهاء عن هذا الشرط الاساسي بقولهم يجب ان تكون هناك علاقة تخصيص بين المنقول والعقار rapport de destination[1] ، وهو ما عبر عنه قانوننا بقوله « رصد المنقول على خدمة العقار او استغلاله». وقد اطلق بعضهم على هذا الشرط عبارة « رصد المنقول على منفعة العقار »[2] باعتبار ان كلمة « المنفعة » تشمل الخدمة والأستغلال ومختلف انواع التخصيص .

فما هو مفهوم هذا الرصد وحدوده وطرق تحقيقه ؟[3].

لقد فرقت التشريعات القديمة (كالقانون المدني الفرنسي ، والقانون المدني المصري السابق الأهلي والمختلط ، وقانون الملكية العقارية الصادر بالقرار ٣٣٣٩ لعام سنة ٩٣٠ لدينا) بين التخصيص المعنوي المحض ، وبين التخصيص المادي الذي يلصق فيه المنقول بالعقار .

فالنوع الأول في رصد المنقول على منفعة العقار، يقوم على مفهوم اقتصادي وتقديري بحت دون أية صلة مادية ظاهرة . انه مجرد وضع منقولات مملوكة لصاحب العقار ومن قبل هذا المالك في العقار ، دون تثبيتها أو تسميرها فيه ، وانما بقصد استخدامها في استثماره واستغلاله بحسب نوع العقار ونوع الأستثمار. وقد أشرنا الى أن قانون الملكية العقارية، القرار ٣٣٣٩ السابق الذكر، كان قد عدد ـ على غرار القانون الفرنسي ـ المنقولات التي يمكن تخصيصها رصداً على العقار في الأستثمار الزراعي والصناعي .

---

(١) راجع بلانيول وريبر ، المرجع السابق ، نبذة ٢٦٤٩ ؛ محمد كامل مرسي المرجع السابق نبذة ٥٢ .

(٢) راجع الدكتور الكزبري ، المرجع السابق نبذة ٤٤ .

(٣) راجع تفصيل ذلك في بلانيول وريبر ، المرجع السابق نبذة ٢٦٤٩ - ٢٦٥٧ ؛ محمد كامل مرسي ، المرجع السابق نبذة ٥٢ - ٦٣ ؛ الدكتور الكزبري ، المرجع السابق نبذة ٤٤ - ٥٥ .

ففي الاستثمار الزراعي ذكر قانون الملكية العقارية المشار اليه : الحيوانات المعدة للزراعة ، الآلات الزراعية ، المعاصر ، الأنابيق ، البراميل الكبيرة المستعملة لوضع العنب ، خلايا النحل ودود القز وأسماك الغدران ، والبذور التي لم تبذر (لانها بعد البذر تصبح عقاراً بطبيعته) ومساميك الكرمة (أي العصي والاخشاب التي تسند بها الاغصان) والسماد والتبن والقش ...

وفي الاستثمار الصناعي الآلات والأجهزة الصناعية على اختلافها والأبواب والعربات والناقلات والحيوانات المخصصة لنقل المواد ... شريطة أن توضع هذه المنقولات في البناء الصناعي في أماكن مخصصة أصلاً لإيوائها ...

ولكن هذا التعداد الوارد في بعض التشريعات ليس حصرياً أبداً ، وإنما على سبيل المثال ولذلك جاء قانوننا المدني فوضع المبداء وأطلقه دون تمثيل ، ودون حصر بالاستثمارين الزراعي والصناعي . بل قرر ان وضع المنقول ـ أي منقول ـ رصداً على خدمة العقار ـ أي عقار ـ واستغلاله ـ أي نوع من أنواع الاستغلال أو الاستثمار ـ يجعل من هذا المنقول عقاراً بالتخصيص . فشمل بذلك فضلاً عن الاستثمار الزراعي والصناعي الاستثمار التجاري والمدني اللذين كان استثناهما قانون الملكية العقارية لدينا سابقاً ودون حاجة الى حصر المنقولات او تعدادها .

وهكذا فالعقار المخصص ليكون فندقاً اذا قام مالكه بتأثيثه بمفروشات يملكها بغية استثماره كفندق يكون قد رصد هذه المفروشات على خدمة العقار واستغلاله تجارياً ، وأصبحت بالتالي عقارات بالتخصيص . وقس على ذلك المقاهي والملاهي والحمامات والخ ...

بل إن الفقه الحديث يذهب الى اعتبار تخصيص المنقول في استغلال العقار مدنياً عقاراً بالتخصيص أيضاً . كمثل مالك دار يقوم على تأثيثها بمفروشات يملكها ويضعها فيها بقصد تأجيرها مفروشة ، فتصبح هذه المفروشات عقارات بالتخصيص .

ويلاحظ لكي يعتبر التخصيص متوافراً أن يكون رصد المنقول على منفعة

العقار لا لمنفعة صاحب العقار . فخيول الركوب وعرباته التي يضعها صاحب المزرعة في مزرعته ليستخدمها في تنقلاته الشخصية ونزهاته ؛ والمواشي التي يقتنيها للتجارة، وكذلك الأشياء التي يستخدمها صاحب المعمل في مصنعه لوقايته أو لتنقله، لا تعتبر كلها عقارات بالتخصيص لأنها لم ترصد على منفعة العقار نفسه واستغلاله[1] كما يشترط في الاستثمار الصناعي والتجاري والمدني أن يكون المكان قد هيء خصيصاً لإيواء المنقولات الموجودة فيه[2] .

وأما النوع الثاني فهو الرصد المادي القائم على الارتباط أو الالتصاق الفعلي بين المنقول والعقار .

وكان قانون الملكية العقارية أخذاً من القانون المدني الفرنسي ، قد نص على أن « من الأشياء المعتبرة كعقارات أيضاً الأشياء المنقولة المرتبطة بالأرض بصفة دائمة . » وقد فصل القانون الفرنسي كيفية هذا الارتباط الدائم Perpétuelle demeure (المادة ٥٢٥) : « عندما يكون المنقول متصلاً بالعقار بالجص أو بالاسمنت » وبشكل عام « اذا كان لا يمكن نزع المنقول من محله بدون كسره أو أتلاف جزء العقار المتصل به . » كالمرايا والمغاسل ، واللوحات المدخلة في الجدران ... ولكن الفقه والقضاء الفرنسيين قد اعتبر ماورد في هذا النص قيوداً غير احترازية بحيث يمكن الاعتداد بكل ظاهرة خارجية تدل بوضوح على ربط المنقول بصورة دائمة في العقار ، ولو لم يكن مثبتاً بالجص أو الاسمنت كالمرايا أو اللوحات المعلقة في مكان خاص لها في الجدران[3] .

---

(١) راجع محمد كامل مرسي ، المرجع السابق نبذة ٥٣ ؛ الدكتور الكزبري ، المرجع السابق ص ٤٨ ؛ بلانيول وريبر المرجع السابق نبذة ٢٦٥١ وحكم محكمة التمييز الفرنسية المشار اليه فيها .

(٢) راجع محمد كامل مرسي ، المرجع السابق نبذة ٥٨ ؛ جوسران ، المرجع السابق ، ج ١ نبذة ١٣٥٥ ؛ الدكتور الكزبري المرجع السابق نبذة ٥١ .

(٣) حكم محكمة التمييز الفرنسية تاريخ ٨ أيار سنة ١٨٥٠ وغيره، مذكور في بلانيول وريبر ، المرجع السابق نبذة ٢٦٦١ ؛ الدكتور الكزبري المرجع السابق ص ٥٧ .

وأمام هذا الاجتهاد الفقهي والقضائي الذي حدا بالفقهاء الفرنسيين [1] الى القول بعدم جدوى نص المادة ٥٢٥ من القانون المدني الفرنسي بعد ان اعتبرت القيود الواردة فيها غير احترازية ، لم يشاء قانون الملكية العقارية ، ان يبين كيفية الارتباط الدائم تاركا ذلك الى الاجتهاد ، وجاء القانون المدني ، تفادياً لكل مايمكن ان ينشاء من اختلاف حول مفهوم الارتباط الدائم وكيفية حصوله ، فاعتمد معياراً جديداً وعاماً هو « رصد المنقول على خدمة العقار »

وقد حاول الفقه تحليل ذلك بالنسبة لمختلف انواع العقـــارات ، من دور السكنى ، والمشافي والمدارس الخ .. على اساس النظر الى بقاء المنقول منفصلا عن البناء ومستقلا بحركته من جهة ، وضرورياً في استعماله لما انشىء اليه من جهة أخرى ، كالمفاتيح والرفوف المتحركة في المطابخ ومضخات الحريق في دور السكن وغيرها ، والاسرة واثاث العبادة في المعابد والادوات الطبية في المشافي ومقاعد التدريس في المدارس الخ ... كلها تعتبر عقارات بالتخصيص [2]

اما المنقولات التي تتصل بالعقار اتصال قرار واستقرار كالابواب باقفالها ، والمصعد والادوات الصحيـة المثبتـة الخ ... فهي عقارات بطبيعتها [3] ، لاعقارات بالتخصيص .

٤ ــ الاثار الناجمة عن اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص

لقد رأينا ان الغاية والفائدة لنظرية العقارات بالتخصيص هي وجوب المحافظة على وحدة كيان عقاري حينما يؤلف بما فيه من منقول مشروعاً واحداً في الأستثمار وذلك تحاشياً للمساوىء التي يمكن أن تنجم عن الفصل والتجزئة .

---

(١) راجع بلانيول وريبير ، المرجع السابق نبذة ٢٦٦٢

(٢) راجع محمد كامل مرسي المرجع السابق نبذة ٦٣-٦٧ ؛ محمد علي عرفة ، شرح القانون المدني الجديد ، ج ١ نبذة ٥٠-٧٦ ؛ الدكتور الكزبري ، المرجع السابق نبذة ٥٣-٥٥ .

والاثر الرئيسي الاول لدمج المنقول بالعقار في الحكم واعطائه الصفة العقارية، هو عدم جواز حجز المنقول الذي اعتبر عقاراً بالتخصيص، كما تحجز المنقولات وبصورة مستقلة عن العقار المرتبط فيه، بل يجب ان يحجز مع العقار الاصلي حجزاً عقارياً لا حجز منقول. ولهذا الاثر اهمية كبيرة في التطبيق.

على ان ثمة اثاراً تنجم عن هذا الربط والتبعية، منها ان العقار بالتخصيص يعتبر داخلا حكماً في التصرفات الجارية على العقار الاصلي من بيع او هبة او وصية او رهن او قسمة ما لم يجر استثناء هذا العقار بالتخصيص صراحة[1]

وما دام هذا التخصيص من عمل المالك وبارادته في الاصل فأنه يستطيع في كل وقت فك هذا الارتباط واعادة صفة المنقول الى العقار بالتخصيص سواء بالفعل وسواء بالعقد.

ولكن اثار التخصيص لا تنتج تماثلا كاملا وتطابقاً تاماً بين العقار بالتخصيص والعقار بطبيعته بل تقتصر على الشؤون المتعلقة بالغاية من التخصيص فقط للاختلاف الجوهري في الطبيعة، ولذلك كانت هذه النظرية محل انتقاد.

٥ — نقد نظرية العقارات بالتخصيص

ينتقد كثير من الفقهاء والمؤلفين هذه النظرية على اعتبار ان الغاية والنتائج المرجوة منها، لم تكن لتوجب مثل هذه المخالفة للواقع الطبيعي في جعل الشيء المنقول — رغم بقائه منقولا — شيئاً ثابتاً وترتيبها نتائج متضاربة ومعقدة ينشاء عنها الكثير من التشويش القانوني والاضطراب الفعلي.

فمما لاشك فيه ان صفات العقار بطبيعته لايمكن ان تنطبق على العقار بالتخصيص الافتراضي والحكمي لانه منقول ويبقى منقولا، ونجم عن ذلك بالفعل تشويش واضطراب. فسرقة العقار بالتخصيص هي بلاشك سرقة منقول، لان

---

(١) راجع الدكتور الكزبري، المرجع السابق نبذة ٥٦ والاحكام المشار اليها في الحاشية

العقار لايسرق ، اللهم الا اذا هدم او قلع ليصبح منقولا فيكون هناك عملان. كذلك يبقى لبائع المنقول الذي اصبح عقاراً بالتخصيص امتياز بائع المنقول. كما ان العقار بالتخصيص يتبع حكم الارث الشرعي ولو كان مرتبطاً بعقار اميري لأنه يبقى ملكاً وكذلك هو لايخضع للتسجيل العقاري كما تخضع له العقارات بطبيعتها الزاماً، ولا يعتبر في الاستملاك عقاراً الخ... في حين ان دوائر المالية تحاول ان تطبق عليه ضرائب العقار الخ. [1] وهو مما لايزال محل نزاع.

ويتساءل الفقهاء ألم يكن بالأمكان تحقيق النتائج المرجوة من نظرية العقار بالتخصيص ، من حيث تبعية المنقول للعقار في الأحكام المشار اليها قبلا ، اذا قبلت تبعية المنقول للعقار عندما يكون مخصصاً لاستغلاله وعدم جواز فصله الابرضاء مالكه في التصرفات والحجوز، دون حاجة الى نظرية التخصيص؟

ويبدو ان هذا هو الرأي الذي يفضله الفقه الحديث [1] وهو أقل تعقيداً واقرب منالا وافضل نتائج.

§ ٣ — عقار بتصريح المالك او بنص القانون

هناك نوع خاص من العقار الحكمي نص عليه القانون الفرنسي ، وانشأه بنص خاص لإعطاء صفة العقار لأسهم مصرف فرانسة ، بناء على تصريح من حاملي الأسهم في سجلات المصرف ، لتكون خاضعة للرهن العقاري في السجل المصرفي ، وتبقى الصفه العقارية حتى يرفعها مالك الأسهم بتصريح مخالف.

وليس لمثل هذا النوع أثر في التشريعات الاخرى، ولا شيء منها في قانوننا.

---

(١) راجع بلانيول وريبر ، المرجع السابق نبذة ٢٦٤٤ ؛ محمد كامل مرسي المرجع السابق نبذة ٧٠ ؛ الدكتور الكزبري المرجع السابق نبذة ٥٩

الفصل الثاني

الأشياء المنقولة

لم يعرّف قانوننا المدني المنقول تعريفاً مباشراً كما عرف العقار ، وإنما أكتفى — بعد أن عرف العقار في المادة ٨٤ — أن قال : « أن كل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول » .

أما في الشريعة الإسلامية ، والمجلة[1] فقد عرفت المنقول بأنه « الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر وتحويله ، فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات » كما عرفه القانون الفرنسي وأكثر القوانين الأجنبية . ومع ذلك فلا نعتقد أن هناك ضرورة لمثل هذا التعريف بعد أن تحدد العقار وأصبح كل شيء غيره منقولاً .

ويميز الفقهاء في الفقه الحديث بين ثلاثة أنواع من المنقولات جرياً على التمييز بين أنواع العقارات فيفرقون بين المنقولات الآتية :

---

(١) راجع مرشد الحيران المادة ٣ والمجلة المادة ١٢٨

§ ١ ـ المنقولات بطبيعتها Meubles par nature

المنقولات بطبيعتها كما عرفتها المادة ٥٢٨ من القانون الفرنسي هي الأشياء التي يمكن انتقالها من مكان الى آخر، سواء أكانت تتحرك من نفسها كالحيوانات أم بقوة خارجية كالجمادات ، ويطلقون عليها اسم المنقولات المادية Meubles corporels[١] .

وتشمل المنقولات بطبيعتها كل الأجسام القابلة للانتقال مما لا يمكن حصره. وإن تكن المجلة قد ذكرت ـ كما أشرنا اعلاه ـ في تعداد هذه المنقولات مختلف أنواع النقود والعروض (أي المتاع والأقمشة والبضائع) والحيوانات والمكيلات (كل ما يكال) والموزونات (كل ما يوزن) .

وقد جاءت الحياة الحديثة بانواع جديدة وهامة يمكن أن يكون لبعضها أوضاع وأحكام خاصة . نذكر منها :

السفن والمركبات الهوائية : فالسفن والطائرات لها من الأهمية والقيمة ما يفوق العقارات كثيراً ، ومع ذلك فهي منقولات بطبيعتها ولكن القوانين البحرية والجوية قد أخضعت هذه الأشياء إلى أحكام خاصة شبيهة باحكام العقارات كالتسجيل والعلانية في نقل الملكية ، أو في الرهن والتأمين ، كما سوّى القانون بينها وبين العقارات في جريمة أحراقها[٢] الخ . . . وقل مثل ذلك بالنسبة للسيارات التي قضى قانون السير ـ مع إعتبارها من المنقولات ـ أن تخضع في نقل ملكيتها ورهنها والتأمين عليها إلى التسجيل الشبيه بالتسجيل العقاري .

---

(١) راجع بلانيول وريبر ، المرجع السابق نبذة ٢٦٧٥ ؛ محمد كامل مرسي، المرجع السابق نبذة ٧٨ ؛ الدكتور الكزبري ، المرجع السابق نبذة ٦٢ .

(٢) راجع تفصيل ذلك في الدكتور الكزبري نبذة ٦٤

أما أدوات البناء فانها تبقى من الأشياء المنقولة ما دامت لم تستعمل في البناء . وكذلك الأنقاض ، لا تصبح منقولة إلا بعد هدمها ، أو بيعها للهدم ، وهذا ما يؤلف المنقول بحسب المآل كما سنرى .

ولكن الشيء الذي كان محل تردد واجتهاد فقهي وقضائي هو الغاز والكهرباء والطاقات المماثلة فقد تردد الكثيرون فيما إذا كان التيار الكهرباء شيئاً ، ولا سيما في حال سرقته واختلاسه ، فقرر القضاء اعتبار الكهرباء من الأشياء المنقولة ، ومثلها ، ومن باب أولى ، الغاز المحترق الممدد بأنابيب . وقد نص قانون العقوبات لدينا بأن « القوى المحرزة (كالتيار الكهربائي والغاز وهما طاقات محرزة) تنزل منزلة الأشياء المنقولة في تطبيق القوانين الجزائية[1] .

§ ٢ — المنقولات بالمآل Meubles par anticipation

في مقابلة المنقولات التي تصبح عقارات بالتخصيص هناك عقارات بطبيعتها يمكن أن تعتبر منقولات بحسب مآلها .

والأصل أن الأشياء الثابتة التي لا تقبل النقل دون تلف تعتبر بلا خلاف عقارات بطبيعتها كالأرض والبناء والنباتات ، ولكن بعض هذه الأشياء المرتبطة بالأرض تكون مخصصة لأن تفصل من مكانها وتصبح منقولة ، فتخضع لذلك إلى أحكام المنقول .

وقد عرّفها بعضهم بأنها الأشياء الثابتة التي تتخذ صفة المنقولات حينما تتجه النية إلى فصلها . فلا ينظر اليها من حيث وضعها في الحال ، وإنما ينظر اليها من حيث وضعها المؤكد في المآل .

ومن أبرز أنواع هذه المنقولات الحاصلات الزراعية من مزروعات وثمار

---

(١) راجع المادة ٦٢١ عقوبات ، الدكتور الكزبري ، المرجع السابق نبذة ٦٧ . راجع كذلك بلانيول وريبر ، المرجع السابق نبذة ٢٦٧٨ .

التي تباع أو تحجز وهي بعد قائمة في أرضها ، والأشجار أو المقاطع الحرجية حين بيعها لتقطع من المشتري باعتبارها نوعاً من ثمرات الأرض ، وأخيراً حاصلات المقالع وأنقاض البناء حين بيعها كذلك ، فيعتبر العقد بيع منقول في المآل .

ويذهب بعض المؤلفين إلى أن مثل هذا الإعتبار يقتضيه اتفاق ارادة المالك وشخص آخر يتعاقد معه ولا يحصل عن طريق الارادة المنفردة . ولكن هذا القول لا ينطبق على الأقل على حجز الحاصلات [1] .

ويترتب على اعتبار هذه الأشياء منقولة من حيث المآل نتائج عملية هامة اهمها :

١) اختصاص المحكمة التي يقع فيها موطن المدعى عليه لا مكان وجود العقار ، كما هو الأصل بالنسبة للعقارات .

٢) تطبيق احكام بيع المنقول فيما يتعلق بفسخ العقد لعدم دفع الثمن واستلام المبيع في الميعاد المعين دون اعذار ، خلافاً للعقار ؛ اوفيما يتعلق بدعوى الغبن الخاصة بالعقار ، او في دعاوى الحيازة العقارية التي لا يستطيع المشتري ان يتمسك بها الخ ...

§ ٣ ـ المنقولات غير المادية او المعنوية Menbles incorporels

هناك أشياء لا وجود حسي لها ، كالأشياء المادية السابقة ، ولكن وجودها وقيمتها غير مختلف فيهما ، كالاختراعات العلمية أو الصناعية والرسوم والنماذج الصناعية والتجارية ، والأفكار الأدبية والآثار الفنية والقصائد الشعرية والألحان الموسيقية ... فهي كلها أشياء أو قيم يكون لها صاحب ومالك ومن واجب القانون ان يحميها ، ولكنها أشياء غير مادية في ذاتها وان تكن لها قيمة مادية

(١ راجع جوسران ، المرجع السابق فبذة ١٣٨٢ ؛ الدكتور الكزبري ، المرجع السابق ص ٧٢ ؛ محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ص ٧٣ - ٧٤ .

حينما توضع بالاتجار ، وهي التي تؤلف محل الحق الأدبي او المعنوي كما رأينا[1].

واذا كان البعض قد ذهب الى ان الأشياء المذكورة لا تدخل بهذا الاعتبار لا في المنقولات ولا في العقارات ، فان تأكيد القانون المدني بأن كل ماعدا العقار من اشياء يعد منقولاً ، أوجب اعتبار هذه الأشياء غير المادية ، منقولات وبحكم المنقول .

على ان اطلاق تعبير « الأشياء » ولو وصفت بعد ذلك بالمعنوية أو غير المادية يبدو محل نظر . لأن الشيء في الأصل يجب ان يدخل تحت الحواس . ولذلك فضل بعضهم ان يسميها « بالأموال غير المادية » ، لاسيما وان المزج بين الأموال والأشياء كما ذكرنا مازال قائماً في بعض التشريعات والأذهان[2] . كما أطلق بعضهم عليها تعبيراً أخص هو تعبير « الملكيات المعنوية أو غير المادية »[2] على اعتبار انها تمنح حقوقاً لاصحابها ذات مضمون شامل ومطلق وسار على جميع الناس ، كحق الملكية في الاشياء المادية ، ولذلك شبهوا حق صاحب الاختراع على اختراعه ، وصاحب حق التأليف على مؤلفه ، والفنان على انتاجه الخ ... بحق المالك على شيء ، وقالوا عنها الملكية المعنوية .

ولكن الفقه الحديث يؤكد عدم جواز الخلط بين الشيء غير المادي وبين الحق الذي يترتب عليه ، كما يفرق ذلك بين الشيء المادي وحق الملكيـــة أو الانتفاع أو الارتفـاق المترتب عليه[3] باعتبـار ان الحقوق تدخـل في زمرة الاموال لا الاشياء . وهذا ما يتفق مع مذهب قانوننا .

وقد نص قانوننا المدني في المادة ٨٩ على ان « الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » فأقر بذلك نظرية وجود الشيء غير المادي دون

---

(١) راجع ماسبق ص ٤٢٩ .

(٢) راجع بلانيول وريبر ، المرجع السابق ، نبذة ٢٥٨٢ - ٢٥٨٥ .

(٣) راجع محمد كامل مرسي ، المرجع السابق نبذة ٩٢ ؛ الدكتور الكزبري ، المرجع السابق نبذة ١٠٧ .

ان يفرق بين الاشياء المادية وغير المادية ويعرفها كما فعل بالنسبة للتقسيمات في الاشياء الاخرى . كما اشار الى أن الحقوق على هذا النوع من الاشياء المعنوية او غير المادية (وهي المعروفة بالملكية الصناعية والادبية والفنية) تنظمها قوانين خاصة[1] .

الفصل الثالث

أهمية التفريق بين العقار والمنقول

ان هذا التفريق التقليدي بين العقار والمنقول ذو أهمية وآثار عملية كثيرة وكبيرة سواء في الحقوق الداخلية او الدولية ، وفي الحقوق العامة او الخاصة. وسواء من ناحية الشكل في أصول المحاكمات ام من حيث الموضوع وأحكام الأساس .

ونحن لن نبحث هنا جميع الآثار ، ومختلف الاحكام التي يفترق فيها النوعان وانما حسبنا الاشارة الى أبرزها وأهمها[2] .

١ — من حيث القانون المدني

هناك كثير من الاحكام في القانون المدني تختلف بين العقار والمنقول نذكر منها :

أ - الحيازة وأثرها : لقد اعتبر القانون ان مجرد حيازة المنقول عن حسن نية وبالاستناد الى سبب صحيح تكسب الملكية للحائز (المادة ٩٢٧) (فيما عدا

(١) وهي عندنا المرسوم التشريعي رقم ٤٧ لعام ١٩٤٦ فيما يتعلق بالملكية الصناعية والتجارية، والقرار رقم ٢٣٨٥ تاريخ ١٧/١/١٩٢٠ .

(٢) راجع في أهمية هذا التفريق ، بلانيول وريبر ، المرجع السابق نبذة ٢٦٢١ — ٢٦٢٩ ، الدكتور الكزبري نبذة ٧١ - ٨٧ ، محمد كامل مرسي ، المرجع السابق نبذة ٧-٢٣

حالتي الضياع والسرقة) في حين ان الحيازة بالنسبة للعقار لا تكسب الملكية العقارية الا اذا استمرت مدة التقادم المكسب وهي خمس سنوات او خمس عشرة سنة بالنسبة للعقارات الملك ، وعشر سنوات بالنسبة للعقارات الاميرية، كما لا تؤثر مطلقاً على العقارات المسجلة .

كذلك يتمتع محتاز العقار بحق اقامة دعاوى تسمى بدعاوى الحيازة ، اذا نزعت هذه الحيازة ، ولا يخضع المنقول لمثل هذه الدعاوى الخاصة بالعقار .

ب – **في نقل الملكية** : لا تنتقل ملكية العقار حتى بين الطرفين ،ولا سيما تجاه الغير الا بتسجيلها في السجل العقاري الذي تخضع له العقارات، على عكس المنقول الذي يتم نقل ملكيته بين المتعاقدين وتجاه الغير بمجرد التعاقد ولا يخضع لاي تسجيل فيما عدا السفن والمركبات الهوائية والسيارات بحسب نصوص صريحة في قوانينها الخاصة .

ج – **في التأمين والرهن** : ان التأمين ، وهو حق عيني عقاري محض ونوع من الضمان العيني او الرهن الرسمي الذي يبقى فيه العقار بيد صاحبه وتوضع اشارة التأمين على الصحيفة العقارية للعقار في السجل العقاري ،لا ينطبق على المنقول ولا يكون رهن المنقول (فيما عدا السفن والسيارات) لضمان وفاء حق الا عن طريق الرهن الحيازي .

د – **في الوقف** : الاصل ان الوقف لا يكون إلا على العقار الذي يصح وقفه أطلاقاً . اما المنقول فلا يصح وقفه الا اذا كان تابعاً للعقار او كان مما جرى العرف على وقفه .

ه – **في دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن** : فقد منح القانون المدني (المادة ٣٩٣) بائع العقار الذي لا تتوافر فيه الاهلية ان يطلب الى المشتري تكملة الثمن الى اربعة اخماس ثمن المثل اذا كان في البيع غبن لا كثر من الخمس . في حين ان بيع المنقول لا يخضع لهذا الحكم .

و – **في الشفعة** : واخيراً فقد كانت الشريعة الاسلامية والمجلة وقانون

الملكية العقارية والقانون المدني المصري تمنح الشريك او الخليط في العقار حق الشفعة في اخذ حصة شريكه في العقار المبيعة من الغير لقاء دفع ثمنها . اما في المنقول فالشفعة غير جائزة مالم يكن تابعاً للعقار .

٢ — من حيث قانون الاصول والاجراءات

أ — في الاختصاص : الأصل ان المحكمة المختصة في النزاع على العقار هي المحكمة التي يوجد في منطقتها العقار . اما الدعوى المتعلقة بمنقول فان المحكمة المختصة في الأصل هي محكمة موطن المدعى عليه actor sequtar forum rei .

ب — في التنفيذ والحجز : الحجز على العقار يكون بوضع اشارة الحجز في السجل العقاري اما على المنقول فلا بد من وضع اليد عليه وجرده وتسليمه الى حارس . كذلك في التنفيذ والبيع فإن الاجراءات والمدد والآثار تختلف بين المنقول والعقار اختلافاً كبيراً .

٣ — من حيث الحقوق الادارية

ان الاستملاك ، او نزع الملكية الجبري للمنفعة العامة لايطبق الا على العقارات بل ولا يطبق على العقارات بالتخصيص الا اذا كان نزعها مضراً ومؤدياً لتلف . اما المنقول فقد يصادر في بعض الحالات او يؤمم ولكنه لا يستملك .

٤ — من حيث الحقوق الدولية الخاصة

أ — يسري قانون الدولة التي فيها العقار على جميع العقود المبرمة بشأنه ، اما العقود المبرمة بشأن المنقول فيسري عليها قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً ، فان اختلفا موطناً سرى قانون الدولة

التي تم فيها العقد (المادة ٢٠ من القانون المدني)[١].

ب ـ كذلك تحد القوانين بشكل عام من تملك الاجانب للعقارات وتخضع ذلك الى ترخيص خاص . في حين ان ذلك القيد غير موجود بالنسبة للمنقول .

٥ ـ من حيث قانون العقوبات

هناك جرائم لاتقع الا على المنقول كالسرقة واساءة الائتمان والاختلاس والتقليد الخ ... وهناك جرائم لاتقع الا على العقار كنزع التخوم واغتصاب العقار واتلاف المزروعات والاشجار الخ ...

لذلك كان للتفريق بين العقار والمنقول فائدة كبرى وأهمية عملية وتطبيقية ظاهرة ، مما حدا بالفقهاء والتشريعات الى العناية بهذا التقسيم والتوسع في درسه .

❀ ❀ ❀

---

(١) راجع الدكتور الكزبري نبذة ٨٥ .

الفرع الثالث

الأشياء القابلة للاستهلاك ، والأشياء غير القابلة للاستهلاك

Choses consomptibles et choses non consomptibles
par le premier usage

هذا التقسيم للأشياء يرتكز على أثر استعمال الأشياء بالنسبة الى عينها ، فاذا كان الاستعمال مؤدياً حتماً الى استهلاك عين الشيء كلياً ، من الاستعمال الاول كان هذا الشيء استهلاكياً او قابلاً للاستهلاك ، بحيث لا يمكن للمتصرف فيها تكرار استعمالها مرة اخرى ، كالثمار والمأكولات والوقود والنقود التي يكون استعمالها باستهلاكها أكلاً أو حرقاً او انفاقاً من المرة الاولى . أما اذا كان الاستعمال غير مؤد الى استهلاك العين كلياً ، وانما الى الانتفاع بها مع المحافظة على العين نفسها بحيث يمكن تكرار هذا الاستعمال مراراً كان الشيء غير قابل للاستهلاك كمثل الأبنية والمفروشات والسيارات والآلات الخ ... وان يكن تكرار استعمالها مؤدياً الى نقصان قيمتها او حتى الى استهلاك جزئي في كيانها .

وقد عرف قانوننا المدني الأشياء القابلة للاستهلاك (كأنما اعتبر ان الاشياء الاخرى تكون غير قابلة له) فقال في المادة ٨٧ :

« ١ — الاشياء القابلة للأستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له » في استهلاكها او انفاقها .

٢ — فيعتبر قابلاً للاستهلاك كل ما أعد في المتاجر للبيع . »

ويلاحظ أن «الاستهلاك» المقصود في هذا الموضوع ليس في الواقع سوى تصرف نهائي بالشيء سواء أكان فعلياً مادياً أو قولياً حكمياً ، بحيث لا يقبل التكرار. ويكون على نوعين : استهلاك فعلي مادي ، كالأكل أو الاحراق أو الاتلاف الخ ... أو قانوني اعتباري بالتخلي عن ملكية العين ، كانفاق النقود أو بيع العروض .

ويعتبر بحكم الاستهلاك القانوني أو الحكمي احداث تغيير في شكل الأشياء رغم عدم التخلي عن ملكيتها كصنع الأقمشة ثياباً والمواد بناء ... أو تحويل الشيء إلى شيء آخر بطريقة من الطرق [1] .

وإذا كانت العبرة في الاستهلاك الفعلي إلى الوضع الطبيعي للأشياء ، فان هذا الموضوع نسبي ويتأثر إلى حد كبير بارادة صاحبها ، فاذا كانت النقود والثمار مثلاً ـ وهي أكثر الأشياء استهلاكاً من اول استعمال ـ انما يكون استعمالها في الأصل باستهلاك عينها ، فان من الممكن أن يتصور التعاقد على عرضها في واجهة الصيرفي أو معرض الأثمار ومن ثم اعادتها دون استهلاك العين[2] ، وبالتالي لا تعد هنا اشياء استهلاكية

ومهما يكن الأمر فان فائدة هذا التقسيم وأهميته تظهر في حالتين :

أ ـ بالنسبة لحق الانتفاع فانه لا يكون إلا في الأشياء غير القابلة للاستهلاك لأنه يترتب على المنتفع اعادة الشيء المنتفع به عند زوال الانتفاع .

ب ـ بالنسبة إلى العارية كذلك لأنه يتعين على المستعير أن يرد العين بعد استعمالها الى صاحبها المعير .

---

(١) راجع محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ص ٧٩ .

(٢) راجع المذكرة الايضاحية المطولة ، محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ؛ بلانيول دوبير المرجع السابق نبذة ٢٥٩٠ ؛ الدكتور الكزبري المرجع السابق ص ٨٤ .

الفرع الرابع

الأشياء المثلية والأشياء القيمية

Choses fongibles et choses non fongibles

يقوم التفريق بين الأشياء المثلية والأشياء القيمية منذ الشريعة الرومانية والشريعة الاسلامية ، على أساس التماثل الكامل أو عدم التماثل بين الأشياء ، تماثلاً من شأنه أن تقوم الأشياء المتماثلة مقام بعضها في الوفاء ، وان بعض التشريعات عرفها بأنها «مايجري العرف على تعيينها بالعدد أو الوزن أو المقاس» (المادة ٧١ من القانون الألماني) كما عرفتها المجلة (المادة ١٤٥) بأنها مايوجد مثلها في السوق بدون تفاوت يعتد به .

وقد جمع قانوننا المدني بين الناحيتين في تعريف الأشياء المثلية (معتبراً بالتالي الأشياء الأخرى قيمية ، كما في التقسيم السابق) فقال في المادة ٨٨ :

« الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن » .

وهكذا تكون الأشياء التي تعرف بجنسها ونوعها وتباع بتحديد كمياتها بوحدة معينة ، كالوزن أو العدد أو القياس أو الكيل . . أشياء مثلية كالحبوب والنقود ، والمسكوكات وحتى الموضوعات المتماثلة كالقماش ذي النوع الواحد الذي يباع بالمقاس ...

أما الأشياء القيمية فهي في الواقع كل الأشياء التي لاتتوافر فيها الصفة المثلية

المذكورة اعلاه ، وقد عرفتها المجلة بالاشياء التي لايوجد لها مثل في السوق أو يوجد ولكن مع التفاوت المعتد به في القيمة (المادة ٦٤٦) كالعرصات والمنازل والحيوانات الخ ..

واذا كان المعيار في التفريق بين الشيء المثلي والشيء القيمي هو وجود التماثل في المثليات وقيامها مقام بعضها عند الوفاء وكان هذا المعيار كما يبدو موضوعياً وتناول الشيء نفسه ، إلا أن ثمة تأثيراً لقصد العاقدين في اعطاء صفة الشيء المثلي عندما يتفقان على امكان تسليم شيء تنفيذاً للالتزام يحدد بكميته ونوعه ويمكن أن يشمل حتى الأرض التي تعتبر أهم الاشياء القيمية ، عندما يتفق على بيع مساحات كمية منها ـ عدد من الدونمات أو الهكتارات مثلاً ـ في منطقة أو قرية دون تعيين محدد في الأرض نفسها ، وبالعكس في حال بيع محصول مثلي في الأصل ، كالحنطة او الخمر ، ولكن مخصصاً في مجموع انتاج ارض معينة او شجرة معينة[1] . بل ان بعضهم ذهب الى ان مدار التفريق ومعياره هو نية ذوي الشأن ، اكثر من أن يكون معياراً موضوعياً [2] ونعتقد ان معيار التفريق يبقى موضوعياً مالم يقصد الطرفان خلاف ذلك .

وينبه الفقهاء الى عدم جواز الخلط بين تقسيم الأشياء الى مثلي وقيمي وبين التقسيم السابق الى قابلة للأستهلاك وغير قابلة له ، رغم أن بعض التشريعات قد خلطت بينهما[3] ورغم ان الاشياء المثلية مما يكون في الأصل قابلاً للاستهلاك ، كالنقود والحبوب ، والقيمية مما لا يقبل الاستهلاك ، كالأرض والدور والحيوان. الا ان الدور الكبير الذي يلعبه قصد المتعاقدين في تحديد طبيعة الشيء بين

---

(١) راجع بلانيول وريبر المرجع السابق نبذة ٢٥٩٤ ؛ محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ص ٨١ .

(٢) الدكتور الكزبري ، المرجع السابق ص ٨٩ .

(٣) راجع بلانيول وريبر المرجع السابق ، نبذة ٢٥٩٣ ؛ محمد كامل مرسي ، المرجع السابق نبذة ٧٩ ؛ الدكتور الكزبري ، المرجع السابق نبذة ٩٨ .

المثلي والقيمي اكثر من تأثيره في الأشياء القابلة للأستهلاك وغير القابلة له .

على ان للتفريق بين المثلي والقيمي أهمية وفائدة عملية تظهر في عـــدد من الأحكام .

فمن حيث الوفاء ، وهو ابرز اسس هذا التفريق ، يمكن للمـدين في شيء مثلي أن يبرىء ذمته بتقديم أي فرد من أفراد هذا الشيء موافـق في النوع والجودة . أما في القيمي فأن الوفاء لا يكون الا بتقديم الشيء ذاته .

كذلك فأن المقاصة في الدين [1] لا تكون الا في المثليات التي يقوم بعضها مقام البعض ولا تكون في القيميات .

ومن الآثار الهامة للتفريق بين المثلي والقيمي ان ملكية القيمي تنتقل الى المشتري من البائع بمجرد التعاقد (المادة ٢٠٥) في حـين ان المثلي لا تنتقل ملكيته الا بافرازه من غيره (المادة ٢٠٦) .

ومثل ذلك تلف الشيء ، لان تلف الشيء القيمي محل التعاقد يجعل تنفيذ الالـتزام مستحيلًا بعكس المثلي مادام يقوم بعضه مقـام البعض الآخر في الوفاء .

---

(١) والمقاصة هي انقضاء حكمي الدين في ذمة المدين في حدود ما يكون دائناً فيه لدائنه عندما يكون الدينان المتقابلان مستحقين وموضوعهما نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة .

الفرع الخامس

تقسيمات أخرى للأشياء لم ينص عليها القانون

أضافة الى التقسيمات الرئيسية الملخصة قبلاً يذكر المؤلفون تقسيمات أخرى، استناداً الى اعتبارات ونظرات متعددة، أقل أهمية نظرياً وعملياً من الامتيازات السابقة، نكتفي بالأشارة الى ابرزها.

١ – اشياء معتبرة اصلاً واشياء معتبرة ثمرة

الاشياء المعتبرة ثمرة هي التي تنتج عن أشياء معتبرة أصلاً وغالباً ما تنتج بشكل دوري، أما الاشياء التي هي أصل فهي التي لا تكون ثمرة لغيرها. فالثاو والغلال والاجرة ثمرات لأشياء معتبرة أصلاً كالبساتين والحقول والدور.

ويلاحظ ان الاشياء المعتبرة ثمرة لا تؤدي في حال استهلاكها الى انقاص قيمة الشيء الاصلي بأعتبارها نتاجها الطبيعي. اما انقاض الدار مثلاً فليست أشياء معتبرة ثمرة وانما جزءاً من الاصل نفسه.

ولهذا التقسيم بعض الفوائد، إنْ في حق الانتفاع الذي يتناول الثمرة دون الاصل، وإنْ في أثر الحيازة الذي يكسب ملكية الثمرة للحائز حسن النية، اما الاصل فله شروط اخرى، وإن اخيراً في اختلاف أهلية التصرف بين الاشياء الثمرة والاشياء الاصل[1].

---

(١) راجع الدكتور الكزبري، المرجع السابق نبذة ٨٠٩ : محمد كامل مرسي. المرجع السابق نبذة ٩٦ و ٩٧.

٢ – اشياء أصلية وأشياء تبعية :

الشيء الاصلي هو الذي يكون له وجود مستقل كالارض والدار ، والشيء التبعي هو الذي يرتبط بشيء أصلي ، ولا يقوم الا متعلقاً به ، كالثمار فوق الاغصان والنوافذ والابواب والتمديدات الكهربائية والمائية في البناء الخ ..

ويظهر اثر هذا التفريق في تبعية الاشياء التبعية للأصلية في العقود والاحكام عملاً بالقاعدة الشهيرة : «التابع تابع ولا يفرد في الحكم» ، وقد اعتبر قضاءنا ان الماء الذي تسقى منه الارض يعتبر شيئاً تبعياً فيدخل في بيعها دون ذكر مالم يستثن صراحة . اما ماء الفيجة الذي يشرى ليمد الى الدور فقد اعتبر شيئاً اصلياً [١] .

٣ – اشياء قابلة للقسمة واشياء غير قابلة لها :

هذا التفريق انما ينظر الى الشيء في ذاته ، فاذا كان يقبل التجزئة مع بقاء المنفعة المقصودة منه ، كالأرض والحبوب والدور الكبرى ... كان من الاشياء القابلة للقسمة ، اما اذا لم يكن قابلا للتجزئة بالكلية او كان يقبل التجزئة ولكن تفوت المنفعة المقصودة منه ، كالحيوان والسيارة والدور الصغرى ، فيكون غير قابل للقسمة وتظهر أهمية هذا التقسيم في طلب القسمة القضائية حيث يتعين بيع الاشياء غير القابلة للقسمة بالمزاد العلني تحقيقاً لقسمة ثمنها بين الشركاء.

---

(١) راجع تفصيل ذلك والاحكام القضائية في هذا الموضوع في الدكتور الكزبري ، المرجع السابق نبذة ١١٢ و ١١٣ .

المبحث الثالث

تقسيم الأموال

لقد رأينا في المبحث الأول من هذا الباب ان « الأموال » في الفقه والتشريع الحديثين تختلف عن « الأشياء » في طبيعتها ومفهومها رغم المزج القديم بينهما . وان المال انما يعني في الحقيقة الحق المترتب على شيء.

على ان هذا الارتباط بين الحق والشيء الذي أدى في الماضي الى المزج بين المفهومين أوجب بطبيعة الحال ان يتبع تقسيم الأموال تقسيم الأشياء في الأشياء التي يمكن ان تكون محلا للحقوق ، والتي يمكن ان يفيد فيها هذا التقسيم . وبالمقابل فأن ثمة حقوقاً تثبت وتنشأ عنها قيمة مالية ولكن دون ان تنصب على شيء او عين .

وهكذا لامجال لتقسيم الحقوق فيما يقبل التعامل او لايقبل منها ، ولا فيما هو مثلي او قيمي ، ولا فيما هو قابل او غير قابل للاستهلاك .

وبالمقابل فان هناك مايوجب التفريق بين الحقوق المنصبة على الأعيان والأشياء ، وتسمى بالحقوق والأموال العينية ، وبين مايتناول الالتزامات والتعهدات في الذمم وهي الحقوق الشخصية او حقوق الدين كما سبق وفرقنا بينهما [1] .

---

(١) راجع ماسبق ص ٤٢٠-٤٢٧ .

كذلك هناك نوع من تقسيم الأموال باعتبار عائدتيها وصاحب السلطان عليها وما خصصت له الى أموال او حقوق تعود للأفراد ويطلق عليها أسم الأموال الخاصة ، وأخرى تعود للدولة على ذات الأشياء وتسمى املاك الدولة العامة او الأموال العامة . واملاك الدولة نفسها تقسم بدورها الى قسمين املاك دولة عامة واملاك دولة خاصة كما سنرى .

هذه هى الاقسام الرئيسية للأموال نظراً للاعتبارات التي ذكرناها .

❀❀

الفرع الأول

الاموال العقارية والاموال المنقولة

مادامت الأموال هي الحقوق وقد أطلق عليها اسم « الأموال العينية Les biens ou droits réels عندما تنصب على اشياء مادية او أعيان معينة ، ومادامت هذه الأشياء — كما رأينا — تقسم منذ القديم الى ثابتة ومنقولة ، اي الى عقارات ومنقولات ، كذلك فقد فرقوا بين المال العقاري والمال المنقول .

❀❀❀

الفصل الأول

المال العقاري

عرّف قانوننا المدني المال العقاري في المادة ٨٥ حين قال :

« ١ – يعتبر عقاراً كل حق عيني على عقار ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار .

٢ – يجوز ان تجري على العقارات الحقوق العينية التالية :

(١) الملكية (٢) التصرف ، (٣) السطحية . (٤) الانتفاع . (٥) حق الافضلية على الاراضي الخالية الموات ، (٦) حقوق الأرتفاق العقارية ، (٧) الرهن والتأمين العقاري ، (٨) الامتياز ، (٩) الوقف (١٠) الاجارتان (١١) الاجارة الطويلة ، (١٢) حق الاختيار الناتج عن الوعد بالبيع » .

ومن هذا النص يتضح ان المال العقاري هو اولاً الحق العيني الجاري على عقار . وقد سبق وعرفنا الحق العيني وفصلنا احواله وأحكامه [١] .

فلقد رأينا ان الحق العيني هو السلطة المباشرة التي يعترف بها القانون لشخص على شيء معين ، دون وساطة شخص آخر . وحينما يكون هذا الشيء عقاراً يكون الحق العيني عقارياً كذلك ؛ ويؤلف بحسب مفهوم المال مالاً عقارياً .

---

(١) راجع ماسبق ص ٤٢٠ ومابعدها .

ولم يشأ المشرع أن يترك بيان الحقوق العينية التي يجوز أن تجري على العقارات بل عدد في الفقرة الثانية انواعها وهي على نوعين أصلية وتبعية .

أما الأصلية — كما سبق وعرفناها [1] — فهي التي تكون فيها سلطة صاحب الحق منصبة مباشرة على الشيء موضوعها دون أي ارتباط أو تبعية لحق آخر . وهي حق الملكية ، وحق التصرف ، وحق السطحية ، وحق الارتفاق العقاري ، وحق الوقف والآجارتين والاجارة الطويلة ؛ وأما التبعية فهي التي تكون فيها سلطة صاحب الحق ، وأن تكن مباشرة على الشيء الذي هو موضوعها ، ولكن هذه السلطة تكون نتيجة حق آخر وتابعة بحيث له يتعلق وجودها وبقاؤها بوجود هذا الحق الآخر وبقائه . وهي : حق الرهن وحق التأمين العقاري وحق الامتياز .

وثمة نوع آخر للمال العقاري نص عليه القانون هو الدعاوى العقارية ، ونبحثها في بحث ثالث بعد الانتهاء من بحث الزمرتين السابقتين .

§ ١ — الحقوق العينية الأصلية

هي الملكية العقاري

أ — مفهومه وخصائصه

هو الحق العيني المترتب على عقار معين يخول صاحبه دون غيره ، استعمال هذا العقار واستغلاله والتصرف فيه في حدود القانون [2] . ويستخلص هذا التعريف من النصوص التشريعية للملكية العقارية سواء في القرار ٣٣٣٩ ، أو في القانون المدني ، ومن أقوال الفقهاء .

---

(١) راجع ماسبق ص ٤٢٠ ومابعدها .

(٢) راجع الدكتور الكزبري ، المرجع السابق نبذة ٢٤٦ .

فقد نصت المادة ١١ من القرار ٣٣٣٩ المذكور ان الملكية العقارية هي «حق استعمال عقار والتمتع والتصرف به ضمن القوانين والقرارات والأنظمة .» كما أوضحت المادة ٧٦٨ من القانون المدني أن لمالك الشيء وحده (في الملكية بوجه عام) ، في حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » وأكد الفقهاء أن « الملكية (بوجه عام) هي الحق الذي بمقتضاه يكون شيء تحت تصرف الشخص وارادته بصورة مطلقة وبشكل مقصور على صاحبه »[1] .

ويأخذ بعض المؤلفين على هذه التعاريف انها لم تبين طبيعة الحق وجميع خصائصه ولا سيما في القانون المدني . على أن ذلك لم يكن له أثر أو نتائج في التطبيق .

وحق الملكية بوجه عام ، والملكية العقارية بوجه خاص ، يعتبر من أهم الأموال وأوسعها نطاقاً وأكثرها عناية من المشرع والناس ، اذا لم يعد اليوم أهمها وأفضلها على الاطلاق كما كان في الماضي ، بعد أن فقدت العقارات بعض قيمتها .

ويمكن أن نستخلص من مفهوم حق الملكية (بوجه عام) والملكية العقارية بوجه خاص الخصائص الرئيسية الآتية :

أ – أنه حق عيني ، أي ملتصق بشيء مادي (كما يقول الرومان Jus in re) وحق الملكية العقاري يكون متصلاً بعقار بطبيعته أو بالتخصيص . ولا يمكن أن نتصور حق ملكية لا يكون حقاً عينياً .

ب – أنه حق مطلق droit absolu ، باعتبار أن حق الملكية في الأصل حق مطلق يمنح صاحبه مطلق الصلاحية بالتصرف في الشيء كما يشاء من استعمال واستغلال واستهلاك للعين بالفعل الى حد الهدم أو الاتلاف ، وبالقول بالتصرف

---

(١) وقد أورد هذا التعريف المؤلفان اوبري ورو Aubry et Rau (في كتابهما شرح القانون المدني ج ٢ نبذة ١٩٠) وتبعهما اكثر المؤلفين والشراح ؛ راجع محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ص ٢١٥ .

فيه بيعاً وهبة وتنازلاً . ولكن هذا الاطلاق الذي كان في الماضي يكاد يكون لا حدود له ، قد قامت في التشريعات الحديثة قيود كثيرة له ، سواء في نص القانون نفسه (وقد أفرد القانون المدني عندنا فصلاً للقيود التي ترد على حق الملكية المواد ٧٧٣ - ٧٧٩) وسواء في المبدأ القائل بوجوب استعمال الحقوق والتصرف فيها بشكل مشروع اي مع عدم التعسف في هذا الاستعمال . وقد نص قانوننا المدني كالقانون السابق والتشريعات الحديثة على أن يكون استعمال هذا الحق في حدود القانون .

ج — أنه حق حصري droit exclusif أي مقصور على المالك دون سواه وهو ما عبر عنه القانون المدني بتعبير « وحده » بحيث يمتنع على سائر الناس أن يشاركوه في الانتفاع بحقه هذا دون موافقته أو رضاه [١] .

ولكن ذلك لايعني أن استعمال هذا الحق الحصري لايكون الا من المالك نفسه وشخصياً بل يكون كذلك بالواسطة أيضاً كحالة ايجار العقار أو التنازل عن الاستثمار .

ومع ذلك ورغم اطلاق حق الملك وقصره على المالك ، فان اتجاه التشريعات الحديثة الى الاكثار من قيود الملكية ، والعقارية خاصة ، الى حد أن المشروع النهائي للقانون المدني المقدم إلى مجلس الشيوخ والنواب في مصر كان يحوي نصاً صريحاً على اعتبار الملكية وظيفة اجتماعية ، لا ملكية فردية مطلقة [٢] . وقد حذفت هذه

---

(١) وبالاستناد الى هذا المبدأ قضت المحاكم الفرنسية بحق المالك بهدم حائطه او عدم هدمه ، ومنع شركة كهرباء بمد أسلاكها في أراضي الغير دون رضاه ، وكذلك منع لصق الاعلانات . (راجع تاريخ هذه الاحكام ومصادرها في محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ص ٢١٨) .

(٢) فلقد كان النص المادة ٨٠٢ المقابلة للمادة ٧٦٨ من القانون مختتماً بالعبارة التالية : « لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله وإستغلاله والتصرف فيه ، على أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة إجتماعية » .

العبارة كتعبير عام مع بقاء القيود الكثيرة الواردة في هذا الحق .

د - ويضيفون اخيراً الى خصائص هذه الملكية انها حق دائم droit perpetuel كنتيجة لصيغة الاطلاق السابقة الذكر . بمعنى أن هذا الحق يبقى للمالك لا يسقط عنه إلا برضاه أو وفاته ، وهو لا يسقط بالاصل حتى بالتقادم ولكن يكتسب من الغير ، فيتصادم الحقان ويرجح الحق الجديد المكتسب بالتقادم .

ب - عناصره

يتضح من تعريف حق الملكية بوجه عام أنه يتضمن ثلاثة عناصر سبق أن أشرنا إليها عند بحثنا بالحق العيني ومضمونه [1] وهي السلطات التي يوليها هذا الحق لصاحبه وقد بحثت الحقوق الرومانية في هذه العناصر بالتفصيل وهي :

الأول : حق الإستعمال usus, jus utendi وهو حق استخدام العقار أو الشيء بوجه عام في جميع وجوه الإستعمال التي أعد لها والتي تتفق مع طبيعته . كاستعمال الدار بالسكن ، والأرض بالزراعة الخ ...

الثاني : حق الإستغلال او الإستثمار fructus, jus fruendi أي حق الانتفاع بالغلة والثمار التي تنتج عن الشيء أو العقار ، سواء أكانت هذه الثمار طبيعية كحاصلات الأرض والأشجار ، أو مدنية كبدل الايجار .

الثالث : حق التصرف والإستهلاك abusus, jus abutendi وهي تشمل جميع أنواع التصرفات التي يحق للمالك إجراءها من تصرفات مادية وفعلية ، من تغيير شكل الشيء أو استهلاكه أو إتلافه ، أو قانونية بالتنازل عن الحقوق التي للمالك كلها أو بعضها ، بيعاً أو هبة أو ايصاء أو رهناً الخ ...

ويؤلف كل واحد من هذه الحقوق حقاً عينياً بذاته ، ولكن مضمونه ومداه يكون محدوداً بالسلطات التي يمنحها كل حق . والأصل أن تجتمع هذه العناصر الثلاثة في يد المالك باعتبارها النتيجة الطبيعية لحق الملكية وتكون في هذه

---

(١) راجع ماسبق ص ٤٢٠-٤٢١

الحالة الملكية تامة، ولكن من الممكن تجزئة هذه العناصر إما بنص القانون، وإما من قبل المالك وبارادته، كأن يتنازل عن حق الإستعمال وحده. (اذا كان خاصاً بمنزل مثلا) ويحتفظ بالحقين الآخرين. وقد يتنازل عن حق الإنتفاع أي حق الاستغلال مع حق الإستعمال ويحتفظ المالك بالحق الثالث أي حق التصرف بالعين الذي يسمى في هذه الحالة حق الملكية المجرد nue-propriété أو حق الرقبة. ويعتبر هذا الحق الثالث أهم عناصر الملكية وأخلدها. لأن الحقين السابقين، في حال تجزئتيهما عن حق الملكية التام وفصلهما أو فصل أحدهما، فان ذلك إنما يكون موقتاً بطبيعته لا دائماً كحق الملكية الجامع للعناصر الثلاثة.

٢ — حق التصرف في الأراضي الأميرية

حق التصرف في الأراضي الأميرية هو في الأصل حق الإنتفاع والإستغلال لهذه الأراضي، الذي منحه السلطان أو الدولة للافراد مع احتفاظها بالرقبة، وقد كان في البدء موقتاً ثم أصبح دائماً. وكانت الفوارق بينه وبين حق الملك كثيرة وعميقة، ولكنها مع الزمن زالت تدريجياً حتى أصبح حق التصرف في الأراضي الأميرية مماثلاً تماماً لحق الملكية في العقارات الملك بجميع خصائصه وعناصره فيما عدا الأمور التي أشرنا اليها قبل قليل في أهمية التفريق بين العقارات الملك والعقارات الأميرية والمتعلقة بالوقف الخيري، وإهمال الإستعمال ولا سيما الإرث.

وجميع النواحي والأحكام التي ذكرناها قبلاً في حق الملك تطبق تماماً في حق التصرف.

وجدير بالذكر ان هذا النوع من العقارات الأميرية وحق التصرف بها غير موجود في أكثر البلاد العربية وقد زال حتى من تركيا نفسها، ولكنه ما يزال قائماً في سورية ولبنان والاردن بعد ان زالت أكثر خصائصه وفوارقه بالنسبة لحق الملك.

٣ ــ حق السطحية Droit de superficie

حق السطحية نوع خاص من انواع حق الملكية أو التصرف ، أقره القانون الروماني ، وأخذت به الحقوق الغربية . وقد عرّف القانون المدني (المادة ٩٩٤) حق السطحية بأنه « حق المالك في أبنية ومنشآت أو غراس قائمة على أرض هي لشخص آخر » . وبذلك يكون حق السطحية قد أقر التفريق في الملكية بين الغراس أو البناء التي هي عقارات بطبيعتها ومتحدة مع الأرض في الملكية أو حق التصرف ، وبين ملكية الأرض ، بحيث تعود ملكية كل منهما الى مالك غير الآخر . ويرى بعض المؤلفين أن حق السطحية ، كحق ملكية ، مستقل عن حق ملكية الأرض ، فهو قائم بذاته وليس جزءاً من أجزاء الملكية كما هو وضع حق الانتفاع [١] ، ولذلك يمكن لصاحب حق السطحية أن يتفرغ عن حقه للغير أو أن يحمّله بتأمين أو أن ينشأ عليه حق انتفاع . . ويبقى حقه قائماً إلى أن تزول الغراس أو البناء .

ومع ذلك فنحن نعتقد أن طبيعة حق السطحية وخصائصه تختلف عن طبيعة حق الملك وخصائصه . وهو في سلخه ناحية من نواحي نطاق الملكية ومدى مضمونها ــ الذي يتناول حق المالك للأرض بما فوقها ــ يعتبر في اعتقادنا نوعاً خاصاً من أنواع التجزئة الذي يفرق بين استثمار سطح الأرض وملكية رقبتها لاسيما وأن صفته مؤقتة وغير دائمة ، كحق الملك في الأراضي ، باعتبار أن هذا الحق يسقط نهائياً بزوال الغراس أو البناء .

وحق السطحية إما أن يكون كلياً شاملاً لجميع سطح الأرض كبستان على جميع الأرض او كبناء على كل العرصة ، او جزئياً عندما لا يشمل الا

---

(١) راجع الدكتور الكزبري المرجع السابق نبذة ٤٨٧

أشجاراً معينة أو جزءاً من بناء . وحينئذ يكون قد بقي للمالك الحق بالانتفاع من سطح أرضه في الأقسام غير المشمولة بحق السطحية .

وحقوق السطحية في بلادنا قيد التصفية ، نظراً لأن القانون منذ القرار ٣٣٣٩ لعام ١٩٣٠ قد منع انشاء حقوق السطحية منذ نفاذه وأكد ذلك القانون المدني . ويمتدح المؤلفون منع انشاء حق السطحية لمساوئه في فصل ملكية الأرض عن ملكية مافوقها مما لا يأتلف مع طبائع الأشياء ويعرقل الأزدهار الاقتصادي [١] .

ويسقط حق السطحية بزوال الغراس أو البناء لأي سبب كان ، أو باتحاد ملكية الأرض مع ملكية السطح في شخص واحد .

٤ — حق الانتفاع Droit d'usufruit

أ — مفهومه وخصائصه :

حق الأنتفاع كما عرفته المادة ٩٣٦ من القانون المدني « حق عيني يتعلق باستعمال شيء يخص الغير واستغلاله ، ويسقط حتماً بموت المنتفع » .

ومن هذا التعريف يتضح أن حق الأنتفاع يفصل عناصر الملكية الثلاثة الى قسمين الأول يتناول عنصري الاستعمال والاستغلال أو الاستثمار ، فيؤلفان حق الأنتفاع ، والثاني يتناول العنصر الثالث المتعلق بالتصرف في عين الشيء او رقبة العقار الذي يؤلف الملكية المجردة او ملكية الرقبة .

وحق الانتفاع من الحقوق العينية القديمة التي أقرتها الحقوق الرومانية ودرجت عليها الحقوق الغربية وتبنتها تشريعاتها حتى ادخلها قانون الملكية العقارية القرار ٣٣٣٩ في تشريعنا .

---

(١) راجع الدكتور الكزبري ، المرجع السابق نبذة ٤٩٨ .

ويتمتع حق الانتفاع بخصائص الحق العيني من حيث أنه يمنح صاحبه سلطة مباشرة على الشيء محله، ويحتج به تجاه سائر الناس ويسجل في السجل العقاري، وبذلك يختلف عن حق المستأجر أو المزارع الذي إنما يستمد فيهما سلطته بالاستعمال أو الاستثمار عن طريق المالك.

ولكنه يختلف عن حق الملكية من حيث أن سلطة صاحب حق الانتفاع لا تتعدى الاستعمال ولا يحق له التصرف بالعين وملكيتها.. كما أن حق الانتفاع خلافاً للملكية حق موقت لمدة معينة لا تتجاوز في كل الأحوال حياة صاحبه، مما يجعل لهذا الحق بعض خصائص الحق الشخصي، ومما هو محل انتقاد بعض الفقهاء [1]:

ب ـ انشاءه وآثاره:

بحث القانون في طرق انشاء حق الانتفاع، وبينما قصرها قانوننا على طريقين ارادة الانسان (أي التعاقد او الاتفاق) والتقادم، أضاف القانون الفرنسي طريقة أخرى هي نص القانون الذي يوجد حق انتفاع قانوني للأبوين بأموال أولادهما القاصرين حتى سن الرشد، وللزوج على أموال زوجه المتوفى، في حين أضاف القانون المصري إلى الطريقين الاصليين السابقين طريق الشفعة التي لم يأخذ بها قانوننا.

والطريقة الاولى هي طريقة التعاقد التي يتفق فيها صاحب العقار مع المنتفع على التنازل لهذا الاخير عن حق الانتفاع بالشروط والمدة التي يتفقان عليها سواء أكان بعوض، كالبيع والمقايضة، أو بدون عوض كالهبة والوصية. فيتولد الحق العيني بالانتفاع وفق الشروط المتفق عليها. وقد اشترط القانون أن لا يكون المنتفع شخصاً اعتبارياً [2] حتى لا تحبس الاموال عن التداول.

---

(١) راجع الدكتور الكزبري، المرجع السابق ص ٢٥٧

(٢) وقد خالف قانوننا بذلك القانون الفرنسي الذي اجاز (المادة ٦١٩) انشاء حق الانتفاع لصالح الاشخاص الاعتبارية.

أما الطريقة الثانية ، فهي التقادم اي بوضع اليد على العقار المدة القانونية . وهذه الطريقة غالباً ما تكون للملكية بكاملها لا لحق الانتفاع فقط .

ويشمل انشاء حق الانتفاع حق الملكية وحق التصرف وحق السطحية والاجارتين والاجارة الطويلة ، باعتبارها جميعاً حقوقاً عينية أصلية ، تتضمن بين عناصرها حق الاستغلال والاستثمار الذي ينصب عليه حق الانتفاع .

وقد حدد القانون المدني (المواد ٩٣٩ - ٩٥٣) حقوق المنتفع والتزاماته ، سواء قبل البدء بالانتفاع او اثناءه او عند انتهائه . فأكد ان للمنتفع الحق باستعمال الشيء ، كسكنى الدار ، او اتخاذ البناء مقراً ، والتمتع به ، اي استغلاله واستيفاء ثمرته ، سواء أكانت هذه الثمرة طبيعية كمحصول الاشجار ومحصول الارض ، أو صناعية كالافادة من مواد التربة في صناعة من الصناعات ، ما دامت لا تلحق نقصاً في جوهر الارض ، أو مدنية كالاجرة والبدل .

وبالوقت ذاته يترتب على المنتفع التزامات عند استلامه : فينظم كشفاً بالاشياء التي استلمها ووضعها وحالتها بحضور مالك الرقبة ليردها عند انتهاء الانتفاع بالحالة التي استلمها فيها . وان يقدم كفالة لضمان هذا الرد . فاذا لم يقم المنتفع بهذا الالتزام المزدوج جاز للمالك ان يمتنع عن تسليم الشيء المنتفع به ، واذا كان قد سلمه فمن حقه ان يثبت حالته بكل وسائل الاثبات ، وان يطلب نزع يد المنتفع حتى يقدم الكفالة .

كذلك يتعين على المنتفع أثناء الانتفاع أن يحرص على جوهر الشيء المنتفع به ، وان يستعمله فيما أعد له ، وان يتحمل الضرائب العادية ونفقات الصيانة ، وان يشترك مع المالك في تحمل بعض النفقات غير العادية ، وان يحترم عقود الايجار الواقعة على الشيء المنتفع به قبل انشاء الانتفاع[1] .

فاذا انتهى حق الانتفاع او سقط بسبب من أسباب السقوط ، كانتهاء

---

(١) وقد خالف قانوننا بذلك القانون الفرنسي الذي أجاز (المادة ٦١٩) انشاء حق الانتفاع لصالح الاشخاص الاعتبارية .

الاجل المحدد في العقد ، أو وفاة المنتفع ، أو تلف الشيء المنتفع به تلفاً شاملاً الخ ... تعين على المنتفع رد الشيء بالحالة التي كان عليها وقت بدء الانتفاع ، فاذا استحال عليه ذلك ترتب ان يدفع للمالك تعويضاً مساوياً لما ألحق به من ضرر .

٥ ـــ حقوق الارتفاق Droits de servitudes

أ ـ مفهومها وخصائصها

حقوق الارتفاق في مفهوم الحقوق الحديثة مفهوم موضوعي بحت . وقد عرفت المادة ٩٦٠ من القانون المدني حق الارتفاق بانه « تكليف مفروض على عقار لمنفعة عقار معين ، جار في ملكية شخص غير مالك العقار الاول ، كحق الارتفاق المقرر لعقار ـ أياً كان مالكه ـ بالمرور على عقار آخر أو باسالة المياه منه ـ اياً كان مالك العقار الثاني ـ فأخرجت بذلك مفهوم الارتفاق عن فكرته الشخصية والتسلطية التي وجدت في الحقوق القديمة حيث كان الارتفاق تكليفاً على عقار او على اشخاص ، لمصلحة شخص او عقار آخر ، اشبه بالسخرة الاقطاعية . كحق الصيد الذي كان يتمتع به الاقطاعيون والأسياد في فرانسه على مساحة او قرى يملكها الفلاحون .

ومن هذا التعريف يتبين انه يشترط في الارتفاق ان يكون هناك عقاران مستقلان وبطبيعتها ـ لا بالتخصيص ـ من العقارات القابلة للتداول ولمالكين مختلفين ، وان يتحمل احدهما عبأ او تكليفاً لمصلحة العقار الآخر ، وبصرف النظر عن المالك ، وان يكن المستفيد الفعلي من حيث النتيجة هو مالك العقار المرتفق او المتسلط ، وان الذي يتحمل الأعباء هو صاحب العقار

---

(١) راجع تفصيل ذلك في الدكتور الكزبري . المرجع السابق ص ٥٤٤-٥٥٦ .

المرتفق عليه . ولكن تلك الفائدة او هذا العبء انما يكون بسبب ملكية العقار لا بسبب الشخص . ومن هنا كانت النظرة الموضوعية في مفهوم حق الارتفاق.

ونستطيع ان نستخلص الخصائص الآتية لحقوق الارتفاق :

١ – ان حقوق الارتفاق حقوق عينية عقارية ولا تكون الا على عقار ولمصلحة عقار .

٢ – انها أصلية وذات كيان قائم بذاته، ولكنها في الوقت ذاته لاتقبل الانفصال عن العقار المرتفق او المتسلط ولاتقبل التصرف او التفرغ مستقلا عن العقار المذكور كما لايجوز القاء الحجز عليها او تفريقها في الحجز ، وهي دائمة كحق الملكية .

٣ – ان حق الارتفاق يكون لجميع العقار المرتفق على جميع العقار المرتفق به ولا يقبل التجزئة والتبعيض ، لأن الغاية تفوت منه.

٤ – ان نطاق حق الارتفاق محدود بالاستعمال – وهو أدنى درجات الحق العيني كما رأينا – فلا تقبل الأستثمار ولا الأستغلال.

وبذلك يختلف عن حق الأنتفاع من عدة وجوه[1].

ب - تصنيفها واوضاعها

لحقوق الارتفاق انواع كثيرة ، وأشكال مختلفة، وقد صنفوها باعتبارات مختلفة فمن حيث المصدر صنفت حقوق الارتفاق في ثلاثة انواع :

١ – حقوق ارتفاق طبيعية تفرضها وضعية العقارات واماكنها الطبيعية ومن أبرز أمثلة هذا النوع حق مسيل مياه الامطار الطبيعية المترتب على الاراضي الواطئة لمصلحة الاراضي العالية . (راجع المادة ٩٦٣مدني).

٢ – حقوق ارتفاق قانونية أوجدها القانون ونص عليها ، وهي اما ان

---

(١) راجع التفريق بين الحقين ، الدكتور الكزبري ، المرجع السابق نبذة ٥٢٩.

تكون عائدة للمنفعة العامة ومن ابرز امثلتها مانص عليه القانون المدني (المادة ٩٦٧) حق الوصول الى شواطىء البحر او ضفاف مجاري المياه عبر العقارات الملاصقة لها، او تأمين او تسهيل المسالك والمنشآت العامة، كمد خطوط البرق والهاتف او السكك الحديدية، بحسب الانظمة الخاصة بها[1].

واما ان تكون للمنفعة الخاصة، وقد عدد القانون المدني هذه الارتفاقات (المواد ٩٦٨-٩٨٦) وخلط بينها وبين قيود الملكية والتزامات الجوار.

ومن ابرز انواعها حق ارتفاق المرور المقرر بالقانون للعقار المحاط والمحصور من كل جانب حيث منح هذا العقار الحق بالاستطراق فوق العقار المجاور بما يكفي لاستثماره لقاء دفع تعويض عادل.

٣ - حقوق ارتفاق اتفاقية أي منشأة بارادة الأنسان وعن طريق التعاقد وهذه لاحصر لها شريطة ان تتوافر فيها الخصائص التي اشرنا اليها.

كما تصنف حقوق الارتفاق من حيث موضوعها ومظهرها الى انواع اهمها:

١ - حقوق ارتفاق ايجابية، وسلبية، فالأولى الايجابية هي التي تسمح بمباشرة اعمال تصرفية على العقار المرتفق به كحق المرور، وحق الشرب او المسيل، والثانية السلبية هي التي بمقتضاها يحرم صاحب العقار المرتفق به من استعمال بعض حقوقه على هذا العقار كعدم البناء او عدم التعلي في البناء.

٢ - حقوق ارتفاق ظاهره وغير ظاهرة، فالأولى هي التي يكون لها مظهر خارجي كالطريق في حق المرور، والنافذة في حق المطل، والمجرى في حق امرار المياه او المسيل. والثانية، غير الظاهرة، هي التي ليس لها مظهر خارجي كارتفاق عدم جواز البناء او ارتفاق النظر.

٣ - حقوق ارتفاق مستمرة وغير مستمرة، فالأولى هي التي يكون استعمالها متواصلا ولا يحتاج لفعل الأنسان كحق المطل، والثانية، غير

---

(١) راجع الدكتور الكزبري المرجع السابق فقرة ٥٤٠ و٥٤١.

المستمرة ، هي التي تستعمل من حين لآخر وتحتاج لفعل الانسان، كحق المرور أو حق الشرب من الماء .

هذا وقد نظم القانون كيفية نشوء هذه الحقوق ، وطرق استعمالها ، وحقوق والتزامات كل من مالك العقار المرتفق به والمرتفق ، مما لاضرورة لتفصيله هنا [1]

٦ ـــ الوقف والاجارتان والاجارة الطويلة

الوقف مؤسسة حقوقية شرعية نصت عليها الشريعة الاسلامية ودعت اليها السنة الشريفة، وقد منحها قانوننا الشخصية الاعتبارية كما رأينا [2] والوقف في الاصل « حبس العين والتصدق بالريع » . ولكن الفقهاء اختلفوا في الجهة التي تحبس عليها العين . فقال ابو حنيفة انها تحبس على ملك الوقف ، غير ان منافعها فقط هي التي تعود الى الجهة الموقوف عليها تبرعاً من الواقف . وقال الصاحبان محمد وابو يوسف ان العين تحبس ملكيتها على ملك الله ، باعتبار ان الوقف في رأيهما يخرج ملكية الشيء الموقوف عن ملك الواقف ، وانه ابتداء ومنذ صدوره تبرع للجهة الموقوف عليها بعين الموقوف ومنافعه بحيث تسقط هذه الملكية عن الواقف وتبقى محبوسة ومخصصة للجهة الموقوف عليها دون حق للتصرف في رقبتها وانما الانتفاع بريعها مع بعض الفوارق بينهما [3].

والوقف ، كما عرفناه ، مؤسسة خيرية ، انما شرع في الأصل ليكون مخصصاً الى جهات البر والخير ، كالمساجد والمشافي ، والفقراء ... الى آخر ماهنالك من انواع الخدمات الدينية والانسانية التي لاحصر لها . ولكن الوقف

---

(١) راجع تفصيل ذلك في الدكتور الكزبري ، المرجع السابق ص٥٧٢ – ٦٠٧.

(٢) راجع ما سبق ص ٦٨٠ – ٦٨٨ .

(٣) راجع الاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ، أحكام الوقف ، الجزء الاول نبذة ٢٩ .

عرف انواعاً اخرى الى جانب الوقف الخيري يمكن جمعها بنوعين آخرين هما الوقف الذري (ويسميه المصريون الأهلي) والوقف المشترك .

فالوقف الذري هو الذي يوقفه الواقف إبتداء على نفسه أو ذريته ، أو على شخص أو أشخاص معينين وذراريهم إلى الدرجة وبالشكل الذي يريد ، على أن ينتهي في كل الأحوال إلى جهة من جهات البر والخير في حال إنقراض المستحقين .

وأما الوقف المشترك فهو الذي تحبس أعيانه لجهة خير والأفراد والذراري معاً وفي وقت واحد .

وقد منع قانوننا إنشاء الوقف الذري والمشترك إطلاقاً (المرسوم التشريعي رقم ٧٦ تاريخ ١٦ ايا ١٩٤٩) وقضى بتصفية الأوقاف الذرية القائمة وحلها. وقد تأيد هذا المنع بالقانون المدني (المادة ١٠٠٢) .

وقد جعل قانوننا المدني الوقف حقاً عينياً يجري على العقار كسائر الحقوق العينية العقارية . وهو في الاصل عقاري ، لا يتناول المنقول إلا تبعاً للعقار في الرأي الغالب ، وهو ما أخذ به قانوننا المدني (المادة ١٠٠١ ، خلافاً لقانون الوقف في مصر[١]) .

وأهم خصائص الوقف وأثاره أنه يجمد عين العقار أو رقبته فلا يجوز التصرف فيها بيعاً أو هبة ، بعوض أو بدون عوض ، ولا إنتقالها بالأرث ولا رهنها، بل تبقى محبوسة إلى الأبد. وتحصر حقوق المستحقين فيه بالمنفعة والريع وفق شروط الواقف[٢] . على أنه يمكن إستبدال العقار الموقوف ، أي بيعه وشراء عقار آخر ليصبح وقفاً مكانه ، عندما تفوت المنفعة منه وتتوافر شروط الاستبدال ، كما أجاز الشرع والقانون إجراء بعض الحقوق على الوقف كالأجارتين والأجارة الطويلة والمقاطعة والخ ... وهي حقوق عينية كانت تمنح للشاغلين لعقارات الوقف لقاء ديون أو أعمال واضافات يجرونها على عقارات الوقف . وقد منع

---

(١) راجع ما سبق ص ٦٨٢

(٢) راجع في طبيعة الوقف ونشوئه وحياته وزواله ، ما سبق ص ٦٨٠ – ٦٨٨ .

انشاء أي حق عيني على العقارات الوقفية تحت طائلة البطلان بموجب القرار بالقانون رقم ١٦٣ تاريخ ٢٧ ايلول ١٩٥٨.

أما الأجارتان، فهي نوع من الحقوق العينية على العقارات الوقفية. وقد عرّفها القانون المدني (المادة ١٠٠٤) بانها «حق عيني يولي صاحبه بصورة دائمة، إستعمال عقار موقوف واستغلاله مقابل تأدية ثمنه..» وقد حدد القانون هذا الثمن بمبلغ معين معادل لقيمة الحق المتفرغ عنه - كبدل إيجار معجل - يضاف إليه مرتب سنوي دائم بمعدل ٣ بالألف من العقار.

وأما الأجارة الطويلة، فهي كذلك حق عيني على عقار موقوف يولي صاحبه حق إحداث ما شاء من الأبنية وغرس ما شاء من الأغراس في العقار المذكور وذلك لقاء مبلغ معين موازياً لقيمة الحق المتفرغ عنه بالاضافة الى مرتب سنوي دائم بمعدل ٢,٥ بالألف من قيمة العقار.

وكلا النوعين المذكورين كحق عيني على الوقف، أشبه بحق التصرف في الأرض الأميرية من حيث سلطة صاحبيها في الاستعمال والاستغلال بما في ذلك حق التخلي والتنازل عن حقها وتوريثه مع بعض القيود والشروط والالتزامات وإمكان سقوط الحق بعدم الاستعمال، مدة عشر سنوات لحق الأجارتين أو زوال الأبنية والغراس، أو التمنع عن دفع المرتب السنوي طيلة ثلاث سنوات بالنسبة للأجارة الطويلة. وإمكان رجوعه إلى جهة الوقف في حال إنقراض الورثة، وكذلك إمكان إستبداله بتأدية بدل للوقف وفق أصول وشروط نص عليها القانون[1].

على أن هناك صوراً وانواعاً كثيرة أخرى للحقوق العينية التي تترتب على العقارات الموقوفة عرفتها الشريعة الاسلامية، ولم ينص عليها القانون المدني، ما يزال بعضها موجوداً وقائماً في بلادنا من أشهرها الحكر والمقاطعة والقميص،

---

(١) راجع الاحكام الخاصة في القرار بالقانون رقم ١٦٣ تاريخ ٢٧ ايلول ١٩٥٨ لإستبدال العقارات الوقفية، الدكتور الكزبري المرجع السابق نبذة ٥٨٠ و ٥٨٦

ومشد المسكة الخ ... إضافة إلى النوعين السابقين ، لكل واحد منهـا وضع خاص ، وكلها تولي حقوقاً لأصحابها على العقارات الموقوفة أشبه بحقوق المتصرف في الأرض الأميرية مع فوارق وتفصيلات ، وقيود وأحكام تختلف بينها[1] .

هذه أبرز أنواع الحقوق العينية الأصلية التي نص عليها القانون .

§ ٢ ـــ الحقوق العينية التبعية

لقد ذكرنا أن الحقوق العينية التبعية ، رغم أنها سلطة مباشرة على شيء ، إلا أنها لا يتصور وجودها دون إلتزام أصلي تتبع له وتقوم عليه . وهي في حقيقتها ضمان عيني للدائن صاحب الحق في الالتزام لاستيفاء دينه من هذا الضمان مقدماً على غيره من الدائنين العاديين . وتشمل هذه الحقوق : الرهن ، والتأمين والامتياز .

١ ـــ حق الرهن Droit de gage

أ ـ مفهومه وخصائصه :

والرهن بوجه عام ، عقد يوضع بموجبه تحت يد الدائن وسلطته او تحت يد شخص آخر يتفق عليه الطرفان ، شيء (منقول أو عقار) تأميناً لوفاء الدين او الألتزام بالأفضلية على الدائنين الآخرين . وهو بهذا المعنى يقع على المنقول كما يقع على العقار ، ويسمى الأول رهن المنقول او الرهن الحيازي ، ويسمى الثاني الرهن العقاري ، ويطلق عليه المصريون الرهن الرسمي .

---

(١) راجع تفصيل هذا الإختلاف وبحوثه ، في كتاب أحكام الوقف للاستاذ الزرقاء المشار اليه .

ونظراً لأننا نبحث في هذا الفصل في المال العقاري ، لذلك فسنقصر بحثنا هنا على الرهن العقاري .

الرهن العقاري حسب التعريف السابق يكون المرهون فيه عقاراً ،يوضع في حيازة الدائن او حيازة الشخص الذي اتفق عليه المتعاقدان ضمانا للدين ، ويتميز بالخصائص التالية :

١ — انه حق عيني عقاري ، ولذلك فهو يخضع لقاعدة العلانية والاشهار وذلك بوجوب تسجيله في السجل العقاري ليكون له مفعول والزام للغير وبين الطرفين لأن العبرة في الحقوق العينية العقارية الى قيود السجل العقاري ، عملا بالمادة ١١ من القرار ١٨٨ لعام ١٩٢٦ المنظم لهذا السجل في سورية ولبنان .

٢ - انه حق تبعي ، أي تابع لالتزام أصلي انما انشىء لضمانه فيتبعه بالوجود والبقاء والزوال.

ب- شروطه وآثاره

١ — يشترط القانون في الرهن ، وهو مبداء عام منذ الحقوق الرومانية ، ان يسلم الشيء المرهون وهو العقار المرهون الى الدائن المرتهن ،وان ترفع يد المدين الراهن عنه ، ولو اجاز قانوننا (المادة ٨٤٩) استثناء اعارة العقار المرهون او ايجاره الى المدين الراهن . فالتسليم ابتداء شرط لعقد الرهن .

٢ — كذلك يشترط أن يكون العقار مما يجوز بيعه ، لأن الرهن ينتهي بالبيع عند تأخر المدين الراهن عن دفع بدل الدين ، كما يشترط ان يكون الالتزام صحيحاً وقابلا للوفاء من ثمن المرهون .

٣ — وينشأ عن الرهن حق المرتهن بحبس المرهون ومنع المدين الراهن من التصرف فيه حتى اذا لم يدفع الدين كان للمرتهن الحق بملاحقة نزع ملكية مدينه بالطرق القانونية اي بيعه بالمزاد العلني بواسطة دائرة التنفيذ وفق أصول واجراءات معينة ، ويكون للدائن المرتهن حق الأفضلية في استيفاء دينه من ثمن المرهون مقدماً على من عداه .

٢ ـ حق التأمين العقاري Droit d'hypothèque

أ ـ مفهومه وخصائصه

التأمين العقاري ، هو حق عيني يخصص ، كالرهن ، لضمان وفاء التزام بالأفضلية على الدائنين الآخرين .

فهو في جوهره ومضمونه وفي خصائصه وآثاره يشبه حق الرهن من نواحي ويختلف من نواح أخرى .

١ ـ انه حق عيني عقاري بحيث لايقع الا على العقار بطبيعته اوبالتخصيص تبعاً للعقار بطبيعته[1] . ـ خلافاً للرهن الحيازي الذي يكون على المنقول كما يكون على العقار ـ ويخضع بالتالي الى جميع خصائص وقيود الحق العيني العقاري ، وخصوصاً أحكام العلانية والشهر بوجوب تسجيله في السجل العقاري .

٢ ـ وهو حق تبعي لا أصلي ، كالرهن تماماً ، بحيث يتبع في وجوده وبقائه وزواله الى قيام التزام صحيح يضمن التأمين وفاءه .

٣ ـ وهو ، كالرهن كذلك ، غير قابل للتجزئة بحيث يكون العقار الواقع عليه التأمين مخصص في مجموعه وفي كل جزء من أجزائه لضمان وفاء جميع الدين .

٤ ـ ولكن من خصائص حق التأمين العقاري خلافاً للرهن ـ انه لا يستلزم تسليم العقار الى الدائن ، ونقل حيازته من المدين بل يبقى في حيـــازة المدين وتكون له قيمته تجاه الغير وتجاه المدين بمجرد التسجيل في السجل العقاري .

---

(١) لقد أجازت بعض القوانين كقانون التجارة البحرية بالنسبة للسفن (المادة ٢٠) ، والمرسوم التشريعي رقم ١٠١ تاريخ ٩٤٩/١١/٢٨ بالنسبة للمركبات الهوائية (المادة ١٣) والمرسوم التشريعي رقم ٧١ تاريخ ٩٥٣/٩/٢٦ المعروف بقانون السير (المادة ٥٦) بالنسبة للسيارات ، اخضاع هذه الاشياء المنقولة في الاصل لقاعدة العلانية والتسجيل ، واجراء التأمين عليها في سجلها الخاص .

ب ـ شروطه واثاره

الأصل في التأمين العقاري ان يكون رضائياً وأن يتم عن طريق التعاقد ممن هو أهل لاجرائه وقد اشترط القانون ان لايكون التأمين على شيء مستقبل لأنه في هذه الحالة يقع باطلا .

على ان القانون أوجد نوعاً آخر هو التأمين الجبري الذي يسجل حكماً سواء أكان برضاء المالك ام بغير رضاه وذلك في أحوال معينة عددها القانون، أهمها ضمان حقوق ودیون كل من فاقدي الأهلية على عقارات أوليائهم وأوصيائهم، والزوجة على عقارات الزوج والدولة على عقارات المحاسبين والمدينين لها، والبائع والمقايض والمقاسم على العقار موضوع البيع او المقايضة أو القسمة الخ . . (المادة ١٠٨١ وما بعدها من القانون المدني) .

ويشمل التأمين العقاري العقار وملحقاته ـ بما في ذلك مبالغ الضمان التي قد تستحق في حال الحوادث ـ والعقارات بالتخصيص التابعة للعقار حتى ولو حصلت بعد اجراء التأمين ، ويضمن التأمين الدين الأصلي والفائدة المذكورة فيه ، ولا يضمن الفوائد الأخرى .

ويضمن التأمين للدائن حق طلب بيع العقار عند استحقاق الدين بالمزاد العلني لاستيفاء دينه من ثمنه مقدماً على غيره من الدائنين العاديين . واذا كان هناك عدة تأمينات متعاقبة فيتبع بالأفضلية في وفاء الدين ترتيب قيد التأمين في السجل العقاري .

٣ ـ حقوق الامتياز Droits de privilège

أ ـ مفهومها وخصائصها

يمكن ان نستخلص من مجمل نصوص القانون المدني الباحثة في الامتياز

(المواد ١١٠٩ وما بعدها) ان الامتياز « أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته ».

١ – فحق الامتياز اذن حق يقرره القانون فلا يترتب الا بنص في القانون، وهو خلافاً للرهن والتأمين ، لا يمكن ان ينشأ بطريق التعاقد .

٢ – وهو انما يقرره القانون مراعاة منه لصفة الدين ، باعتبار ان بعض الديون لما لها من أهمية في نظر القانون وحياة الناس تستحق ان تقدم على غيرها من الديون العادية . فديون الدولة تتصل بالحياة العامة وتفضل ديون الافراد لضمان سير الخدمات العامة . وديون الخدم والعمال والنفقة ، والمصروفات القضائية ، وحق بائع الشيء على هذا الشيء في استيفاء الثمن منه الخ... كلها حالات توجب لإعتبارات انسانية او واقعية منطقية ان تقدم وتمتاز الديون المترتبة لها على غيرها من الديون العادية .

٣ – ان حق الامتياز هذا الذي يقرره القانون اما ان يتناول جميع اموال شخص ، ويسمى بالامتياز العام ، كالامتياز المقرر لديون الدولة والخدم والعمال والمصروفات القضائية ، واما ان يختص بشيء معين، ويسمى بالامتياز الخاص ، كالامتياز الذي يتمتع به بائع الشيء على هذا الشيء بالنسبة لثمنه ، او مؤجر العقار على اشياء المستأجر الموجودة في المأجور بالنسبة للأجرة .

٤ – انه في كل الأحوال حق عيني تبعي ، فهو يولي صاحبه حق التتبع الذي لكل حق عيني، وحق الأفضلية او الأولوية في استيفاء الدين من ثمن الشيء ككل حق عيني تبعي ، ويتبع هذا الدين في وجوده وبقائه وزواله ويكون غير قابل للتجزئة كالرهن والتأمين .

ب – انواعها وآثارها

ان حقوق الامتياز متعددة وكثيرة منها ماورد في الباب الخاص بحقوق الامتياز في القانون المدني (الباب الرابع من الكتاب الرابع) ومنها ما ورد في

قوانين ونصوص خاصة . ولذلك لابد من الرجوع الى نص القانون لمعرفة وجود الامتياز ونوعه .

على ان الانواع الرئيسية ذات الشمول العام هي ماورد عليها النص في الباب الرابع المذكور . وقد قسمها القانون الى حقوق امتياز عامة على جميع اموال المدين من عقار ومنقول ، وهي حصراً :

١ – امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وديون وحقوق أخرى وهي على نوعين نوع يعفى من التسجيل في الصحيفة العقارية (بالنسبة للعقارات) وتشمل رسوم التحديد والتحرير ، وغرامات البيانات الكاذبة المتعلقة بثمن المبيع ؛ ونوع لابد من تسجيله ليحتج به وبرتبته تجاه الغير وهي الضرائب والرسوم الاخرى .

٢ – الرسوم والنفقات القضائية الناشئة عن بيع العقار وتوزيع ثمنه ، فيكون لدافعها امتياز عام .

٣ – اجور ورواتب العمال والمستخدمين عن ستة اشهر ، لها امتياز عام على جميع اموال المدين بحسب القانون المدني .

٤ – المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس في ستة اشهر الاخيرة .

٥ – النفقة المستحقة في ذمة المدين لافراد اسرته واقاربه .

واما حقوق الامتياز الخاصة ، فمنها مايقع على منقول ويكون لصاحب الامتياز اولوية وافضلية في استيفاء دينه من المنقول نفسه ، وقد عدد القانون ثمانية انواع لهذا الامتياز (المواد ١١١٧–١١٢٥) .

ومنها مايقع على العقار ، ويكون لصاحب الامتياز الأولوية في استيفاء دينه من ثمن العقار نفسه ، وقد حصرها قانوننا في امتياز بائع العقار بالنسبة لثمنه وملحقات الثمن ، والمبالغ المستحقة للمهندسين والمقاولين الذين عهد اليهم في تشييد البناء .

ولكل امتياز رتبة أو درجة في الأولوية والافضلية ، وهي بالنسبة للأمتيازات الواقعة على عقار تحسب من وقت قيدها في السجل العقاري، فيقدم منها الاسبق تاريخاً ، مالم تكن معفاة بنص القانون من التسجيل كامتياز الرسوم القضائية الناشئة عن بيع العقار او امتياز نفقات التحديد والتحرير .

واما بالنسبة للأمتيازات الواقعة على منقول ، عامة كانت او خاصة ، فانه يرجع في تحديد رتبتها الى نص القانون اولا ، وقد نص قانوننا المدني على هذه الرتب فاذا لم ينص القانون على رتبة الامتياز فانها تأتي بعد مانص عليه القانون، وتعتبر حقوق الامتياز التي لم ينص القانون على رتبة لها متساوية مع غيرها مما لم ينص عليه .

ومن مراجعة المواد ١١١٦ — ١١٢٥ يتبين ترتيب الامتياز بحسب نص القانون.

§ ٣ — الدعاوى العقارية

النوع الثالث من الأموال العقارية هو بحسب نص القانون المدني (آخر الفقرة الأولى من المادة ٨٥) كما ذهبت اليه واتجاهات الفقه الحديث ، الدعاوى المتعلقة بحق عيني على عقار .

والحقيقة أن الفقه القديم كان يرى ان الدعوى في ذاتها انما هي سبيل المطالبة بالحق عن طريق القضاء ، وانه لايتصور وجود دعوى بلا حق ، وانها من هذه الجهة تعتبر من ملحقاته وتوابعه ، ومن أجل حمايته وتأييده ، ولذلك لم تكن الدعاوى لتعتبر مالاً منقولاً أو غير منقول، لأن العبرة للحق وما الدعوى إلا وسيلة تابعة له. إلا أن الفقه الحديث يرى أن ثمة زمرة من الأموال تستقل بها الدعاوى رغم صلتها بالحق، وان القانون قد نظم أصول الدعاوى واجراءاتها ، وجعل منها كياناً وصفات ذاتية ، بحيث تعتبر الدعوى بذاتها عقاراً أو منقولا حسب مايكون موضوعها الحكم بحق عيني عقاري، أو تكون قد منحها القانون

لحماية حق عيني عقاري ، أو تتعلق بمنقول أو نص عليها القانون لحمايته [1] .

ويذكر المؤلفون بين الدعاوى العقارية الدعاوى الرئيسية التالية :

١ – دعوى استحقاق العقار التي يرفعها المالك .

٢ – دعاوى تثبيت حق من الحقوق العقارية كالانتفاع والسطحية والخ .. أو منع المعارضة بحق من هذه الحقوق .

٣ – دعوى القسمة العقارية .

٤ – دعاوى الحيازة العقارية وحمايتها .

والى جانب هذه الدعاوى الرئيسية يذكرون الدعاوى الآتية :

٥ – دعوى فسخ البيع العقاري لعدم دفع المشتري الثمن action en resolution .

٦ – دعوى فسخ البيع العقاري بسبب الغبن action en recision .

٧ – دعوى بطلان التسجيل العقاري لعدم الأهلية أو العيوب ايضاً .

٨ – دعوى الرجوع عن الهبه العقارية من الواهب أو تخفيفها .

الخ ...

والدعاوى الأربع الأخيرة كانت تعتبر من الدعاوى الشخصية العقارية المختلطة ، ولكن الفقه الحديث رجح الصفة العقارية لهذه الدعاوى وآثر انقراض الصفة الشخصية أو المختلطة .

---

(١) راجع بلانيول وريبر ، المرجع السابق، نبذة ٢٦٦٦. ويذكر أن الفقيه الفرنسي بوتيه Pothier كان من الرأي الذي لايفرق بين الحق والدعوى ولا يجعل لها كياناً ذاتياً، في حين أن المؤلف المذكور يؤكد أن هناك دعاوى محددة كدعاوى الاستحقاق بالنسبة للمالك، ودعاوي الدفع من الدائن ، قد جعلها القانون نموذجاً لدعوى الحق القائمة بذاتها . كما أن هناك حالات يكون فيها الشخص لاصاحب حق عيني ولا طرفاً بحق دين ، ومع ذلك يمنحه القانون حق إقامة دعوى بطلب إبطال عمل حقوقي يؤثر عليه ، وتكون الدعوى عقارية أو منقولة بحسب طبيعة الموضوع الذي يحصل عليه المدعي في طلب دعواه .

ولعل السؤال الذي يرد هنا هو الآتي : لماذا جعل الفقه والتشريع الحديثان الدعاوى مالاً ووصفاها بالمنقول أو العقار ؟ وهل من فائدة لذلك ؟

من الناحية النظرية ، عندما تكون للدعوى بنفسها قيمة ، يجب أن تعتبر مالاً وقد يتفق احياناً أن تسقط الدعوى ويبقى الحق ، هذا بالاضافة الى الأصل التاريخي عندما كانت الحقوق الرومانية تجعل الحق تابعاً للدعوى أكثر من أن تتبع الدعوى للحق ، وبالاضافة إلى أن اعطاء صفة المال للدعوى يسمح بادخالها في عناصر الذمة المالية ، على اعتبار أن الحقوق التي لاتكون مؤيدة بالدعوى لاتقيد في الذمة المالية .

وأما من الناحية العملية ، فان لاعتبار الدعوى عقاراً أو مالاً منقولاً آثاراً في التطبيق لأن بعض احكام القانون تطبق على العقار وأخرى تطبق على المنقول كما رأينا . ومن أبرز الآثار لهذا الاعتبار أن العقار يجب أن يسجل في السجل العقاري ، ولذلك فان الدعاوى العقارية لاتكون مسموعة إلا إذا جرى تسجيلها في السجل العقاري (المادة ٤٧ من القرار ١٨٨) .

★ ★ ★

الفصل الثاني

المال المنقول

لقد عرّف قانوننا المدني – كما رأينا – المال العقاري في المادة ٨٥ ، ولم يعرف المال المنقول . واذا كان لم يتضمن نصاً مماثلاً للنص الذي اختتم به الفقرة الأولى من المادة ٨٣ من القانون المصري، (التي أخذت عنها الفقرة الأولى للمادة ٨٥ من القانون السوري) وهو النص الذي يقول : « ويعتبر مالاً منقولاً ماعدا ذلك من الحقوق المالية » فأن هذا المدلول يستفاد – رغم السكوت – من نص قانوننا الذى اكتفى بتعريف المال العقاري ، وذلك بالمفهوم المخالف وبطريق الاستبعاد على اعتبار ان الحقوق المالية او الأموال، أما ان تكون اموالاً عقارية او اموالاً منقولة .

ولذلك يتعين علينا لمعرفة ما اذا كان حق مالي ما منقولاً ام لا ان نتبين اولاً ما اذا كانت تنطبق عليه صفة المال العقاري ، فاذا لم تنطبق كان حكماً مالاً منقولاً .

فالمال المنقول اذن يشمل جميع الحقوق والدعاوى العينية والشخصية المتعلقة بشيء منقول ، ونطاقه واسع ومداه غير محدود ، ويمكن ان نصنف الاموال المنقولة بثلاث زمر ، الحقوق العينية ، الحقوق الشخصيه ، الدعاوى المنقولة.

§ أ — الحقوق العينية المنقولة Droits réels mobiliers

يدخل في الحقوق العينية المنقولة كل حق عيني يقع على شيء منقول ، بما في ذلك حق الملكية باعتبار أبرزه الحقوق العينية ، وكذلك الحقوق المتعلقة بشيء غير مادي أي حقوق الملكية المعنوية ، الأدبية والفنية والصناعية وما شابهها.[1]

وتكون هذه الحقوق العينية المنقولة أصلية وتبعية ، كما هي في المال العقاري . ولكنها لا تتناول من الحقوق التي عددناها الا ما يقع على المنقولات دون التي لا تقع الا على العقار ، كحق التصرف بالاراضي الأميرية وحق السطحية ، وحق الأنتفاع وحق الارتفاق والآجارتين والأجارة الطويلة ، والتأمين العقاري. وقد سبق وأشرنا الى هذين النوعين (الأصلية والتبعية) بالنسبة للمال العقاري وما يمكن ان يجري على العقار والمنقول وما يختص بالعقار دون المنقول .

ولعل أهم ما يستحق الأشارة في كل من الحقوق العينية الأصلية والتبعية التي تجري على المنقول (وهي حق الملكية بالنسبة للحقوق العينية الأصلية ، والرهن والأمتياز بالنسبة للحقوق التبعية) هو ان خصائص الحق وعناصره واحدة ومتشابهة في الأصل بين المالين العقاري والمنقول فيما عدا مبداء عام هو وجوب خضوع المال العقاري الى التسجيل في السجل العيني العقاري لكل عقار خلافاً للمنقول ، وفيما عدا بعض الفوارق التي تقتضيها طبيعة الشيء محل الحق او المال من كونه منقولاً او غير منقول ، وقد سبق أن اشير اليها . فالحيازة في المنقول تقوم مقام التسجيل في السجل العقاري بالنسبة للعقار ، كما أن رهن المنقول مثلاً لا يتم الا بتسليمه الى الدائن المرتهن ولا يحتاج الى تسجيل ، (فيما عدا السفن ، والمركبات الهوائية والسيارات) ويسقط بمجرد التخلي عن حيازته الى المدين الراهن الخ....

---

(١) راجع المذكرة الايضاحية المطولة للمادة ٨٣ من القانون المدني المصري .

§ ٢ – الحقوق الشخصية والالتزامات Droits personnels et obligations

أ – الحقوق الشخصية والالتزامات تعتبر جميعها مالاً منقولاً سواء كان محلها المطالبة بمبلغ من النقود ام القيام بعمل ام الامتناع عن عمل ، بل حتى ولو كان موضوعها الذي تنصب عليه عقاراً، كحق المستأجر او المزارع في استعمال العقار المأجور او الانتفاع به مدة الاجارة او المزارعة ، بل وحتى ولو كان موضوع الحق الشخصي او الالتزام ببيع عقار يترتب على البائع تسليمه وتسجيله في السجل العقاري لنقل ملكية العقار المبيع الى المشتري .

وقد يبدو غريباً او محل نظر وتردد ان نصف مثل هذا الحق الذي ينصب في موضوعه على عقار بالمال المنقول . غير اننا اذا قبلنا بأن الالتزام في ذاته علاقة ورابطة بين دائن ومدين تلزم هذا الأخير بالقيام بتعهده ، سواء أكان تسليم عقار او منقول ، او القيام بعمل ايجابي دون تسليم شيء او الامتناع عن عمل ، في كل هذه الصور يكون الحق مترتباً في الذمة ويتناول في حال الامتناع اجبار المدين على التنفيذ او التعويض . لذلك كانت له دوماً صفة المال المنقول .

ب – ويشمل المال المنقول كذلك الاسهم في الشركات المساهمة ، وحصة كل من الشركاء في الشركات المدنية والتجارية غير المساهمة ، حتى ولو كان ما قدمه الشريك في رأسمال الشركة عقاراً ، لأن العقار حين يقدم ليدخل رأسمال الشركة يصبح ملكاً لشخص الشركة الاعتباري ويغدو حق الشريك فيه حصة شائعة في رأسمال الشركة كحق باقي الشركاء . والحصة في ذاتها حق له كيان مستقل يقبل التنازل والتداول فهو مال منقول .

ج – كذلك يعتبر من قبيل الاموال المنقولة الالتزام بتأدية مرتب مدى الحياة ، أو بتأدية دخل دائم لشخص أو ايراد إلى أجل . وقد أجاز القانون

(المادتان ٧٠٧ و ٥١٣ مدني) أن يلتزم شخص قبل آخر بعوض أو بدون عوض بمرتب دوري سنوي أو شهري حسب الاتفاق . وهذا الحق يؤلف مالاً منقولاً .

§ ٣ ــ الدعاوى المنقولة Actions mobilières

لقد رأينا قبل قليل ، كيف أن الدعوى رغم ارتباطها بالحق الذي تؤيده وتحميه ، لها بحسب الفقه والتشريع الحديثين ، وجود وكيان حقوقي يضفي عليها صفة المال ، بحيث تعتبر بذاتها مالاً منقولاً حينما يكون الطلب فيها ينتهي بمال منقول .

وإذا كان قانوننا لم يذكر الدعوى المنقولة ، كمال منقول ، كما لم يعرف المال المنقول نفسه ، فان ذلك يستنتج ــ كتعريف المال المنقول نفسه ــ بطريق الاستنتاج بالمفهوم المخالف أو بالاستبعاد من تعريف المال العقاري وذلك باعتبار كل دعوى تخرج عن نطاق الدعاوي العقارية دعوى منقولة .

وإذا كانت الدعاوى العقارية هي التي تتعلق بحق عيني على عقار فأن كل دعوى تتعلق بمال منقول تعتبر دعوى منقولة ومالاً منقولاً ، وهي لا تقبل الحصر . على أن ثمة دعاوى مختلطة قد تتناول حقين معاً فتكون لها الصفتان وتسمى بالدعاوى الشخصية العقارية كالدعوى التي يطلب فيها تسجيل حق عيني عقاري أو ترقينه والحكم بالتعويض بالوقت ذاته ، وهذه هي الدعاوى الشخصية العقارية التي أشرنا اليها في بحث الدعاوى العقارية .

الفرع الثاني

الأموال العامة والأموال الخاصة

لقد رأينا في مطلع بحث تقسيم الأموال أن من أبرز أنواع الأموال هو تقسيمها باعتبار عائديتها ، ومن حيث صاحبها وماخصصت له ، إلى أموال أو حقوق على أشياء تعود للدولة وتخصص للمنفعة العامة ، وتسمى الأموال العامة أو أملاك الدولة العامة ، وأموال أو حقوق قد تكون على ذات الأشياء ولكنها تعود للأفراد أو للهيئات ولاتخصص للنفع العام ويطلق عليها أسم الأموال الخاصة .

وإذا كان قانوننا لم يشر إلى هذا التقسيم في الأموال صراحة ، فقد ألمع اليه بصورة غير مباشرة حين نص في المادتين ٩٠ و ٩١ عن وضع الأموال العامة وحكمها كما سنرى .

وجميع الحقوق والأموال التي أوضحناها قبلاً تنطبق على الأموال الخاصة التي ينتفع بها الأفراد أو الهيئات وتعود لهم ولمصلحتهم .

ونظراً لأن الأملاك التي تعود للدولة ، سواء أكانت مخصصة للمنفعة العامة وبالتالي أموالاً عامة ، أو لم تكن وبالتالي أملاك دولة خاصة ، هي التي تختص بأحكام وقواعد خاصة تختلف في كثير من النواحي عن القواعد والأحكام التي ذكرناها فيما سبق بالنسبة للأموال الخاصة العائدة للأفراد والهيئات الخاصة ، لذلك فسنبحث في فصلين في الأموال العامة أولاً وأملاك الدولة الخاصة ثانياً ، مكتفين فيما نبحث بالمفهوم والخصائص ، والأنواع والآثار بأختصار.

وجدير بالذكر أن الأصل هو أن بحث أملاك الدولة ولاسيما العامة منها، في مفهومها وخصائصها، وفي تقسيمها وأنواعها، وفي إدارتها وأحكامها وكل مايتعلق بها، إنما يعود بحسب التنظيم الحقوقي السائد لفرع الحقوق العامة والقانون الاداري بوجه خاص الذي يتولى بحثها بالتفصيل. غير أن القانون المدني وفقهه مهتمان كذلك، بحكم التزامهما للبحث في الأشياء والأموال بوجه عام، بتحديد الأموال العامة وتعيينها للتفريق بينها وبين الأموال الخاصة.

الفصل الأول

الاموال العامة Domaine public

§ ١ ـــ مفهوم الأموال العامة وخصائصها

أ ـ مفهوم الأموال العامة :

إن مفهوم الأموال العامة عبر التاريخ والشرائع لم يكن واحداً بل اختلف واضطرب، ويذكر المؤلفون إن تمييز الأموال العامة عن الأموال الخاصة كان واضح المفهوم في الحقوق الرومانية، عندما كان الفقهاء الرومان يقابلون الأشياء المخصصة للمنفعة العامة بالاشياء الداخلة في ثروة الناس [١] وكانت الأولى معتبرة في ملك المجموع ويسمونها الأشياء العامة res publicae بينما الثانية في ملك الافراد ويسمونها res fisci .

---

(١) راجع بلانيول وريبر، المرجع السابق، نبذة ٢٥٤٥، والنصوص الرومانية المشار اليها فيه.

غير أن هذا المفهوم قد اختلط واضطرب بعدئذ في التشريع الفرنسي ومجموعات نابليون لاسيما حينما أريد إعادة الأملاك والأموال التي كانت للملك والتاج إلى الشعب والأمة ، حتى حدد الفقهاء والمؤلفون مفهوم أملاك الدولة مفرقين بين أملاك الدولة العامة وأملاك الدولة الخاصة [1] ومع ذلك فان الفقهاء الفرنسيين غير متفقين اتفاقاً كاملاً على معيار واحد للتفريق بين النوعين، خصوصاً بسبب الغموض والإضطراب في النصوص التشريعية الفرنسية .

بل إن من الملاحظ هنا أيضاً أن كثيراً من المؤلفين الفرنسيين مايزالون يمزجون بين الأموال العامة والاشياء العامة ، بتأثير الحقوق الرومانية وجرياً على المزج بين الشيء والمال في كثير من النصوص الفرنسية[1] .

على أن ثمة أصلاً وأساساً يكاد يكون غير مختلف عليه وهو أن الأموال العامة هي التي تعود للدولة أو للمجموع من جهة، وتكون مخصصة للمنفعة العامة من جهة أخرى .

وقد تبنى قانوننا ما أخذ به الفقه الحديث واتفق عليه الفقهاء في تعريف الاموال العامة وتحديد مفهومها حين نص في المادة ٩٠ أنه :

« ١ – تعتبر أموالاً عامة : العقارات والمنقولات التي للدولة أو للاشخاص الاعتبارية العامة ، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم .

٢ – وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم » .

ومن هذا التحديد يتبين أن الاموال العامة بوجه عام تشمل كل الاشياء من عقارات ومنقولات على السواء، فلا تقتصر على الاشياء الثابتة فقط بل تتناول أيضاً الاشياء المنقولة على اختلافها ؛ مادامت هذه الاشياء قابلة للحيازة في ذاتها. أما إذا لم تكن قابلة للحيازة في ذاتها ، وهي الاشياء الخارجة عن التعامل

---

(٢) راجع بلانيول وريبر ، المرجع السابق ص ٨٣٧ – ٨٤٥

بطبيعتها ، كالهواء المحيط بالارض ، وأشعة الشمس الخ [1] . . . فانها لا تدخل في الاموال وتقسيماتها لأنها بطبيعتها ووضعيتها لا تكون محلًا للحقوق .

ويشترط في الاشياء التي تؤلف الاموال العامة أن يتوافر فيها شرطان أساسيان هما أن تكون عائدة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة (أي المؤسسات العامة التابعة للدولة) وتخضع مباشرة إلى سلطانها ، وأن تكون فضلًا عن ذلك مخصصة لمنفعة عامة .

١ - فالشرط الاول في الاموال العامة أن تكون للدولة أو للمؤسسات العامة التابعة لها . وفي هذا الشرط تتشابه الاموال العامة مع أملاك الدولة الخاصة . على أن عائدية الاموال العامة للدولة لا تنطبق تماماً على مفهوم عائدية الاموال الخاصة للأفراد ، لا من حيث المصدر (فيما يتعلق باكتساب ملكيتها ، فهي لا تكون مملوكة من أحد لتكون للدولة) ولا من حيث المضمون (لأن عناصر حق الملك من استعمال واستغلال وتصرف تختلف اختلافاً جذرياً بين النوعين كما سنرى) ولا من حيث الآثار والاحكام والمؤيد والجزاء .

وعلى هذا فان المال الخاص ، أياً كان محله في عقار أو منقول ، الذي يكون عائداً لملكية خاصة ، وتضع الدولة يدها عليه لاستعماله من أجل المنفعة العامة دون أن تنزع ملكيته الخاصة وتدخله في الملكية العامة ، لا يصبح مالاً عاماً رغم توافر خصائص وميزات الشرط الثاني ، فلو وضعت الدولة يدها على حدائق مملوكة للأفراد أو للهيئات دون أن تستملكها وتنزع ملكية أصحابها منهم للمنفعة العامة (وقلما تهمل استملاكها) وخصصتها للعموم بامر اداري منها مثلًا ، وهو عمل غير صحيح في الاصل ، كما إذا استولت على بعض المرتفعات أو الابنية وجعلت منها تحصينات دفاعية دون تبديل وضعها القانوني . . . فانها لا تصبح أموالاً عامة ويكون من حق اصحابها المطالبة بحقوقهم فيها من ريع واسترداد .

على ان الفقهاء قد اختلفوا في حقيقة عائدية الاموال العامة للدولة وطبيعة حقها عليها .

---

(١) راجع ما سبق ص ٣١٤ وما بعدها .

فذهب بعضهم الى ان حق الدولة على الاموال العامة ليس حق ملكية حقيقي كحق الافراد على الاشياء التي يملكونها ، وانما حقها نوع من الرقابة والاشراف والادارة ، مؤكدين ان هذه النظرة هي التي تتفق مع الواقع بالنسبة لعناصر حق الملكية . فحق استعمال الاملاك العامة انما يعود لجميع الناس لا لسلطات الدولة ، وحق الاستثمار لا وجود له ما دام استعمالها مخصصاً للعموم ، أما حق التصرف فهي غير قابلة له ، والمالك الذي لا يحق له ان يتمتع بأي عنصر من عناصر الملكية ليس بمالك [1] .

وذهب البعض الآخر ، وهو الرأي الذي ساد في الفقه الحديث ، وأخذ به الدستور السوري (المادة ٢١) ، ان حق الدولة على هذه الاموال من نوع حق الملك ولكن بطابع خاص . وان الاموال العامة تعتبر في ملكية الدولة ، وهي ملكية عامة تقابل الملكية الخاصة للأفراد والهيئات على الاموال الخاصة . واذا كانت الطبيعة الخاصة لملكية الدولة العامة تجعلها مثقلة بحقوق وقيود تختلف معها عن الملكية الخاصة – حقوق تعطى للمواطنين جميعاً من وطنيين وأجانب حق استعمال الاملاك العامة فيما هي مخصصة له ، وقيود تمنع على الدولة التصرف والاستغلال إلا استثناء وفي حدود ضيقة – فان ذلك لا يفقد الدولة مبدأ الملكية العامة للاموال العامة . فالحقوق عرفت عدداً من الملكيات الخاصة ، كملكية الوقف او الاجنبي او غيرهما ، مثقلة بقيود أقل أو قريبة من هذه القيود دون أن تفقد اصحابها طبيعة ملكيتهم الخاصة لها [2] .

٢ – أما الشرط الثاني فهو أن تكون الاموال العامة مخصصة لمنفعة عامة . ويبدو أن قانوننا المدني قد أخذ بنصه الصريح في المادة ٩٠ بالرأي المعتمد عند

---

(١) من هذا الرأي دوكي Duguit ، مطول القانون الدستوري ج ٢ ص ٣١٥ وما بعدها ، برتلمي ، Berthelemy ، الحقوق الادارية ص ٤٣٧ وما بعده ، وكولان وكابيتان ، المطول الابتدائي للحقوق المدنية الفرنسية ج ١ نبذة ٦٨٩ ، الخ ...

(٢) من هذا الرأي هوريو Hauriou ، الوجيز في الحقوق الادارية ص ٤٣٧ وما بعدها ، بلانيول وريبر ، المرجع السابق ، نبذة ٢٥٥٢ الخ ...

معظم الفقهاء في تعريف الأموال العامة بأنها الأملاك المعدة بسبب تخصيصها للمنفعة العامة، على اعتبار أن أكثر المنقولات والعقارات التي تشملها الأملاك العامة تقبل بطبيعتها للملكية الخاصة. فالطرقات والساحات والحدائق العامة ودور الحكومة والمباني العامة وسيارات الدولة ومفروشات دوائرها وقرطاسيتها الخ.. كل هذه الأشياء يمكن أن تكون محلاً للحقوق المالية الخاصة ومملوكة من الأفراد ولذلك كان شرط التخصيص للمنفعة العامة هو الشرط الرئيسي للتفريق بين المال العام والمال الخاص.

ولكن ماهو التخصيص للمنفعة العامة وما هو مدلوله ومعياره ؟

هنا كذلك اختلف الفقهاء، فذهب بعضهم بنظرة مادية بحتة إلى حصر التخصيص للمنفعة العامة فيما هو مقصور على استعمال الجمهور مباشرة، كخطوط المواصلات بوجه عام، الطرق والساحات والأنهار والجسور الخ ...

والرأي الثاني، وهو الذي أخذ به قانوننا المدني صراحة كما أخذ به قانون املاك الدولة العامة الصادر بالقرار رقم ١٤٤ لعام ١٩٢٥ وقال به معظم الفقه الحديث، يذهب إلى أن التخصيص للمنفعة العامة ليس مايخصص لاستعمال الجمهور فحسب، بل وكل مايخصص لمرفق عام أو مصلحة أو منفعة عامة، أي لما يسد خدمة من خدمات الدولة، ولو كان ممنوعاً على الجمهور، كالقلاع والحصون والسدود والمباني الرسمية المخصصة لعمل من الأعمال أو جهة من الجهات ... سواء أكان هذا التخصيص بالفعل او بنص في القانون أو بمرسوم.

وهذا الشرط الثاني هو في الواقع فيصل التفريق بين الملك العام والملك الخاص. اذ يجب التحري عما إذا كان المال الذي في ملك الدولة مخصصاً لمنفعة جميع الناس أي لاستعمال الجمهور مباشرة، أو مخصصاً لمصلحة أو منفعة عامة بنص في القانون أو بمرسوم يقطع الخلاف حول هذا التخصيص، فإذا لم يثبت تخصصه بالفعل أو بالنص للمنفعة العامة كما أشرنا كان ملك دولة خاص يخضع لخصائص وأحكام الملكية الخاصة.

وهذا الشرط يجب أن يرافق المال العام من البدء حتى الانتهاء، بحيث إذا فقد في أي وقت من الاوقات زالت صفة المال العام عن الشيء . فقد نصت المادة ٩١ من القانون المدني أنه : « تفقد الاموال العامة صفتها بأنتهاء تخصيصها للمنفعة العامة . وينتهي التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم ، أو بالفعل ، أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الاموال لمنفعة عامة . » مما يؤكد الارتباط الذي لاينفصم بين المال وبين تخصيصه للمنفعة العامة ليكون ويبقى مالاً عاماً .

ب - صفات حق الدولة في الاموال العامة وخصائصه

ان الطبيعة الخاصة لملكية الدولة للأموال العامة، هذه الملكية المقيدة بالغاية الأصلية، وهي تحقيق منفعة عامة وتخصيص المال لها ، قد جعلت المال العام ، سواء كان عقاراً او منقولا ، ذا صفات وخصائص خاصة ، تختلف عن صفات وخصائص المال الخاص. وقد نص القانون المدني (الفقرة ٢ من المادة ٩٠) وقانون الأملاك العامة (القرار رقم ١٤٤ لعام ١٩٢٥) على أهم هذه الخصائص والصفات.

١ - عدم جواز التصرف فيها Inaliénabilité

قضى قانون الأملاك العامة (القرار ١٤٤ لعام ١٩٢٥ في المادة الاولى) ان املاك الدولة العامة لاتباع . ونصت الفقرة ٢ من المادة ٩٠ من القانون المدني ان هذه الاموال لايجوز التصرف فيها . والحقيقة ان المال العام لايجوز ان يكون محلا للعقود والتصرفات من اي نوع كان لا بيعاً ولاهبة ولا رهناً ولا ارتفاقاً ولا انتفاعاً .. الخ ، لأن اي نوع من انواع التصرفات التي تتناول عين المال من شأنه ان يتعارض مع التخصيص للمنفعة العامة والغرض من المال العام نفسه . وهذا المنع في الأصل عام ومطلق لانه يتعلق بالنظام العام[1] . وهو

(١) راجع الدكتور الكزبري ، المرجع السابق ص ١٣٨ .

الذي حدا بكثير من الفقهاء الى اعتبار حق الدولة على المال مجرد اشراف ومحافظة[1]، كما ذكرنا .

بل ان من ابرز خصائص ملك الدولة العام – ولو كان عقاراً – انه لا يخضع للتسجيل في السجل العقاري كما تخضع له عقارات الأموال الخاصة ، لانه في طبيعته لا يقبل تصرفات المال الخاص .

ومع ذلك فان لهذا المبدأ استثناءات لا تؤثر على أصل التخصيص للمنفعة العامة ، وتوجبها مبادىء الحقوق الأخرى ومقتضيات المصلحة . واهم هذه الاستثناءات .

آ – احترام الحقوق المكتسبة التي للافراد على الاموال العامة بحكم العادات او الاقضية حتى يستملك .

ب – جواز التصرف في الثمار الناتجة عن الاموال العامة التي تنتج ثمرات ، كمحاصيل الاشجار في الطرقات والحدائق العامة ، وبيعها .

ج – جواز السماح باشغال الأملاك العامة بصورة موقتة ، بطريق الاجارة والامتياز ، كاشغال الارصفة ، او شواطيء الحمامات البحرية ، او الساحات العامة الخ . .

د – وأخيراً أمكان الاعتراف للافراد ببعض حقوق الارتفاق . كحق المرور وحق المطل الخ . .

٢ – عدم خضوعها للتقادم Imprescriptibilité

وهذه الصفة اثر طبيعي لمبدأ التخصيص للمنفعة العامة ولعدم جواز التصرف بالمال العام . وقد نص عليها تشريعنا (القرار ١٤٤ والقانون المدني) مانعاً اكتساب أي حق على الاملاك العامة بالتقادم ومرور الزمن .

٣ – عدم جواز حجزها Insaisissabilité

وبديهي ان الاموال العامة المخصصة للنفع العام والتي لا يجوز التصرف فيها لا تقبل الحجز من قبل دائن للدولة لأي سبب كان . لأن الحجز بيع

(١) راجع بلانيول وريبر المرجع السابق نبذة ٢٥٥٢ .

المال المحجوز من حيث النتيجة . وقد رأينا ان المال العام لايقبل البيع في الاصل . وهذا الحكم من النظام العام كالحكمين السابقين .

بل ان من المسلم به في التشريع والفقه ان املاك الدولة الخاصة نفسها لاتقبل الحجز رغم اختلاف مفهومها مع المال العام ، وعدم تخصيصها للمنفعة العامة ، على اعتبار ان الدولة مليئة ولايجوز الحجز عليها .

على أن هذه الصفات والخصائص التي يتمتع بها المال العام تبقى ملازمة للمال مادام مخصصاً للمنفعة العامة ، وتزول مع زوال التخصيص بأحد الاسباب المنصوص عليها في المادة ٩١ السابقة الذكر اي : اما بالفعل ، كما لو غير النهر مجراه او تركت الحكومة البناء الذي تشغله الى غيره وهجرته ، واما بنص القانون او بمرسوم اداري ، وهذا يعود تقديره الى المشرع او الحكومة ، واما بانتهاء الغرض الذي من اجله خصص المال للمنفعة العامة كفضلات الطرق المتخلفة عن تعديل الطريق ... فاذا ما انتهى التخصيص للمنفعة العامة أصبح المال ملكاً خاصاً للدولة وخضع للملك الخاص كما سنبينه في الفصل التالي .

§ ٢ ـ انواع الاموال العامة

ان الاموال العامة كثيرة ومتنوعة بقدر تعدد الاشياء ونوعها ، وحسبنا اكمالاً لايضاح الاموال العامة بين انواع الاموال ، ان نشير باختصار الى اهمها وابرز انواعها .

لقد اعتاد الفقه تصنيف الاموال العامة باعتبارات مختلفة تفيد كل منها في حكم من الاحكام :

أ ـ يفرقون أولاً بين الاموال العامة من حيث الشخص الذي تعود له ويترتب عليه صيانتها والمحافظة عليها ، الى اموال عامة تعود لشخص الدولة الاعتباري ، كالطرقات العامة بين المحافظات وخطوط المواصلات السلكية واللاسلكية وشواطيء البحر والقلاع الخ . . واخرى تعود للمحافظات كالساحات

والابنية المحلية في المحافظة والخ .. وثالثة تعود للبلديات كالحدائق والشوارع ودار الكتب البلدية التابعة للبلدية وضمن حدود منطقتها.

ب – ويفرقون ثانياً بين الأموال العامة من حيث طبيعتها ، وما يترتب على ذلك من احكام الى : أموال عامة عقارية كالطرقات والمباني والحدائق والمناجم .. وأموال عامة منقولة كالأسلحة والمركبات (سيارات ، سفن ، طائرات) والآثار العامة والكتب وجميع الأدوات التي تستعملها الوزارات والدوائر بما في ذلك نقود الدولة .

ج – ويفرقون ثالثاً بين الأموال العامة من حيث موقعها الى املاك عامة بحرية كشواطىء البحار والغدران والبحيرات والسدود البحرية والمرافىء وجميع المنشآت البحرية ، واملاك عامة نهرية تشمل فيما تشمل الأنهر في مجراها الى أعلى حد ترتفع اليه المياه ، وبما في ذلك ضفاف هذه المجاري اللازمة للسهر والمحافظة عليها وتنظيفها ، كما تشمل المياه الجارية تحت الأرض والجوفية والينابيع من اي نوع كانت والسدود والمنشآت النهرية والكهربائية الخ .. واملاك عامة برية وهي كل ماخلا البحرية والنهرية .

وبين هذه الأنواع من الأموال العامة تمتاز المياه العامة في مكانتها واثرها ، باعتبار علاقتها باسقاء الأراضي الخاصة وحقوق الشرب التي للافراد عليها . وقد نظمها تشريعنا بقرار خاص هو القرار رقم ٣٢٠ لعام ١٩٢٦ وتعديلاته بالإضافة الى الأحكام العامة في قانون العقوبات والقانون المدني .

هذه هي مجمل المبادىء والأسس التي تقوم عليها املاك الدولة العامة المنظمة عندنا بالقرار التشريعي الصادر عن المفوضية العليا برقم ١٤٤ لعام ١٩٢٥ وتعديلاته المتواصلة وملحقاته [1] الكثيرة .

---

(١) راجع تفصيل هذه التشريعات في الدكتور الكزبري ، المرجع السابق ص ١٨١ وما بعدها .

الفصل الثاني

املاك الدولة الخاصة Domaine privé

في مقابلة املاك الدولة العامة المخصصة للمنفعة العامة ، هناك املاك تعود للدولة او لبعض مؤسساتها العامة بوصفها شخصاً اعتبارياً دون ان تكون مخصصة للمنفعة العامة ، سواء أكانت تحت تصرف الدولة مباشرة او كانت تحت تصرف جماعات لهم عليها حقوق ارتفاق او حقوق عينية أخرى كالأراضي المتروكة المرفقة.

واملاك الدولة الخاصة انما هي اموال خاصة ، ولها حكم الاموال الخاصة للأفراد مع هذا الفارق انها تعود الى الدولة كشخص اعتباري له حق التملك مثل سائر الهيئات ، حتى ان بعض التشريعات والنظم الحقوقية ، كالشريعة الفرنسية ، لا ترى أن تفرد لهذه الاموال احكاماً خاصة بها ، وانما تخضعها لاحكام القوانين العادية .

على ان أهمية هذه الاملاك في بعض البلاد ، ولا سيما في بلادنا بالنسبة للاراضي والعقارات غير المملوكة ، حيث تشكل القسم الاعظم من أراضي الدولة ، وتؤلف ثروة كبرى للدولة قد تكون من اهم مصادر ماليتها ، دفعت بالمشرع ان يخص هذه الاملاك بتنظيم خاص وقواعد خاصة تختلف في عدد من النواحي عن قواعد القانون المدني ، وذلك بالقانون المعروف باسم « قانون املاك الدولة الخاصة » الصادر بالقرار التشريعي رقم ٢٧٥ لعام ١٩٢٦ في عهد المفوضية العليا ، وملحقاته وتعديلاته ، بالاضافة الى قانون الحراج الصادر بالقرار رقم ٢٢٦ لعام ١٩٣٧

وبالمرسوم التشريعي رقم ٦٦ لعام ١٩٥٣، وقانون الاصلاح الزراعي الاخير .

ومما لاشك فيه ان املاك الدولة الخاصة تشمل الاشياء المنقولة والثابتة . ولكن المنقولات قلما تكون ذات أهمية في املاك الدولة الخاصة . ذلك ان الاصل في مبادىء الحقوق العامة ، ان لاتقتنى الدولة من المنقولات الا ماهي بحاجة اليه لتأمين المصلحة العامة وسير خدماتها ، وحينئذ تصبح هذه المنقولات من الاموال العامة كما رأينا . وليس من مهام ووظائف الدولة ان تقتني المنقولات للمتاجرة بها او لتستعملها استعمال التجار والافراد في مصالح خاصة. ومع ذلك فقد يخرج منقول من المنقولات عن تخصيصه للمنفعة العامة ، وبالتالي يخرج عن كونه مالاً عاماً ، او قد تنتقل الى الدولة ملكية منقولات غير مخصصة للمنفعة العامة ، كوفاة مالك لها عن غير وارث فتصبح الدولة مالكة لها بطريق الفيء. فيضحي ملك دولة خاص ، ويتعين على الدولة في هذه الحالة ان تعمد الى بيعه والتخلي عنه . ولكن العقارات والاراضي التي تملكها الدولة او مؤسساتها العامة ملكا خاصاً دون ان تكون مخصصة للمنفعة العامة هي التي تؤلف بالفعل والواقع القسم الحقيقي الهام لاملاك الدولة الخاصة ، والتي عني المشرع ببحثها وتنظيمها.

وهذه الاملاك الخاصة بالنسبة للتشريعات النافذة لدينا يمكن ان نصنفها في زمرتين :

الاولى : عقارات واراض تملكها الدولة ملكية كاملة في الرقبة والتصرف والاستثمار والاستعمال ، وهي اهم املاك الدولة الخاصة واغناها وتشمل :

أ) العقارات المسجلة في سجلات المحلولات سابقاً ، وهي العقارات التي مات صاحبها من غير وارث .

ب) الاملاك المقيدة باسم الخزينة ، كتلك التي تنتقل الى الدولة نتيجة انتهاء عقد امتياز .

---

(١) راجع تفصيل هذه التشريعات ، في الدكتور الكزبري . المرجع السابق ص ١٢٩ وما بعدها .

ج) الاملاك المدورة، وهي التي كانت في ملكية السلاطين الخاصة من قبل وانتقلت الى الدولة .

د) كل العقارات التي تشتريها الدولة او تنشؤها بقصد الاستثمار والاستغلال الاقتصادي والاجتماعي ، كالفنادق والمطاعم والمقاهي والحدائق الخ ..

ه) الحراج والاراضي الخالية التي لامالك لها .

و) القطع المتروكة من الطرقات المحولة او من مجاري المياه التي تتغير والتي تفقد التخصيص للمنفعة العامة او من الطمى الذي يتألف على الشواطيء وما شابهها الخ ..

و) واخيراً الاراضي والعقارات التي ادخلتها القوانين الاخيرة، كقانون الاصلاح الزراعي ، في ملكية الدولة ريثما توزع على المواطنين ...

والزمرة الثانية هي العقارات التي تعود رقبتها للدولة ويكون للافراد حق التصرف عليها، كالاراضي الاميرية وكالاراضي المتروكة المرفقة التي سبق بحثها .

وقد نظمت القوانين الخاصة المشار اليها قبلا الاحكام المتعلقة بصيانة الاملاك العامة وادارتها واستغلالها وايجارها او الترخيص باستثمارها او اعطائها بالايجار مع الوعد بالبيع ، واخيراً في بيعها والتنازل عنها . وفي الحقوق التي اكتسبها الافراد عليها الخ ...

وقد حرص المشرع في هذه القوانين الخاصة ، مع احتفاظه بالحقوق العينية وحقوق الاستعمال ، التي كانت مكتسبة للافراد على الاراضي الخالية والحراج والغابات، على حماية املاك الدولة الخاصة من تعدي الافراد واستيلائهم عليها والادعاء بالحيازة وبالتقادم، كما كان يجري الحال في الماضي ، فمنع سريان التقادم على املاك الدولة الخاصة ، ولو كان لم يجر تحديدها او تحريرها ، ولم تسجل بعد على اسم الدولة او المؤسسة العامة في السجل العقاري (المرسوم التشريعي رقم ١٣٥ لعام ٩٥٢

والقانون رقم ٨٤ لعام ١٩٥٥)[١] كما منع اشغال املاك الدولة دون ترخيص مسبق ، ونظم العقود التي تجريها الدولة على الاملاك[١] كما نظم ادارة الخراج واستثمارها ، وحقوق القرى والافراد عليها بالاحتطاب وخلافه وتدابير صيانتها من الرعي واساءة الاستعمال (قانون الحراج رقم ٢٢٦ لعام ١٩٣٧ والمرسوم التشريعي رقم ٦٦ لعام ١٩٥٣)[٢].

* * *

(١) راجع تفصيل ذلك في الدكتور الكزبري ، المرجع السابق ص ١٩٣ ومابعدها.
(٢) راجع تفصيل ذلك في الدكتور الكزبري ، المرجع السابق ص ٢٢٤ ومابعدها.

الكتاب الثالث

مضمون الحق

الاستعمال المشروع للحق، والتعسف في استعماله [1]

رأينا في مقدمة هـذا القسم الثاني [2] ونحن نستعرض اركان الحق ان من اركان الحق التكميلية او التبعية « مضمون الحق » وان هـذا المضمون يتجلى بمدى السلطة التي يخولها الحق لصاحبه، والصلاحيات التي يتمتع بها هذا الصاحب في التصرف بحقه والانتفاع به واستعماله.

واذا كان المضمون في الواقع يختلف من حق لآخر ويتنوع بتنوعها وهو

---

(١) راجع في بحث هذه النظرية: جوسران Josserand روح الحقوق ونسبيتها De l'esprit des droits et de leur relativité، باريز ١٩٣٩ الطبعة الثـانية؛ مازو، مطول المسؤولية المدنية H. et L. Mazeaud, Responsabilité civle الطبعة الرابعة ١٩٤٨، ريبر، القاعدة الاخلاقية في الالتزامات المدنية، Ripert,La règle morale dans les obligations civiles الطبعة الرابعة. راجع كذلك التعسف في استعمال الحق في المسؤولية، المؤتمر الدولي الاول لجمعية هنري كابيتان ١٩٣٩؛ كاركوفيتش Karkovitch نظرية التعسف بالحقوق في القانون المقارن، ليون ١٩٣٦؛ صبحي المحمصاني النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية، مكتبة الكشاف بيروت ١٩٤٨؛ حسين عامر، نظرية سوء استعمال الحقوق، القاهرة ١٩٤٧؛ عبد السلام الترمانيني. نظرية اساءة استعمال الحق، محاضرات نقابة المحامين حلب ١٩٤٩ والخ..

(٢) راجع ما سبق ص ٤٣٢ و ٤٣٣.

بالتالي يختلط مع كل حق ويدرس معه ، الا ان ثمة مبدأ عاماً يجب ان يهيمن على هذا المضمون مهما اختلف نوع الحق وشكله .

في الحقيقة لقد عرفنا ان الحقوق الموضوعية تنتهي بحقوق ذاتية شخصية يتمتع بها صاحبها ، او بتعبير آخر انها تنتهي بمصالح ، يقرها الشرع او القانون بسلطته ، ويحميها بقوته ، بحيث يستطيع صاحبها استعمال هذه الحقوق والتصرف فيها كيف شاء ، باسم القانون نفسه وبقوة القانون نفسه ، دون معارضة احد من الناس .

ومما لاشك فيه ، ان من يستعمل حقاً ضمن الحدود التي رسمها له المشرع ، واجازها له القانون ، ودون ان يلحق بالناس اذى ، لاسبيل الى مسؤوليته او محاسبته . ويجب في الاصل ان يكون الامر كذلك حتى ولو أدى استعماله لحقه ضمن تلك الحدود ، الى الحاق الضرر بالناس . ذلك لأن من يمنحه القانون حقاً ، اي سلطة على ماهو موضوع الحق ، فيستعملها كما منحت له ، يكون قد أتى واستعمل مضمون حقه . ولا يجوز بالتالي ان يكون مسؤولاً عما يمكن ان يصيب غيره من ضرر من جراء هذا الاستعمال . فمن كان مالكاً لعقار او منقول كان بحكم القانون قادراً على التصرف فيه كيف شاء ، حفراً وهدماً وبناء وغرساً واستهلاكا – وهذا هو مضمون الحق كما رأينا – ، وليس لاحد ان يتداخل في شؤونه ، او يعارض في استعمال ملكه ، بسبب ما يمكن ان يلحق به من ضرر او يمنع عنه من منافع وفوائد من جراء هذا الاستعمال . ذلك هو الاصل الظاهر الذي يؤيده المنطق القانوني .

وطبيعي انه اذا قلنا إن الانسان الذي يستعمل حقه ليس مسؤولاً ، فانما نقصد من ذلك انه لا يستعمل الا ما اولاه اياه القانون وأجازه له . اي انه لا يتجاوز مضمون حقه . والحق في الاصل معين الحدود والمدى ، ولكل حق مضمون يحدده القانون او يعينه مصدره او سببه مما يدرس بالتفصيل مع كل حق من الحقوق . ولكن ثمة حدوداً لكل حق يعينها قانونه او مصدره ولا يجوز لصاحبه ان يتجاوزها ، فاذا تجاوز صاحب الحق تلك الحدود لا يعتبر مستعملاً للحق

وانما معتدياً ، قد اتى ما ليس بحق ، وبالتالي مسؤولا مسؤولية سائر المعتدين .

وصفوة القول ، ان الاجازة القانونية للشخص بحق او سلطة ما ، ترفع عن هذا الشخص في الاصل ، كل تبعة تجاه الغير من جراء مايمكن ان ينتج عن استعمال حقه هذا ، ضمن حقوقه القانونية ، من ضرر يلحق بذلك الغير . وعلى هذا كان المبدأ من الاوليات الشرعية ، وهو لذلك من القواعد الكلية في جميع الشرائع[1]

وقد نص القانون المدني السوري في مادته الخامسة ان :

« من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر . »

ولكن القانون سرعان ما نص في المادة السادسة التالية انه :

« يكون استعمال الحق غير مشروع في الاحوال الآتية :

أ ـ اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير .

ب ـ اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها قليلة الاهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

ج ـ اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها غير مشروعة . »

فأقر بذلك مبدأ هاما من مبادىء علم الحقوق ، وهو مبدأ نسبية الحقوق relalivité des droits ، اي ان الحقوق لايجب ان ينظر اليها كسلطة مطلقة ابداً ، يستعملها اصحابها غير آبهين لما يلحق بالغير من ضرر بسبب هذا الاستعمال او غير مسؤولين عن النتائج السيئة التي تنتج عنها ، وانما يجب التمييز فيها بين الاستعمال المشروع وغير المشروع ، الذي يضر ويؤذي . وهذه هي النظرية الشهيرة بنظرية التعسف في استعمال الحق ، كما يسميها المصريون ، او اساءة استعمال الحق كما يسميها اللبنانيون Théorie de l'abus du droit .

ونحن سنبحث الآن في هذه النظرية ، في اصلها وتاريخها ، ثم في قيمتها وانتقادها ، ثم في معاييرها وتطبيقاتها ، ثم في مؤيدها وطبيعة دعواها .

---

(١) راجع الاستاذ صبحي المحمصاني ، المرجع السابق ، ج١ ص ٣٤

§ ١ — اصل نظرية التعسف وتاريخها

ان نظرية اساءة استعمال الحق او التعسف في هـذا الاستعمال ، نظرية جديدة في الفقه العربي ، تشغل في الحقوق الخاصة والقوانين المدنيـة العصرية مـكاناً هاماً ومحلا مرموقاً ، كثيراً ما كان لهـا في التطبيقات العمليـة والاجتهادات القضائية اثر بالغ وصدى بعيد ، حتى اصبحت الملجأ الذي يُلجأ اليه كلما ضاقت المحاكم والفقهاء بنصوص القانون ، ولم يجدوا فيها ما يؤدي الى تحقيق العدالة وانصاف الناس .

وقد اطلق الفقهاء ولا سيما الاستاذ جوسران Josserand ، حامل لواء هذه النظرية والمدافع العنيد عنها ـ على هذا المفهوم اسم نسبية الحقوق relativité des droits . فقالوا ان الحقوق لا تجري مطلقة الى اقصى حدود الاطلاق ، بل انها توجد وتعيش في وسط ، وفي محيط يسوده جو من النسبية والتقيد ، بحيث يتحقق التنظيم الاجتماعي ويسود الانسجام بين الناس . وقد اكد كثير من الفقهاء هذه الحقيقة حين قالوا ان الحقوق لا تنحصر فقط بالقانون — اي بمـا هو قانوني وبما جاء وفقاً للنص — بل ان حول القانون عالماً زاخراً بالمبادىء والمفاهيم التي تحفظ التوازن والعدل : منها ان التحايل على القانون قد يفقد الحقوق ميزاتها ، ومنها ان ليس لانسان ان يضر بالآخر من غير حق ، أو أن يثرى على حسابه من غير سبب ، ولا سيما ان يستثمر الحق الذي منحـه اياه القانون ليلحق بالغير ضرراً ، واذا فعـل يجب أن يكون مسؤولاً عن ذلك . واذا كانت القوانين — قديماً — لم تنص على هذا الحـكم بنص صريح ، فما ذلك إلا لانها تعتبر هذا المبدأ من جوهر الحقوق واصلها . والقاضي الذي يطبق القانون واحـكامه ، لا يستطيع ان يتجاهل ان هذه الاحكام تطبق في وسط اجتماعي ، يكثر فيه التشابك وتكتنفه العوامل من كل جهة ، وان القانون انما وضع من

اجل حماية المجتمع واستقراره وانتظامه ، فاذا خالفت هذه الاحكام القانونية ، الغاية التي من اجلها وضعت ، كان هناك ولا شك سوء فهم لها او سوء استعمال. ذلك هو الاصل في الحقوق وجوهرها .

فما هو تاريخ هذه النظرية في الماضي البعيد ، وما هي حالها في الحقوق الحاضرة ؟

هل عرفت الشرائع في العصور القديمة وفي العصور الوسطى والأخيرة نظرية كهذه ، وهل طبقت رأياً مستوحاً من مثل هذه المبادىء ؟

١ ــ الحقوق الاجنبية القديمة :

لا بد لنا هنا من التفريق بين الشرائع الاجنبية ، من رومانية قديمة وغيرها ، وبين الشريعة الاسلامية . ففي الشرائع الاجنبية ، اذا رجعنا الى التاريخ نسأله ، والى الحقوق القديمة نفتش في ثناياها ، لا نجد مفهوماً متبلوراً ، كما لا نجد فكرة واضحة وكاملة لهذه النظرية ، ولا نحسب ايضاً أننا نجد لها تطبيقاً حقيقياً ، ولعلنا لا نصادف إلا بعض الاحكام التي ربما قامت على اساس هو أقرب الى مبدأ الانصاف وقواعد العدالة ، منه الى فكرة التعسف في استعمال الحق على النحو الذي سنفصله بعد قليل .

يقولون لقد عرفت الحقوق الرومانية عدداً من القواعد التي تنم عن قبول هذه الفكرة ، كمثل قولهم في امثالهم المشهورة « الخبث لا يستحق الرعاية malitus non est indulgendum » و« ان الغلو في الحق يصل الى الظلم sumum jus, sumum injuria » الخ . . غير انه — وفيما عدا ذلك — فقد قال الرومان بما ينافي نظرية التعسف في استعمال الحق ، اذ جاء في الديجست ، ابرز مؤلفات الرومان الحقوقية ، قول للفقيه الروماني الكبير كايوس Gaïus « ليس بالمعتدي من يستعمل حقه » . وذكر كذلك الفقيه بولوس « Paulus » انه « لا يأتي عملاً ضاراً الا من يعمل بدون حق » واكد الفقيه اولبيانوس

Ulpianus في نفس المعنى انه « ليس بالمؤذي من استعمل حقه » ، ومع ذلك فان العارفين بالحقوق الرومانية ، والمتتبعين لها يقولون اننا اذا رجعنا الى مقدمات النصوص ، واحطنا بمجمل الحقوق الرومانية ، لتبين لنا ان فكرة الضمان بسبب التعسف باستعمال الحق لم تكن مفقودة البتة وبشكل مطلق . ولعلها اقتصرت على منع استعمال بعض الحقوق بقصد ايذاء الغير والاضرار بـه ليس الا ، ولعلها لم توجد الا بهذا الشكل فقط بدليل بعض الحكم التي ذكرناها [1] .

وفي القرون التي تلت الحقوق الرومانية ، في اوائل القرون الوسطى ، نامت هـذه الافـكار واختفت ، وظلت القاعدة اللاتينية الشهيرة : لا يسأل امرؤ عن حقه الذي أستعمله niminen laedit qui sus jure utitur ، هي الأصل السائد . إلا انه بدأ فيما بعد يظهر في الأفق ، بفضل تعاليم الكنيسة وحرصها على تحقيق العدل ورفع الحيف ، بعض المبادىء – ولكن بشكل ضعيف جزئي – للوصول الى حلول قريبة مما تقتضيه اليوم فكرة التعسف في استعمال الحق . ولعل في احد الابيات الشعرية لفولتر ، ما يصور هذا الرأي تماماً حين يقول « ان الحق المغالى فيه بعيداً ينقلب الى ظلم un droit poussé trop loin devient une injustice » .

وقد واصلت البرلمانات الفرنسية (وهي التي كانت تقوم محل محاكم الاستئناف اليوم) بتبنّي بعض هذه المبادىء ، دون ان تخرج عليها توسعاً أو تضييقاً ، فقضى برلمان اكس Aix مثلاً (١ شباط ١٥٧٧) ان غازل الصوف الذي يغني بصوت عال ، مستعملاً بذلك حقه وحريته في الغناء ، وقاصداً من وراء ذلك إزعاج جاره المحامي ، مسؤول عن هـذا الازعاج ، وذكر الفقيـه

---

(١) راجع شارل آبلوتون ، الحقوق الرومانية ص ١٥١ ؛ جوسران روح الحقوق ونسبيتها نبذة ٢ .

ضوما Domat ، كبير قضاة عصره ان احد المتداعين الذي يتعسف في استعمال طرق المراجعة القانونية ، يعرض نفسه للمسؤولية . غير ان ضوما نفسه مع ذلك كان يرفض القضاء على مالك تعسف في التصرف بملكه ، فقطع المجاري الارضية التي تغذي نبع جاره ، أو أقام جداراً يضايقه حتى ذهب البعض الى القول : كأن ضوما – كما يمكن أن يستنتج من مختلف قراراته – قد وافق على وجود تعسف اذا اجتمع امران معاً : ١ – ان يكون الاستعمال بقصد اضرار الغير ٢ – ان لا يكون لصاحبه ثمة فائدة من استعماله .

حتى اذا جاءت الثورة الفرنسية وقانون نابليون ، المستمد من الروح الفردية والحرية المطلقة ، ضعفت هذه المبادىء او زالت ، واصبح الحق الشخصي للفرد مقدساً ومطلقاً لا يجوز مسه او التعدي عليه بقليل او كثير لأي سبب او تحت ستار اي عامل كان ، وظلت هذه النظرية مجهولة وغير معروفة بشكلها الحاضر خلال القرن التاسع عشر لا يجرؤ قانون او تشريع على البحث بها . حتى جاء القانون الالماني في اواخر هذا القرن ثم السويسري بعده ، ينصان صراحة ولأول مرة « ان اساءة استعمال الحق لا تستحق حماية القانون » .

وبالوقت نفسه كان القضاء الفرنسي بدوره يحاول ان يجد حلولاً لأعمال مضرة مؤذية يأتيها اصحابها باسم الحق واستعماله ، فيعمد الى مسؤوليتهم لا باسم التعسف في استعمال الحق ، وانما مختفياً وراء المسؤولية التقصيرية كما سنرى ، بحيث ظل مصدر هذه النظرية الحقيقي في فرانسة – بالدرجة الاولى – القضاء واجتهاداته .

ولكن ما ان وصل القرن العشرين إلا وأخذت هذه النظرية تحتل مكانها في عالم الحقوق والتشريع ، شاقة طريقها نحو التكامل ، وملاقية بالوقت ذاته خصوماً اشداء ، ادت مقاومتهم لها ، الى إظهارها وتعميمها ونشرها . ولم تصل الى الحد الذي وصلت اليه إلا في هذا القرن وربما بعد الحرب العالمية الاولى ؛

حيث غدت نظرية قائمة بذاتها ، لم تقف عند حد تطبيق القضاء لها ، كأصل من أصول الحقوق الواجبة الرعاية والاحترام دون التستر وراء المفاهيم الأخرى ، بل اخذت اكثر القوانين الحديثة تنص عليها متوسعة في أسسها وتطبيقاتها الى حد كبير على ما سنفصله قريباً .

هذا في الحقوق الاجنبية .

٢ — الشريعة الاسلامية :

اما الشريعه الاسلامية [١] فانه يبدو للفاحص المحص أنها كانت تحوي في احكامها مفهوم هذه النظرية ومبادئها بما يسمح لنا باقامة نظرية كاملة منها .

فقد قالت الشريعة بالمبدأ الاصلي في استعمال الحق من غير ضمان ، ثم قيدت هذا المبدأ بشروط وقيود تضمن عدم الاساءة والتعسف .

أما من حيث المبدأ فقد أقر الفقهاء انه من التناقض ان يقال بتبعة امرىء جاء بما نص عليه الشرع وأجازه ، فاتفقوا على « ان الجواز الشرعي ينافي الضمان » كما جاء في المجامع [٢] ، وفي المادة ٩١ من الاحكام العدلية . وأضافت هذه المادة مثلا : « لو حفر انسان في ملكه بئراً فوقع فيها حيوان رجل وهلك ، لا يضمن حافر البئر شيئاً » وسببه ان حافر البئر قد استعمل حقاً اجازه الشرع وهذا الجواز يرفع عن الفاعل مسؤولية الضرر الذي لحق بالحيوان ، بسبب وقوعه وهلاكه في البئر المحفورة .

وجاء في المغني [٣] ان الحكم كذلك لو وقع في البئر إنسان وهلك ، وكان دخوله بغير إذن المالك او بإذنه ، ولكن البئر بينة مكشوفة والداخل بصير .

---

(١) راجع المحمصاني ، الموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، ج ١ ص ٣٥ ومابعدها .

(٢) شرح المنافع ص ٣١٨ ، عن المحمصاني ، المرجع السابق ص ٣٦ .

(٣) ج ١ ص ٥٧١ ، عن المحمصاني ، المرجع السابق ص ٣٦ .

وفي الكتب الفقهية والمجلة امثلة لاحصر لها ، توضح هذه القاعدة العامة »[1] ولا سيما في الامانات ، وحسبنا ان نذكر بعضاً منها .

نصت المجلة في المادة ٦٠٥ انه « يجوز لمستأجر الدابة ان يحملها المقدار المتفق عليه فاذا حملها ذلك المقدار او اقل منه ، وعطبت الدابة فلا ضمان عليه ، لانه فعل ما هو جائز له شرعاً » .

وقضت المجلة ايضاً : « اذا حفر شخص بئراً ، في خارج حريم بئر ، فذهب ماء البئر الاول الى الثاني فلا شيء عليه » (المادة ١٢٨٨) .

كذلك قالت المجلة « لو فتح شخص دكاناً عند دكان أخرى ، وكسدت تجارة الاولى فلا تغلق الثانية » (المادة ١٢٨٨) وكذا ، « اذا اشتغل احد بصنعة أو تجارة في سوق ، فليس لارباب هذه الصنعة او التجارة ان يحجروه ويمنعوه من اشتغاله بهذه الصنعة أو التجارة قائلين : انه طرأ على ربحنا وكسبنا خلل » (المادة ٩٦٥) . « وتعليل ذلك ان حرية العمل حق لكل انسان ، فاذا ما استعمل احد هذا الحق فليس لغيره منعه . ولا طلب الضمان منه »[2].

هذا هو المبدأ الذي أقرته الشريعة الاسلامية ، شأن الشرائع الاخرى . ولكن استعمال الحق قد يسبب للغير اضراراً جسيمة ، وقد يكون ناتجاً عن مجرد قصد الايذاء فهل تحميه الشريعة كذلك ؟

لقد اختلفت المذاهب في الشريعة الاسلامية ، كما اختلفت الآراء والنظريات والقوانين في العالم .

فقال الشافعي والحنفية في ظاهر الرواية ، واحمد بن حنبل ، وداود الظاهري ، وغيرهم — كما قال القانون الانكليزي[2] — بعدم الضمان اطلاقاً ، لان الحقوق مطلقة لا يجوز تقيدها بتقديرات كيفية . وقد تعرض هؤلاء الفقهاء الى هذا البحث

---

(١) عن المحمصاني ، المرجع السابق ص ٣٦ .

(٢) عن المحمصاني ، المرجع السابق ص ٣٦ و ٣٩ .

بمناسبة الملك ، وحق التصرف ، والعلاقات الجوارية ، فقال ابو حنيفة « من تصرف في ملكه لا يمنع عنه وان كان يتضرر جاره به[1] » . وحكي أن رجلاً تضرر من بئر حفرها جاره في داره ، فأتى الامام الاعظم شاكياً مستفتياً ، فلم ينكر الامام على الجار فعله في ملكه ، بل هدى المستفتي الى حيلة بقوله « احفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعه » ففعل وزال الضرر . ومما لا شك فيه ان كلا الفعلين استعمال للحق غير ان فيه ضرراً للآخر ، ولكن أبا حنيفة قد اجازه . وروى كذلك ابن التمام عن النوازل انه لو اتخذ احد داره حظيرة للغنم فتأذى الجيران من هذا العمل فليس لهم منعه[1] .

وقال الشافعي في كتابه « الأم »[2] : لا يحمل على رجل في ماله ما ليس بواجب عليه ، وان الرجل له أن يفعل في ماله ما له ان يفعل ولو أضر هذا بغيره ، بل ولو اضر بنفسه ايضاً » وذكر على ذلك أمثلة عدة .

وقال ابن حزم الظاهري « لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره ، فهذا هو الضرر حقاً » . وقال لكل أحد أن يفتح ما شاء في حائطه ، من كوة او باب او أن يهدمه ان شاء في دار جاره او في درب غير نافذ او نافذ « ويقول لجاره ، ابن في حقك ما تستر به على نفسك » . وعزي هذا القول من ابن حزم الى أبي سليمان الظاهري وابي حنيفة والشافعي .

وجاء في المحلى[3] انه قال : لكل احد ان يعلي بنيانه ما شاء وان منع جاره الريح والشمس ، لانه لم يباشر منعه بغير ما ابيح له ، ولكل احد ان يبني في حقه ما شاء من حمام او فرن او رحى او كمد او غير ذلك اذا لم يأت نص بالمنع في شيء من ذلك » .. الخ

---

(١) فتاوى قاضيخان ، بهامش الهندية ج ١ ص ٢٥٨ ؛ المحمصاني المرجع السابق ص ٣٩ .
(٢) الام ج ٣ ص ٢٢٢ ؛ عن المحمصاني المرجع السابق ص ٤٠ .
(٣) ج ٨ رقم ١٣٥٥ ، عن المحمصاني ، المرجع السابق .

ومن كل هذا يتضح ان هذا الرأي الاسلامي قريب من النظريات التقليدية الفردية التي جاءت بها الثورة الفرنسية ، بحيث تنظر الى الفرد والى حقوقه ، بالاستقلال عن حقوق الآخرين ، مطلقة لا يكون استعمالها ابداً غير مشروع.

ومع ذلك فان هؤلاء الفقهاء كانوا في بعض الاحيان يعترفون بضرورة منع الشخص من فعل ، لا لانه سوء استعمال للحق ، بل لانه تجاوز على الحق . ومثاله ما جاء في رد المحتار انه « لو بنى احد في بيته تنوراً للخبز دائماً ، او رحى للطحن او لو اتخذ داره حماماً وتأذى جيرانه من الدخان اذى فاحشاً ، فانه يمنع من هذه التصرفات جميعاً » حتى ان ابن حزم نفسه قال « لا يجوز لاحد ان يدخن على جاره لانه اذى ، وقد حرم الله تعالى أذى المسلم »[1] .

هذا رأي ومذهب من مذاهب الشريعة ، وآراء فقهائها ، ولكن هنالك رأياً آخر اغلب وأعم ، ساد في الازمنة الاخيرة ، وافتى به مشايخ الاسلام ، ذهب الى اعتبار الشخص مسؤلا عن استعمال حق له اذا اضر بالغير . ويكون الاضرار بالغير الذي يمنع من استعمال الحق ، بصور مختلفة ، وبحسب نوع الحق. والفقهاء القائلون بذلك كثيرون ، فريق تطرف في التضييق في استعمال الحق ، حتى اخذ بما يمثل اليوم النظرية المادية او الموضوعية للتعسف ، اي النظرية التي تعتبر الشخص مسيئاً او متعسفاً بمجرد الاضرار بالغير ولو لم يقصد هذا الاضرار وهو يستعمل حقه ، وهذا اقصى ما بلغه الفقه الحديث والتشريع المعاصر ، وفريق آخر – وهم قلائل – قال بما يشبه النظرية الشخصية لسوء الاستعمال ، وذلك لاشتراطه قصد الضرر او نية المستعمل في الاساءة[2] . وكل من الفريقين يؤيد نظرية التعسف في استعمال الحق ومؤيداتها ، وخصوصاً الفريق القائل بما يشبه النظرية المادية فيها .

ويذكر بعض المؤلفين – كالاستاذ المحمصاني – الاحكام الشرعية والقواعد

---

(١) المحلى ج ٨ رقم ١٣٥٨ .

(٢) راجع المحمصاني المرجع السابق ص ٥٠ وما بعدها .

الفقهية التي تؤكد هذه النظرية وتوجب الاخذ بمبادئها ، وحسبنا أن نشير هنا الى اهم هذه القواعد والاحكام المثبتة لها .

اننا نجد فيما يؤيد اقوال الفريق الذي يقول بتقييد استعمال الحق حتى لايضر بالغير نوعين من الاحكام والقواعد : احكام وقواعد عامة ، واحكام ونصوص خاصة في مواضيع معينة .

أ ـ اما الاحكام والقواعد العامة فكثيرة نقتطف هنا اهمها :

جاء في الحديث الشريف «لايؤمن احدكم حتى يحب لاخيه ما يحب لنفسه» كذلك من البديهيات الشرعية القديمة والحديثة التي نشأت مع الشريعة وتبقى خالدة معها ان « درء المفاسد اولى من جلب المنافع »[1] وقال ابن نجيم[2] « اولى من جلب المصالح » واتفقوا ايضاً انه اذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع[3] بمعنى انه اذا اصطدم حكمان احدهما ايجابي يمنح الشخص حقاً ونفعاً ، والثاني سلبي يحرم على الشخص عملاً يتصادم مع الحق المذكور ، قدم الثاني على الاول لانه امنع للضرر ، ولو ادى الى فقدان منفعة او ضياع كسب . كذلك فقد اتفقوا انه « لاضرر ولا ضرار » وان « الضرر يزال »[4] ، حتى فرعوا عنها ان الشفعة كلها انما قامت على هذا المبدأ وانها نتيجة لهذه القاعدة .

وكذلك فقد قال الفقهاء ونصت المجلة انه « يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ، ويتفرع عن هذا منع الطبيب الجاهل[5] » . وذكر في الاشباه تطبيقاً لهذا المبدأ أنه يجبر مالك الحائط المائل على هدمه ، كما يجوز تحديد الاسعار عند تعنت ارباب الطعام في بيعه بغبن فاحش ، وأخيراً فانه يلزم المحتكر بيع ما احتكره

---

(١) المجلة مادة ٣ ؛ راجع المحمصاني المرجع السابق ص ٤٥ .
(٢) الاشباه والنظائر ص ٣٥ .
(٣) المادة ٤٦ من المجلة .
(٤) المادتان ١٩ و ٢٠ من المجلة .
(٥) المادة ٢٦ من المجلة .

من طعام جبراً عليه عند الحاجة اذا امتنع عن بيعه .. الخ[1] .

وقالوا ايضاً « الضرر الاشد يزاله بالضرر الاخف »[2] ، وذلك فرع من فروع القاعدة السابقة ومتحد معها في الاصل والنتائج . حتى نصت المجلة في المادة ١٢٠٠ انه يدفع الضرر الفاحش بأي وجه كان .. ومثلت على ذلك كما يلي :

« لو اتخذ في اتصال دار دكان حداد او طاحون ، فمن طرق الحديد ودوران الطاحون يحصل وهن للبناء ، او باحداث فرن او معصرة لا يستطيع صاحب الدار السكنى فيها لتأذيه من الدخان ورائحة المعصرة ، فهذا كله ضرر فاحش بأي وجه كان يرفع ويزال .. وكذا لو كان لرجل عرصة متصلة بدار آخر فشق فيها نهراً الى طاحونه وجري الماء يوهن جدار الدار ، او اتخذ احد أساس جدار جاره مزبلة والقاء القمامة يضر الجدار فلصاحب الجدار تكليفه رفع الضرر .. » الخ .

وذكروا كذلك ان من المبادىء المعترف بها في الشريعة الاسلامية انه « لا يمنع أحد من التصرف بملكه الا اذا كان ضرره لغيره فاحشاً . » (مادة ١١٩٧ من المجلة) ولعل هذه القاعدة على اطلاقها ، كافية وحدها لاعتبار استعمال الحق في الملك ممنوعاً حين يكون الضرر الذي يصيب الغير فاحشاً .

واخيراً فقد ذكر الفقهاء ونصت المجلة في مادتها ٣٢٦ ان لكل واحد حق المرور في الطريق العام ـ وهذا حق لا مراء فيه ـ ولكن بشرط السلامة . يعني ـ كما تقول المجلة ـ انه مقيد بشرط ان لا يضر غيره بالحالات التي يمكن التحرز منها ، لانه يتصرف في حقه من وجه ، وفي حق غيره من وجه آخر . ونستطيع أن نستخلص من هذا المثال أن الفقهاء لو توسعوا في هذا المبدأ وطبقوا شرط السلامة ليس فقط على حق المرور في الطريق ، بل على سائر الحقوق ، وفسروا هذا

---

(١) المواد ٨٧ و ٨٩ و ٩٢ من المجلة . راجع كذلك حكم المحكمة المختلطة السورية رقم ٨٢ تاريخ ١٨ تشرين الثاني ١٩٢٥ ، تطبيقاً للمادة ٩٢ ، منشور في مجموعة صنيج ج ١ ص ١١ .

(٢) المادة ٢٧ من المجلة .

الشرط ، كما فسروه ، بالاضرار بالغير ، في استعمال كل حق من الحقوق، اذن لكنا أمام النظرية الحديثة اليوم باوسع معاييرها .

وفي كل الاحوال فان هذه المباديء العامة تشير الى ان « الضرر » اذا لحق بالغير فيجب تفاديه ، ويجب تحاشيه ، وتجب ازالته ، ولو كان ذلك يؤدي الى منع المالك من التصرف في ملكه ، كما دلت على ذلك القاعدة الاخيرة (المادة ١١٩٧) ، فعلقت التصرف على عدم الحاق الضرر الفاحش بالغير .

وقد عرفت المجلة الضرر الفاحش في المادة ١١٩٩ فقالت « هو كل ما يمنع الحوائج الاصلية ، يعني المنفعة الاصلية المقصودة من البناء كالسكنى ، او يضر بالبناء اي يجلب له وهنا ويكون سبب انهدامه » وسنرى تطبيقات هذه المباديء الكثيرة الهامة بالنسبة لتشريعنا الحاضر وقانوننا المدني .

ولنشر منذ الآن الى ان اول القائلين بهذا التقييد للمبدأ تقييداً مادياً عاماً هو الامام مالك بن انس ، وجاراه في ذلك الامام ابي يوسف ، مخالفاً القياس وظاهر الرواية في الامر ، ومتأثراً بالاستحسان والمصالح المرسلة وحاجات الحياة الاجتماعية العملية . وقد تمشى على رأيه مشايخ بلخ والمتأخرون من الحنفية كما تدل على ذلك كتب الفقه الكثيرة . وافتى بهذا المذهب مشايخ الاسلام في الدولة العثمانية من عهد ابي السعود العمادي[1] واخذت به المجلة كما رأينا .

ب ـ اما الاحكام الخاصة والتطبيقات للمباديء العامة فكثيرة وأبرزها ما تعلق بمعاملات الجوار وعلاقاتهم . فلقد قالوا ان النبي عليه السلام ظل يوصي بالجار حتى ظنوا ان الجار يرث ، ومن آثار ذلك ما جاء بعبارة حجة الاسلام الغزالي[2] ان الجوار لم يكن كف الاذى فحسب ، بل احتمال الاذى واظهار

---

(١) راجع شرح على حيدر على المادة ١١٩٧ من المجلة ؛ الحمصاني ، المرجع السابق ص ٤٦ والمراجع الفقهية الكثيرة المذكورة في الهامش .

(٢) احياء علوم الدين ج ٢ ص ١٨٩ .

الرفق واسداء الخير والمعروف ؛ حتى قيل : « الجار ولو جار » ؛ ومن أثر ذلك حق الشفعة الذي منحه المشرع الاسلامي بحسب المذهب الحنفي للجار ، وأجاز به ان ينتزع لنفسه العقار المجاور الذي يبيعه جاره الى الغير لقاء دفع ثمنه ولو جبراً على المشتري . رغم ما في ذلك من مخالفة لحرية التعاقد والتصرف .

وبالاستناد الى قاعدة « درء المفاسد اولى من جلب المنافع » — في العلاقات الجوارية — بنى الفقهاء نظرية خاصة لسوء استعمال الحق ، تقوم على منع المرء من استعمال حقه اذا نتج منه ضرر فاحش للجار ، لان منع الضرر الفاحش عن الجار اولى من ابقاء المنفعة لصاحب الحق . فلم يجيزوا للجار ان يستعمل حقه في ملكه فيشعل النار ، وينشر الدخان او الغبار ، ويوهن الجدار ، ويحجب ضوء النهار ؛ كما منعوه من احداث الصوت المتواصل ، وطرق لحديد بما يمنع السكنى او يحدث وهناً في بناء الجار ، فان قال البعض ان هذا ليس استعمالا للحق فقط ، بل هو تعد على حق الآخرين ، او اضرار بالغير دون حق (وقد يكون ذلك صحيحاً كما في حالة عدم الاحتراز عند المرور بالطريق العام) فان هناك احوال اخرى لا تخرج عن حدود استعمال الحق العادي ، ولكن الشرع قد شجبها بتأثير المبدأ العام ، واليكم بعض الامثله :

١ — لو احدث رجل بناء مرتفعا في قرب بيدر آخر وسد عليه مهب الريح فانه يكلفه رفعه للضرر الفاحش .. (المادة ١٢٠٠ من المجلة) .

٢ — نصت المادة ١٢٠١ من المجلة « . . سد الضياء بالكلية ضرر فاحش ، فاذا احدث رجل بناء فسد بسببه شباك بيت جاره ، وصار بحال لا يقدر على القراءة معها من الظلمة ، ان يكلفه رفعه للضرر الفاحش ، ولا يقال الضياء من الباب كاف لان باب البيت يحتاج الى غلقه للبرد ، وغيره من الأسباب .. »

٣ — ان حق المالك في البناء السفلي مقيد من حيث الاستعمال بحق المالك في البناء العلوي ، فلا يجوز لصاحب البناء الاول ان يهدم بناءه او يستعمل

ملكه بشكل يضر بجاره ولو كان في ذلك منفعة له[1] .

٤ – وجاء في المغني انه « لو اضطر احد الى طعام وشراب لغيره فطلبه منه فمنعه اياه مع غنائه عنه في تلك الحال ، فمات بذلك ، ضمنه المطلوب منه (يعني لزمته الدية) لماروي عن عمر رضي الله عنه انه قضى بذلك »، واردف صاحب المغني يعلل هذا الحكم بأنه اذا كان الشخص قد اضطر اليه فقد صار به حق واولى ممن هو في يده ، وله اخذه قهراً ، فاذا منعه اياه تسبب الى هلاكه بمنعه مايستحقه ، فلزمه ضمانه ، كما لو اخذ طعامه وشرابه فهلك بذلك[2] »... الى آخر ماهنالك من تطبيقات .

ويتضح من هذه العجالة التاريخية انه اذا لم يكن في الشريعة الرومانية والحقوق القديمة الاجنبية ، نصوص ومبادىء يمكن ان تعتبر اساساً لنظرية التعسف في استعمال الحق بالمفهوم الحديث ، فان الشريعة الاسلامية جاءت بكثير من المبادىء والقواعد التي يمكن ان تعتبر بحق اساساً لها ، وقد اقامتها ليس على اعتبار النية والقصد في الاساءة معياراً للتعسف فحسب ، بل انها اخذت كذلك بالمعيار المادي القائم على مجرد الحاق الضرر الفاحش بالغير ، بصرف النظر عن النية والقصد . وهو كما سنرى غاية ماوصلت اليه النظريات الحديثة[3] .

ومع ذلك فان هذه المبادىء والاحكام رغم وضوحها ووفرتها ، لم تكن

---

(١) راجع المادتين ١١٩٨ و ٤٦ من المجلة . وربما استطعنا ان نمثل كذلك على التعسف باستعمال حق الملك ، حال المالك المشترك في سفينة ، فاذا اقتسم أوتهايأ مع شركائه واختص بقسم منها وأخذ ينقب فيه على أنه في حوزته وملكه ، يكون هذا المستعمل متعسفاً لأنه بفعله سيضر بشركائه – وأي ضرر – الى حد اهلاكهم وإهلاك نفسه معهم . وهذا ما ورد الحديث على منعه . وقل مثل ذلك في كثير من استعمالات المال المشترك .

(٢) راجع المغني ، ج ٩ ص ٥٨٠ عن المحمصاني ، المرجع السابق ص ٤٧ .

(٣) راجع محاضرات وبحوث اسبوع الفقه الاسلامي الذي تم في دمشق في اول نيسان (ابريل) ١٩٦١ .

مع الاسف لتطبق بشكل نظرية تامة ، ولم يعمل الفقهاء ، ولا سيما القضاء عندنا في الأزمنة الأخيرة ، على الإستفادة من هذه النصوص والأحكام ، أو تكوين نظرية كاملة بهذا المعنى ، على ما ساد في القرن الأخير وفي الشرائع المختلفة اليوم. ولعل السبب الأصلي في ذلك طغيان الروح الفردية وفلسفة الحرية على سائر الفعاليات .

وقد ذكرنا أنه حتى عصور خلت ظلت التشريعات والقوانين قاصرة على ذكر حالات خاصة معينة . فليس في القوانين الاوربية الصادرة قبل القرن العشرين وليس في مجموعات نابليون كلها نصوص عامة أو خاصة لنظرية سوء استعمال الحق كما ورد في مجلة الأحكام العدلية مثلاً . ولا غرو ، فالنظريات المدرسية القديمة التي اشتقت مبادئها من نصوص الديجست والقوانين الرومانية وتقيدت بها تقيداً شديداً ، ولا سيما طغيان الأفكار الفردية ومبادىء الحرية قبيل الثورة الفرنسية ، كل ذلك لم يشجع أي تفكير اجتماعي في تقييد الحق المطلق ، بحيث لم يكن ليأتلف بحسب ما المفهوم مبدأ الضمان ، مع وجود الجواز الشرعي.

٣ ـــ القوانين الحديثة :

ولعل أول القوانين الاوربية التي تبلورت فيها هذه النظرية ، وأخذت شكلاً ايجابياً عاماً هو القانون الألماني الصادر سنة ١٨٩٦ والنافذ سنة ١٩٠٠ ، فقد جاء في مادته ٢٢٦ أنه : « لا يجوز استعمال حق ما اذا كان ذلك لا يستهدف سوى الحاق الضرر بالغير » . فقيد بذلك استعمال الحق بقيد واحد ضيق ، هو قصد ايذاء الغير والاساءة إليه .

ثم جاء القانون السويسري الصادر عام ١٩٠٦ والنافذ عام ١٩١٢ ، فنص في مادته الثانية نصاً أوسع ، وقيد الحق قيداً أشد فقال : « كل إنسان ملزم أن يستعمل حقوقه وينفذ التزاماته وفقاً للقواعد التي تقتضيها النية الحسنة . ان إساءة

استعمال الحق بشكل صريح لا يستفيد من حماية القانون . »

وقال شراح هذه المادة، ان الذي يراه بهذه الإساءة ليس هو العنصر النفسي، أي نية الإساءة الشخصيه ، كما يمكن أن يفهم من القانون الألماني ، بل العنصر المادي الموضوعي ، وبما يخالف قواعد النية الحسنة . وكل ما يتطلبه القانون من المتضرر أن يثبت ان استعمال الحق من قبل خصمه قد ألحق به ضرراً ، أو بعبارة أخرى كما قال مجلس الاتحاد السويسري في رسالته المؤرخة ٢٣ مايس ١٩٠٤ « لقد أوجدنا في هذا النص نوعاً من طرق المراجعة الاستثنائية يضمن احترام العدالة لأولئك الذين يذهبون ضحية تعسف بيّن لحق قانوني استعمله الغير ، عندما لا تكفي الطرق العادية لدرئه » .

واستمرت القوانين الجديدة في الأخذ بهذه النظرية والتوسع فيها ، حتى قضى القانون البولوني في مادته ١٣٥ أن كل من يلحق عن قصد أو عن اهمال ضرراً بالغير وهو يستعمل حقاً من حقوقه ، يكون ملزماً بضمانه ، اذا كان قد تجاوز في استعماله حدود النية الحسنة أو الهدف الذي من أجله أُعطي هذا الحق .

ثم جاء مشروع القانون الفرنسي ـ الايطالي للالتزامات ، فضرب في التوسع في هذه النظرية قصب السبق ، حيث اعتبر متعسفاً « كل من يلحق ضرراً بالغير متجاوزاً في استعمال حقه حدود النية الحسنة أو الهدف الذي من أجله أُعطي هذا الحق » (المادة ٧٤ الفقرة الثانية) . فلم يشترط كالقانون البولوني أن يكون الضرر ناشئاً عن « قصد أو عن اهمال » بل جاء مطلقاً شاملاً لكل ضرر يلحق الغير متى كان في استعمال الحق تجاوز لحدود النية الحسنة أو للهدف الذي من أجله وجد هذا الحق . وقد تبنى القانون اللبناني للموجبات والعقود هذا النص في مادته ١٢٤ التي تعتبر من احدث النصوص واجرئها وان يكن القضاء اللبناني غير منطلق في تطبيقها بعد .

وأخيراً فقد جاءت المادة السادسة من قانوننا المدني تبين أسس التعسف

والاستعمال غير المشروع كما سنفصله قريباً .

هذه هي المراحل التطورية الرئيسية التي اجتازتها نظرية اساءة استعمال الحق في الشرائع المختلفة في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين .

§ ٢ ـ نقد هذه النظرية وقيمتها

كثير من فقهاء الحقوق وخصوصاً في مطلع القرن العشرين ، (كالاستاذين اوبري ورو Aubry et Rau ، ومن بعدهما بلانيول Planiol واسمن Esmein) عندما أخذت القوانين الحديثة تنص على سوء استعمال الحق بشكل صريح ، اخذوا ينتقدون هذه النظرية وينالون منها . فقد عابوا عليها اجمالاً انها غير منطقية وخطرة .

أ ـ قالوا هي مخالفة للمنطق : ذلك لان القانون لا يمكنه أن يمنع ما أجازه صراحة ، ويأخذ بيد ما اعطاه بالاخرى . فاذا أتى شخص عملاً مسيئاً ، وارتكب خطيئة قصدية لا يكون قد أتى عملاً ضمن حدود القانون والحق ، وانما يكون قد أتى ما ليس بحق ، فالحق ينتهي حيث الاساءة تبدأ . والعمل الواحد لا يمكن ان يكون في نفس الوقت مشروعاً وغير مشروع[1] .

ومن الثابت ان العمل غير المشروع لا يوجب المسؤولية الا عندما يكون هناك خطأ . والخطأ ، ركن المسؤولية التقصيرية ومصدرها ، لا يكون الا عند الاخلال بالواجب أو القيام بما هو غير مشروع ، أي بما هو مخالف للحق ، ولا يقره القانون . فمن استعمل حقه لا يعتبر متعسفاً ولا يكون استعماله غير مشروع الا اذا اخطأ ، ولكنه اذا اخطأ لا يكون صاحب حق وممارساً لحقه ضمن حدوده .

---

(١) Conforme et contraire au droit ، بلانيول ، مبادىء القانون المدني ج ٢ رقم ٨٧١ .

أن لهذه الملاحظة في الواقع نصيباً من الحقيقة ، ولعل التعمق فيها يساعد على تفهم روح النظرية وحقيقتها . ذلك لأنها ان دلت على شيء ، فانما تدل على انها لا تتصور عملاً مضراً بالغير الا اذا كان ناجماً عن خطأ او عن تعد ، وبالتالي فلا مجال لبحث التعسف وانما تكون هناك مسؤولية تقصيرية .

غير اننا في الواقع اذا نحن تعمقنا في هذا البحث نجد أن النصوص التي تحدد الحقوق بشكل ضيق ، يجب تفسيرها وتطبيقها على ضوء المبادىء العامة الحقوقية . فاذا رجعنا الى هذه المبادىء نجد ، اول ما نجد ، النصوص المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية ، هذه النصوص التي توجب على كل فردان لايتجاوز حدود حقه ، وان لا يكون مؤذياً في عمله ، وان يكون حكيماً وحريصاً فيما يأتيه . واذا كان من مقتضى هذه المبادىء ان الحرية هي اول الحقوق واسماها ، وان الانسان حر في الاصل في أن يأتي الاعمال التي يريدها ، غير أن حريته هذه مقيدة بعدم الاضرار بالغير أو الاعتداء عليه ، وان هذا القيد من طبيعة الحق نفسه يخضع ـ كحق ـ الى التبعة في كل مرة يكون استعمال هذه الحرية مضراً بالغير ، كذلك ليس مايمنع من تطبيقها على الحقوق الاخرى المعينة بالقانون ، كحق اقامة الدعوى ، أو سلطة الزوج على زوجه ، أو استعمال المال ، أو التصرف بالملك الخ ...

ولو كان ذلك ضمن الحدود القانونية ، بحيث تعتبر الحقوق نسبية ، ومقيدة بمبدأ عام هو عدم الاضرار بالغير ، وهو من القيود الطبيعية للحق اللازمة له لا في الحرية فقط بل في سائر الحقوق .

ب ـ رب قائل يقول ، وهذا هو الانتقاد الثاني ، ولكن الا تصبح نظرية كهذه خطراً على الناس ، تعرضهم لاهواء القضاة وتحكمهم وتقديرهم الكيفي ؟ أو ليس مفهوم النية في استعمال الحق أو تقدير مسؤولية المستعمل ، مفهوم صعب ، مرن لا بد في تقديره وتعيين حدوده من الاستسلام للقاضي ؟ واذن الانجعل من هذا القاضي سلطاناً فوق القانون ، يستطيع ان يقول : ان هذا العمل مقصود فيه

الاضرار أو انه يشكل اساءة استعمال الحق حتى من غير قصد ، وبالتالي يستطيع القاضي ان يضرب بالنص عرض الحائط[1] ؟ أليس ذلك خطراً وغير مقبول ؟

وقد يكون ذلك صحيحاً لو كان القاضي يعمل بشكل كيفي من غير قيد ، ودون ان يكون مقيداً بأسس أو قواعد معينة . ولكن الحقيقة ان مفهوم الخطأ ليس مرناً كيفياً الى هذا الحد ، بل هو مفهوم قانوني تقليدي ، خاضع فوق ذلك الى سلطة المحكمة الاعلى فهو ليس كيفياً اكثر من غيره من المفاهيم الحقوقيه الاخرى . أفلا ينظر القاضي الى سائر المفاهيم والاحوال القانونية ليطبق عليها المبادىء او لاحكام بمنطاره الخاص ، ويقدرها بمعرفته ، كالخطيئة في المسؤولية التقصيرية ، وتقدير الوقائع والشهادات بشكل عام ؟ فلماذا نخشى سلطة القاضي في مفهوم التعسف فقط ، ولا نخشاها في سائر المبادىء والاحكام الاخرى ؟

وهكذا بدت مشروعية هذه النظرية وحكمتها اقوى مما وجه اليها من انتقاد . حتى إذا أضفنا الى ذلك ان المشرع لا يستطيع ان يحيط بكل صغيرة وكبيرة وكل سيئة وحسنة ، ليحد كل حكم بحدود ، ويقيد استعماله بقيود ، ولا سيما في هذا العالم الذي تسوده اليوم روح اشتراكية اجتماعية ، تستوحي العدل قبل النص ، والباطن قبل الظاهر . وعرفنا ان هذه النظرية قد وضع لتطبيقها اسس وشروط لا بد من توافرها ، لتأكد لنا انها تواصل يوماً بعد يوم ، احتلال مكانها في عالم الحقوق والقانون .

§ ٣ — اسس التعسف في استعمال الحق ومعاييره

واذا صح هذا ، فما عسى تكون الاسس التي تقوم عليها هذه النظرية ؟ متى

---

(١) فنحل بذلك الخطأ الادبي محل الخطأ القانوني في المسؤولية ، ونمزج بين علم القانون وعلم الاخلاق ، فضلا عما يجره هذا البحث من تحكم القضاة ، (اسمن Paul Esmein في المطول العملي للحقوق المدنية لبلانيول ، ج ٦ نبذة ٥٧٤) .

يمكن ان يقال ان فلاناً قد اساء استعمال حقه فوجب مسؤوليته ؟ هل هناك مقاييس حقوقية ثابتة يمكن اعتبارها معياراً للمسؤولية ؟

قبل القانون المدني السوري ، ذكرنا انه كانت تسود في سورية احكام المجلة والشريعة الاسلامية ، التي اتيناعلى سرد بعض احكامها ؛ ومنها يتضح ان الاساس الذي كانت تقوم عليه فكرة اعتبار الشخص متعسفاً في استعمال حقه ومسؤولا عن هذا الاستعمال ، اساس مادي موضوعي ، يكتفي بلحوق الضرر الفاحش بالغير[1].

أما في الشرائع الاخرى فقد انقسم الفقهاء ، كما انقسم التشريع والقضاء ، في تحديد معيار التعسف ، واساس النظرية ، شأنهم في أصلها . فمن قائل بتضييق هذا المعيار وقصره على حالة واحدة هي فقط قصد الاضرار بالغير دون نفع في استعمال الحق . الى قائل يجعل الأساس في مجرد الضرر ، ولو عن غير قصد ، ولو كان مستعمل الحق لاينوي ايذاء الغير والاضرار به ، ولو كان يجني من وراء استعماله منفعة كاملة . وبين هاتين النهايتين قامت درجات ومقاييس وسطى . ويمكننا ان نقسم مختلف هذه المقاييس على ما بينها من تفاوت الى معيارين رئيسيين ، معيار شخصي او ذاتي ، ويدخل في ذلك اضيق المقاييس وما تفرع عنها من حالات ، ومعيار مادي موضوعي يصل الى حد التطرف في التوسع بهذا المعيار .

أ ـــ المعيار الشخصي او الذاتي Subjectif

ان أصل هذا المعيار قائم على وجود قصد الاضرار ، ونية الاساءة في شخص

---

(١) وقد طبقت المحاكم السورية في بعض الاحيان بحسب هذا المعيار نصوص المجلة فقضت مثلا : اذا كان العرف والعادة توجبان اعلام المستخدم بالانفكاك عن العمل قبل مدة من تسريحه الذي هو حق لرب العمل ، كما ان ترك العمل حق للمستخدم ، فان استعمال هذا الحق من احدهما دون انذار الاخر يعتبر تعسفاً (محكمة الاستئناف المختلطة سنة ١٩٢٧ ، وتميز مختلط ، تاريخ ٢٩ كانون الثاني ١٩٢٩ ، مجموعه صنيج ج١ ص ٨) .

المسيء . فيجب التحري عن هذ النية ، والتحقق من ان الشخص الذي استعمل حقاً من حقوقه، انما قصد من وراء هذا الاستعمال إلحاق الضرر بالغير ،فالمقياس في ذلك ذاتي يرجع الى نوايا الشخص ومقاصده لا مجرد الضرر الذي يلحق بالغير عن غير قصد ، وهو بذلك نفس المعيار الشخصي والتقليدي في تحديد الخطأ الموجب للمسؤولية .

وقد رأينا ان الشرائع منذ القديم كانت ميالة لالزام المسيء الذي يتعمد الاضرار بالغير بالتعويض عن اساءته ، وان لم تأت بنص صريح عام كنص المادة ٢٢٦ من القانون الالماني مثلاً . وليس من يعترض على هذا المبدأ أو يختلف فيه بالنسبة لهذا المعيار ، وان اختلفوا بالتعليل او الحالات المنبثقة عنه. الا ان الفقهاء والقضاة في فرانسة ، الذين لا يرون ضرورة اللجوء الى بحث التعسف وسوء استعمال الحق للحكم بالتعويض ، يتمسكون بالمسؤولية الجرمية او التقصيرية التي تجعل من يلحق بخطائه او بفعله ضرراً بالغير ، مسؤولا في الاصل عن هذا الضرر ، ويقولون أنه مما لا شك فيه ان الطبيعة الحقوقية التي توجب التبعه في مثل هذا الوضع ، لا تخرج عن الجرم المدني او الخطيئة الجرمية القائمة على القصد او الاهمال ، وان كانت في معرض استعمال حق من الحقوق ، اذ يجب ان لا تستعمل الحقوق الا لجلب النفع او دفع الضرر ، فاذا هي استخدمت لتكون معاول للهدم والبغي وإلحاق الاذى بالغير اصبحت شراً تلزم محاربته[1]. وفي كل الأحوال فإن من يستعمل حقاً بقصد الاضرار بالغير ، يكون مسؤولاً عن هذا الضرر سواء باسم التعسف في استعمال الحق ـ وهو الأصح ـ او باسم المسؤولية التقصيرية ، كما ذهب القضاء الفرنسي ؛ ما دام قصد الاضرار ثابتاً . والأمثلة على ذلك كثيرة نقتطف بعضاً منها .

---

(١) راجع الدكتور محسن شفيق ، الالتزامات في القانون المقارن . ص ١٣٤ .

في الملكية والجوار : تكاد تكون علاقات الجوار واستعمال حق الملكية العقارية من اظهر الأمثلة واكثرها وقوعاً في هذا النوع من التعسف . فقد اتفق ان نظر القضاء في فرانسة بحالة شخص يملك ارضاً مجاورة الى مكان للمناطيد ، واقام على الحدود الفاصلة بينهما انقاضاً واكواماً من الخشب ، تقوم عليها قضبان شاهقة من الحديد تخترق الجو صعداً ، بقصد عرقلة طيران المناطيد وتمزيقها في الذهاب والإياب . فقضت محكمة النقض الفرنسية — رغم عدم وجود نص في القانون المدني الفرنسي — ان هذا المالك قد تعسف في استعماله حقه في الملكية وأوجبت عليه الضمان (محكمة النقض الفرنسية ١٣ آب ١٩١٥) .

كذلك من الأمثلة التي حدثت قضاءاً ، ان مالكا مجاوراً لبائع اجهزة للراديو قد وضع في ملكه المجاور آلة كهربائية (بوبين رومكورف) لإحداث ضجيج مرعب بقصد الاضرار بجاره بائع الراديو ، ودون ان تكون له من ذلك فائدة .

ويمكننا ان نتصور أمثلة كثيرة اخرى من هذا النوع ، كما لو عمد شخص الى فتح منابع المياه في عقاره او تفجيرها ، بقصد التأثير على بناء جاره ليهن او يخرب . او كمثل من يضع على حدود ارضه الزراعيـة مواد كيماوية محرقة لتترشح الى ارض جاره وتقضي على اشجارها القريبة .

أو كمثل من يشيد فوق ارض يملكها حائطاً مقابلاً لبناء جاره ويذهب به صعداً يعلو البناء او اكثر ، دون ان يقصد من ذلك الا الاضرار ببناء جاره ، وذلك لحرمانه من الضياء ، والهواء والخ . . فيعتبر متعسفاً في استعمال حق ملكه[1].

---

(١) لقد تكرر وقوع مثل هذا التعسف في استعمال حق الملك في العلاقات الجوارية ، في سوريه ، وصدرت فيه عدة قرارات ، منها قراران لمحكمة التمييز السورية الاول رقم ١٨٦ تاريخ ٢٥ شباط ١٩٥٣ (مجلة القانون ١٩٥٣ ص ٣٤٤ - ٣٤٩) والثاني رقم ٣٤٠ تاريخ ٢٧ ايلول ١٩٥٤ (مجلة القانون ١٩٥٤ ص ٩١٢ - ٩١٥) .

او كمثل من يحفر في ارضه حفراً واخاديد عميقة جداً بقصد قطع شرايين المياه على جيرانه والاضرار بها الخ ...

في كل هذه الاحوال هنـــاك اساءة قصدية في استعمال الحق توجب المسؤولية والضمان .

قلنا ، والتعسف في استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير لا يقتصر على حق الملكية بل يشمل سائر الحقوق الاخرى عقدية او غير عقدية .

ففي العلاقات العقدية : كعقد العمل مثلاً ، بين العمال ورب العمل ، فقد اعتبر العمال الذين استعملوا حقهم الشرعي في الاضراب ، بقصد تعطيل المعامل والاضرار برب العمل فقط دونما هدف مهني ، او منفعة حقيقيـة ، اعتبروا قد اساءوا استعمال حقهم في ذلك ، ومثلهم العمال المكلفون بالاشراف على محلات رب عملهم والسهو عليها ، الذين يطلبون من بعض الزبائن ان لا يأتوا الى المحل ، بقصد واحد هو الاضرار برب العمل [1] ، ولو كان ذلك يضر بهم انفسهم (جرياً مع المثل القائل : علي وعلى اعدائي) .

وكذلك رب العمل الذي يأمر باطفاء أنوار معمله ، او تعطيل دولاب حركته بقصد الاضرار بالعمال ، يكون متعسفاً ومسؤولاً عن تعسفه في استعمال حقه .. الخ .

ويمكننا ان نتصور احوالاً عقدية كثيرة اخرى في عقود العمل وغيرهـا يسيء فيها الشخص استعمال حقه بقصد الاضرار بالغير .

مثـلاً : رب العمل الذي يحقد او يغضب على احد العمال او بعضهم لانهم يشتركون في الاعمال النقابية ، فيسرحهم بقصد الاضرار بهم فقط ليأتي بغيرهم

---

(١) راجع قرار محكمة استئناف باريز ٢٤ آذار ٩٣٢ . كازمت دوباله ١٩٣٣ - ١ ٩٦٩ ؛ محكمة فاندوم ١٥ آذار ١٩٣٨ كازمت دوباله ١٩٤٧ - ١٩٨٢ ولعل في هذا المثال مسؤولية تقصيرية اكثر من تعسف في استعمال الحق .

محلهم ، دونهم كفاءة ، ومثلهم أو أكثر منهم اجرة وهكذا يكون التسريح تعسفياً في كل مرة يلجأ اليه رب العمل بقصد الاضرار بالعامل ودون سبب مقبول . وقد اعتبر القانون المدني فسخ عقد العمل ، والتسريح من قبل رب العمل ، تعسفياً ، يوجب تعويضاً اضافياً ، اذا جرى بسبب حجوز او وقعت تحت يد رب العمل ، او وقع هذا التسريح بسبب ديون يكون العامل قد التزم بها للغير » (راجع المادة ٦٦١ الفقرة الثانية من القانون المدني) لأن هذه الامور لاتؤلف أسباباً مبررة للتسريح .

وكالمشتري الذى يمتنع عن استلام المبيع قبل المدة المضروبة لهذا الاستلام لا لشيء الا لأنه يقصد الاضرار بالبائع ، بحيث يعطل عليه بيعه ، أو محله ، أو الخ ...

وأما في العلاقات غير التعاقدية : فأن التعسف في استعمال الحق ، لايقل تطبيقاً ووقوعاً عنه في العلاقات التعاقدية ونستطيع ان نجد في حالات عدة أمثلة على استعمال هذه الحقوق غير التعاقدية استعمالا تعسفياً موجباً للمسؤلية . لنأخذ مثلا طلب الدائن ايقاع الحجز الاحتياطي على اموال وأشياء مدينه بما يزيد عن حقوقه ومطاليبه ، أو بما يتناول أعمال المدين أو تجارته بسوء وضرر بالغ ، وذلك كله بقصد الاضرار بالمدين ، والنكاية به ، وليس فقط بقصد تحصيل الدين أو التأمين عليه .

ومنها مايتعلق باستعمال حق الطلاق الذي يتمتع به الزوج . فقد جاء في المادة ١١٧ من قانون الاحوال الشخصية أنه ينظر ما اذا كان طلاق الزوج تعسفياً دون ما سبب معقول — ومن باب أولى حين يكون القصد الوحيد منه الاساءة والنكاية بالزوجة — فان القاضي يستطيع ان يحكم على الزوج فضلًا عن مؤخر المهر ، بتعويض لا يتجاوز نفقة سنة (ولكن القانون المذكور لم يجز ابطال الطلاق لأنه واقع جداً أو هزلاً وفقاً للقاعدة الشرعية في ذلك) .

بل لقد قضت محكمة الاتحاد السويسري ان المستأنف الذي يستعمل حقه في تقديم الاستئناف ضمن مدته ، ولكنه لا يقدمه الا في آخر الاوقات مع استطاعته وامكانه تقديمه قبل ذلك ، ولم يتأخر الا بقصد واحد هو الاضرار بالمستأنف عليه ، يعتبر متعسفاً في استعمال حقه .. وهو لعمري كما ترون ، غاية ما يمكن ان يصل اليه التفكير في تطبيق النظرية على الحقوق القضائية .

في كل هذه الأمثلة التي ذكرناها تطبيقاً للمعيار الشخصي ، رأينا ان حجر الزواية في ذلك كله نية المسيء وقصده الاضرار بالغير ..

ويدخل المؤلفون ، والفرنسيون خاصة، تحت المعيارالشخصي عدة أحوال.

ويمكن ان نتصور في هذا الموضوع الحالات الآتية :

١ ــ قصد الاضرار فقط دون ان يكون للمستعمل اية منفعة ، وهو الاصل في هذا المعيار على النحو الذي اوضحناه في اكثر الامثلة السابقة .

٢ ــ قصد الاضرار بالغير ولكن مع المنفعة : في هذه الحال قد يجني مستعمل الحق الذي يثبت نيته في الاضرار بالغير ، منفعة من جراء هذا الاستعمال فهل نعتبره متعسفاً شأن من لم يقصد سوى الاضرار ؟ مثلاً مالك مجاور الى مرعى او اصطبل بقر ، اراد ان يسيء الى جاره ، فأقام قريباً من مكان البقر برجاً للحمام بشكل يتساقط منه ريش هذا الحمام في معالف البقر فيضر بها ضرراً بالغاً ، ولكن البرج يأتيه بفائدة ومنفعة ظاهرة لاتنكر ، وكان باستطاعته ان يبنيه في أي مكان آخر وانما اختار هذا المكان للاضرار بجاره ، فهل نعتبر عمله هذا تعسفياً ؟

اختلفوا في ذلك ، وقال بعض الفقهاء (أمثال ريبر ، بونكاز) ان مجرد حصول المستعمل على منفعة من استعمال حقه لا سبيل الى مسؤوليته . مثلاً يمكن لرب العمل الذي يقصد الكيد بالعامل ، لأنه عضو في النقابة فيسرحه ،

ان يحتج بأنه يستفيد من ذلك ولو معنوياً وبالتالي غير مسؤول .. الا ان الكثرة من الفقهاء والمؤلفين ذهبوا الى اعتبار القصد والنيه هما الاساس في المسؤولية التعسفية ، ولو جنى مستعمل الحق نفعاً من وراء ذلك، مادام الاصل في استعمال هذا الحق هو قصد الاضرار بالغير . وقد اخذ القضاء اللبناني بهذه النظرية حيث اعتبر « من قبيل التعسف في استعمال الحق ، القاء حجز احتياطي من شخص على عقار مسجل باسم شقيقه المليء ، لا لأجل تأمين حقوقه ، بل لمجرد منع شخص ثالث من انفاذ حكم صادر له يتعلق بالعقار المذكور [1] . ولو كان يستطيع ان يؤكد حصوله على نفع من جراء الحجز .

ويتجلى هذا القصد ، وتتضح تلك النية بما اطلقت عليه بعض القوانين اسم النية الحسنة ، والنية السيئة . فيعتبر قصد الاساءة موجوداً ، والشخص متعسفا ، بمجرد استعمال الحق بنية سيئة او عن غير نية حسنة ، وهذا البحث من المسائل الموضوعية التي تقدر بحسب الظروف والاحوال من قبل القاضي . على انه رغم ان المادة ٢ من القانون المدني السويسري و ١٢٤ من قانون الموجبات اللبناني قد نصتا على « ان استعمال الحق يجب ان يكون بنية حسنة » فان محكمة الاتحاد السويسرية ارادت أن تفهم من ذلك ان المعيار ليس شخصيا في نية الاساءة ، وانما هو موضوعي مادي ، هو مجرد عدم وجود النية الحسنة .

ونستطيع أن نضيف الى حالتي القصد مع المنفعة او بدونها حالات اخرى ، استخلصها الفقه والقضاء في اوروبة وفرنسة خاصة ، هي :

٣ — **عدم ثبوت القصد مع ثبوت عدم المنفعة** ، وذلك عندما يستعمل صاحب الحق حقه دون ان تكون له ثمة حاجة او منفعة من استعماله ، ويلحق بالغير ضرراً دون نفع له . في مثل هذه الحال يتفق الفقهاء المنقسمون على ثبوت

---

(١) استئناف لبنان الغرفة المختلطة ، تاريخ ١ — ٥ — ٩٤٦ ، النشرة القضائية سنة ٩٤٨ ص ٤٤٩ .

المسؤولية ووجوبها ويقولون ، أن الذي يستعمل حقا لاحاجة له به مطلقا، ولا فائدة يجنيها منه أبداً ، فيضر بالغير من دون قصد ، كمن أتى خطيئة شبه جرمية من النوع الثقيل . ذلك ان من يستعمل حقا لاحاجة له به ولا نفع ، مضر بنفسه وبغيره ، ان لم يكن أبلهاً ومغفلًا ، وعليه تبعة ذلك . ولم يتردد القضاء بالحكم بمسؤولية شخص كهذا ، وافتراض وجود القصد التعسفي ، مادام لم يثبت نفع صاحب الحق من استعماله . وهكذا قضت محكمة التمييز الفرنسية منذ سنة ١٩١٢ ، ان المالك الذي اجرى في أرضه حفريات لم تستهدف أية فائدة له، مسؤول عن نتائجها الضارة بالجوار ، ولو لم يثبت قصده بالاضرار . وهذا مايستفاد كذلك من قراري محكمة التمييز السورية المشار اليهما[1].

وفي الحقيقة ان من يستعمل حقا أو يأتي عملا مضرا بالغير ، ولا يجني من ورائه أية فائدة او نفع ، لهو كمن نوى وقصد الاضرار على حد سواء، يجب ان يجني الخزي والخسران ؛ لان المفروض بالانسان العاقل ان لايأتي عملًا مضراً بالغير ومن دون نفع له . وبذلك أصبح من السهل على المتضرر مخاصمة المسيء دون أن يثبت قصد الاساءة ، بل حسبه أن يثبت الضرر وعدم وجود نفع من استعمال صاحب الحق حقه . وعلى هذا ان يقيم اذا شاء الدليل المعاكس .

على أن بعض الفقهاء ، ومنهم واضع القانون المدني المصري ، اعتبر مثل هذه الحالة أقرب الى المعيار المادي لان القصد غير ثابت كما رأينا ، وان أمكن أن يعتبر القصد غالباً ، وموجودا ضمناً لأن عدم النفع قرينة على القصد .

ويلحق بهذه الحالة ما اذا كانت الفائدة التي يجنيها المستعمل تافهة لاتذكر كأن يجري الحفريات الكبيرة في الارض ليلقي فيها ببعض الاوساخ ...

٤ – **واخيراً الاهمال وعدم التحرز** : الى جانب أحوال القصد الظاهر أو

---

(١) راجع ماسبق هامش ٨٤٨ .

ماهو بحكمه على النحو الذي اوضحناه ، فان اهمال صاحب الحق أو عدم تحرزه حين استعماله له ، يعتبر من اسباب المسؤولية الذاتية أو الشخصية في استعمال الحق عند مالا يتخذ مستعمل الحق الاحتياطات اللازمة حتى لايضر بالغير .

وهذا المبدأ متفرع عن المبدأ الآتي : اذا كان القصد عملاً ايجابياً في شخص المسيء ، فان الاهمال والرعونة عمل سلبي فيه . واذا كان العمل الأول عن قصد ، جرماً مدنياً لانه يقوم على خطيئة ايجابية ، فان العمل الثاني ، وهو الاهمال ، أشبه بالجرم لانه يقوم كذلك على خطأ شخصي ، ولكنه سلبي لعدم الانتباه أو عدم الاحتراز .

وقد قبل القضاء الفرنسي هذا المعيار الحاقاً بالسابق ، وقضى بمسؤولية من يستعمل حقه ويضر بالغير بسبب خطائه السلبي الناجم عن اهماله وعدم تحرزه مستنتجاً هذا المعيار الشخصي من مبادىء المسؤولية التقصيرية القائمة على الخطأ كما ذكرنا .

على أن هذا المقياس في اعتقادنا يجب أن يعتبر في الحقيقة مادياً موضوعياً لعدم ثبوت القصد الذي هو أساس المعيار الشخصي مع انتفاع مستعمل الحق من استعماله ، لا سيما وان واضع القانون المدني عندنا هو في هذا الاتجاه .

هذه هي أمهات الاحوال في المعيار الشخصي أو الذاتي للتعسف في استعمال الحق . واذا رجعنا الى المادة ٦ من قانوننا المدني لوجدنا انها اخذت بهذا المعيار في فقرتها الاولى حيث قالت : « يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية :

آ — اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير . . . »

ورغم ان هذا النص بصراحة ألفاظه ، قد لا يتناول الا الحالة الاولى من حالات التعسف في المعيار الشخصي ، وهي الحالة التي لا يقصد الشخص فيها من وراء استعمال حقه سوى الاضرار بالغير ، دون أي نفع ، فان المذكرة الايضاحية لهذه المادة أشارت الى أن « الجوهري في هذا الشأن هو **توافر نية الاضرار** ولو أفضى استعمال الحق الى تحصيل منفعة لصاحبه » . وتضيف المذكرة الى ذلك

أنه « يراعى أن القضاء جرى على استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالا يلحق الضرر بالغير متى كان صاحبه على بينة من ذلك ، كما جرى القضاء ايضاً على تطبيق الحكم نفسه في حالة تفاهة المصلحة التي تعود على صاحب الحق في هذه الحالة » .

وبذلك فقد أخذ المشرع بالنص المذكور بالاحوال الثلاثة للمعيار الشخصي أو الذاتي ، واما الحالة الرابعة ، حالة الاهمال وعدم الاحتراز ، فانها ، اذا لم تلحق باحوال النية والقصد ، أي بالمعيار الشخصي ، فان الفقرات التالية للمادة السادسة المذكورة ، وقد أخذت بالمعيار الموضوعي ، توجب اعتبار الضرر الناجم عن الاهمال وعدم التحوز في استعمال الحق موجباً للمسؤولية .

وبالاستناد الى هذا المبدأ والمعيار الشخصي ، فقد جاءت نصوص خاصة كثيرة سواء في القانون المدني ، أو غيره من القوانين الاستثنائية ، تحمل هذه الفكرة ، وتقول بوجود التعسف بقصد الاساءة ، نذكر منها على سبيل المثال : المادة ٦٦٢ (الفقرة الثانية) من القانون المدني ، التي اعتبرت نقل العامل الى مركز أقل ملاءمة من المركز الذي يشغله لغير ما ذنب جناه عملاً تعسفياً من رب العمل اذا كان الغرض منه الاساءة للعامل .

وكذلك المادة ٦٩ من القانون التجاري ، فقد نصت انه : « اذا كان العزل ـ أي عزل مديري الاعمال ـ تعسفياً ، فانه يفتح سبيلاً للمطالبة بالتعويض ، بالشروط المبينة في القانون المدني » .

وأخيراً فان المرسوم التشريعي رقم ٩٧ تاريخ ٢٦ تشرين ثاني ٩٤٩ القاضي بتعديل الفقرة (ز) من البند الخامس للمادة الاولى من المرسوم التشريعي رقم ٧٦ المتعلق بالوقف الذري وتصفيته ، قد اعتبر كذلك شروط الواقف تعسفية وغير ملزمة اذا لم يكن يقصد منها سوى حرمان اصحاب الاستحقاق من الوقف والريع لعمل غير مشروع في أصله ، كما لو اشترط الواقف عدم الاستحقاق في حال زواج المستحق أو المستحقة اطلاقاً ، أو زواجها بالغرباء من العائلة الخ ...

ب — المعيار المادي او الموضوعي Objectif

اذا كان المعيار الشخصي او الذاتي يقوم على وجود النية والقصد بالايذاء والاساءة لدى مستعمل الحق ، أو ما هو بحكم ذلك ، فان المعيار المادي أو الموضوعي يقوم على مجرد حدوث الضرر ولحوقه بالآخرين ، دون أن يكون هناك لدى المستعمل ، قصد أو نية بإلحاق هذا الضرر . وبذلك يكون المقياس مادياً وموضوعياً إذ يتجلى بالأثر المادي ، او بتعبير آخر بذلك الضرر الموضوعي الظاهر ، الذي يتركه استعمال حق ما في اشخاص الآخرين أو حقوقهم .

ولكن هل ان الانسان مسؤول عن كل ضرر يصيب غيره اذا ما استعمل ـ بنية حسنة ، ومن غير قصد الضرر ـ حقوقه المشروعة ليجني ثمارها وينتفع بها ؟

لقد رأينا أن كثيراً من الشرائع والفقهاء يريدون أن يقصروا مسؤولية مستعمل الحق عند قصد الاضرار فقط ، واذا توسعوا في المعيار الشخصي الى حالات اخرى ذكرناها ، فانهم يؤكدون ان هذه المسؤولية يجب ان تقف عند هذا الحد ، فلا تتعداه . ويرى فريق آخر ، وعلى رأسه الاستاذ جوسران ، ان مستعمل الحق لا ينجو من المسؤولية والتبعة ، اذا ما اضر من جراء استعماله لحقه ، ولو لم يكن لديه قصد الاضرار ، واذا ما توافرت بعض الشروط والاسباب .

لاشك انه لايعقل ان نقول بشكل مطلق وعام إن هناك مسؤولية على كل شخص يستعمل حقه ، ولو عادياً وطبيعياً ، لانه في استعماله لهذا الحق قد آذى الغير أو أضر به مباشرة أو بشكل غير مباشر . لان ما من حق يستعمله صاحبه إلا ويمكن أن يؤدي الى ضرر قليل أو كثير بالغير ، ولو بشكل غير مباشر . فالمالك الذي يبني فوق أرضه بناء عادياً لا شك انه يلحق بجاره ضرراً وقد يكون ضئيلاً ، وقد يكون كبيراً ، بحسب موقع العقار . وهو اذا بنى فانما يتصرف بملكه ويستعمل حقه عن نية حسنة ، وبقصد الاستفادة من هذا

الحق ، دون أن يفكر أو يقصد إلحاق الضرر بجاره ، او يهمل مايتوجب عليه – كمالك – ان ينتبه اليه في البناء . ومثله من يطالب بتنفيذ حقوقه التعاقدية فيحجز على مدينه ويضر بذلك الدائنين الآخرين او افراد عائلة المدين او الخ . . فهل نقول له انك تعسفت في استعمال حقك لمجرد ان هذا الاستعمال أدى الى الاضرار بالغير ؟ لو كان مجرد كل ضرر يلحق بغير مستعمل الحق موجباً لمسؤولية هـذا الاخير ، لما كان للحق من معنى ، ولما امكن استعمال حق مادون مسؤولية ، لأن كل حق يتمتع به صاحبه يقابله واجبات على الآخرين هي في حد ذاتها خسائر واضرار لهم . لذلك كان لابد من مقياس او اساس لاعتبار استعمال الحق عن غير قصد موجباً لمسؤولية صاحبه ، اذا ألحق بالغير ضرراً . فما عسى ان يكون هذا المعيار ؟

في الحقيقة ان القائلين بهذه النظرية المادية غير متفقين ، وغير واضحين في تحديد هذا المعيار . ومن الواجب ان نعترف انه دقيق وصعب ، وانه حتى الآن مبهم ومضطرب . وقد تصوروا لذلك مفاهيم عديدة نقتصر على ذكر أهمها .

١ ـ الخروج عن الهدف الاجتماعي للحق but social

يذهب الاستاذ جوسران الى انه يعتبر تعسفاً كل استعمال للحق يخرج به صاحبه عن الهدف الاجتماعي الذي وضع له . فالحقوق لم تمنح لأصحابها الا ليستعملوها في غاية اجتماعية معينة ، ومن يخرج عن هذه الغاية في استعماله يسيء الاستعمال .

والحق ليس غاية بذاته ، وانما هو وسيلة للوصول لغاية اخرى خارجة عنه . فاساءة استعمال الحق هي في اعتبار هذه الوسيلة غاية بنفسها .

فحق الملكية ليس سوى وظيفة اجتماعية Fonction sociale أي أنه وان

يكن من حيث ظاهره والسلطة المباشرة عليه ، عبارة عن سلطة شخصية المالك على ملكه يتصرف بـــه كيف يشاء ؛ الا انه في الحقيقة وسيلة لتأمين حياة المجموع وراحـة المجموع . فالهدف الاجتماعي لهذا الحق هو اذن مصلحة المجتمع قبل مصلحة صاحبه ، والحق الفردي للمالك يجب ان يستعمل في حدود تلك المصلحـة وبمـا لا يخالفها . ولعـــل في نص الدستور السوري (المادة ٢١ فقرة ٣) من « ان الملكية الخاصة مصونـة ، ويعين القانون كيفية حيازتها والتصرف بهـا بحيث تؤدي وظيفتها الاجتماعية » ما يؤكد المبدأ المذكور .

وكذلك الامر في الحقوق التعاقدية الناشئة عن الالتزامات بين الطرفين ، كمثل حق رب العمل في الاتفاق مع العمال ، أو حق المنتج في إنتاج محاصيله وبيعهـا .. جميع هذه الحقوق يجب ان تعتبر وسيلة لمصلحة أعلى هي مصلحة العموم والمجموع [1] .

ومن هذا الرأي القانون البولوني (المادة ١٣٥) ، ومشروع القانون المدني الفرنسي الايطالي (المادة ٧٤) ، وقانون الموجبات والعقود اللبناني (المادة ١٢٤) ، من حيث انها نصت كلها بما يفيد ان استعمال الحق استعمالا منافياً للغرض الذي من أجله منح هذا الحق يعتبر اساءة وتعسفاً في استعمال الحق ، مـع بعض الفوارق كما ذكرنا [2] .

---

(١) ويمكن ان نقيس على ذلك جميع الحقوق من مدنية وغيرها ولا سيما حسب المفاهيم الاشتراكية .

(٢) وقد صدر قرار عن حاكم بيروت المنفرد جاء فيه : « عند تعارض حق المالك في الاستفادة من ملكه ، مـع حق المستأجر في الاستفادة من قوانين التمديد ، يتوجب على الحاكم ان يوفق بين هذين الحقين ، وان يسمح للمالك باستعمال حقه في تشييد البناء بشرط ان يحافظ على حقوق المستأجر . ولا يحق للمستأجر في هذه الحال ان يعارض في السماح للمؤجر باستعمال هذا الحق ، لأنه يكون بذلك قد تجاوز حدود حسن النية في استعمال حقه المنصوص عليها في المادة ١٣٤ من قانون الموجبات » الخ ..

(قرار رقم ١٤٧ تاريخ ٧ ايلول ١٩٥٠ ، النشرة القضائية اللبنانية ١٩٥٠ ص٧٢٩) .

ومن هذا الرأي أيضاً الاجتهاد القضائي السويسري[1] .

وقد انتقد أكثر الفقهاء الفرنسيين هـذا الرأي وشجبوه بمقالات وحجج قوية ، لانهم لم يروا ما ذهب اليه جوسران في اعتبار الحقوق وسيلة لغاية أخرى ، وان صاحبها ليس سوى وكيل لتحقيق هذه الغاية . بل ظلوا يؤكدون ان الحقوق بالمعنى الشخصي عبارة عن سلطان او سلطة يمنحها القانون لاصحابها ، لا مجرد واسطة . كذلك سار القضاء الفرنسي ، ورفض الأخـذ بهذا المعيار متمسكاً بضرورة وجود الخطأ أو ما هو بحكمه من قبل المستعمل ليعتبره مسؤولا ، بما لا يخرج كثيراً عن المعيار الشخصي . وقد جاء في أحد قرارات محاكم الإستئناف الفرنسية تعليل هام وايضاح لفكرة النقد هذه ، فأكد أن « نظرية التعسف في استعمال الحق مهما بدت مشروعة ، فانه يجب أن تستعمل بكل تحفظ وتحت الشرط الآتي : أن يستعمل الحق بشكل ينجم عنه الوصول الى نتائج بعيدة كل البعد عن **المصالح المشروعة** التي وضع هـذا الحق للحصول عليها[2] . أما القول بالذهاب الى أبعـد من ذلك ، وزعم التفتيش عن الغاية الاجتماعية البعيدة لحق اجازه القانون لتقييده ، وتوجيه استعماله حسب هـذا المفهوم الاجتماعي أو ذاك ، في حين ان هذا الاستعمال غير مشوب بخطيئة ما ، معناه ترك الحقوق بشكل خطير تحت رحمة ميول القاضي الشخصية ، ومعتقداته

---

(١) فقد قضت محكمة الاتحاد السويسري مثلا بوجود تعسف ، في حال تحوير الغاية الطبيعية But normal للوصول الى غاية ممنوعة قانوناً ، فالزوجان اللذان يتفقان على اعتناق نظام الشركة الزوجية في آخر حياتهما ليمنحا من سيظل حياً منهما بعد الآخر حقوقاً اوسع ، ومنافع أكثر ، على حساب باقي الورثة يكونان قد أساءا استعمال حقهما بتبديل نظام الزوجية ، وبدلا الغاية الحقيقة التي قصد اليها القانون بمنحهما حق التبديل . وكذلك الشريك في شركة تعاونية ، وان كان له حق الخروج من الشركة ، الا انه يعتبر مسيئاً لاستعمال حقه ، اذا بدا انه يخالف في ذلك الغاية التي توخاها الشارع من جواز الانسحاب الخ ..

(٢) ربما كان هذا المعيار يتقارب لفظياً على الاقل مع الفقرة الثالثة للمادة السادسة من قانوننا المدني .

الاجتماعية الخاصة ، معناه القضاء على كل استقرار وضمان في العلاقات الحقوقية كما هي مقررة في التشريع الوضعي »[1] .

ويبدو للمدقق في هذا القرار انه تضمن أمرين ، اولا ان استعمال الحق ، يجب كي يعتبر تعسفياً ، ان يتوخى منه الوصول الى نتائج بعيدة عن المصالح المشروعة التي رمى اليها الحق ، وثانياً ان يكون مشوباً بخطيئة من قبل المستعمل . وبذلك يكون قد خلط بين المعيارين الشخصي والمادي بشكل يجعل المعيار غير واضح ، فلا يكفي أن ينتج عن الاستعمال ما يخالف المصالح المشروعة بل يجب أن يكون مشوباً بالخطأ . وهو بذلك يستبعد كل البعد ، اعتبار التعسف لمجرد القول ان الحق استعمل بما ينافي الغاية الاجتماعية البعيدة لحق اجازه القانون .

ولعل هذه النتيجة الثانية هي التي كان الفقهاء المنتقدون لهذا المفهوم ، وما زالوا ، يرددونها مبينين وموضحين الخطر الفادح من السماح للقاضي بتقدير ما اذا كان استعمال الحق متفقاً أو غير متفق مع الغاية الاجتماعية ، مع الهدف الاجتماعي للحق . فالغاية الاجتماعية أو الهدف الاجتماعي لكل حق أمر يختلف باختلاف المنظار الشخصي لكل فرد ، ويتأثر بالنزعات والميول الشخصية بين قاض محافظ وآخر متطرف ، بين شيوعي او اشتراكي ، ومعتدل او محافظ . . ، بحيث يكون تبني مثل هذا المبدأ سبباً لاضطراب في الحقوق لا يقبل التلافي .

٢ — الخروج عن السبب الشرعي Motif légitime

وكأنما أدرك الاستاذ جوسران نفسه النقص والخطر الظاهر في نظريته السابقة ، القائمة على مخالفة المستعمل للهدف الاجتماعي ، او الغاية الاجتماعية

---

(١) محكمة استئناف رين Rennes في ٢٠ حزيران ١٩٣٢ ، كازيت دوباله Gazette du Palais ١٩٣٢ - ٢ - ٥١٦ .

للحق ، فحاول أن يخفف من خطرها ووطأتها معترفاً أن صفتها المجردة ومفهومها العام ، الواسع وغير المحدود ، يوجبان اعطائها صيغة مشخصة عملية ، لتجنب الوقوع بصعوبات تطبيقية . وعمد جوسران الى التفتيش في قرارات قضائية سابقة وما تضمنته من تعابير ومفاهيم ، فرأى أن يصار في ذلك الى التدقيق في **السبب الشرعي** للحق بحيث يكون حجر الزاوية لكل هـذه النظرية . فالسبب الشرعي أقرب للتشخيص والتطبيق من الهـدف الاجتماعي النظري والمجرد . لانه ينظر في السبب الشرعي للحق لا الى هدفه أو غايته الاجتماعية بالنسبة للمجتمع ومصالحه ، كما هي الحال في المعيار السابق ، بل الى الأصل الذي قام عليه الحق نفسه ، وبصرف النظر عن الغاية الاجتماعية الخارجة عنه وبتعبير آخر ينظر الى أثر الحق ونتائجه المفروضة فيه وبالنسبة لصاحبه نفسه .

وهكذا فان السبب الشرعي في استعمال حق الملك مثلا هو الاستفادة منه واستثماره أكثر من اعتباره وظيفة اجتماعية .

الا أن المنتقدين لهذه النظرية يقولون اذا كان « السبب الشرعي » قـد يفيد حالة مشخصة أقل تجريداً من الهدف الاجتماعي ، فان الاختلاف يـكاد يكون لفظياً ، ما دام مؤداه أن تترك للقاضي سلطة واسعة في تقدير الحق واستعماله ، بحيث ينتهي السببان في نهاية واحدة ، هي التحري عن السبب الشرعي أو الغاية الاجتماعية للحق ، وهما من حيث المعنى والحقيقة أمر واحد متقارب او متشابه . وانه وان يكن قد جاء في قرارات قديمة واجتهادات قضائية كلمات « مصلحة مشروعة أو جدية » أو « سبب شرعي » أو « دافع شرعي » لإلزام المسيء بالضمان ، كما يقول جوسران ويتمسك به ، فان ما قصدته هذه الاقضية ليس هو في الواقع ، الغاية الاجتماعية أو الهـدف المشروع من الحق ذاته ، وانما المنفعة الشخصية ، او المصلحة التي يجنيها أو يهدف اليها المستعمل المسيء .

وهكذا ظلت نظرية التعسف في استعمال الحق في معيارها المادي موضع جدل ونقاش للاسباب المذكورة ، وظل معيارها غير متفق عليه في الشرائع والقوانين ، والفقه والقضاء .

٣ ــ تحقيق مصالح غير مشروعة Intérêts illégitimes

اما في قانوننا المدني ، فقد جاء في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة السادسة ما يلي : « يكون استعمال الحق غير مشروع :

ب ــ اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها قليلة الاهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

ج ــ اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها غير مشروعة » .

ومن هذا النص يتضح ان المشرع قد اخذ بالمعيار المادي في اعتبار استعمال الحق غير مشروع . وقبل ان نوضح هاتين الفقرتين نرجع الى ماورد بالمذكرة الايضاحية لهما .

فقد جاء في المذكرة المذكورة انه « تندرج تحت هـذا المعيار المادي ثلاث حالات :

« ١ ــ حالة استعمال الحق ابتغاء تحقيق مصلحة قليلة الاهمية لا تتناسب البتة مع مايصيب الغير من ضرر بسببها (الفقرة ب) . والمعيار في هذه الحالة مادي ، ولكنه كثيراً مايؤخذ قرينة على توافر نية الاضرار بالغير . ويساير الفقه الاسلامي بأخذه بهذا المعيار اتجاه الفقه والقضاء في مصر والدول الغربية على حد سواء » .

« ٢ ــ حالة استعمال الحق استعمالاً يرمي الى تحقيق مصلحة غير مشروعة (الفقرة ج) . وتقول المذكرة « ان تعبير المشروع في هـذا المقام خير من نص بعض التقنينات على صرف الحق عن الوجهة التي شرع من اجلها » (ولعل هذا التعبير مستعار من الحقوق السويسرية) وتضيف .. « ولا تكون المصلحة غير مشروعة

اذا كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام القانون فحسب ، وانما يتصل بهذا الوصف ايضاً ، اذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام والآداب ؛ واذا كان المعيار في هذه الحالة مادياً في ظاهره ، الا ان النية كثيراً ماتكون العلة الاساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة » .

« وأبرز التطبيقات يعرض بمناسبة اساءة الحكومة لسلطاتها ، كفصل الموظفين ارضاء لغرض شخصي او شهوة حزبية (استئناف مصر ، الدوائر المجتمعة اول مارس ١٩٢٨) . واحكام الشريعة الاسلامية في هذا الصدد تتفق مع مااستقر عليه الرأى في التقنينات الحديثة والفقه والقضاء » .

« ٣ـ حالة استعمال الحق استعمالا من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلاً يحول دون استعمالها على الوجه المألوف . والمعيار ، في هذه الحالة مادي » لأنه لا يهتم بقصد المستعمل ونيته ، وإنما بالآثار المادية الناجمة عن الاستعمال .

« واذا كان الفقه الغربي لا يؤكد استقلال هذا المعيار إذ يلحقه بمعيار انتفاء صفة المشروعية عن المصلحة ، أو يجعل منه صورة لمجاوزة حدود الحق ، يطلق عليها اسم الافراط ، الا ان الفقه الاسلامي يخصه بكيان مستقل ، والقضاء المصري أميل الى الأخذ بمذهب الفقه الإسلامي . . كما كانت طبقته المجلة في موادها ١١٩٨ الى ١٢١٢ » .

هذا ما جاء في المذكرة الايضاحية تعليقاً على المادة المذكورة . واذا دققنا في النص والمذكرة الايضاحية يتضح لنا ما يأتي :

أولاً — في الحالة الأولى التي يكون فيها استعمال الحق ابتغاء مصالح قليلة الأهمية بالنسبة للضرر الذي يلحق بالغير ، فقد جعلها الشارع واعتبرها مادية المعيار بمعنى أو مجرد كون النتائج التي يحصل عليها مستعمل الحق قليلة بالنسبة للضرر ، وبصرف النظر عن القصد ، يكون متعسفاً . وقد رأينا أن المذكرة تسرع فتضيف الى انه كثيراً ما يعتبر القصد (أو توافر النية) مفترضاً عند ضآلة المنفعة التي يجنيها المستعمل . ورأينا كذلك في بحث المعيار الشخصي او

الذاتي ان نية الاضرار تكون مفترضة في حالة كون المنفعة مفقودة أو تافهة[1] فاذا قارنا بين الحالتين نجد أن الفرق بينهما هو الآتي : حسب المعيار الشخصي يفترض أن الشخص يقصد الاضرار باستعماله حقاً من غير نفع أو لمنفعة تافهة ، والتفاهة هي أدنى درجات المنفعة بما لا يستحق الذكر . في حين أنه حسب هذه الفقرة وما تراه المذكرة الايضاحية ، فانه لا حاجة لافتراض القصد ؛ ولا يشترط أن تكون المنفعة تافهة ، بل يكفي أن تكون قليلة الأهمية بالنسبة للضرر ، أي يمكن أن تكون أكثر من تافهة ، ولكنها بالنسبة للضرر قليلة ، فيجب أن لا ينظر اليها مجردة ، بل يجب أن يوازن بينها وبين الضرر .

ومما لا شك فيه أن هذه الموازنة لا يجب أن تؤخذ على إطلاقها فيقدر كل من النفع الحاصل لصاحب الحق ، والضرر اللاحق بالغير ، بالارقام ويقال هذا أكثر ، وهذا أقل ، بحيث يكفي أن يكون الضرر أكثر لنقول بالتعسف . بل ان أمر التقدير يجب أن يكون نسبياً ، يعود للقاضي ضمن حدود المنطق والمعقول . ويجب أن يكون التفاوت كبيراً والفائدة لا تتناسب البتة وأبداً مع الضرر . ومع ذلك فان اختلاط المعيارين هنا غالب بدليل ماجاء بالمذكرة الايضاحية من غلبة افتراض النية .

ومن جهة أخرى فان لهذا الفارق أهمية أخرى . إذ أننا لو اعتبرنا أن المعيار شخصي ، والنية مفترضة ، جاز للمستعمل أن يقيم الدليل على العكس ، وينجو من المسؤولية . أما إذا اعتبرنا أن المعيار مادي بحت دون شرط النية ، بل ان

---

(١) وهذا ما اخذ به القضاء السوري وذهب اليه تطبيقاً للمادة ٦ . فقد قررت محكمة التمييز السورية انه « اذا ثبت بالتحقيق ان الجدار شيده مالك العقار في عقاره قد حجب النور عن عقار الجار وألحق به ضرراً فاحشاً من الوجهة الصحية دون فائدة لمالك العقار فان ذلك يعتبر دليلا على توافر نية الاضرار المستخلصة من انتفاء كل مصلحة من تشييد الجدار (قرار رقم ٣٤٠ تاريخ ٢٧ - ٩ - ١٩٥٤ ، مجلة القانون ١٩٥٤ ص ٩١٢ - ١٩٥) .

مجرد عدم التناسب والتوازن بين المنفعة والضرر موجب للمسؤولية ، لا يبقى مجال لاقامة الدليل على حسن النية أو على العكس . ولمثل هذا الحكم من الأهمية في التطبيق شأن كبير لا يخفى .

ثانياً — أما في الحالة الثانية ، وهي عقدة الموضوع ، فان المشرع قد أراد أن يبدل العبارات الوارد ذكرها في بعض القوانين المدنية حسب نظرية « جوسران » وأصحابه ، والقائلة بمخالفة الاستعمال للغاية أو الهدف الاجتماعي أو السبب الشرعي للحق ، هذا المفهوم المجرد والعام كما رأينا ، أراد أن يبدلها بتعبير آخر هو « مخالفة الاستعمال للمصالح المشروعة للحق » . ولكننا لا نجد في هذه العبارة كما لا نجد في المذكرة الايضاحية ما يجعل هذا التعبير واضح المعنى والمدلول خالياً من كل غموض . فمما لا شك فيه أن عبارة كون المصالح التي يرمي الى تحقيقها غير مشروعة ، هي أخف وطأة ، وأقل تجرداً أو عموماً من عبارة القانون اللبناني مثلا ، التي تقول بمخالفة الاستعمال للهدف الاجتماعي للحق ، غير أن مشروعية المصالح التي يتوخاها مستعمل الحق أو عدم مشروعيتها ، تبقى — كما قيل في السبب الشرعي — خاضعة للتقدير ، بين واسع وضيق .

ولعل أول ما يمكن أن يؤخذ على عبارة القانون المدني قولها المصالح التي « يُرمى » الى تحقيقها . لأن كلمة « يرمى » أو « يتوخى » تتضمن في ذاتها عنصراً نفسياً من عناصر القصد والنية ، أو الرغبة على الأقل ، وكلها من العناصر التعسفية المعنوية أو الذاتية ، بحيث لو أردنا أن نتمسك بظاهر اللفظ لأجزنا لمستعمل الحق أن يقيم الدليل على عدم توخيه هذه المصالح غير المشروعة ، وبالتالي لعدنا بشكل غير مباشر الى المعيار الشخصي أو الذاتي .

على أن المذكرة الايضاحية عندما قالت : ان اعتبار المصالح غير مشروعة لا يقتصر على مخالفة أحكام القانون ، بل يشمل كذلك مخالفة المنفعة المتوخاة

للنظام العام والآداب العامة . وحين تضيف ـ هذه المذكرة ـ أن النية كثيراً ما تكون دليلا على عدم المشروعية ، تكون قد ضيقت حدود النظرية أكثر مما يمكن أن يستفاد من عمومية النص واطلاقه ، كما تكون قد أرادت أن لا تخرج بعيداً عن المعيار الشخصي أو الذاتي ، إلى المعيار المادي البحت .

في الحقيقة ، انها بتمثيلها المصلحة غير المشروعة بما يخالف أحكام القانون أو النظام العام والآداب العامة ، لا تكون قد ضيقت معنى المصلحة غير المشروعة الى حد لم يبق معه مجال لتقدير فحسب ـ اللهم إلا ما تعلق بتقدير النظام العام والآداب العامة ـ بل تكون في الواقع ومن حيث النتيجة قد سلبت النظرية في معيارها المادي الكثير من قيمتها ، ذلك لأن مخالفة القانون أو النظام العام ، ولو في معرض استعمال حق من الحقوق ، يوجب في اعتقادنا مسؤولية المستعمل عن الاضرار التي يلحقها بالغير ، لانه يكون قد تجاوز في ذلك الحدود المرسومة لحقه بنص أو قيد قانوني . وقل مثل ذلك عن النظام العام والآداب العامة التي تعتبر بذاتها قيوداً عامة للحق لا حاجة للنص عليها .

فقد نص القانون المدني مثلا في المادة ٧٧٦ أن « على المالك ألا يغلو في استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار . . . » فوضع بذلك قيداً قانونياً في عدم الغلو باستعمال الملك ، من شأنه أن يجعل المخالف معتدياً ومتجاوزاً حدود حقه وبالتالي مسؤولا ، دون حاجة للرجوع الى نظرية التعسف ، كما أشار الى ذلك منتقدو هذه النظرية في ملاحظاتهم الاولى .

بل لقد ذهبت بعض الشرائع الى القول : « ان التعسف في استعمال الحق طريقة استثنائية منحها الشارع لمن يذهب ضحية استعمال حق ليست هنالك ثمة سبيل أخرى لابطاله[1] » بمعنى أنه ليس هناك مجال للجوء الى التعسف

---

(١) راجع رسالة مجلس الاتحاد السويسري المؤرخة في ٢٢ مايس ١٩٠٤ وقرار محكمة الاتحاد عام ١٩١٧ في تووور Tuor ، المرجع السابق ص ٤٤ .

ما دام هناك سبيل لرفع الضرر سواء بنص قانوني أو قيد خاص ، وسواء بأي سبب آخر .

ويبدو أن مفهوم هذه النظرية في المعيار المادي لا يزال ـ على ما يظهر ـ يمتزج مع حالة تجاوز حدود الحق عند الاستعمال بشكل يعسر معه وضع الحد الفاصل بين التعسف والتجاوز .

ومع ذلك فاعتبار المصلحة غير مشروعة في حالة مخالفة مستعمل الحق للأحكام الآمرة أو النظام العام والآداب العامة ، ليس من شأنه أن يأتي بمبدأ جديد ، أو بحكم غير مؤيد بمؤيد آخر ، بل ان كل عمل ، ولو كان بطريق استعمال حق من الحقوق ، يخالف حكم القانون الآمر والنظام العام والآداب العامة ، يكون واجب الالغاء أو موجباً لمسؤولية صاحبه ، بحيث لا يحتاج المتضرر في الاصل الى التمسك بوجود تعسف في استعمال الحق أو اللجوء الى هذه النظرية لرفع الحيف عنه .

واذا فرضنا ان طلب الغاء عمل ناجم عن استعمال حق ، ومسؤولية صاحب هذا الحق عند استعماله لحقه بما يخالف القواعد الآمرة او النظام العام والآداب ، يمكن ان يرجع فيه الى نص المادة السادسة الفقرة الثالثة ، كاساءة لاستعمال الحق ، فان ذلك في الواقع يكون قد حدّ من المعيار المادي للنظرية بما لا يتفق مع ماحرصت عليه المذكرة الايضاحية من أخذها به ، وفي مثل هذه الحال وبما يصح ان تعتبر الفقرة (ب) السابقة أوسع مجالا من الفقرة (ج) التي تبدو اشد درجاتها .

على ان المذكرة الايضاحية بحثت في حالة ثالثة لم يرد لها ذكر مخصوص في المادة السادسة المذكورة ، على اعتبار انها داخلة تحت الفقرة (ج) المشار اليها ، وهي حالة استعمال الحق **بشكل يعطل استعمال حقوق الآخرين على الوجه المألوف** . فمثل هذا الاستعمال يعتبر غير مشروع وان لم تكن هناك مصلحة غير مشروعة يرمي اليها ؛ واشارت المذكرة بالاستناد الى ذلك لنصوص المجلة بين المادة

١١٩٨ الى المادة ١٢١٢ . ومن القواعد البارزة في المجلة انه « يتحمل الضرر الاخف لدفع الضرر الأشد » ، بمعنى انه يجب ان تعتبر المصلحة غير مشروعة اذا كانت تتصادم مع مصلحة مشروعة عامة او اكثر اهمية ، كما « يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ».

ونحسب أن التوفيق بين النص وبين المذكرة الايضاحية يوجب أن نعتبر معنى « المصلحة غير المشروعة » الواردة في الفقرة (ج) يشمل ليس ما يخالف الاحكام الآمرة والنظام العام والآداب العامة فقط ؛ لأن هذه الامور لا شك فيها ، وانما يشمل أيضاً ما يمكن أن يقدر كذلك من قبل القاضي ؛ وعلى الاقل ضمن حدود الضرر الفاحش أو شرط السلامة الذي أقرته الشريعة الاسلامية أو ما هو بحكمها [١] ؛ وبناء على ذلك يبقى للقضاء حق التقدير ضمن هذه الحدود . وقد ذهبت محكمة التمييز السورية في أحد قراراتها الى القول أن تقدير ذلك يعود لقضاة الموضوع [٢] .

هذه هي الاسس المختلفة والمقاييس التي يرجع اليها في تحديد التعسف ومسؤولية صاحبه سواء بوجه عام ، وسواء وخصوصاً بحسب نص القانون المدني الجديد.

وجدير بالذكر ان هذه النظرية لا تزال من حيث التطبيق جديدة في بلادنا ، قليلة الامثلة ، رغم ان ميدان العمل والتطبيق أمامها رحب وفسيح . ولعلنا نستطيع ان نجد في اكثر المعاملات والحقوق مجالاً لتطبيق احكامها ، بعد ان صار الناس يستعملون حقوقهم للنكاية بالغير او الاضرار به ؛ او دون

---

(١) ولعلنا نستطيع ان نتمثل ذلك بحالة معمل او مصنع في بلد او قرية يمكن ان يصدر عنه او عن مداخنه من الفضلات او الروائح او الغبار او غير ذلك من امور مايؤدي الى تعطيل استعمال حقوق اهل البلد او القرية ، سواء في السكن ، وسواء في الزراعة او الخ .. على الوجه الاعتيادي .

(٢) راجع القرار رقم ١٨٦ تاريخ ٢٥ - ٢ - ١٩٥٣ ، مجلة القانون ١٩٥٣ ص ٣٤٤ - ٣٤٩ .

الاهتمام بغير المصالح الشخصية الانانية ، غير آبهين لما يصيب الآخرين . ولعله اذا احسن القضاء تطبيق هذه النظرية في مختلف المناسبات والحقوق ، لوقى الناس شراً كثيراً ، وخلصهم من كثير من المخاصمات والمشاكل . لأنه عندما يعرف كل انسان ان ما يستطيع أن يحتج به من حق او جواز شرعي لايمنع من ضمانه ، اذا ما كان يستعمل هذا الحق لمصلحة يمكن ان تعتبر غير مشروعة ، وان هذا الضمان يكلفه غالياً ، قلنا اذا عرف كل انسان ذلك اذن لعرف حده فوقف عنده .

§ ٤ ـ مؤيد الاساءة والعسف

اذا ثبت ان الشخص تعسف في استعمال حقه واعتبرناه مسؤولا عن ذلك ، فما هو المؤيد لهذه المسؤولية ؟ وبماذا يستطيع المتضرر ان يطالب ؟

ليس في المادة السادسة من قانوننا المدني نص صريح يتناول مؤيد التعسف وجزاءه .

أما القضاء الفرنسي ، فمن حيث انه اقام النظرية ، بسبب فقدان النص ، على اساس قواعد المسؤولية غير التعاقدية او التقصيرية ، اي انه اعتبر ان من يسيء استعمال حقه يأتي عملاً ضاراً وغير مشروع ، فان المؤيد لمسؤوليته هو التعويض أي العطل والضرر ليس الا . فيحكم على المسيء بالضمان والتعويض بمبلغ من المال .

أما في سويسرا حيث يوجد نص صريح في مسؤولية من يستعمل حقه خارجاً عن قواعد النية الحسنة بحيث لايستحق حماية القانون ، فان القضاء فيها قضى بازالة ما أوجده الحق المساء استعماله من آثار ، مع الحكم بالتعويض عند الاقتضاء. فاذا بنى مالك فوق ارضه جداراً ، او اقام قضبانا ، او اجرى حفرا الخ ... بقصد الاضرار بجاره ، او بشكل تعسفي في كل حال ، فان المؤيد

هو ازالة آثار هـذا البناء التعسفي او الحفر او القضبان ، واعادة الحال الى ما كانت عليه من قبل ، مع الحكم على المسبب بالتعويض على المتضرر من جراء الاضرار التي لحقت به في الماضي .

ونعتقد انه بحسب النص الوارد في المادة السادسة السابقة الذكر ، واعتبار استعمال الحق غير مشروع في الاحوال التي نصت عليها ، فان المؤيـد الطبيعي لهذا النص هو كما ذهب اليه القضاء السويسري ، بازالة معالم العمل التعسفي ، ورفع ما اوجده مستعمل الحق المساء . وهذا مايتفق ليس مع النص والمذكرة الايضاحية فحسب ، بل ومع مصادر هذا النص واحكام الشريعة الاسلامية [1] . فمن مصادر النص واحكام الشريعة ان « الضرر يزال » ؛ وزواله يكون برفعه ، وإعادة الحال الى ما كانت عليه . ومن التطبيقات الرئيسيه الواردة في الشريعة الاسلامية ماجاء بالمادة ١٢٠٠ من المجلة عندما قالت : « يدفع الضرر الفاحش باي وجه كان ، مثلاً ... الخ ... (الامثلة التي ذكرها النص) فهذا كله ضرر فاحش بأي وجه كان يرفع ويزال » فجعلت مؤيده الرفع والازالة ، وهذا ما اكده القضاء السوري في بعض قراراتـه [2] حتى اذا كان صعباً او مستحيلاً جاز الحكم بالتعويض او العطل والضرر ؛ ويعود تقدير ذلك الى القضاء . وفي كل الاحوال فان الحكم برفع اثار الحق المساء وازالته ، لا يمنع عنـد الاقتضاء من الحكم بالتعويض على المتضرر لما يمكن ان يكون قد ألحقه من ضرر من جراء اساءة استعمال الحق .

---

(١) وكذلك في الشريعة الرومانية ، فقـد ذكر كورنيل Cornil أن الفقيه كايوس Gaïus قرر انه لاينبغي لأحـد ان يفرط في استعمال حقه . وانه اذا أفرط وجب منعه من استعمال هذا الحق . فجعل بذلك المنع مؤيد الافراط .

(٢) راجع القرارين المشار اليهما في هامش ص ٨٣١ .

§ ٥ ـ طبيعة الدعوى التعسفية

ولكن ماعسى تكون طبيعة الدعوى التي يقيمها المتضرر على المتعسف في استعمال حقه ؟ هل هي دعوى شخصية في كل الاحوال ام انها تتبع في طبيعتها الحق المساء ، اي موضوع هذا الحق ، فاذا كان عينياً او مالاً منقولاً أوعقارياً كانت الدعوى عينية او عقارية ؟ واذا كان حقاً شخصياً او اتفاقياً ، اي حق دين بوجه عام ، كانت شخصية ؟

مثلاً ، هل يعتبر حق المتضرر تجاه مالك استعمل عقاره استعمالاً تعسفياً فأضر بملك الاول ، وأساء اليه ، حقاً شخصياً ام حقاً عينياً ؟ وهل تخضع الدعوى التي تقام بذلك الى احكام الحق العيني او الحق الشخصي ؟

ان لتعين طبيعة المسؤولية والدعوى الناشئة عنها أهمية كبرى في الحقوق ، ولاسيما فيما يتعلق بالاصول والاختصاص والاجراءات الخ .. ويبدو ان المسؤولية التي تقع على عاتق المسيء في استعمال حقه هي بلا شك مسؤولية من نوع خاص ، ولكنها في كل حال لا تخرج عن انها تقصيرية وتولد حقاً شخصياً للمتضرر تجاه المسي [1] .

فعلى هـــذا الاساس ، وباعتبار ان دعوى المتضرر قِبَل المسيء ، سواء

---

(١) وقد قضت محكمة التمييز السورية انه : « اذا تجاوز احـــد المالكين وأساء في استعمال ملكه بصورة أضرت بجاره . فلا تكون المنازعات التي تحدث في هـذا الخصوص من الاختلافات عن استعمال حق عيني – حق ارتفاق – وإنما يكون محل النزاع السابق حقاً شخصياً .

فاذا كان محل النزاع حقاً شخصياً متولداً عن اساءة المالك في استعمال ملكه ، يكون اختصاص المحاكم به ، بحسب مقدار المبلغ الذي تتوقف عليه ازالة الضرر » .

(تمييز ، اساس صلح رقم ١٧٢٧/٩٤٧ تاريخ ١٨ كانون اول ١٩٤٧ ص ٥٤) .

هدفت الى طلب التعويض والعطل والضرر ، وسواء هدفت الى ازالة الضرر ورفعه مادياً ، حين يكون هـذا الرفع او تلك الازالة ممكنة ، ان دعوى المتضرر تبقى دعوى شخصية في كل الاحوال مادامت من حيث النتيجة تنتهي بطلب الزام المدعى عليه المتعسف بالقيام بعمل معين او الامتناع عن عمل معين حتى ولو كان هذا العمل المعين ازالة آثار مادية كبناء او اغراس او تسليم مال منقول الخ ... ، حتى ولو كان التعسف ناجماً عن استعمال حق عيني او عقاري ، مادام لا يستهدف تبديل الصحيفة العقارية او السجل العقاري اذ في مثل هـذه الحالة فقط تكون الدعوى حتما عينية عقارية . اما فيما عدا ذلك ولا سيما حين تكون الدعوى التعسفية لا تستهدف سوى طلب التعويض والعطل والضرر ، فتكون حتما دعوى شخصية [1].

★ ★ ★

---

(١) في الطبعة الثانية لهذا الكتاب ، كنا من الرأي الذي يقول بأن طبيعة الدعوى التعسفية تتبع المؤيد ، أي الجزاء الذي يطلبه المتضرر ضـد المتعسف ، فاذا كان التعسف ناجماً عن استعمال حق عيني او عقاري . وكان المؤيد طلب اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعسف وازالة آثاره مادياً ، فان الدعوى تعتبر عينية ، اعتقاداً منا ان الطلب الذي يرمي الى ازالة آثار التعسف في الحق العيني ، فانما يعتبر حقاً عينياً ، وتكون الدعوى بالتالي عينية مثله .

ولكننا رجحنا الحل الآخر الذي أوضحنا أسبابه أعلاه لأن ازالة الآثار المادية التعسفية الناجمة عن استعمال حق عيني ، لا تعدو كونها بذاتها التزاماً بعمل او امتناعاً عن عمل مما يعتبر بذاته - وعلى الارجح - التزاماً شخصياً ، وتكون الدعوى بالتالي شخصية .

اهم المراجع والمؤلفات

١ ـ أهم المراجع والمؤلفات باللغة العربية

أ ـ المؤلفات الفقهية بحسب اسماء المؤلفين بالترتيب الهجائي لالقابهم

ابراهيم ، الاستاذ احمد ابراهيم : الاهلية وعوارضها في الشرع الاسلامي ، مجلة القانون والاقتصاد السنة الاولى .

ابو زهرة ، الاستاذ محمد أبو زهرة : شرح قانون الوصية ، القاهرة ١٩٥٠

ابو ستيت ، الاستاذان الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري والدكتور احمد حشمت ابو ستيت : اصول القانون او المدخل لدراسة القانون ، الطبعة الاولى القاهرة ١٩٤١ ، والطبعة الثانية القاهرة ١٩٥٠

الابياني ، محمد زيد الابياني بك : مختصر شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية ، القاهرة ١٩١٩

باز ، الاستاذ سليم رستم باز : شرح احكام المجلة

الترمانيني ، الاستاذ عبد السلام الترمانيني : نظرية اساءة استعمال الحق ، محاضرات نقابة المحامين في حلب ١٩٤٩

الجزيري ، عبد الرحمن الجزيري : كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ، الجزءان الثاني والثالث ، القاهرة ١٩٣٥

الخطيب ، الدكتور عدنان الخطيب : شرح المبادىء العامة لقانون العقوبات ، ج ١ دمشق ١٩٥٦

الخفيف ، الاستاذ علي الخفيف : مختصر احكام المعاملات الشرعية ، القاهرة ١٩٥٠ ،

« الحق والذمة ، القاهرة

خلاف ، الاستاذ عبد الوهاب خلاف : كتاب اصول الفقه ، القاهرة ١٩٤٥ ،

« شرح قانون المواريث ، الطبعة الثانية ١٩٤٢

الدواليبي ، الدكتور محمد معروف الدواليبي : المدخل الى علم اصول الفقه دمشق ١٩٤٩
الزرقاء ، الاستاذ مصطفى احمد الزرقاء : الحقوق المدنية في البلاد السورية ، نظرة عامة في الحق والالتزام ١٩٤٨
« احكام الاوقاف
السنهوري الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري نظرية العقد ، القاهرة ١٩٣٤
السنهوري الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، ج١ مصادر الالتزام ١٩٥٦
شحاته ، الدكتور شفيق شحاته : محاضرات في النظرية العامة للحق ، القاهرة ١٩٤٨ - ١٩٤٩
الصدة ، الدكتور عبدالمنعم فرج الصده : نظرية الحق في القانون المدني الجديد ، القاهرة ١٩٥٠
عامر ، الاستاذ حسين عامر : نظرية سوء استعمال الحقوق ، القاهرة ١٩٤٨
عبد الباقي ، الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية الحق ، القاهرة ١٩٤٨
عرفة ، الدكتور محمد علي عرفه : مبادىء العلوم القانونية ، القاهرة ١٩٤٢
العطيفي ، الاستاذ جمال الدين العطيفي : التقنين المدني المصري الجديد ، خمسة اجزاء القاهرة ١٩٤٩ و ١٩٥٠
قدري ، قدري باشا : مرشد الحيران
الكزبري ، الدكتور مأمون الكزبري : القانون المدني ، الحقوق العينية ١٩٤٩
كوراني ، الاستاذ اسعد الكوراني : قصة القانون المدني قصة كفاح ، في مجموعة محاضرات نقابة المحامين في حلب لعام ١٩٤٩
مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني باشراف وزارة العدل المصرية ، سبعة أجزاء
المحاسني ، الاستاذ محمد سعيد المحاسني : شرح القانون المدني السوري (مجلة الاحكام العدلية) ٣ أجزاء ، دمشق ١٩٣٣
محاضرات نقابة المحامين في حلب ١٩٤٦ الى ١٩٥٢

المحمصاني ، الاستاذ الدكتور صبحي المحمصاني : فلسفة التشريع الاسلامي بيروت ١٩٤٦

المحمصاني، الاستاذ الدكتور صبحي المحمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية جزءان ، بيروت ١٩٤٨

« المبادىء الشرعية في الحجر والنفقات والمواريث والوصية في المذهب الحنفي والتشريع اللبناني بيروت ١٩٥٤

مرسي ، الدكتور محمد كامل مرسي : الملكية والحقوق العينية ج ١ ، القاهرة ١٩٤٩

مرقس ، الدكتور سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الثانية القاهرة ١٩٥٢

« نظرية العقد ، القاهرة ١٩٥٦

ب ـ المجموعات الدورية والمجلات :

١ ـ المصرية

مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض المدنية ـ محمود عمر

المجموعة الرسمية ـ ويرمز لها عادة بحرف « مج »

المحاماة ـ الجدول العشري الاول والثاني

مجلة القانون والاقتصاد

مجلة التشريع والقضاء اعتباراً من ١٥ نوفمبر ١٩٤٨ الى ١٩٥٥

مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض من ١٩٣١ الى ١٩٥٥ جزءان

٢ ـ اللبنانية

المجلة القضائية ، ليوسف صادر اعتباراً من عام ١٩٢٠

النشرة القضائية اللبنانية ، الصادرة عن وزارة العدل اللبنانية اعتباراً من عام ١٩٤٥

مجلة المحامي ، يصدرها الاستاذان فؤاد رزق وخليل طنوس اعتباراً من عام ١٩٥٠

مجموعة الاجتهادات اللبنانية للاستاذ شاهين حاتم اعتباراً من عام ١٩٤٩

٣ – السورية

مجلة نقابة المحامين بدمشق – اعتباراً من عام ١٩٣٧

مجلة القانون ، الصادرة عن وزارة العدل السورية اعتباراً من عام ١٩٥٠

٢ – اهم المراجع والمؤلفات باللغتين الفرنسية والانكليزية

أ – **Bibilographie des principaux ouvrages en langue française:**

Arminjon, Nolde et Wolff, *Traité de Droit comparé*, t I, II. Sirey 1950.

Bonnecase (J). Introduction à l'étude de Droit, Sirey 1939.

Capitant (H) Introduction à l'étude de Droit civil, Paris 1923.

Charmont (R), *La renaissence dv Droit naturel*, 2eme ed. Paris 1927.

Colin (A) et Capitant (H), Traité élémentaire de Droit civil français, 3 vol, Dalloz 11eme ed. 1947-1948.

Cosentini (F.) *Le Droit de famille en droit civil comparé*, Lib. Géné. Droit et Juris. 1929.

David (R), *Traité élémentaire de Droit civil comparé*, Lib. Géné. Droit et Juris. 1950.

David (R), et autres, *Introduction à l'étude de Droit privé de l'Angleterre*, Sirey, 1948.

De Cujis (H), *Les étapes du Droit*, 2 vol, Sirey 1946.

De la Gressaye (J. Berthe) et Laborde lacoste, Introduction générale à l'étude du Droit, Sirey 1947.

Del Vecchio (G) ,*Leçons de phitosophie du Droit*, trad. J. A. B. Paris 1936.

Duguit (L) , *Traité du Droit constitutionnel*, 3emeed Edit. Boccart 5 vol 1927 - 1930.

Du Pasqier (Cl.) , Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit, Edit. Delachaux 1942.

Geny (F) , *Scienses et techniques en Droit privé positif* , 4 vol . Sirey 1914 - 1924.

Geny (F) , Les sources du Droit positif , Recueil d'étude en l'honneur de F. Geny 3 vol, Sirey 1934.

Geny (F) , Méthode d'intérprétation et sources en Droit privé positif , 2emeed. Lib. G. D. J. 1919.

Hauriou (M) , *Precis de Droit administratif* 1933.

Hauriou (M) , *Melanges , Sirey* 1929.

Jhering (R) , *L'Esprit du Droit romain* , trad . Meulenaere , 4 vol, Paris 1878.

Josserand (L) , De l'esprit des droits et de leur relativité , Dalloz 1939 .

Josserand (L) , *Cours de Droit civil positif français* , 3emeed . Sirey 1939.

Julliot de La Morandière, Esmein, Scells et autres, Introduction à l'étude de Droit, 2 vol 1950 - 1951

Lambert (E) , *Introduction à l'étude du Droit comparé*, Recueil d'étude en 3 vol, Sirey 1939.

Levy - Ullmann , *Elements d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques* , t. I . Paris 1917.

Mazeaud (H . et L .) *Tarité de responsabilité civile* , 3 vol, 4eme ed, Sirey1948 .

May (G) , Introduction à la science du Droit , Girard 1932.

Michoud (L) et Trotabas (L) , la théorie de la personnalité morale , 2 vol, Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence 1948.

Monier (R) , *Manuel élémentoire de Droit romain* , 2 vol , Paris 1943.

Montésquieu, *Esprit des lois.*

Motulsky (H) , *Réalisation métodique de Droit privé* , Sirey 1948.

Planiol (M) et Ripert (G,) par G. Ripert, Traité élémentaire de Droit civil, 3 vol. Lib . Géné, Droit et Juris. 1948.

Renard, *Le Droit , La Justic et la Volonté, Paris* 1948.

Ripert (G), La règle morale dans les obligations civiles, 2eme ed. Lib. Géné. Droit et Juris. 1949.

Ripert (G), Aspect juridique du Capitalisme moderne, Lib. Géné. Droit et Juris. 1946.

Ripert (G), *Le regime démocratique et le Droit civil moderne,* Lib. Géné. Droit et Juris. 1948.

Rouguin, *La science juridique pure,* 3 vol. Paris 1923.

Savatier (R), *Traité de la responsabilité civile.* 2 vol.

Savatier (R), *Du droit privé au droit public.*

Savigny, *Droit romain, trad.* Guénoux.

Sebag (L), *La situation juridique des personnes physiques et morales,* Sirey 1938.

Sneij (Salim), *Recueil d'arrêts de la Cour de cassation mixte* en Syrie. 3 vol.

Tuor, *Code civil suisse.* trad. Deschenaux, Edit. Polygraphiques, Zurich 1946.

Waline (M), *l'individulisme et le Droit,* Domat - Montchrestien 1945.

Bibliography of Certain Authorities in English – ب

Friedmann, Legal Theory, 2cmed 1949.

Goodby, Introduction to the Study of Law, 2emed. 1914.

Holland, Jurisprudence, 12emed. 1916.

Sir John Macdenell, The Modern Legal Philosophy, Series N° 10.

Jones, Hisiorical Introduction to the Theory of Law, 1940.

Lightwood, The Nature of Positif Law, London 1883.

Salmond, Science of Law, London 1920.

الفهرس

	الصحيفة
المقدمة	٣
توطئة	٥
فصل تمهيدي	
تاريخ الحقوق المدنية في بلادنا	
تمهيد	١٠
أ — أهمية هذه الدراسة	١٠
ب — تقسيم هذه الدراسة	١٨
البحث الأول	
العهد القديم	١٨
١ — بلاد الحقوق التشريعية	٢٠
٢ — بلاد الحقوق العرفية العربية	٢٦
البحث الثاني	
العهد العربي الاسلامي	٣٠
١ — المرحلة الأولى : الحقوق الاسلامية الأصلية	٣١
٢ — المرحلة الثانية : تكوّن المذاهب وانتشارها	٣٦
٣ — المرحلة الثالثة : تنوع الفقه وتنازع المذاهب	٤٥

صفحة

البحث الثالث

العهد العثماني ٥٠

١ – مرحلة الحقوق الاسلامية الشرعية ٥١

٢ – مرحلة الحقوق الزمنية والمدنية ٥٤

٣ – الامتيازات الأجنبية ٧١

البحث الرابع

عهد التشريع المحلي بعد العثمانيين ٧٥

١ – عهد الانتداب ٧٦

٢ – عهد التشريعات المصرية ٨١

البحث الخامس

العهد الحاضر ٨٥

١ – لمحة موجزة عن تاريخ القانون المدني وكيفية صدوره ٨٥

٢ – مصادر القانون المدني ٨٩

٣ – القيمة الحقوقية للقانون المدني ٩٤

القسم الاول

معلومات عامة او المدخل الى علم الحقوق ١٠٧

البحث الاول

ماهي الحقوق ١٠٩

§ ١ – معاني الحقوق : ١١٢

صفحة

١ - الحقوق المثالية والحقوق الوضعية ١١٢
٢ — الحقوق بالمعنى الشخصي او الذاتي وبالمعنى الموضوعي ١١٣
§ ٢ — اصل الحقوق وموضوعها ١١٧
§ ٣ - الحقوق والاخلاق والدين ١٢٠
§ ٤ اساس الحقوق ١٢٩
١ - الاسس الدينية ١٣٠
٢ — المذاهب الواقعية او الوضعية ١٣١
٣ — المذاهب المثالية ، مدرسة الحقوق الطبيعية ١٣٧
٤ — نظرية المدرسة التاريخية ، او مذهب التطور التاريخي ١٥٢
§ ٥ — القواعد الحقوقية ١٥٧
§ ٦ - المؤسسات الحقوقية ١٦٠
§ ٧ — تعريف الحقوق ١٦٢

البحث الثاني

تقسيم الحقوق ١٦٨

§ — الحقوق العامة والحقوق الخاصة ١٦٩
١ — لمحة عن هذا التقسيم ١٦٩
٢ — اهمية هذا التقسيم وفائدته ١٧٠
٣ — اسس هذا التقسيم ١٧٢
§ ٢ — الحقوق الداخلية او الوطنية والحقوق الخارجية او الدولية ١٧٨
§ ٣ — حقوق الله وحقوق العباد ١٧٩
§ ٤ — الحقوق الفردية والحقوق الجماعية ١٨٠

صفحة

الفرع الاول

اقسام الحقوق العامة ١٨١

١ ـ الحقوق الدستورية ١٨٢
٢ ـ الحقوق الادارية ١٨٣
٣ ـ الحقوق الجزائية او الجنائية ١٨٦
٤ ـ الحقوق الدولية العامة ١٨٩

الفرع الثاني

اقسام الحقوق الخاصة ١٩١

١ ـ الحقوق المدنية ١٩٢
٢ ـ الحقوق التجارية ١٩٧
٣ ـ اصول المحاكمات المدنية والتجارية ١٩٨
٤ ـ التشريع الصناعي والزراعي والاجتماعي ١٩٩
٥ ـ الحقوق الدولية ٢٠٠

البحث الثالث

مصادر الحقوق ٢٠٣

§ ١ ـ معاني المصادر ٢٠٣
أ ـ المعنى التاريخي ٢٠٣
ب ـ المعنى الحقيقي ٢٠٤
ج ـ المعنى الرسمي او الشكلي ٢٠٤
§ ٢ ـ المصادر الرسمية او الشكلية للحقوق ٢٠٥

صفحة

الفرع الاول

القانون او التشريع ٢٠٨

§ ١ – تعريف القانون وتحديده ٢٠٨

أ – من حيث الشكل ٢٠٩

ب - من حيث الموضوع ٢١٨

§ ٢ – تصنيف القانون وانواعه ٢٢١

أ – بيان حقوق الانسان والمواطن ٢٢٢

ب – الدساتير او القوانين الدستورية ٢٢٢

ج – القوانين العادية ٢٢٣

د – المعاهدات والاتفاقات الدولية ٢٢٥

§ ٣ – رقابة القضاء على التشريع او مسألة دستورية القوانين ٢٢٦

§ ٤ – قيمة القانون كمصدر اصلي واولي للحقوق ٢٣٧

§ ٥ – تفسير القانون ٢٣٩

١ – حالات التفسير واسبابه ٢٤٣

أ – انواع العيوب ٢٤٢

١ – الغموض او الابهام ٢٤٢

٢ – النقص او السكوت ٢٤٤

٣ – التناقض او التعارض ٢٤٦

ب – حالات التفسير ٢٤٨

٢ – انواع التفسير ٢٥١

أ – التفسير التشريعي ٢٥١

ب – التفسير القضائي ٢٥٢

ج – التفسير الفقهي ٢٥٣

د – التفسير الادارى ٢٥٤

صفحة

٣ ـ طرق التفسير ووسائله ٢٥٥

أ ـ المدرسة التقليدية للتفسير او مذهب التقيد بالنص ٢٥٧

اولاً : مبادىء هذا المذهب ٢٥٧

ثانياً : طرق هذا المذهب في التفسير ٢٦٠

١ ـ الطرق الداخلية ٢٦٠

أ ـ الاستنتاج بطريق القياس ٢٦٠

ب ـ الاستنتاج من باب اولى ٢٦١

ج ـ الاستنتاج بالمفهوم المخالف ٢٦٢

٢ ـ الطرق الخارجية ٢٦٧

أ ـ حكمة القانون وغايته ٢٦٧

ب ـ السوابق التاريخية والمصدر التاريخي ٢٦٨

ج ـ العادات ٢٦٩

د ـ الاعمال التحضيرية ٢٦٩

٣ ـ انتقاد النظرية التقليدية ٢٧١

ب ـ النظرية التاريخية والاتجاهات الاجتماعية ٢٧٢

ج ـ النظرية العلمية او مذهب العلم والصياغة ٢٧٣

د ـ التفسير بحسب القانون المدني السوري ٢٧٥

§ ٦ ـ الغاء القانون ٢٧٩

١ ـ المبادىء العامة في الالغاء ٢٨٠

٢ ـ طرق الغاء القانون ٢٨٣

أ ـ النص الصريح على الالغاء ٢٧٣

ب ـ الالغاء الضمني ٢٨٥

§ ٧ ـ تنازع القوانين من حيث الزمان ٢٨٨

١ ـ القواعد العامة لتنازع القوانين من حيث الزمان ٢٨٩

أ ـ التسمية ٢٧٩

صفحة

ب – حالات التاريخ بوجه عام ٢٩٠
ج – القاعدتان الأصليتان في حل تنازع القوانين في الزمان ٢٩٥
٢ – الضابط التقليدي : نظرية الحقوق المكتسبة ٣٠٤
أ – مفهوم هذه النظرية واسسها ٣٠٤
ب – قيمة هذه النظرية وانتقادها ٣٠٩
٣ – الاستثناءات من النظرية التقليدية ٣١٥
أ – النص الصريح ٣١٥
ب – النظام العام والآداب العامة ٣١٦
ج – قوانين الأصول والاجراءات ٣١٨
د – القوانين والأحكام التفسيرية ٣١٩
هـ القوانين المتضمنة عقوبات ٣٢٢
٤ – التطبيقات القانونية لتنازع القوانين في الزمان ٣٢٣
أ – الأهلية ٣٢٥
ب – التقادم او مرور الزمن ٣٢٦
ج – الأدلة ٣٣١
§ ٨ – تنازع القوانين من حيث المكان ٣٣٦

الفرع الثاني

العرف ٣٥٠

§ ١ – التعريف بالعرف ونوعه ٣٥٣
§ ٢ – عناصر العرف وشروطه ٣٨٥
§ ٣ – العرف وحقيقته ٢٥٨
§ ٤ – قيمة العرف وقوته الحقوقية ٤٦٠
§ ٥ – التفريق بين العرف والعادة ٣٦٢

الصفحة

الفرع الثالث

الدين او القواعد الدينية ٣٦٨

الفرع الرابع

مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة ٣٧٢

الفرع الخامس

الاجتهاد القضائي ٣٨٠

§ ١ – مفهوم الاجتهاد القضائي وتكوّنه ٣٨١

§ ٢ – التنظيم القضائي ٣٨٣

§ ٣ – قيمة الاجتهاد القضائي وقوته ٣٨٤

§ ٤ – تاريخ الاجتهاد القضائي وسوره ٣٨٧

أ – القضاء في الحقوق الرومانية ٣٨٧

ب – القضاء في فرانسة قديما ٣٨٨

ج – القضاء في الشريعة الانكليزية ٣٨٨

د – القضاء في الشريعة الاسلامية ٣٨٩

هـ – وضع الاجتهاد القضائي في الشرائع الحديثة ٣٩٢

§ ٥ – وسائل الاجتهاد القضائي ومراجعه ٣٩٥

الفرع السادس

الفقه او العلم الحقوقي ٣٩٨

§ ١ – التعريف بالفقه ٣٩٨

§ ٢ – تاريخ الفقه ومنشأه ٣٨٩

§ ٣ – قيمة الفقه وقوته ٤٠٦

الصفحة

القسم الثاني

نظرية الحق واركانه

تمهيد ٤١٣

§ ١ - تقسيمات الحق بالمعنى الشخصي او الذاتي ٤١٤

١ – الحقوق السياسية والحقوق غير السياسية والمدنية ٤١٤

٢ – الحقوق العامة والحقوق الخاصة ٤١٦

٣ – حقوق الاسرة والحقوق المالية ٤١٨

٤ – الحق العيني وحق الدين والحق الأدبي ٤٢٠

أ - الحق العيني ٤٢٠

ب - الحق الشخصي او حق الدين ٤٢١

ج - المقابلة بين الحق العيني والحق الشخصي ٤٢٣

د – الحق الادبي او المعنوي ٢٣٩

§ ٢- اركان الحق ٤٣٠

١ – طرف الحق او الاشخاص اصحاب الحق ٤٣٠

٢ – محل الحق ٤٣١

٣ – سبب الحق أو مصدره ٤٣٢

٤ – مضمون الحق ٤٣٢

٥ – المؤيد او الجزاء ٤٣٣

الكتاب الاول

الاشخاص او اطراف الحق ٤٣٥

الصفحة

الفرع الاول

الشخص الطبيعي ٤٣٩

المبحث الاول

تحرير الشخص الطبيعي وجوده ٤٣٩

§ ١ — مفهوم الشخص الطبيعي ٤٣٩
§ ٢ — بدء الشخص الطبيعي ٤٤١
§ ٣ الجنين او الحمل ٤٤٥
§ ٤ — نهاية الشخص الطبيعي ٤٤٨
§ ٥ — المفقود والغائب ٤٥١
§ ٦ — ثبوت الشخصية ٤٦١

المبحث الثاني

خصائص الشخصية وصفاتها ٤٦٩

الفصل الاول

الجنسية والاصل والدين والجنس ٤٧٦

الفصل الثاني

الاسم واللقب ٤٨١

§ ١ — تحديد اللقب ٤٨١
§ ٢ — اكتساب اللقب ٤٨٢

الصفحة

§ ٣ – تصحيح الاسم واللقب وتغييرهما ٤٨٦
§ ٤ – طبيعة الاسم او اللقب الحقوقية ٤٨٨
§ ٥ – ملحقات اللقب ٤٩٠

الفصل الثالث

الموطن ، او محل الاقامة ٤٩٥

§ ١ – مفهوم الموطن ٤٩٥
§ ٢ – فوائد تحديد الموطن ٤٩٦
§ ٣ – كيفية تحديد الموطن ٤٩٨
§ ٤ – تغيير الموطن ٥٠٥
§ ٥ – المواطن الخاصة ٥٠٦
أ – موطن الاعمال او الموطن التجاري ٥٠٧
ب – الموطن القانوني ٥٠٨
ج – الموطن المختار ٥١٣

الفصل الرابع

الاسرة والقرابة ٥١٩

§ ١ – تاريخ الاسرة الحقوقي وضرورتها ٥٢٠
§ ٢ – التعريف بالاسرة ٥٢٣
§ ٣ – القرابة والمصاهرة ٥٢٥

الفصل الخامس

الذمة المالية ٥٣٣

§ ١ – معنى الذمة ومفهومها ٥٣٣

الصفحة

§ ٢ – صفات الذمة المالية وصلتها بالشخصية ٥٣٨
§ ٣ – اهمية فكرة الذمة المالية وفائدتها ٥٤٣

الفصل السادس

الاهلية ٥٤٧

§ ١ – مفهوم الاهلية ٥٤٧
١ – تعريفها ٥٤٧
٢ – انواع الاهلية ٥٥٣
§ ٢ – عدم الاهلية الاصلي : السن ٥٦٠
أ – الجنين ٥٦١
ب – الصبي غير المميز ٥٦١
ج – الصبي المميز ٥٦٦
د – الراشد ٥٧٢
§ ٣ – عوارض الاهلية ٥٧٥
آ – المجنون ٥٧٥
ب – المعتوه ٥٨١
ج – السفيه ٥٨٢
د – ذو الغفلة ٥٨٧
ه – المحكوم عليه بعقوبة جنائية ٥٨٨
و – الأصم والأبكم والأعمى ٥٨٩

الفرع الثاني

الشخص الاعتباري ٥٩٢

الصفحة

المبحث الاول

مفهوم الشخص الاعتباري وطبيعته الحقوقية ٥٩٢

§ ١ – مفهوم الشخص الاعتباري والحقوقي ٥٩٢

§ ٢ – الطبيعة الحقوقية للشخص الاعتباري ٦٠٦

المبحث الثاني

الحالة المدنية للشخص الاعتباري وخصائصه ٦٢٢

§ ١ – بدء الشخص الاعتباري ٦٢٣

§ ٢ – انتهاء الشخصية الاعتبارية ٦٢٨

§ ٣ - جنسية الشخص الاعتباري ٦٣٢

§ ٤ – اسم الشخص الاعتباري ٦٣٩

§ ٥ – موطن الشخص الاعتباري ٦٤١

§ ٦ – الذمة المالية للشخص الاعتباري ٤٤٣

§ ٧ – أهلية الشخص الاعتباري ٦٤٥

المبحث الثالث

انواع الشخص الاعتباري ٦٦١

الفصل الاول

التفريق بين انواع الاشخاص الاعتبارية ٦٦٢

الفصل الثاني

اشخاص الحقوق الخاصة وأنواعها ٦٧٤

الصفحة

§ ١ - الهيئات والطوائف الدينية ٦٧٥
§ ٢ - الوقف ٦٨٠
§ ٣ - الشركات ٦٨٩
§ ٤ الجمعيات ٦٩٨
§ ٥ - المؤسسات الخاصة ٧٢٠

الكتاب الثاني

محل الحق

تمهيد ٧٢٩

الباب الاول

الأشياء والاموال ٧٣١

المبحث الاول

مفهوم الاشياء والأموال والتمييز بينهما ٧٣١

المبحث الثاني

تقسيم الأشياء ٧٣٥

الفرع الاول

أشياء داخلة في التعامل وأشياء خارجة عن التعامل ٧٣٥

الفرع الثاني

الأشياء الثابتة (العقارات) والأشياء المنقولة ٧٣٩

الصفحة

الفصل الاول

الاشياء الثابتة او العقارات ٧٤٠

§ العقارات بطبيعتها ٧٤٠

§ ٢ – العقارات بالتخصيص ٧٥٢

الفصل الثاني

الاشياء المنقولة

§ ١ – المنقولات بطبيعتها ٧٦٤

§ ٢ – المنقولات بالمال ٧٦٥

§ ٣ – المنقولات غير المادية او المعنوية ٧٦٦

الفصل الثالث

اهمية التفريق بين العقار والمنقول ٧٦٨

الفرع الثالث

الاشياء القابلة للاستهلاك والاشياء غير القابلة للاستهلاك ٧٧٢

الفرع الرابع

الاشياء المثلية والاشياء القيمية ٧٧٤

الفرع الخامس

تقسيمات اخرى للاشياء لم ينص عليها القانون ٧٧٧

الصفحة

المبحث الثالث

تقسيم الاموال ٧٧٧

الفرع الاول

الاموال العقارية والاموال المنقولة ٧٨٠

الفصل الاول

المال العقاري ٧٨١

§ ١ - الحقوق العينية الأصلية ٧٨٢

١ – حق الملكية العقاري ٧٨٢

٢ – حق التصرف في الاراضي الاميرية ٧٨٦

٣ – حق السطحية ٧٨٧

٤ – حق الانتفاع ٧٨٨

٥ – حقوق الارتفاق ٧٩١

٦ – الوقف والاجارتان والاجارة الطويلة ٧٩٤

§ ٢ - الحقوق العينية التبعية ٧٩٧

١ – حق الرهن ٧٩٧

٢ – حق التأمين العقاري ٧٩٩

٣ – حقوق الامتياز ٨٠٠

§ ٣ - الدعاوى العقارية ٨٠٣

الفصل الثاني

المال المنقول ٨٠٦

الصفحة

§ ١ – الحقوق العينية المنقولة ٨٠٧
§ ٢ – الحقوق الشخصية والالتزامات ٨٠٨
§ ٣ – الدعاوى المنقولة ٨٠٩

الفرع الثاني

الاموال العامة ٨١١

§ ١ مفهوم الأموال العامة وخصائصها ٨١١
§ ٢ – انواع الأموال العامة ٨١٨

الفصل الثاني

املاك الدولة الخاصة ٨٢٠

الكتاب الثالث

مضمون الحق ٨٢٥

الاستعمال المشروع للحق والتعسف في استعماله ٨٢٥
§ ١ – اصل نظرية التعسف في استعمال الحق وتاريخها ٨٢٨
§ ٢ – نقد هذه النظرية وقيمتها ٨٤٣
§ ٣ – اسس التعسف في استعمال الحق ومعاييره ٨٤٥
أ – المعيار الشخصي او الذاتي ٨٤٦
ب – المعيار المادي الموضوعي ٨٥٦
§ ٤ – مؤيد الاساءة والتعسف ٨٦٩
§ ٥ – طبيعة الدعوى التعسفية ٨٧١
أهم المراجع والمؤلفات ٨٧٣

ADNAN KOWATLY
Professeur de Droit Civil à l'Université de Damas
Ancien Bâtonnier

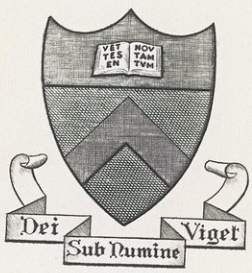
PRECIS
DE
DROIT CIVIL

Tome 1

1 - Théorie Générale de Droit.
2 - Théorie du droit subjectif.

Damas 1963/4

Library of



Princeton University.