



PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY



32101 013104573

عدنان القوتلي

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

الوجيز
في

الحقوق المدنية

محاضرات القبت على طلاب السنة الاولى من كلية الحقوق بدمشق

الجزء الأول

١- المدخل للحقوق المدنية : النظرية العامة للحقوق

٢- نظرية الحق الذاتي : اركانه ، محله ، مضمونه

الطبعة السابعة

مزيّدة ومنقحة

al-Qūwatli, 'Adnān Tawfīq

عدنان القوتلي

دكتور في الحقوق

استاذ القانون المدني في جامعة دمشق

الوجيز

al-Wajiz fi al-huqūq al-madaniyah
في

الحقوق المدنية

الجزء الأول

المدخل للمعلوم القانونية

القسم الأول

المبادئ العامة للحقوق

الطبعة السابعة

معدلة وفق النهج الجديد

دمشق ١٣٨٣هـ - ١٩٦٣م

مطابع دارالفكر بدمشق

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 كلية الحقوق في كتاب أسميته « الوجيز في الحقوق المدنية » ليكون مرجعاً ييسر للطلاب دراستهم ، وقد أشرت في مقدمة الطبعة الأولى إلى صعوبة البحث وسعته ، وتشابك الموضوع ودقته ، وقلت أنني سأبقى في حدود البحث المدرسي الذي يتلاءم مع طبيعة هذه المحاضرات والغاية التي وضعت من أجلها ، آملاً أن تتيح لي الظروف إكمال النواقص وتصحيح الأخطاء ، والتبسط في بعض مواضيع الكتاب بأبحاث مستقلة بقدر ما توجه الحاجة ويسمح به الوقت .

واليوم ، بعد أن انقضى على الطبعة الأولى أكثر من اثنتي عشر سنة ، أعيد خلالها طبع الكتاب ست مرات ، عدل في بعضها ، وزيد في بعضها الآخر . وقد نفذت جميع هذه الطبعات ، وبعد أن صدرت خلال هذه الفترة تشريعات مختلفة تناول بعضها فواحي تتعلق في موضوعات الكتاب ، رأيت من واجبي تلبية المرغبات وسداً لحاجة التدريس ، إعادة الطبعة السادسة آخذاً بعين الاعتبار ما طرأ من تعديلات أو ما صدر من تشريعات ، مستفيداً من تجارب السنين السابقة سواء في اختصار ما يحسن اختصاره أو تفصيل ما يجب تفصيله ، مستبقياً في أول الكتاب الفصل التمهيدي في ايجاز تاريخ الحقوق المدنية ومراحل تطورها قبل صدور

3-28-69

١٩٨٥

القانون المدني العتيد ، وفي آخره ما يتعلق 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 الأصلية التي رجوتها منذ الطبعة الأولى وهي تسهيل سبيل الدراسة للطلاب أولاً ، كما أأمل 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 ودرسته 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 والمبادئ والأحكام التي تصادف في كل فرع من فروع الحياة الحقوقية ، ولا سيما الحقوق الخاصة منها ، كأساس لبنائها بتمامه ، ولذلك حرصت أكثر القوانين المدنية على التقديم لها بمثل هذا الباب .

على أننا لن نبحث في هذه المحاضرات جميع الأحكام 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 بإيجاز واختصار ، التعاريف الاولية ، والمفاهيم العامة للحقوق بوجه عام ، وللحقوق المدنية بوجه خاص ، مما يدعى « بالمدخل العام للعلوم القانونية » أو « النظرية العامة للحقوق » ، وما 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 منهج التدريس الجديد في بلادنا، آثرنا أن نجعلها في القسم الاول من بحوثنا لما توحىه من أفكار عامة ومفاهيم أساسية ذات صلة قوية بدراستنا للباب التمهيدي من القانون المدني بقدر ما تقوم على الفلسفة ومبادئ علم الاجتماع ، بحيث تمهد لدراستنا القانونية ، وهيء لقبول النظريات الحقوقية والتطبيقات الفنية .

وأما القسم الثاني ، وهو المقابل للباب التمهيدي من القانون المدني ، فإنه يتناول ما يطلق 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 فإن 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 تكون 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 . ونختتم 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:

٣ - الدين او الشريعة ،
٤ - القضاء او الاجتهاد القضائي ، ٥ - الفقه او آراء الفقهاء ، ٦ - واخيرا
مبادئ 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 بنوعها ، 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 ثانياً - 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 حلاً وسطاً في معالجة بحوثه ،
بحيث نغادي الاسهاب الممل ، ونتحاشي الإيجاز الخجل ، وان كنا الى الاختصار
أقرب ، متوخين الا كنفاء بالمبادئ الأساسية والقواعد الرئيسية دون بحث
الجزئيات والتفصيلات مكثرين من الأمثلة التي تساعد على فهم الفكرة وإيضاح الموضوع .
وستنبع في ذلك نفس الطريقة العالمية في التدريس الجامعي التي سلكناها
من قبل وهي الطريقة التحليلية والتركيبية والمقارنة : تحليلية ، من حيث انها تقوم

أولاً على استعراض النصوص والآراء والنظريات بشرحها وتوضيح معانيها ، وبيان أغراضها ومراميتها ؛ وتركيبية ، بمعنى أننا لانكتفي 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 فإن طريقتنا فضلاً 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 الأخرى ليكون البحث كاملاً بمحض الشيء ، مستوفياً لما يجب أن يستوفيه ، مسيراً في ذلك تطور علم الحقوق الحديثة والنهضة الحقوقية المعاصرة .

وأما المراجع التي استقينها منها فكثيرة ولا بد من تقسيمها الى زمرتين : المراجع الأجنبية والمراجع العربية ، فالمراجع الأجنبية متنوعة ووافرة لاسبيل ولا حاجة الى ذكرها كلها ؛ وقد اكتفينا - كما يتضح من القائمة المنشورة في آخر هذا الكتاب - بالإشارة الى أبرزها وأكثرها انطباقاً على البرنامج ومسيرة للتطور . وسهولة في المراجعة .

وعلى العكس فالمراجع العربية قليلة ، ومعدودة وان تكن آخذة بالتزايد ، وجعلها 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 المجالات والنشرات والمجموعات الباحثة في آراء الفقهاء واجتهادات القضاء . وهناك كتب كثيرة أخرى أشرنا اليها في الهوامش أثناء البحث وفي معرض المواضع التي تتعلق بها .

فصل تمهيد

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 ما هو طريف وجديد ولعله لم يسبق ان تناوله بالنسبة لسورية خاصة أحد بدرس مفصل ، وتأليف مستقل ، وليس له كتاب شامل حتى الآن . وكل ما نستطيع 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 مراحل ، 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 لا يخلو 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 تمدونا أن نشير اليه بايجاز ، وأن نبجثه باختصار .

وما نحسب أن أهمية هذه الدراسة التاريخية وفائدتها خافية على أحد . ونستطيع أن نؤكدها من الناحيتين النظرية والعملية (١) .

أما من حيث الأهمية النظرية ، فان التاريخ بمجموعه بشكل عام ، وتطور التشريع بوجه خاص ، يعطيان القارئ ثقافة حقوقية عامة ، ومحصلة فكرية صحيحة تثير 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 وحققيقته اذا قطعنا صلته بالماضي ، وتجاهلنا تاريخه السابق . وقدماً قيل : « الحاضر مثقل بالماضي كما هو مغمم 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 .
وكتابتنا ، محاضرات مستعجلة في تاريخ الحقوق ١٩٥٣ .

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

وهكذا مثلاً من العسير أن نفهم وضع العقارات والاموال غير المنقولة في سورية إذا لم نعرف أن التشريع العقاري فيها ، كان في العهد الاسلامي متأثراً على قواعد تختلف عما جاء به التشريع العثماني ، ولكن دون أن يستطيع هذا الأخير 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 ننبين أن الاختلاف الحاضر ليس إلا أثراً من آثار التطور التاريخي لهذه الحقوق .

والأمر كذلك في التشريعات الاخرى ، فنحن لا نستطيع مثلاً 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 أحكام الشرائع اللاتينية حركتة على هذا الأساس . حتى أن القانون المدني الفرنسي قد تأثر بدوره بهذا التفريق تأثراً ظهر في الاحكام المختلفة بين النوعين . ولم تبد أهمية المنقول ، ولم تبلغ درجة من الاعتبار في الشرائع الحاضرة إلا خلال القرن التاسع عشر ، حيث بدأت القيم المنقولة ، ولا سيما السندات والأسمه ، تحتل شيئاً فشيئاً مكاتها في الحياة والاعتبار والتشريع .

بل لعلنا لانستطيع 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 وتامه ، ما لم نقف على سوابقه وما كان قائماً في تلك البلاد قبله من حقوق ومصادر كنسية أو عرفية أو رومانية ، وكيف باع التشريع فيه الدرجة التي وصل إليها اليوم، وما جاء به من اصلاحات وتبديلات في قوانينه المتعاقبة . وإذا كان ذلك صحيحاً ، وكانت دراسة تاريخ التشريع لازمة نظرياً 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 .

وصفة 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 المراكز فما أحراره أن يقارنها في الزمان .

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

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

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

فمثلاً لتفسير وفهم المادة ٣ من القانون المدني التي تقول : « تحسب المواعيد بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على غير ذلك » . يقضي 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 وأساليبها وتنائجها ، حتى صدرت التشريعات العثمانية تبعاً ، 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 ، كالنقادم القصير ، أو مرور الزمن التجاري .. مما أوجد اجتهادات متناقضة ، واتجاهات مختلفة في الفقه والقضاء . فجاء هذا النص في المادة ٣ يضع حداً لهذه الاختلافات ، ويمين التقويم الواجب الاتباع بالنسبة لجميع المواعيد وسائر المهل^(١) 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 التمرير تبدو بشكل أكثر ظهوراً

(١) حتى ان محكمة التمييز السورية توسعت في تطبيق هذا النص الجديد ، وزهدت بعيداً فاعتبرته من النظام العام ، واعتبرت البطاقة المرسله 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 والحداث
بما يستلزم أحيانا 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 والمتمدة ، وعلى الأخص في الأحوال الشخصية من نكاح وطلاق ونسب
وارث ووصية ونفقة والحد .. سواء بالنسبة للمسلمين - رغم صدور قوانين تنظمها -
وسواء ولا سيما بالنسبة لغير المسلمين خاصة - لا تزال خاضعة لأحكام الحقوق القديمة
والشرائع الطائفية أو المذهبية المختلفة حسب أديان ومذاهب الأشخاص أصحاب
الملاقة . وحتى بالنسبة إلى المسلمين فان تفسير وتطبيق التشريعات المتعلقة بالأحوال
تستهدى بالشريعة الغراء وأقوال فقهاءها . وهذه الشرائع القديمة التي تطبقها المحاكم

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

والمجالس المختلفة أو تهتدي بها ، منها ما يرجع إلى ما قبل 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 ما يجب 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 أم القضايا والدعاوى التي مرت بسورية والتي تبين فيها أهمية وفائدة تاريخ التشريع ، دعوى ارث كبرى لمورث من الطائفة الكاثوليكية ، اختلفت 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 العهد العثماني ، والاستناد - لاستنباط الحكم الواجب التطبيق - 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 يحج 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 الاتني كالذكر في الارث . وبذلك رجعت محكمة الاستئناف الى التشريع القديم والبعيد في هذا الموضوع وطبقته .

إلا ان محكمة التمييز المختلطة ذهبت مذهباً مما كسأ وقررت ان هذه الآية لاتتعلق إلا بالامور الدينية ، لأن الانجيل كتاب اخلاق وقواعد دينية للحياة الآخرة . ولا يتضمن 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 - على العكس - هو القانون الشرعي العام وأساس الحقوق السائدة في الدولة العثمانية . في احكامه المدنية والدينية 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 هذه الحقوق القديمة واوجبت الرجوع اليها ، وهكذا جاء في قانون العشاير القديم^(٢) ، أن البدو الرحل — وعدد من كثير في سورية — يخضعون مبدئياً لقواعد العرف من حيث علاقاتهم فيما بينهم ، وأن القضاء كان يتم من قبل مشايخ العشيرة ورؤسائها ، وفقاً لهذه القواعد العرفية ولا يجوز للمحاكم العادية أن تنظر فيها ، حتى — وخصوصاً في الجنايات والجناح ، والعقوبات المتعلقة بها^(٣) . وإذا تعمقنا في هذه القواعد العرفية تبيننا أنها

«تتسبب» مثل الآية القائلة « وانزلنا اليك الكتاب بالحق مصدقاً لما بين يديه من الكتاب ، ومبيناً عليه فاحكم بينهم بما انزل الله ، ولا تتبع اهواءهم .. واحذرهم ان يفتنوك عن بعض ما انزل الله اليك .. » رغم وجود هذه الآيات فان التشريع المدني السوري وماتهاب عليه 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 المهايوني 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 بهما ، فاذا اتفق الورثة على الرجوع الى احكام الكنيسة أو الحقوق البيزنطية في ارثهم واحوالهم الشخصية ، والى محاكمهم الطائفية ، فان الخط المهايوني قد أجاز لهم ذلك . أما اذا لم يتفق الورثة على هذا فان المحكمة الشرعية هي التي تكون سالمة 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 السورية غرفة الاستدعاء رقم ١٣ تاريخ ١-٢٧-٩٣٠ منشور في مجموعة سليم صنيح ج ٤ ص ٣٢٢-٣٥٣)
(١) راجع نظام الطوائف الدينية . القرار رقم ٦ ل ر في ٢٣-٣-٩٣٦ : الجريدة الرسمية ١٩٣٦ عدد ١٠ .

(٢) وهو القرار الصادر عن المفوضية العليا رقم ١٣٢-١٣٢ تاريخ ٤-٦-٩٤٠ (الجريدة الرسمية ٩٤٠ عدد ٣٢ ص ٢٧٣) .

(٣) راجع المادة ٩ وما بعدها 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 إلى ما قبل الإسلام ...

كذلك مثلاً اضطرت المحاكم النظامية في سورية ، في بعض الأحيان أن ترجع إلى أصل الدينة وتاريخها الحقوقي ومنشئها القديم لتبين طبيعتها الحقوقية ، والوجه الذي يجب الاستناد إليه ، للحكم بالدينة الشرعية في مختلف الأحوال (١) .

وعلى هذا فإن القاء نظرة إجمالية وسريعة على المراحل التي مرت بها الحقوق المدنية حتى ظهور القانون المدني الجديد ، أمر لا شك في أهميته وفائدته . ومع ذلك فإن 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 ما قبل 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 والاستدعاء - اي دائرة الطعون - قرار رقم ٢٦٠ تاريخ ٢٧-٤-١٩٣٣ ، مجموعة صنيح ج ٢ ص ٦٧ .

البحث الاول

العهد القديم

أو عهد ما قبل الاسلام^(١)

لا يخفى أن بلاد الشام كانت قبل الفتح الاسلامي مهد مدن 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 شيئا

(١) راجع في تاريخ الامبراطورية البيزنطية ما يأتي : نورمان بيتر Norman Baynes «الامبراطورية البيزنطية» تعريب حسين مؤني ومحمود يوسف زايد ، القاهرة ١٩٥٠ ؛ شارل ديبل Diehl ، تاريخ الدولة البيزنطية ، او ييزانس عظمتها وسقوطها . باريس ١٩١٩ ؛ لويس برهيه L. Bréhier ، ج١ حياة ييزانس ومماتها ، ج٢ مؤسسات الامبراطورية البيزنطية ، باريس ١٩٤٦ ،

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

منه ، ولذلك فاننا سنكتفي بالإشارة الى الافكار الرئيسية والاجمالية البارزة
لوضع الحقوق 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 (١) قبل الاسلام الاقسام الخصبه ، — 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 الخصبه 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 الخصبه ، أي وادي دجلة والفرات من جهة
الشرق ، متصلة بالجنوب بشبه الجزيرة العربية وتبلغ في الشمال حدود تدمر ومناطق
البادية الشمالية (٢) .

١ - بلاد الحقوق التشريعية

فالاولى — الاقسام الخصبه التي تؤلف القوس الموازي للساحل — وهي
البلاد التي تقلب عليها الفينيقيون والكلدانيون والاراميون والسوقيون 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 : الاغانى لأبي الفرج الاصفهاني سنة ٨٦٨ ،
تاريخ الرسل والملوك ، فتوح البلدان ، للبلاذري سنة ٨٦٦ ، مروج الذهب للسعودي ، ابن
ياس .. الخ ..

(٢) راجع نورمان بيتز، المرجع السابق ص ٤٩-٥١ والمخطط الملحق بالكتاب.

الشرائع الرومانية ، والبيزنطية من بعدها ، — متأثرة بأحكام الاعراف المحلية ، وقواعدها السابقة (١) .

فقد كان الفقهاء في العهد الروماني والبيزنطي ، يعتبرون الامبراطور نفسه قانوناً حياً قائماً ، لانه كان يسن التشريعات ويصدر القوانين الامبراطورية التي تصبغ ملزمة للجميع بمد نشرها . وكانت مفاهيم الحقوق الرومانية هي نفسها التي سادت في بيزانس (أو بيزنطية) في الشرق (٢) وفي سورية البيزنطية . وكانت ولاية سورية ، ولاية شرقية تتمتع بسلطان وصلاحيه 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 سيادة القانون كأساس صحيح وأصلي لحكمهم وسلطانهم . ومن هنا جاء اهتمامهم المتزايد بالتقنين وتجميع التشريع ، وتكليفهم الفقهاء بتنظيم هذه القوانين الامبراطورية في مجموعات Codes ، وجمع القواعد المتعلقة بالاصول والحقوق الخاصة بما يسمى بالديجست Digestes وهي هذه المجموع الشهيرة الخالدة ، التي تحتوي على القوانين المطبقة على الناس جميعاً (٥) .

وقد تبني البيزنطيون في الشرق ، التقليد الروماني في المجموعات الخاصة

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

(٢) برهية : مؤسست 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 بلم 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 جوستينيان بنشر مجموعة جديدة كاملة للقوانين Corpus juris وهي التي كان فكر فيها تيودوز ، كما نشر كتاباً مفصلاً للحقوق ؛ ليساعد على تشكيل الفقهاء وإيجاد العلماء الحقوقيين . وإذا كان هذا العمل الجبار قد تم خلال خمس سنوات فقط ، فإن 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 دوروثيه Dorothee) والقسطنطينية (كالفقيه ته وفيل Théophile) كما كان بينهم عدد من المحامين العاملين في ولاية الشرق ، ولا سيما بيروت^(٣) .

والذي يهمننا أن نلاحظه في التشريع المدني في ذلك العصر هو أن الحقوق الرومانية الاصلية قد فقدت في الشرق الكثير من طابعها الاصيل وقواعدها الرومانية متأثرة في طريق انتقالها بالحقوق اليونانية القديمة - كما تأثر بها الادب والفلسفة - 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 التبنّي 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 جوستينيان 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 لJUSTINIAN والذي 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 جوستينيان 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 جوستينيان — 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 شريعته 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 صبب
في النهر « — نهر روما — (في بيتر ، المرجع السابق ص ٥) . هذا وقد الف الاستاذ كوليتيه -
للتدليل على ذلك كتاباً كاملاً حول تأثير الشرق على الحقوق الرومانية بعنوان « الطابع الشرقي -
لعمل جوستينيان التشريعي » .

هذا، ولا بد من الإشارة إلى أن عدداً كبيراً من الشرقيين والسوريين ، كانوا يدرسون في مدرسة بيروت الحقوقية — التي حازت على شهرة واسعة في الامبراطورية ربما تجاوزت شهرة القسطنطينية أو روما (١) — حيث كان من أساتذتها في القرن الثالث اولبيانوس Ulpianus (٢) وبابينيانوس Papinianus (٣) . وكانت من بين طلابها الكثير من أبناء البلاد من شمالي سورية إلى جنوبها ، وربما من اليونان وتركيا نفسها ، بل وبمض أبناء امراء العرب من الفساسنة 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 نافذة في هذه المنطقة من سورية — أي في سورية البيزنطية — ومطبقة على الجميع ، (٥) إلى جانب الأعراف المحلية من زراعة 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 ، تاريخ 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 سيفه ر Septime Sévère المولود في حمص كما يظن ..

(٤) كولينه ، المرجع السابق ص ٣٠٩ .

(٥) نورمان بيتز ، 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 أم البلاد تأثراً بالثقافة والأفكار اليونانية . حتى أن مثقفها 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 يدل على أن قانون الارث اليوناني قد أثر تأثيراً كبيراً في النصوص الرومانية المماثلة (٤) كما أثر في الاعراف السورية الرومانية التي 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 أومن Omnem في المقدمة الثانية الذيجست ، كما كان يدرس فيها الفقه الروماني مأخوذاً من مؤلفات كايوس وأو لبيانوس وبايينيانوس وبولوس . ويذكر كولينه أن ذلك يشمل ، قبل جوستينيان ، كتباً شهيرة بتتدىء بانتسيوت كايوس وتنتهي بفتاوى ، أو أجوبة Responsa بايينيانوس . وقد أطلق عليها اسم مجموعة الكتب الست Sex libri ou volumina (٦) أما جوستينيان ،

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

(٢) ريناخ 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 - ٥٥٣ .

(٤) كمثل قانون الارث المسمى Lcges Sacculares .

(٥) كولينه المرجع السابق ص ٢١٥ .

(٦) المرجع السابق ص ٣١٧ - ٢٤٢ .

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

ويدشير آخرون (١) إلى أن سورية كانت تطبق قانوناً شهيراً مازال 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 وشمالاً ، والفارسي شرقاً ، ويمكن أن يطلق عليها بلاد الحقوق العرفية العربية ، مقابلة لبلاد 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 الآخر الفرس واتصل بهم ، وقد تأثر كل منهم بمدينة جيرانه وحقوق جيرانه ، بل ربما تأثر بذلك عرب شبه الجزيرة أنفسهم ، سواء في رحلاتهم وتجارهم ، أو في صلاتهم بعرب الشمال (٢) وقامت أمانة الحيرة ، بفعل الفرس أنفسهم ؛ في البادية المجاورة لمملكتهم ، أي البادية الشمالية (حوالي ٢٤٠ م) وكان أول أمير أمره 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 (المتاذرة) 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 ، فإن 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 — لحجين في الحيرة ، أو غسانيين في حوران والبلقاء — قد بلغوا من المدنية شأواً بعيداً — إذا قيس حالهم بحال العرب في الجزيرة — وان كان منشوهم 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 هذه 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 وعشايرها في العصر الحاضر . . . على أن هناك أمراً ثابتاً عاماً هو أن هذه الحقوق العرفية ، كانت تنفق ومقتضيات حياة البداوة والصحراء ، واقامة العدل والطمأنينة فيها (٢) كما كانت تسودها مسحة العدل والمنطق (٣) .

ومها يكن الأمر ، فإن هذه الحقوق العرفية ما تزال — ولا سيما بسبب تعددها وتنوعها — مهمة قليلة الوضوح ، وربما كانت آثارها الحاضرة في قبائل البدو الباقية حولنا ، وقد تعدلت وتطورت بعض الشيء ، ولا يمكن تحديدها بالضببط . وربما نقصنا الكثير من عناصرها لنستطيع الكلام عليها بالتفصيل .

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

(١) فقد نجد أكثر القبائل العربية ، في الشام او في شبه الجزيرة قبل الاسلام ، يحصر حق الارث بالذكر دون الاثني ، ولكن البعض الاخر يحصره بالاثني دون الذكر . . !! وربما قبل البعض قسمة الارث بينها .. الخ .

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

(٣) فقد عرف العرب مثلاً 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 الحجابي - الرئيس الاردني السابق - بعنوان « القضاء في العشائر » ، مجلة نقابة المحامين بدمشق ١٩٤٦ ص ٤٤ وما بعدها .

(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 الأحوال الشخصية كالزواج وعن الملكية والرق. . وغير ذلك — وبعضها منقوش على الأحجار وباللغة الفهلوية. . وربما كشفت لنا الآثار والمكتشفات الحديثة عن أشياء كثيرة. لانزال نجهلها . . .

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

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

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

★ ★ ★

(١) فجر الإسلام، ج ١ ص ١٤٠.

البحث الثاني

(١)

العهد العربي الاسلامي

يبدأ هذا العهد مع الفتح الإسلامي للشام عام ١٠ - ١٢ للهجرة (٦٣٢ - ٦٣٤ م) ولصر عام ٦٤٠ م وينتهي مع الفتح العثماني عام ١٥١٦ م .
في هذا الدور كانت أحكام الشريعة الاسلامية ومبادئها 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 وقليلاً لأن كثيراً من السكان الاصليين في سورية قد رحلوا عن البلاد ليحل محلهم العرب الفاتحون ، ودخل عدد كبير من بقي منهم في البلاد في الدين الإسلامي ، مما أضعف من قيمة الاعراف والحقوق السابقة خصوصاً وان الشريعة الإسلامية جاءت بمبادئ وأحكام دينوية عامة جديدة وكثيرة ، لا تأتلف غالباً مع ما كان سائداً من مبادئ وأعراف سابقة ، بحيث أوجدت انقلاباً حقيقياً فيها ، وانقطاعاً في سيرها وفتحة عهد جديد لها . وربما

(١) راجع في تاريخ التشريع الاسلامي في المراجع العربية السابقة، راجع كذلك مقدمة ابن خلدون : تاريخ التشريع الاسلامي ، للمرحوم محمد الحضري : 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 ، وضحي الاسلام ١٩٤٤ .. الخ .

خلت بعض هذه الأعراف القديمة قائمة في بعض المناطق الصحراوية أو الجبلية ،
ولدى بعض القبائل المعزولة ، المنكشحة 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 بتكوين المذاهب وانتشارها .
في هذه المرحلة كانت الحقوق والمبادئ الإسلامية مستمدة مباشرة من مصادر
« الشريعة الإسلامية الأولية ، والتي سميت : أصل الاصل . وهي أولاً المصدران
« الرئيسيان ، الكتاب والسنة ، مصدر الوحي الديني وأساس الشريعة كلها . وثانياً ،
المصدران الاضافيان الاجماع والقياس .

الكتاب : هو القرآن الكريم ، ولا يخفى أنه أول المصادر الاسلامية
ومردها . وهو يقوم على عدم الجرح أي اليسر والتسامح . ومن أجل ذلك
شرعت الرخص^(١) وقلت التكاليف ، فكان سكوته عن أمور كثيرة عن قصد
حتى لا يجرمها^(٢) .

وقد جاء الكتاب مؤيداً ومبيناً بعض التقاليد والقواعد العرفية السابقة^(٣)

(١) محمد الحضري ، تاريخ التشريع الاسلامي ص ١٨ .

(٢) فقد جاء في سورة المائدة : « يا ايها الذين آمنوا لاتسألوا عن أشياء إن تبد لكم
تسؤم . . » فجعل الاصل الاباحة والجواز ، وجعل المنع بالنص بدليل قوله عليه السلام : اعظم
المسلمين في المسلمين جرماً من سئل عن شيء لم يجرم على المسلمين فحرمه عليهم من اجل مسألة ،
وقوله : ان الله فرض فرائض فلا تضيعوها ، وحدد حدوداً فلا تعتدوها ، وحرم أشياء فلا تنتهكوها ،
وسكت عن أشياء رحمة بكم من غير نسيان فلا تبحثوا عنها . (محمد الحضري المرجع السابق
ص ١٩) .

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

ولكنه جاء بالكثير من الاحكام والقواعد الجديدة والمغايرة أو المخالفة للتعامل السابق (١) ومثل ذلك في المهر والعدة والطلاق والرجعة الخ . . (٢) محرماً الكثير من تقاليد الماضي السيئة ، ومبدلاً من قواعدها ، ولكن بصورة تدريجية (٣) . كما جاء مجملًا ثم مفصلاً ، وربما نسخت أحكام متأخرة منه ، أحكاماً متقدمة (٤) . ولذلك وأئن كانت آيات القرآن حججاً قاطعة يجب الاستمسك بها ، والعمل بمضمونها ، إلا أن ملاحظة المنسوخ منها بالناسخ مسألة دقيقة لاجال لبحثها هنا .

أما السنة ، سنة رسول الله ﷺ فهي مجموع مصادر عنه من قول أو فعل أو تقرير . ومن المعروف أنها كانت في التشريع الاسلامي مصدراً خصباً جداً من مصادر الشريعة ، فهي لم تكنف بإيضاح ما أبهم ، وتفصيل ما أجمل من أحكام الكتاب ونصوصه ، وإنما جاءت كذلك بأحكام 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 مثلاً، فقد كانت القاعدة عند العرب في الارث قائمة على الولاية . فسان 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 الاثني مضاعفاً . . الخ (سورة النساء) . او كما في الزواج ، حيث لم يكن عند العرب حد يرجعون اليه في عدد الزوجات ، وربما تزوج احداهم عشراً (الحظري ، 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 ٥٤ و٥٥) فجاء القرآن محدداً للعده ومبطلاً للانواع . . سورة النساء (الحظري ، المرجع السابق ص ٧١) .

(٢) الحظري المرجع السابق ص ٧٥ - ٧٩ .

(٣) كما في آيات تحريم الخمر والميسر .

(٤) انظر بحث الناسخ والمنسوخ في كتب الفقه ، الحظري ، المرجع السابق ص ٣٢ 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 تفتنوم . بالاحاديث فتشغلوم ، . جردوا القرآن وأقلوا الرواية عن رسول الله (١) ويظهر أن الشك في كثير مما يروى عن النبي هو الذي حدا بابي بكر وعمر وغيرهما أن يطلبوا من الراوية الاشهاد والاثبات .

ويقول الخضري : (٢) 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 (٣) 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 ، خوفاً 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 مولاة (١) — فشاركوا وسامحوا 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 (٢) .

أما الاجتهاد — وهو جامع للمصدرين الاضافيين ، الاجماع والقياس — فهو : « بذل الجهد في استنباط الحكم الشرعي ، مما اعتبره الشارع دليلاً رئيسياً ، بعد الكتاب والسنة (٣) .

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 المدينة وحاجات الحياة ، مع وقائع منصوص عليها وممينة الأحكام . وهذا أبرز صفات الاجتهاد والقياس حتى سمي بالرأي .

وإذا كان الاجماع — كما يقال — قد أوجده النبي ، حين كان يجمع حوله الصحابة ليشاورهم في الأمر وفي التطبيق الواجب اجراؤه للمبادئ الموحى بها ، كذلك فإن النبي عليه السلام قد أيد القياس بالسنة (٤) .

(١) الحضري ، المرجع السابق ص ١٣٦ .

(٢) الحضري ، المرجع السابق ص ١٤٢ .

(٣) الحضري ، المرجع السابق ص ١٠٧ .

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

ومع ذلك فإن الرأي الذي عملوا به هو الذي كان خالياً من اتباع الهوى في الفتوى مع عدم الاستناد إلى أصل من المصدرين الأولين (١). وهكذا فقد كانت المصادر العلمية للحقوق، كما هي في سائر المقاطعات الإسلامية والعربية، الفتيا أو الفتاوى التي تؤخذ في عصر الصحابة عن القراء منهم، وهم الحاملون لكتاب الله، العارفون بدلالته (٢) فلما انقضى عصرهم، وخلفهم من بعدهم التابعون اتبع أهل مصر فتياً من كان عندهم من الصحابة، لا يتعدونها إلا في السير بما بلغهم عن غيرهم، فاتبع أهل المدينة في الأكثر فتاوى عبد الله بن عمر، وأهالي الكوفة فتاوى عبد الله بن مسعود، وأهل مكة فتاوى عبد الله بن عباس، وأهل مصر فتاوى عبد الله بن عمرو بن العاص (٣).

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

وقد كان هؤلاء المفتون والقضاة وغيرهم مرجع الناس في حل الخلافات على أسس المصادر المذكورة 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 أقضي 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 الإسلامي، للسبكي وآخرين 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 القرظي والديباج في احمد تيمور المرجع السابق ص ٦.
(٤) راجع اسماء هؤلاء التابعين وتاريخهم، وممثال عبد الرحمن بن غنم الأشعري المتوفى سنة ٧٨ هـ، وابو ادريس الخولاني. واعظ أهل الشام وقاضيه 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 وما بعدها. السبكي وآخرين. المرجع السابق ص ١٦٦ وما بعدها 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 تجسد 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 ، فقد كان من الطبيعي ان يقوم النزاع في السنة ، وفي اعتماد صحتها لكثرة المنقولين فيها وبعدهم عن عهدها . وكانت الشام سر حلهذا الاختلاف كسائر الأقطار .

وفي هذا الدور أيضاً اتسعت حاجات الحياة وعلومها وتبسط المسلمون فيها ، وكان الفقه أبرزها اتساعاً تحت عوامل مختلفة سواء بسبب عناية الخلفاء به ، وانتشار الرأي ، وكثرة الجدل والوقائع ، وسواء بتأثر العقول بثقافات الامم المختلفة ولا سيما التأثير بالاعراف المحلية لكل أمة ، والمعادن 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 أو في غيرها من البلاد الاسلامية ، ولا سيما العراق والمدينة ، يتوسعون في القياس ، والتفرع على المسائل ، وأخذ الفقه يمتد في مختلف الاتجاهات سعة ، والفقهاء يتسابقون ويتناظرون ويتساجلون وهم يغوصون في الدقائق ، يفتشون عن الحقائق ، ويفترقون حيناً ويلتقون أحياناً . وكان ان ظهرت في البلاد الاسلامية مذاهب ومدارس

فقهاء حنابلة ، 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 الفتيا 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 (١) .

ولا يخفى أن مذاهب كثيرة ، غير المذاهب الأربعة المعروفة ، كانت قد قامت في مختلف الأمصار ، وانقرضت بالتدريج فلم يطل العمل بمذهب سفيان الثوري بالكوفة والحسن البصري بالبصرة لقلّة أتباعها (٢) . وقد ظل إلى جانب المذاهب الأربعة مذهب داوود الظاهري (٣) في كثير من البلدان بما في ذلك الشام . وقد زاحم الظاهري الأربعة 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 درس هذا المذهب بعد ذلك ولم يبق إلا المذاهب الأربعة من مذاهب أهل السنة وهي التي نقف عندها قليلا لتري ما هو تأثيرها في بلاد الشام ومصر .

(١) الحضري ، المرجع السابق ص ٣٦٩ - ٢٧٠ . السبكي وغيره ، المرجع السابق

ص ٢٩١ .

(٢) أحمد تيمور ، المرجع السابق ص ٦ .

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

١ - 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 وفرعانة 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 ناشئ عن السيطرة الأموية في هذه البلاد في القرن الاول للهجرة ، ومقاومة كل ما يأتي من جهة الشرق . غير أن الحقيقة أن بلاد الشام لم تتعد كثيراً ، ولم تكن في معزل عما كان يقوم بالكوفة أو العراق من مذاهب هامة أو أفضية 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 ، إذ أصبحت الأحكام والفتيا الحنفية هي المعمول بها . ونشأ المذهب في هذه البلاد بعد ذلك بصورة متزايدة حتى قال ابن حزم : مذهبنا انتشرا في بدء أمرها

(١) راجع محمد ابوزهرة ، ابوحنيفة .

(٢) احمد نيمور المرجع السابق ص ٨ .

(٣) كالمراة الوفية للفيروز بادي .

بالرئاسة والسلطان : الحنفي بالشرق والمالكي بالأندلس (١) .
وقد كان أبو حازم قاضي القضاة في الشام في القرن الثالث للهجرة من هذا
المذهب « وكان إماماً في الاحاديث والاحبار ، وتصانيفه فاق بها معاصريه (٢) .
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 منتشرأ ، رغم كل التأثيرات والمذاهب التي غزت البلاد بعد ذلك ،
بل وحتى في زمن الفاطميين (٣) . فقد ذكر المقدسي في أحسن التقاسيم ، ان
المذهب الحنفي كان منتشرأ في الشام ، تكاد لا تخلو فيها قسبة أو بلد من حنفي ،
وربما كان القضاء منهم .

٢ - وأما المذهب المالكي (٤) ، 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 .
وصقلية والمغرب الأقصى إلى بلاد من أسلم من السودان . بل لقد ظهر هذا
المذهب في بغداد ظهورأ واضحاً ثم ضعف فيها بعد القرن الرابع ، كما ضعف
بالبصرة بعد القرن الخامس . وغلب في خراسان وقزوين واهم . الخ .
وكان له بها وبغيرها أئمة ومدرسون . وجاء في الديباج انه انتشر كذلك في .

(١) الحضري ، المرجع السابق ص ٢٤٠ .

(٢) عن المفريزي ، ونجح الطيب ، وبغية المنتس ، في احمد تيمور ، المرجع السابق ص ٩٠ .

(٣) احمد تيمور ، المرجع السابق ص ١٦ .

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

كثير من بلاد الشام (١) .

والواقع أن مذهب الامام مالك لم يكن له في سورية نصيب المذهبيين السابقين ، أو المذهب الشافعي . لأن الامام مالك أقام بالمدينة ولم يرحل عنها إلى بلد آخر . وهذا مما جعل معظم حديثه يدور على مارواه الحجازيون . وقد رحل إليه كثيرون من المتفقيين ولا سيما في مصر والمغرب وأهل أفريقية ، وهم الذين تولوا نشر مذهبه في شمالي أفريقية كله (٢) .

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

٣ - وأما المذهب الثالث - المذهب الشافعي (٣) - فهو مذهب الإمام محمد بن ادريس الشافعي القرشي المولود بغزة سنة ١٥٠ هـ والمتوفى 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 (٤) .

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) الحضري ، 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 إليها 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 الخلافات بأنواع استمالاتهم . . ثم انقرض فقه أهل السنة من مصر لظهور دولة الرافضة ، وتداول بها فقط أهل البيت ، وتلاشي 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 - ٢٩ .

(٣) عن أحمد تيمور ، المرجع السابق ص ٢٩ - 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 والآشيديين
(٨٧٠ - ٩٦٩ م) وفق مذهبه غير متقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه
الإسلامي . على أن القضاء - في مصر - كان في الغالب وفقاً على علماء
الشافعية (١) .

وجاء في طبقات ابن السبكي عن مصر والشام فيما يتعلق بالمذهب الشافعي :
« هذان الإقليمان 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 إليها 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
بينهما 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 . وتوالي 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 مالكيًا ولا داودياً (٢) .

٤ — والمذهب الرابع — المذهب الحنبلي (٣) ، مذهب الامام أحمد بن حنبل الشيباني ، المولود ببغداد سنة ١٦٤ هـ والمتوفى 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 نيمور ، المرجع السابق ص ٣٢ .

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

المذاهب (١) ، وانتشر بعد ذلك في كثير من بلاد الشام ثم ضعف (٢) .
ويقول ابن خلدون : « أما أحمد بن حنبل ، فمقلد وقليل ، لبعده مذهبه عن
الاجتهاد وأعماله في معاضدة الرواية والأخبار بعضها ببعض ، وأكثرهم بالشام
والعراق من بغداد ونواحيها ، وهو أكثر الناس حفظاً لسنة 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 اقتصرُوا
على طبقة خاصة ، دون سواد الناس وعامتهم ، لما فرضه المذهب من تشدد
وتعصب ، ولعدم ذبوعه بين العامة . وذكر بعض المؤلفين أن علماء هذا المذهب
كانوا يأوون إلى دمشق وغيرها من الأمصار ، وهم الذين قاموا على ذلك المذهب
وخدموه ونقلوه وفسروه (٣) ، وربما وجد لهذا المذهب ، بعد القرن الرابع
مفتون في الديار الشامية ، ولكن الرجوع إليهم ظل قليلاً ونادراً ، لقلّة الاتباع
وندرتهم ، على ما نشاهد من آثار ذلك في الحجج والصكوك والكتب
الشرعية القديمة .

ويذهب البعض إلى أن هذا المذهب قد وجد حيناً من الدهر ، عندما قام
ابن تيمية يناهض أتباع المذهب وأمسسه الثابتة الراسخة في القرن الثالث عشر للميلاد
وأنه لم يزل إلا في القرن الخامس عشر (٤) .

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 الأمويين وأنصارهم في هذه الديار ، وبين المتشيعين ، ولعلها لم تنتشر

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

(٢) ابن فرخان في الديباج ، عن أحمد تيمور ، المرجع السابق ص ٣٨ .

(٣) محمد أبو زهرة ، ابن حنبل ص ٤٠٠ .

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

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

٣ - 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 ، فإن 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 تلتها ، بالحركة الفكرية ، العلمية والفلسفية التي جاءت من البلاد المجاورة أو المحتلة ، واليونان خصوصاً . وقد بدأت الترجمة التي تولاهم الخلفاء العباسيون بالتنمية والتشجيع — وأكثرها يونانية ، وربما كان بعضها فارسياً أو هندياً أو رومياً ، وقد نقلت عن طريق الفرس أو السريان — تأتي أكلها . ويظهر أثرها في مختلف نواحي

(١) ولعله من الجدير بالذكر ان كثرة المقلدين او قتلهم ، لمذهب من المذاهب ، أو رأي من الآراء الفقهية ، انما ترجع الى امور سياسية او اجتماعية ، سببت نشر المذهب أو حجبته اليه ، فذهب أبي حنيفة مثلاً ما ساد في العراق اولاً ، 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 والآراء ، لم يقف عند حد الفلسفة والأدب ، بل أصاب الفقه منها نصيب ، وقامت المدارس والمذاهب المتنوعة المتعددة ، كالمعتزلة مثلاً ، رعاها الخلفاء ، ويؤيدها الوزراء ، أو يخاصمها المحدثون والفقهاء (١) .

وربما كان لانساع 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 يدون ، كما دوت 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 الراضية دولة الفاطميين في مصر وانتشار المذاهب الشيعية . وبذكر المؤرخون والفقهاء (٤) ، ان مصر منذ الفتح الاسلامي كانت خاضعة للنظام القضائي الاسلامي الذي كان يقوم على أساس الانابة ، وبوجبه يولي الخليفة القضاء إلى قاض وهذا يعين بدوره

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

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

(٣) فقد وجد كتاب الموطأ ل مالك ، والمدونة الكبرى لاصحابه ، كما كتب ابو يوسف كتاب الحراج ، وكتاب الخلاف بين ابي حنيفة وابي ليلى ، وظهر كتاب محمد ابي الحسن في فقه أبي حنيفة . وكتاب الأم للشافعي النخ ٠٠ بل لقد اكتشف في ميلانو مخطوط يرجع تاريخه الى القرن الثاني سنة ١٢٢ هـ للامام زيد ٠٠ (راجع محمد ابو زهرة ، «الشافعي» ص ٥٣) .

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

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

وكان القضاء - حتى عهد الدولة الفاطمية - يحكمون وفق مذاهبهم ، غير مقيدين بمذهب معين ، رغم ان القضاء كان في الغالب كما أشرنا وفقاً 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 ابتداء 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 وتشجيها (١) » .

وفي هذا الدور ، وإلى جنب ما ذكرنا من تنوع فقهي ، وجدل علمي ، يبدو ان الشيعة ، منذ العصر العباسي ، وبعد أن ضعفت شوكتهم وفتت سيوفهم ، قد حولوا جهودهم إلى امتشاق القلم بدل السنان ، وقاموا يؤيدون حججهم وآراءهم بالدليل والبرهان ، وكونوا مذاهب الشيعة (٢) . 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 وتبعها 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 بقاءه حولا في يد صاحبه (الخضري تاريخ التشريع الاسلامي ص ١٧٤ ؛ علي بدوي بك ، اجاث 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 - ولها فقه عظيم .

أو المصرية . وبعد أن أصبح فقه الشيعة ، فقه ومذهب الدولة الفاطمية الرسمي ، لا يفتى إلا به ، جاءت دول المماليك الأيوبية والبحرية ، فأبطلت ذلك وأعدت المذاهب السنية إلى 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 إلى الشام كما في مصر ، أقوى من ذي قبل . بل إن الدولتين الأيوبية والبحرية قد جعلتهما في عهدهما في كل مصر قضاء أربعة على المذاهب الأربعة (١) ، ومع ذلك فقد ظل المذهب الشيعي قائماً في المناطق التي اعتمس بها أهلها من جبال سورية أو ساحلها .

ويظهر كما تبين لنا من بعض الفتاوى والأحكام القديمة والحجج الشرعية ، منذ القرن الرابع للهجرة حتى الفتح العثماني ، أن المذهبين الحنفي والشافعي هما اللذان سادا في البلاد السورية والمصرية إجمالاً جنباً إلى جنب قبل وبعد أن يسود فيها المذهب الشيعي جزئياً وإلى حين . وتوزعت بينهما الاقضية ، كما انقسم بينها الناس . فكان إذا أوقف شخص وقفاً أو أجرى تصرفاً ، يعهد إلى اجرائه بحسب فتوى أحد هذين المذهبين ، وربما عمد إلى اجرائه بحسب المذهبين معاً ، وبمصادقة قضاتها ، أو أهل الرأي فيها معاً ، آخذاً بأحكام منها . وقد صادفنا بعض كتب الوقف الجارية في دمشق ، في عهد المماليك ، ومن قبل الأمراء والحكام أنفسهم ، مصادقاً عليها من قضاة المذهبين معاً ، حتى أبان انتشار المذهب الشيعي وسيادته .

ولا بد من الإشارة في ختام هذا البحث ، إلى أن البعض (٢) يذهب للقول أن

(١) محمد أبو زهرة ، أبو حنيفة ص ٤٦٥ .

(٢) راجع مقال المرحوم الأستاذ سعيد المحاسني ، اليهود القديمة والامتيازات الأجنبية ،

في مجلة نقابة المحامين بدمشق ١٩٤٠ ص ٨٢ .

ثمه اعرافاً وعادات أجنبية محدودة قد نشأت في بعض المناطق التي دخلها الصليبيون وأقاموا فيها، إثر حروبهم أو بتأثير بعض القوانين والأنظمة الخاصة، وبعض المحاكم التي انشأها أولئك خلال وجودهم، وخلفوها ورائهم، ولكننا نعتقد أن تأثير ذلك كان ضئيلاً جداً، ومحدوداً في بعض المناطق الساحلية.

★ ★ ★

البحث الثالث

(١)

العهد العثماني

انتقلت البلاد السورية والمصرية و أكثر 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 والمقانونية .

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

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

٢ - الحقوق المدنية الزمنية أو العرفية . ٣ - حقوق الامتيازات الأجنبية^(١)
ومن مقارنة هذين التقسيمين يتضح أنها يتفقان إلى حد ما . ذلك لأن
« الشرعيات » في التقسيم الثاني ، تقابل على وجه التقريب ، في الاصل ، مرحلة
الحقوق الاسلامية الشرعية في التقسيم الاول . وأن الحقوق المدنية الزمنية أو
العرفية في التقسيم الثاني ، تتفق في الجوهر مع أحكام 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 ، لأنها تختلف في الواقع عن
الزمرتين السابقتين ، في شكلها - مصادرها ومحكمها - وموضوعها - مضمونها
وأحكامها - . أضف إلى ذلك أن الحقوق الاسلامية الشرعية بحسب التقسيم
الاول ، والشرعيات بحسب التقسيم الثاني ، لا تخلو من كونها حقوقاً في جملتها
عرفية ، باعتبار أنها تقوم على الاعراف والمبادئ التي استقرت من أحكام
الشريعة الاسلامية ، بحسب المذاهب السائدة ، في حين أن مرحلة التنظيمات الخيرية
والقانونية ، بدأت تصبح فيها القوانين المكتوبة والمسنونة في كثير من النواحي
ملازمة للجميع ، لاعرفية خلافة 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
الأحكام الشرعية الاسلامية ، بمذاهبها المختلفة ، التي كانت سائدة في جميع الشرق
الاسلامي . ومن الامور التي تجب الإشارة إليها في هذه 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 يقدم 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 بتأثيرها، 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 - الذي أجاز له هذا الجمع - 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 السنوية، والوامر 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 مثلاً 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 (١) .
أما بالنسبة لغير المسلمين ، فقد كانت الحكومة العثمانية قد تركت مبدئياً ،
الاهيئات غير المسلمة ، حق القضاء الاستثنائي ، فيما يتعلق بقضايا الاحوال الشخصية
من زواج وطلاق ونسب ، وإرث ووقف واسترقاق . . . بقدر ما سمحت 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 والوامر القانونية القليلة ، وثمة حقوقاً كنفائية أو غير
إسلامية ، ومحاكم طائفية تخضع الرؤساء 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 (٢) إلى أنه من ناحية حقوق الارث ، فقد كان من الامور
الراهنة ، أن غير المسلمين يطبقون استثناء — ونعتقد أن ذلك مقيد باتفاقهم
وعدم اختلافهم — القواعد العرفية أو القانون الطائفي للذهب 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 الحاتمة التي ختم بها قانون الاراضي العثماني :
« لما كان فسخ هذا القانون ما كان مغايراً لاحكامه من أحكام الامور 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 الامور المرقومة :
بل يكون هذا القانون السلطاني دستوراً للعمل في باب المشيخة الاسلامية . والافلام الشاهانية
والمحاكم والمجالس » .
(٢) يونغ ، المرجع السابق .

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

٢ - مرحلة الحقوق الرضائية او المرنية

أو التنظيمات الخيرية القانونية

شعرت الدولة العثمانية في أوائل القرن التاسع عشر ، وقد اتسعت رقعتها ، وامتد سلطان امبراطورتها 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 بإيجاد قوانين جديدة مستوحاة من المبادئ التي أخذت تسود العالم الأوربي ، ولا سيما من مبادئ 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 - على الاصح - 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 ، كالأحوال 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 تبعاً - حتى سقوط الامبراطورية - ، في المعاملات والتصرفات التعاقدية والمدنية والتجارية والحقوق الجزائية الخ . . والتي لاتصل بالحقوق

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

وإذا 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 أوجده 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 الحميد 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 الحميد الى الساحة التابعة للحديقة الملكية في « توب تابو » وهي الساحة المسماة بساحة « كول خانة » (دار الزهور أو الورود) - أعضاء البعثات السياسية والهيئات الدبلوماسية ، كما دعا الوزراء وكبار الموظفين ، والشايخ ، والعلماء ، والبطاركة الخ ... وقرأ عليهم فخامة رشيد باشا ، من على منبر في وسط الباحة ، وبحضور السلطان عبد الحميد . نص الخط الشريف ، الذي اطلق عليه فيما بعد خطاً « كول خانة » لاعلانه فيها (وعبارة « الخط الشريف » كانت تطلق على كل وثيقة او قانون يفضل السلطان بتوحيجه بخطه الشريف دليل موافقته ويقول « يعمل بوجه » وهو اسلوب معروف في النظام الملكي المطلق) .

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

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 بثروتهم 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 ، الذي ينظر في القضية علناً ، حتى اذا كانت قضيته موافقة للقوانين وعادلة
بناتها ، وجب أن يكون هذا الحكم لمصلحته ، كذلك فان المجرم ، الذي يرتكب جرماً ،
يحاكم يعاقب مهما كانت مكانته ، ولا يعاقب بأكثر مما يستحق قانوناً . والجميع يعتبرون
متساوين أمام القانون بلا استثناء .

وتمتنع مصادرة اموال الجاني . ولا يتحمل ورثته الا ابرياء شيئاً من العقوبة ، ويحفظون
بساتر 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 تفتق بال الدولة أكثر 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 ، بصور الوضع
الحقوقي ، والقوضي التشريعية والتطبيقية التي كانت سائدة اذ ذلك .
(١) ربما كان في الحقيقة من عمل رشيد باشا ومن وحيه .

حد للفوضى التشريعية والقضائية والادارية السائدة آنذاك ، وسمياً وراء اسكات الدول الأجنبية وكسب رضائها ، لم يحقق ما كان يرجى من وضعه ، ولم يعقبه من القوانين التي أشار اليها هذا الخط شيء يذكر (١) 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 (٢) ولكن هذه المحاولات لم تجد . على أن شيئاً واحداً هاماً حققه هذا « الخط » هو افتتاح عهد التنظيم أولاً ، والاعتراف بمبادئ 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 ، وبلاستناد 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 دليلاً 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 .

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

(١) لقد صدر في الواقع ، مجموعة قوانين جزائية ، تتمشى مع مبادئ 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 خانة » على ما حواه من مبادئ سامية ، لم يحقق الأهداف المثلى التي هدف هذا الخط اليها ، وكأنما نام مع الزمن ، أو ذهب مع زهاب رشيد باشا من الحكم ، وأصبح بحاجة إلى تجديد وتأييد ، ولو معنوياً على الأقل . خصوصاً وقد عادت الدول الأجنبية المتنفذة تواصل منازعتها ومطالبها . 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 الحميد للمرة الثانية في ١٠ جمادى الآخرة ١٢٧٢ و ١٨ شباط ١٨٥٦ خطاً امبراطورياً يهايونيا ، سمي بـ « الخط المهابوني » أكد فيه « خطه » السابق في « كول خانة » من حيث رغبته في الإصلاح ، تشريعياً وعسكرياً ، مالياً وادارياً ، وضرورة توسيع الانظمة الجديدة في هذا المضمار ، منتهاً الى بيان التدابير والترتيبات التي يرى لزوماً لتطبيقها (١) .

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

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

٢ - 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 - كذلك تزال وتحمي كل تسمية أو لفظ موجود سابقاً في الاصطلاحات والدواوين . يستفاد منه تدني صنف عن صنف آخر ، أو تمييز أفراد عن آخرين من تبعه الدولة السنية بسبب مذهبه أو لسانه أو جنسه .

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

٥ - يقبل الجميع من تبعه 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 - ان جميع القضايا والدعاوى ، 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 يقمانهم ، ويستمعون بعد تعيينهم التي يحلفونها وفقاً لعقائد ودينهم .

أما الدعاوى المدنية ، فانها ترى علناً ، ويحكمها وفقاً للقوانين والانظمة ، من قبل المجالس المختلطة في الايالات بحضور الوالي وقاضي البلدة . أما الدعاوى 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 البطارقة أو الهيئات الدينية .

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

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

١٠ - وبالنظر لان القوانين المتعلقة بالبيع والشراء والتصرف بالاملاك العقارية ، عامة وتطبق على جميع رعايا الامبراطورية ، يمكن أن يسمح للاجانب بتملك العقارات في دوله 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 والنخ ... في الدولة .

(راجع الدستور العثماني القديم تركي ج ١ ص ٦ ، ترجمة نوفل نعمة الله نوفل ج ١ ص ٥

- ١٠ ؛ انجلبهارت ، تركيا والتنظيمات ، ج ١ ص ٢٦٣ وما بعدها) .

والنصرة ، بقدر ما استهدف الى إقامة الاصلاح التشريعي والاداري .
ولئن كان هذا « الخط المهابوني » لم يأت بمبادئ جديدة وغريبة عن الخط
السابق « كول خانه » - سوى تفصيل أحوال غير المسلمين ورؤية دعواهم وحمياتهم
والتوسع في ذلك - فلقد كان أكثر ذبوعاً 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 - وهي الاراضي التي تكون رقبته أي أصلها
للدولة ، ويكون للافراد حق تصرف عليها تمنحه الدولة لهم - 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 منظماً
لحالة الاراضي المضطربة سابقاً تنظيمًا وتشريعاً كاملاً للمرة الأولى (١)

وتبعه بعد ذلك سلسلة من القوانين والانظمة العقارية التنظيمية ، كقانون
تظام الطابو العثماني الصادر في جمادى الآخر ١٢٧٥ وهو ينظم فراغ وانتقال
الاراضي من شخص إلى آخر (٢) ، ثم الحق بعدد من اللوائح والتعليمات في كيفية
اعطاء سندات الطابو (التملك) أو التصرف ، وكيفية تنظيم سجلات التملك
(الدفتر خانه) 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 ج ٢ . و جدير بالذكر أن قانون الاراضي هذاربعاً أخذ عن القوانين
الاجنبية كالقانون الفرنسي - فيما يتعلق ببعض الاحكام الجزئية .
(٢) منشور في الدستور القديم ، ترجمة نوفل ، ج ١ 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 وما يتعلق بها ، تتتالي 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 - كالقانون التجاري - عن القانون الفرنسي الصادر بعهد نابليون في شباط ١٨١٠ وألحق بعدد من الزيول والتعديلات .

وهكذا صدر بين عام ١٢٤٧ هـ أي ١٨٥٨ م حتى عام ١٩١٨ - وهو انتهاء الحرب العالمية الاولى ، وتفكك الامبراطورية العثمانية وانتهاء حياتها - 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) انا 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 ج ٢
ذيل قانون التجارة	في ٩ شوال ١٢٧٦	« « « ج ٢
أصول المحاكمات التجارية	في ١٠ ربيع الآخر ١٢٧٨	« « « ج ٢
قانون الصيارفه	في ٤ جماد الاول ١٢٨١	« « « ج ٢
نظام الدلائل والسامرة	في ١ صفر ١٣٠٦	« « « ج ٢
قانون المعاملات الالاسية	في ٢١ جماد الآخر ١٣٢٣	« « « ج ٢

(تابع الحاشية)

مجموعة قوانين صادر ج ٢	في ٢١ جاد الآخر ١٣٢٣	شركة الضمان
« « « ج ٢	في ٢ محرم ١٣٢٣	نظام الشركات الأجنبية المغفلة
« « « ج ٢	في ٢٤ جاد الاول ١٣٢٢	قانون الشك الموقت
« « « ج ٢	في ٦ ربيع الاول ١٢٨٠	قانون التجارة البحرية
« « « ج ٢	في رجب ١٣٠٣	نظام عموم البورصة
« « « ج ٢	في جاد الآخر ١٣٢٤	نظام بورصة الاسهم
الدستور القديم ج ١ ص ٩٦	في ٦ شعبان ١٢٨٤	نظام الكونترانو

المدنية :

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

(تابع الحاشية)

			قانون تصرف الاشخاص
٣ ج	«	«	المعنويين بالاموال غير المنقولة في ٢٢ ربيع اول ١٣٣١
			قانون وضع الاموال غير المنقولة
٣ ج	«	«	في ١ ربيع الآخر ١٣٣١
٥ ج	«	«	قانون ادارة اموال الايتام في ٤ ربيع اول ١٣٢٤
١ ج	«	«	قانون حقوق العائلة في ١٠/٢٢/١٩١٧

الاصول والاجراءات :

١ ج	«	«	قانون اصول المحاكمات المدنية في ١٩ جاد الاخر ١٢٩٦
٤ ج	«	«	تشكيلات المحاكم النظامية في ١٩ جاد الاخر ١٢٩٦
			قانون وكلاء الدعاوي
٥ ج	«	«	في ١٦ ذي الحجة ١٣٢٢
٢ ج	«	«	قانون تعرفه الاجور في ١٢ محرم ١٣٠٤
١ ج	«	«	قانون حكام الصلح في ١١/٤/١٣٢٩
			اصول نشر القوانين
٢ ج	«	«	في ٢ جاد الاخر ١٣٢٩
١ ج	«	«	قانون كتاب العدل الموقت في ٢٧ ذي القعدة ١٣٣١
١ ج	«	«	قانون الاجراءات الموقت في ١٢ جاد الاخر ١٣٢٠

الجزاء والعقوبات :

١ ج	«	«	قانون الجزاء العثماني في ذي الحجة ١٣٧٤
			مذيلات قانون الجزاء
١ ج	«	«	بين ١٩٢٩ - ١٣٣٥
١ ج	«	«	٣ ذبول
			اصول المحاكم الجزائية غير معلوم التاريخ
٢ ج	«	«	قانون السرقة والظنين بالسوء في ١٩ ربيع الاول ١٣٢٧
٣ ج	«	«	قانون سرقة الحيوانات في ١٣ جاد الاول ١٣٣١

الادارية :

			قوانين تتعلق بالبلديات
٤ ج	«	«	قانون نظام الطرق والابنية في ٧ جاد الاول ١٢٨٠
٤ ج	«	«	قانون التنظيفات في ١٤ رجب ١٣٠٦

(تابع الحاشية)

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

قوانين متنوعة في الادارة :

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

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

وسارت 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 وتعدلاته ، 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 مثلاً .

ولعله يجدر بنا ، ونحن نقصر اهتمامنا على التشريع المدني ، ان نختتم هذه المرحلة بالتوقف قليلاً عند « مجلة الأحكام العدلية » ، والتشريعات الملحقه 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 انهار 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 وذبوله وملحقاته ، تصرف الاجانب بالاملاك ، تحرير تركات المسيحيين بانتقال الأراضي الاميرية والموقوفة ، ترهين الاملاك ، بيعها لأجل الدين الخ . . .) أو في الحاكم 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 تشيء في الامبراطورية محاكم واقضية « نظامية » تؤلف من حكام ، غير
قضاة الشرع ، لتطبيق احكام 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 احكام خاصة ، تجارية أو عقارية أو جزائية . . . بحيث يجب الرجوع
إلى الاحكام الفقهية فيما تبقى من قواعد واحكام ، 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 ما يدور حوله القانون
المدني أو الحقوق المدنية بالدرجة الاولى) لتكون مرجعاً قانونياً لازماً وسهلاً ،
و مستمدة من أفضل الاحكام الفقهية الحنفية .

وقد قامت اللجنة المذكورة بدراسة 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 احكام الفقه ،
مع بقاء سائر الجهات ، مثل الرهن والكفالة والوكالة ، خاضعة لاحكام القانون
الاصلي (أي الفقه) ، وانه بعد أن انشأت محاكم نظامية وتجارية ، أضحي 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 لمرفقتها وصحة شرائها ، وعدم الاكتفاء بذلك حين وضع المجلة ، لتبدل البيوت وبناءها بحسب العرف والعادة — وأن يكون مضبوطاً ، سهل المأخذ، عارياً من الاختلافات حاوياً 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 إلى 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 إلى كتب متعددة ، وسميت بالاحكام المدلية ، وبعد ختام المقدمة والكتاب الاول ، أعطيت نسخة إلى مقام مشيخة الاسلام الجلييلة ، ونسخ اخرى لمن له مهارة ومعرفة كافية في علم الفقه من الذوات الفخام ، ثم بعد اجراء ما لازم من التهذيب والتعديل فيها بناء على ملاحظات منهم ^(١) قدمت نسخة منها إلى الصدر الأعظم وجرى ترجمتها إلى 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 » ^(٢) وهي طائفة من القواعد الكلية التي تعتبر كل واحدة منها أصلاً فقهياً تدور عليه أحكام كثيرة ^(٣) . 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 مبادئ صحيحة ، وأحكام أساسية في الشريعة ، « فان أحكام
الشرع الشريف ، ما لم يقفوا على نص صريح ، لا يكون بمجرد الاستناد الى
واحدة من هذه القواعد (١) » بحيث ظلت هذه القواعد في رأي اللجنة ثمة مبادئ
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 كاملاً ، 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 لاقتترانه بالامر السلطاني . وصارت
أحكامها هي القانون العام بالدرجة الاولى ، ثم تأتي بقية الاحكام الفقهية الراجعة
في كتب المذهب الحنفي بالدرجة الثانية (٢) » .

وقد جاءت المجلة هذه مرتبة على الفرار الأجنبي ، أي بمواد متسلسلة بلغت
١٨٥١ مادة ، مقسمة الى ١٦ كتاباً ، وكل كتاب منها مقسم الى أبواب ،
وكل باب الى فصول ، باحثه في العقود من بيع ، واجارة ، وكفالة ، وحوالة
ورهن ، وأمانة ، وهبة ، وشركة ، ووكالة ، وصلاح ، مخصصة كل بحث بكتاب .
كما بحثت في الكتب الباقية ، بالنصب والاتلاف ، والحجر والاكرام والشفعة ،
والاقرار ، والدعوى ، والبيانات ، والقضاء ، فاقصرت بذلك على بحث العقود ،

(١) التقرير ، سليم باز ، ص ٩

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

والمقود الهامة المسماة ، ومزجت معها بمجائناً أصولية ، تعود في الاصل الى أصول المحاكمات والمرافعات ، كالدعوى والتحكيم والبيانات والقضاء ، وما ذلك إلا لصلتها القوية بالحق والفقهاء من جهة ، وعدم وجود قانون سابق لها من جهة أخرى . وقد قدمت هيئته المجلة لكل كتاب من هذه الكتب بمقدمة اصطلاحية ، في بيان الاصطلاحات الفقهيّة ، ومعاني الالفاظ والتعابير التي استعملتها فيه ، بما يعتبر ميزة من ميزاتها ، رغم أنه لا يتفق تماماً مع الفن التشريعي الحديث . كما انفردت في صوغ موادها في الاكثر من الأمثلة والتشابه في متن النصوص ، مما يخالف في نظر رجال التشريع الغربيين - ولا سيما الالمان الفنيين - اصول من 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 والسخ . . واما لانها شائكة ولا يمكن تطبيقها على الجميع ، كالاحوال الشخصية والوصايا والسخ . . وظلت في كل الاحوال غير شاملة للجميع ابجاث الحقوق المدنية وما يجب ان يتضمنه القانون المدني .

ومما لا شك فيه ان واضعي المجلة قد تقيّدوا 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 والاضاع السياسية الكثيرة التي كانت تحيط بهم وتدفعهم الى ذلك (١) ، 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 ، مها سمت واكتملت في وقت من الاوقات ، لا بد من تطورها وتغيرها مع الايام ، لتجاري التطور في الحياة ونواحيها ، ولا سيما عندما تكون مأخوذة ، كالمجلة ، من مصدر واحد - هو المذهب الحنفي كما رأينا - 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 بأحكام تقتبس من قوانين أجنبية ، أمراً صعباً وخطراً ، فلم تعتمد 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 ، احكاماً 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 منحلة 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 المستقبلية التي ستوجد فيما بعد . . كل هذه الاموال يجوز ان تكون محلاً للعقد . فقلبت بذلك كثيراً من أحكام المجلة رأساً على عقب ، وعدلت 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 ، وإنما 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 . وإذا كنا قد أفردنا لها هنا في بحث العهد العثماني فصلاً خاصاً ، فلأنها كانت طيلة هذا العهد ، وضماً شادداً في حقوق البلاد العثمانية وفي حياتها التشريعية والقضائية ، يستحسن من أجل ذلك الإشارة إليها بفصل خاص .

و « الامتيازات الأجنبية Capitulations » في اصطلاحنا الحقوقي هي مجموع الحقوق والمنح التي يتمتع بها الاجانب ممن منحوها ، في حياتهم ومعاشهم ، وبالتالي في مخاصمتهم 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 الحاكم 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 الأجنبية »

وقد تجلت هذه المبادئ 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 اللهم 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 يخاطبون ودم ، ويتقربون اليهم . بل منهم من التمس المساعدة والعون من السلاطين العثمانيين كملك فرانسة ، فرانسوا الاول ، الذي كان اسير شارل كان ، حين توصل الى السلطان سليمان القانوني ليساعده على الانتقام من خصمه ، (٢) وانتهى أمر هذا التوصل والرجاء ، ان توصل دولافوره DeLa Forêt 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 ، ج ٢٣ : بنوا Bonoit « الامتيازات بين فرانسة والدولة العثمانية » ؛ راجع كذلك لمؤلفين مجبولين الامتيازات بين فرانسة والباب العالي في به ليسيده وروزاس Pelissé de Rousas نظام الامتيازات في الامبراطورية العثمانية ، باريس ١٩٠٥ (سياسي قديم) غير مذكور الاسم ؛ راجع ايضاً نظام الامتيازات ، باريس ملتدبلون ١٨٩٨ ، في تقرير نقابة محامي بيروت عن الامتيازات ؛ جان سابا Saba ، الاسلام والجنسية ، باريس ١٩٣٦ ، الدكتور فؤاد شباط ، الاجانب امام القضاء في سورية ولبنان ، رسالة دكتوراه باريس ١٩٣٨ ، الخ . . راجع بالعربية : المرحوم سعيد محاسن . « اليهود 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 .

مع 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، واذ هم طلبوا فلا يلي طلبهم، واذ قضى في مثل هذه الدعاوى فلا ينفذ حكمه!! الى آخر ما هنالك من احكام هامة وغريبة لمصلحة الفرنسيين ورعاياهم^(١). وقد نال الفرنسيون بتيجتها 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 عقود 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 انكليترا في عام ١٥٨٠ - ١٦٧٥، وهولاندا ١٦١٢ والنمسا سنة ١٧١٨، وبروسيا ١٧٨٣، والولايات المتحدة سنة ١٨٣٠ والسبع... ونجم عن ذلك أن صار الفرنسيون خاصة والاجانب عامة يتمتعون في البلاد العثمانية ولا سيما مصر، بمحاصنات ومنح لا تتفق مع المنطق أو السيادة، أو العدل. فكان الاجني 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

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 ، عندما 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 وقدم سبق أن اوجدت فيها التشريعات المختلطة ، كما سنفصله في العهد التالي ، الى جانب الامتيازات غير القضائية الاخرى . وقد دام ذلك كله حتى تم الاتفاق على انتهاء 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 الصمغانيدين

لقد تبين لنا من أدوار التاريخ التي استعرضناها في البحوث السابقة ،
والمراحل الحقوقية التي مرت بها بلادنا أن أحكام الشريعة الإسلامية 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 وفعاليتها 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 يهمننا 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 منشأؤه مبادؤه 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 الحاضرة 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 بيع الحرب ، وديونها ، والايجارات . . .) ولا سيما وخصوصاً اهتمام المشرع في أمور القضايا العقارية والتشريع العقارى حيث اصدر في فترات متتامة كثيراً من القرارات المنظمة لها ، أهمها قرارات تحديد وتحجير العقارات ، وإنشاء السجل العقارى 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 ١٩٣٠) وتنظيم الأملاك العمومية (القرار رقم ١٤٤ في ١٠ حزيران ١٩٢٥) وأملاك الدولة الخصوصية (القرار رقم ٢٧٥ في ٥ ايار ١٩٢٦) وقرار للحفاظة 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 ١٣٧٤ ، وقانون التصرف في الأموال غير المنقولة الصادر سنة ١٣٣١ والخ ... من القوانين والارادات السنوية المخالفة لاحكامه ، كما ألغى عدداً غير قليل من الاحكام المحلية المتعلقة بالعقارات وموضوعها ، وفيما عدا ذلك فان المشرع في عهد الانتداب لم يعتمد الى إصدار تشريع عام ليحل محل المجلدة وملحقاتها من القوانين العثمانية ، خشية أن يمس الشعور الديني « وحذراً من ذلك

الجلال الذي خلغته عليها مصادرنا الدينية^(١) ، فكان يعمد شأنه في ذلك شأن الدولة العثمانية كما رأينا ، إلى الغناء بعض أحكامها بهذه القوانين المختلفة ، دون الإشارة إلى الالغاء صراحة ولا سيما إلى الغائها كلها وتبديلها .

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

ويقول الاستاذ الكوراني في محاضراته المشار إليها تعليقاً على هذا الوضع ما يأتي :

« وهنا في اعتقادي موضع الخطأ في هذا الأسلوب ، وفي هذه الفكرة التي تأصلت في الافكار دون التنبيه إليها أو تصحيح ما استقر في الأذهان بشأنها . فالجملة والمصادر التي ترجم إليها ، إنما تتضمن أحكاماً في معاملات الناس ، وهي في حقيقتها وطبيعتها جوهرها لا تتصل بالدين من قريب ولا من بعيد . فالدين إنما يتعلق بالعقائد ، وهي التي لا تقبل التحوير والتبديل على مدى الأيام واختلاف الدهر . وأما 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 وفقهه . فن المستحيل ان تكون ثابتة في حدود دينية لا تقبل التحوير ولا التبديل . والاسلام هذا الدين العظيم ، الذي جاء هدى للناس ورحمة ، وانهزم من كثير من الضلال ، وفتسح لهم آفاقاً واسعة من حرية الفكر ، أجل واسمي ، 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 ، وإنما هي امور تتصل بحياة المجتمع وحياة افراده ، وهي تتبدل بتبدل الزمان واختلاف المسكان . 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 .

وأما هذا الجود الذي استحوذ على الافكار في القرون الاخيرة . ورسم لفقته حدوداً ضيقة من الدين ، ومنع على الناس باب الاجتهاد ، فهو ابعد ما يكون عن طبيعة الدين وعن روح الاسلام السمحة ورسائله الخالدة في حرية الفكر . وهو كذلك ابعد ما يكون عن طبيعة العربي الذي يعشق الحرية ولا يقبل للفكر حداً ولا قيوداً . وإنما 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 مجاه في كتب الفقه من المعاملات إنما هو متصل بالعقائد الدينية التي لا تقبل النقض ولا التحوير . ولكن أين هذا الضلال من تلك الحقائق الناصعة التي تتجلى في حقيقة الاسلام ورسائله المنيرة التي يشع منها ضياء الخير والصلاح للناس .

وأين هذا الجود الذي يزري بكرامة هذا العقل الانساني من قول الامام الاكبر ابن تيمية . « واذا ظهرت امارات العدل واسفروجه بأي طريق فتم شرع الله . وان اى طريقين =

أما في لبنان فقد صدرت الى جانب التشريعات المشتركة بينها وبين سورية في أكثر القضايا المشار اليها سابقاً، قوانين أخرى على جانب من الأهمية 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 العقود كافة ونص في المادة ١١٠٦ على الغاء جميع أحكام المجلة وغيرها من النصوص التشريعية التي تخالف هذا القانون أو لا تتفق مع أحكامه ، وبذلك لم يبق سائداً من أحكام المجلة إلا ما لا يتصل منها بالالتزامات والعقود ، أي لم يبق شيء هام فيها سوى الثلاث كتب الأخيرة في البيئات والدعوى والقضاء ، ولكن المشرع اللبناني أتبع هذا القانون بقانون آخر في « أصول المحاكمات المدنية » في عام ١٩٣٥ الذي معه حكم هذه الكتب الثلاثة . ثم ألحقه بقانون التجارة عام ١٩٤٢ وآخر للعقوبات عام ١٩٤٣ . فأوجد بذلك مجموعة جديدة للتشريع المدني والتجاري والجزائي مستوحاة من النظريات الحديثة وحاجات الحياة الجديدة .

ومهما يكن الأمر ، فإن جميع التشريعات سواء في سورية أو في لبنان قد استوحيت في أكثرها من التشريع الأوربي عامة والفرنسي خاصة . ولكنها في كل الأحوال لم تهمل إهمالاً تاماً الحقوق القديمة وأحكام الشريعة وقوانينها السابقة ، بل حاولت أن تحتفظ بها وأن تكيفها وتلطفها ، ولكن مشرعها كانوا يلجأون في بعض الأحيان إلى المذهب المالكي السائد في المغرب ، وإلى مشروع القانون الإسلامي 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 .

= استخراجها 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 الإسلام في حقيقته مجرداً عن الأباطيل . وفيها ما يزيح عن الأنفهام ما علق بها من أضاليل القرون المظلمة التي مرت على هذه البلاد ، ويفتح للناس آفاقاً واسعة من حرية الرأي ونهضة الفكر والإصلاح التشريعي » . (المرجع السابق ص ١١٢ - ١١٤) .

ولم يكن انقضاء في سورية أكثر تحرراً من الاتجاه الشرعي القائم إذ ذلك في هذه المواضع ، 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 توجه الحاجة الاجتماعية ومقتضيات الحياة ، وليسد نواقص التشريع وغيوبه ، بل كان في تطبيقه لها ، على العكس مضيقاً ومحدداً .

على أنه الى جانب القضاء الوطني المحافظ ، 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 النازرة بقضايا 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 إن من حيث التشكيل وإن من حيث الاختصاص التشريعي ، أي من حيث التشريع والاحكام الواجبة التطبيق ، وإن يكن يشابهه معه أو يزيد من حيث الاختصاص القضائي ، أي من حيث سلطة المحكمة ووظيفتها بالنسبة للأجانب وأصحاب الامتيازات وربما بالنسبة للوطنين ، بحيث كانت هذه المحاكم تطبق القوانين السورية دون سواها (خلافاً للمحاكم المختلطة في مصر) ، على أن هذا التطبيق للتشريع الواحد من قبل القضاة الوطنيين والمختلطين في سورية لم يكن دوماً واحداً فقد كانت روحه مختلفة ، وأسمه متباينة ، لاختلاف الثقافات الحقوقية لقضاة القضاة ، 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 ومحافظة 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 الأخرى ، 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 للأستانة .

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

ومنذ عام ١٨٤٦ أصبح المجلس المسمى « بمجلس الشورى الخاصة » أو « مجلس الشورى » 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 إليه في الدكتور شفيق شحاته ، التاريخ العام للقانون المرجع السابق ، ص ٣١٨ .
(٢) راجع الدكتور شفيق شحاته المرجع السابق ص ٣٢٠ .

« للتشريع العثماني ، غير أن الروابط التي كانت تربطها مع الاستمانة أصبحت مهلهلة وضعيفة .

ومع ذلك فإن هذا النظام القائم على الارتباط النظري استمر في عهد خلفاء محمد علي وهم عباس الاول وسعيد وسماعيل الى سنة ١٨٧٣ ، رغم أن الدولة العثمانية كانت قد وافقت على أن يسمى هؤلاء بـ « الخديوي » لتمييزهم عن حكام 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 فيها الدولة العثمانية كلها (١) .

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

وقد كان المشرع الحقيقي في مصر قبل القانون الاساسي المسمى « باللائحة » الصادر إثر الحركة الاستقلالية سنة ١٨٨٢ ، والذي أنشأ مجلساً تأديبياً نيابياً يملك وحده السلطة التشريعية ، كان المشرع الحقيقي قبل 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 عام ١٨٨٣ الذي امتد باسم الاحتلال أحياناً والحماية أحياناً أخرى حتى عام ١٩٢٣ حيث عاد لمصر استقلالها ، فقامت المجالس التشريعية — مجلس النواب ومجلس الشيوخ — الى ممارسة السلطة التشريعية في ظل نظام ديمقراطي . وقد قام هذا النظام 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 ، فقد كان في البدء محمداً وظيفاً ، ولم يتسع بشكل كامل إلا بعد أن عاد لمصر استقلالها الكامل عام ١٩٢٣ ومع ذلك فإن ثمة تشريعات هامة جداً وأساسية قد صدرت في عهد محمد علي ولا سيما خلفائه سواء فيما يتعلق بإنشاء 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 والجنايية والمسكرية التي لا تتقيد بأحكام الشريعة ، أو « المجالس التجارية المختلطة » التي انشأت عام ١٨٤٥ لتفصل في القضايا التجارية وأولها « مجلس تجار الاسكندرية » و « مجلس الاحكام » الذي حل محل جمعية الحقانية ١٩٤٩ ، والمجالس الاستئنافية عام ١٨٥٥ ومجلس كومسيون مصر عام ١٨٦١ وهو مجلس مدني مختلط او المجالس المليية بالنسبة للطوائف غير الاسلامية من غير الاجانب تطبيقاً لأحكام الخط المهابوني وأخيراً المجالس البلدية عام ١٨٦٤ والحسبية عام ١٨٧٣ ، وأخيراً وأهم هذه التشريعات في امور القضاء والحكم انشاء المحاكم المختلطة وتنظيمها عام ١٨٧٥ في أول حركة تشريعية للإصلاح القضائي لالزام الاجانب بالخضوع للقضاء في مصر ، بعد أن كانوا قبل ذلك لا يخضعون 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 ، وتفضى وفقاً 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 موناوري Maunoury في عهد الخديوي اسماعيل ، وكان نوبار باشا قد

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 ايها 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 مونثرو (٨ مايو ١٩٣٧) على الغاء الامتيازات الأجنبية في مصر وبقاء المحاكم المختلطة فيها لمدة ١٢ سنة فقط كفترة انتقال ، وقد ألغيت فعلاً بعدها في ٢٥ أكتوبر 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 ومطبّقاً حتى اليوم رغم القوانين الكثيرة التي صدرت في العهد الحالي ، وفي طليعتها قانون المدني نفسه الذي سنبجثه في الفصل الآتي .

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

البحث الخامس

العهد الحاضر

§ ١ - ملحة 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 إنهاء « الامتيازات الأجنبية » التي كانت تقضي بوجود 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 تشريعيها 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 فضلاً 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 قطعتة النظريات القانونية التي تضمنتها تشريعات العالم الحديثة ، مما لا يمكن للقضاء أن يصلحها وأن يؤدي مهمة المشرع فيها .

ومن أجل ذلك فقد أُلقت في مصر منذ عام ١٩٣٦ لجان متابعة 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 نحو من ثلاث سنوات ليقدم عليه رجال القانون والفقهاء 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 تفصيلاً 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 تُلغى المجلة بكاملها .

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

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 والنخ ... وقد بدأت هذه اللجان أعمالها فعلاً (١) .

وعندما حدث الانقلاب السوري الأول في نيسان ١٩٤٩ ، كان من أبرز ماهدفت اليه حكومته ان تحقق اصدار ذلك القانون المدني الجديد ، وإن تنفيذ من وضع الحكم الانقلابي للتخلص من العقبات والمناقشات المختلفة ، وربما للتخلص من بعض التيارات الما كسة 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 قضي بتطبيق القانون المدني المرفق به اعتباراً من ١٥ حزيران سنة ١٩٤٩ ملغياً جملة وتاماً 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 أكمله . وتوقف المشروع عند هذا الحد .

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

وقد قدمت له وزارة العدلية السورية إذ ذاك بمذكرة إيضاحية ، موجزة وقصيرة ، اشارت فيها إلى أنه « ليس لجمهورية السورية قانون مدني جامع ، في مختلف المعاملات المدنية ، لحل ما ينشأ بين الأفراد من مشاكل واختلافات ، وإنما هنالك مجموعات متفرقة من الاحكام تقوم على مبادئ 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 تقييد بمذهب ، إلا أن الاحكام التي تضمنتها لم تكن لتفي بالحاجة التي يتطلبها الوقت الحاضر لافي موضوعها ولا في صياغتها ، فضلاً عن أن ما أدخل عليها من تعديل لم يبق منها شيئاً يستحق الذكر ، ولكنه مع ذلك لم يسد كل الحاجة ، ولم يأت بكل ما تدعو 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 هذا الشأن ، بما لا يتفق مع رقي الحياة الفكرية والقانونية ، وتطور الاوضاع المدنية والاجتماعية فيها (١) .

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

(١) راجع المذكرة الايضاحية للقانون المدني السوري .

هذا القانون العتيق دون أن يتمكنوا من الوصول بمشروعاتهم إلى النهاية المرجوة والمنتظرة .

وأضافت المذكرة الإيضاحية أنها إذا كانت قد أقامت مشروعاً على أساس القانون المدني المصري الجديد فذلك « لما بين القطرين الشقيقتين من التقاليد المشتركة ، والعادات المتقاربة ، والاضاع الاجتماعية المتشابهة ، بحيث يسهل تطبيقه في سورية ، ويؤدي في الوقت نفسه إلى الاستفادة من اجتهاد القضاء المصري ، ومن آثار رجال القانون المصريين ، ويقم بين البلدين تعاوناً واسعاً في التشريع المدني . . . هذا فضلاً عن تحقيق مقصد جليل في توحيد التشريع بين الاقطار العربية ، وإقامة الوحدة القانونية بينها » .

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

وعلى هذا فانه يجب علينا ابيان حقيقة هذا القانون في مصادره وأحكامه ، وفي صياغته وترتيبه ، الرجوع إلى الأصل الذي أخذ 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 أساماله . . . 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 يسيران إلى حد كبير الاصول والتقنيات 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) . . . خلافاً 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

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

٢ - 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 » . وبموجب 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 - وهو الحقبة - 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 المصري . 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 الفسخ ، حقوق الجوار ، ضمان المؤجر للعيوب الخفية . . . الخ .

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

السابق ، كالأحكام 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 أحكامها من الشريعة الإسلامية ، واستبقاها القانون الجديد ، كبيع المريض في مرض الموت ، والغبن ، وتبعة الهلاك في البيع ، والعلو والسفل ، والحائض المشترك ، والهبة ، والاهلية الخ .. (١)

٣ - التشريعات أو التقنينات الحديثة (الأجنبية)

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

ويمثل القانون المقارن أو التشريعات الأجنبية الحديثة ، التقدم الحديث لم القانون والحقوق ، ويتضمن أحدث النظريات والتطورات ، ويتمثل بالتقنينات المدنية الحديثة التي ظهرت خلال القرن التاسع عشر والعشرين حتى اليوم في مختلف البلاد المتقدمة ولا سيما التشريعات اللاتينية والجرمانية وما بينها (٢) .

(١) ولقد نوهت اللجنة في هذا التقرير بالمكانة الرفيعة للفقهاء الإسلاميين بين مذاهب الفقه العالمي ، وخصوصاً بالنسبة لمصر التي يعتبر الفقه الإسلامي فيها أصلاً في كثير من المسائل ، وإن استبقاها مثل هذا المصدر هو إبقاء على تراث روجي حري بن بصال وينتفع به ، وإن مسلك القانون في حدود هذا المصدر الثاني قويم لا يؤثر على استقرار المعاملات ، بل إن فيه تمكيناً لأسباب الاستقرار عن طريق تقصي التقاليد التي ألفها المتعاملون في البلاد منذ مئات السنين (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ١٣١ - ١٣٢) .

(٢) يمكن أن تجمع التقنينات اللاتينية التي شملها هذا المصدر في ثلاثة أقسام : أ - القسم الأول من التقنينات اللاتينية القديمة والحديثة أما القديمة فأتت في طليعتها القانون الفرنسي ثم يأتي بعده الإيطالي القديم ، فالاسباني والبرتغالي والهولندي ونسبها « قديمة » على اعتبار أنها

واقدم هذا القانون المصري الجديد حذو التقنيات الحديثة في تحرير أفضل النصوص والاحكام ، « وحرص واضعو هذا القانون على أن يتفهموا ارتفاعاً كاملاً بكل خطوة خطتها التقنيات الحديثة في طريق الكمال من ناحية الاسلوب الفني والصياغة التشريعية » .

واكثر ما رجع اليه القانون المصري من هذه التقنيات 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 المصري قد اكد بمد أن استعرض هذه المصادر وصلتها بمشروع القانون (١) « وان النصوص التشريعية الواردة في هذا المشروع لها من الكيان الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها . ولم يكن الغرض من الرجوع الى التقنيات الحديثة أن يتصل المشروع بهذه التقنيات المختلفة اتصال تبعية في التفسير والتطبيق والتطور ، فان هذا حتى لو كان ممكناً لا يكون 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 ملاسبات ، وما يخضع له من مقتضيات ، فينفصل انفصلاً تاماً عن المصدر التاريخي الذي اخذ منه ، أياً

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

ب - القسم الثاني التقنيات الجرمنية ، كالتقنين الالماني ، والسويسري وكلها حديثة .

ج - والثالث قوانين اخذت من القسمين السابقين اللاتيني والجرمني وجمعت بينها كالبولوني والبرازيلي والصيني والياباني

(١) راجع تقرير اللجنة التشريعية في مجلس النواب . وأقوال مندوب الحكومة أمامها

(مجموعة الاعمال التجضيرية ج ١ ص ٣٢) .

كان هذا المصدر . . . ولكل من القضاء والفقهاء ، بل على كل منها . 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 بحاجات البلد وتساير مقتضيات العدالة .

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

٣ - القيمة الحقيقية للقانون المدني الجديد

ولكن ماهي قيمة هذا القانون من الناحية الحقيقية ؟
لانتقد ان بين رجال القانون والفقهاء الحديث من يشك اليوم في قيمة القانون المدني الجديد ، ومكانته العالمية المرموقة ، وفيما حواه من احكام وقواعد حقوقية ونظريات حديثة ، تسير تطور البلاد وحاجاتها التقدمية ، وان كانت قد تردت ثمة انتقادات واختلافات حول تبني هذا القانون ومصادره . فقد شجب بعضهم صدور هذا القانون ، بهذه السرعة ، عن القانون المصري بما يتنافى مع الناحية القومية ولدينية ، في حين رأي غيرهم خلاف ذلك (١) .

(١) لقد اخذ بعضهم على القانون السوري ، الذي هو بمجموعه القانون المصري فيما خلا نظريات البنات او الاثبات ، واجبات 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 ، الخصب بنظرياته العجيب بقايلاته 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 - ٥) .

وقد ذكر الاستاذ الزرقا في مقدمة هذا الكتاب (ص ٤ - ١٤) فضائل الفقه الاسلامي واصوله ، وآراء الاستاذ السهوري وغيره في وجوب استحياء القانون من هذا الفقه ،

تابع الحاشية

مشجياً 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 وعملاً مجيداً سواء من الناحية القومية او من الناحية الحقوقية ، وانه لم يخرج بالبلاد عن حاجاتها ، ولا خالف دستورها او طعن تقاليداً ومذاهبها . وايدت المذكورة الايضاحية للقانون ، التي صدرت عن وزارة العدل السورية ، ذلك قائلة : « ان السبب في اختيار هذا القانون (اي المصري) اساساً للمشروع السوري يعود الى ما بين الفطرين الشقيقين من التقاليد المشتركة ، والعادات المتقاربة ، والاضاحات الاجتماعية المتشابهة . بحيث يسهل تطبيقه في سورية ، ويؤدي في الوقت نفسه الى الاستفادة من اجتهاد القضاء المصري ، ومن آثار رجال القانون المصري ، وبقية بين البلدين تعاوناً واسعاً في التشريع ، فضلاً عن تحقيق مقصد من اجل المقاصد التي يرنو اليها العرب في هذا العصور وهو توحيد التشريع بين الاقطار العربية » .

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

ومهما يكن من امر هذا الخلاف في قيمة تبني سورية للقانون 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 الحاجة كانت ملحة لانهاء الأوضاع التشريعية السابقة ، وكان الانتظار طويلاً لاستصدار قانون مدني يسير انتطور والتقدم ، ويقرب بين البلاد العربية يضيغ كثيراً من الفوائد المرجوة ويخالف الغاية من تبديل التشريع القائم باسرع ما يمكن وكانت المحاولات والمشروعات الاولى لوضع مثل هذا القانون من قبل لجان او اشخاص تصطدم دوماً بالعقبات ، وهي بعد في مهدها ، ولم يكن احد يستطيع ان يتأكد من مصيرها . اضيف الى ذلك ان الكثير من المبادئ 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 - كما رأينا - الشريعة الاسلامية ومبادئها ، حتى ان المادة الاولى من هذا القانون ولاسيما في النص السوري ، جعلت مبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الاول الذي يرجع القاضي اليه في حال فقدان النص . فلم يكن هذا القانون اذن في نضو وفي مصدره منكرراً للشريعة الاسلامية ومذاهبها متنكباً عنها ، وان يكن قد استقى ، واستلهم أحكامه ، فوق ذلك ، من أحكام التشريع والقضاء المصريين السابقين والتجارب الطويلة للآخرين . فضلاً عن الفقه الاسلامي واحكام الشريعة .

وسنستعرض بإيجاز قيمة هذا القانون من الناحيتين الشكلية والجوهرية .

١ - في الناحية الشكلية : تبويب القانون المدني ولغته

ان البحث في تقسيمات القانون وترتيبه ولغته 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 المدني المصري العتيد ، ان قانونهم السابق المأخوذ عن القانون الفرنسي كان معيباً في شكله ، في تبويبه وتقسيمه ، وفي ازدواج لغته ، وضعف اسلوبه ، الى حد كانت فيه النتائج والاثار اسوأ وأضر من كثير من النواحي الاخرى .

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

وإذا كان هناك بعض الاحكام التي قد تستحق التعديل ، فان ذلك لا يفقد القانون ميزاته كلها ، وقيمة اصداره من اصلها ، اذ ليس من كمال الله ، ولا عصمة من خطأ الا فيما نزل من اوامر الدين واحكام الآيات . بل لعل ذلك امر طبيعي في كل التشريعات ، وتلك سنة التطور التي تقضي تطوراً مستمراً ، والا جدم التشريع ، وابتعد عن مسيرة حاجات البلاد وتحقيق الغاية من وضعه .

وإذا كان هناك امر يجب ان لا يكون موضع خلاف ، فهو ان الواجب العلمي والفقهى ان يرجع اولئك الفقهاء ، من الذين تمكنوا من فقه الشريعة واحاطوا به ، ان يرجعوا في اتاجهم الفقهى ، وابعائهم التفصيلية ، الى استقصاء القواعد والاحكام التي تضمنها القانون الجديد - سواء - بالقد والتفنيذ ، او بالموافقة والتأييد ، إن في تحليلها وتقدير قيمتها - الى الشريعة الاسلامية ومذاهبها ، لبيان كنوز احكامها ، وعظيم تراثها ، ورد احكام القانون الى ما يمثلها من احكام الفقه او بيان وجوه المخالفة ، وبذلك يكونون قد قاموا بقسط من واجبه نحو الشريعة ونحو القانون . واليوم وقد اصبح القانون المدني ذا تطبيق وتاريخ في بلادنا منذ ان صدر ، وقد بدأت مفاهيمه واحكامه تدخل في صميم حياتنا الحقوقية والقضائية ، ومعاملاتنا المدنية . لانحسب ان بالامكان ان يدور دولا ب 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 أبواب 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 التقنيات الحديثة ، وتتفق مع مقتضيات الفن القانوني القائم على التجرد والتعميم والاتقان ، ويتفادى الأخطاء والمثالب والاتقادات 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 — قسماً عاماً مسهباً يبحث بصورة مجردة في الموضوعات المبدئية التي تسيطر على جميع الموضوعات في الحقوق العامة والمدنية ، ويتناول مصادر القانون وتطبيقه ، وأطرافه ومحلّه الخ ومن ثم العمل الحقوقي Acte juridique بوجه عام ، كما يقسم أبحاثه الأخرى في كتب مستقلة الأول منها للأشخاص ، والثاني للعلاقات الناشئة عن الالتزامات والعقود والثالث للأموال 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 فإن هذه التقنيات 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 إمكان تقنين أحكام الأسرة .

(١) المذكرة الايضاحية للقانون المدني السوري .

• والاحوال الشخصية بأحكام واحدة بسبب المصادر الدينية المختلفة التي مازال تهيمن على هذه الناحية من التشريع ، لذلك فانهم لم يدخلوا هذا القسم الهام من الحقوق المدنية في القانون المدني العتيق ، 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 هذه أبحاث لم تكن منظمة في التشريعات السابقة ، أو القوانين المعمول بها قبلاً بشكل منتظم وكاف) وفي فصل ثالث تعيين الأشياء والأموال وتقسيمها . وقد اتبع القانون السوري في هذا الفصل ، خلافاً للقانون المصري ، تقسيم العقارات كما كان سائداً في التشريع العقاري السوري سابقاً ولا سيما القرار رقم ٣٣٣٩ تاريخ تشرين الثاني سنة ١٩٣٠ المعروف بقانون الملكية العقارية ، الذي احلت أحكامه محلها في القانون المدني السوري .

ولم يتعرض القانون المدني في هذا الباب التمهيدي لبحت العمل الحقوقي *acte juridique* وما يتعلق به من عموميات ، كما فعل القانون الألماني مثلاً تاركاً ذلك للالتزامات والعقد بصورة خاصة ، وذلك لشدة الصلة بين الموضوعين واتصالهما الوثيق ، وكى لا ينقطع البحث أو يعتمد 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 هذا

الكتاب لمصادر الالتزام مرتبة ترتيباً علمياً حديثاً (مبتدئة بالمعقد ، آثاره فأنحلاله ، 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 في 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 البنات 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 وصلاح الخ) إلى عقود على المنافع (من اجارة وعارية الخ . . .) إلى عقود على العمل (من مقاوله ، والزام مرافق ، وعقد عمل ، فوكالة ، فوديعة ، فحراسة . . .) إلى عقود الفرر (من مقامرة ورهان ، ومرتب مدى الحياة ، وعقد تأمين) إلى عقد الكفالة في باب خامس وأخير .

وأما القسم الثاني موضوع الكتاين الثالث والرابع من انقانون 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 أو جدد 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، يسير الحركة العلمية، ويعتمد 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 بلغة عربية سليمة لأنس لها ذوق الاصطلاح» (٢) على أن بعض الاصطلاحات المشهورة في سورية والتي قد تختلف عنها في مصر قد أدت إلى انتقاد البعض للغة القانون وتمايره، لا سيما وان فيه موضوعات جديدة توجب تعابير غير مألوفاً، في حين أن البعض الآخر يؤكد ان «لغة القانون آية في البلاغة ودقة التعبير، بعد أن تولي صياغة المواد رجال قد ضربوا بسهم وافر في أدب اللغة كالسنيوري، وليب عطية، وسعيد مراد أحمد، وصيلب 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 السنيوري، 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 السنيوري في كتاب الوسيط ص ٣٢ و ٣٣ ما يلي:
«لاشك في ان التقنين الجديد، في لغته وفي اسلوبه التشريعي، ارق 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 برى من الضعف في التعبير، وهذه الركائز في الاسلوب اللذين كانا يتزانان بكثير من نصوص التقنين القديم الى منزلة العالمي من الالفاظ، ولم تعد المصطلحات القانونية تضطرب فيه وتعارض، بل ان المصطلح القانوني ليرد في جميع النصوص لفظاً واحداً لا يتبدل ولا يتغير».

ولولا بعض الاخطاء التي لا يمكن أن يخلو منها عمل من الاعمال ، فإن شكل القانون المدني في تبويبه وصياغته من أبرز وأفضل القوانين المدنية المصرية .

ب - جوهر القانون وأهمه الموضوعية :

لقد جاء القانون الجديد بمبادئ وأحكام مدروسة ومختارة ، وعلى جانب كبير من الاهمية والاثربحث يمكن أن تعتبر بمجموعها تشريعاً عصرياً تقدمياً ، علمياً وعملياً ، صالحاً للنهضة العامة التي تنطلق اليها ، ومساعداً على تحقيقها . ولا يعني ذلك أنه كامل لا يأتيه خطأ أو باطل ، أو أن أحكامه بلا استثناء موافقة للوضع والحاجات لا تقبل التعديل . بل ان التطبيق وحده هو الذي سيدين قيمة كل حكم وصلحه أو عدمه . وبما لا شك فيه ان القانون المدني المذكور كسائر التشريعات الزمنية ، لا بد له من التطور مع الزمن ، ليسير الحياة في قلبها ومفاهيمها ويؤدي الغرض الذي من أجله قد وضع .

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

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

بل ان أهم ما أتى به القانون الجديد من أبحاث كاملة ، على جانب كبير جداً من الأهمية والخطورة والاثراً ، لم تكن منظمة في مجلة الاحكام المدلية ، وان وجدت في سائر القوانين الحديثة ، الا وهي نظرة الالتزامات بتامها ، من مصادرها حتى انقضاءها ، نظرية كاملة مستوفية .

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

بل لقد تضمن القانون المدني في نظرية الالتزامات قواعد وأحكام واتجاهات ووزعات ، طالما كانت أمل الفقه الحديث ومحط رجاء العاملين في تطور الحقوق وتحررها من قيود الفردية ، ومساوىة احترام الارادة الشخصية والتعاقدية ، والتمسك بها تمسكاً أعمى ، كما في التشريعات القديمة والنصوص السابقة وعلى الاخص الفرنسية .

وإذا كان إيضاح هذا الموضوع يحتاج إلى تفصيل وتبسط في بيان النظريات والاتجاهات المختلفة التي سادت التشريعات اللاتينية والجرمانية ، مما 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 والتقييد ، بين التمسك بالقواعد والمبادئ الشخصية Subjectif أو الموضوعية الظاهرية Objectif ، اتجاهات وزعات 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 الإرادة الباطنة والدوافع الشخصية عند الإنسان اهتماماً كبيراً ، مفدشة عن الأسباب لكل تصرف ، وجاعلة إياها أساساً يرتكز عليه التصرف أو العقد . في حين أن التشريعات الجرمانية قامت على المبادئ 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 الشيوخ بالرجوع إلى طابعه اللاتيني الفردي مع تأثره كثيراً بالاتجاهات الأخرى

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

بقيود جديدة ، فوق القيود القديمة ، استوحاها من مبادئ الحق المطلق وقواعد العدالة والانصاف ، فقيّد بعض الحالات بقيود قانونية وأعطى القاضي سلطاناً يظن في بعض الأحيان على سلطان إرادة الطرفين الحرة المختارة ، فأخذ بما يسمى نظرية الطوارئ^(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 يفيد القاضي بقواعد أو معايير جافة ضيقة ، وإنما جاءت معايير 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 يميز للقاضي إذا تبين له أنه لأسباب طارئة بعد العقد . استثنائية عامة وغير متوقعة في حينه ، تصبغ التزامات أحد الطرفين مرهقة له رغم أنها قابلة للتنفيذ ، فإن القاضي يستطيع تعديل العقد وذلك برد الالتزام الى الحد المعقول ، ويقم باطلاكل اتفاق على خلاف ذلك . (راجع المادة ٤٨٤ من قانون 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^(١) . فأقر للفرد مبدأ سلطان الارادة ، واحترم إلى حد ما حريته ، جاعلاً 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 معقولة 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 العتيق .

ويتهيئ الاستاذ السنهوري إلى القول : « وبأبى التقنين الجديد أن يكون متخلفاً عن عصره ، وما هو إلا صورة صادقة لمدينة الجيل الذي ظهر فيه .. »^(٢) ولقد طبق القانون المدني خلال هذه السنوات الثلاث عشرة الماضية فتكشفت تطبيقاته عن الميزات الكثيرة التي تضمنتها أحكامه، وعن الآفاق الجديدة التي فتحتها في عالم

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

(٢) راجع في قيمة القانون المدني الجوهرية والاتجاهات العامة له ، الاستاذ السنهوري

الوسيط في الاتراعات ، المرجع السابق ص ٩٩/٧٤ .

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 يفهمه الناس ، ويتكشف لهم عن كل ما فيه . 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 الماضية وما تزال تصدر مستوحاة من الاتجاهات الاجتماعية الجديدة ومفاهيم العدالة الاجتماعية، فعدلت أو تعدل من احكام القانون المدني والقوانين الأخرى كاللجاري والعمل والح... ما يمس النواحي التي نظمتها أو تنظمها تلك التشريعات ، مع بقاء الأصل قائماً ، وهذا ما يتفق مع حاجة التطور وسنته ، ولا يؤثر على حقيقة القانون الأصلي وقيمه .



الفتحة الأولى

معلومات عامة

أو

المدخل إلى علم الحقوق

١ - ما هي الحقوق : ما هو معناها وما هو موضوعها ؟ ما هي صلتها بالاخلاق والدين ؟
ما هو أساسها وكيف نعرفها ؟

٢ - ما هي فروعها وأقسامها ؟

٣ - ما هي مصادرها ومساندها ؟

البحث الأول

ماهية الحقوق ؟

إن كلمة « حقوق » في اصطلاحنا تقابل بالفرنسية كلمة Droit أو ما هو بمعناها في اللغات الأخرى (١) ، وكلها مشتقة من الأصل اللاتيني diriger, 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 أرى هذه التسمية المصرية في مأمن من الخطأ وبعيدة عن الانتقاد ، وعلى الأخص فيما اصطّلحنا عليه في سورية .

(١) بالإنكليزية Right أو Law وباللألمانية Recht .

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

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

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

فالقانون في اصطلاحنا السوري تعريب الكلمة الفرنسية Loi ، وهو تلك الشريعة السنونة 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 الإصلاح الزراعي . . . الخ . . . حتى أن المؤلفين المصريين أنفسهم قد يسمون مثل هذه الأعمال التشريعية بالقانون في بعض الأحيان^(٢) أو القرار بقانون . . . كما أنهم ما زالوا يطلقون كلمة « حقوق » ترجمة لكلمة Droit في بعض الأحوال الأخرى ، حيث كانوا يقولون مثلاً، 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 الشريعة 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 وDroit . كما يطلقون احياناً كلمة « مجموعة » تعريباً لكلمة Code . وقد اسماها مجمع فؤاد « المدونة القانونية » ويقولون « تجميع » تعريباً لكلمة codification 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 ساميان مرقس ، المرجع السابق ص ٤ ، مفرقاً في ذلك بين المعنى العام والمعنى الخاص « لقانون » .

السابق وهو « الحقوق » في هذا الموضوع غير أننا مع ذلك ربما استعملنا كلمة « القانون » في هذا المعنى العام عندما نرجع الى المؤلفات المصرية وأقوال فقہائنا^(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 المعروف ، 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 *Doctrines socialistes* تقوم على اعتبار « المجموع أو الجماعة *la collectivité* التي يتألف منها الشعب أو الأمة فوق الفرد ، وتجمل هذا المجموع — الشعب أو الأمة — 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) اتنا نرجو ان ينتهي هذا الاختلاف في يوم قريب تتوحد فيه المصطلحات الحقوقية والقانونية بين الأقطار العربية دون فارق او اختلاف ، فنتخلص 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 ان من 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 وما هو منشؤها ، وما هي صلاتها بالأخلاق والدين وخصوصاً ماهي أسسها لننتهي بعد ذلك الى التعريف .

§ ١ — معاني الحقوق

عندما نطلق تعبير « الحقوق » او « القانون » بشكل عام ، فإن 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 idéal والحقوق الوضعية Droit positif

ان كثيراً من الشرائع ، كالشريعة الاسلامية مثلاً ، تفهم بـ « الحق » معنى « الحقيقة المثلى » او « اليقين » (١) او العدالة . وكثيراً ما تستعمل كلمة « الحق » بمثل هذه المعاني المثالية المشابهة ، فتفصل وتميز 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 حصص الحق » (سورة يوسف) وكذلك « وقل جاء الحق وزهق الباطل ان الباطل كان زهوقاً » (سورة الاسراء) اي ظهرت الحقيقة ، او قوله « فأما الذين آمنوا فليعملون انه الحق من ربهم » سورة البقرة الخ ...

الطبيعة والنخ .. 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 بلاد 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 - الحقوق بالمعنى الشخصي او الذاتي subjectif والمعنى الموضوعي objectif

الحقوق بالمعنى الموضوعي Droit objectif تعني هذه القواعد الحقوقية
 الوضعية - وربما في بعض الاحيان المثالية - 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 فإن المبدأ الذي قرره المادة ٥٦ 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 بمواظف 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..
 فنكون إنما نبحت في حقوق موضوعية . وهكذا تكون جميع القواعد المنصوص
 عليها في القوانين العامة سواء في الحقوق المدنية أو التجارية أو الخ... بما تحويه
 من قواعد تطبق على الجميع ، ومن ضوابط عامة مجردة ، كل هذه القواعد حقوق
 موضوعية لا تختص بشخص معين ، وإنما هي سماء تظل 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 عائد له ، فإذا قلت حق
 مرتين ما على المال المرهون ، أو حق مؤلف كتاب ما على كتابه ، أو حق زيد
 تجاه عمر ، كحق متضرر ما في المطالبة بالتعويض من المسبب ، فإن كلمة حق هنا - وأن تكن
 تجمع على حقوق - إنما تؤخذ بالمعنى الشخصي ، أو الخاص من زاوية الشخص
 المستفيد من الحق أو بالنظر للحالة الخاصة التي تطبق عليها ، أي أنها عبارة
 عن الميزات والمكّنات (جمع مكنة أي امكانية أو قدرة) الممنوحة بالحقوق
 الوضعية والموضوعية الى شخص معين أو لأجل أمر من الأمور المخصوصة
 بحيث يملك صاحبها ، كما قال ريبير (٣) الطمأنينة الحقوقية في التمتع

(١) دولا كرسية 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
 Interêts juridiquement « المصالح التي يحميها القانون ، 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 للأفراد ،
 كحق منتخب في الانتخاب ، وحق مواطن في الاعلان عن رأيه ، أو كحق
 رئيس الدولة بجل المجلس التشريعي.. إلى آخر ما هنالك من الحقوق العامة او السياسية
 الأساسية للإنسان . غير أن ما تقصده الحقوق الخاصة التي ندرسها من الحق
 الشخصي هو ، كما قلنا ، هذه الامتيازات والسلطات ، تلك المنح والمكثبات
 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 créance) . 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 المقدس ص ١ .

فإن بين الاثنين اتفاقاً بالطبيعة وتطابقاً في الحكم ، لأن الحق بالمعنى الشخصي الذاتي لا يوجد ولا يعتبر إذا لم تكن الحقوق بمعناها الموضوعي قد أبدته . مثلاً إذا كانت حقوق بلد من البلدان لا تقر حق الوصية بصورة عامة ، فإن 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 ، فإن حق سائق سيارة بقيادتها (وهو بالنسبة له حق شخصي ذاتي) إنما أوجدته وقررت له الحقوق الموضوعية (١) . وكما قال الاستاذ الدكتور سليمان مرقس (٢) فإن 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 ، - إن هذا القانون - يقرر ما يعتبر مصلحة لكل شخص ويبين ما لصاحب هذه المصلحة من مزايا أو سلطات أو مكنتات (وهو ما يؤلف حقوقاً شخصية ذاتية) ، ويرسم في الوقت ذاته حدود هذه السلطات ، وينهي سائر الناس عن اتيان ما يمد افتئاتاً عليها » . وبكلمة واحدة فإن الحقوق بمعناها الموضوعي هي التي توجد حقوقاً شخصية ذاتية لمصلحة الأشخاص الذين تحميهم ، وهذا ما يفسر عبارة الفقيه الألماني اهرنك السالفة الذكر . « الحق مصلحة يحميها القانون » .

(١) راجع دوباكيه نفس المرجع ص ١٠ و ٩ .
(٢) المدخل للعلوم القانونية ج ١ ص ٢٠ .

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 ، مها كانت ابتدائية ، دون حد أدنى لنظام أو قواعد عرفية ومن ورائها سلطة تفرضها وتوجب احترامها . وهذا وجدت الحقوق منذ وجد الانسان ، حتى قال الرومان « حيث توحد جمعيات بشرية توجد حقوق » Ubi societas 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^(٣) . وبعد أن كان الوحي القائم على القوة الخارقة المتمايزكية 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 .

ومها يكن منشأ الحقوق وأصلها قديماً يصل إلى المجتمع الأول وقد تطور مع الزمن ، فإن 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 الفاهرة ١٩٤٧ ص ٤ وما بعدها .

(٢) راجع دوباكيه ، المرجع السابق ص ٦ .

ولو ألقينا نظرة على أي مجتمع في هذا العالم لتأكدنا أن ليس هناك شخص إلا وبشعر 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 صلته بأهله وأقاربه ، حتى إذا كبر وغرق في خضم هذا المعترك ، في مهنته ، وحياته الاقتصادية وكسب رزقه ، في أعباءه ومسراته ، لا بل في مروره في الطريق العام ، يشعر أنه مقيد بقيود وقواعد في سلوكه ، وأنه مرتبط بعلاقات وصلات مع الآخرين ، عارضة كانت أو دائمة ، أنه يعيش في وسط اجتماعي (١) .

وتنتج عن هذه العلاقات الاجتماعية التي لا مناص منها وجائب ومجوريات ، وحيدة الطرف أو ثنائيتها ، تقع على عاتق واحد من الطرفين أو عليها كليهما . وفي كل الأحوال فإن الناس يشعرون أن لا بد لعلاقتهم هذه من نواظم ، أي من ضوابط وقواعد تنظمها ، ومن أسس تسيير عليها ، فتقوم بينهم التزامات متقابلة ، تربطهم في مختلف فواحي 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 ومعاشرهم ، إنما توجد وجائب اجتماعية ، والتزامات .

(١) نعم ، إذا 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 حيي بن يقطان مثلاً - فإن مثل هذا الانسان الوحيد الذي يتمتع بالحرية المطلقة في كل شيء ، لا يشعر بحاجة الى فكرة الحقوق أو قواعدها . ولا يمكن أن تتولد مثل هذه الأفكار عنده ، الا اذا اتصل 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 يوجهها غير الوجدان أو الذوق أو الأدب، بحيث لا تتدخل قوى الدولة من محاكم وقضاء، أو شرطة ودرك في إجرائها وتنفيذها، كمثل مساعدة القريب والمموز، أو مواساة المريض والمصاب، أو 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 مثلاً انك ملزم بسائق معيشتك في وسط اجتماعي، ان تشتري ما تحتاجه من طعام وكساء، وان تمتطي الحافلات والناقلات في حلتك وترحالك... فانت ملزم ان تؤدي الى بائعك قيمة ما اخذته منه، وان تدفع اجور نقل الومسائط التي تركبها، حتى اذا امتنعت او اخلت، كنت مسؤولاً مسؤولياً مؤيدة بالزام وجزاء. كذلك التاجر الذي يعجز عن دفع ديونه المستحقة، يعرض نفسه للافلاس، والصانع الذي يضيع على بضاعته علامة فارقة لمعامل غيره يعرض نفسه للعقاب الخ... كل ذلك مؤيد بالدعوى امام القضاء وبالحكم والتنفيذ.

فهذه الالتزامات وهذه القيود والاحكام أوجتها الحقوق وأوجدها القانون...

وهكذا فان العلاقات البشرية القائمة في المجتمع البشري تنتج نوعين من الوجائب، وجائب متروكة للوجدان والاختيار، توجهها 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 ، تدعمها 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 عني ببحثه كثير من الفقهاء والفلاسفة ، واشتد حوله الجدل والنقاش بل لقد مر هذا التفريق في عصور التاريخ بمراحل ، فبعد ان عرفت القرون الغابرة قواعد الحقوق والاخلاق والدين بمتزجة لا تفريق فيها بدأت هذه القواعد تنفصل تباعاً بتطور الحياة .

والجدير بالذكر ان القواعد الاخلاقية ، او الاجتماعية عامة ، نسبية ، اختلفت وتختلف في الزمان والمكان . فقد تعتبر في بعض البلاد وعند بعض الشعوب قاعدة ما اخلاقية او حقوقية في حين انها لا تعتبر كذلك او تعتبر عكس ذلك عند الآخرين (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 العليا ، فامتزجت بذلك وتداخلت مع المفاهيم الاخلاقية وقواعدها ، حتى اذا بدأت العقائد الدينية بمفاهيمها المتنازيرية تضعف حلت محلها قواعد الاخلاق التي أتحدت معها من قبل .

ويعتقد المؤلفون الذين بحثوا تاريخ الحقوق ان التمسك الشديد بالتقاليد القائمة على المفاهيم الأخلاقية ، كتلك التي قامت على العقائد الدينية ، كانت الوسيلا 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 مثلاً أو السرقة أو تبديل حدود الاراضي والاملاك ... وكانت النية الحسنة هي الاصل فلم يفكر احد ان يوجد قواعد وقبوداً ، في المقاولات 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 .

ومها يكن الامر ، فقد ظلت الحقوق خلال زمن طويل لاتنقسم عن الدين ، الا ان التفريق اخذ يظهر بعد ذلك في مواضع شتى ، كلما نمت الحياة الحقوقية واتسعت . فقد عرفت روما حقوقاً مستقلة عن الاخلاق والدين حتى قال الفقيه الروماني بولس paulus عبارته المشهورة « ان ما اجازته الحقوق ليس دوماً اخلاقياً » . ولكن ، ما ان طغت الحقوق الكنائسية في القرون الوسطى فاقامت الحقوق على العقائد ، إلا وعاد المزج بين الدين والاخلاق من جهة ، وبين الحقوق من جهة 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 ٧١٣ (١) إذ وضع قاعدة صحيحة لهذا التفريق
فقال : ان الاخلاق تعود الى الوجدان الشخصي والذاتي لكل منا ، وتبغى الوصول
الى راحة الضمير والسلم الداخلي فقط . اما الحقوق فلها تنظم العلاقات مع الآخرين
للوصول الى سلم وطمانينة 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 كاملاً أخذ عليه فيه المبالغة والتطرف حين أكد
اولاً ان القواعد الحقوقية لا تقوم 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 الخنس » Critique de la rai-

son pure قد هدم كل اساس متافيزيكي للاخلاق ، فلم يجد لها مصدراً آخر غير مصدر
الوجدان والضمير الداخلي للانسان ، مستقلاً عن كل تأثير آخر وحياة اخرى .

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

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

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

= تتصل مباشرة بحياة الجماعة ، وعلاقات افرادها وطباً نية 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 الالتزام في القواعد الحقوقية لا يأتي الا بعد اعتبارها كذلك . ومن الثابت ان ثمة قواعد حقوقية قد وُجِدت قبل وجود الدولة ومؤيداتها (دو كوجيس . المرجع السابق) .

اضف الى ذلك أن المرء - رغم قيام الدولة والمؤيدات الزامية للقواعد الحقوقية - 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 - كما تصورها « كانت » - على العكس لا تسأل الرجل عن اعماله الا بقدر نيانه ودوافعه ، حتى ولو كانت هذه الاعمال ذاتها حسنة طيبة فلا تعتبر اخلاقية - بنظر « كانت » - اذا لم تكن الدوافع لها كذلك . فاذا جثت عملاً خيراً بدافع العاطفة او الهوى لا تكون قد جثت عملاً 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 لترى ان عنصر النية ليس مفقوداً تماماً فيها كما ذهب « كانت » . فالقانون الجزائية كلها او جلها انما تقوم على النية التي هي احد عناصر الجرم الاساسية ، والقانون المدنية لا تقل اهتماماً بالنية والدوافع ، ولا سيما في بحث المسؤولية والعقود والتفتيش عن الارادة ودوافعها . بل ان لنية أثراً ظاهراً واكيداً 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 فيكيو 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 اخلاقياً او دينياً ، الا ان اعماله من الوجهة الحقوقية تقدر وتوزن ليس في ظاهرها فقط بل وبباطنها ايضاً ، في النوايا والدوافع وما احاط بها . وهذه ليست عنصراً مهملاً وغريباً في الحساب .

في حين أن الاخلاق لا تهتم إلا بالنيات والدوافع .

ومها 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 تميز التدخل في الشؤون النفسانية والداخلية للانسان ، وإنما قصرت ذلك على العلاقات الحقوقية الظاهرية والاجتماعية ، كما أضفت الى جانب هذا التفريق ، حتى لا تبعد الشقة بين الحقوق الطبيعية Théorie du Droit 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 العشرين جعل الفقهاء يهودون مجدداً لبحث القيم الاخلاقية في الحقوق ، والرجوع اليها في كثير من النظريات (١) .

(١) وهكذا نرى ان الاستاذ جورج ريبير Ripert مثلاً لا يرى ان هناك اختلافاً جوهرياً بين القاعدة الحقوقية والاخلاقية من حيث طبيعتهما وغايتهما (راجع كتابه « القاعدة الاخلاقية للالتزامات المدنية » La règle morale dans les obligations civiles نبذة ١٣ الى ١٨) بل يرى على العكس ان الحقوق ، وحتى في اقسامها الفنية ، تستوحى 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 ايماننا هذه اذا كانت قواعد الحقوق الوضعية في الاصل منفصلة عن القواعد الاخلاقية ، فان هذا الانفصال ظاهري فني ، لاجتيازي قطعي . واذا لم يكن من الممكن عملياً ونظرياً ترك القاعدة الحقوقية للعمل بالقاعدة الاخلاقية او بالحق المثالي ، فان الصراع بين القاعدتين او الحقيقتين الوضعيتين والمثالي قائم على أشده ، 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 مثلاً قريباً على ذلك المادة الأولى من قانوننا المدني العتيق
 — كما سنفصله في الآتي من بحوثنا — حيث أوجبت على القاضي في أحوال معينة
 أن يرجع إلى مبادئ العدالة والانصاف وهي من روح الأخلاق وأصلها . بل لقد
 ظهرت في التشريعات المدنية الحديثة وبتأثير المذاهب الاجتماعية ، نظريات كبرى
 اتحدت فيها القواعد الحقوقية بالمبادئ الأخلاقية ، مثل نظرية الأثر بلا سبب أو
 تعديل المقدم بسبب الطوارئ الخ ... وعلى الأخص نظرية التعسف في استعمال
 الحق ، كل ذلك تحت تأثير العوامل الأخلاقية ، حتى قال زعيم هذه النظرية الأخيرة
 الأستاذ جوسران L. Josserand ان ليس بين الحقوق والأخلاق حدود ، ولم
 توجد هذه الحدود يوماً ما إلا في أذهان بعض الفقهاء (١) .

= الوضعية المعمول بها اليوم ، فليس الامر كذلك بالنسبة للحقوق المستقبلية الآتية . ويكتفي تأكيدياً
 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 ، ولما استطاع المشرع ان يتخلص من وطأتها ، فهي تريد ان
 تصبح قواعد حقوقية » .

(١) كتابه : روح الحقوق ونسبتهما
 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 الأثر بلا سبب التي تجيز لمن يخسر ، وينتفع الغير بخسارته ،
 ان يعود على هذا الغير بما اتفقه او بما انتفع به ، لأن الضمير والوجدان لا يقبلان ان ينتفع
 شخص على حساب الآخر دون مقابل . . وهكذا ...

بل حتى في اشد المصور تقيداً بالفردية ، وتفريقاً للحقوق عن الأخلاق ، كمصر الثورة
 الفرنسية والقانون المدني الفرنسي ، فان ثمة قواعد افرت منذ ذلك ، تربط الحقوق بالأخلاق
 وتجعل لهذه تأثيراً على تلك ، ومن ابرز الأمثلة على هذه القواعد نصوص الفوائين — 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 ما يزال حتى اليوم فقهاء كثيرون يقولون بهذا التفريق وضرورته ، ولا يزال الاختلاف قائماً حوله . فما هي حقيقة هذا التفريق وأسمه .

ب - أسس هذا التفريق

يعتقد الاستاذ أسمان^(١) أن مثل هذا التفريق بين القاعدتين الاخلاقية والحقوقية على أساس منطقي جوهرية Rationnelle يكاد يكون مستحيلاً . ومع ذلك يحاول بعضهم أن يوجد بعض الفوارق .

يقول الاستاذ روبيه P. Roubier ان الحقيقة هي أولاً : ليس بين الاخلاق والحقوق تعارض في المبادئ ، وانما هناك اختلاف في الاهداف . فالفارق الأول بين القاعدتين هو في الهدف فيما ان القاعدة الاخلاقية موضوعة من أجل صاحبها في ذاته ، ومتعلقة به في طمأنينته وراحة ضميره ، فان القاعدة الحقوقية موضوعة لمصلحة الجميع ومن أجل الخير العام في أمن المجتمع واستقراره . على أنه اذا انفق ان أجازت قاعدة حقوقية عملاً لتمييزه 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 للقاضي 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 وارتكابه الخ ...

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

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

ثانياً : ان هذا الفرق الأول بين الحقوق والأخلاق يؤدي الى ما قاله 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) .

ويتضح عن ذلك التفريق النتائج الآتية :

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

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

(١) رويه (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 - وأخيراً 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 والمحالفات اجمالاً الخ .. قواعد ونظم حقوقية قد لاتهم الأخلاق ولا تبحثها ، مادامت لاسية لأحد ، ولأنها لاتعتبر من ناحية الوجدان والأخلاق لازمة ضرورية .

ومها 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 - مساحة كل من الأخلاق والحقوق والميدان الذي تشغلانه بتصور هندسي ، لاستطعنا تمثيلها بدائرتين متقاربتين القطر ، مركزهما متقارب كذلك ، ولكنهما تتقاطعان قبيقى جزء صغير من كل دائرة لا يدخل في القسم المشترك ، حيث تتمثل في كل جزء منهما القواعد والواجب التي لاتقرها الأخرى أو لاتهم بها .

(١) فلا يستغرب بعد ذلك اذا رأينا ان الحقوق تؤيد مثلاً مرور الزمن (أي التقادم) مسقطاً كان أو مسكباً ، 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 تنولى تنظيم المجتمع في ظاهره وواقعه وتهتم بالطمأنينة والنظام والاستقرار ، اكثر من اهتمامها بالعدل المثالي والانصاف المطلق . أو كما قال ريبير يضحى الشارع بالقواعد الاخلاقية لضرورات السلم الاجتماعي (القاعدة الاخلاقية في الالتزامات المدنية ، المرجع السابق بنسبه ١٦) . ولذلك فان الحقوق مهسا لحقت بالاخلاق ستنظل متأخرة عنها لا يمكن ان تبلغها ، وان تتوافق معها في كل شيء . ومع ذلك فان تأثير هذه المفاهيم المثالية والمباديء الاخلاقية في الحقوق ظاهر وآخذ بالازدياد .

وجدير بالذكر أن هذه القواعد الوجائب على نوعها سواء في الجزئين ،
الخاصين المستقلين لكل منها ، وسواء في القسم الكبير المشترك ، لم تكن في يوم
ما وفي مكان ما واحدة ثابتة . فقد اختلفت وتختلفت من زمان لآخر ومن بلد إلى
بلد ، وربما اعتبرت بعضها أخلاقية محضة في وقت أو مكان ما ، في حين 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 يعامل الفقهاء والفلاسفة الأساس الذي
تقوم عليه فكرة الحقوق أو تستمد أحكامها منه أو بتعبير آخر من أين استوحيت قواعد
الحقوق وما هو ملهمها ؟ يقول ريبير (٢) إذا كانت الحقوق الوضعية هي التي تنظم
العلاقات وتحكمها بين الناس في الدول المختلفة ، فإن 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 عليها .

ومها يكن الأمر فإن البشر — كيف كانت الحقوق الوضعية — يشعر

(١) فمن القواعد الأخلاقية أو الاجتماعية مثال عدم الاختلاط بين الجنسين أو بغير الدم
أو بغير الطبقة ... وربما أصبحت امثال هذه القواعد حقوقية عند البعض . كما هي الحال مثلا
عند الهنود المعروفين بـ (الكاست) ؛ وكذلك في أمريكا بالنسبة للزواج . أو عند الألمان في
زمن النازية ، أو كمثل العراة في حمامات البحر ، أو بعض أنواع الرقص . الخ ... فقد تعتبر
أموراً غير أخلاقية عند البعض وربما حرمها القانون وعاقبها . وقد تعتبر طبيعية وأدية عند
البعض الآخر . وهكذا !..

(٢) Ripert المطول الابتدائي للحقوق المدنية ، ١٩٤٨ ، ج ١ ص ٣ ؛ راجع
كذلك في هذا المعنى بول اسمان Esmein ، المدخل لدراسة الحقوق ، المرجع
السابق ج ١ ص ١١١ .

سواء بطريق الحدس وبمجرد 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 تازم 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 بإيجاز 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 لمبادئ الدين . وقدماً قالوا « يعتبر عدلاً ما أراه 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 المبادئ والمفاهيم الحقوقية لا تقبل إلا في دائرة الاعتقادات الدينية ، التي تستمد منها سلطتها وأصلها . وإذا كانت أكثر الديانات قد أوحى عبادىء حقوقية، كمنشأ الحقوق في الحياة الدنيا، فإن الاسلام كان أعظمها وأكثرها تدخلا في ذلك ؛ بحيث أن مرد أحكام الشريعة الإسلامية إنما يعود إلى الكتاب المقدس ومبادئ الدين الحنيف ، وبالتالي إلى ارادة الله ورسوله .

ومع ذلك لا يظن أحد أن 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 مبادئ الدين ومفاهيمها أنها قائمة على المنطق والعدل والخير وغير ذلك من القيم الأخلاقية . فاذا أمر الدين بأمر ، بعمل أو فعل ، أو نهى عن أمر ، فانما يفعل ذلك تحقيقاً للعدالة والانصاف ، وتأييداً للمنطق الصحيح ، وسعياً وراء المثل العليا . وقد رأينا فقهاء الاسلام ، وقد اختلطت فيه الحقوق مع الدين ، يرجعون في كثير من المسائل 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 أصلي للحقوق دون بحث الجوهر والأساس الحقيقي في المضمون .

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

٢ — المذاهب الواقعية (الوضعية) او الطارئة

Doctrines Positivistes

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

للحقوق ، بالرجوع إلى قوة عليا فوق الحقوق الوضعية ، لأن ما تضمنته هذمه 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 ما يسمى 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 الأولى الواقعية الحقوقية Positivisme juridique (٢) : فإنها تقوم على اعتبار القوانين بذاتها أساس الحقوق ومصدرها الأوحد ، ولا يرى أصحابها والقائلون بها أن هناك نمة حقيقة حقوقية عامة ، أو مثلاً أعلى ، أو منطلقاً يفرضه العقل السليم وتوحي به الطبيعة والعدالة ، ليتمكن أن نرد إليها الحقوق من أصلها أو نقيمها عليها . وليس هناك في نظر هؤلاء ، أية حقوق طبيعية مثالية ، قائمة بذاتها يجب أن تستوحي منها القواعد والأحكام . وإنما هناك فقط حقوق وضعية موجودة ، ذات كيان ووجود ظاهر وملموس ، يمكن معرفتها والوصول إليها « وعلم الحقوق هو في الواقع علم الحقوق الوضعية ليس إلا ، وأما الحقوق الطبيعية فإنها إنما تتعلق بالعقائد » ، وهي بالتالي خارجة عن علم الحقوق (٣) . وبناء على ذلك ففكرة الحق عند هؤلاء لا تختلف ولا تنفصل عن نفس الحقوق الوضعية والقواعد القانونية المرعية .

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

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

(٢) راجع دولا كرسية ولا بورد لا كوست . 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 الألمان 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 مبادئ السلطة وفكرة القوة ، فإن أساس الحقوق هو في السلطة والقوة الكامنة فيها ، والتي تدعمها وتعززها ، فإذا 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 إذن قائم في الدولة صاحبة السلطان ، وفيما تريد الدولة أو زعمائها ، ومشيئتها - أو مشيئتهم - هي مرد الحقوق ومصدرها الحقيقي دون حاجة لتعليق أو تبرير آخر . فأمر القانون حق لأن السلطة الاجتماعية قد أمرت به وأمرها واجب الطاعة .

(١) أمثال الفيلسوف هـ كل Hegel واضرابه من اصحاب فلسفة القوة .

(٢) فقد ذكروا انه « لاختلاف 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 او شر . » ومعنى ذلك ان الاشعرية لاترى مصدراً للحسن او القبح ، اي للقول بصحة العمل وعدمه الا اذا كان موافقاً او غير موافق لارادة الحاكم الذي هو 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 السهوري وابو ستيت . أصول القانون هامش ص ٤٣)

(٣) السهوري وابو ستيت . اصول القانون ص ٢٦

وبعبارة ثانية : « الحقوق بطبيعتها مشيئة السلطان ، تنفذ قهراً ، وتفترض الاجبار ، وليس ثمة حقوق فيما عداها . وإذا فرض أن ثمة حقوقاً طبيعية أو مثلاً علياً ربما تكون قد أوحى 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 الأخرى أو غير موافقة .

على أن كثيراً من المؤلفين الغربيين ، اقتصرُوا في دراستهم الحقوقية هذه على دراسة الحقوق الوضعية وحدها - كمدرسة التفسير التقليدية المسماة بمدرسة الشرح على المتون Ecole de l'exégèse أو مذهب التقيد بالنص كما سنرى - لأنهم لم يروا أن يتعدوها إلى سواها^(١) .

وأما الثانية ، الواقعية العلمية Positivisme scientifique فانها تقوم على اعتبار الحقوق علماً من العلوم الاجتماعية ، وبهذا الاعتبار كعلم ، فإن الحقوق تخضع الى المشاهدة والاستقراء والاستنتاج ، أي إلى مذهب التقيد العلمي Déterminisme scientifique ، وإلى سائر الطرق العلمية التي 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 إليه .

وإذا كان هذا النوع من المذاهب الواقعية ، لا يردّ أساس الحقوق ومستنداتها الاوّل إلى ارادة الله ومشيئة المشرع - كما تفعل المذاهب الحقوقية المحضة -

(١) راجع كاره دومالبر Carré de Malberg النظرية العامة للدولة، في ديولاكرسيه ولابورديلاكوست . المرجع السابق ص ١٣ .

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

(١) كمدرسة الغاية الاجتماعية Ecole du but social وهي مدرسة الفقيه الألماني إيريك واخيراً وخصوصاً المدرسة الاجتماعية للفقيه الفرنسي دوي Duguit المسماة بمدرسة « التضامن الاجتماعي » Ecole de la solidarité sociale . ويعتبر الفيلسوف الفرنسي اكوست كوت 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 التون 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 - رغم انها على النقيض من السابقة لانها تنكر التفتيش عن ارادة المشرع ، كما تنكر مذهب الاولى في التفسير التقيدي للنص - 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 الألماني إيريك 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 بين الاعتبار التطور التاريخي الامة ، 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 إيريك 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 سنيت ، 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 بعضاً ، 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 سنيت 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 إليها 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 ومرددها بالنسبة للناس ولل قضاء ، أفلا 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 ، وإذا لم تستوح هذه الحقوق حلولها من المنطق السليم ، والوجدان المجرد ، والعدالة والانصاف ، ليس عند استلهم القواعد واستيحائها فقط بل وكذلك عند تطبيقها وتفسيرها .

من أجل ذلك قامت منذ القديم وحتى العصور الحديثة نظريات ومذاهب أطلق 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 للمدالة يجب أن تتجه الحقوق الوضعية إليه
وتنطبق عليه (١) .

٣ - 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 هي كل شيء في ذلك البحث منذ قرون .

وإذا كانت الحقوق الوضعية - وهي القواعد الحقوقية المطبقة عملياً من قوانين
وأعراف - تملخص بأوامر وأحكام إلزامية ، فإن الحقوق الطبيعية - كما وصفها
أكثر المؤلفين (٢) - هي تلك الحقوق والقواعد التي نفهمها أو نتصورها خارجاً
عن القواعد والمبادئ القانونية والعرفية ، كما لو كانت توجهها الطبيعة ويفرضها

(١) راجع دولاكروسيه ولابورديلاكوست ، نفس المرجع السابق ، ص ٢٥ .

(٢) كولان وكابيتان ، المطول الابتدائي للحقوق المدنية الفرنسية، ج ١ ص ٤٣ ؛ بلانولويرير

المطول الابتدائي للحقوق المدنية ، ج ١ ص ٤ الخ ...

العقل ، أو هي إذا شئت المبادئ الحقوقية المثالية التي يقرها منطق الطبيعة والعقل السليم .

وقد ذهب بعض المؤلفين إلى أن فكرة الحقوق الطبيعية بهذا المعنى تقابل وتوازي فكرة الحقوق الوضعية ، فهي تتألف من عدد من المبادئ 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 الجديد قد نصت في الفقرة الثانية منها أنه « إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإن لم توجد فبمقتضى العرف ، فإن لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » ، بحيث أصبحت مبادئ القانون الطبيعي هذا وقواعد العدالة مصدراً رسمياً قضائياً وقانونياً ، منصوصاً عليه في الحقوق الوضعية السورية ، لذلك نعتقد أنه من المستحسن أن نقف عند هذه النظرية قليلاً ونرى ماهي وما هو مفهومها وما هي قيمتها .

أ - تاريخ نظرية الحقوق الطبيعية :

لأريد أن أسهب في البحث عن تاريخ النظرية (١) ، فأعود إلى الفلسفة اليونانية وما تضمنته من أبحاث تتصل بمبادئ القانون الطبيعي والحقوق الطبيعية ، لأن ماورد في هذه الفلسفة من مبادئ تتعلق بالموضوع لا يخرج عن كونها آراء عارضة ، فلسفية مجردة ، لا تؤلف نظرية قائمة بذاتها ، لاسيما وقد جعلها الرواقون اليونان متصلة بالفلسفة وبمترجة بها .

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

راجع 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 الرواقين ، 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 ؛ ويميزين 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 أوروبا ، وما بنوه من أحكام مستمدة من الحقوق الطبيعية^(١) ، ما دام تأثير ذلك كله في الحقوق كان لا يختلف عن تأثير الفلسفة فيها ، أي قليلا ومحدوداً .

ولا أريد أخيراً أن أتعلم في هذا التاريخ فأفصل مذهب « المعتزلة » في الإسلام ، الذي جمل من فلسفته في إدراك الحسن والقبح ، مذهباً في الحقوق الطبيعية قد لا يختلف من حيث الجوهر عما قالت به مدرسة الحقوق الطبيعية فيما بعد^(٢) .

(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 الاكوييني 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 المبادئ الطبيعية (مثل عامل الناس بما تحب ان يعاملوك به) وحين جاء القديس توما فرق بين : ١ - القانون الديني الذي هو من عمل الوحي ، و٢ - القانون الطبيعي الذي يعرفه الانسان بالعقل والمنطق من غير وحي ، و٣ - الحقوق الانسانية اي الحقوق الوضعية . ومن الأمور الغريبة في المفاهيم الطبيعية التي تدل على انها في الحقيقة نسبية لامطابقة ان القديس بول مثلاً كان يعتبر من البدييات الطبيعية ان يكون شعر المرأة طويلاً وشعر الرجل قصيراً . ؛ (٢) فقد ذهب « المعتزلة » ان الحسن والقبح (أي الأمور به والمنهى 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 أكبر رجال الفكر

= يدركها العقل بذاته ، والشرع انما جاء كاشفاً ومعلناً عما ادركه العقل قبل وروده . »
وهكذا تخالف المعتزلة الاشعرية في هذا مخالفة صريحة . وقد رأينا مذهب الاشعرية الواقعي في رد أساس القواعد الحقوقية الى المشرع الأول والشرع . وقد ورد في الشويكاتي ، (ارشاد الفحول ص ٧) ما يأتي : « اعلم انه لاخلاف في كون الحاكم هو الشرع بعد البعثة وبلوغ الدعوة . وأما قبل ذلك ... فقد قالت المعتزلة انه 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 آجلاً وعاجلاً ، فعند الاشعرية ومن وافقهم . ان ذلك لا يثبت الا بالشرع . وعند المعتزلة ومن وافقهم ان ذلك ليس الا لكون الفعل واقعاً على وجه مخصوص لاجله يستحق فاعله الذم » ،
« وجاء في التوضيح على التنقيح : العقل عند المعتزلة حاكم مطلق بالحسن والقبح على الله

تعالى وعلى العباد . اما على الله فلأن الاصلح للعباد ، واجب على الله بالعقل . فيكون تركه حراماً على الله . والحكم بالوجوب والحرمة يكون حكماً بالحسن والقبح 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 مبدأ الحقوق الطبيعية . لاسيما وان المعتزلة كما ذكرنا يجعلون هذا العقل اساساً وحاكماً 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 طبعياً 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 ولا بور دلا كوست ، المرجع السابق ص ٢٥ وما بعدها . وكذلك الدكتور سليمان مرقس المرجع السابق ، ص ١٤٦ وما بعدها . راجع أيضاً ارمانيون ، نولدوولف ، المطول في مقارنة الحقوق ١٩٥٠ ج ١ ص ١٠ .

والفقه من انكليز وهولنديين والمان وفرنسيين الخ .. (١) وتؤكد الكثرة من المؤلفين أن الفضل الأول في إيجاد مدرسة الحقوق الطبيعية بشكل واضح علمي يرجع إلى الفقيه الهولندي « هو كوكروسيوس » 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 مبادئ ومفاهيم الحقوق الطبيعية قد وجدت في القديم بشكل أولي مضطرب ، فإن 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 والمبادئ 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 كبحت الحقوق الفطرية والأساسية للانسان *droits innés* ، الخاصة والعامة الخ... (٢) 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 يمش في المجتمع . أو بعبارة أخرى هي ما يتفق والمنطق الاجتماعي ، بحيث يرجع إلى تحقيق العدالة

(١) كان الاصل في إيجاد الحقوق الطبيعية تأييد السلطة العليا وسيطرة الملوك ، كما فعل هوبس في كتابه *Leviathan* : « الانسان ذئب على اخيه ولا يمكن التماس من شره الا اذا اعطيت للحاكم سلطة مطلقة لمنع اناس من اتيان الشر » وبلاستناد الى نفس المبادئ ذهب لوك *Lock* مذهباً آخر حيث لم يجر ان يعطي الحاكم من السلطة الا بقدر ما هو لازم لتحقيق الطمأنينة . .
(٢) راجع ارمانجون ، نولدوولف ، المرجع السابق ، ص ٨ .

وما يراه العقل المجرد حقاً ، هي تلك المبادئ « التي بمقتضاها يتمين الحكم بان عملاً معيناً ظالم أو عادل ، لكونه مخالفاً أو موافقاً للمعقول ، وبأن الله منشئ الطبيعة ينهى عنه أو يأمر به . » (١) وهكذا مثلاً فالنم يتفق والعقل السليم احترام أموال الغير وعدم مسها ، احترام العقود وإيفاء العهود ، اصلاح الاضرار التي تلحقها بالغير من جراء خطاءك . . الخ . . لأن احترام المواثيق وأموال الغير من المسلمات الأصلية للحقوق الطبيعية .

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

وقد حذا حذو كروسيوس وأتباعه كثير من الفلاسفة والفقهاء مع فوارق بسيطة . وزعات متنوعة ، من انكيز أمثال لوك Lock وكامبرلاند Cumberland وفرنسيين أمثال مونتسكيو 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 ، لا تقبل 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 الناس وقد ولدتهم اماتهم احراراً » . واذا كانت ضرورات الحياة الاجتماعية في مجتمع منظم تفرض قيام قواعد تحد من الحرية الفردية ، فان هذا التحديد وهذه القيود لا تقبل ولا تعمل الا باتفاق الافراد على تقييد حريتهم ، وبالتالي التضحية بجزء من حقهم الطبيعي لقاء حفظ الباقي ، وهو ماسمي بالاتفاق الاجتماعي او « العقد الاجتماعي » Contrat social وقيمة هذه النظرية اليوم مشكوك فيها كثيراً .

ويتضح من كل ذلك أن الحقوق الطبيعية بحسب هذه النظرية فوق الحقوق الوضعية وهي أساسها ، لأن القواعد الحقوقية مأخوذة من طبيعة الأشياء . أنها تتفق والعقل والمنطق ، أنها لم توجد بفضل القانون وبفضل المشرع ، بل هي موجودة قبل أن توجد القوانين . وقد قال مونتسكيو في كتابه روح القوانين (١) : « قبل أن توجد القوانين لا بد وأن هناك علاقات حقوقية بين الناس ، فإذا قلنا أنه لا مجال لبحث ما إذا كانت القواعد عادلة أو غير عادلة ، ما دامت لم تحدها القوانين الوضعية ، فكأننا نقول أن اقطار الدائرة الواحدة ليست متساوية ما دمت لم نرسم بعد محيط هذه الدائرة » . فهناك إذن قوانين طبيعية لا تحتاج أن يضعها البشر ، ومنها يتبين الحق من غير الحق ، ومنها يجب أن يستمد المفهوم الصحيح للقواعد الحقوقية .

وعلى هذا فإن 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 الطبيعية وتجعلها وضعية .

ج - قيمة هذه النظرية واثرا

إن هذا القول وهذه النتيجة المنطقية بقدر ما بدت براءة مقنعة ، وبقدر ما لاقت في أول أدوارها من موافقة وتأيد حتى غدت حقوق الثورة الفرنسية كلها ، بل وحقوق العالم المتمدن بأسره حيناً من الزمن قائمة عليها (٢) ، وسرعان ما أصيبت بصدمة عنيفة أفقدتها كل مكانها أو جعلها نظرياً وعملياً .

(١) الكنتات الأول ، الفصل الأول .

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

ويقول الاستاذ « رير » في مقال له ^(١) : « إن فكرة الحقوق الطبيعية — وهي العتيقة في بابها قد صارت موضع نقد وتحقيقات تاريخية ، وبإستثناء أوائلك ، الذين يرون أن هذا الحق مستفاد ومرتكز في أساسه إلى العقل المنور بالآيمان ، فإن 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 أنحاء 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 المبادئ في القانون الطبيعي وتبنيها ... غير أن أخصام هذه النظرية يؤكدون أن الواقع يخالف ذلك تماماً . ذلك لأن المتحررين عن هذه المبادئ كثيرين ، والمفتشين عن هذه القواعد عديدون ، وهم مختلفون بالزعات والأفكار والثقافة والآراء الفلسفية والسياسية والشخصية ... فمن الطبيعي ان يصلوا إلى نتائج مختلفة ، وأحكام متباينة حتى يسي 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 رير بعنوان « تقويم الحياة الحقوقية في نصف قرن » بمجلة الـلوز الاسبوعية ، العدد الأول تاريخ ١٥/١/١٩٥٠ ، 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 مونتيني Montaigne قوياً لادعاء في انتقاده حين قال : « مضحكون أولئك الذين يقولون إن هناك قوانين خالدة ، ثابتة مستقرة ، ويسمونها القوانين الطبيعية .. ما أسوأ طالعهم حين لا نصادف — حولنا في هذا العالم — في هذه القوانين التي لا تخص 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 البيرونه ، خطأ ما وراءها .. أية عدالة مضحكة هذه التي يمجدها 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 لأبده المبادئ الطبيعية . وبما 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 المحاكات 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 والمبادئ 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 الطبيعية أو القانون الطبيعي فجمدها ردها 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 « بث الحقوق الطبيعية » أو « الحقوق الطبيعية بثوبها الجديد » . . . ولكنهم ما زالون غير متفقين على مفاهيمها وأسسها .

د - الاشكال الحديثة لنظرية الحقوق الطبيعية

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

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

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

(٢) فدل Vedel ، مجلة الحقوق الاجتماعية Revue de Droit social ، عام

١٩٤٩ ص ٣٧٢ .

اعتبر ثابتاً خالداً جامعاً لمبادئ الحقوق الطبيعية - إلى مفاهيم جديدة تعلن أنها مستمدة من الحقوق الطبيعية كذلك في دستور فرانسه عام ١٩٤٦، ثم إلى الاعلان العالمي لحقوق الإنسان 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 هذه الحقوق الثابتة الخالدة كما كان يُظن .

ويعتبر من هذا الرأي الفقيه الألماني ستاملر Stammler والفقيه الفرنسي الكبير سالي Saleilles (١) .

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

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

٣ - على ان أغلب الفقهاء والمؤلفين المعاصرين يميلون اليوم لاعتبار الحقوق الطبيعية متمثلة بفكرة العدالة ، ويدلون على ذلك بان « فكرة العدالة » أو « قواعد العدالة » كما تفرض قواعد أخلاقية تفرض أيضاً قواعد حقوقية وتمليها على رجل الحقوق والقانون ، كما فعل جنى Geny حين أطلق على قواعد الحقوق الطبيعية عبارة « التي لا تقاوم » وردها جملة وتفصيلاً إلى فكرة العدالة الاصيله (٢) .

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

ويحاول آخرون ان يجدوا حلاً وسطاً بين النظرية التقليدية للحقوق الطبيعية ، وبين المدرسة الاجتماعية والتاريخية ذاهبين الى وجود قواعد حقوقية ، مستمدة وقائمة على التضامن الاجتماعي Solidarité sociale ، يمكن الوصول اليها ومعرفتها بدراسة الجمعيات البشرية (ويرأس هذه المدرسة - كما رأينا - الفقيه الفرنسي دو كمي Duguit) .

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

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

هـ - الخلاصة

وصفوة القول أن مضمون الحقوق الطبيعية، يمكن أن يلخص من مجموع هذه النظريات بما يلي :^(١) .

أولاً ، من الناحية الفردية ، أي من ناحية شخص الانسان ، فإن حقوقه الأساسية ، التي لطالما ذكرتها بيانات حقوق الانسان ، ونصت عليها الدساتير ، تقوم على اعتبار الفرد بطبيعته وأصله كائناً عاقلاً ، حرّاً مساوياً لأخيه الانسان وينشأ عن ذلك أن له حقوقاً طبيعية تمكنه من تحقيق غاياته الشخصية بوسائله الخاصة وعلى مسؤوليته وتجلى 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 - 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 « لو فور Le Fur « اساس الحقوق ١٩٢٥ » الخ ...

(راجع انتقاد ذلك في ريبير ، 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 تجاه شركات النقل المتنفذة . . . حيث لا تبقى لهم إرادة أو حرية في الاختيار . فيعتبر وضعهم مخالفاً للحقوق الطبيعية ، وبالتالي واجب الحماية بحسب مبادئها (١) .

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

وإذا كان المجتمع بذاته يبدو أنه يتضمن بطبيعته عدم التساوي في كثير من النواحي بين أفراد ، كالتباين الفردي في الخلقة والصحة والحظ . . . أو في العرق والدم . . . فإن 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 حياته ومعيشته ، يضمها المجموع . ولعل الشريعة الاسلامية ، أو الفقه الاسلامي ، من أكثر الشرائع تمسكاً بهذه المبادئ الطبيعية ، والأمثلة فيها كثيرة لا حاجة لتعدادها .

وثانياً ، من الناحية الاجتماعية ، أي من ناحية المجتمع مستقلاً عن الأفراد

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

(٢) ولقد جاء في الدستور السوري كذلك أن المواطنين متساوون أمام القانون في الواجبات والحقوق ، وفي الكرامة والمزلة الاجتماعية (المادة 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 مثلاً يجب أن يضحى 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 الأحيان^(١) . في الحقيقة أن احترام حرية الفرد ، ومساواته بالآخرين قد تصدم فعلاً وفي كثير من الأحيان الخير العام القائم على مصلحة المجتمع ، وقد يقتضي أحياناً التضحية بحرية الفرد وحقوق الفرد الطبيعية في سبيل المجموع وخيره ، فكيف تؤلف بينها في حقوق طبيعية منسجمة لا تنافر فيها ؟

إنه وإن تكن المذاهب الفردية والاجتماعية على طرفي تقيض 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 يضحى 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 (١) .

لعل أكثر تفرعات هذه المبادئ العامة تتجلى في العدد المتزايد من القواعد الكلية أو المبادئ الأساسية التي تذكرها الدساتير لأكثر الشرائع الحديثة ، على اعتبار أنها الأساس الذي لا شك فيه ، والمسلمات الأصلية للحقوق . وسنرى مفهوم الحقوق الطبيعية أو مبادئ القانون الطبيعي التي نص عليها قانوننا المدني في مادته الأولى ، وما تضمنه الدستور السوري من تطبيقات للنظرية . وحسبنا أن نذكر الآن أن لنظرية الحقوق الطبيعية ، كما أوجزنا مفهومها وتاريخها ، سلطاناً عاماً عالمياً ، وتأثيراً ظاهراً على الشرائع والقوانين منذ القانون البروسي عام ١٧٩٤ فالفرنسي عام ١٨٠٤ ، فالنمساوي عام ١٨١١ ، هذه التشريعات التي استقت بصورة مباشرة عدداً من أحكامها من مفاهيم ومبادئ الحقوق الطبيعية حتى قال بورتاليس Portalis أحد كبار واضعي القانون 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 (٢) » .

(١) كما هي نظريات لوك Lock ، وروسو Rousseau ومونتسكيو الخ .. مع الاختلافات والفوارق .

(٢) راجع الأقوال والتقارير والاعمال غير المطبوعة السابقة للقانون المدني المنشورة عام ١٨٤٤ ص ٣٠٧ مذكورة في ارماتجون ، نولدوولف . المرجع السابق ص ٨١ .

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

« Il 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 » .

وإذا درسنا الاعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي نلاحظ أن المرع - في الغالب - كان يلبغ إلى الحقوق الطبيعية ليبر حكماً أو قاعدة تبنها فيقول بورتاليس مثلاً 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 هذه العبارات ، فإن عدداً من المفاهيم الأساسية لهذا القانون ، كالملكية الفردية المطلقة ، والزواج المدني ، والتعويض عن الأضرار ، والمسؤولية العقدية ... قد تأثرت كثيراً بمبادئ القانون الطبيعي ، ولا سيما إذا قورنت بما كان سائداً قبلها (١) .

وربما اعتبر مبدأ مقاومة الطغیان Resistance à L'oppression وهو حق الشعب بالثورة على رجال الحكم المستبدين وإبادهم ، من أبرز الحقوق الطبيعية ، تبعاً للحق الطبيعي للشعب بحكم نفسه بنفسه .

٤ — نظرية المدرسة التاريخية ، أو مذهب التطور التاريخي

Ecole historique

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

١ — أسس هذه النظرية

والمدرسة التاريخية ، خلافاً للمذاهب السابقة ، مذهب فقهاء وحقوقيين

= يرجع إلى الحقوق الطبيعية . أنه بطبيعته وبفأيته عمل دائم يوجب التزامات ومراسم لمعرفة هذه الالتزامات . ومثل ذلك في تبرير الملكية الخاصة والفردية المطلقة ضد ملكية الأسياد التي كانت سائدة قبلاً . (نفس المرجع ص ٢١ وما بعدها) .

(١) حتى أن المشروع الأول للقانون المدني الفرنسي قد أشار صراحة في المادة الأولى ، إلى الرجوع للحقوق الطبيعية ومبادئها (راجع ريبير ، القاعدة الأخلاقية ، المرحم السابق ، ص ١٤ هامش) .

تقبل كل شيء ، لأنها تركز على أبحاث 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 الأمة الاجتماعية ، في ماضيها وحاضرها وتطورها ، ليردوا إليها حقوقها وتشرعها .

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 ما فيه من جديد ، بل ان حقوقها كلها وليده عاداتها المتأصلة ، وتقاليدها الراسخة ، ولا تتخلق فيها خلقاً أو تفرض عليها فرضاً .

وقد أوضح سافيني مذهبه فقال : (١)

« إن المدرسة التاريخية تعتقد أن مادة الحقوق إنما تستقوى من ماضي الأمة بأجمعه وليست هي شيئاً كلفياً اختيارياً يمكن الزامها به كالأخذ بهذه المؤسسة الحقوقية أو تلك ، انها نتيجة المصاهرة الخاصة بالأمة وتاريخها . والحقوق في كل زمن من الأزمان تكون شديدة الصلة ، قوية الاتصال بطبيعة الأمة وطابعها ، ولذلك كانت الحقوق شبيهة باللغة بالنسبة للبلاد ، فكما لا يوجد أبداً توقف أو انقطاع بالنسبة للغة الأمة ، 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 انسجت فرنسا من بروسيا .

نفس السير ونفس النمو كسائر فعاليات الامة ، وان هذا 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 أمة من الامم ، مثل لغتها ، وتقاليدها ، وتكوينها . . .

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

والمرجع إذا هو جاء أحياناً بقواعد أو نصوص حول مبادئ ما فانه لا يوجد لها ولا يبتكرها ، وإنما عمله مقصور على الاعلان عن شيء موجود في صميم الحياة والتقاليد ، عن قاعدة موجودة قبلاً في وجدان الشعب والناس . ولا قيمة لإجادة لهذا الاعلان ، وهو إذا تعدى ذلك يكون قد أخطأ وأتى أمراً إذأ .

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

أما التعامل الحقوقي ، والاجتهاد القضائي فقد يبدل ويمدل فيها ، ولكن بصورة تدريجية ، بطيئة لاشعورية ، وأما القوانين الجديدة فهمتها أن تتحقق من هذه الاعراف ، وما يطرأ عليها من تبدل فتؤكدها ، وأما الفقيه فلا يقوم بتغيير التعبير عنها .

والشعب ، وهو في نظره ليس فقط مجموع 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 المموس ، من جيل إلى جيل . وعلى هذا

فان مذهب التطور التاريخي يقوم على المبدأ المزدوج الآتي :

- آ — الحقوق عمل الزمن ، وثمره العمل المتواصل الصامت المشترك ، انها ثمره التطور ومحصول الحياة الاجتماعية ، لا اثر للايجاد الارادي فيها ، اللهم الا في اظهارها والتفتيش عنها ، ولذلك كان نموها بطيئاً غير محسوس .
- ب — انها خلافاً لنظرية الحقوق الطبيعية ، غير عامة ولا واحدة ثابتة ، بل هي متعددة ومتبدلة مع الزمن ، انها في تطور مستمر ، بحسب طبيعة كل شعب وامة .

٣ — انتقاد هذه النظرية

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

أ — ان اساس الحقوق لا يمكن أن يكون فقط حسب نظرية سافيني . وبوشتا هذا التطور البطيء غير المحسوس في الحياة الاجتماعية ، وليس تماماً أن تكون الحقوق ووجودها انما يتم من غير تعب ولا نصب ، ومن غير جهد وتفكير و ارادة ، كما تتولد اللغنة وتتطور . فالحقوق توجد في كثير من الاحيان ايجاداً ، وتستخلص بمد جهد وتفكير و ارادة ، بل وربما بمد 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 والنخ... 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 الإرادة والعمل
الظاهر والمفاجيء ، وليس من نفسها بصورة غير محسوسة ولا ملموسة ، بطيئة
وتدريجية وغير إرادية كما ذهبت المدرسة التاريخية .

لقد أخطأت المدرسة التاريخية خطأ ظاهراً حين أهملت إهمالاً كلياً وتاماً
ومقصوداً عمل الإرادة وفعالية الانسان العامل في رفع مستوى الحقوق ، أو
بصورة أخصر عمل المشرع الارادي ، ولعل المدرسة التاريخية لم تنظر إلا
الحقوق القديمة في منشأها وأدوارها الاولى ، أدوار تشكيلها عندما كانت عرفية
ولم تحسب حساباً للتقنيات الحديثة التي انبثق عنها تطور القرنين التاسع عشر والعشرين
وما أوجبه مدينتها 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
المبادئ والقواعد الجديدة متأثرة بتجارب الغير وقوانين الغير .

ب — إن المدرسة التاريخية تنتهي إلى القول : أن الحقوق وطنية محلية وتقوم
على المنصر والوطن ، وبالتالي على التعدد والاستقلال . وهذه نظرية قديمة بالية
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 هذه الأفكار المنصرية ، والمكانية الاقليمية الضيقة التي تنتهي إليها
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
ومستندتها الأسمى .

§ ٦ - 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 بمبادئ 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 .

فإذا قلت إن الحقوق تمنع السرقة وتعاقبها ، فمعى ذلك في الواقع ان احدي القواعد الحقوقية، أو مبادئ السلوك التي تنص عليها الحقوق الموضوعية، تقضي بذلك على سائر الناس وتحمم الجزاء على الفاعل . وكذلك إذا قلت إن الدائن يستطيع ابطال تصرفات المدين في أمواله إذا أجزاها بقصد تهريب هذه الأموال من وجه الدائن ، فإما تبحث عن قاعدة حقوقية من جملة القواعد الكثيرة التي تتألف منها الحقوق .. وهكذا نستطيع أن نتمثل كل حكم من أحكام القوانين كقاعدة أو مبدأ 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 بمجمل شرطية ، أو افتراضات واقعية ، يخلصون منها إلى الحكم ؛ فكانت تجدم غالباً يقولون إذا حصل كذا .. فالحكم القانوني كذا ، مما يظهر قسمي القاعدة وعنصرها بشكل واضح . ومثل ذلك في الحقوق الإسلامية فإذا تصفحتم كتاباً من كتب الفقه ، وجدتم ان أكثر محكمات الفقهاء وأقوالهم قائم على هذا الشكل . حتى في مجلة الأحكام العدلية فإن 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) « فإن على الشاغل أن يقوم بها مع الاحتفاظ بحقوقه » ، (وهذا هو العنصر المعنوي لإي الحكم القانوني) . ونظرة سريعة نلقها على قانوننا المدني الجديد تأتينا أمثلة لا تحصى .

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

ولا يشترط أن يكون النص مشروطاً بهذا الشكل الصريح بكلمة « إذا »
بل يمكن أن يكون مقولاً . مثلاً 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 تبين هذين العنصرين وجود حمل شرطية من هذا النوع .
ولعلنا نستطيع أن نرد كل النصوص ، حتى تلك التي لا شرط ظاهر فيها إلى أنها
تحتوي العنصرين ، عنصر الوقائع أولاً وعنصر الحكم الموافق لها ثانياً ، فمثلاً المادة ٣
القانون المدني تنص :

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

فالشرط الأول لهذه المادة يجعل حساب المواعيد بالتقويم الميلادي ، ولكن ماذا
يعني ذلك ؟ ومتى نلجأ لحساب المواعيد لنقول أن هذا الحساب يجري على هذا
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 الهجري ، وهكذا .. بحيث يمكن القول إنه
في كل مرة يوجد حكم قانوني فإن هذا حكم إنما يكون حلاً 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 بحتة ، مثل انفاق
المستأجر على المأجور أثناء مدة الاجارة ، ويمكن أن تكون وقائع حقوقية غير
مادية مثل فقدان النص أو العرف في المادة الأولى أو حساب المواعيد ومضي المدة
وعدم وجود نص على حساب الميعاد في المدة الثالثة من قانوننا 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 . مثلاً 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 أمس أخرى .

وكثيراً ما تتصل القواعد بعضها ببعض كحركات متسلسلة لا حد لها ، وربما تداخلت تداخلاً تاماً إلى حد تصبح فيه أحكام بعضها مطبقة على وقائع الأخرى وبالعكس . فمثلاً 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 كعرفة المشتري باليب . وهناك الخ .. من القواعد ، من الوقائع ، والأحكام التابعة لها ، مما تؤلف كلاً متداخلاً 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 . فمثلاً إذا كان

للمالك أن يتصرف في عقاره كيف شاء وليس للغير أن يتعدى على ملكه ، فإن هذه القاعدة وحدها لا تكفي لتنظيم علاقات الملكية العقارية ، وما يتصل بها من أحوال ، بل هنالك قواعد أخرى كثيرة 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 الأساس تدور جميع القواعد التابعة لها ، وفي مثالنا الملكية العقارية .

كذلك في المثال الأول عقد البيع وما يتعاق به ، من أركان العقد وكيفية الانقضاء 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 مجموعها مؤسسة حقوقية هي « البيع » .

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

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

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

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

ويعتدح المؤلفون تحليل « إيهرنك » لمفهوم المؤسسة الحقوقية حيث قال :
« إن القواعد الحقوقية تستنتج بطريق التجريد من ملاحظة العلاقات الاجتماعية 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 وحدتها 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 وتممل وتتخاصم وتموت .. ولعلني أستطيع أن أسميها — لأصورها للقاريء — بالخلوقات أو بالأصح بالأجسام الحقوقية (١) .
وهكذا نجد أن المؤسسات الحقوقية الموجودة في كل ميادين الحقوق تتمثل بها الدراسات الحقوقية وتقوم عليها .

٨٥ - تعريف الحقوق

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

(١) روح الحقوق الرومانية ج ١ - ص ٣٥٠ - ٣٧٠ .

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

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 جلاله . قالوا إن الأصل في كل تعريف أن لا يدخل فيه الشيء المعروف وفي مثل هذا التعريف فكأنما 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 وتؤديها ، 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 العالمية ، إلا ما كانت صادراً منها عن مدرسة أو مذهب ذي اتجاه معين ،

فاذا حللنا هذا التعريف ، ووقفنا عند كل لفظة من ألفاظه ؛ وجدنا أنها تمثل فكراً أساسياً ، وركناً رئيسياً من أركان الحقوق ، في حين أنه 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 كاية 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 نازمة للعلاقات والروابط الانسانية والاجتماعية ، مثلما تنظم القوانين العلمية الطبيعية أو التجريبية بقواعدها الثابتة المستمدة من التجربة والمنطق ، لانها تنطبق على حوادث متكررة وأشخاص متماثلين ، وتطبق كل مرة على النحو الذي طبقت به من قبل . وهكذا فإن هذا التكرار في التطبيق يخلق نظاماً متناسقاً لا يتخلل^(١) وهذا هو أبرز معاني العلم ، لذلك كان بين علم الحقوق والعلوم الاخرى شبه ظاهر من هذه الناحية . غير أن ثمة فرقاً رئيسياً 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 سنيت ، 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 الالتزام الخارجي .

ويتأيد هذا الالتزام بفرضها على الناس فرضاً بقوة الدولة وعقوباتها ، ولهذا الخاصة أهمية كبرى بالنسبة للقواعد الاجتماعية المماثلة ، مثل قواعد الدين والأخلاق . فإذا لم يخضع الناس لقواعد الحقوق عن رضا وطيب خاطر ، وقليلاً 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 الأوحيد جرباً 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 مسلم له بالطاعة الى آخر عليه واجب الطاعة (٢) .

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

(١) عن السنهوري وابو سبتت المرجع السابق ص ١٥ ، ويقول اميرنك ملحاً « ان الحقوق بلا قوة كلمة خالية من المعنى » le droit sans force est un mot vide de sens (راجع دو كوجيس De Cujis مراحل الحقوق ، ج ١ ص ١١) .
(٢) في كتابه Leviathan القسم الثاني ، الفصل رقم ١٦ ؛ راجع كذلك السنهوري وابو سبتت ، المرجع السابق ، في هامش ص ٢٧ .

الناس في حياتهم الاجتماعية . فالحقوق إنما تنظم الحياة الاجتماعية والروابط التي تنجم عنها ، ولا تتناول حياة الفرد بمفرده وبمجزل عن الناس . وهذا أيضاً ما يفرق بين الحقوق والاخلاق والدين . وقد رأينا كيف أن البشرية عرفت الحياة الاجتماعية منذ مهدها ، لأن الانسان اجتماعي بطبعه ، وهذه الصفة تقضي حتماً وجود روابط وصلات يجب تنظيمها بقواعد ، وتقوم الحقوق على هذا التنظيم .

٤ — واذا كانت الحقوق تقوم على تنظيم هذه الروابط ، فإنها إنما تقوم على ذلك بغية تحقيق الطمأنينة الفردية والانسجام العام 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 الحياة الاجتماعية . فتأمين هذه المصالح ، والمحافظة 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 المبادئ من أهداف الاخلاق أو الفلسفة ، وليست من أهداف الحقوق . وبذلك لا نكون قد ضربنا 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 أضفنا الى هذا التعريف الذي يجمع فيما ذكرنا العناصر

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

الاصلية للحقوق ، أن هذه تتجلى بالقواعد والمؤسسات الحقوقية ، فلا نضيف شيئاً جديداً أو معنى رئيسياً ، وإنما نلفت النظر إلى أن الحقوق هي في الواقع هذه القواعد والمؤسسات التي تتمثل بها .

تلك هي المواضيع الأصلية التي وجب علينا بحثها لتأخذ 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 تقسماً واحداً بموضوع واحد ؛ وإنما هي فروع وأقسام تملأ مساحة الحقوق وتميز 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 نبث هذه الفروع والأقسام لنذكر ، منذ الآن ، أن الحدود التي تفصل كل فرع أو قسم عن الآخر ليست من الواضوح واتفاق الفقهاء عليها ، ما يمكن الجزم فيها ، بل إن هذه الحدود مضطربة متموجة ومختلف فيها ؛ ولعلها لم توجد إلا لناحية فنية هي تسهيل البحث وتقسيم العمل . فالارتباط وثيق والأرتباط قائم فيما بينها حتى في حال إمكان التفريق بينها .

ويؤكده كثير من الفقهاء في العصر الحاضر إن التمييز بين أنواع أو زمر الحقوق لا يستند إلى أساس علمي أو اجتماعي جوهري وأساسي ، وإنما هو

الصطناعي وهمي (١) .

ومها يكن الأمر ، قاننا نستطيع مبدئياً تقسيم الحقوق باعتبارين رئيسيين :
الأول باعتبار الصلات والعلاقات التي تنظمها في الدولة ، وبالنظر للأشخاص أو
الأطراف موضوع تنظيمها ، وهي بهذا الاعتبار تقسم بين عامة وخاصة . والثاني
باعتبار شمولها المكاني ، من حيث تطبيقها في الدولة أو في خارج حدودها ، وهي
بهذا الاعتبار تقسم إلى حقوق داخلية ودولية . ويمكننا أن نضيف أنواعاً أخرى
في تقسيم الحقوق إما باعتبار التقسيم الإسلامي الذي يقوم على التمييز بين حقوق
الله وحقوق العباد . وأما باعتبار الهدف المتصل بالمجموع إلى حقوق فردية
وحقوق جماعية .

١ - 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 statum rei romanae spectat واعتبروا من الحقوق الخاصة كل
ما تعلق بمصالح الأفراد quod ad singulorum utilitatem (٢) .

أما مونتيسكو فقد عرف الحقوق العامة ، وكان يسميها الحقوق السياسية ،

(١) راجع جورج سل G. Scelles ، المدخل لدراسة الحقوق ، المرجع السابق ص ٢٧٠-٢٣٠ ؛

جوليودولامورنديير Julliot de la Morandière ، نفس المرجع ص ١٨١-١٨٣ .

(٢) دوباكه 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 الافراد فيما بينهم (١) .

وزهب آخرون مذاهب أخرى في تعريف الحقوق العامة والحقوق الخاصة وهما كان مبلغ الاختلاف بين الفقهاء والمؤلفين في تعيين حدود كل من الحقوق العامة والخاصة ، فان الحقوق الخاصة 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 اشترت أو بعت ، أو كما لو أوصيت أو وهبت ، أو كما لو تملك ، وحدود هذا التملك بالنسبة للجوار والأموال الأخرى .. الخ .. أنها هي التي تنظم روابط الافراد بعضهم ببعض 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 كالتى 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 الأخرى ...
وقبل أن تنتقل إلى تفصيل الفروع التابعة لهذا التقسيم ، لنرى ما هي أهمية هذا التقسيم وما هي أمسه ؟

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، فإن هذا التفريق مع ذلك يبقى رغم كل الانتقادات التي وجهت وتوجه إليه ذا أهمية نظرية وفائدة عملية لا تنكر .

أما من الناحية النظرية ، فإن 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 ومصالحة فردية ، تبقى مختلفة عن قواعد الحقوق الخاصة التي تهدف في الأصل إلى تأمين مصالح الأفراد وخيرهم وتتصف بالتالي بأنها تركز على إرادة الناس واتفاقهم ، والأهمية النظرية لمثل هذا التفريق لا تخفى . وهذا بالإضافة إلى الفائدة النظرية في تسهيل تدريس الحقوق وحسن تصنيفها ؛ وإلى الناحية التاريخية التي مر التفريق بها .

وأما من الناحية العملية ، فإن اقرار مبداء 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 ، وتنفيذ

ما تعقده 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 إمكان مراجعة القضاء والخضوع لأحكامه ؛ فإن مما لا شك فيه أن القضائين مختلفان لا من حيث صفة الدولة كمدعى عليها في الغالب والأصل فحسب بل من حيث المفاهيم والمبادئ والأحكام التي يقضى بموجبها حتى اعتبرت هذه المفاهيم والمبادئ 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 » (١) .

٣ - أسس هذا التنظيم

ولكن كيف نستطيع أن نميز هذين القسمين الكبيرين وما هي المعايير والأمس 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 ، فإن التعمق في تحديد مبادئه وتعيين مقاييسه يؤكد صعوبة الوصول إلى معيار صحيح وواضح ، وقد قامت لذلك نظريات عدة نشير إلى أشهرها .

(١) راجع رونه سافاتييه René Savatier في كتابه « من الحقوق الخاصة إلى الحقوق العامة » .

اولا - 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 ، فتتظم الفعاليات الاجتماعية مجردة عن المادة والمال ، هي التي تنظمها الحقوق العامة .

إن هذا المفهوم الخطأ لم يعد اليوم من يقول به ، لأن المفهوم المالي منذ القديم ليس وفقاً 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 كأمالك الدولة العامة والخاصة والضرائب والقروض الخ ... وبالمقابل فإن الحقوق الخاصة تتضمن بدورها عناصر غير مالية ، وتنظم علاقات وحقوقاً لا تمت إلى الثروة المادية بصلة ، كحقوق الشخصية ، أو حقوق العائلة والاسرة ... الخ .

ثانياً - 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 وتجيبرهم ، مستقلة عن كل ارادة أو عمل يصدر عنهم ، بل ليس لهم الخروج عليها أو الاتفاق بما يخالفها ، في حين ان قواعد الحقوق الخاصة هي في الاصل وبصورة عامة قواعد يعتمد فيها المشرع على ارادة الطرفين اللذين يستطيعان الخروج عليها باتفاقها الصريح Jus dispositium (١) .

(١) رويه ، النظرية العامة للحقوق ، المرجع السابق ، ص ٢٤٧ .

ويتصل هذا المعيار بالرأي التقليدي الذي يؤكد أن هناك فرقاً أساسياً في الطبيعية والصفة بين كل من الحقوق العامة والخاصة باعتبار الأولى أمره imperatifs والثانية مفسرة أو مسكلة 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 خلل 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 ، فإن ذلك لا يعني أن الحقوق الخاصة تقوم على هذه الارادات وحدها . ولا يجب أن ننسى أو ننشك لحظة ، أن الأفراد ليسوا أحراراً في اتفاقاتهم ، ولا يستطيعون أن يخرجوا في الكثير منها ، على قواعد أمره في القانون « تعتبر من النظام العام ، كمثل الأحكام المتعلقة في حالة الشخص وأهليته ، في علاقته العائلية ، في تنظيم الملكية والتصرف فيها ، أو مثل كثير من الحقوق العينية الأخرى . وإذا كان دور الارادة في النصف الأول من القرن الماضي كبيراً في الحقوق الخاصة ، فإنه 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 بالعمود والالتزامات . أما في عصرنا هذا فقد غدت هذه القواعد الآمرة الإلزامية في الحقوق الخاصة ، من الكثرة والتعدد حتى تكاد تغطي على حرية الارادة وتسمي 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 *Hierarchie* وينتهي بسلطة عليا . وكل علاقة حقوقية عامة تمثل عملياً وحقيقة بعدم التساوي بين طرفيها ، وتبعية البعض للبعض الآخر . في حين أن العلاقات في الحقوق الخاصة تقوم على التساوي ، والجميع في نظر هذه الحقوق يعاملون على قدم المساواة ، وتطبق عليهم نفس الأحكام مهما كانت صفة كل منهم ، حتى ولو كانت الدولة ، كشخص معنوي في معاملات 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 الأوضاع في العلاقات والاطراف ، وأن يكن صحيحاً ، أن الحقوق الخاصة تطبق بالتساوي على الجميع ، فإن الحقوق العامة 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 العامة التي هي باتفاق الجميع من الحقوق العامة ، وتعتبر العلاقات فيها قائمة على المساواة . ومهما يكن الأمر فليس هذا المقياس بالمعيار الكافي .

(١) وقد قضت محكمة الاتحاد السويسري في قرار مشهور « ان الحقوق الخاصة هي التي تنظم العلاقات الحقوقية بين الرعايا والانفراد الذين هم من نفس الطبيعة وفي نفس الدرجة ومتساوون حقوقاً ، في حين ان الحقوق العامة 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 وتمزى هذه النظرية إلى نص روماني من اولبيايوس 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 بايينانوس 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 أساسى 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 . فأى المصالح تعتبر متعلقة بحياة الدولة دون الافراد أو بحياة الافراد دون الدولة؟ أن الحقوق العامة بمجموعها تهتم كذلك في مصالح الافراد بجزء من الدولة ، ربما تناولتها مباشرة في كثير من الاحكام والمؤسسات التي تتمتع فيها المصالح العامة والخاصة امتزاجاً لا يقبل القسمة ، 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 وأكثر من ذلك في حقوق العائلة أو حق التعاقد .. الخ .

وربما يجب بحسب منطق هذه النظرية أن نقسم المؤسسات الحقوقية الواحدة إلى قسمين مختلفين ندخل 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 القانونية في هذه الجهة أو تلك ، كمثل اسم الشخص الذي يهيم الدولة بقدر ما يهيم العائلة أو الفرد نفسه . . . أو حقوق الاسرة ، أو تأليف النقابة الخ . . . حيث تسود فيها المصلحتان معاً .

خامساً - 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 ممثلها ، عن المحافظات ، عن الادارات ، عن المؤسسات العامة . . . تكون خاضعة للحقوق العامة (وتنظمها قواعد هذه الحقوق) مادامت تتناول ما يتعلق بالحياة العامة عندما تكون بطبيعتها من المعاملات التي يأتها 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 .

ومها يكن الأمر فإن معيار التحديد والتصنيف كما ذكرنا ليس سهلاً واضحاً . ولعله يحسن بنا أن نجمع بين هذه النظريات المختلفة ، وبصورة خاصة بين النظريتين الأخيرتين ، لتتوصل إلى مقياس يسهل معه وضع حد تقريبي للفصل بين الزمرتين الكبيرتين . ومع ذلك فإن التفريق غير قطعي ، والحدود غير أكيدة ، ولطالما كانت فروع من الحقوق تعتبر في الماضي من الخاصة ، فأصبحت اليوم في أكثر الشرائع وعند أكثر الفقهاء تعتبر من العامة ، كالحقوق الجزائية مثلاً .

§ ٢ - 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 تنزم 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 فإن تقسيم الحقوق بحسب هذا

الاعتبار يدخل فيه القسم السابق ، أي ان الحقوق من عامة وخاصة كما توجد في الحقوق الداخلية توجد كذلك في الحقوق الدولية . فاذا تناولت بحث العلاقات بين الدول ، باعتبارها أشخاصاً دولية ، كانت عامة بلا خلاف ، في حين انها إذا بحثت علاقات أفراد من دول مختلفة كانت خاصة . وجميع فروع الحقوق الخاصة ، كجميع فروع الحقوق العامة ، يمكن ان تخرج من نطاق المكانية والمحلية إلى نطاق الحقوق الدولية الخارجية . وهكذا يحتل تقسيمان معاً ويميز في كل فرع من فروع أحدهما فروع الأخرى ، فنجد الحقوق الدستورية الداخلية 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 العالميتين المتتابعتين ، مسرحاً لنمو هذا التقسيم وظهور أهميته وقيمه . ولعل من أبرز فوائده ونتائجه قيام الحقوق المعروفة بالحقوق المقارنة Droit comparé وهي التي تبحث في مقارنة الشرائع ، والتي وإن تكن عبارة عن دراسة الشرائع المختلفة ومقارنتها فيما بينها - وهي دراسة نظرية علمية غير الحقوق الوضعية التي تبحث في تقسيمها - ولكنها مع ذلك تأخذ من شرائع مختلفة ، وبذلك تخرج من حيز الحقوق الوطنية إلى ميدان الحقوق الخارجية والدولية بطريق المقارنة .

§ ٣ - حقوق الله وحقوق العباد

عرفت الشريعة الاسلامية وذكر الأصوليون نوعاً آخر 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 يشابه ويقرب من تقسيم الحقوق إلى عامة وخاصة (١) . 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 والمطاء 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 العباد ، 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 فيه ، 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 فيها أفكار المؤسسات الاجتماعية والشخصية الاعتبارية من نوع خاص .

وبالنظر لأن التقسيمين الأولين هما أهم التقاسيم وأبرزها ، ويتداخلان معاً ، وقد قسم التدريس في الحقوق كما درج الفقهاء في الفقه والقضاء على تمييز القواعد الحقوقية بحسبها ، لذلك فإننا سنبحث في فروع هذين التقسيمين معاً فنبحث أولاً 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 الإدارية ، الحقوق الجزائية في الحقل الداخلي والحقوق الدولية العامة في الحقل الخارجي . ولنوجز حقيقة كل فرع من هذه الفروع :

١ - الحقوق الدستورية Droit constitutionnel

إن الحقوق العامة لكل بلد من البلاد ترتكز قبل كل شيء على الحقوق الدستورية. وهذه الحقوق تعتبر بمثابة الهيكل لبناء الدولة بكاملها. وسنرى عندما نبحث أنواع التشريع ان القانون الدستوري يأتي في رأس القوانين من حيث المرتبة .

والحقوق الدستورية هي التي تحدد شكل 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 والسلطة التنفيذية Pouvoir 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 فعالية السلطة القضائية إلى السلطة التنفيذية ووظائفها ، لأنها عملياً كذلك . ولهذا فهو يفضل تقسيم السلطات العامة إلى التقسيم الثلاثي الآتي : السلطة التنفيذية Pouvoir exécutif ، السلطة المقررة Pouvoir délibérant (يعني المجالس البرلمانية) والسلطة الناخبة Pouvoir de suffrage (تصويت الشعب) .

وفي عصرنا هذا تتسع الحقوق الدستورية شيئاً فشيئاً ويمتد نطاقها ليشمل كل المبادئ 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 ، فأثبتت بذلك أن القواعد الحقوقية الخاصة كلما اكتملت وأصبحت راسخة انسلخت عن احقوق الخاصة وانتقلت إلى مساحة الحقوق العامة. تستقر فيها حتى تبلغ وأقوى فروع الحقوق العامة ألا وهو القانون الدستوري..

٢ — الحقوق الإدارية Droit administratif

إذا كانت الحقوق الدستورية هي التي تنظم شكل الدولة وسلطاتها العامة كما رأينا ، فإن الحقوق الإدارية 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 الإدارية مع الحقوق الدستورية حتى يصعب بيان الحد الفاصل بين نطاق كل منها . وقد قيل ، للتمييز بينها ، ان الحقوق الدستورية تصنف الأجزاء المختلفة التي يتكون منها جسم الدولة وهي في حالة السكون ، أما الحقوق الإدارية 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 مثلاً . ومع ذلك، فيمكن القول أن الحقوق الدستورية تضع القواعد والمبادئ المثلى التي يجب أن

تسهمين على التشريع والتنظيم ، فتأتي الحقوق الادارية لتحقيق هذا التنظيم ضمن تلك المبادئ ، 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 هذه الحقوق مكاناً متزايداً في الأهمية .

وترتكز الحقوق الادارية في الأصل على تأمين سير الخدمات العامة 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 الخ .. 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 - الأعمال الادارية - Actes administratifs : فتبين الحقوق الادارية ماهي طبيعة هذه الاعمال وما هو معيار تحديدها ، وكيف يميز بينها وبين أعمال السلطات الأخرى ، لأن لهذا التمييز تأثيراً كبيراً في اخضاع هذا العمل إلى الحقوق الادارية أو المدنية بحسب اعتباره من الأعمال الادارية أو خارجاً عنها . ولا سيما فيما يتعلق بالرقابة عليها وخصوصاً الرقابة القضائية ، ومسؤولية الدولة بالنسبة لهذه الأعمال .

ب - الموظفون : والقواعد التي تنظم علاقاتهم بالدولة ، وهل هذه 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 - أملاك الدولة *Domaine de l'Etat* وكيف تحدد ، وما هي ميزاتها
ولأبي نظام قانوني تخضع من ناحية التملك والانتفاع ، ومن حيث التسجيل
والاستثمار والتنازل عنها وتبديل صفاتها . الخ .

د - القضاء الاداري *Contentieux administratif* وهو من أبرز وأدق
مباحث الحقوق الادارية ذات الصلة المباشرة مع حياة الافراد وعلاقتهم بالدولة . لأن
صلات الأفراد — من موظفين وأشخاص عاديين — وما ينشأ عنها من مشاكل
وخلافات ، 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 وشكلية لاسباب واعتبارات متعددة ، أمراً مختلفاً فيه
وموضع جدال ونقاش فقهي وتشريعي ، فإن النظام الحقوقي الفرنسي ، وعلى
غرار مصر والبنان 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 المحاكم الادارية — ، ينتهي إليه الفصل في المنازعات المتعلقة بالقرارات
والأعمال الادارية التي تلحق بالأشخاص ضرراً فينظر هذا المجلس بالغاء القرار
المشكوك 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 نظمها قوانين متعددة في إبحاث محدودة ، إلى جانب قواعد عرفية جرى التعامل عليها وأقرها القضاء والفقهاء الإداريين . ولعل السبب في ذلك تشعبها ، وتطورها السريع ، أو عدم اكتمالها وحدانية دراستها .

ويفرّعون عن الحقوق الإدارية حقوقاً أو بالأصح علماً ، هو علم المالية . Droil financier ou Sciences dees Finances الذي أصبح في العصر الحاضر رغم صلته القوية بالإدارة — على اعتبار أن مالية الدولة هي التي تؤمن سير إدارتها وإن جميع وزارات الدولة ومديرياتها بلا استثناء ، ذات علاقة بهذه المالية — قلنا رغم ذلك فإن علم المالية من حيث أنه علم يدخل على الأغلب في بحث الاقتصاد السياسي أكثر من دخوله في الحقوق الإدارية ، ولكنه مع ذلك لا يفصل عن الإدارة للأسباب التي ذكرناها .

ويبحث علم المالية في أصول وضع ميزانية للدولة تكافأ 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 ، ومشتري لوازم عتاد ، وأجور ، وتكاليف القيام بالمشاريع العامة الخ ..

٣ - 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 ، وتحدد عقوباتها لتؤمن سلامة الدولة وتضمن حياة الأفراد و ثروتهم وحقوقهم .

وفي وقت ما ، كانت هذه الحقوق تعتبر من الحقوق الخاصة لأنها تتناول جرائم يرتكبها البعض ضد البعض الآخر ، فهي إذن جرائم وأعمال تتعلق بأشخاص أو أفراد ، وكان يستطيع المعتدى عليه أو ذوهه 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 ذويه لينزل به العقاب الذي يريد ، ويقتص منه بنفسه . وكذلك كان حال العرب في جاهليتهم .

أما اليوم فلم يبق لهذا المفهوم القديم من كيان ، وصارت قواعد الحقوق الجزائية معتبرة من الحقوق العامة . على اعتبار أن الجريمة وإن كانت واقعة على أفراد في المجتمع ، ولكنها من حيث أثرها في هذا المجتمع ، واضطرابها لجلد الامن والطمأنينة فيه ، وطعننا نظامه وانتظامه ، تعتبر أكبر صلة وتأثيراً بالمجتمع عامة ، من الشخص الذي هو ضحية الجريمة وعضو المجتمع ، لأن استقرار المجتمع والمحافظة على كيانه متوقفان على الامن وعدم الاعتداء . ولذا اعتبرت الحقوق الحديثة أن العقوبة من حق المجتمع لا من حق الضحية ، وأن مباشرة الدعوى العامة والتحقيق وطلب الحكم فيها من حق الدولة وممثلها لا من حق الفرد ، وأن المجني عليه لا يملك - في الاصل و خلا بعض الاستثناءات - اسقاطها وإزالة آثارها بالصفح عن المجرم .

ومها يكن الأمر ، فاننا نستطيع تقسيم الحقوق الجزائية إلى قسمين ، قسم عام وقسم خاص ، وكلاهما من الحقوق الجزائية في حظيرة القواعد والحقوق العامة

والمقصود من القسم العام القواعد الباقية في الجريمة وأنواعها وأركانها ، وفي المسؤولية وانتفاؤها أو تخفيفها ، والعقوبة وحدودها وسقوطها السخ ... وأما القسم الخاص فهو الذي يبحث في أنواع 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 ، فإن بعض الفقهاء يرى أن تعتبر فرعاً مستقلاً بذاته عن الحقوق العامة ، وإن كان يتصل بها ويرتبط فيها ، دون أن يسدخل في الحقوق الخاصة . وقد يكون هذا الرأي أقرب مثلاً وأصح مقالاً .

على أن الحقوق الجزائية في يومنا هذا قد خضت ، شأن أكثر الحقوق الأخرى خطوة ظاهرة واضحة نحو الحقوق الخارجية لتؤاخذ ما سمي بالحقوق الجزائية الدولية *Droit pénal international* حتى لقد كانت جرائم الحرب الأخيرة وما نجم عنها ، ولا سيما محاكمة زعماء النازي في نورمبرج ، من أهم عناصرها وأبرز تطبيقاتها .

ويلحق المؤلفون بالحقوق الجزائية التي هي قواعد أساسية ، إجراءات وأصول التحقيق الجنائي *Droit d'instruction criminel* والمحاكمات الجزائية *Procédure pénale* وهي الحقوق التي تبين الإجراءات والأصول 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 الإجراءات والأصول بوجه عام حتى في المحاكم 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 الإجراءات 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 . فنتنقل 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 وعلاقتها
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 ، فإن هذا السلطان
يتصل بسلطان الدول الأخرى . بل قد يتعارض معه ، كما تتعارض المصالح ،
بحيث يجب أن تقوم على تنظيم هذه العلاقات قواعد خاصة تمين 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 السياسي والتفصيلي .. 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 ، والمفاوضة أثناء الحرب وطرق انهاء 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 خبطت 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 ملازمة ، 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 ما يحلم به بعض فقهاء القانون الدولي^(١)، من وجود اتحاد دولي عام له مشرع، وقضاء، وسلطة تنفيذية، ان مثل هذا الحلم ما يزال يحتاج إلى زمن وتطور طويلين. بل ان هيئة الأمم وسلطتها، والحقوق الدولية وقيمتها برمتها تمر اليوم تلو الآخر بأقصى التجارب الي 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، والحقوق الادارية الدولية Droit administratif international، 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 إليها فروعاً جديدة تمت في بلاد الغرب، واستقلت عن الحقوق الأم،

(١) راجع مثلاً جورج سسل 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 مازال في أول مراحل انفصالها ، وربما لا تزال في المهد عندنا . ونبحث بإيجاز
كل واحد من تلك الفروع الكبرى .

١ - الحقوق المدنية Droit civil

الحقوق المدنية ويسميا 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 يرجع
إلى الحقوق المدنية في كل مرة لا يوجد نص استثنائي في تلك الفروع .

والحقوق المدنيه هي مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الخاصة بين الناس من
أشخاص طبيعيين أو اعتباريين معنويين ، سواء تعلقت بثرواتهم أو أشخاصهم . وهي
تطبق على جميع الاشخاص دون استثناء ماداموا خاضعين لتشريع البلاد ، خلافاً
للحقوق التجارية مثلا التي تطبق على التجار فقط . بل ان قواعد الحقوق المدنية
فد تطبق على الدولة كما تطبق على الافراد ، عندما تنجر د الدولة من صفتها العمومية ،
أي عندما تعمل أعمال الافراد لاعمل سيادة ، وتمتبر بالتالي شخصاً معنوياً عادياً
تستطيع أن تمتلك أموالاً ، أو تبرم عقوداً وتمهيدات . . . كالفرد . . . وتطبق
هذه الاحكام مادام لا يوجد في الحقوق العامة أو القانون العام نص يخالفها .

وجدبر 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 سمي بـ « حقوق الشعوب Jus gentium » التي كانت تطبق على الاجانب والغرباء من غير الوطنيين pérégrins .

وفي فرانسة ، فان كلمة « الحقوق المدنية » ، من القرون الوسطى الى اليوم ، قد مرت بزمان متعددة ، فبعد ان كان يقصد بها في البدء الحقوق الرومانية-نفسها من عامة وخاصة ، التي جمعها جوستينيان في مؤلفاته المشهورة^(١) 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 وبمجموعات نابليون التشريعية ، الى ان بدأت القوانين الحديثة بعد ذلك تسليخ شيئاً فشيئاً بعض احكام القانون المدني لتجعل منها فروعاً خصوصية .

ومها يكن الامر ، فان اعتبار القانون المدني اصلاً في الحقوق ، لا الخاصة-فقط بل في جميع فروع الحقوق ، امر غير مختلف فيه . ذلك لان الحقوق المدنية 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- الاشخاص وحالاتهم المدنية Les personnes et leurs états civils
ويقصد بالاشخاص وحالاتهم المدنية تلك الحالات التي تتصل بالشخص بمجرد-من حيث كونه طرفاً للحق ، او بعبارة اخرى بالنظر الى الشخص حقوقياً ،

(١) كمؤلف الديجست Digeste والأنستيتوت Institut وغيرهما من المؤلفات المعروفة .

الحقوق المدنية م(١٣)

سواء أكان طبيعياً او اعتبارياً ، من حيث تحديد وتعيين مبدأ الشخصية ومنتهاها ، ثم خصائصها وميزاتها ، وصلاحياتها وأهليتها ، وهو ما بحثه 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 personnes au persovmel

وهذه 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 خاضعاً لأحكام الشريعة الفراء ، وكتب الفقهاء على المذهب المفقى به - وهو الحنفى - 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 منه أو تبديله . ومنذ أن صدر قانون الأحوال الشخصية ليطبق في تشرين الثاني سنة ١٩٥٣ أصبحت أحوال الأشخاص - مسلمين وغير مسلمين - بالنسبة لبعض المباحث أو الموضوعات ، ولا سيما المسلمين بالنسبة لجميع مباحث الأحوال الشخصية المبحوثة في هذا القانون - 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 مميّنة بقانون وبأحكام واحدة بالنسبة لجميع المواطنين^(١) ، في حين أن كل البلاد الراقية ذات السيادة ، قد قضت على هذه المنعنا ، 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 ، فيوحد بين أفراد الأمة 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 نترجو أن توفق جمهوريتنا لاجتياز هذه الخطوة الأساسية وتحقيق هذا الهدف الذي طالما انتظرناه طويلاً .

ج - المعاملات المتعلقة بالثروة والذمة : Les droits patrimoniaux

ويمكن تقسيمها إلى قسمين رئيسيين :

١ - الالتزامات والعقود .

٢ - الأموال والحقوق العينية .

١ - أما حقوق الالتزامات والعقود :

droits des obligations et des contrats

فهي في الحقوق المدنية وغير المدنية ، محور القواعد الحقوقية ، وعليها تقاس سائر الأحكام . وتتناول نظرية الالتزامات جميع القواعد النازمة لعلاقات الناس والأفراد فيما بينهم بما ينشأ من أخذ وعطاء ، وضرر ومنافع . أو بتعبير آخر ، أنها تتناول علاقات الحقوق التي ينشأ عنها دين « créance » بالمعنى العام أو مسؤولية مدنية عقدية أو غير عقدية . فحقوق الالتزامات شاملة لكل ما يوجب اعتبار شخص ما مديناً إلى آخر - يسمى دائماً - سواء بتسليم شيء أو عمل

(١) راجع ما سيأتي . بحث الدين كمصدر رسمي من مصادر الحقوق الوضعية عندنا .

شيء أو الامتناع عن عمل شيء . وكما ان العقود تؤلف مصدرأ رئيسياً من مصادر الالتزام ، أكثرها أهمية وإيجاداً 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 ، والاتفاق والخ . . . من الحقوق العينية الاخرى التي يطلق عليها الحقوق العينية الاصلية .
droits réels principaux

ويدخل في بحث الاموال والحقوق العينية ، موضوع الحقوق العينية التبعية أي التأمينات والامتيازات العينية ، وهي الضمانات القانونية او الاتفاقية التي يتمتع بها دائن أو صاحب 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 . وهي 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 مستقلاً وثانياً ، وان كان في الحقيقة شديد الاتصال والصلة بالحقوق العينية السابقة الذكر .

هذه هي الخطوط الرئيسية للحقوق المدنية ، أصل الحقوق الخاصة ومرددها .

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 توحىها الطبيعة الخصوصية لهذه الموضوعات ، أوجبت في أكثر الشرائع أن تنسلخ عن جسم الحقوق المدنية القواعد المتعلقة بالنواحي أو الخصوصات المذكورة لتشكل فرعاً حقوقياً قائماً بذاته مع بقاءه تابعاً للام والأصل . وهذا هو شأن الحقوق التجارية .

وفي الواقع ، فإن علاقات التجار وفعاليتهم ، ومفئة هامة وكبيرة في الحياة العامة الاقتصادية ، اقتضت لهم قواعد خاصة ، استازمتها طبيعة السرعة والثقة في المعاملات التجارية ، وعدم التمسك بالقيود التي تقيد الأفراد في معاملتهم المدنية ، مقابل إقامة أنواع من الأسناد التجارية يسهل تداولها ، وتحقق الغاية 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 وتحديد هياكلها وبيان شروطها وأحكامها ، ثم في السندات التجارية التي تقبل التداول من يد إلى يد بمجرد تطهيرها، 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 فليتنا أن نذكر إن هذه الحقوق على نوعين برية أي الحقوق التجارية المتعلقة بمعاملات التجارة فوق اليابسة ، وهي التي ذكرنا أبرز مواضعها ، وبحرية maritime وهي التي تتعلق بتنظيم المعاملات التجارية البحرية أي ما يتعلق بالاسفار البحرية . والحقوق التجارية البحرية تبحث في السفن

والمرآكب من حيث تعبئتها ، تسميتها ، جنسيتها ، ملكيتها ، استثمارها ، ملاحوها .. الخ ، وفي النقل البحري ، عقود ومسؤوليته . ثم في الحوادث البحرية وأخطارها ، وأخيراً في التأمين البحري ، عقودها ، وأخطارها ، 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 ، ولكنها 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 المحاكم 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 الاعتبار ، كما يرى بعض المؤلفين المعاصرين ، أقرب إلى الحقوق العامة منها إلى الحقوق الخاصة ، بل ولعلها وهي تنظم طرق إقامة العدل والقضاء بين الناس ، إنما تمثل الحقوق العامة في ذلك خير تمثيل ، غير مختلفة عن أصول المحاكمات الجزائية ومسائر تنظيحات الدولة ودوائرها . إلا ان صلتها الوثقى بالموضوع الأصلي جعل المؤلفين المدرسين 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 البنات وأصول 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 لتتفصل عن الأصل ، وأهم هذه

الفروع « التشريع الزراعي والصناعي » *Législation rurale et Droit industriel* وتشريع العمل *Droit du travail* وهي تشريعات تبحث في تنظيمات الأعمال 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 علاقات العمال وأرباب العمل ، فرادى وجماعات ، مجتمعين أو منفردين ، بحيث تأخذ من الحقوق الخاصة وترتبط بها ، فانها في الواقع مخضمة بين العامة والخاصة لأنها لا تقتصر على تنظيم علاقات الطرفين المتعاملين وما بينها من روابط

خاصة ، بل تمتدداها إلى بحث التنظيم المهني بوجه عام ، وما يتعلق باقتصاديات البلاد
 وروابط العمل الاجتماعية إجمالاً ، والمحافظة على ثروتها ونموها وازدهارها ، أكثر
 من أن تهتم بحالة 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 الممنوي وبين الدول الأخرى فيما يتعلق بالقضايا العامة ، كما أوضحنا ، فإن
 الحقوق الدولية الخاصة تتناول العلاقات الخاصة بين أفراد أو أشخاص من جنسيتين
 أو جنسيات مختلفه ، وخاضعين لسيادات وقوانين مختلفة ، بحيث يجب حل هذا
 التنازع بين قوانين الدول المتعددة التي يمكن أن تحكم هذه العلاقات . مثلاً سوريان
 يتزوجان في فرانسة ، فبحسب أي القوانين يجري عقد الزواج ؟ أم حسب 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 مثلاً ،
 تاجر لبناني يشتري من شركة فرنسية في سورية بضائع ومنتجات لشحنها له ،
 فبحسب أي القوانين يجري العقد ؟ وما هي الحاكم المختصة للنظر في الخلاف وأي
 الأحكام تطبق في هذا الخلاف إذا وقع ؟ أو انكليزي يموت في سورية ويترك
 اولاداً له في مصر ، وعقارات في بلاد مختلفة ، فكيف يجري الأثر وبحسب أية
 تشريعة ؟ الخ .. في كل هذه الأمثلة والقضايا تقوم الحقوق الدولية بإيجاد
 الحلول لها .

وعلى هذا فإن مواضيع الحقوق الدولية الخاصة هي تنظيم العلاقات الخاصة
 بين الافراد والاشخاص من طبيعيين أو اعتباريين ، وبيان حقوقهم وواجباتهم ،

هو طرق 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 أو أموال 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 بزمريتين :

الزمرة الاولى - 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 - 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 مكائتها territorialité des lois وهي التي تقوم على تطبيق القانون المحلي تطبيقاً مكانياً يسري على جميع المواطنين في أرض الدولة من أجنب أو وطنين على السواء . ويقف سلطان هذا القانون عند حدود الدولة ليطبق قانون الاخرى ضمن حدودها .

أما في الزمرة الثانية فتتقسم 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 هي 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 مخضمة Droit mixte ، بين العامة والخاصة ،
تتناول بحسب المعيار الذي يفصل بينها ، مواضيع داخلية في كليهما ، وتقبل الانضمام
تحت لوائها معاً . بل ربما اعتبروا بعض هذه الفروع ذا كيان خاص ، لا يجب
إدخاله في إحدى الزمرتين (١) ، وإنما يجب النظر إلى هذه الفروع كأنظمة قائمة
على أسس خاصة ، ذات موضوع وتطبيق خاصين ، كالتشريع الصناعي والزراعي
والاجتماعي والجوي الخ . . تجتمع في ملتقى الزمر ، وتأخذ من كل منها بنصيب .

★ ★

(١) روية ؛ النظرية العامة للحقوق، المرجع السابق ، ص ٣٥٥ ؛ ريبير ، المطول الابتدائي
للحقوق المدنية ، ج ١ ص ١٤ .

البحث الثالث

مصادر الحقوق

Les sources du Droit

§ ١ - معاني المصدر

إن لكلمة « مصدر » في الحقوق معاني متعددة ، بحسب ما يقصد منها «
وأبرز هذه المعاني التي تتصل مباشرة بالحقوق ثلاثة (١) :

أ - 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 ،
والمنبع الذي استقت منه أفكارها ومبادئها الحقوقية . فإذا قلنا إن مصدر الحقوق
العثمانية كان حتى عهد التنظيمات احكام الشريعة الاسلامية ، وأصبح بعد هذا العهد

(١) راجع سوتيروانو Seutiro Ono ، في مجموعة الدراسات : « مصادر الحقوق
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 هذا المعنى 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 خاصة .

ب - وأما الثاني فهو المعنى الحقيقي Source réelle

والمصدر الحقيقي أو الجوهرى للحقوق L'essence du Droit ، هو ذلك الاساس الذي يعتبر غاية الحقوق والمهدف الذي تسعى إلى تحقيقه . وقد رأينا ونحن نبحث أساس الحقوق النظريات والمذاهب الكثيرة التي قامت حوله ، والاتجاهين الرئيسيين لها — وهما العدل والمنطق والسلامات الطبيعية من جهة ، أو الواقعية القائمة على الحقوق الوضعية ، أو التجربة المستمدة من الطبائع والمصالح من جهة أخرى — هما المصدر الحقيقي للحقوق .

ج - وأيضاً المعنى الثالث ، المعنى الرسمي أو الشكلي Source formelle

أي المصدر الرسمي أو الوضعي للحقوق ، من حيث الرجوع اليها 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 ضوءها ؛ فاذا كانت القواعد الحقوقية والمؤسسات التي تجمعها ذات كيان ووجود وقابلة للتطبيق ، فكيف نتعرف عليها ، وما هي السبل والطريق لمعرفة الوصول اليها والحكم بها ، وبكلمة واحدة بأي شكل تظهر هذه القواعد وتجلي ؟ هذا هو المعنى الثالث ، المصدر الرسمي أو الشكلي الظاهري للحقوق .

ونحن في بحثنا لمصادر الحقوق لا نبني المعنى الأول ، الذي يبحثه تاريخ الحقوق ، وقد أخذنا بإيجاز لامهات النظريات والأسس التي ينطوي عليها المعنى الثاني ، ولذلك فإننا 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 يلتزم القاضي في يومنا هذا أن يرجع اليها ويستند عليها ليعطي حكمه ، باعتبار انها 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 كثير أمن الاتجاهات والآراء المختلفة في هذا الموضوع . فمن الفقهاء من لا يعتبر غير مصدر واحد هو القانون ، ومنهم من يقول بمصدرين هما القانون والعرف ، ومنهم منكر الاجتهاد والفقهاء أبدأ 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 أفضية الحاكم ، والفقهاء الحقوقي أو آراء العلماء كمصدرين إضافيين ، وربما جاز مع بعض النظريات الحديثة التجديدية ، وبعد أن سادت 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 مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كما رأينا . كذلك ، من واجبتنا 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 .

والقدر رأينا أن القانون المدني السوري نص في الفقرة الثانية من مادته الأولى بما يؤيد كدأخذ بمصدرين أصليين هما القانون والعرف على اعتبار أن الشريعة الإسلامية أول الاعراف .

وقبل أن نتناول كل واحد من المصادر الأربعة المصدرين الأصليين والمصادر الأربعة الإضافية والمصدرين الإضافيين ، 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 الأولى بالقانون وربما الفقه ، وتمثل الثانية بالعرف وربما الاجتهاد القضائي إلى حد ما (١) .

ويرى العلامة الفقيه جني Geny وكثيرون غيره أن تعتبر هذه المصادر أصلية ومساعدة ، فالأولى هي العرف والقانون ، ويمكن أن نضيف إليها الحقوق الطبيعية والدين ، في حين أن الثانية - وهي ما سمي بالحجج والمراجع الراجعة autorités - تجمع الاجتهاد القضائي 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 لاختلاف ابدأ في ان الدين والاعراف او الحقوق العرفية تأتي في اول هذه المصادر ، وربما كانت وحدها في زمن ما مصدر الحقوق التاريخي والحقيقي والرسمي في آن واحد . ويأتي بعدها في البلاد اللاتينية كفرنسة القانون ثم الاجتهاد ثم الفقه . في حين يأتي الاجتهاد القضائي قبل القانون في تاريخ حقوق الانكلو ساكسونية ، واما من حيث الاعتبار الثاني ، فان القانون بنظر الكثرة من المؤلفين اليوم يأتي بالدرجة الاولى ، حتى كاد يكون في زمن ما وحده المصدر الاصلي للحقوق ، ثم يليه مرتبة الاجتهاد ، فالفقه فالاعراف . على ان كثيراً من المؤلفين وان كانوا يعترفون بمكانة القانون وأهميته الواقعية كمصدر للحقوق إلا انهم ما زالون يواصلون اعتبار التصنيف القديم او يذكرون الاعراف بعد القانون في المرتبة ما زجين بين الاعتبارين في التصنيف . وبالنسبة الى الحقوق في بلادنا فان الأعراف لها من الأهمية والمكانة العملية اليوم ، رغم التقنيات الحديثة ، ما يوجب بحثها بعد القانون مباشرة ، ولذلك فسنبحث بهذه المصادر مبتدئين بالمصادر الرسمية الرئيسية بحسب ترتيبها القانوني ، وأهميتها التطبيقية فنبحث اولاً بالقانون او التشريع ، وثانياً بالأعراف ، وثالثاً بالدين او الأحكام الدينية ، ورابعاً بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . ثم نبحث بعد ذلك المصدرين الثانويين والتكميليين وهما الاجتهاد القضائي من جهة والفقه من جهة اخرى .

الفرع الاول

القانون او التشريع

La loi

§ ١ - تعريف القانون وتحديدده.

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 ما يقع تحت مدلولها من الاشخاص ، ومن الاعمال والوقائع دون تحديد أو تعيين ، وتطبق عليهم حكماً دون ان تحدد بالزمان^(٢) . من هذا التعريف للقانون يتضح ان هناك عناصر لا بد للقانون ان يحويها ليكون له صفة المصدر بالمعنى الوضعي الذي ذكرناه . وهذه الصفات والعناصر إما ان تكون شكلية في شكل القانون وكيفية صدوره ، واما أن تكون موضوعية في أساس القانون أو موضوعه ومضمونه .

(١) دولا كريس و لا بور دلا كوست ، المدخل العلم لدراسة الحقوق ، سنة ١٩٤٧ ص ١٩٧ .

(٢) بونكاز ، المدخل لدراسة الحقوق ص ١١٠٨ .

آ - فمن حيث الشكل :

يجب أن يكون القانون ، ١ - عملاً تشريعياً صادراً عن السلطة المختصة في إصداره ، ٢ - وأن يكون مكتوباً قد تم منحه وإصداره ونشره حسب الأصول .
١ - أما كونه عملاً تشريعياً صادراً عن السلطة المختصة ، فإن الحقوق الدستورية تتولى بيان من هي السلطة المختصة في سن القوانين وإصدارها ، كما توضح كيفية سن القوانين ونشرها . وهذه السلطة وإن اختلفت من حيث تشكيلها وصلاحياتها في الزمان والمكان ، فإنها ترجع في الاكثية الساحقة للعالم وفي جميع البلاد المتقدمة اليوم ، الى الشعب مصدر السلطات كلها ومردها ، وتتمثل بمجالس اوبرلمانات ، من تأسيسية الى عادية ، تمثل الشعب ، وتعتبر وكيلة عنه في اظهار ارادته بهذه الاعمال الدستورية أو التشريعية . (١)

فالقانون إذن عمل تشريعي ارادي يصدر بارادة الأمة أو ممثليها أو من يتمتع بسلطة التشريع ، إذ من الجائز دستورياً - وكثيراً ما حدث في سورية في الماضي ، وما يحدث في كثير من البلاد حتى اليوم - أن تمنح المجالس التشريعية السلطة التنفيذية في موضوع معين أو اطلاقاً ، حق اصدار مراسيم تشريعية 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 عدم جواز تخلي المجلس للحكومة أو السلطة التنفيذية عن سلطته في التشريع لأي سبب كان حاضراً التشريع بالمجلس النيابي وحده مهما كانت الظروف (٣) .

-
- (١) وقد نصت المادة ٢ من الدستور السوري ان السيادة للشعب وتقوم على مبدأ حكم الشعب بالشعب ، يمارسها ضمن الاشكال والحدود المقررة في الدستور .
(٢) ويطلق المصريون على هذا النوع من التشريع اسم تشريع الضرورة ، او مرسوم 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 للنص التالي :

١ - لمجلس النواب بأكثرية أعضائه المطلقة منح السلطة التنفيذية صلاحية اصدار مراسيم تشريعية لها صفة القانون وذلك لمدة معينة .

٢ - تصدر وتشر المراسيم التشريعية بقرار متخذ من مجلس الوزراء المنعقد برئاسة رئيس الجمهورية بأكثرية ثلثي أعضائه ، وتبقى هذه المراسيم التشريعية نافذة الى أن تعدل أو تلغى بقانون أو بمرسوم تشريعي وفقاً لأحكام هذا الدستور.

وهكذا عاد الدستور السوري - بعد تعديله - 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 لا يجوز اعطاء السلطة التنفيذية حق اصدار التشريع إلا خلال فترة يعينها المجلس النيابي لها حين منحها هذه الصلاحية ، وطبيعي أن ذلك لا يكون الا في غيبة المجلس. وقد اشترط الدستور كذلك في منح هذه السلطة واصدار المراسيم التشريعية من مجلس الوزراء أن يكون ذلك برئاسة رئيس الجمهورية بأكثرية ثلثي أعضائه . 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 لا أثناء 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 عن يقوم مقامها . فإذا 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 موحداً للحقوق بالمعنى الوضعي، وإنما منشأ لعلاقات وأوضاع حقوقية ، كبعض المراسيم التنظيمية ، أو معدلاً لها أو مفسراً ومنظماً لنصوص قانونية تشريعية ، ورغم ذهاب البعض الى القول بان هذه المراسيم والقرارات ليست لها قوة القانون من حيث الالتزام القضائي إلا إذا كانت صادرة استناداً إلى نص قانوني يحيل التنظيم أو التفسير على السلطة التنفيذية وفيما عدا ذلك ، فهي لا تنظم غير الموظفين والادارة ولا تلزم القضاء^(١) . هذا فيما يعود للصفة التشريعية للقانون .

٢ — أما كونه مكتوباً ، فإن 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 أصدرت إحدى 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 ، فإنه يتوجب عليه التحقق من شرعية النص الذي يفرض تلك الغرامة ، لأن مهمته في هذه الحالة تشبه مهمة القاضي الجزائي . فإذا كان للغرامة صفة الضريبة ، فإنه لا يجوز فرضها الا بقانون ، ذلك بناء على احكام الدستور والمادة ١٤ من شرعة حقوق الانسان . فإذا ما فرضت وتحددت من مرجع اداري فلا يتوجب على القاضي ان يحكم بها (محكمة سان ماردولا ريفيار ٢٩-٥-١٩٥٠ مجلة المحامي سنة ١٩٥١ ص ٧) .

والتي هي غير مدونة الفواعد في الأصل . والقانون بعد أن يتم سنه والتصويت عليه من المجلس النيابي أو السلطة التشريعية حسب الاصول ، فان هذا العمل التشريعي — سواء أ كان صادراً عن المجلس مباشرة أو عن الحكومة بما منحه 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 وفرنسة 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^(١).

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 التقيح التمهيدي للقانون المدني المصري ، ان ينص على كيفية نفاذ القانون وقت هذا النفاذ ، فأوجد مادة — هي المادة الثالثة من المشروع التمهيدي — جاء فيها :

- ١ — تصبح القوانين نافذة في جميع أنحاء الدولة متى اصدرت وفقاً لاحكام الدستور .
 - ٢ — وتصبح قابلة للتطبيق في كل ناحية من مصر من الوقت الذي يستطيع فيه العلم بالاصدار .
 - ٣ — ويعتبر الاصدار معلوماً في جميع أنحاء الدولة باقضاء ثلاثين يوماً من نشر هذه القوانين ويجوز انقاس 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 ومبادئ هامة ، لان اكثرهما مما يتولى بحمته الدستور ، ومما يعود اليه . فاصدار القوانين ونشرها ، امور يجب 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 منها 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 بحزمتين ، يفرق الفقهاء والقضاء في كثير من الأحيان بينها^(١) رغم اتصالحها وعدم انفصالهما ، وهما الاصدار من جهة ، والاعلان أو النشر من جهة أخرى ليكون نافذاً ومعمولاً به^(٢) .

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 فإن الفقرة الثانية من المشروع التمهيدي التي علفت قابلية تطبيق القانون بالنسبة لكل ناحية او زاوية من زوايا البلاد من الوقت الذي يستطاع فيه العلم بالاصدار ، قد أثارت جدلاً في الفقه والقضاء ، لما يمكن ان يعتبر القانون بعد ذلك من اضطراب متروك تقديره الى القضاء مما كان عاملاً في حذفها من القانون .

وفي سورية ، رغم وجود مرسوم تشريعي (رقم ٥ تاريخ ١٥ شباط ١٩٣٦) كما سنبينه بعد قليل ، فائناً نعتقد ان مثل هذا النص الذي كان يتضمنه المشروع ، كان جزيل النفع كبير الفائدة ، وحيداً لو استبقني 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 عنها في الهدف والاجراءات المادية ، كما هو مقرر من قبل علماء اصول القانون ، وظاهر من نص المادة ٦١ من الدستور . » (الفقرة 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 العمليتين 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 مثلاً « 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 بصلاحيه 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 الوساطة 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 بالأكثرية المطلقة صفة الاستعجال للقانون ، فيتوجب عندئذ على رئيس الدولة إصداره في المدة المعينة فيه ، وإذا لم يصدره في كلا الحالين ولم يردده 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 - ١٩٥٤) .

(١) راجع السهوري وابو سنيت ، 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 لإصداره في الدستور
وذلك لإعادة 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) — وقد كان
يسمى قديماً الاذاعة — ، 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 بمد ذلك بعدم معرفته ، ودون ما حاجة إلى تبليغهم او
اعلامهم فرداً فرداً .

(١) راجع السنهوري وابوستيت ، أصول القانون طبعة ١٩٥٠ ص ١٧٤

(٢) او كما قال المصريون « الجهل بالقانون ليس بعذر » تعريباً للقاعدة الفرنسية-

Nemo ceusetur Nul n'est censé ignorer la loi وهي القاعدة اللاتينية الشهيرة

ignorare legum

واذا لم ينص الدستور او القانون ، على هذه القاعدة كمنص القانون الفرنسي ، الا ان المبادئ
العامة والتعامل الجاري تنغذ 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 هذا النشر كما هو في الأصل^(١). ومع ذلك فإن أصول نشر القوانين قد نظم في سورية بقانون عثماني أولاً^(٢) ثم برسوم صدر في ١٥ شباط ١٩٣٦ برقم ٥ عدل بعد ذلك بعدد من التشريعات اللاحقة.

وقد جاء في هذا المرسوم التشريعي أنه صدر تطبيقاً لحكم المادة 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 لاكاتيري ج ٢ نبذة ٦٩ ص ١٠٩ ، لوران ج ٢ د ص ٥٨١ نبذة ٥٠٧) . ويذكر الاستاذ مرقس ان الفقه في مصر - رغم اطلاق نص المادة ٢٦ من الدستور المصري القديم - قد حذا حذو الفقه الفرنسي وقال بقصر تطبيق هذه القاعدة على القوانين المتعلقة بالنظام العام وجواز الاحتجاج بالجهالة في القانون فيما 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 احكام قانون او نظام » ، تختم هذه الارادة وترسل الى نظارة العدلية (وزارة العدلية) لتعلن في تقويم الوقائع [أي الجريدة الرسمية] ثم تعاد الى الديوان المسماة لتحتفظ في خزانه الاوراق ، وتضم الى مجموعة « الدستور » (أي مجموعة القوانين) .

وقد نص هذا القانون كذلك : « ان حكم القانون والنظام يصبح مرعي الاجراء في جميع انحاء الممالك العثمانية ، بعد نشره في تقويم الوقائع ، ابتداء من الوقت المصرح به في ذلك القانون والنظام ، وان لم يعين فيه ولم يصرح بوقت ، فيصبح 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 قيدها ، 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 بجهد 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 ٢٦/٣/١٩٤٣] (٣) يحاول بعض الفقهاء والمؤلفين ان يفرقوا في ذلك بين القواعد الآمرة والقواعد المفسرة أو المكملة التي يجوز فيها في الاصل الغلط أو الاتفاق على خلافها . فقالوا بجواز الاعتذار بجهد القانون ، والتمسك بالغلط فيه لا بطلان العقد بالنسبة اليه (راجع السنهوري ، نظرية العقد ص ٣٨٧ =

الجميع حتى تستقر الامور» (١).

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 نتائجها عزل بعض المناطق ، في 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 يعرف 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 ، ومازمنة .

١ — فالقانون أولاً قاعدة عامة règle 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 ، المحل ٢٦ / ٢٥ / ١٠ .
راجع خلاف هذا الرأي ، الدكتور محمد علي عرفة ، مبادئ 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 بمحادثة معينة يزول مفعوله إذا ما طبق عليها . مثلاً القانون الذي يصدر في تأجيل الديون ويمنح المدنيين في فترة معينة من الزمن ، وضمن شروط خاصة ، حق الاستفادة من مهل محدودة لإيفاء ديونهم ، فإنه 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 باجازه أستاذ الجامعة بالجمع بين العمل المهني والفني كالحمامة والتدريس فإنه رغم اقتضاره 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 ... فإنه لا يتناول عملياً إلا شخصاً واحداً ، ولكنه في كل حال قانون عام لا يتناول شخصاً مسمى (١) .

وهكذا فإن الاستثناء القانوني منها ضاق متناولها ليكون عاماً بالنسبة لجميع من يتناولهم . ومن هذه الصفة العامة للقانون نستنتج صفتين آخريتين عامتين هما التجريد والديمومة .

٢ — فالقانون قاعدة حقوقية عامة ومجردة abstraite بمعنى أنها تنظم وتتناول

(١) قد يحدث خلافاً لهذا الأصل وخروجاً عليه ، ان تصدر السلطة التي تتولى التشريع قوانين او مراسيم تشريعية تتعلق بمواد 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 خطروقليل ، ولا يحسن استعماله اللهم الا لضرورات وطنية لا تؤثر على حقوق الناس ، ولا تصطدم مع الغايه من عمومية القانون وتمحيده . (راجع جورج سه ل G - Scelles المدخل لدراسة الحقوق ، للاستاذة جوليو دولا مورنديير 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 كنتيجة طبيعية للصفة السابقة تقابل فكرة التشخيص التي تتناول منفعة أو مضرّة شخص أو أشخاص معينين والتي يجب أن لا يتصف بالقانون بها .

٣ - ثم إن للقانون صفة الديمومة Permanence بمعنى أنه واجب التطبيق ما دام لم يبلغ ، وهو يطبق بصورة متبادية ما دام لم يصدر قانون آخر يلغيه ، ولا يؤثر فيه ، وفي قوته الازمائية ، أن يهمل تطبيقه دهرأ ، أو أن لا يستعمل حيناً من الزمن désuétude ، لأن عدم استعمال القانون وعدم تطبيقه 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 ، تقصه المرونة ، اذ قلما يمكن تطبيقه تطبيقاً صحيحاً على الوقائع المتفاوتة التي لاحد لها ولا حصر ، والتي لا يمكن للمشرع مهما ان يتصورها او يفكر بها سلفاً فيضحي القانون صعب التطبيق ، والتطبيق يخالف الغاية من وضعه ، وسنرى ذلك عندما نبحت في تفسير القانون .

(٢) يتساءل بعض المؤلفين كذلك هل 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 فإن 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 هذه الصفة ، شأن صفة العمومية ،
 الحياة الديمقراطية منذ مهدها ، عندما سادت بين الناس جميعاً وأخضعهم كلهم الى
 نفس القوانين على صعيد واحد . فاذا وجدت بعض الاستثناءات في الازام فهي
 إنما توجد بقوة القانون نفسه وبسببه ، كمثل الحق الذي لرئيس الجمهورية مثلاً أن
 يعفي من العقاب إعفاء كلياً أو جزئياً بعض المحكومين من المجرمين دون
 البعض الآخر .

هذا هو التعريف بالتحريم أو القانون ، وعناصره وحدوده ، ولكن من
 الواجب اكلاً 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 ثلاثة
 أصناف رئيسية من القوانين بالنسبة الى فرنسا^(١) ، وربما كانت أربعة 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 الواقع
 كصفات الاشخاص ، او كعدم صلاحية بعض الموظفين لاجراء امور معينة ، او عدم اهلية
 بعض الناس ، او كان يتعلق بطواهر الأمور . كالوارث الظاهر . في مثل هذه الحالات من
 الخطأ الواقعي بالنسبة للقانون عذرت المحاكم الاشخاص المخطئين ، كاجراء عقود الزواج من
 موظفين غير ذوي الصلاحية نتيجة خطأ مستمر ، او التعاقد بنية حسنة مع من يظهر انهم
 اهل ، 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 المبادئ الأساسية الأصلية للانسان في هذا المجتمع ، بما يتصل بوجوده الطبيعي .

ويأتي هذا « البيان » في رأس القوانين لا العادية فقط بل والدستورية 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 والمبادئ لا يجوز لسلطة بشرية ، وإن تلك دستورية ان تمس ، فهو لا يقبل التحوير ولا التبديل ، وقد نوقش كثيراً في فرانسة ما إذا كان بيان الثورة الفرنسي الشهير ما يزال حتى الآن مقيداً للسلطات الدستورية .

ويمكن أن نشبهه 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 لا تختلف في الحقيقة كثيرأ 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 ، والمبادئ 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 (الرفرنديم) ، كإحداث في الجمهورية العربية المتحدة وفي سويسرة وفرنسة (خلافاً لانكلترا وابطاليا) ، وان السلطة أو المجالس التي تضعه تتمتع بصلاحيات اوسع من صلاحيات السلطات التشريعية ، وربما اشترط فيها اكثرية معينة ، إقراراً بما للدستور من أهمية وأثر في حياة الامة ، كما حدث في الدستور الفرنسي الاخير.

٣ — القوانين العادية Lois ordinaires

وهي جميع الأعمال التشريعية التي 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 — 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 مدونة 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 خاصة تماماً كقانون ايجار العقارات المبنية . وربما كانت هناك درجات متعددة أخرى وسط بينها . 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 وعملاً بالنسبة للقوانين المنظمة لبعض شؤون التجارة او الصرافة الخ ...

ج - ومن ناحية ثالثة فان القواعد القانونية ، اما ان تكون أمرة او تكميلية (ويطلق عليها البعض مفسرة) فالأمرة او الملزمة *impératives* هي التي تكون احكامها الزامية ومن النظام العام ، بحيث لا يجوز لأحد من الناس او من الطرفين الاتفاق على خلافها ، كقوانين الاصول المتعلقة بترتيب انقضاء وتنظيمه ، أو قانون الجنسية أو النصوص التي تتضمن أمراً أو نهياً صريحاً او يستخلص ذلك منها^(١) ، والتكميلية المفسرة *intéprétatives ou supplétives* (او المكملّة) 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 النسب بالهيئة الاجتماعية . وان القاعدة الحقوقية هي التعبير عن ارادة الهيئة الاجتماعية ، فيجب التحري عن درجة هذه الارادة في النسب .

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 الأساسية للموضوع المختلف فيه، كقواعد القانون المدني. أما الشكلية أصولية *constructives* فهي التي تنظم الطرق الواجب اتباعها للوصول إلى تطبيق أحكام الأساس والقوانين الأساسية. والقوانين الشكلية هي قوانين أصول المحاكمات والأجراءات أو المرافعات، وأحكام البيئات فيما يعود لشكل سماعتها واجرائها أو ما جرى مجرى ذلك.

ه — وأخيراً أما أن تكون القوانين وطنية أو أجنبية، فالوطنية هي قوانين الدولة التي توجد فيها المحاكم النازرة في الدعوى، وهي في الأصل وحدها واجبة التطبيق على جميع الخلافات التي تقع فوق أرض الدولة، أما الأجنبية وهي قوانين الدول الأجنبية، فانها في الأصل لا يجوز تطبيقها إلا استثناءً، وسنرى ذلك في بحث تطبيق القانون من حيث المكان.

وفي كل الاحوال فان البعض يضيف إلى هذه القوانين على اختلافها المراسم التنظيمية والمراسم التفسيرية التي تصدرها الدولة أو الحكومة في تفسير القانون أو بيان طرق تطبيقه، وخصوصاً عندما يكون المشرع نفسه قد ترك للسلطة التنفيذية إصدار المراسم التفسيرية والتنظيمية. مثال ذلك المراسم 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 تكن

« قليلة التطبيق عملياً ، محدودة قضائياً . لأن المعاهدات لا تكون نافذة في الدولة إلا بعد تصديقها 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 قليلاً لنرى رتبة كل واحد من هذه القوانين من حيث أهميتها ، وما هي قوتها العملية الإلزامية ، إذا خالفت ديناها أعلاها؟ وبعبارة أخرى إذا كانت القوانين الدستورية هي أم وأرفع المصادر القانونية من حيث الترتيب والاعتبار ، فما عسى يكون القول إذا خالف المشرع في قوانينه العادية ، أحكام الدستور المكتوب ، ولا سيما في البلاد ذات الدساتير المكتوبة الصلبة *Consitutions rigides* التي لا يجوز تعديلها إلا بشكل خاص لا بقانون عادي؟ وهذا هو البحث الثالث .

٣٨ — رقابة القضاء على التشريع أو مسألة دستورية القوانين

Règle de la constitutionnalité 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 العادية فوق الانظمة التفسيرية وما يصدر عن الحكومة من مراسيم أو قرارات تفسيراً وتكلمة للقوانين ، لذلك وجب أن تكون القوانين العادية التي تصدرها السلطة التشريعية غير مخالفة للدستور ومبادئه ، كما وجب أن تكون المراسيم التنظيمية 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 هذه السلطة نفسها؟ هل تعود مراقبة دستورية التشريع الصادر عن السلطة إلى القضاء، وهل يملك القضاء حق إبطال تشريع صادر عن السلطة التشريعية المختصة على هذا النحو؟ وهل يجوز منح السلطة القضائية هذا الحق في الرقابة على الأعمال التشريعية دون الإخلال بمبدأ تفريق السلطات المتفق عليه في الدول الديمقراطية والأنظمة البرلمانية؟ تلك مسألة على أدق المسائل وأهمها، فإذا كان لا يجوز أن يسمح للسلطة التنفيذية أو القضائية أن تهيمن أو تتدخل بأعمال السلطة التشريعية وبالعكس، كذلك لا يجوز أن يسمح للسلطة التشريعية بخرق الدستور أو مخالفته.

لقد اختلفت المذاهب في بلاد العالم اختلافاً كبيراً في إعطاء 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 يصدر تشريعاً يعدل من هذه التقاليد، لا مجال لبحث دستورية القانون أو عدمها، لأن القانون الذي يخالف قاعدة دستورية سابقة يكون قد عدلها، ومثل ذلك في إيطاليا رغم وجود دستور مكتوب، بحيث لا يستطيع القضاء الامتناع عن تطبيق التشريع مهما كان مضمونه، بل عليه الانحناء أمامه، لأنه إذا خالف الدستور يكون قد عدله.

أما في أمريكا، والنمسا، فرغم أنها من البلاد ذات الدستور الصلب الذي لا يقبل التمديل إلا بأشكال خاصة، فإن للقضاء سلطة تامة للرقابة على دستورية القوانين، بحيث تستطيع المحاكم أن تقرر بطلان أي تشريع تراه متناقضاً مع أحكام الدستورية. ففي أمريكا نص الدستور على إيجاد محكمة عليا أطلق عليها اسم محكمة

الاتحاد العليا Federal Supreme Court جعل من وظيفتها ابطال القوانين غير الدستورية صيانة لمبادئ الدستور من عبث المشرع ، وخوفاً من طغيان النزعات السياسية والحزبية على المجالس التشريعية لمختلف الولايات . ويهزي المؤلفون اتباع أمريكا لهذا المبدأ إلى أن الولايات المتحدة الأمريكية بمجموعة من الولايات تتمتع كل منها بقسط كبير من الاستقلال الذاتي والتشريعي ، الأمر الذي قد ينجم عنه صدور تشريعات منافية لدستور الاتحاد الذي يربط بين الولايات ، ويوجب وجود رقابة عليا عليها . في حين أن هذه الرقابة قد منحتها الدستور النمساوي الاخير للقضاء العادي ليقول كلمته في دستورية القانون الذي يقضى به .

أما في فرانسة ، ومصر ، ولبنان وكلها بلاد ذات دستور صلب ، فإن 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 فإن دستورها الصادر عام ١٩٥٠ قد اتخذ طريقاً وسطاً بين الاتجاهين كما سنرى . وفي الحقيقة أن كبار الفقهاء الفرنسيين أمثال دوكي Duguit وهوريو Hauriou وبرتليي 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 الامتاز 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 ، فإن هذا الواجب

(١) دوكي ، مطول الحقوق الدستورية ، ج ٣ ص ٤٥٥ ، وما بعدها .

يشمل جميع القوانين وفي مقدمتها القوانين الدستورية ؟ حتى إذا تعارض قانون عادي ، دونها مرتبة ، مع أحكامها وجب على القاضي تطبيق القانون الأعلى قبل القانون الأدنى ، وأن مثل هذا أقل ما يوجب تدرج القوانين ، ويؤكد المنطق والبداهة . وعلى هذا فإن 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 ، ويحل 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 تقيدها كلها بحيث لا تستطيع القوة التشريعية ، كما لا تستطيع السلطة القضائية ، إتيان ما يخالف أحكام الدستور ، فإذا خالفت السلطة التشريعية هذه الأحكام فليس لها ، ولا من حقها أن تلزم السلطة 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^(١) .

وتبدو حجة دوكي هذه إلى جميع الفقهاء والمؤلفين أقوى من أن تمس ويقول هوريو : إذا كان المسألة وعليها ، وإذا كان إعطاء القضاء حق الرقابة على التشريع ربما يخشى منه أن يدفعه للتدخل في السياسة وأطاعها ، فإن 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 وإلزاماً — . . فلماذا لا يكون من حقه كذلك ان يطبق
احكام قانون دستوري ضد احكام قانون عادي في حال مخالفة هذا الاخير للشروط
انه لا يتمدى 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 اولي للراسيم الاشتراعية ، سواء من حيث الشكل او من حيث الموضوع . ولا يصح
القول بان القاضي يتدخل في هذه الحالة في ممارسة السلطة التشريعية ، ويمتنع مبدأ تفريق السلطات.
لان رقابة القاضي تساعد بالعكس على تطبيق هذا المبدأ ، وان الدستور المصري يسلم مبدئياً
مبدأ تفريق السلطات بتجديده 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 المبادئ التي رسمها الدستور . وهذان
المبدأن 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 التفرع بتفريق السلطات لتصبح في حل من مراعاة القواعد الدستورية
لأدي ذلك الى حالة الفوضى . وهكذا فان احترام كل سلطة للمبادئ الدستورية هو خير ضمان 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 ١٠/٢/١٩٤٨ ، 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 بدمستورية الحكم القانوني او عدمه (١).

فأصدرت قراراً يلخص بما يأتي : « تنحصر وظيفة الحاكم في اختيار مدى انطباق أعمال الناس على القوانين النافذة ، وقرار ما ينطبق عليها منها وانفاذه وابطال ما لا ينطبق ، وهي ليست مخولة حق النظر فيما اذا كانت تلك القوانين قد جاءت مخالفة للمبادئ 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 أو غير ذلك . بل ترى من واجبا ان تعمل بوجبه وتقيس الحوادث التي تناولها بمقياسه ، سواء أنتج عن ذلك احترام الحقوق المكتسبة أم لا . »

(محكمة التمييز السورية قرار رقم ٦٧-٦٨ تاريخ ٧/١٢/١٩٣٧ ، 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 المروضة 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 الشرفاوي)

راجع كذلك قرار محكمة النقض والابرار ، 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 » طبعه ١٩٣٧ ص ١٥١٤ ؛ ومحاضرة الدكتور منير العجلاني ، مجلة القانون ١٩٥٦ ص ١٣١

ويري البعض على العكس^(١) 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 للقضاة بالتناحر - حتى في التطبيق - بحسب هذه 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* (٢).

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 انطباق 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 الصادر عام ١٩٥٠ والصادر عام ١٩٦٢، كما هي الحال في فرنسا ومصر - خلا بعض الاستثناءات، فان ذلك مقصور على موضوع التشريع *le fond* لا على شكله *la forme*. بمعنى ان القاضي 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 بارثلمي Barthelemy وبول دوز Duez في كتابيهما مطول الحقوق الدستورية، عدم جدوى بل وخطرا عطاء القضاء والسلطة القضائية حق الرقابة على دستورية القوانين (راجع مقال بول ديزيز، في ميزيج موريس هوريو *Mélanges Hauriou* عام ١٩٢٩ ص ٢١١-٢٤٩) راجع كذلك مقال ادوار لمبير، في نفس المرجع ص ٤٦٧ - ٥١٥

المخصوص عليها في الدستور وهي الشروط التي وضعناها 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 وبعبارة 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 ، لانه 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 لامن حيث الشكل فقط بل ومن حيث مضمونه ايضاً ، وفقاً لقاعدة التدرج في التشريع السابقة الذكر (١) .

على ان الدستور السوري منذ عام ١٩٥٠ ، اوجد حلاً وسطاً لهذه القضية الشائكة فنص في المادة ١٢٢ ان المحكمة العليا، التي اعتبرها رأس السلطة القضائية،

(١) وهكذا مثلاً قد قضى مجلس الشورى السوري سابقاً بعدم اعتبار المرسوم والبلاغ 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 يخالف لاحكام المادة ٨١ من قانون الموظفين الاساسي رقم ١٣٥ تاريخ ١٠-١-١٩٤٥ وليست له قوة التشريع (قرار مجلس الشورى تاريخ ١٨-١-١٩٥٠ رقم ٢٠) .

والمؤلفة وفقا لما نص عليه في المواد ١١٦ وما بعدها انها « تنظر وتبت بصورة مبرمة في الامور الآتية :

أ - دستورية القوانين المحالة اليها وفقا للمادة ٦٣ .

ب - دستورية مشروعات المراسيم المحالة اليها من رئيس الجمهورية وقانونيتها .

وإذا رجعنا الى المادة ٦٣ فيما يتعلق بدستورية القوانين وجدناها تقول :

١ - 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 - إذا قررت المحكمة العليا ان القانون مخالف للدستور أعيد الى مجلس النواب لتصحيح المخالفة الدستورية .

٣ - فإذا 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 ما يمكن بين استقلال السلطة التشريعية والسلطة القضائية . وذلك بأن لا يسمح 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 فإن طلب الإلغاء محصور فقط في أعضاء المجلس (وبما لا يقل عن الربع) او برئيس الجمهورية نفسه باعتباره رئيس السلطة التنفيذية ، دون سائر الناس .

(١) ولعل واضع الدستور السوري قد اقتفى هنا الى حد ما اثر الدستور الفرنسي الاخير الصادر عام ١٩٤٦ .

وبناء على ذلك فتى 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 ما قبل اصداره ، يفيد ضمناً وبالمفهوم المخالف الصريح ان مثل هذا الاعتراض لا يسمح به بعد ذلك ولا يجوز بحثه . والواقع ان هذا النص تجربة مرت بها سورية فأثبتت الايام عدم كفايتها. ومنذ البداية كنا لانرى في هذا النص ما يحقق 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 المتحدة في الماضي ساكتاً فلم يأت على نص ينظم هذه الرقابة وربما لرغبة منه في عدم فسح المجال للصريح 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 ، ولا سيما في التشريعات الجزائية أو الاحكام الآمرة . وقد أكد مجلس الدولة في مصر (في القضيتين رقم ٣ و ٤ لسنة ١ القضائية) هذا المبدأ العام (١) .

ومها يمكن الامر فاننا لانشك ان ثمة طريقاً استثنائياً يبقى على ما نعتقد 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 ما يمنع في اعتقادنا على المحكمة ، بل من واجبه ان

(١) كما سنذكره بعد قليل . راجع كذلك في هذا الموضوع مقال الأستاذين السيد علي السيد بمجلة مجلس الدولة ، يناير ١٩٥٠ م ٦٣ - ٧٧ وعبد السلام ذهني نفس المرجع ص ٧٩ - ١٠٣ ، ومحاضرة الدكتور مكرم القوتلي في مجلة القانون ١٩٥٧ م ٤١

تطبق احكام الدستور قبل القانون ودونه . وهذا ما يمكن أن يسمى بالدفع بعدم الدستورية الطارئ او العارض . L'exception d'inconstitutionnalité (١)
على ان هذا الموضوع ما زال محل خلاف وغير قطعي في كثير من الدول .

(١) فلقد نص القانون رقم ٥٧ تاريخ ٢٨ كانون اول ١٩٥٠ « المتعلق بتحديد صلاحيات وملاك 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 أو المرسوم المخالف للدستور يجب ابطاله كما يبطل العمل الاداري المخالف للقانون أو للمرسوم التنظيمي ، كما يسمح لنا بالقول ان في هذا 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 المحكمة العليا أو القضاء الاداري وحده بل انه يشمل كذلك جميع المحاكم القضائية (راجع الدكتور عدنان الخطيب ، الوجيز في شرح المبادئ العامة لقانون العقوبات ١٩٥٦ ص ١٣٣ و ١٣٤) .

وعلى هذا ان اساس فقد كرس مجلس الدولة في مصر هذا المبدأ العام في القرار الصادر بالتقضيتين ٤٣ و ٤٣ لسنة (١) القضائية (منشور في خلاصة أحكام مجلس الدولة في سورية لعام ١٩٥٩ (ص ٣٣-٣٨) يتضمن ما خلاصته :

« ومخلص مما تقدم أن المادة ٨٥ من قانون الموظفين الاساسي رقم ١٣٥ لسنة ١٩٤٥ معدلة بالمرسوم التشريعي رقم ٦٥ لسنة ١٩٥٢ فيما قضت به في فقرتها الثالثة من أن « يسرح الموظف المقرر صرفه من الخدمة بمرسوم غير تابع لاي طريق من طرق المراجعة ... » تعتبر من الناحية الدستورية غير نافذة بالنسبة 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 كقيل الحريات وموئلتها ، ومناط الحياة الدستورية ونظام عقدها . ويستتبع ذلك أنه اذا تعارض قانون عادي مع الدستور في أية منازعة من المنازعات التي تطرح على المحاكم فقامت بذلك لدينا صعوبة ماثراها أي القانونيين هو الاجدر بالتطبيق ، وجب عليها عند قيام هذا التعارض أن تطرح القانون العادي وتهمله وتغلب عليه الدستور وتطبقه بحسبانه القانون الأعلى الاجدر بالاتباع . واذا كان القانون العادي يهمل عندئذ فرد ذلك في الحقيقة الى سيادة الدستور العليا على سائر القوانين ، تلك السيادة التي يجب أن يلتزمها كل من الشارع عند اصداره القوانين ، ومن القاضي عند تطبيقه على حد سواء الخ ... »

§ ٤ — ماهي قيمة القانون كمصدر أصلي وأولي للحقوق

لا يشك احد في اهمية القانون كمصدر أصلي للحقوق . فاذا عرضت مشكلة من المشاكل ، ترجع المحاكم والناس جميعاً اول ما يرجعون 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 — كرد فعل لفقدانه من قبل — من المكانة ما جعل البعض يقول انه ليس ثمة مصدر آخر للحقوق الوضعية غير القانون . بل لقد ذهب اصحاب المذاهب الوضعية او الواقعية كما رأينا ، الى ابعاد 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 او مثالي) 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 وصرامة . ثم هو من ناحية ثانية اكثر ضماناً لتساوي الناس امامه ، والخلاص من تحيز القضاة او احتمال خطئهم ، اذا لم يكونوا مقيدين بنصوص ظاهرة وملمزة ، 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 ماتصوب اليه الحقوق من غايات واهداف . فكثير من القضايا ، كمثل قضايا التأمين البري او الجوي ، او قضايا العمل ومشاكله وطوارئه الخ... لم يبحثها القانون بنصوص وضعية الا متأخراً جداً ، 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 صحيحاً في القانون الجزائري ، اذ لا عقوبة بلا نص^(١) ولكنه ليس كذلك في الحقوق المدنية ، حيث يتوجب على القاضي ان يقضي ، فهو مضطر للالتجاء الى طرق اخرى ومصادر ثانية اذا لم يجد هناك نص ، ومامن احد يستطيع ان ينكر وجود ثلثات في القانون لا بد من سدها ، وذلك بالاستعانة بطرق اخرى . وان هذه الثلثات تزداد مع الزمن ومع تطور الحياة وحاجتها المتجددة الكثيرة التي لا يمكن للتشريع ان يحيطها او يحيط بها .

واتن كان القانون في الواقع ابرز المصادر الحقوقية ، واقرها منالا ، وارفعها مكانة ، فانه لا يخلوا من نواقص وعيوب ، توجب أحياناً الرجوع الى غيره ، كما انه ليس الوحيد في هذه المصادر ، بل إن هناك مصادر قد تكون نظرياً ثانوية بالنسبة اليه ، كالأجتهد القضائي ولكنها عملياً كبيرة الاهمية .

واذا رجعنا الى التشريع القائم عندنا ، أو بالاصح الى النظام الحقوقي الحاضر في بلادنا ، نجد ان القانون ، كما عرفناه ووصفناه ، يمكن ان يكون اول المصادر واعمها ، 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 ما يتعلق بها.

. Nulla peinna sine lege (١)

ومع ذلك فإن هناك نواحي جد هامة على الحياة الحقوقية ، ما تزال تحكمها قواعد عرفية مستمدة من الشريعة الاسلامية، واجتهاد القضاة او اقوال الفقهاء ، وكذلك ورغم التقدم الكبير في التشريع الاداري وتعدد القوانين الادارية وتواصلها منذ العهد العثماني ، فإن هناك بعض القواعد القائمة على التعامل والمستمدة من اراء العلماء او اجتهادات القضاة الاداري في فرانسة او مصر او لبنان . . . يرجع اليها في بلادنا كمصدر للحقوق الادارية . وفيما عدا هذه الاستثناءات فإن الحقوق الوضعية الحاضرة تشبه في مصادرها الحقوق الفرنسية التي اخذت عنها اكثر قوانيننا كما سنرى .

وفي كل الاحوال فإن قيمة القانون المطلقة كمصدر للحقوق ومادار حولها من نقاش تجلبي في بحث تفسير القانون .

§ ٥ - تفسير القانون

لئن كان القانون ، مصدراً اصلياً للحقوق ، ولئن كانت من الواجب تطبيق نصوصه المجردة واحكامه العامة على الاحوال المشخصة والحوادث الخاصة ، فإن هذا التطبيق ليس دوماً سهلاً وبسيطاً ، يتم آلياً او رياضياً دون ماشك او تردد او تأويل . نعم قد يقع ذلك أحياناً ويبدو النص واضحاً صريحاً لا يحتاج لتفسير . مثلاً اذا نص القانون المدني العتيد (٤٦) « ان كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يجبر عليه ، يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية » . . وان سن الرشد محددة بالقانون بالسنة ونوعها، واذا فرضنا مثلاً ان ولادة الاشخاص

معينة ثابتة في سجلات الاحوال المدنية ، فان تطبيق مثل هذا النص من حيث السن، لا يحتاج 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 والاضاع والاحتمالات التي يمكن وقوعها ، وان يتصور سلفاً ما ستخلفه الحياة من وقائع ، وما يأتية العالم من تطور مستمر وحوادث لا تخطر على بال ، وخصوصاً وان المشرع لا يكون دوماً عظيماً في تشريعه ، وخبيراً في مادته ، واقفاً على الخفايا ، قادراً على درس التفاصيل ، غير متأثر بموامل السياسة والمحيط . . ولذلك كثير ما تأتي النصوص غامضة ، قاصرة ، مقتضبة ، مشوشة ، وربما متناقضة لاتي بالحاجة ولاتحقق كل الغايات .

فما عسى يصنع الناس وما عسى يصنع القاضي اذا غم عليهم النص ولم يتبنوا معناه، او 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 الفرنسي في مادته الرابعة ، وأكد قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني في مادته الثالثة ان القاضي الذي يمتنع عن الحكم بحجة سكوت القانون أو غموضه أو عدم كفايته يمكن ان يلاحق بجريمة الامتناع عن احقاق الحق أو 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 يجرم على القاضي ، ان يتناول في احكام قضائية اصدار قواعد عامة ومبادئ جديدة ، دون ان يستند على نصوص القانون؟ فما عساه يفعل اذن؟ لامنص له من التفسير والالتجاء

للاجتهاد او القياس على حد تعبير فقهاء الشريعة^(١) .

ولئن لم ينص قانوننا المدني على حكم صريح مشابه للنص الفرنسي او قانون اصول المحاكمات المدنية ، فقد اضحى ذلك من تقاليدنا القضائية^(٢) .

ومها يكن الامر فان التفسير ليس فقط تعيين معنى النصوص ومداهها وتناجها ، بتوضيح ما بهم من الفاظها ، وتكميل ما اقتضب منها ، بل توسيعها وتكييفها والتخريج على احكامها ، والتوفيق بين اجزائها ومفاهيمها ، واستخراج ما يمكن من نتائجها^(٣) .

واذا كانت النصوص قد تبدو في بعض الاحيان ، من حيث ظاهرها ، وحرفيها غير متفقة والمنطق او البدهة ، فان من الخطأ - كما قالت محكمة التمييز السورية المختلطة - التقييد 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 يعد متنعاً عن اداء العدالة » وهو نص مشابه ، تمام المشابهة ، لنس 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 البديية والتي لا تحتاج الى نص ، فضلا عن أنه يستخلص بطبيعة الحال من نص المادة الأولى التي عدت المصادر القانونية حتى انتهت الى اعتبار مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصدراً ملزماً عند فقدان المصادر الأخرى . ونعتقد انه ما كان هناك ضمير لو استبقي هذا النص ، زيادة في التأكد والالزام ، وتنبيهاً للقاضي بوجود العمل على الفصل في القضايا والاستناد الى ما يملكه 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 تفسيرها الى حد اعطائها مدلولاً وتناجج قد تبدو غير متفقة مع ظاهرها .

لا يتصور ان لا يعبأ بالمبادئ الحقوقية» (١) .

والتفسير مهمة شاقّة وهامة ، لعلها تفوق كل المهام القضائية الاخرى ،
الضرورتها وكثرتها ودقتها ، لاسيما وانها تتعلق بالقانون ونصوصه ذات التطبيق
الالزامي والعام .

وسنبحث في حالات التفسير واسبابه اولاً ، في انواعه ثانياً ، ثم في طريقة
ووسائله ثالثاً .

١ - حالات التفسير واسبابه

« تعرض الوقائع على القاضي ليفصل فيها ، ويتعين عليه ان يلتمس حلها في
التشريع او القانون قبل اي مصدر آخر (وفقاً للمادة الاولى من القانون المدني)
فإما ان يجد للحالة المعروضة نصاً يواجبها ، وإما لا يجد لها نصاً ، والنص ان
يوجد إما ان يكون واضح المعنى سليماً من كل عيب ، وإما أن يكون معيماً يحتاج
فهمه الى جهد لاصلاح ما به من عيب » (٢) .

فما هي العيوب التي تعترى النصوص القانونية فتوجب تفسيرها ؟

أ - انواع العيوب

يكون القانون معيماً فيما عدا الاخطاء المادية او المعنوية المختلفة التي منفصلها
بعد قليل ، لاسباب عدة ترجع اما الى غموضه ، واما الى نقصه واما الى تناقضه .

١ - الغموض والابهام

أما الغموض فيكون بتحمل اللفظ او العبارة في النص اكثر من معنى

(١) صدد تطبيق القرارين ٣١٦ و ١٠٩ المتعلقين باختصاص المحاكم المختلطة على الاجاب
(محكمة التمييز المختلطة السورية قرار رقم ٣٩٩٢ تاريخ ١٥-٢-١٩٤٣ ، منشور في مجلة نقابة
المحاميين بدمشق عام ١٩٤٧ ص ٣٢ وما بعدها) .

(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 ابهام 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 واحد 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 القهار ، احيانا و « المقامرة » تارة وهل من فرق بينها ، وهل تقتصر العقوبة على المقامرة دون القهار ؟

او كمثال كلمة « السجن » الواردة في المادة ٣٧ من القانون ١٩٢ لسنة ١٩٦٠ المتعلق بمكافحة المخدرات حين قالت « يعاقب بالسجن . . . » ولم تذكر المدة . وعقوبة السجن لم يرد لها ذكر في قانون العقوبات امام . فقد اشار هذا القانون في المادة ٤٦ منه الى عقوبة « الاعتقال » الموقت كمعقوبة جنائية بين العقوبات الجنائية الاخرى ، كما ذكر كلمة الحبس « في العقوبات الجنحية (المادة ٥١ منه وغيرها) . وقد فسرت محكمه الجنايات بدمشق^(١) كلمة « السجن » الواردة في مطلع المادة ٣٧ المذكورة « بالاعتقال الموقت » كمعقوبة جنائية لا « بالحبس » الواردة في قانون العقوبات العام كمعقوبة جنحية ، وبالفقرة الثانية من نفس هذه المادة .

اما امثال الغموض في العبارة فكثير كذلك نشير الى بعض منها . فقد جاء في المادة ٦٦ من قانون العمل السوري ان من صلاحيات لجان المهن المختلطة المؤلفه من ممثلي ارباب العمل والعمال ، « الفصل بالمصالحة والتحكيم في جميع الخلافات الفردية او الجماعية التي يحيلها الفريقان الى ، اللجنة الخ . . . فعبارة « التي يحيلها الفريقان » غامضة مهمة لاحتمالها اكثر من معنى ، وقد قام عليها

(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 كمثال عبارة « المحاكم العادية » الواردة في المادة ٣١ من القرار ١٨٦ (المتعلق بالتحديد والتحرير) . فقد جاء في قرار محكمة 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 انواعها من بدائية وشرعية وصلحية ، 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 المطابقة 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 لا يستقيم الحكم بدونه ، او بعدم تناول النص مايجب ان يتناوله من حالات ، فيأتي مقتضياً وربما مهملاً

(١) وحيث ان المادة ١٠ من القرار ١٨٦ اوجبت تبليغ قرار القاضي العقاري المتضمن اعلان افتتاح اعمال التحديد الى محاكم المنطقة . وان الغاية من هذا 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 فيها ، وباتهاء عمليات التحديد تعود الى محاكم تلك المنطقة ولايتها القضائية لتفصل في المنازعات العقارية كل منها ضمن اختصاصه ، ولكل منها حق القضاء بالتسجيل (محكمة التمييز ، الغرفة المدنية ، قرار رقم ١٤٨ تاريخ ٧ حزيران ١٩٤٩ ، مجلة نقابة المحامين بدمشق ١٩٤٩ ص ٢٩٩) .

تقاطاً هامة لم يبين حكمها ، فيكون التفسير باكمال هذا النص في ضوء مفهومه الاصيلي وقصد الشارع منه ، وفق قواعد التفسير واساليبه الآتي ذكرها .
 مثال ذلك ماجاء في المادة ٥١٢ من قانون اصول المحاكمات فيما يتعلق بمحالات 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 الحالة كحكم الحالات السابقة ويكون من حق المحكمة ان تعين محكمين جديداً 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 العملي 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 وعموضاً 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 الذكّر غير واضح وناقص في هذا الموضوع . وقد جاء المشروع الموحد موضعاً هذا الغموض ، ومكملاً

للقص بأضافة عبارة تدل على سريان قانون الوصي 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 القاصي 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 و نافذة . وسواء في تشريع واحد وفي القانون نفسه ، بحيث يجب التوفيق بينها ان امكن ، والا فتفضيل احدهما .
وهكذا مثلا نرى هناك تعارضاً بين نص الفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ من القانون المدني التي جعلت بيع المريض في مرض موته لو ارث او لغير وارث بثمان 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 مزبلاً لهذا التعارض حينما قرر ان هذا النوع من البيوع بحكم الوصية وتنطبق عليه احكامها .
كذلك نستطيع ان نتبين تناقضاً ظاهراً بين المادة ٣٥٣ من القانون المدني العتيق والمادة ٣٩٨ من القانون التجاري . اذ جاء في الاولى أنه :

(١) الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ١٩٢ .

« لا يكون تجديداً — 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 للمقاصة ، ولا للمدعاة . ولا لإحدى طرق التنفيذ ، ولا للسقوط منفردة بالتقادم » .

وظاهر من ذلك ان دخول مبلغ من المبالغ او دين من الديون في الحساب الجاري لا يفقده بحسب القانون المدني كيانه الاصيل وما يتعلق به من أحوال وامتيازات ، وبالتالي لا يعتبر تجديداً للالتزام ، في حين انه بحسب نص القانون التجاري الآنف الذكر ، يفقد الدين او المبلغ كيانه الاصيل ويعتبر ان هناك تجديداً للدين بمجرد دخوله بالحساب الجاري . وليس ثمة سبيل للتوفيق بين النصين الا ان نقول ان الحساب الجاري في القانون التجاري هو غير الحساب الجاري المدني^(١) . واخيراً نجد تناقضاً صريحاً بين المادتين ١١٤ و ١١٥ من القانون المدني وبين المادة ٢٠٠ من قانون الاحوال الشخصية ، فيينا ان المادتين الاوليتين نصتا على وجوب حجب المحنون من قبل المحكمة واعتبار حاله قبل الحجب غيرها بعده ، في حين ان الثانية اعتبرت المحنون محجوراً لذاته ، بحيث لا يحتاج الى حجب من المحكمة . الى آخر ما هنالك . . .

(١) ومثل ذلك التناقض بين المادة ٦٤٩ من القانون المدني مع المادتين ١٥١ و ١٥١٥ من قانون العمل السابق . فقد نصت المادة ٦٤٩ انه : « تعتبر المبالغ الانية 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 ١٥١ و ١٥١٥ من قانون العمل نصتا على ان الاجرة هي كل ما يعطى للعامل ، ويشمل ذلك الراتب الاساسي وكل ما اضيف اليه من زيادات او ضمايم او عمولات .. ماعدا الاكراميات ... فالاولى ، اي المادة ٦٤٩ مدني ، جعلت المكافآت والاكراميات من الاجرة ، في حين ان الثانية اي المادتين ١٥١ و ١٥١٥ من قانون العمل السابق فقد استثنتهما ..

ومن أهم المبادئ العامة في تفسير النصوص المتناقضة أو المتعارضة ، وجوب النظر اولاً : الى حالة كل من النصين سواء من 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 — ان هناك تدرجاً في التشريع يكون فيه للقانون الاعلى مرتبة افضلية التطبيق على القانون الادنى مرتبة في حالة تعارض النص في كل منها وبشكل لا يمكن التوفيق بينهما . فاذا تساوى النصان مرتبة قدم التشريع المؤخر التاريخ واعتبر الاسبق تاريخياً — ملغى بالجديد كما سنرى في بحث الغاء القانون . الا اذا كان احدهما خاصاً والثاني عاماً فيفضل الخاص على العام ، حتى اذا لم تكف هذه المبادئ لتفسير النصوص المتناقضة وجب الرجوع الى طرق التفسير ووسائله الاخرى ، على ما سنوضحه في البحث المقبل .

ب — حالات التفسير

لقد سبق ان قلنا انه لا محل للتفسير عندما يكون هناك نص قانوني ويكون هذا النص واضحاً صريحاً لا يحتاج الى تفسير . فاذا كان اللفظ او التعبير الذي استعمله المشرع صريحاً لا سبيل الى الاختلاف في معناه أو مدلوله ، وكان النص سليماً ليس فيه عيب من العيوب الاخرى التي ذكرناها ، وجب على القاضي الاخذ بهذا المعنى أو المدلول الواضح ، وتطبيق النص القانوني ، ولا يجوز له تركه ، بحجة ان الحكم القانوني غير عادل ، أو أن هناك حكماً أعده منه ، فليس هذا من مهمة المفسر في شيء ، بل عليه ان يترك ذلك للمشرع يعدل تشريعه بما تقضي به الظروف والحاجة والمصلحة . وقدما قيل « لا مساغ للاجتهاد في مورد النص » (المادة ١٢ من المجلة) ^(١) أي لا محل للتفسير حين يكون هناك حكم قانوني صريح .

(١) كذلك نصت المجلة ان « لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح » (مادة ١٣) .

ولا يظن ان النصوص الصريحة الواضحة معروفة ومتفق عليها ، وقد
اشرنا ان الوضوح نادر وقليل ، وربما كان عدم الوضوح في بعض الاحيات
مفتعلا ومقصوداً . وان ما يمكن ان يتصور انه واضح وصريح لاسبيل الى
الاختلاف فيه ، فقد يفهم احياناً على خلاف ما يعتقد فيه^(١) بل ربما استطننا أن
نقول ان ما يمكن ان يبدو من النصوص صريحاً وواضحاً اليوم قد يظل غامضاً
محل لبس او خافياً ، أو مفهوماً على غير حقيقته حيناً من الدهر^(٢) .

أضف الى ذلك ان القول بوضوح النص وصراحته لا يمنع احياناً من تصحيح
ماعسى ان يقع في الالفاظ والنصوص ، من اخطاء مادية او معنوية لاجمال
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 استناداً الى
احكام المادة (٤١) من قانون الاراضي العثماني دعوى من خليط (اي شريك ، لافي الأرض
نفسها وانما في الحقوق الارتفاقية ، من طريق او مرور او شرب او مسيل ، في ارض اميرية
يطلب اخذ ارض خليطه المبيعة الى الغدير 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 بيد 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 مثلاً 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 - الذي جعل العقود والصكوك
المتعلقة بالحقوق العينية العقارية غير نافذة حتى بين العاقدین الا من تاريخ تسجيلها في السجل
العقاري - لا يسمع للمستفيد من العقد غير المسجل ان يطالب بهذا التسجيل قضاء بل يبقى حقه
مقاصراً على طلب التعويض ، حتى تبين للمحكمة مؤخراً أن هذا النص لا يمنع من طلب التسجيل
القضائي رغم بقاء النص السابق دون تعديل (راجع قرارات الغرفة المدنية لمحكمة التمييز السورية
الآتية : 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 والطوائف والممثلين التجاريين الجوايين ومندوبي التأمين وغيرهم من الوسطاء . . . » فانه لا يقصد بها اشتراط ان يكون الممثلون التجاريون حوايين - أي متقلين - وانما يقصد بها سريان احكام عقد العمل على الممثلين التجاريين والجوايين ، فسقط سهواً حرف « الواو » بين التجاريين والجوايين (١) .

اما الخطأ المعنوي فهو حالة تبديل كلمة او حرف او عبارة باخرى خطأً اكيراً ظاهراً ، كمثل ما جاء 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 دفماً خارجاً عن اختصاص المحكمة يترتب على الوجه (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 الوجه اليه الدفع ، وانما يجب ان يكون الوجه الدفع مادام المؤيد عدم اعتبار الدفع . او كمثل ما جاء في المادة ٣١٠ من القانون المدني السوري التي تضمنت عبارة : « من الفوائد والمصرفات » بدلاً من عبارة « مع الفوائد والمصرفات » 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 خطأً عن غير انتباه ، ويجب أن تقرأ « خاضع لمراقبته أو سلطته » أي لمراقبة الموظف أو سلطته ، وهو ما تقتضيه البداهة من النص ومن منطلق 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 « ما يكلفه من تأمينات » بدلاً من الاصل المصري « ما يكلفه من تأمينات » الخ . . .

والى جانب الحالات القليلة في وضوح النص ، والحالات التي يكون في النص خطأ مادي أو معنوي يصلح ويصحح حكماً ، فإن تطبيق النصوص القانونية يوجب التفسير أي تحديد المعنى الحقيقي للنص وإيجاد الحل المطابق له ، وذلك عندما تكون هذه 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 - أنواع التفسير

هناك أربعة سبل للتفسير اكل منها قيمته وأثره ، وهي من حيث قيمتها وقوتها ، وأثرها وأهميتها كما يأتي :

١ - التفسير التفسيري Interpretation législative

وهو التفسير الذي يصدر عن السلطة التشريعية التي أصدرت القانون نفسه . فإذا ما حدثت صعوبة ما في تطبيق القانون واتضح أن هناك ضرورة للإيضاح ، فإن من حق المشرع - وربما طلب إليه ذلك أحياناً - أن يصدر قانوناً تفسيرياً يوضح به ما أراد من القانون الغامض^(١) . ولئن كان الاصل أن يعود الى صاحبه القانون حتى تفسير القانون بالدرجة الاولى - وقد كان التفسير الرسمي حسب

(١) مثال ذلك القانون رقم ٣ تاريخ ٢٣/١١/٩٥٤ المتضمن اضافة فقرة الى قانون الانتخابات العامة السابق تعتبر « محسناً القراءة والكتابة من يحمل شهادة أو مصدقة رسمية تستلزم معرفة القراءة والكتابة أو من نجح في امتحانات المرشحين او استحصل على حكم قضائي من المحكمة المختصة باستيفائه شرائط الترشيح » ... والذي نص في مادته الثانية صراحة ان نصه هذا تفسيري .

المبدأ الروماني المسمى « المرجع التشريعي » Ref ere legislatif ، مقتصرًا على المشرع أو من ينتدبه - فإن مثل هذا التفسير أضحي قليلا ونادراً بعد أن كان سبيل التفسير الوحيد عند الرومان وفي القرون الوسطى ، وحتى اليوم في الكنيسة الكاثوليكية^(١) ، حيث يتوقف القاضي عن البت في كل خلاف يتعلق بنص غير صريح حتى يأتيه التفسير التشريعي .

وللتفسير التشريعي قوة القانون نفسه ، وبعد جزءاً من التشريع المفسر ، لا يختلف 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 إليها 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 الوتية اللازمة للتنفيذ .

وفي كل الاحوال فإن 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 شيوعاً وأهمية . ولم يعد اليوم

(١) وهو ما أخذت به المجموعة الكنائسية Codex Juris Canonici ، تاريخ ٢٧ مائس ١٩١٧ . حيث حصرت حق التفسير بالمشرع . وأوجد البابا لجنة خاصة للتفسير (راجع إرمانجيون ، 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 بظاها غير مواتية للمصلحة التي وضعت لاجل تحقيقاتها^(١) » .

والأفضل للمشرع أن يترك إلى حكمه القضاة أو الحاكم ، بحكم وظيفته وصلاتها المادية والمباشرة بالخلاف ، أن تقدر النصوص وتطبق أحكام القانون بطريقة عملية ، آخذة بعين الاعتبار الظروف المحيطة بالوقائع ، و متمشية مع مقتضيات الحال و ضرورات العدل ، فيكون تفسيرها أقرب للصواب وأدعى للمصلحة^(٢) .

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^(٣) .

ج - التفسير الفقهي Interpretation doctrioale

يقوم هذا التفسير على ما يديه الفقهاء وعلماء الحقوق وامتدتها من آراء وشروح ، وإيضاح وتعليقات على نصوص القانون ، سواء في كتبهم ومؤلفاتهم أو في دروسهم ومقالاتهم ، كما سنرى في بحث الفقه . ومن خصائص هذا التفسير أنه خلافاً للقضاء ، لا يتناول حالات خاصة ولا يفسر القانون لواقعة شخصية ، وإنما

(١) محكمة التمييز السورية قرار رقم ١٥ تاريخ ١٧/٢/١٩٤٥ 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 مثلاً عن طريق التفسير إلى إصلاح كثير من أحكام القانون المدني الفرنسي القديم ومساعدتها على التطور لماشاة حاجات المجتمع المتطورة (راجع في ذلك : جني F. Geny طرق تفسير الحقوق الوضعية ومصادرها ٩١٩ - دوباغ 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 إزامياً كالقانون ، والتفسير الثاني مقيداً بالحالات والاختلافات التي تناولها ، فإن 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 استحياء حوله وجهة عملية ، متتبعا خطى القضاء ، دارساً أحكامه وتطبيقها على الحالات الواقعية ، متأثراً الى حد كبير بالنتائج التطبيقية لها (١) .

د - التفسير الإداري Interpretation administrative

وهناك تفسير رابع يذكره المؤلفون اضافة الى التفاسير الثلاثة السابقة وهو التفسير الإداري . فالادارة التي تازم بتطبيق احكام القانون بواسطة عملائها 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 مقيدة للقاضي وغير ملزمة له بأكثر من القرارات الادارية العادية ، ولا تعدى قيمتها رأياً شخصياً يستطيع القاضي أن يحكم بما يخالفها (٢) .

(١) راجع الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ١٨٧ .

(٢) وقد أكدت المحكمة العليا في سورية بقرارها رقم ١٧١ و ١٧٩ تاريخ ١٥/٤/١٩٥٧ (منشوران في مجلة القانون لعام ١٩٥٨ ص ٢٩ و 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- 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 هذه النظريات وتتصادم . ولذلك فمن الطبيعي ان تعدد الآراء في التفسير منذ زمن طويل ، وان تكثر فيه المؤلفات ، بل لعل اثر اختلاف الآراء والمذاهب يظهر اكثر مما 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 تمدي 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 الفرنسية .

والنهاية الثانية هي ان تفسير القانون يجب ان يكون وفقاً للحاجات الاجتماعية الحاضرة دون حاجة الى التمسك بنية المشرع وقت وضع القانون ، ويتمثل هذا الاتجاه بالمدرسة التاريخية التي تريد ان تفضل النص عن إرادته واضعه بمجرد صدوره .

وبين هاتين النهايتين توجد مذاهب وسطى لملها اكثر قبولاً ، ومقبولة عملياً اكثر من سواها ، ومن اهمها المدرسة العلمية للفقير فرانسوا جيني F.Geny ولا بد لنا قبل أن نتناول هذه المذاهب والاتجاهات بالبحث ، لننتهي منها الى بيان ما تبناه القانون المدني السوري من هذه النظريات ، كما يبدو من نصوصه واتجاهاته ، فانه يحسن بنا ان نشير الى معاني التفسير المختلفة والصفات التي يتصف بها ، بحسب الطريقة المتبعة فيه .

بما لا شك فيه ان النصوص — حتى الواضحة منها — تستخلص معانيها ، من
الفاظها وعباراتها ، وصنمها ومعانيها . ومن الامور الثابتة منذ القديم ان العبرة في
النص ليست للالفاظ والمباني ، أي لظاهر النص وحرفيته *Sens litteral du texte*
وإنما العبرة للمقاصد والمعاني التي قصد بها النص *L'esprit du texte* ولو اخطأ
في التعبير (١) .

فهنالك 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 ، وسرى الاتجاه الذي تبناه قانوننا
المدني من يحمل نصوصه وأقواله .

ولا بد ان نشير كذلك الى ان المعنى المقصود من اللفظ في هذا الصدد
هو المعنى الاصلاحي قبل المعنى اللغوي للكلمة او العبارة ذلك لأن الحقوق

(١) لقد نصت مجلة الاحكام العدلية في القاعدة السكوية 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 عام ١٩٣٣
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 تحديده نطاقه ومراميه شأن يجاوز
في خطره تلك النية التي تقدم ذكرها » (مجموعة الاعمال التحضيرية ج ١ ص ١٨٧) .

تصطلح على معانٍ للالفاظ قد لا تتفق تماماً مع المعنى اللغوي ، وربما اختلف المعنايان في ذلك . فالعبرة قبل كل شيء الى المعاني الاصطلاحية لا اللغوية . للالفاظ الا اذا تبين ان الذي قصد إليه الشارع من استعمال اللفظ معناه اللغوي لا الاصطلاحي . كذلك اذا وجد للفظ واحد معنى حقيقي وآخر مجازي فلا يصار الى المجاز الا اذا تعذر الحقيقة او كانت غير مقصودة (١) .

أ — المدرسة التقليدية للتفسير او المذهب التقليدي « Doctrine classique »

أولاً — مبادئ هذا المذهب :

تمثل الطريقة التقليدية بالمذهب الفرنسي الشهير المسمى مذهب التقييد بالنص . او مذهب الشراح ، او مدرسة الشرح على المتون Ecole de l'exégèse (٢) القائمة على إرادة المشرع ونيته وقت وضع القانون . وهي الطريقة التي سادت ، بلا منازع ، لدى

(١) راجع المادة ١٢ من المحلة ، 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 تعذر الحقيقة يصار الى المجاز .

(٢) مذهب التقييد بالنص او مدرسة الشرح على المتون كما يسميها المصريون Ecole d'exégétique ou de l'exégèse : مدرسة تألفت في فرانسة في اوائل القرن التاسع عشر ضامة ، اذا لم يكن جميع 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 جميعاً 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 منه . لانه لم يعرف ان يسلك السبيل السري لها . ويعتبر من زعماء هذه المدرسة اوبري ورو . Anbry et Rau ، بارتان Bartin ديمولومب Demolombe ، لوران Laurent بودري لاكاتيري Baudry - Lacantinerie . . . وهؤلاء جميعاً قد كتبوا شروحات عظيمة للقانون المدني الفرنسي بعشرات المجلدات ما تزال حتى اليوم حجة يرجع اليها .

«الفقهاء والقضاة في فرانسة اثر صدور القانون المدني وخلال ثلاثة ارباع القرن التاسع عشر ، ولاسيما فيما يتعلق بتطبيق القوانين المدنية . وفي الواقع ، ان من الطبيعي ان يعتقد الفقهاء والمؤلفون والمحاكم والقضاة ، على اثر مايصدر من قوانين جديدة مدروسة ، ولاسيما بعد ان كانت الحقوق عرفية وغير مقننة ، ان هذه القوانين والمجموعات جاءت محققة للغاية وقد تضمنت كل شيء ، وانه حسب القاضي ان يرجع الى النصوص ويطبقها على ضوء ألفاظها وظاهرها ، وعند الاقتضاء ، العودة الى الاعمال التمهيدية والتحضيرية لها ليجد الحلول لكل المسائل .

وعلى هذا فان المبادئ الرئيسية والاصلية لهذه المدرسة وطريقها هوانها «اولا ، تعتبر القانون المصدر الوحيد للحقوق ، ولا تعرف غير نصوصه مصدراً ، حتى قال أحد فقائها بونيه Bugnet مرة « اني لا اعرف الحقوق المدنية وإنما أدرس قانون نابليون » . وكما يقول ديمولوب Demolombe كبير فقائها : « 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 هذه النية الحقيقية ، ظاهرة كانت او ضمنية (ويطلق بعضهم على الضمنية عبارة « المفترضة » اي المفترضة عند المشرع) . وقت ان وضع التشريع ، لابنيته المحتملة وقت تطبيق التشريع (أي لو تصورناه يضع التشريع حين التطبيق) ، وإذا تطورت الظروف الاجتماعية بحيث اصبحت نية المشرع الحقيقية لاتتمشى مع هذه الظروف ، فلا يجوز للقاضي ان يعتمد الى نية اخرى محتملة ، ينسبها الى المشرع ، ولو أنه وضع التشريع في الوقت الذي يطبق فيه ، بل يجب عليه ان يظل اميناً على النية الحقيقية للمشرع وقت الوضع . ذلكم لان عدم التقيد بارادة الشارع حين وضع القانون تؤدي في رأي اصحاب النظرية الى الكيفية والتحكم ، والى فقدان

مزاي القانون إذ من الصعب معرفة النيات التقديرية ، ولا سيما المحتملة منها التي ابتكر ابتكاراً ، ومن العسير اتفاق الناس عليها ، وسرعان ما يختلف القضاة في تحديدها ، كل بحسب منطقته وهواه ، فضلاً عن أن التقييد بإدارة الشارع الحقيقية ، أكثر احتراماً للتشريع ، وادعى الى تحقيق الغاية منه ، بعكس عدم التقييد الذي يخلق الفوضى والاضطراب .

وإذ لم تكن النية الحقيقية واضحة وضوحاً كافياً ، فإن مدرسة الشرح تلجأ الى النية الضمنية او المفترضة عند المشرع حين وضع القانون لتبقى امينة على مبادئها وتستخلص هذه النية من روح التشريع ومن تقاليد القانون^(١) .

وفي كل الاحوال فإن هذه النية الضمنية او المفترضة حقيقية لاحتملة ، ولمثل هذا التفريق بين النية الحقيقية صريحة او ضمنية وبين النية المحتملة ، اهمية كبرى في نظر مدرسة الشرح ، لان الثانية اي المحتملة لا يجوز اعتبارها والعمل بها ، على العكس من نية المشرع الحقيقية او الضمنية ، تلك التي تسمى اليها مدرسة الشرح او مذهب التقييد بالنص وتجري على مقتضاها حتى يكون القانون وحده مصدراً للحقوق .

وعلى هذا فإن تفسير القانون بحسب هذه النظرية هو التقييد به والتعلق بهداه كما ورد حين ورد . ولكن ماهي الطرق العملية التي تتبع 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 او مالا منقولاً ، يخصص للاتفاق على الحياة الزوجية ، وتبقى الاموال الاخرى للزوجة ملكاً مستقلاً 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 الحسب . ويبدو هذا القول منطقياً وطبيعياً لايقبل الشك .

ثانياً - طرق التفسير ووسائله

في الاحوال التي يكون النص ناقصاً او غامضاً او متناقضاً مع آخر لا يمكن أن تبين 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 - 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 . واعم هذه الطرق الداخلية :

أ - الاستنتاج بطريق القياس Raisonement 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 لعله اقتضت هذا الحكم ثم وجود واقعة اخرى غير منصوص على حكمها تساوي تلك الواقعة في علة الحكم^(١) .
مثلا حالة النص الناقص او الساكت ، كنص المادة ٥١٢ من قانون أصول

(١) راجع الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ١٨٤ .

المحاكمات المشار اليه قبلاً^(١) ، فان اقتصر النص على حالات عدم اتفاق
الخصوم على المحكمين ، او امتناع واحد او اكثر من المحكمين المتفق عليهم
على العمل ، او اعتزله له ، او عزله منه ميع 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 يتقضي الميعاد المحدد
للتحكيم دون تقديم المحكمين لتقريرهم قياساً على حالة الامتناع عن العمل
او الاعتزال ، لوحددة العلة بين الامرين هذه الوحدة التي توجب
نفس الحكم^(٢) .

كذلك يمكن بطريق هذا القياس ان نفس حكم المادة ٢١٦ مدي سوربي
بأنها تشمل في الزام المدين بالتعويض حالة عدم جدوى التنفيذ العيني لوحددة العلة
مع حالة استحالة هذا التنفيذ ، وأسوة به .

Raisonnement a fortiori **الاستنتاج من باب اولي**

او القياس بطريق الافضلية او الاولوية ، وهو ان 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 اولي . ومن المبادئ المعروفة في الحقوق ، « ان من يستطيع
الاكثر يستطيع الأقل » qui peut le plus peut le moins (او من يستطيع
الأشد يستطيع الأخر ، والكل يشمل البعض الخ . .) وبناء على ذلك لو فرضتم
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 ١٧/٧/١٩٦٠ رقم أساس ٦٢٥٨

(غير منشور) .

المرض ، فإن حكمه هذا يطبق على من يجرح او يؤذي في وضع مماثل دون ان يقتل ، لأن من يعفي في حالة القتل فمن باب اولى ان يعفي في حالة الجرح او الايذاء اذا ما كانت عناصر الاعفاء المطلوبة في القتل متوافرة فيها (١) .

كذلك مثلاً ما جاء في المادة ٩٤ من المرسوم التشريعي رقم ٨٠ التي تنص « لا يجوز 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 لا يجوز للموكيل المحامي الذي يصبح قاضياً ان ينظر بنفس الدعوى التي كان فيها وكيلاً (٢) .

كذلك المادة ١٣٢ من القانون المدني « يجوز ان يكون موضوع الالتزام شيئاً مستقبلاً » ومن باب اولى أن يكون حالياً وموجوداً .

ومن أبرز الأمثلة التي يذكرها فقهاء الاسلام عن هذا النوع من القياس الآية الكريمة : « ولا تقل لها أف ولا تنهرهما . » بصدد معاملة الولد للوالدين فمن باب اولى أن لا يضر بها ، الى آخره ...

ح - الاستنتاج بالمفهوم المخالف Raisonnet 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 لعل 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^(١) . مثلاً المادة ٣٩٣ من القانون المدني قالت « إذا بيع عقار مملوك لشخص لاتوافر فيه الاهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس ، فلبائع ان يطلب تكملة الثمن الى اربعة اخماس ثمن المثل . . فالمفهوم المخالف لهذا النص انه لا يحق للبائع طلب فسخ البيع واسترداد المبيع وانما حقه قاصر على طلب الثمن . كما وان المفهوم المخالف لحالة خاصة استثنائية كهذه ، تتعلق بشخص لاتوافر 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 لا يسري إذا اكتمل التقادم . وربما صح ان نقول في نص المادة ٧٤٤ فقرة اولى « يجوز الكفالة في الدين المستقبل اذا حدد مقدماً المبلغ المكفول » ما يفيد عدم جواز الكفالة اذا لم يحدد المبلغ المكفول .

كذلك مثلاً مانصت عليه المادة ١٠٤ من القانون المدني حيث قالت :

- « ١ — دفع الربون وقت ابرام العقد يعتبر ان لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه اذا قضي الاتفاق بغير ذلك .
- ٢ — فاذا عدل من دفع الربون 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 يميزوا 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 . ٣٤٠ - ٣٤١) .

« هذا ولم يترتب على المدول أي ضرر » ، فصريح من هذا النص ان فقدان العربون اوردته يتوجب ، ولو لم يحصل للمتعاقد الآخر أي ضرر من الرجوع ، وان المفهوم المخالف يؤدي الى انه يجوز مطالبة العاقد الناكل ، خلافاً للعربون ، بالتعويضات والمطل 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 الاجباني ، او الحكم المستفاد من هذا النص هو عدم جواز المدول عن ايجاب الموجب خلال ميعاد القبول . واما المفهوم العكسي او المخالف فهو جواز المدول 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 ، واشارة الى حكمة خاصة لا يتوافر عكسها في المفهوم المخالف فلا يصح الأخذ به . »^(١) وان الشراح ينهون دوماً الى وجوب الاحتراس الشديد في الاستدلال بطريق مفهوم المخالفة^(٢) .

(١) الدكتور سليمان مرقس ، للمرح 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 مثلاً 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 المبادئ في التفسير ، القواعد المتعددة التي يكون القياس بحسبها واسعاً أو ضيقاً ، وفقاً للظروف والقواعد الحقوقية العامة .

مثلا في قانون اصول المحاكمات الحقوقية السابق ، نصت المادة ٤٣ على جواز رد القضاة لاسباب عدديتها ، ومن بين هذه الاسباب القرابة والعداوة بين القاضي وأحد الطرفين . وكذلك نصت المادة ٦٤ من المرسوم التشريعي رقم ٨٠ الملغى : انه لا يجوز 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 ٦٣ المذكورة وانماوردت الاعلى 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

= يعماً باناً ولايعتبر معلقاً على شرط واقف .

كذلك المادة ٥٩٨ من القانون المدني التي تنص على انه لاتصح اجارة الوفاء بالغبين الفاحش الا اذا كان المؤجر هو المستحق الوحيد الذي له ولاية التصرف في الوقف ، فتجاوز اجارته بالغبين الفاحش في حق نفسه لا في حق من يليه من المستحقين ، فان حكم مفهومها المخالف بطلان اجارة الوقف التي تصدر بغبين 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 بتكاملة الاجرة الى اجر المثل . ويتضح ذلك من مراجعة الاعمال التحضيرية) ، (راجع الدكتور سليمان مرقس . المرجع السابق ، ص ١٨٧) .

تشكيل القضاء^(١) .

كذلك لا يجوز التوسع في تفسير القوانين الاستثنائية ، بل يجب التقيّد بها ضمن حدود الاستثناء . وتطبيقاً لذلك فقد رأّت بعض المحاكم انه « لا يتوجب حضور المؤجر الى موطن المستأجر ومطالبته بالبدل ، لان قانون الایجار القاضي بالتمديد استثنائي ، ولا يجوز التوسع بتفسيره باعتبار ان القواعد الخاصة لا تفرض على المؤجر سوى ارسال الانذار بكتاب مضمون^(٢) » . او بتعبير آخر يجب للاستدلال بالنصوص عن طريق المقایسة والاستنتاج أن تكون المقایسة ممكنة من حيث التحقق من وجود التشابه او التناظر في العلة للقول باتحاد الحكم او اختلافه من جهة ، و من جهة اخرى ان لا يكون حكم الحالة المنصوص عليها حكماً استثنائياً ، لا يجوز القياس عليه ، لانه كان الحكم وارداً على خلاف القياس - أي خلافاً للقاعدة الاصلية واستثناءاً منها - فإن من المبادئ العامة ان « ماورد على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس »^(٣) (المادة ١٥ من المجلة) . وهكذا فان المفسر او الشارع يلجأ قبل كل شيء الى هذه الطرق الداخلية

(١) بحيث يستطيع كل محام ان يجعل بينه وبين القاضي العداوة ثم يقبل كل وكالة لرد القاضي من الدعوى (محكمة التمييز السورية ، قرار رقم ١٠٦ تاريخ ١١/٢٦/١٩٤٩ ، مجلة القانون سنة ١٩٥٠ ع ١ ص ٤) .

(٢) محكمة بيروت الاستثنائية رقم ٩٦١ تاريخ ١١/٦٣/١٩٤٦ ورقم ٩١١ تاريخ ١٢/٢٦/١٩٤٧ ... ، منشور في مجموعة شاهين حاتم ، ج ١ ص ٥ .
(٣) راجع الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ٢٠٥ .

وقد أكد اكثر فقهاء الغرب ، ولاسيما المحافظون منهم ، عدم جواز التوسع في هذا القياس ، في كل مرة ينجم عنه خروج عن غاية المشرع وقصده من النصوص ، او خلق قواعد مخالفة لروح التشريع (راجع ، كايبتان ، المدخل لدراسة الحقوق ، ص ١١٠ : دلفكيو ، مجموعة مصادر الحقوق الوضعيه ، على شرف الاستاذ جني ، ج ٢ ص ٧١) .

ليأكد من معنى النص وشموله وحدوده ، ضمن القيود السابقة الذكر ، ولكنه قد لا يجد في النص ذاته او في النصوص نفسها ما يشفي غليله فيعود الى الطرق الخارجية .

٢ - الطرق الخارجية

هي الرجوع الى عناصر وحجج خارجية عن النص والقانون ذاته ، لاستخلاص نية المشرع منها . وهذه الطرق الخارجية هي التي تختلف فيها المذاهب وتتباين فيها المدارس اكثر من الطرق الداخلية . وبرز هذه الطرق بحسب النظرية التقليدية ما يأتي :

أ - حكمه القانون وغايته

ذلك ان المفسر عندما يريد ان يتجربى عن ارادة المشرع ونيته ليعرف حقيقته النص ومعناه ، فانه يرجع الى الغاية من النص او القانون ، الى العلة التي حثت بالمشرع لوضع الحكم ، ويفسر النص على ضوء هذه العلة . مثلاً في قانون الاجار الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ١١١ وتاريخ ١١/٢/٩٥٢ نص على اخلاء المأجور اذا لم يقيم المستأجر بأداء الاجور المستحقة الى المؤجر خلال ١٠ ايام من اذاره بالدفع . فاذا جرى هذا الدفع من المستأجر خلال المدة ، ولكن المستأجر تعمد عدم ارسال قسيمة الدفع الى المؤجر او تعمد عدم وصولها يكون قد قصر حسب غايه الشارع وحكمة التشريع أما اذا اخطأ في عنوان المؤجر فلم تصله الاجرة زمناً طويلاً ، فإن 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 التفسير او استئثار النصوص ، كان التفسير يستوحى من الغاية والحكمة ليقول بعدم التفسير . كذلك نصت كثير من قوانين الجزاء والعقوبات على الاجرام (ليلاً) .

ومفهوم الليل الظلام لا الساعة والوقت (١) .

ويذهب الفقهاء والقضاة الى القول ان لا محل للاستعانة بحكمة التشريع ،
«وغاية القانون اذا كان النص سليماً غير معيب بغموض او لبس (٢) فاذا كان
صريحاً لا يكون هناك ما يدعو الى التفسير أصلاً ، ومن ثم الى التفتيش عن
الحكمة أو الغاية من النص .

ب — السوابق التاريخية أو المصدر التاريخي précédents historiques

يرجع المفسر ليتبين حقيقة قصد المشرع في حالة غموض النص او اعتلاله
بمعيب 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 كانوا يرجعون 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 مثلاً 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 (٣) .

(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
جليّة 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
لبعض المرضى مرض الموت ويسع المحصولات المستقبلية الخ ... (راجع الدكتور مرقس
المرجع السابق ، ص ١٩٩) .

م — العادات Us et usages

وهي كما سنرى بمد 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 امانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات .

وهذا النص اذا ورد في القانون بمعرض تفسير العقد فانه ينطبق بهامه في معرض تفسير القانون نفسه كما سنرى .

ر — 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 ومدار حوله من مذاكرات في اللجان ، او مناقشات في المجالس ، او مقترحات في التعديل او اقوال عند التصويت الخ . . مما يثبت عادة في محاضر جلسات هذه المجالس واعمال اللجان . وللأعمال 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 ضوءها 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 . ولا يخلو قانون من القوانين ولا سيما كلقانون المدني أو التجاري أو العقوبات الخ ... من لأئحة الاسباب الموجبة أو المذكورة الايضاحية ، بذكرها كثير من الاسباب والدوافع لوضعها ، والطرق التي سير عليها ، والغاية التي توخيت منها .

وتعتبر الاعمال التحضيرية بالنسبة لمدرسة الشرح أم الطرق الخارجية في تفسير القانون ، لانها توضح بشكل صريح جازم نية المشرع وارادته التي تتجراها المدرسة المذكورة في التفسير . وأي سبيل أفضل من أقوال المشرع في معرض الموضوع المفسر ، توضح ما يطلب توضيحه ، وتظهر نيته فيما غمض أو حذف ؟

وقد اهتم الغربيون والفرنسيون خاصة - بهذه الاعمال التحضيرية ، «فاستغلت بالنسبة للتقنينات الفرنسية الى أكبر حد في التطبيق» . وحذت حذوها سورية ومصر في تشريعاتها الحديثة^(١) فكانتا 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 لقانون المدني المصري الجديد ، ونشرتها في سبعة اجزاء تضمنت المشروع التمهيدي والمذكرة الايضاحية المطولة مع الاشارة الى احكام المحاكم ، والفرائع الأجنبية وملاحظات لجنة المراجعة ، ومناقشات اللجان في المجلسين الخ ..

التي يمكن أن تتضمنها المذكرة الايضاحية لواضعها أو لعضو في هيأتها ، والتي يجب أن لا تؤخذ دليلاً 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 بإيجاز 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 المشرع ونيته ، ولا تقبل بسواها مبدءاً 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 ، سعيًا 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 سبقها (كابتان ، في مجموعة جني السابقة ج ٢ ص ٢٠٤ ...) .

بنفسه ، لا يمكن 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 التقييد 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 وجود . ولذلك قامت النظرية الثانية ، مستمدة من النظرية التاريخية والاتجاهات الاجتماعية التطورية ، نابعة من نية المشرع و ارادته .

د - 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 متواصلاً للمجتمع البشري كما رأينا ، وكل قانون ليس سوى تعبير مؤقت 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 يتمثل بنتيجة التطور ، معان جديدة يكيف بموجبها مع المحيط الجديد ، ولذلك فان الامر الذي يهمنا لا يجب أن يكون نية المشرع أو

ارادة واضع القانون . وانما الذي يجب ان يهمننا ضرورات الحياة الاجتماعية ومقتضايتها . و ارادة المشرع ليست في الاصل الا ترجمة هذه الحاجات . وبما ان الحياة الاجتماعية بتطور مستمر ، فليس ثمة ما يميز 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 يسير 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 ما وراء القانون المدني ، par le Code civil au delà du Code civil ^(١) .

الا ان هذه النظرية على اطلاقها خطيرة وغير مقبولة لانها تبعد عن التفسير كل اساس قانوني وتفقده قواعد التفسير نفسها ، حيث لا تبقى للقانون أية قيمة حقيقية ، وتغدو قيمة القانون مجرد ما يراه القاضي حسب رغباته من معان ومفاهيم . يعتقد انها 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 هذا النص ليصل الى غير ما اراد 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 ، لتعرض لاراء القضاء الكيفية .

هـ - النظرية العلمية Ecole scientifique او مذهب العلم والصباغة

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 بوجود 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 لائنص
فيها ولا عرف ، ولو من طريق القياس ، فان تفسير نص جديد يجب أن يتم في
بادئ أمره بالتقيد بارادة المشرع والتحري عن نيته . أما اذا كانت هذه الارادة
غير صريحة ولامكنة المعرفة ، 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 recherche scientifique أي ان المفسر — القاضي أو الفقيه مثلاً —
يوجد القاعدة الموافقة حسب الوقائع المعروضة عليه ، مستوحياً من منطلق الحقوق
وحاجة المجتمع ، ومستفيداً من مسائر المصادر الفنية والمنطقية الاخرى ، وذلك
بعد اللجوء الى النصوص العامة للقانون ، والاستفادة منها ، والرجوع الى
الفكرة أو الروح التي أوحى المشرع 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 لا يمكن معرفة نية المشرع
فيفتس عن الحل وفق هذه الطرق العلمية والفنية (١) .

وصفوة القول إن التفسير اليوم يقوم على مزيج من هذه المبادئ 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 الاولى ، وبكشف 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 المبادئ بما يتفق والمنطق والعدل .

و - التفسير بحسب القانون المدني السوري

واذا رجعنا الى قانوننا المدني الحالي لانجد في مواده نصاً صريحاً يتعلق بالتفسير . وكل ما يمكن 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 ازم القاضي بوجود العمل بنص القانون في كل ما يتناوله دون أن يتعرض للتفسير الذي لا يجوز تحديده بنص ، وإنما يجب تركه للمفسر حسب التطورات والمقتضيات ، ولا سيما المصالح الاجتماعية ، وكل ما أشار اليه القانون في ذلك ، هو ضرورة تطبيق النصوص سواء من حيث اللفظ أو من حيث المعنى .

وبما 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 ما يدخل تحت مدلوله ومعناه ، لا بحسب الظاهر واللفظ ، ولو كان اللفظ في ظاهره لا يكفي لذلك . ويبقى نص القاعدة الكلية الواردة في المادة الثانية من المجلة الملتزمة ، في جعل العبرة في النصوص للمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمعاني ، قائماً ومعمولاً به كمبدأ قانوني ثابت .

وهكذا فإن المصريين ، كانوا يلجأون في قوانينهم السابقة للقانون المدني الجديد للوصول الى معرفة المعنى الحقيقي والفحوى المقصودة من النص ، عند احتمال الخطأ أو الشك ، الرجوع الى النص الفرنسي لانه كان الاصل عندما يوضع القانون ثم يترجم الى العربية ، ويتبينون معنى النص العربي الكامل على ضوءه . بل حتى بعد القانون المدني الجديد ، رغم صدور القوانين الجديدة ومناقشتها باللغة العربية ثم ترجمتها للفرنسية ، أو اصداها مع الترجمة معاً ، فإن بعض الفقهاء المصريين لا يجدون 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 الاصيل لمعرفة المعنى وتصحيح الخطأ .

ومهما يكن الأمر فإن الرجوع الى المعنى والفحوى للنص عن طريق الاستدلال بالنص الفرنسي لا يعني عن ضرورة تفسير النص عندما يكون معيماً بأحد العيوب التي ذكرناها (من غموض أو إبهام ، أو من نقص أو سكوت أو من تناقض أو تعارض) ، وعندما لا يكفي الاستدلال بالنص الفرنسي لاستجلائه وايضاحه ، (فضلاً عن أنه لم يبق اليوم مجال لمثل هذا الرجوع في تشريعاتنا الجديدة) كان لابد من اللجوء الى طرق التفسير .

(١) راجع الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ص ١٩٥ ، الدكتور محمد علي عرفه ، مبادئ العلوم القانونية الطبعة الثانية ص ١٩٤ ، المرحوم فتحي ابو سنه ، تفسير النصوص الجنائية ص ١٩٤١ - ٩٦ - ٩٧ . ويذكرون على سبيل المثال في القانون المدني العتيد الفقرة ج للمادة ١١٤١ من القانون المصري التي تبحث في حق الامتياز النفقة لمصلحة الاقارب بما لا يجعل الزوجه بينهم في حين ان النص الفرنسي قال : *membres de famille* راجع من الرأي المعاكس الاستاذان السهوري وابوستيت . في أصول القانون ١٩٥٠ هامش ٢٤١ لـخ .

فكيف نفسر نصوص قوانيننا المعيبة وهل تتبع 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 ، ومفضلاً التجرد من الرجوع الى مصادر النص والاعمال التي سبقته حين لا تكون 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 — أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد (فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهزاء 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 ، فلا يجب فيه الوقوف عند حرفية النص وظاهره وإنما 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 والتركييب من تشريعات اجنبية أو مقارنة ، لم يروا جواز ابقاء روابط بين هذه المصادر وبين النصوص المتبناة ، بل أرادوا ان يجملوا من نصوص القانون الجديد ذاتها تشريعاً لا يرجع 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 قائلاً :

« ان النصوص التشريعية الواردة في هذا المشروع لها من الكيان الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي اخذت منها . ولم يكن الغرض من الرجوع الى التقنيات الحديثة ان يتصل المشروع بهذه التقنيات المختلفة اتصال تبعية في التفسير والتطبيق والتطور ، فان هذا ، حتى ولو كان ممكناً ، لا يكون 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 ملاسبات وما يحضه له من مقتضيات ، يفصل انفصالاً تاماً عن المصدر التاريخي الذي اخذ منه ، أياً كان هذا المصدر . » .. « وعلى كل من القضاء والفقهاء 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 بحاجات البلد ، وتساير مقتضيات العدالة . »

وقد تأكد ذلك وتكرر أمام لجنة مجلس الشيوخ المصري حين قيل : « إن النصوص متى ادجت في التقنين ، انعزلت من مصادر الاستئناس ، واصبح لها كيان قوامه تساندها مع غيرها من نصوص هذا التقنين ، وأثرها في البيئة التي يعيش فيها وانفعالها بظروف هذه البيئة . فإنا نقل من الصيغ او النصوص عن تشريعات او تقنيات اجنبية وصل بنصوص اخرى في المشروع تحدت دلالتها

(١) راجع ماسبق ص ٩٤ .

من قبل في التقنين الحالي و الفقه المصري واحكام القضاء في مصر وهذا التأليف هو اول بل وأهم عنصر من عناصر التفسير (١) .

وبذلك يكون المشروع قد رغب صراحة ان يتم التفسير دون رجوع للاصل او المصدر الملهم ، وإنما باستيحائه من الحاجة والمصلحة ، والبيئة وأثرها ، والعدالة ومقتضياتها ، بما يتفق في ذلك والمذهب التاريخي او الاجتماعي وبالوقت ذاته ، يوجب — بحسب مفهوم المادة ١٥١ السابقة للذكر — العمل وفق إرادة الشارع اذا كانت ظاهرة واضحة ، مع الاستهداء إليها بالوسائل والاسباب الاجتماعية المشار إليها .

وهكذا وفي كل الاحوال فان التفسير بحسب ما نستطيع 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 حله من الحاجة والمصلحة الاجتماعية ولو اقتضى ذلك عدم الاخذ بالطرق الخارجية وحتى الداخلية للطريقة التقليدية ، مستفيداً من هذا الاستدلال من مجموع ما ذكرناه من مبادئ وطرق دون ما تقيد بأحدھا او ببعضها دون البعض الآخر ، ونعتقد ان في معين الاحكام الشرعية ومذاهبها الواسعة ما يسهل هذه السبل .

٦ - الغاء القانون

Abrogation des lois

الالغاء في القانون هو ابطال العمل به برفع قوته الملزمة او تجريدته منه ، سواء كان ذلك باستبدال نصوصه بنصوص اخرى ، وسواء بابطال مفعوله دون استبدال (٢) . فكيف يكون هذا الالغاء ، وما هي آثاره ؟

(١) راجع السهوري ، الوسيط في الالتزامات ، ج ١ ، ص ٤٦ - ٥٧ .

(٢) دولا كرسيه ولا بورد لا كوست ، المرجع السابق ص ٢٣٢ رقة ٢٥٨ .

١- المبادئ العامة في الالغاء

نصت المادة الثانية من القانون المدني الجديد انه « لا يجوز 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 اذا 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 لمبادئ الدستور ، حق الغاء القانون . اما المراسيم والوامر التكميلية الصادرة عن السلطة التنفيذية ، فانها كما يمكن ان تلغى من قبل هذه 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 ، لا تستطيع بهذا الوصف الغاء قانون او تشريع بمرسوم عادي ، وبناء على ذلك ايضاً فان هذه السلطة التنفيذية لا تملك بطريق المرسوم العادي الغاء مرسوم تشريعي ولو كان في الاصل صادراً عنها ، لان المرسوم التشريعي ولو كان صادراً عن السلطة التنفيذية ، فانما صدر عنها بوصفها قائمة مقام السلطة التشريعية ، التي منحت السلطة التنفيذية حق اصدار هذا التشريع او منحها ذلك الدستور ، ولذلك لا يمكن الغاؤه الا بقانون او مرسوم او قرار تشريعي مثله^(١) ، كما يمكن الغاء العرف - الذي هو دون

(١) راجع قرار مجلس شوري 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 ما يسمى « Abrogation par désuétude » الغاء القانون بالعرف السليبي او عدم الاستعمال ؟

ان الفقهاء الذين قالوا بعدم اعتبار العرف مصدراً رسمياً ورئيسياً من مصادر الحقوق ينكرون ابدأ 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 الامتاذ جوسران^(١) .

ويذهب بعض المؤلفين ، زيادة في الايضاح ، الى التفريق بين نوعي النصوص القانونية ، فما تعلق منها بالنظام العام (كالنصوص الآمرة اطلاقاً) لا مجال للقول بالغائها بعدم الاستعمال لأي سبب كان ولا يبلغها إلا نص مثلها ، او

(١) حيث يقول : ان من غير الملائم ان نتوقف في منتصف الطريق ، فنعترف للعرف بقدرته على خلق قواعد قانونية تسد قس النشريع ثم تنكر 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 تتأثر الشعوب لنفسها بدون هزة ولا عنف ، 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 يؤدي الى نتائج غير منتظرة . فالقانون المدني الفرنسي يسمى في الواقع وحسب النص المعمول به قانون نابليون ، وذلك بتقتضى المرسوم الصادر عام ١٨٥٢ ، الذي لم يُلغ بعد . كذلك كل من يدخن يقيم تحت =

اقوى منها درجة في التشريع . وماتعلق منها بالنصوص التكميلية او التفسيرية
Lois simplement supplétives ou déclaratives de volonté
يستطيع الطرفان الخروج عليها باتفاقها وإرادتها ، فانها تقبل الالغاء بطريق العرف
وعدم الاستعمال^(١) .

= طائفة القانون الجزائي الصادر بالامر الملكي في سنة ١٦٣٤ والذي لم يبلغ حتى الآن ، ومع
ذلك فقد ثبت العرف على تسمية القانون المدني الفرنسي بالقانون المدني للفرنسيين (ولابقاله
قانون نابليون لإعرضاً) وعندما اريد اصدار قانون بالتسمية الجديدة ، رفض هذا الاقتراح
بجدة عدم الحاجة اليه لاستقرار العرف على ذلك ، وحصل مثل هذا الامر بموضوع عدم
التدخين . فلماذا اذن لانعم هذه القاعدة . ونجماه 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
الشرح انه اذا اهمل تطبيقها ردها طويلا من الزمن فقدت كل ميزة لها ، ونسيها الناس ،
واضحى من الخطر إعادة تطبيقها بعد اهمالها كل هذه المدة . كنع 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 كافيأ للحكم ولو ادى الى
الغاء النص .

(١) فاذا نص القانون على ان الشركات التجارية لا تعتبر منعقدة فعلا الا اذا نظم فيها عقد
او صك خطي حسب الاصول فان التعامل على اجراء هذه الصكوك لا يمكن 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 لامنح من اضافة اسم تاجر الى عنوان الشركة
المساهمة ، رغم ورود النص على المنع ، بجدة 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 مبالغا فيه .

ومها 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 ، آخذة بذلك بالرأي
 الاول . ويدعم هذا ما جاء بالفقرة الثانية للمادة الاولى حينما قالت انه « اذا لم يوجد
 نص تشريعي (أي قانون) يمكن تطبيقه ، حكم القاضي . . . بمقتضى العرف . . . »
 فجعلت سلطة العرف بالنسبة للحقوق وكصدورها لها ، ثانوية بالنسبة للقانون
 لا يلجأ اليها الا اذا لم يوجد نص قابل للتطبيق .

غير اننا نعتقد مع ذلك ان الرأي الاخير القائل بالتفريق بين نوعي النصوص
 يتضارب مع مذهبنا اليه المادة الثانية ، لان النصوص التفسيرية بطبيعتها متروكة
 لاختيار الناس الذين يحق لهم أن يتبعوها ، فاذا هم تعاملوا وانفقوا 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 ما يسمى بالالغاء الصريح *abrogation expresse* فينص القانون على
 الغاء حكم أو مادة أو فصل أو باب أو القانون برمته الغاء عاماً وتاماً ، كما
 حدث عند نشر القانون المدني ؛ فقد صدر القانون المدني المذكور بالمرسوم

«لتشريعي رقم ٨٤ تاريخ ١٨ ايار ١٩٤٩ بعنوان « تطبيق القانون المدني والغاء مجلة الاحكام المدلية والقرار ٣٣٣٩ والنصوص المعدلة ». ونص هذا المرسوم في مادته الثانية أنه « تلغى اعتباراً من التاريخ المذكور (أي تاريخ ١٥/٦/١٩٤٩) مجلة الاحكام المدلية ، والقرار رقم ٣٣٣٩ الصادر في ١٢ تشرين الثاني ١٩٣٠ . . . الخ » . وبذلك فقد الغى المشرع بذلك قانونين برمتها 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 المقارية 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 اجمالاً في سورية في وقت من الاوقات ، او كما حدث في فرنسا 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 الاجارات التي تنتهي وتعتبر ملغاة في نهاية السنة التي تصدر فيها ، او كمثل عدد من التشريعات الموقته التي تصدر ايام الحرب او بمناسبة زائلة وتنص صراحة على اتمام مفعولها بانتهاء الحادث الذي صدرت من أجله . هذه هي احوال الالغاء صراحة ، أي بنص صريح يذكر النص او القانون المراد الغاؤه ، وهو ما قصدته المادة الثانية بقولها « ينص صراحة على هذا الالغاء » .

ثانياً -- ازالة 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 . » فالإلغاء الضمني إذن بحسب هذا النص على شكلين :

١ - 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 النسخ والنسخة والنسخ معروفة في القرآن الكريم وهي نظرية معقولة ، ولازمة ، مادام المشرع قد سن حكماً يناقض حكماً سابقاً فقد اراد أن يلغي ضمناً الحكم القديم ومثل هذا الالغاء الضمني لا يكون الا بمقدار ما يتعارض 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^(١) .

(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 ١٣/٥/١٩٣٣ ، غير مشروع) .

وقد جرت العادة على ان تتضمن التشريعات الحديثة مادة تقضي بالغاء كل ما كان مخالفاً لأحكامها من القوانين السابقة . ويرى البعض ان هذا الاحتياط بالنص لافائدة من ذكره ، لأنه لا يخرج 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 - 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 تنظيمًا جديدًا كاملاً ؛ ملغياً لذلك القانون السابق ، دون ان تكون احكامه برمتها او باكثرها معارضة لأحكام القانون الجديد . مثلاً 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 والمساتير التي قبله .

= ويكاد يتفق الفقهاء انه لا يمكن 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 ١/٨/١٩٥٠ منشور في مجلة القانون عام ١٩٥١ ص ٢٠٩) .

وأكد البعض وقضت محكمة مصر الابتدائية انه « من المسلم به فقهاً وقضاء ان القوانين الخاصة لانغى القوانين خاصة » (في ٣ نوفمبر ١٩٤٩ ، المحاماة ٢٩ - ٨٩١ - 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 جديد ، أي من الاول حتى المنتهى ، موضوعاً كان بذاته وتماه موضوع قانون سابق ، دون ان يذكر مصير هذا القانون ودون أن يلغيه صراحة فيعتبر بهذا التنظيم ملغى ضمناً .

هذه هي حالات النسخ القوانين واحكامها ، ويزيد بعض المؤلفين حالات تستنتج بطبيعتها من احكام الدستور ، او من الواقع المادي ، فيعتبرون مثلاً ان القوانين الموقته او المراسيم الاشتراعية التي تصدرها السلطة الفعلية او التنفيذية في احوال خاصة ، شريطة أن تقدم الى البرلمان 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 وجوده . كذلك فإن قيام قانون ما بتنظيم اوضاع خاصة وزوال هذه الأوضاع من عالم الوجود ، تجعل هذا القانون ملغى بطبيعة الامر . مثلاً الأوقاف الذرية ، فإن جميع القوانين التي سبقت ونظمت هذه الاوقاف تصبح ملغاة بزوال هذه الأوقاف من عالم الوجود ، كذلك الحال ايضاً في القانون الذي يتعلق بمستنقعات او انهار او غيرها . . . تكون قد زالت من الأرض لأسباب طبيعية او صناعية . في كل هذه الاحوال تكون القوانين المتعلقة بها ملغاة من نفسها .

ومتى انقضى قانون او بعض احكامه ، صراحة او ضمناً ، فإنه لا يمكن 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 ما سنبحثه في المبحث الآتي : تنازع القوانين من حيث الزمان .

تنازع القوانين من حيث الزمان^(١)

Conflicts de lois dans le Temps

لقد تأكد لنا فيما مضى ان القانون يبقى مرعي الاجراء وواجب التطبيق حتى يصدر قانون يقضي بالغائه . ومنذ تلك اللحظة يتوقف نفاذه ويبدأ القانون الجديد الذي قضى بالانقائه ، وتقوم أحكامه مقام القانون الملغى في التطبيق والتنفيذ . فالحد الذي يفصل بين القانون السابق والقانون الجديد ، حيث ينتهي عند هذا 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 ، لأنها نتيجة حتمية لانقائه القانون وتطبيقه معاً ، فهي لذلك جديرة بالبحث بعد الانقائه مباشرة .

وسنبحث في تنازع القوانين من حيث الزمان كما يلي :

اولاً : في القواعد العامة لهذا التنازع : في تسميته وحالاته ، والحد الذي يفصل بين هذه الحالات . 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 Reuber 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
س ٣٢٩ وما بعدها .

التفسيرية ، النصوص والاحكام المتضمنة عقوبات . رابعاً : وأخيراً في التطبيقات التي نص عليها قانوننا في هذا البحث ، سواء ماتعلق بالأهلية ، وسواء ماتعلق بالتقدم ، وسواء ماتعلق بالأدلة .

١ - القواعد العامة لتنازع القوانين من حيث الزمان

أ - التسمية . لقد أطلق الفقهاء المعاصرون اليوم اسم « تنازع القوانين من حيث الزمان » على تعارض نص قديم مع نص جديد ، او اذا شتم على التصادم الذي يولده قيام قوانين متعاقبة ، تحكم علاقات حقوقية معينة ، لاسيما حين تكون احكامها متنافرة وغير متفقة . مثلاً يجري شخص عقداً (كعقد بيع او هبة لعقار) او غير ذلك من التصرفات في وقت ما ، او يأتي عملاً ذا نتائج حقوقية ، كهدم بناء 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 انها كلاهما ينتهيان بتنازع حكيم او قانونين حادثة واحدة .

في الماضي كانوا يطلقون على هذه المشكلة ، أو بالأصح على الحل الذي يعطونه لها - كما ورد في القانون المدني الفرنسي - قاعدة « عدم شمول القانون ما قبله Régle de la non retroactivite des lois » او عدم رجعية القانون ولكن هذه التسمية ، كما اجمع الفقهاء ، غير موفقة تماماً . لأنها لاتصور المسألة والموضوع بتامه ، وإنما تمثل الحل الذي اعطاه القانون لها . بل لعلها لاتمثل سوى ناحية - اساسية وهامة - من هذا الحل كما سنرى . هذا فضلاً عن انها لاتظهر الصلة القائمة في تطبيق القانون داخلياً ودولياً من حيث الزمان ومن حيث المكان ،

فبين ان التنازع من حيث المكان يقوم على تمدد 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 ، فيجمله 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 ما قبله ، 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 وإيجاد حلول لها ،
 طالما كانت موضع خلاف ونقاش لعدم النص عليها ولدقتها تاركاً المبدأ
 والنصوص العامة ، كما مور مبتوت فيها لا تحتاج 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 التقليدي القاضي بعدم سريان احكام
 القوانين الا على ما يقع من تاريخ نفاذها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبله ، مالم
 ينص على خلاف ذلك بنص خاص .

وإذا 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 . وهذا النص 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 تشريعاتنا المكتوب في الاقليم السوري حتى قبل هذا النص ، ذلك لان الدولة العثمانية في الماضي كانت أصدرت ارادة سنوية مؤرخة في ٢٥ ربيع الاخر ١٢٨٩ قضت بموجبها : ان حكم القانون والنظام لايشمل ما قبله ، لكن يستثنى من ذلك الاحكام المخففة للجزاء . » (١)

وقد تأكد ذلك النص بالقانون الصادر في ١ جمادى الآخرة ١٣٢٩ الموافق الى ١٨ مايس ١٣٢٧ شرقى (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 : « لا يمكن تطبيق القانون على القضايا السابقة لنشره ، ان لم يكن هناك تدير صريح قاطع يبرر ذلك . اما التعديلات التي تطرأ على قانون الجزء 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 . ص ١٢

« مواد عمومية » .

(٢) راجع فتح الله آسيون . محاضرات هابة المحامين في حلب ١٩٤٧ - ١٩٦٨ ص ٣٣

وهكذا يمكن القول أن هذه النصوص التي لم يرد نص قانوني آخر يلينها او يبدلها ، مازال مرعية وقائمة ، وأن المبدأ العام مقرر في ترميننا بنص قانوني .
 فاذا صدر قانون جديد بأحكام جديدة - كما صدر قانوننا المدني في ١٥ حزيران ١٩٤٩ مثلا - فهذا القانون اما ان ينص في آخره ، على حل للتنازع بشكل صريح ، 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 وخلاف 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 لهذا التنازع ، يجب عند ذلك الرجوع الى القواعد العامة لهذا التطبيق .

والقاعدة العامة بالنسبة للقوانين او الدساتير التي نصت عليها هي كما ذكرنا ان « القانون لا يطبق 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 سلمي قاصر على حالة سلبية واحدة في تطبيق القانون ، وهي عدم شموله لما 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 ، لامكنتنا ان نتصور لذلك حالات ثلاث :

الحالة الأولى

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 :

إذا فرضنا أن قانوناً صدر في سورية ، يعتبر مثلاً اموال الزوجين اموالاً مشتركة بينها على الشيوع ، فجميع الأزواج الأحياء تعتبر اموالها بحسب هذه الفرضية مشتركة منذ زواجها .

أو كما لو تصورنا ان قانوناً صدر في التصرف بالأراضي المسماة أميرية (كمثل القانون الذي صدر في سنة ١٣٢٩ شرقي والمسمى بقانون التصرف بالاموال غير المنقولة) فجعل الأعراس التي يفرسها المتصرف فوق تلك الأرض أميرية مثلها ، فجميع الأعراس أو الابنية السابقة التي يكون المتصرف قد أقامها وكانت معتبرة ملكاً له وفق قانون الأراضي تضحى بحسب هذه الفرضية أميرية كالأرض ... 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 أبعده أكثر النصوص القانونية والدستورية .

الحالة الثانية

على العكس من ذلك ، هناك حل معاكس يقضي بعدم شمول احكام القانون الجديد الا لما سيحدث من حوادث ، وبالوقت ذاته يواصل القانون القديم استمرار نفاذ احكامه على الحوادث التي تولدت في ظله . فيقال القانون القديم يواصل

الحياة ، او استمرار حياة القانون السابق La survie de la loi ancienne في مثالينا السابقين . فان أموال الزوجين الذين تزوجا قبل صدور القانون الذي قضى مثلا باعتبار أموال الزوجين مشتركة تبقى منفصلة وخاضعة لاحكام القانون القديم بحيث لا يطبق عليها شيء من احكام القانون الجديد . كذلك في المثال الثاني ، فان جميع الغراس والبناء الذي اقيم قبل قانون ١٣٢٩ او مايقام بعده فوق نفس الارض ومن قبل نفس المتصرف ، يبقى ملكاً لصاحبه ولا يتبع الارض ، ويواصل ، القانون القديم تطبيق احكامه عليه . وهذا مايتفق كثيراً من حيث المبدأ مع نص القوانين القائلة صراحة بعدم تطبيق القانون الا على المستقبل وعدم شموله للماضي ، ولكن احكام هذا القانون الجديد تكون معطلة بالنسبة لعدد كبير من الحالات مما لا يتفق مع الاصل والعدل والمصلحة.

الحالة الثالثة

على ان هناك حلاً ثالثاً وسطاً يمكن تصوره بين الحلين السابقين ، يقوم على اعطاء كل واحد من القانون القديم والجديد ، مرعية التطبيق في زمن ما بالنسبة للحالة ذاتها ، فيكون القديم مرعياً وناظراً 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 التاريخ . الا انه منذ ان يوضع القانون الجديد موضع التنفيذ ، يكون له حكمه و آثاره على نفس تلك الحادثة . بمعنى أن يستولي على الحادثة أو الواقعة الحقوقية القائمة من قبل ، ولكن ليحكم آثارها ونتائجها اعتباراً من تاريخ نفاذه ، دون ان يمتد الى الماضي . فيقال أن القانون من جهة اثره مباشراً او مفعولاً آتياً un effet immédiat ، وذلك بسرئانه ، ولكن من حين صدوره فقط ، على كل مايزال قائماً من حوادث ووقائع تواصل الحياة ، ومن جهة

ثانية لا يؤثر أحكامه على ماتم في الماضي ، اي قبل صدوره ، من أعمال حقوقية ومن نتائج وآثارها وهو ما يعبر عنه بالفرنسية *n'a point d'effets retroactifs* .
هذا الحل يبدو أفضل 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 لا يكون 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 « رويه » نظريته الشهيرة في تنازع القوانين من حيث الزمان . ويقول « رويه » 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 بينها .

اولو — الاثر المباشر للقانون الجبرير *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 ريبير 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 تمهيدات او التزامات .. جرت او ترتبت قبل صدوره ، لان هذه العمليات التي تمت من قبل تبقى خاضعة لاحكام القانون السابق .

كذلك ، وبموجب 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 تنزل 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 تحليل 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 لا احتواء القانون نفسه من احكام ، لا الى تاريخه .

٣ — ولعل افضل ما قيل في هذا الموضوع هو ما ذكره رويه Roubier^(٣)
من ضرورة الرجوع الى الوحدة اللازمة في التشريع . فاذا ابقينا القانون
القديم مرعي الاجراء على الاحوال القائمة من قبل ، واكتفينا بتطبيق القانون
الجديد فقط على كل ما يستجد من احوال ، كان لدينا في نفس الوقت احوال
متماثلة تماماً ، نمطي لها احكاماً مختلفة في زمن واحد ، مما لا يقبله المنطق . فمثلا
زوجات متزوجات قبل عام ١٩٣٨ ، واخريات متزوجات بعد ذلك ، يشن 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) ريبير المطول الابتدائي للحقوق المدنية ، ج ١ ص ١٠٩

(٢) بودري لا كاتيتري ، في بونكاز ، المرجع السابق ص ١٦٧

(٣) تنازع القوانين في الزمان . ج ١ ص ٥٦٥

القانون الذي رفع عن الزوجة ما كانت تن تحت من قيود ، الامر الذي لا يقره عدل او منطوق . وكذلك في حالة العهال 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 بعضاً ، وقد تضافرت حتى جعلت القضاء بعد الفقه لا يتردد أبداً في اقرار القاعدة المذكورة في الاثر المباشر للقانون .

ثانياً — 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 والاطوار 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 ، وامثالاً لاوامره ، لجرد ان قانوناً 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 اوجب علينا ان

يعتبر القانون مصدراً ملزماً ، وانه يقي مرعي الاجراء حتى يلغى ، وان على الناس طاعته . واذا كان من المفروض عدم الجهل بالقانون ، فليس من المفروض ، بل ليس من الممكن التنبؤ به قبل صدوره ، مادام لم يقل المشرع ، أو السلطة صاحبة القول بما يخالفه ؛ وما دام القانون الجديد الذي لم يصل الى علم الناس لا يكون نافذاً الا بعد صدوره ، فكيف يجوز أن تقول لهم ان القانون الجديد سيسري على ما قتم 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 المماثلة حين استثنت من حق المشرع في النص الصريح بانخروج على هذا المبدأ وتشميل احكامه لما وقع قبله ، المواد الجنائية التي يتمتع على المشرع ان يشملها بحكمه الجديد ما لم يكن مخففاً للجزاء .

ثالثاً : صدور كل من القاعدتين ، او تحديدهن منقطة كل من التشريعين

الفريم 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 الحاضرة والمستقبلية ، وتطبيق احكام القانون السابق على الماضية ، والجديد على الحاضرة واللاحقة ، فان التطبيق عملياً وفي الواقع صعب وعسير لأن كثيراً من الحالات والوقائع تمتد سواء في تكوينها وسواء في آثارها مدة من الزمن في ظل

التشريعيين ، القديم والجديد ، بحيث تكون الصعوبة جدية في ترجيح احدهما .
فكثيراً ما قام الخلاف والجدل ولما يزل ، حول تعيين الحد الفاصل بين منطقة
التشريعيين عندما يراد تطبيقها ، او بالاصح عندما يراد معرفة اي التشريعيين منها
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 ابدأ ان ماتم وفق قانون
مرعي ، صحيح لا ينتقض . 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 تقييد
المشرع نفسه في بعض الاحوال حتى لا يشمل قانونه الجديد حالات او وضعيات
سابقة . ويمكننا تصوير هذه الفرضية السهلة بالامثلة الآتية :

- 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 الجبوب مثلاً) فان ماتم قبله من عقود صحيح ومعتبر .
- 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 يتمتعوا عن صرف نصف المال الموصى به في
وجه 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 .

- والعكس كذلك ممكن ، فاذا أوصى شخص اليوم بنصف ماله ، أو أوصى بالثلث الجائز شرعاً ولكن لو ارث ، لا يميز الشرع الوصية له ، ثم مات وبعد ذلك صدر قانون يميز الايضاء 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 .

- مثل ذلك ما لو كان شخص يملك حقاً لدى آخر ، ديناً ما مثلاً ، أو تعهداً بعمل ، وجاء قبل ١٥ حزيران ١٩٤٩ ، أي تاريخ اعتبار القانون المدني الجديد نافذاً ، 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 لاحق أو المتنازل له ، أن يحتج بأحكام القانون المدني الجديد ليثبت صحة عقده ؟ كلا : لأن المقدم قد تم في ظل قانون لا يعتبره ، فلا يشمله القانون الجديد ولا يسري عليه ، وإلا كان ذا أثر رجعي يتنافى مع القاعدة .

- 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 ١٣٢٩^١ قانون التصرف في الأموال غير المنقولة العثماني ، على أن من يفرس أو يبني فوق أرض أميرية يكون غرسه وبناءه أميرياً مثلها . فان هذا النص إنما يتناول ما يبني ويفرس بعد ١٣٢٩ ، ولا يتناول ما بنى وغرس قبل ذلك وفقاً للقانون السابق ، كما لا يتناول ما جرى على هذه الابنية والفراس من تصرفات .

- كذلك فقد قضت محكمة التمييز السورية ، أن عدم تجزئة الاقرار بحسب أحكام قانون البنات ، الصادر عام ١٩٤٧ ، لا يسري على الاقرار الصادر في ظل احكام المجلة . لأن قانون البنات الجديد يتضمن القواعد الموضوعية والاجراءات الاصولية التي نظمها المشرع في هذا القانون المستقل ، ولأن هذا القانون لم يذكر نصاً صريحاً يميز 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 انبثت عنها هذه الحقوق (١) . . .

في كل هذه الامثلة رأينا أن تكون الحالات والوضعية الحقوقية قد حدثت 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 ، فهناك احوال وتصرفات واطراف حقوقية تمتد في تكوينها ، 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 المفتي به ، غير محدودة بالعيين ، 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 ، فإذا 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 ، الفرقة المدنية ، قرار رقم ٢٩٩ ، تاريخ ١٤/٨/١٩٥٠ مجله القانون ، عام ١٩٥١ ، عدد ١ ، قسم الاجتهاد القضائي ص ١ .

على المستقبل ، واذ قلنا بتطبيقه عليه فيبدو الشخص قاصراً بعد رشده ، فنكون كأنما قلنا أن ينسحب أثره على الماضي .

وكذا اذا فرضنا أن قانوناً صدر بمنع الطلاق المباح بالقانون الحالي ، أو بقيدته بشروط ضيقة ، فهل يطبق على الأزواج 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 ، أم بحسب القانون الجديد ام بحسب القانون القديم ؟

في هذه الامور ، كما هو ظاهر ، وخلافاً للأمثلة السابقة ، فان تطبيق القانون وسريانه على هذه الوقائع والاحوال التي بدأت ولادتها ، ونشأت في ظل قانون سابق ، ولكن مفاعيلها وتأنجها لم تتم حين صدور قانون جديد يعدها ويبدل منها ، قلنا ان تطبيق احد القانونين يؤدي الى المساس بتطبيق الآخر . فإن طبّق القانون الجديد أثره على الماضي ، وان اصلنا تطبيق القانون القديم الملغى نكون قد حللنا 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 ، ما زال حتى اليوم كما ذكرنا ، صعباً وعسيراً .

ولم يذكر قانوننا المدني تحت هذا البحث كما اشرنا ، قاعدة اوضابطاً عاماً فيما عدا نص المادة ٦٦ من الدستور الوقت ، 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 .

وإذا تصفحنا مقاله الفقهاء في هذا الموضوع يتضح ان هناك ضابطاً تقليدياً

هأما ، كان في وقت ما يعتبر أفضل ماجاءت به النظريات الحقوقية ، ولكن ما لبث أن ضعف وقامت الى جانبها مفاهيم جديدة أخرى على أساس القاعدتين السابقتين ، دون أن تبطل هذا الضابط إبطالاً تاماً ، بل لا يزال له أثره في القضاء ، ولذلك فنحن نبعث أولاً الضابط التقليدي ، وثانياً نقد هذا الضابط والنظريات المقابلة له .

٢ - الضابط التقليدي . نظرية الحقوق المكتسبة^(١)

منذ صدور القانون المدني الفرنسي ، وطوال القرن التاسع عشر ، ذهب الفقهاء الى ان الضابط الذي يحقق التوافق بين القاعدتين ، ويحدد ميدان تطبيق كل من القانون القديم والجديد ، ويبرر عدم سريان القانون الجديد على ما هو موجود من حالات حقوقية « وأوضاع وتصرفات ، 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 القانون 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 - مفهوم هذه النظرية واسرها

ان مفهوم الحقوق المكتسبة تقليدي مدرسي ، فواضعو القانون الفرنسي قد أخذوا به في جميع المفاهيم الخاصة المنازعات وحلول التي أعطوها ، وان لم يرد لهذه النظرية نص صريح . ويقول رويه ان هذا التعبير للحقوق المكتسبة ربما جاء من المحشين Gloussateurs او المقلدين ، الذين فرقوا بين الحقوق

(١) راجع اوبري ورو ، المرجع السابق ، ج ١ ص ٩ وما بعدها ، بلا نيول وريبير المرجع السابق ، ج ١ ص ٩٥ ، بو نكاز المرجع السابق ص ١٦٧ . روية المرجع السابق ، 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 القوانين من حيث المكان ، تقضي باحترام الحقوق المكتسبة .

ولكن ماهي الحقوق المكتسبة ؟

ميزوا ، اول ماميزوا ، لاظهار الحقوق المكتسبة ، بين الحق المكتسب
Droit acquis ومجرد الامل Simple expectative ، فقالو : الحق المكتسب
هو ما دخل 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 لا تتحقق ، كوارث في تركة لم يمت 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 أضحي القانون الجديد ذا أثر رجعي ، مخالفاً
بذلك القاعدة الاساسية . على العكس من مجرد الامل ، فان القانون الجديد
لا يهتم به ، ويسري عليه دون أن يعد ذا أثر رجعي ، لأن الامل بهذه الصفة
لا يشكل 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 التمييز السورية المختلطة سابقاً ، قراراً مبدئياً خلاصته : « اذا
كان القانون الجديد — بحسب المبدىء العامة لعدم سريان القانون على ما قبله — لا يمكنه 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 هذا التحديد صعب وعسير ، حتى أن الاستاذ دو فارهي سوميه ر De vareilles - Sommières في مقال له (١) ، قد تحدى بأعظم فقيه أن يأتيه بتعريف مقبول لكل من الحق المكتسب ومجرد الامل (٢) . بمعنى أن التمييز الواضح بينهما غير موجود . ويؤكد الاستاذ بلانيول ذلك بقوله (٣) : انه لا مجال للتحدي لان التفريق بين حق مكتسب ومجرد امل مصطنع وفاسد .

ومع ذلك فقد اراد الفقهاء ان يؤكدوا ان هناك معياراً متيناً ظاهراً لهذا التفريق منذ أوائل القرن التاسع عشر ، فقال هرلان merlin وهو أول من بحث في هذه النظرية ، ان ما يقصد بالحق المكتسب هو ذلك الحق الذي دخل في حوزتنا واصبح ملكاً لنا يمكننا التمتع به كبقية نساء ، ومثل على ذلك

= والحق المكتسب ، هو هذا الذي اصبح ملكاً للشخص وجزءاً من ثروته ، لا يستطيع آخر ان يتزعه منه ، ويسطيع 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 اجتهاد واستقر بشكل ثابت أنه يعتبر من مجرد الامل الذي يخضع لحكم القانون الجديد ، الحقوق التي تقوم على ارادة الشارع ورغبته ، كمثل السماح بالتصدير واعادته (قرار رقم ٧٩٤ تاريخ ١٣/٨/١٩٣١ . الرئيس باروش مقرر ، في مجموعة صنيج . ج ٣ ص ٢٤ و ٢٥) .

وبالاستناد الى ذلك ايضاً قضت محكمة التمييز السورية أنه : في حالة صدور قانون جديد يتضمن الغاء بعض طرق المراجعة المنصوص عنها في قانون سابق ، فان القانون الجديد لا يطبق على الاحكام الصادرة في ظل القانون السابق الذي يفتسح أمامها تلك الطرق ، لأن حق المراجعة المتولد لمصلحة شخص ما ، لا يمكن نزعه منه بقانون جديد (محكمة التمييز السورية ، أساس ٣٤٦ سنة ١٩٣٨ تاريخ ١٤ كانون الأول ١٩٤٨ ، مجلة نقابة المحامين بدمشق ١٩٤٩ ص ٨٤) .

(١) المجلة الانتقادية للحقوق والاجتهاد Revue critique de Droit et de Jurisprudence سنة ١٨٩٣ ، ص ٤٤٠ وما بعدها .

(٢) نفس المرجع ص ٤٥٢ .

(٣) المطول الاجدائي للحقوق المدنية ، ج ١ ص ٢٠٣ .

بالحقوق النارية عن عقود ، أو وصية مات موصيها . وأوضح الفقيه زكريا Zscharia ان الحق يصبح مكتسباً عندما يكون غير قابل للنقض Un droit irrévocable . وعرفه دومولب Demolombe بأنه الحق الذي أصبح ثابتاً لنا ، ولا يستطيع شخص آخر ان يسلبه منا . ويقول بودري لا كاتيري 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 النقص . حتى ان روييه يقول (٢) ان تعريف الحق المكتسب لم يعد مجهولاً ، فكلنا نملك فكرة واضحة عن هذا الحق . وقد مثلوا على ذلك بالارت 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 بالايباء 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 ما يأخذ منه وارث أو موصى له الخ . . .

كذلك مثلاً 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 مثلاً ، فان هذا القانون لا يسرى على الحادثة التي نحن بصدددها 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 روييه ، تنازع الفوائين في الزمان ، ج ١ ص ٣١١ وما بعدها .

(٢) المرجع السابق ، ص ٣٢٢ .

كيتدخل المالك ومنازعة المال ، أو ترك المتصرف نفسه وضع اليد والحياة الخ...
فصدر 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 لتام
العقد ، ثم صدر قانون لاحق يوجب لصحة العقد ونفاذه أن يكون مسجلاً في
السجل العقاري ، واعتبر باطلاً كل عقد غير مسجل ، فإن 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 الإثبات فإنه 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 البيّنات
الصادر سنة ١٩٤٧ ، فإن مثل هذا النص يسري على الشهادة من حيث طريقة
سماعها ، لأنه لا يمس حقاً مكتسباً وهكذا . . (١) ولكن رغم هذه التطبيقات
الفقهية والقضائية المستمرة ، فإن 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 استثنائه . يملك حقاً مكتسباً لا يمكن أن يسلبه إياه قانون
جديد يصدر أثناء المحاكمة الاستثنائية ، ولا يتعلق هذا القانون بالنظام العام ، مالم يظهر الشارع
صراحة نيته بمخالفة عدم رجعية القوانين . وبناء على ذلك فإن القانون الذي يمنع قبول دعاوى
التعويض عن اضرار مسببة عن أعمال سابقة للحصول على شهادة الاختراع والذي لا يتضمن
ما يخالف رجعية القوانين لا ينطبق على الدعوى المقدمة قبل هذا القانون والمعروضة على محكمة
الاستئناف ويحق للدعي التذرع بحقه المكتسب في ظل القانون القديم . (محكمة التمييز
الفرنسية ٣ - ٧ - ١٩٥٠ . مجلة المحامي اللبنانية سنة ١٩٥١ ص ١١)

ب - قيمة هذه النظرية وانتقارها

لقد عابوا على هذه النظرية عدداً من النواقص، وأخذوا عليها عدم الصلاح لأن تكون معياراً صالحاً كافياً لايجاد حل للتنازع ، كما رغب أصحابها . وهذه الانتقادات ، وأكثرها يمثل نظريات مقابلة لنظرية الحقوق المكتسبة ، هي الآتية :

أولاً - من قال بعدم امكان تحديد الحق المكتسب وتفريقه عن مجرد الأمل قضى على هذه النظرية القائمة على هذا التفريق من أساسها . ويقول ريبير إذا اعتبرنا أن مفهوم الحق المكتسب صريح وواضح في ذاته ، إلا أن ما أخذ به القضاء كان غير ذلك. ولعل هذا الأخير لم يجد في مفهوم الحقوق المكتسبة إلا ما رأى من المنطق والمدل قبوله أو ابعاده ، بحسب الحاجة والاعتقاد ، متسترأ 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 هذه 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 مثلاً حين فرق من جهة بين القدرة أو المكتسبة أو الصلاحية *Faculté* وبين الحق ذاته ، فأوضح أن المكتسبة أو القدرة - كأهلية الشخص لاجراء التصرفات - ليست بذاتها حقاً 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 الناشئ عن نص القانون (كأمل الوارث في التركة أو احتمال التصدير) أو ارادة الشخص (كرجبة في اجراء عقد أو عمل ما) ، وبين الامل الناشئ 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 بإمكان هذا التفريق ولم يعتبر هذا النقد كافياً ، (ويعتبر الاستاذ دوكي Duquit ^(١) 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 الميعار 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 بيع عقاره له بثمان 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 للشروط له حق أو لا يكون . ومع ذلك فإن 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 الإسلامية ، قبل القانون المدني (١) أو مع بقاء حق الرجوع بحال من الأحوال ، فرغم أن المالك الموهوب لا يصبح حقاً مكتسباً لأنه غير قطعي ولا يعتبر جزءاً من ثروة صاحبه وذمته ، غير قابل للنقض حسب التحديد السابق الذكر ، فإن 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 وجهة ، ودقة ومهارة ، يصطدم مع التعاريف الاصلية للحق المكتسب حين جعلت هذا الحق ما يدخل في الذمة ولا يقبل النقض أو الرجوع ، وإن هذا الرد لا يكفي للدفاع عن النظرية .

وأخيراً فإن العمل غير المشروع ، أو العمل الضار — وهو العمل الذي ينجم عنه ضرر للغير يوجب على المسبب إصلاحه والتعويض عنه — فإن صفته تختلف 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 ، فإن نظرية الحقوق المكتسبة لم تستطع أن تبرر تأثير القانون الجديد فيه .

تري ، أفليس حق المتضرر من عمل غير مشروع ضد فاعله من حيث التعويض حقاً مكتسباً للمتضرر منذ حدوث الفعل الضار ؟ فكيف تبرر 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 ذهب أغلبية القضاة والفقهاء ، مثل من الرشد ،

(١) أما القانون المدني فلم يعد يشترط التسليم في الهبة بل الزم الواهب بالتسليم كما هي الحالة في البيع (راجع المادة ٦١ ٤ 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 - كما هي الحال عندنا - يمنع على الولد الطبيعي أن يدعي بينوته الطبيعية على أبويه، ثم صدر فيما بعد قانون يجيز هذه البنوة وإثباتها ، فإن 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 المبادئ والقواعد العامة التي حواها منبعثة عن مبادئ العدل الاجتماعي (١) .

٢ - وفضلاً عن ذلك فإن هذه النظرية كما يقول المنتقدون ، غير صحيحة من الناحية العلمية (٢) ذلك لأنها تبتعد عن لب الموضوع وجوهره ، وتقف عند بحث آثاره فقط . وفي الواقع ، فإن قوانين جديدة يمكن أن تشمل ما قبلها دون أن تؤثر على الحق المكتسب ، كما هي الحال في القضايا الجزائية ، 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 .. فإن هذه المواضيع لا مجال 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 - ١٢ - ٩٤٠ وبداية بيروت الغرفة المدنية الثالثة ، رقم ٤٧ تاريخ ١٨ كانون الثاني ٩٥٠ مجموعة شاهين حاتم ، ج ٥ ص ١٤ مع تعليق .

(٢) راجع روييه ، المرجع السابق ، ج ١ ص ٣٢١ وما بعدها ؛ بونكاز ، المرجع السابق ص ١٦٩ وما بعدها ، رير ، 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 . مثلاً الغاء الرق ، الغاء الحقوق الاقطاعية ، وربما كذلك الغاء حق الشفعة (١) . على اعتبار ان هذه الاحوال والاضاع سواء الفت حقوقاً مكتسبة أم لم تؤلف ، لا يصح 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 نفسه 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 ما هو قائم من حالات . ونستطيع أن نقيس على ذلك سائر الالتزامات التي ليس لها مصدر الا القانون .

هذه هي بجمل الانتقادات الموجهة إلى النظرية التقليدية في الحقوق المكتسبة . ويضيف ريبير إلى ذلك أن هذه النظرية مضطربة لانها تخلط بين امرين :
 ١ - انها تعتبر أن مفهوم الحقوق المكتسبة يشمل كل الميكنات والميزات Pouvoirs et prérogatives التي كان يتمتع بها الاشخاص بحسب القانون السابق ، في حين أن هناك حقوقاً يجب أن تميز عن الميكنات ، أي عن الصفات والميزات القانونية . مثلاً 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 يبيزه . وتطبيق ذلك حتى على الدعاوى القائمة . وقد اعتبرته بعض المحاكم من نوع مجرد الامل ، على اعتبار ان صاحب حق الشفعة لا يكتسبه الا بالحكم المبرم الذي هو موجود ومنفى 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 - أنها تخلط كذلك بين الحق في ذاته وبين الطريقة التي تكتسب فيها
الحقوق أو تنشأ بسببها ، فمثلاً حق الشفعة ، والتقادم أو مرور الزمن الخ . . .
هل تعتبر حقاً بذاتها ، أم طريقة لا اكتساب الحق ؟ إن نظرية الحقوق المكتسبة
تخلط بين الطريقة والحق في ذلك .

ومها يكن الأمر فإن النظرية التقليدية في الحقوق المكتسبة لم تعد تلاقي
ما كان لها من مكانة وصدى في الماضي ، كميّار 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 ، تضحّي على مذبح المنفعة العامة
ومصلحة المجتمع ، حقوق الفرد ومنافسه الشخصية إلى حد لم يعد معه للحق
المكتسب تجاه حقوق المجموع ومصلحة الدولة قيمة تذكر .

ومع ذلك فإن نظرية راسخة كنظرية الحقوق المكتسبة لم تك تهمل
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
والتهلّهل 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 - 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 الحوادث 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 اسبحت المادة ٦٦ من دستورنا الموقت حينما نصت على عدم رجعية التشريع ، أردفت قائلة ما لم يكن منهيماً عن ذلك بنص صريح .

وإذا كان للمشرع أن يمثّل أحكام قانونه ، احوالاً حقوقية ، وحالات قانونية سابقة على نشره ، فإن من المسلم به وجوب عدم استعمال هذا الحق الخطير إلا عند الضرورة القصوى ولداع يتطلبه الصالح العام ، بل إن كثيراً من الفقهاء والحقوقيين قد انتقدوا هذا الحق الذي يعترف به للمشرع ، وتساءلوا ألا يجب أن تكون هناك قاعدة دستورية ملزمة للقاضي والمشرع معاً ؟ (١) .

وأمثلة شمول القانون احوالاً سابقة بنص صريح كثيرة نذكر منها :
في قوانين تمديد الاجارات وتمديد بدلات الاجرة ، التي صدرت تبعاً في سورية أثناء الحرب العالمية الثانية وبعدها ، فقد نصت اغلبها على تنزيل الاجرة عن مدد سابقة لصدورها واجازت استعادة ما دفع زيادة ، مشتملة 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 التمويض خمس سنوات قبل عام ١٩٤١ .
وأخيراً قانون الاصلاح 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 فإن 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 والاداب العامة :

لقد لاحظنا في دراستنا الاولى في المذاهب والنظريات الحقوقية العامة أن
الاتجاهات الاجتماعية تتجلى وتزداد فيما سمي بالنظام العام . وفي النظرية التي نحن
بصددها ، فانه لا يصح لفرد ان يدعي بحق مكتسب ، ليمنع تطبيق حكم قانون
جديد يعتبر من النظام العام . وعلى هذا فان احكام القانون الجديد تسري على
ماهو قائم من اوضاع وجدت في الماضي اذا كان هذا القانون او تلك الاحكام
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 النظام العام اطلاقاً على الماضي ، وبين الالتزامات والحقوق التعاقدية او
المعاملات ، حيث يجب ، برأي هذا البعض ، التفريق بين النصوص الموضوعية لحماية
مصلحة عامة ، كمثل القانون الصادر على المفوضية العليا بالقرار رقم ١٩ في قام
١٩٣٩ المتعلق بتأجيل الديون ، او تحديد سعر الليرة الذهبية في استيفائها
والخ ... من جهة ، وبين النصوص المتبصرة 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 ، لاجمال لبحثها هنا . وجدير بالذكر أن تحديد مفهوم النظام العام ومداه ، غير قطعي بعد ، وهو يقوم قبل كل شيء على ما يأمر القانون به او ينهي عنه بنص صريح يفيد الالتزام ، او على الاحكام ذات الصلة المباشرة والوثقى بكيان الدولة السياسي او الاقتصادي او الاجتماعي . ويعتبر من النظام العام المتصل بكيان الدولة السياسي كل قاعدة او نص يتناول نظام الحكم ، وأمن الدولة ، وبصورة عامة جميع الاحكام المتعلقة بسيادة الدولة وادارة خدماتها كما تنظمها الحقوق العامه من دستوره 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 ، او لا 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^(١) 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 فإن هذا الحق الذي منح للقاضي يسري على العقود السابقة له، والمعقودة قبله.

وأما الآداب العامة، فإنها تلك القواعد التي تتعلق بالاخلاق والسلوك الاجتماعي بحسب تقاليد الناس ومفاهيمهم الاخلاقية، ولا تخرج في مجموعها، ومن حيث تحديد مضمونها وشمولها وتقدير ذلك من القاضي عما ذكرناه بالنسبة للنظام العام، وهي تتفق من حيث الحكم معه في كل شيء.

والجدير بالذكر ان المشروع التمهيدي (في المادة ٧) وكذلك المشروع النهائي (في المادة ٦) من مشروع القانون المدني المصري، قد اوردا نصاً عاماً 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 التي لا تناول سوى تنظيم احوال القضاء، او رؤية الدعاوى أمامه، تعتبر الى حد ما، وبقدر ما تتصل بالنظام العام، من هذا القبيل، ولو مست حقوقاً مكتسبة. وعلى هذا، فالدعاوى القائمة، التي لم يفصل فيها بحكم 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 منها عن اجراء مضمون العقد تعويضاً مقطوعاً، كجزء تقدي لمصلحة الطرف الآخر، متفق عليه سلفاً.
(٢) راجع ما سيأتي ص ٣٢٢

العالم في الأصل ، وتتناول طرق الوصول الى تطبيق احكام القانون الاساسية ،
ولا تمس مبدئياً ، أصل الحق وأساسه (١) .

ومع ذلك ، فان هذا المبدأ العام تعثره كثير من القيود ، وترد عليه بعض
الاستثناءات ، وربما اختلف في بعض نقاطه التطبيقية ، مما لا مجال للتوسع فيه (٢)

د - القوانين والاعطام التفسيرية .

كذلك يعتبر غير خاضع لنظرية الحقوق المكتسبة ، وقاعدة عدم شمول
القانون لحوادث واوزاع حقوقية بدأت قبله ، القوانين ذات الصبغة التفسيرية ،
التي توضح وتفسر تشريعاً سابقاً ، فان لها أثراً فورياً ومباشراً على تلك الحوادث
والاوزاع ، مادامت 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 - ٣٦ .
(٢) راجع رويه Roubier تنازع القوانين في الزمان ، ج ٢ ص ٦٨٥ وما بعدها
وعلى هذا الاساس فقد قضت محكمة التمييز السورية المختلطة مثلاً في قضية جزائية انه : « لئن
كانت القوانين الاصولية تطبق فوراً منذ صدورهما ، حتى على الوقائع والحوادث السابقة لها ،
لانها لا تخالف حقاً مكنسباً ولا تهضمه ، وانما تستهدف فقط تعيين السبل الصحيح للوصول الى
الحق ، الا أنه لا بد 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 تبدل الاختصاص اثناء رؤية الدعوى من قبل
المحكمة لا يبطل اختصاصها ، ولا يكون واجب التطبيق . الخ » ثم ذكرت المحكمة بالاستناد
الى ذلك اراء الفقهاء الفرنسيين امثال لابوردوكارو وغيرهما (قرار رقم ٦٠٩
تاريخ ٧ - ١٠ - ٩٣٦ مجموعة صنيج ، ٤ ص ٨١) .

في حين ان احكاماً اخرى ، بل يمكن القول ان الاجتهاد قد استقر على العكس (راجع
رويه Roubier . تنازع القوانين في الزمان ، ج ٢ ص ٦٤٠) على وجوب تحويل الدعوى
إلى هي قيد الرؤية ولم يصدر بها حكم بعد ، الى المحكمة المختصة بحسب القانون الجديد . وبمجرد

ويبدو أن هذه القاعدة قديمة جداً ، عرفت في التشريع الروماني^(١) وازدادت انتشاراً في القرون الوسطى ، وفي عهد الثورة الفرنسية ، حيث حصر التفسير بالسلطة التشريعية^(٢) .

في الحقيقة ، أن القوانين التفسيرية لا تستهدف سوى ابضاح ما غمض من نصوص قائمة ، وبيان ما اغلق من معان وأحكام ، فهي في الأصل لا تأتي بحكم جديد حقاً ، وإنما توضح ما يمكن أن يكون قد خفي على الناس والقضاء من تعابير النصوص القديمة وأحكامها ، أنها تعلن ما كان موجوداً^(٣) . 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 لا يؤدي الى تشديد العقوبة او مادام ارحم للظنين (روية ، المرجع السابق ج ، ص ٦٤١) .

كذلك مثلاً ما قضت به محكمة التمييز السورية فيما يتعلق بطرق المراجعة فقالت : « من حيث انه في حالة صدور قانون جديد يتضمن إلغاء بعض طرق المراجعة المنصوص عليها في قانون سابق ، فإن القانون الجديد لا يطبق على الأحكام الصادرة في ظل القانون السابق ، الذي يفتح أمامها تلك الطرق . لان حق المراجعة المتولد لمصلحة شخص ما ، لا يمكن نزعها 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 الحكم لا الطرق التي كانت موجودة اثناء رؤية الدعوى ، بحسب القانون النافذ قبلاً ، ولا الطرق التي ينص عليها قانون لاحق بعد صدور الحكم (روية ، المرجع السابق . ج ٢ ص ٧٢٦ - ٨٢٨) .

راجع نصوص المشروع التمهيدي ، فيما سيأتي ص ٤٠٠ .

(١) فقد اعتبرها القانون الجديد Nouvelle لجوسيثيان من الامور المقبولة بداهة .

(٢) راجع رويه المرجع السابق ، ج ١ ص ٤٦٣ - ٦٥٠ .

(٣) راجع رويه ، المرجع السابق ، ج ١ ص ٤٦٨ .

صراحة أنه تفسير لقانون أو نص سابق ، وهذا ما أطلق عليه اسم الرجوع»
 التشريعي Le référé législatif لتفسير القوانين ، أو التفسير التشريعي
 L'interprétation législative ، فيكون له مفعول وأثر يعود الى تاريخ القانون
 أو النص المفسر ، 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 منثى ، أمر صعب ودقيق (١) .

(١) فقد حدث مثلاً 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 والمالك
 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 ، فقد قام الخلاف على كيفية حساب مدة التقادم هذه ،
 وهل تحسب بالسنة الشمسية او القمرية ؟ وصدرت قرارات متعددة في هذا الموضوع كانت
 بمجموعها اميل الى السنة القمرية في تطبيق المادة ١٦٦٠ من المجلة ، واقامت 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 المعار اليه : فيمما ذهب المحكمة البدائية المدنية
 بدمشق الى اعتبار ان هذا النص يشمل تلك الدعوى . ولو كانت سابقة له ، وحادثة قبله . على
 اعتبار انه جاء موضعاً لما غمض من نص المجلة المرعية قبله ، ومفصلاً لما لم تفصله (راجع قرار
 المحكمة البدائية بدمشق ، الغرفة الاولى ، قرار اعدادي ، رقم اساس ١٢٣ تاريخ
 ١٩٥٠ / ٤ / ٢٧) اذ المحكمة التمييز السورية ، تذهب في قضية اخرى الى اعتبار ان حساب
 المدة يجب ان يجري في الماضي وفقاً لاحكام المجلة التي اخذها الاجتهاد السابق . اي بالسنة الهجرية
 وان يجري منذ صدور القانون المدني ، وبسبب احكام المادة الثالثة ، بالسنة الميلادية ، لاجال
 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 مفعولاً مباشراً من تاريخه ولم تعتبره تفسيرياً . ونحن اميل للاعتقاد
 بل والجزم بخطأ هذا الاجتهاد .

وفيما عدا التفسير التشريعي الصريح ، فإنه يعود للقاضي أن يستنتج من روح النص ، ومن مجموع أسبابه الموجبة وأحكامه ... والحج ... طبيعة النص وصفته ، تحت رقابة محكمة التمييز العليا^(١) (أي محكمة النقض) .

وقد حاول بعض الفقهاء ان يوجد معياراً للنص التفسيري ، فذكر الاستاذ Rouaet مثلاً 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 يبين اتجاهها من هذه الاتجاهات ؛ وأخيراً في الحالة التي يكون فيها النص الجديد عاماً ، كالنص السابق ، ولكنه أشمل للحالات والآثار^(٢) .

هـ - النصوص والاعظام المنضمة عقوبات^(٣) :

من المبادئ 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 مثلاً ذهب المحكمة البدائية بدمشق (الفرقة الاولى ، قرار اساس ٢٢٩ - سنة ١٩٥٠ المؤرخ ٣٠ آذار ١٩٥٠) الى قبول الدعوى المنصوص عنها بالباد ٢٣٧ من القانون المدني والمسماة في الحقوق الحديثة بالدعوى البوليسية او البوليانية (نسبة للفقهاء 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 ما نعتقد انه غاية ما يمكن 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 كافيّاً ، اي مجرد كون النص محل اجتهاد . (المرجع السابق ج ١٠ ص ٤٩٢) .

(٣) راجع الدكتور عبدالوهاب حومد ، الحقوق الجزائية العلة ١٩٥٦ ص ١٩٦-١٩٧ .

سواء من حيث جرمية الفعل . وسواء من حيث العقوبة . وقد رأينا ان الارادة السنوية المؤرخة في ٢٥ ربيع الآخر ١٢٨٩ ، والقانون الصادر في ٢ جمادى الآخر ١٣٢٩ والمرسوم التشريعي رقم ٥ تاريخ ١١ شباط ١٩٣٦ المعدل بالمرسوم التشريعي رقم ٥٩ تاريخ ٢٦ أيار سنة ١٩٤٣ (١) ، قد 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 فأكدته 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 المفترفة قبل نفاذه ، ما لم يكن قد صدر بشأنها 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 - التطبيقات القانونية لتنازع القوانين في الزمان

لقد أشرنا فيما سبق (٢) الى أن القانون المدني الجديد لم يأت في نصه النهائي - تحت عنوان « تنازع القوانين من حيث الزمان » في فصل « تطبيق القانون » - بنص عام يتعلق بهذا التنازع .

غير ان المشروع التمهيدي والنهائي للقانون المدني قد تضمننا نصاً عاماً في ذلك (٣)

(١) راجع ماسبق ، س ٢٩٠ .

(٢) ص ٢٩١ .

(٣) فقد نصت المادة ٧ من المشروع التمهيدي انه « اذا نسخ قانون جديد قانوناً سابقاً عليه ، فان القانون المنسوخ يظل مع ذلك سارياً على الروابط والحالات القانونية التي نشأت =

حذف ، مع الأسف ، من النص النهائي للقانون حين مناقشته في لجنة مجلس الشيوخ المصري (١) . على اعتبار أنه أصبح من المبادئ التي لا تحتاج الى نص ، وقد أشار اليها الدستور المصري السابق ، والدستور الموقت للجمهورية العربية المتحدة (المادة ٦٦) .

وإذا رجعنا الى البحث المتعلق بتنازع القوانين في الزمان بحسب النص النهائي للقانون المدني نجد أن هذا القانون قد بحث في مواده من السابعة الى العاشرة ، تطبيقاً لما ذكرنا من مبادئ ونظريات ، بثلاث حالات في التنازع ، وهي المتعلقة بالأهلية والتقدم والأدلة ، حافظاً البحث في حالات أخرى كان تناولها المشروع التمهيدي ، سنشير اليها في آخر هذا الفصل .

= تحت سلطانه، وكانت مرتبة على ارادة المتعاقدين ، مالم يوجد نص يقضي بغير هذا ، أو كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام او الآداب .

وقد حور هذا النص في المشروع النهائي باقتراح معالي السنهوري باشا فأصبح كما يأتي :
(بالمادة رقم ٦)

« لا يعمل بالنصوص التشريعية الا من وقت صيرورتها نافذة ، فلا تسري على ما سبق من الوقائع الا اذا وجد نص في التشريع الجديد يقضي بغير ذلك ، او كان التشريع الجديد متعلقاً 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 مايجد من فائدتهما في التطبيق العملي ، كما انها من سداجة الصيغة التقليدية بعدم رجعية القانون ، مايجني حقيقة التنازع ومايتضمنه من حقائق ، وبالتالي ما لايفتق والفقه الحديث والنظريات الجديدة الناجبة الغائلة بالاثر المباشر او الفوري للقانون الى جانب قاعدة عدم سريانه على الماضي (راجع مجموع الاعمال التحضيرية للقانون المدني ج ١ ص ٢١٥ - ٢١٦) .

(١) وحذا لو استبقى هذا النص في سورية ، لايضاح المبدأ المذكور الذي تقصر النصوص العثمانية والسورية المبعثرة دون ايضاحه واظهاره . وانا لارجو ان يؤكد الدستور النهائي هذا 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 - وإذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة ، فإن 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 أخرى .

وبحسب هذا النص (الفقرة الاولى منه) فإن القانون يعتبر أن النصوص المتعلقة بالأهلية - ويقصد بالأهلية هنا ، أهلية الأداء والممارسة^(١) - فإنها 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 . فإذا كان سن الرشد بحسب المادة ٤٦ قد أضحى ثمانى عشرة سنة ميلادية كاملة ، فإن 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 الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص . » وبالنظر لان الأهلية 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 الإسلامية أو بحكم سابق من المحكمة . ذلك « لأن تحديد أهلية الأداء — وهي صلاحية الالتزام بالتصرفات الإدارية — يراعى فيه حماية فريق من الأشخاص ، وهذه الحماية ، في الواقع ، أمر يتعلق بالنظام العام » (١) .

وهكذا بحسب هذا النص ، يكون القانون المدني قد جاء ، تطبيقاً للقاعدتين المذكورتين ؛ بل يختلف عما ذهب إليه بعض الفقهاء ، بل وبعض القوانين ، التي جارت النظرية التقليدية للحقوق المكتسبة بمفهومها الضيق (٢) .

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 فإن هذه التصرفات لا تقبل الطعن عليها بسبب نقص الأهلية متى كانت العاقد كامل الأهلية وقت انعقادها ، إذ أن القانون الجديد إنما يعيد الأشخاص إلى حالة القصر بالنسبة إلى المستقبل فحسب .

٢ - التقادم أو مرور الزمن :

أما التقادم أو مرور الزمن ، فهو من أم وأدق الحوادث والابحاث التي تعترض التنازع في الزمان ، لأن التقادم بطبيعته يقتضي استمرار وانقضاء زمن

(١) المذكرة الإيضاحية ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ص ٢١٥ .

(٢) كما حدث مثلاً في مصر في مرسوم ترتيب المجالس الصادر في ١٣ أكتوبر ١٩٢٥

إذ ذكر في مذكرته الإيضاحية أن الحكم المتعلق برفس رشداً « من ١٨ إلى ٢١ » لا ينطبق على الأشخاص الذين يكونون قبل العمل بالقانون الجديد قد بلغوا سن الثاني عشرة المحددة لانتهاء الوصية بمقتضى القانون القديم ، بل هؤلاء الأشخاص يعتبرون أنهم راشدون قانوناً . « وقد أكدت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني خطأً واضحاً تلك المذكرة للمرسوم ، فيذهبوا إليه .

قد يختلف طولاً أو قرصاً ، 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 ناصحاً
صراحة على هذا الحل ، مستوحياً إياه من القاعدتين السابقتين اللتين أخذ بهما
الفقه الحديث واستقر عليها 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 ، أو لاها 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 الإيضاحية معنى هذا النص وحقيقته فقالت :

الأصل في مدة التقادم إن اكتملها يقيم قرينة قاطعة بان 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 لا يمر سوى ثماني سنوات ، وجب أن يكمل الشخص الذي يحتاج بالتقادم

مدته حتى الخمس عشرة سنة ، لا حتى العشر سنوات ، ولا يستطيع أن يكتب حقا بمرور مدة العشر سنوات ، خلافا لها لو كان قد أتم هذه العشرة قبل صدور القانون الجديد .

« أما بدء التقادم ووقته وانقطاعه - وهي أمور قد جرت وتمت قبل صدور القانون الجديد - فإن ذلك يبقى خاضعا من حيث اعتباره وتحققه او عدم اعتباره ، الى الشروط المعينة بالقانون السابق ، الساري المفعول إذ ذاك . ومتى اعتبرت المدة قد ابتدأت او توقفت او انقطعت وفقا لقانون معين ، فإن هذا البدء او الوقف أو الانقطاع يبقى مرعياً ومعتبراً في ظل القانون الجديد . فالمدة التي بدأت تستمر سارية ، والمدة التي وقفت يمتنع استئنافها ما بقي سبب الوقف قائماً ، ما لم يقض القانون الجديد بغير ذلك . والمدة السابقة عن سبب الانقطاع لا تحسب . » (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 لا وفقاً لاحكام القانون السابق .

وهذا كذلك تطبيق لاحكام القاعدتين الاصيلتين ، الاثر المباشر والفوري ، وعدم الرجعية ، السابقين الذكر (٣) .

أما في حالة انقاص مدة التقادم وتقصيرها عما كانت عليه ، كما لو كانت مدة التقادم بحسب القانون السابق طويلة ، خمس عشرة سنة مثلاً ، ثم جاء القانون

(١) المذكرة الايضاحية بمجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٢٩ .

(٢) راجع روييه ، المرجع السابق ، ج ٢ ص ٢٤٢ .

(٣) راجع قرار محكمة البقاع اللبنانية بصفتها الاستئنافية رقم ٢٤١ تاريخ ٢٧/١١/١٩٤٧ ، (مجموعة شاهين حاتم ، ج ٢ ص ٧٤) . على أن الاستاذ روييه يعتبر حالة تطبيق النص القديم على البدء والوقف والانقطاع لتقادم لم يكتمل مثلاً على عدم صحة وعدم كفاية نظرية الحقوق المكتسبة ، ذلك لان هذا التقادم لا يزال 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 ، فإن 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 ، فأصبح الكثير منها ، في حالات متعددة ، خمس سنوات (كالتقادم على اجور العقارات او اتعاب المحاماة الخ ...) او سنتين او سنة (كتمويضات 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 تأمينا لاستقرار المعاملات ، وحفظ الحقوق . « فالواقع ، ان التقادم — بحسب فرضية القانون نفسه — 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 — ٣٢٣ .

وهكذا مثلاً فإن مدة 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 الإيضاحية هذا الشرط الأخير فقالت :

« بيد أنه رئي أن يستثنى من حكم القاعدة العامة المقررة في الفقرة الأولى 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 تقرر في التشريع الجديد . كما لو كانت المدة القديمة خمس عشرة سنة ، ولم يبق لا كتمامها سوى سنتين ، ثم جعل التشريع الجديد المدة ثلاثة سنوات ، ففي هذه الحالة يعتبر التقادم مكتملاً 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 للفقهاء والقضاء ، لأنه أقلها استهدافاً للنقد وادناها إلى تحقيق العدل والاستقرار (١) » .

وبذلك خلص الناس من حل كان ذهب اليه الفقهاء والقضاء بأجراء 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 الإيضاحية ، مجموعة الأعمال 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 - الأدلة :

الأدلة ، وهي وسائل الإثبات ، والبراهين والبيئات ، التي يلجأ إليها لإثبات الحق ، يمكن أن تعتبر في الواقع بين قوانين الأصول والاجراءات التي يجب أن تخضع مبدئياً إلى القوانين الجديدة واحكامها فور صدورهما من جهة وبين قوانين الاساس أوالموضوع التي تختلف عن ذلك ، غير ان الصلة الوثقى بين الحق ودليله ، عندما يكون الدليل مهياً أو معداً ، من القوة إلى حد يجعل الحق ودليله متمزجين في النتيجة ، حتى إذا لم يعتبر الدليل كما كان في الماضي ، ضاع الحق من أصله . بل أن نظرية البيئات ، وقضايا الأدلة وأصول الإثبات ، كثيراً ما بحثتها قوانين الاساس والموضوع - أي القوانين المدنية - 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 الأدلة حكماً خاصاً فيما يتعلق بالقوانين التي تتعاقب عليها يقرب بينها وبين الحق نفسه فقال في المادة العاشرة :

« تسري في شأن الأدلة 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 يهيتها الطرفان عادة لإثبات تصرفها أو عقدها حين جريانه ، مثلاً 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 بوجود النص المقرر له قبل أن تم 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 بصره ، أو إجازة بصره 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 أصلاً ، وسواء في الشروط الواجب توافرها فيها ، أن العبرة هي ما توجبه 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 المدة 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 ، أو الاحتجاج به ، أو غير ذلك مما توجبه أصول المحاكمات من اجراءات فانه يخصص للقانون الجديد (١) .

هذه هي التطبيقات التي تضمنها النص النهائي للقانون المدني في فصل النزاع الزماني ، 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 والتعميد ، واما لأن مكانها المناسب في غير القانون المدني ، كقانون اصول المحاكمات أو المرافعات (٢) .

(١) راجع المادة ١٧ من المشروع التمهيدي ، ماسياً ٣٣٣

(٢) لقد تناول قانون اصول المحاكمات السوري عندنا الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤

تاريخ ٢٨ - ٩ - ١٩٥٣ بحث حالات النزاع لقوانين الاصول في الزمان في المادتين الاولى والثانية منه مؤكداً في المادة الاولى المبدأ العام القاضي بسريان قوانين الاصول على ما لم يكن =

وفي كل الاحوال فان المشرع قد حذفها في النص الأخير ليرك القاضي
طليقاً من كل قيد يتعلق بها^١ .

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 دعاوى أو تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها . ومستثنياً في الفقرة
الثانية من هذا المبدأ مبدأ الشمول أو التطبيق الفوري لاحكام قانون الاصول ، ما يأتي :
« ١ - القوانين المعدلة لاختصاص المحكمة متى كان تاريخ العمل بها بعد ختام المرافعة
في الدعوى .

ب - 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 منطقية
وعملية تبرر هذا الخروج والاستثناء) .

ج - القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الاحكام قبل تاريخ العمل بها متى
كانت ملغية او منسثة لطريق من تلك الطرق » .

هذه هي الاستثناءات التي وردت في قانون الاصول على مبدأ سريان الاصول فوراً
على جميع دعاوى القائمة . والاحكام غير القطعية . وقد تأكد هذا المبدأ ، فيما عدا 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 - تسري النصوص المتعلقة بنظام
الوصاية والقوامة من وقت العمل بها ، على ما كان قائماً من وصاية او قوامة . ٢ - فتبقي
لالوصياء والقوام المعيّنين من قبل صفاتهم . أما حقوقهم وواجباتهم فيسري عليها مستقبلاً
النصوص الجديدة . ٣ - وتتبع القاعدة ذاتها في جميع 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 . وتعديل حقوق القامة والوصياء بحسب النص الجديد اذا
معدلها ، ولكن بالنسبة للمستقبل ، واعتباراً من نفاذ القانون الجديد . =

١ — الحالة المدنية للأشخاص ، كالأهلية 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 العاشرة أنه « تسري على الالتزامات الناشئة من العمل الضار أو مصادر أخرى غير تعاقدية ، النصوص المعمول بها وقت حدوث الواقعة التي نشأت عنها المسؤولية » فقيده بذلك أحكام المسؤولية التصيرية بأحكام 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 والتفاضي فقد تضمن المشروع التمهيدي عدداً من المواد نكتفي بذكر بعضها ؛

« المادة ١٣ (من المشروع التمهيدي) — تسري النصوص المتعلقة بإجراء التفاضي ، دعاوى أو دفعواً ، من وقت العمل بهذه النصوص على ما يباشر من الاجراءات متعلقاً بحق تم كسبها قبل ذلك ، مادامت هذه النصوص لا تمس جوهر الحقوق أو مداها .

المادة ١٤ — تحدد الشروط والأهلية اللازمة للتفاضي وفقاً للنصوص المعمول بها وقت رفع الدعوى .

المادة ١٥ — 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 — النصوص التي تعين ما يجب على الخصوم اتباعه من اوضاع ومواعيد من مواعيد للقيام بإجراءات التفاضي لا تسري على اجراءات تم اتخاذها ، ومواعيد تم اتمضاؤها أو بدأ سريانها قبل العمل بهذه النصوص .

المادة ١٧ — ١ — تسري النصوص المتعلقة بإجراءات الانبات من وقت العمل بها على جميع الدعاوى القائمة .

٢ — وكذلك الامر بالنسبة للنصوص المتعلقة بجواز قبول الدليل وما يترتب عليه من أثر مع مراعاة الاستثنائيين الآتين : (الأولى حالة الأدلة المذكورة سابقاً ، والثانية الفرائين) .

المادة ١٩ — تسري في شأن الفرائين القانونية النصوص المعمول بها في الوقت الذي تم فيه العمل أو الحادث الذي تترتب عليه القرينة القانونية .

المادة ٢٠ — ١ — النصوص المعمول بها وقت صدور الحكم لا تقتصر على تعيين اوضاع الحكم وآثاره ، بل تعين كذلك الشروط التي تقبل بها اوجه الطعن في الحكم في بين الخصوم =

٢ - كذلك تطبق احكام القوانين الجديدة المتعلقة بالملكية والحقوق العينية العقارية على الاموال الشاملة لها وعلى أصحابها ما دامت منصبة على هذه الاموال دون أن يكون لها أثر رجعي .

كالنصوص الباحثة في حقوق الارتفاق، وانظمة البلديات ووجائب البناء الخ .
٣ - أما بالنسبة للأحكام المتعلقة بالعقود والاتفاقات فان الفقه والاجتهاد ربما كان متفقاً على أن ماتعلق منها بشروط الانعقاد أو الصحة ، وبشكل العقد وطرق اثباته لا يكون له أثر إلا على العقود والاتفاقات التي تجري بعد صدور القانون الجديد . ولا يمكن أن تشمل احكام القانون الجديد هذه النواحي من العقد المعقود قبلها ، وتبقى خاضعة لحكم القانون الساري وقت ابرام العقد^(١) .

واما ما يتعلق 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 = 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 محللا 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 ١٨٤-١٨٦ .

§ ٨ - تنازع القوانين من حيث المكان

Conflit de lois dans l'espace

ان آخر الابحاث التي يجب أن نختتم بها بحث القانون 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 - فيما تهتم به - بتعيين الحكم القانوني الواجب التطبيق عندما تتنازع قوانين مختلفة ، لدول متعددة ، موضوعاً أو حادثة من الحوادث القضائية ؛ وان هذه الدراسة تابعة لفرع الحقوق الدولية الخاصة أو القانون الدولي الخاص ، كما يسميه المصريون . ولهذا فنحن سنقتصر بمحنا 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 المتخاضمين امام محاكمها ، سواء أ كانوا وطنيين ام اجانب ، وانه بحسب هذا الاصل لا يوجد ضمن حدود كل دولة سوى القانون الوطني الذي تنزم محاكم هذه الدولة بتطبيقه وحده - تطبيقاً اقليمياً - دون سواه . ويقف سلطان هذا التطبيق عند الحدود الاقليمية لكل دولة لا يتعداها .

« ولكن هذه القاعدة ، وهي نتيجة طبيعية لسيادة الدولة في اقليمها ، لا يمكن ان تتبع على اطلاقها ، 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

راجع ماسبق ص ٢٠٠

الاجنبي في بعض الاحوال^(١) ، (اي قانون الشخص) . وهكذا وجدت الى جانب قاعده اقليمية التطبيق Territorialité de la loi ، وهي الاصل ، قاعده شخصية التطبيق Personnalité de la loi وهي الاستثناء .
وظاهر أنه لو طبقت قاعده 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 عملية 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^(١) .

واذا القينا نظرة سريعة على تاريخ هذا التنازع ، على ما فيه من غموض ، رأينا ان الحقوق الرومانية الاصلية التي تسمى الحقوق المدنية Jus 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 الجر من البربر واعتزازهم بأصلهم وتمسكهم بمجسدهم وحقوقهم ، مما أدى الى تنوع الحقوق والشرائع وقيام قاعده شخصية القوانين بتطبيق قانون قبيلة الشخص على علاقته ايها وجد . ولكن امتزاج الاشخاص والقبائل من جهة ، والصعوبات من تطبيق القوانين الشخصية من جهة أخرى أدت

(١) السنهوري وابو ستيت ، اصول القانون ، طبة ١٩٥٠ ، ص ٢٠٧ - ٢٠٨ .

إلى تضييق هذا المبدأ . وهكذا ظهرت في القرون الوسطى فكرة التمييز بين الأحوال الشخصية والامور المالية ، وإخضاع الأولى لقاعدة شخصية القوانين ، وتطبيق قاعدة اقليمية القوانين على الثانية .

وإذا كانت اناية الرومان ، وارشتراطيتهم القومية ، هي التي دفعتهم ، في بادئ عهدهم ، إلى قصر تطبيق الاحكام الرومانية الاصلية على الوطنين ، فإن فكرة التسامح والاعتزاز بالقوة والمنعة هي التي حادت بالمسلمين ، والعثمانيين من بعدهم ، الى قبول قاعدة شخصية القوانين بالنسبة للأجانب أو غير المسلمين ، وخصوصاً فيما يتعلق بالأحوال الشخصية ، وهي التي أورثت هذه البلاد قيام « الامتيازات الأجنبية » وما جرته وراءها من مشا كل ومعضلات (١) .

وقامت في سورية منذ عهد المماليك ، ولا سيما في العهد العثماني فكرة شخصية القوانين بالنسبة للأجانب ، كما تضمنتها نهائياً الامتيازات الأجنبية ، مما أثر إلى حد كبير في قاعدة اقليمية القوانين وسيادتها ، حتى كادت تشمل تماماً . وإذا كان شمول هذه الامتيازات ومداهما قد حُد بعض الشيء عقب الحرب العالمية الأولى ، 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 المقارات ، ولو كانت مملوكة من الأجانب ، لأحكام القانون الفرنسي ، في حين أن قوانين الحالة المدنية ، وأهلية الاشخاص ،

(١) راجع في الامتيازات الأجنبية ، كتابنا « محاضرات مستعجلة في تاريخ الحقوق » العهد العثماني .

تطبق على الفرنسيين ولو كانوا مقيمين في بلاد اجنبية (١) .

وقد اضطر القضاء والفقهاء 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 بالمقرات والارض ، وهو ما يسمى الاحوال العينية status réels والقاعدة فيه اقليمية القانون تطبيقاً كاملاً ، وبين القوانين المتعلقة بالأشخاص والمنقولات ، وهو ما يسمى بالأحوال الشخصية statuts personnets والقاعدة فيه شخصية القانون ، ضمن حدود وقيود .

وقامت في ايطاليا حديثاً مع الفقيه مانشيتي Mancini في منتصف القرن التاسع عشر حركة جديدة في الدعوة لتطبيق القاعدة الشخصية ضمن حدود المصلحة الظاهرة للدولة (كما في حالة القوانين المتعلقة بالنظام والآداب) على اعتبار أن « قوانين الدولة انما توضع لأفراد وتطبق عليهم أينما وجدوا ، ولو خارج اقليمها . » (٢) 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 ceux qui habitent le territoire .

Les immeubtes, même ceux 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 من ١٩٠

ولقد تناول قانوننا المدني الجديد ، في عدد كبير من المواد (من المادة ١ 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 انخاص بالعصر الحاضر .

وقد أشارت المذكرة الابضاحية للمشروع التمهيدي إلى أن هذا البحث في القانون المدني بحث جديد ، لم يتضمنه التقنين المدني المصري السابق ، عدا بعض قواعد استثنائية 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 صورته الجامعتين ، التنازع الدولي من حيث الاختصاص القضائي ، والتنازع الدولي من حيث الاختصاص التشريعي » (١) .

وهذا يعني ، 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 في دولة أخرى . مما يفسح المجال لتنازع قوانين دول مختلفة تتمثل في كل قانون منها سيادة دولة معينة .

(١) المذكرة الابضاحية ، مجموعة الاعمال التحضيرية . ج ١ ص ٢٢٨ .

ولما كانت كل دولة تستقل بتصريف الشؤون المتعلقة بسيادتها دون أن تخضع لهيئة عالمية عليا في هذا النطاق ، لذلك بقيت مسألة تنظيم هذا النزاع مسألة داخلية تضع لها كل دولة ما يتناسب من القواعد مع حاجتها ، وبقي القانون الدولي مجرد فرع من فروع القانون الداخلي ، (١) .

وكان المشروع التمهيدي للقانون ، قد أفرد ، فضلا عن ذلك ، قسماً للنزاع الداخلي فيما بين قوانين الاحوال الشخصية (الداخلية) ، شغلته المادة ٥٨ من هذا المشروع. ويقصد بالنزاع الداخلي بين قوانين الاحوال الشخصية هو أن مصر ، شأن سورية ولبنان وأكبر دول الشرق الاوسط ، تخضع في احوالها الشخصية إلى شرائع متنوعة ومختلفة تقوم على أساس الدين والطائفة. فكما يمكن أن يحدث تنازع في القوانين بصدور زواج مصري بأجنبية أو سورية بأجنبي مثلاً - لمعرفة أي القوانين يطبق ، الاجنبي أم الوطني - كذلك فإن مثل هذا النزاع 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 بينها في الزوجية أو نتائجها . او كما لو اختلف الدين بين موسى وموصى له ، وربما بين ورثة ومورث .. في كل هذه الاحوال يقوم تنازع بين قوانين ، هي أحكام شرعية ، وطائفية او مذهبية الخ ... لا بد من إيجاد قواعد لحلها . ولكن ماذهب اليه المشروع من تنظيم لهذا النزاع الداخلي ، قد حذف فيما بعد . وجاء في المذكرة الايضاحية تبريراً لذلك انه «رؤي ان هذا النزاع 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 ما فيه من دقائق وصعوبات ، وماله من أهمية ونتائج ، لاسيما وقد أكد 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 ولا تشمل 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 ، وهو القانون الوطني — القانون السوري في سورية ، أو المصري في مصر — أم القانون الأجنبي . وقد فرق القانون المدني في الحلول التي ارتأها ، وتمييز القانون الواجب التطبيق ، بين مبحث وآخر : بين الحالة المدنية والأهلية للأشخاص ، 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 سندكرها 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 ما يخالفه 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 ما يمرض عليه من خلاقات ، 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 ،
لادخلها 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 والمقود ... الخ ، وفقاً لاحكام
القانون السوري . ثم بعد ذلك ، متى 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 ما يجب 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 لا يكون هناك نص خاص ، أو اتفاق دولي على تطبيق قانون أجنبي ، فيجب
التمسك مبدئياً بتطبيق القانون الوطني تمشياً مع المبدأ والاصل . وقبل ذلك
في كل حكم يتعلق بالنظام العام ويكون موضع خلاف في الشمول والتطبيق ..

وفيما عدا هذه الاسس الرئيسية للتنازع المكاني ، فقد عمد القانون المدني
تتبعياً مع التشريعات الحديثة ، وحرارة التقنيات المعاصرة ، الى تفصيل أحكام
التنازع المكاني بعدد 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 والفقهاء
المستقرين ، وحسبنا هنا أن نلخص أهم المبادئ التي جاء بها هذا القانون :

١- في الحالة المدنية للاشخاص واهليتهم ، يسري عليها قانون الدولة
التي ينتمون اليها بجنسيتهم (قاعدة شخصية القوانين) . ومع ذلك ففي التصرفات
المالية التي تعقد في سورية وتترتب آثارها فيها (كما لو عقد أجنبي مع وطني عقداً
سيتم وينفذ في سورية) ، اذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الاهلية ، وكان نقص
الاهلية يرجع الى سبب فيه خفاء لايسهل على الطرف الآخر تبينه ، فان هذا
السبب لا يؤثر في اهليته (المادة ١٢ فقرة ١) .

وبذلك ، جعل قانوننا تعيين الحالة المدنية (وهي كما عرفنا ، وكما سنفصله في
بحث الاشخاص ، الصفات اللازمة 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 لا يستطيع الاجنبي الذي تعامل معه في تصرف أو عقد ترتيب
آثاره في سورية ، أن يحتج بقانونه تجاهه ، حماية لهذا السوري الذي لا يستطيع
معرفة النص المذكور (١) .

وتعليل ذلك أن المنطق والمصلحة العامة يقضيان أبدأ باعتبار القواعد الناظمة

(١) راجع تفصيل ذلك في مجموعة الاعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٤٠ وما بعدها .

للحالة المدنية والاهلية ذاتية شخصية ، تندمج مع الشخص وتصبح جزءاً منه بحيث تتبعه ايها ذهب وبمجرد ان يكون من المعقول ولا من العدل في شيء ان يكون الشخص الواحد مختلف الحالة المدنية ، متغير الصفات القانونية ، أهلاً تارة وغير أهل تارة أخرى لمجرد انتقاله من مكان الى آخر جيئة ورواحاً . هذا الى أن تطبيق هذا المبدأ الذي أصبح عاماً ومتفقاً عليه بين الدول والشرائع ، لا يؤثر على سيادة الدولة ومصالحها بل على العكس انه يحفظ وضع رعاياها وحقوقهم اذا هم غادروها او انتقلوا الى بلد آخر .

كل ذلك شريطة أن لا يخفي وضع الاجنبي في أهليته وتعامله مع الوطني على هذا الاخير ، بحيث أوجب القانون حماية الوطني وعدم الاحتجاج تجاهه بالقانون الاجنبي .

أما بالنسبة للنظام القانوني (١) للأشخاص 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 فإن 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 ما يمكن 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 الطلاق 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 ، يسري القانون السوري وحده ، فيما عدا 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 وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجوزين والغائبين ، قانون الشخص الذي تجب حمايته .»
ومثل ذلك في الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت فانه يسري قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته . ومع ذلك يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الايصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه ، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت .»

ومن مجمل هذه النصوص يتضح ان قانوننا المدني قد فصل 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

الوطنية وحماية الوطنيين من اطلاق، تطبيق القاعدة الشخصية هذه .

ثم جاء في مواد تالية ، باحثاً في الملكية وما يتفرع عنها من مواضع وحقوق ، كالحيازة والحقوق العينية ، ثم الالتزامات ، من تعاقدية وغير تعاقدية (١) متبنياً قاعدة اقليمية القانون كلياً أو جزئياً ، تبنياً منظماً وعملياً . فنص مثلاً :

في الحيازة والملكية والحقوق العينية الاخرى ، يسري قانون الموقع فيما يختص بالمقار ، 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 : « يسري قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً ، فان اختلفا موطناً ، سري قانون الدولة التي تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه . على ان قانون موقع المقار هو الذي يسري على العقود التي ابرمت بشأن هذا المقار » (المادة ٢٠) .

ومن هذا النص يتضح أن المشرع ذهب في الالتزامات التعاقدية - وهي من أعوص مشاكل التنازع المكاني واعقدها - 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 actum* « المكان يسود العقد » والتي ليست من القاعدة الاقليمية تماماً ولا من القاعدة الشخصية أبداً ، وان كانت أقرب الى الاولى . ومع ذلك فان القانون - باستثناء العقود

(١) المواد ١٩ و ٢٠ و ٢١ و ٢٢ .

المتعلقة بالعقارات - قد اجاز للطرفين أن يتفقا صراحة ، او ضمناً من الظروف ، على تطبيق قانون من القوانين ، فيكون هذا القانون هو الساري ، وبذلك لم يعتبر ان تعيين القانون الواجب التطبيق في هذه الالتزامات التعاقدية - غير العقارية - من النظام العام ، وانما من حق الطرفين .

بل انه ذهب في التوسع في هذا الموضوع مذهباً مستوحاً من التطبيقات العملية ونتائجها ، معتبراً أنه اذا كانت : « العقود ما بين الاحياء - فتخرج بذلك الوصية والتصرفات المضافة الى ما بعد الموت - تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه - وهذا هو الاصل ، الا انه مع ذلك - يجوز أن نخضع ، كذلك في شكلها ، لقانون البلد الذي يسري على احكامها الموضوعية ، كما يجوز ان تخضع لقانون موطن المتعاقدين او قانونها الوطني المشترك » (المادة ٢١) .

وبذلك أكد المشرع ان الاصل - وهو قانون البلد الذي تم فيه العقد - 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 - واما في الالتزامات غير التعاقدية ، - من تقصيرية او قانونية - فانه يسري عليها قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشيء للالتزام . يستثنى من ذلك حالة الالتزام الناشيء عن الفعل الضار ، فان القانون الأجنبي لا يسري 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 ، لا تكفي لإيجاد كل الحلول ، فنص في المادة ٢٦ انه « تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في

المواد السابقة من احوال تنازع القوانين ، مبادئ 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 سوربه . « (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 مستطب 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 - 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 - 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 - 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 - لا مجال لتطبيق احكام قانون اجنبي عينته نصوص القانون المدني اذا كانت
هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او الآداب .

٥ - في كل ما لم يرد نص بشأنه ، تطبق مبادئ القانون الدولي الخاص .

الفرع الثاني

العرف

La Coutume

الى جانب القانون الذي اصبح اليوم المصدر الاول في التشريعات الحديثة والتشريع العربي ، فان الاعراف ، التي كانت في الاصل كل شيء في الشرائع القديمة لعدم وجود قوانين مكتوبة ، تأتي اليوم في الدرجة الثانية بين مصادر الحقوق . وهي وان فقدت القسم الاعظم من اهميتها كمصدر رئيسي للحقوق ، ما يزال لها مع ذلك قيمتها واهميتها كما سنرى .

وقد سبق أن اشرنا الى اهمية الحقوق العرفية في أمة لا تزال في فجر مدنيته حتى اذا تقدمت في المدنية وتشابكت مصالحها ، وتعقدت روابطها ، رأت من واجبها أن توضح مأبهم ، وتثبت ما اضطرب ، وتجدد ما بلي ، فعمد الى التشريع ، يحقق رغباتها ويهدب 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 لما لها من ميزات ، وضعف الشأن الكبير للعرف ومكاته 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 قبائل متفرقة لا يجمعها سلطان واحد . وبقي الامر كذلك حتى هيات الظروف طريق الوحدة العربيه ومهدته بظهور الرسالة المحمدية ، وجاء النبي (ﷺ) فانتقص من سلطان العرف ، سواء بمنع الكثير من العادات ، وسواء بتحويل او تعديل البعض الآخر ، وقام الدين مصدراً رسمياً للحقوق ، على أن ذلك لم يمنع من بقاء العرف مصدراً اصلياً في الشريعة الاسلامية ، فقد كان الاجماع في أول أمره عرف اهل المدينة ، ثم تطور بعد ذلك حتى صار اجماع المجتهدين في كل عصر . ولا يزال من المبادئ المقررة في الشريعة الاسلامية « ان للعرف اعتباراً شرعياً في بناء كثير من الاحكام . . . وان الاجتهادات الفقهية في الاسلام متفقة على هذا الاعتبار ، وان بينها شيئاً 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 والعادة أصلاً هاماً ومصدراً عظيماً واسعاً تثبت الاحكام الحقوقية بين الناس على مقتضاه . . . » (١) وربما ردوا الدليل الشرعي على اعتبار العرف الى الكتاب . تأويل الآية الكريمة : « خذ العفو وأمر بالعرف واعرض عن الجاهلين » . وان العرف هنا وان كان قد ورد في معناه اللغوي - أي بمعنى المستحسن والمألوف - ولكنه لا يخلو مع ذلك من الدلالة على المعنى الاصطلاحي (٢) . وربما ردوه كذلك الى حديث النبي صلى الله عليه وسلم يقول : « مارآه 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 البلاد السورية ؛ ١٩٤٨ ،

ج ١ ص ٥٣ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٥٢ .

لكثير من الاحكام ، كما نصت على ذلك المادة ٣٦ من المجلة حين قالت : « العادة محكمة ، 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 المبادئ تطبيقات هامة نصت على بعضها مجلة الاحكام العدلية كذلك ، كمثل قولها : « انما تعتبر العادة اذا اضطرت 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 للعادة الاولى ، ان على القاضي ان يقضي بمقتضى النصوص التشريعية ، فاذا لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية ، واذا لم توجد فبمقتضى العرف . وبالنظر لأن القانون الجديد لم يعين مبادئ الشريعة الاسلامية وما يتجاذبها من مذاهب متعددة ، بل قصد ، كما هو صريح المذكرة الابضاحية والاعمال التحضيرية وما قيل حول هذا النص ، أن يفسح المجال أمام القاضي ورجل القانون ، للاخذ بما أراد من المذاهب او بالأصح بمجموع هذه المبادئ 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 مبادئ الشريعة الاسلامية .. » فجعل العرف مقدماً على مبادئ الشريعة الاسلامية حين وجوده ، حتى اذا لم يوجد لجأ القاضي إلى مبادئ الشريعة غير مقيد بمذهب أو رأي . مادام ليس هناك عرف يوجب مثل هذا التقليد .

ولقد كان نص الفقرة الثانية من المشروع الاصيل الذي تقدمت به الحكومة المصرية الى البرلمان المصري كما يأتي : « اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقليد بمذهب معين » .. الخ

فقد حق لنا ان نعتقد ان من الواجب في مثل هذه الحال - وان تكن هناك احكام ونصوص شرعية متعددة في كل مسألة - ان نرجع الى ما طبق منها بطريق العادة والاستعمال حتى أصبح عرفاً ، لأن العرف ظل مصدراً أصلياً وتفسيرياً للقانون ، فضلاً عن أن القانون قد نص عليه كما رأينا ، 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 قوته المزمة وقيمه الحقيقية ، واخيراً ما الفرق بين العرف والعادة او الاستعمال ؟

§ ١ - التعريف بالعرف ونشؤة

يقولون ان العرف « مجموع القواعد الناجمة عن الاستعمال الراسخ المتأصل .

= « وقد حذف في مجلس الشيوخ المصري . من هذه الفقرة عبارة (الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين) لأن حكمها - كما قالوا - مفهوم في حدود فكرة الملائمة . ولم يرحل للإشارة بعدم التقييد بمذهب ، باعتبار ان الرجوع سيكون إلى المبادئ ، وهي لا تختلف باختلاف المذاهب » (راجع 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 مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . ويستلهم في ذلك الاحكام التي أقرها القضاء والفقهاء مصرياً كان او اجنبياً ، وكذلك يستلهم من مبادئ الشريعة الاسلامية . » بحيث لم تكن مبادئ الشريعة الاسلامية الام مصدرراً قانونياً ضافياً . وكان العرف بحسب هذا النص ، وما زال بحسب النص النهائي للقانون المصري ، هو ثاني المصادر القانونية مباشرة بعد النصوص التشريعية . ومع ذلك فان اعتبار مبادئ الشريعة الاسلامية مصدرراً ثانياً مباشراً في قانوننا ، لا يؤثر على قيمة العرف ومكانته ، كمصدر رئيسي مباشر بعد التشريع ، لأن مبادئ الشريعة اصبحت في الحقيقة من أعرافنا .

في مجتمع ما، والمعتبرة ولحجة الاحترام ولازمة التطبيق كالقانون، كمثل العرف
«السائد في اوروبا بحمل المرأة اسم زوجها».

وعرنته المدرسة التاريخية باه: المحصول الفرزي المباشر للوجدان الشعبي
بجمعناه الواسع، ولذلك فقد رأت في العرف الطريقة المثلى لاتاج الحقوق، لانه
أقرب الطرق للواقع وأكثر اتصالاً به.

وعرفه الفقهاء في مجمل تعاريفهم بما يفيد: «عادة جمهور قوم في قول أو
عمل»^(١)، او هو اطراد عمل الناس في أمر من الامور، وربما سموه «عادة»
او «تماماً»، واشترطوا فيه ان يكون مطرداً او غالباً.

ومن هنا يرى 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 متأصلاً، قائماً في وسطهم الاجتماعي، وان احترامه
وتطبيقه غير مختلف فيه، وبالتالي فان قوته الازامية تسمى واجبة، نافذة،
دون ما سلطان او إرادة علياً 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 أضحي 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». فضلاً عن الصدق
والتقليد، فان هناك بعض الملابس العارضة والعوامل المتعددة من فردية او

(١) راجع الاستاذ مصطفى الزرقاء، 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 - كما يقول دولا كرميه ولا كومت - ان الحقوق العرفية حقوق شعبية صادرة من تعامل الشعب واستعماله ، فهي وليدة الحياة الشعبية ، خلافاً للقانون الذي هو من حيث الظاهر وليد عمل تشريعي ، ودماغ مفكر خاص ، قام بتبنيته وفرضه بإرادته (٢) .

ومن هنا يحاول بعض المؤلفين ان يقابلوا بين العرف والقانون من حيث ان كلا منهما قاعدة حقوقية لازمة ، الا ان القانون قاعدة مسنونة أوجدها المشرع او السلطة التشريعية ، في حين ان العرف قاعدة غير مسنونة ، أوجدها تعامل الناس اللاشعوري واطراد سلوكهم في مسألة معينة على وجه مخصوص (٣)

§ ٢ - عناصر العرف وشروطه

١ - عناصر العرف

بعد هذا التحليل لتعريف العرف ، نجد ان العرف بحسب المفهوم التقليدي هو قاعدة حقوقية تتولد من اجتماع عنصرين الاول مادي *élément matériel* ou objectif ، وهو عبارة عن التعامل المستمر ، العام ، الثابت من قبل الجميع ، بحيث نحدد بموجبه في زمن ما حكماً متعارفاً 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 necessitates* 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 ابصاله 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 :

اولاً - يجب ان يكون العرف عاماً *général*

ومعنى كونه عاماً أي منتشرأ انتشاراً واسعاً في الوسط الاجتماعي او المهني ، شاملاً في موضوعه جميع من يتناولهم بدلوله ، 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 تعدد الاعراف في الدولة الواحدة في الموضوع الواحد . وهذه مسألة موضوعية واقعية بمعنى انها لا تخضع لمراقبة محكمة التمييز او النقض (١) .

(١) راجع السهوري وابو ستيت ، المرجع السابق . ص ٨٩ .

ثانياً - يجب ان يكون العرف قريماً ancien

فيتواتر الجري عليه مدة طويلة ويؤلف عادة مستمرة قديمة في حياة الناس .
وهذه كذلك مسألة موضوعية واقعية .

ولقد رأينا قبل قليل ، ونحن نبحث في نشوء العرف ، أنه ينشأ بصورة تدريجية ولا شعورية ، ثم يستمرزمنأطويلاً بحيث لا يعرف الا بعد تشكله واعتياده من الناس منذ وقت بعيد . وقد حاولت بعض الشرائع ان تشتط مدة للقدم أقلها اربعون سنة (١) وهو شرط لا لزوم له ، وقيد لم تأخذ به اكثر الشرائع بما في ذلك شريعتنا .

ثالثاً - ان يكون مستغراً constant

فيطرد اتباعه كطريقة منتظمة غير متغيرة ولا متقطعة لاشك فيها . وربما 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 :

اولاً - ان يكون غير مخالف للقانون وللهداب والنظام العام

فاذا اصطدم العرف مع نص تشريعي منع هذا ذاك او العناه ، واذا كان العرف مخالفاً للآداب او النظام العام (كما في بعض الاعراف في بيع البنات او

(١) راجع السنهوري واو سنتيت ، المرجع السابق ، ص ٨٩ .

جعل مهرن حقاً للوالدين او الاخوة) فانه مخالف للنظام العام ، فلا يكون
معتبراً (١) .

ثانيا - ان يكون ملزماً

وقد رأينا ان الالتزام الذاتي في العرف هو الركن الثاني الاصيلي ، 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 وقضاؤها ، المتكرروالمستمر
والثابت ، أعرافاً أو بحكم الاعراف ؟ واذا كانت تعتبر بمثابة العرف فهل انها
اعتبرت كذلك واعطي لها قوة القانون لأن المحاكم طبقها 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 : « لا يمكن لأي عرف كان ان يخالف الحقوق
الدينية او الوضعية ، ولا يعمل 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 معقولاً ،

(راجع القانون الكنائسي Codex juris canonici مادة ٢٧ في ارمانيون ،
نولد وولف ، مطول الحقوق المقارنة . ج ١ ص ٦٦) .

موضوع معين لا شك انه وليد استعمال هذه المحاكم المستمر للاخذ بالحس ذاته في الموضوع نفسه ، ولكن هذا 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 (كذهب اوستن Austin) خلاف هذا الرأي ، ويعتبر استمرار المحاكم على الاخذ بحس 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 واطورها ، 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 الاسم ، اذا لم تكن في ذاتها من ابتكارها واجتهادها فان المحاكم على الاعراب 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 اجتهاد قضائي - 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 .

٤٤ - قيمة العرف وقوته الحقوقية

هل ان للعرف قوة القانون ، ثم وهل يعتبر مصدراً من مصادر الحقوق
لأن المحاكم تطبقه ، أم أن المحاكم تطبقه لأنه مصدر من مصادر الحقوق ؟

لقد ذكرنا في صدر هذا البحث لمحة موجزة عن أهمية العرف في الشرائع
القديمة والتشريعات الحديثة ، وما نص عليه القانون المدني السوري ، من وجوب
الرجوع الى العرف عند فقدان النص والعمل بموجبه ، وقد جاء في المذكرة
الإيضاحية للفقرة الثانية المادة الأولى 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 الأولى
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 إنتاجه 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 ملازم ؟

يقول أصحاب مدرسة أوستن التحليلية ، أن القواعد العرفية لا قيمة لها الا
اذا طبقها المحاكم ، فهي إذن لا قيمة قانونية لها ولا تعتبر مصدراً الا بتطبيقها

(١) راجع جمال الدين العظيفي ، التقنين المدني المصري ، ج ١ ص ٤٦ .

قضائياً ومنذ ذلك التطبيق ، والمحاكم هي التي تعين الاعراف وتوضحها ، وتمطيها القوة الإلزامية بتطبيقها (١) .

وتذهب المدرسة 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 الالتزام 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 الماقدان في عقودها ، الا ان شيوعها العام والدائم أغنى الناس عن ذكرها حتى اصبحت ملازمة 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 الإلزامية ، لا من نفس القاعدة وعمومها ، دون إرادة أو رغم الإرادة الماكسة ، - كما هي الحال في العرف وكما هو ركنه الاصيل - بل انها تستمد قوتها من الإرادة الضمنية المتعاقدين . ويرى البعض الآخر أنها تصبح في الواقع عرفاً بكل مزاياه ، لانها وان تكن في الاصل من منشأ ارادي ، فانها بعد أن تعم وتدوم ، تضحي واجبة لازمة بنفس القوة التي للعرف او القانون ، حتى على اولئك المتعاقدين الذين يجهلون وجودها ، ومنتقد 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 لا يتفق 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 - التفريق بين العرف والعادة^(١)

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 الالتزام الداخلي وصفة العموم ، غير أن هناك عادات أو تعاملات اتفاقية *usages conventionnels* تعارف الناس على أتباعها في معاملاتهم ، ولكنها تختلف عن الاعراف بفقدانها صفة الالتزام المفروض ، وهي إنما تستوحي من الطوائف والاخلاق ، وتكون على أنواع فمنها ما يسمى بالعادات المدنية *usages mondains* ، كمثل اعطاء الاكراميات إلى المستخدمين ، أو عادات الزواج ، تكاتم الخطوبة أو (الصبحة) الخ . . ومنها ما تكون محلية *usages locaux* تختلف باختلاف الجهات ، أو خاصة بجهة *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 المدلية ، كما أشرنا من قبل أن : « العادة محكمة ، يعني أن العادة عامة كانت أو خاصة ، تجعل حكماً لا يثبت حكم شرعي » ، وإذا كانت « العادة » هنا أقرب إلى معنى العرف منها إلى العادة ب مفهومنا ، فإنها في كل الأحوال تعتبر أساساً للحكم أيضاً كما لآلية المتعاقدين. وقد ذكر الشارح للمجلة

(١) راجع في هذا البحث : جني Geny ، طرق تفسير الحقوق الخاصة ، ج ١ ص ٣١٨ - ٣٢٢ :

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 الطباع 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 يوحيه حسن النية . ٢ — ولا يقتصر العقد على إزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والمدة 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 فإن العرف والمادة المحليين يقضيان بدخولها تبعاً لأنها من مستلزمات البيع بحسب العرف والعادة . وكذلك من باع أرضاً أو مزرعة ولم يذكر حقها من الماء ، فإن كانت المادة 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 ليتمكن الاستهداء بها في تفسير النص .

أما القانون التجاري الجديد ، فإنه قد تمدى في ذلك القانون المدني الجديد إلى حد كبير ، حيث نص في مادته الرابعة على الإحالة إلى العرف الخاص والعادة المحلية بما يساوي بينها وبين العرف بوجه عام ، بل ربما فاقت قوتها 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 الإلزامية ، ٢ — ويعد العرف الخاص والعرف المحلي مرجحين على العرف العام » . وقد لا يجهل القانون أحياناً على العادة ، ومع ذلك تطبقها المحاكم . واليسمك ببعض الأمثلة .

١ — جرت العادة في إيجار الغرف المفروشة على أن تكون لشهر واحد وإيجار الدور لمدة سنة ، فإذا أجرة شخص لآخر غرفة مفروشة دون أن ينص على مدة العقد ، ووقع خلاف أمام المحكمة على المدة ، قضت المحكمة بحسب العادة الجارية واعتبرت المدة شهراً للغرفة وسنه للدار على اعتبار أن المتعاقدين قصدا ذلك حتماً في عقدهما ، وقد تبني القانون المدني هذه العادة فنص عليها صراحة في مادته ٥٣١ .

٢ — جرت العادة في غوطة دمشق أن الشغيل الزراعي يعطى غرفة في خانوت صاحب الأرض لا تحسب اجرتها .

٣ - قضت محكمة استئناف مصر الأهلية (١) أنه يجب في تفسير المشاركات 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 لتخلص 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 ماهي 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 وتمهد الثاني بإدارة الأعمال فيكون للأول ثلثا الأرباح وللثاني الثلث . وهكذا ...

ومن هنا يتضح أن طبيعة أحكام العادات - سواء أحال القانون عليها صراحة أم لم يحل - تنشأ من مختلف ظروف التعاقد ، كما كان العقد وزمانه ، والغرض من التعاقد ، وتسليم المال واستلامه ، والمركز الشخصي للطرفين ، ومهنتها ، فتختلف بذلك عن أحكام القانون المفسرة أو التكميلية التي تنزم المتعاقدين ما لم تظهر إرادتها بمخالفتها .

وإذا كانت العادات تقرر قواعد مفسرة بالمعنى السابق ، فلماذا فرقنا بينها وبين العرف واعتبرنا العرف وحده - دون العادة - مصدراً من مصادر الحقوق ؟ ذلك أن العادة قد استكملت شروط الركن المادي السابق بيانها ، دون العنصر المعنوي وهو الالتزام . فلا يشعر الأفراد نحوها بما يشعرون به نحو

(١) ٢٧ نوفمبر ١٩٢٣ ، رقم ٢٨٠ في السهوري وأبو سنيت ، المرجع السابق ص ٩٦ .

(٢) ٢٧ نوفمبر ١٩٣٣ ، 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 ، فلنزم بذاته ، ولا سيما اذا لم تظهر نية المتعاقدين الصريحة في استبعاد حكمه ، بل قد لا يجوز للمتعاقدين استبعاد حكمه أو مخالفته كما لو كان يقرر حكماً 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 المادة وتوافره في العرف نتائج هامة تلتخص فيما يلي: (١)

أ - للمحكمة أن تطبق العرف من نفسها d'office ، كما عليها أن تطبق القانون . أما العادة فيجب على ذي المصلحة التمسك بها ليتمكن للمحكمة الاستناد اليها .
ب - أحكام العرف تنزم الطرفين ولو كانا مجهلاتها ، أما العادة فلا تلازمها الا اذا قصدا الاحالة عليها صراحة أو دلالة .

ج - لا محل 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 ، خلافاً للعادة التي لا تخرج أن تكون مجرد واقعة ، لقاضي الموضوع الرأي الأول فيها ، (على أن بعض الشراح الذين لا يرون في العرف مصدراً أصلياً من مصادر

(١) راجع السنهوري و ابو سئيت ، 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 يلغى القانون ولو كان مخالفاً له ، ولا يمكن أن يكون للعادات مثل هذا الاثر ، إذ أن مهمتها قاصرة على تفسير وتكملة نية المتعاقدين غير الظاهرة ، فلا 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 منها اسمه حتى يرتفع الخلط الموجود بينهما ، في كثير من المناسبات والاحوال .

ولكن اذا قلنا بهذا التفريق فلا يفهم من ذلك ان الانفصال بينها تام ، بل 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 اتفاق . وعندئذ تقترب من العرف . بل لا يكون بينها وبينه سوى خطوة واحدة ، بان تنفصل تماماً عن إرادة الافراد لتصبح قاعدة عامة مجردة مستقرة ثابتة ، حاوية على عنصر الالتزام *opinio juris* كالقانون تماماً . ولعل كل « عرف » كان « عادة » قبل أن يصبح عرفاً . ولعل هذا التدخل ، وصعوبة التفريق ، هما اللذان جعلتا الشارع في عدد من النصوص — كما ذكرنا — يستعمل اللفظين بمعنى واحد أو متقارب .

الفرع الثالث

(١)

الدين او القواعد الدينية

من المتفق عليه في تاريخ الحقوق ، ان المصدر التاريخي الأول الذي قامت عليه القواعد الحقوقية والتنظيم الاجتماعي هو من وحي الدين ، وان ما أتى 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 يادي 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 أوروبا قد اضطرت بحكم سيطرتها على شؤون الحياة ومشاكلها ان تقيم شريعة وضعية تصبغ عليها الطابع الديني .

(١) راجع محاضراتنا المستعجلة في تاريخ الحقوق ص ٣٧-٤٣ .

وإذا استطاعت أوروبا منذ أمد غير بعيد بفضل التطور والثورات ، ان تتخلص من هيمنة الكنيسة وتدخّلها القانوني والقضائي ، وان تستقل في قانونها وقضاؤها عنها في كل شيء ، فإن تعاليم الدين والكنيسة والقواعد المنبثقة عنها ، تعتبر على الأقل من المصادر التاريخية لحقوق أوروبا ، 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 لا يزال في نواح معينة مصدراً رسمياً مباشراً ، أو مصدراً تكميلياً تفسيرياً .

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 ما يزال حتى اليوم كذلك في بعض البلاد الاسلامية . وأما في بعضها الآخر كالجمهورية العربية السورية ، فإن ازدياد التشريع وقيام القوانين المكتوبة في تنظيم الحياة الاجتماعية في كل نواحيها ، مع بقاء الدين مصدراً تاريخياً أ كيداً 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 فإنهم مايزالون يخضعون في بلادنا الشرقية ، والعربية خاصة ، فيما يتعلق ببعض احوالهم الشخصية لأحكام الطائفية والمذهبية ، وفق حقوقهم المالية أو الدينية. فقد جاء في المادة ٣٠٦ من قانون الأحوال الشخصية في سورية أن أحكام هذا القانون المتعلقة بالزواج وانحلاله ، وبالولادة وتناجها ، والنسب والحضانة والنفقة ، وبالرشد والوصاية والميراث (والتي كانت تتبع أحكام الشريعة الاسلامية بالنسبة للمسلمين) « إن أحكام هذا القانون تطبق على جميع السوريين سوى ما استثنيه 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 الخاصة بكل طائفة .

وبذلك ظلت الاحكام التشريعية الدينية لدى الطوائف غير الاسلامية في سورية ، من المصادر الاصلية ؛ أو بتعبير آخر ظلت أحكام الدين مصدرراً رسمياً أصلياً الى جانب المصادر السابقة الاخرى . وقل مثل ذلك بالنسبة لمصر^(١) واكثر من ذلك بالنسبة الى لبنان وغيره من البلاد العربية .

أضف الى ذلك ان أحكام الدين وتعاليمه ، لاسيما مبادئ الشريعة الاسلامية تعتبر مصدرراً رسمياً أصلياً وانما احتياطياً ، بقدر ما هي 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 مصنونة ومصرية » 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 مبادئ الشريعة الاسلامية ... » بحيث تعتبر مبادئ الشريعة

(١) راجع الدكتور مرقس ، المرجع السابق ص ١٤٠ وما بعدها .

الاسلامية مصدراً رسمياً احتياطياً ، يلجأ إليها عندما لا يكون هناك نص قانوني في جميع المسائل والقضايا التي لم يبحثها القانون . بل أن درجة هذا المصدر تأتي قبل مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة التي سنبحثها في الفرع الرابع الآتي . وهو — أي مصدر مبادئ الشريعة الاسلامية — مقدم عليها (أي على انقانون الطبيعي وقواعد العدالة) في الترتيب والدرجة . ولعل الشارع حين قدم مبادئ الشريعة على مبادئ 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 مبادئ الشريعة الاسلامية مبادئ 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 مبادئ الشريعة بعكس الاول، وقلنا إن أعمال المصدرين معاً — العرف ومبادئ الشريعة — يقتضي أن نأخذ من مبادئ الشريعة — عند فقدان النص — ما أصبح متعارفاً عليه ، حتى اذا لم يكن هناك عرف قائم من مبادئ الشريعة ، رجع القاضي الى مبادئ الشريعة واحكام الفقه الاسلامي عامة غير مقيد برأي أو مذهب (٣) . وهكذا بقيت أحكام الدين مصدراً رسمياً أصلياً فيما يعود لقضايا الاحوال الشخصية للشار إليها واحتياطياً فيما عدا ذلك .

(١) راجع الدكتور مرقس ، المرجع السابق ص ٢٤٤ .

(٢) راجع ص ٣٥٥ مع الهامش .

(٣) لقد كانت مبادئ الشريعة في القانون المدني المصري مصدراً ثانوياً غير الزامي كالفقه والقضاء ، والأستاذ السنهوري هو الذي اقترح في لجنة مراجعة المشروع تعديلاً يجعل مبادئ الشريعة الاسلامية مصدراً رسمياً ملزماً ، وانما اشترط ان يؤخذ من مبادئ الشريعة الاسلامية ما كان أكثر ملامة لنصوص هذا القانون ، دون تعيد بمذهب معين ، غير ان هذه العبارة الاخيرة حذفت عند مناقشتها في لجنة القانون المدني في مجلس الشيوخ المصري (راجع الأعمال التحضيرية ج ١ ص ١٩٠ ، ١٩٢) .

الفرع الرابع

مبادئ 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 مبادئ أو قواعد مثالية يقرها منطق الطبيعة والعقل السليم ، جعلت الحقوق الطبيعية أو مبادئ القانون الطبيعي ، على حد التعبير المصري ، أساس الحقوق ومصدرها الحقيقي . وقد فصلنا فيما سبق النظريات والآراء المختلفة حول هذه المبادئ والحقوق (١) .

ولقد أحال قانوننا المدني — كلقانون المصري — الى هذه المبادئ بنص صريح في الفقرة الثانية للمادة الاولى ، فجعلها بذلك مصدراً رسمياً احتياطياً وأخيراً يلجأ اليه القاضي ، في كل مرة لا يكون في المصادر الرسمية الاخرى من نص أو عرف ، أو مبادئ 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 ما سبق ص ١٣٧ - ١٥٢ .

القانون الطبيعي أو قواعد العدالة من المصادر الرسمية للقانون (أي للحقوق) في عدة مناسبات (١) .

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 ما يستهدف 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 المختلطة التي صدرت وقت إنشاء 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 - أي المشرع ربما كان متأثراً بالانتقادات التي وجهت الى مدرسة الحقوق الطبيعية التقليدية ، او المذهب التقليدي فلم يأتي على ذكر مبادئ القانون الطبيعي واكتفى بقواعد العدالة (راجع المدخل للعلوم القانونية ، المرحم السابق ص ٢٥٨ - ٢٥٩) . ثم في سنة ١٩١١ عاد فنص من جديد (كما في القانون رقم ١٥ الخاص بالنظام القضائي في شبه جزيرة سيناء ، أي القانون رقم ٨ المتعلق بالوحدات) على وجوب مراعاة 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 (١).

(١) لقد ترددت لجان تنقيح القانون المدني في الاحالة الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، او استبدالها بالاحالة الى مبادئ القانون الوضعي بما في ذلك مبادئ الشريعة الاسلامية ، او بالاحالة الى المبادئ 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 مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة قائلاً : « أليصح 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 لا يتبأ البقاء لاية جماعة ؟ بحيث يعد القانون الطبيعي مندجاً 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 . وهذا الشعور وان خفف من عدم مرونة القانون في حالة معينة ، فانه لا ينهض لاكمال نصوصه .. » .

ورغم هذا الانتقاد الوجيه والأقتراحات العملية التي تقدم بها الرئيس وبعض اعضاء اللجنة إذا ذلك ، فان الرأي القائل بالاحالة على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة هو الذي رجح ، باعتبار ان القضاء المصري قد ألفها واستند اليها في تطبيق المبادئ العامة . سواء للقانون المصري ، وسواء لمبادئ الشريعة الاسلامية ، وسواء اخيراً للقواعد المقررة في التشريعات الاجنبية والفقهاء الاجنبي .

ولقد اشارت المذكرة الايضاحية الى ذلك صراحة فقالت : « ان هذا الشق (من الفقرة المذكورة المتعلقة بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) لا يستحدث جديداً ، وانما 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 تحول القضاء حق انشاء الاحكام القانونية ، مع ان عمله ينحصر في تطبيق هذه الاحكام فحسب . ولم يشاء المشرع كذلك ان يحيل القاضي الى المبادئ العامة في قانون الدولة (المادة ٣ من التقنين المدني الايطالي الجديد او مبادئ القانون العامة (المادة الأولى من التقنين الصيني) بل احتفظ بعبارة القانون الطبيعي والعدالة .. : =

فهل من فرق بين هذين التعبيرين؟ يقول الدكتور مرقس^(١) انه « بالرغم من الفرق بين النصوص المختلطة والنصوص الأهلية القديمة في هذا الشأن، فقد استندت المحاكم أحياناً الى القانون الطبيعي، وأحياناً الى قواعد العدل، ولكنها في الغالب استعملت العبارتين معاً » ويضيف الدكتور مرقس معتقداً: « ان هذا يرجع الى ان القانون الطبيعي المبدئي لا يؤدي الى حل لجميع الحالات المسكوت عنها الا من طريق القانون الطبيعي التطبيقي، فاقضت الحال الاستناد الى كلا الأمرين ».

في الحقيقة ان اللفظين والعبارتين الواردين تبعاً لمصدر اخير رسمي للحقوق - مازم للقاضي عند فقدان المصادر الاخرى - ان هذين 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 مبادئ القانون الطبيعي قاصرة على المفاهيم النظرية الاساسية للمدرسة التقليدية، واما قواعد العدالة فهي ما يستخرج منها، أو يتفرع عنها من حلول وتطبيقات نوعية وواقعية.

وقد رجعت المحاكم المصرية - قبل صدور القانون المدني الجديد - الى

= وإزاء ذلك آثر المشرع ان يبقى على التعبير الذي استعمل في نصوص التشريع القائم، ويسر للقضاء اسباب الأجتهد في أرحب نطاق.

في كنف مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة طبقت المحاكم المبادئ العامة في القانون المصري، وَاخذت ببعض احكام الشريعة الاسلامية واتبعت بعض القواعد المقررة في تشريعات اجنبية او معاهدات دولية، بل وعمدت الى استحداث احكام اقتضتها طبيعة الروب-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 وطبقتهما في حالات مختلفة ، مستندة اليها في تبني عدد من النظريات الحقوقية الجديدة ، كحماية الملكية الادبية والفنية والصناعية ، حيث الزمت الممتدي على حق المؤلف او المخترع بالتعويض عما يلحق به من اضرار معنوية او مادية بسبب ذلك ، رغم عدم وجود نص قانوني يوجب هذه الحماية^(١) .
 وكالتعسف في استعمال الحق ، فرغم ان الاصل عدم مسؤولية مستعمل الحق عن الاستعمال الذي خوله اياه القانون ، فقد اعتبرت المحاكم المصرية بالاستناد الى القانون الطبيعي وقواعد العدالة ان استعمال الحق في غير الغرض الذي اوجد الحق من أجله ، يعتبر تعسفاً وموجباً للضران . وكالاتخاذ 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^(٢) ؛ بمعنى ان المحاكم المصرية لجأت الى هذا الينبوع الفياض لمسيرة التطور ، وتبني المستحدث من النظريات والاحكام الحقوقية باسم القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

ولئن اخذ قانوننا المدني الجديد اليوم باكثر هذه النظريات التي اخذها القضاء المصري من قبل ، فنص عليها صراحة ، بحيث لم يبق مجال الرجوع في تطبيقها

(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 حله من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

(٢) استئناف مصر ، ٩ أبريل ١٩٣١ ، مجلة المحاماة ١٣ - ٦٣ - ٤١ ، راجع مع ذلك قرار محكمة النقض المصرية برفض هذا الاتجاه والغاء الحكم المذكور استناداً إلى أنه لا يجوز الألتجاء إلى القانون الطبيعي وقواعد العدالة إلا عند عدم النص (تقض ١٤ يناير ١٩٣٢ المحاماة ٢ - ٨٣٣ - ٢٥٩) ، راجع كذلك السنهوري وابو سنيت ، المرجع السابق ص ١٠٨ وما بعدها ؛ والدكتور مرقس المرجع السابق ص ٢٦٤

الى مبادئ الحقوق الطبيعية ومفاهيم قواعد العدل ، بل الى القانون نفسه ، فان هذا المصدر يبقى الموثل الاخير ، والمعين الذي لا ينضب ، ليرجع اليه في مسأرة 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 ٦٥٤ و٦٤٨ اللتين ذكرتا صراحة في تقدير تعويضات العامل او حقوقه من قبل القاضي ، وجوب الرجوع في ذلك الى مقتضيات العدالة .

ومهما يكن الامر ، فانه لا يمكن تعداد مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وحصرها في عدد معين ومحدود من القواعد ؛ بل انها تستلهم من تلك المفاهيم العامة والثالية ، التي يقرها المنطق السليم والعدل الانساني عند بحث كل قضية او موضوع يعرض .

ولقد نص الدستور السوري لعام ١٩٥٠ في الفصل الثاني منه بعنوان «المبادئ الاساسية» على كثير من المبادئ والقواعد التي تعتبر اليوم في الحقوق والقانون ، من أولى مبادئ الحقوق الطبيعية واهمها كما أشرنا من قبل .

فقد جاء مثلاً في المادة العاشرة فقرة ١١ من الدستور المذكور ، ان لكل شخص حكم عليه حكماً مبرماً ، 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 ٣ من الدستور المشار اليه ان «لكل سوري حق الاقامة والتنقل في الاراضي السورية ، الا اذا منع بحكم قضائي او تنفيذ القوانين الصحية 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 يتناول قانون ، فانه يبقى مبدأ من مبادئ 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 لتحقيقاً لهذه الحماية الى القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، بسبب فقدان النص لسيها .

ولعل من ابرز المبادئ التي تبناها الدستور السوري المذكور للتوفيق بين الناحية الفردية والناحية الاجتماعية من مبادئ الحقوق الطبيعية ، ما تعلق بالملكية والعمل .

اما في الملكية فقد نص ان « الملكية الخاصة مصنونة ، 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 المبادئ الطبيعية الفردية ، سمح للمشرع 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 وامثالها - وقد تناولتها اكثر دساتير العالم الحديثة - ليست الا تطبيقاً لنظرية الحقوق الطبيعية في مجموعها او تفصيلها .

واننا نعتقد - مع ذلك - ان مفهوم هذه الحقوق الطبيعية والمبادئ المستقاة منها نفسها ، والتي تطورت مع الزمن ، متواصل تطورها هذا مع ما تأتي به الحياة الاجتماعية المستقبلية ، وكلما اتفق الناس على مبدأ جديد من مبادئها ادخل في التشريع واستقر . وأما قبل ذلك فانه يبقى للقاضي استخلاص الحلول الواجبة من مبادئ الحقوق الطبيعية كما يتبين له من الملاحظات والتقديرات الشخصية ، ومنطق الاشياء ، وبالتالي يظل هذا المصدر مصدراً احتياطياً اخيراً .

(١) وبالاستناد الى هذا المبدأ الطبيعي صدر المرسوم التشريعي رقم ١٣٣ تاريخ ٢٩ - ١٠ - ١٩٥٢ فاجاز فرض العمل الاجباري في الخدمات الثقافية والعمرانية والصحية ومكافحة الكوارث العامة وحالات الحرب والطوارئ .

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 للفظ 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 والفقهاء 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 والرأي . ونحن نقصد « بالاجتهاد القضائي » هنا المفهوم الحديث الذي
الفناه ، والذي جرى عليه المصريون والفرنسيون . اي قضاء المحاكم واجتهاداتها .
فما هو هنا المفهوم ؟

§ ١ - مفهوم الاجتهاد القضائي وتكوّنه

القضاء او الاجتهاد القضائي هو في اصله هذه المجموعة من قرارات
المحاكم والاقضية التي تقضي بها والاحكام التي تصدر عنها ، ويقول
دوباكيه Du Pasquier « ان القضاء او الاجتهاد القضائي ، هو تلك الحقوق
الموضوعية objectif المستخلصة من القرارات الصادرة عن المحاكم » (١) بحيث
نستطيع القول ان بمجمل الاحكام القضائية ، وحصيلة قرارات المحاكم في
المواضيع المتكررة والمختلفة التي تصدر عنها ، تؤلف بالنتيجة قواعد
واحكام موضوعية ومجردة تميز منها اتجاهات القضاء في الحكم ، ورأيه في
الموضوع بوجه عام .

في الحقيقة ، ان الحقوق الناشئة عن المصادر المختلفة ، وخصوصاً عن
المصدرين الاصلين السابقين ، القانون والعرف ، والمصدر الثانوي العام وهو
الحقوق الطبيعية وقواعد العدالة ، اذا لم تطبق وتنفذ تبقى نظرية خيالية ،
وقديماً قيل « القانون ماله حياة غذاؤها التطبيق العملي » ، « فاذا اقتصر
الامر على ان يسجل في التقنيات والتشريعات ، او على ان يدون في كتب
الفقهاء ، لم يعد ان يكون مذهباً من المذاهب العملية ، وهو بسد 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 لعلوم الحقوق وفلسفتها ، ص ٥٣ .

الحياة ، فيجعله يعيش وينمو ويتطور ، ويصقله ويهذبه ، ويطبمه 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 إنما هو قضاء المحاكم ، فاذا اختلف وارث مع آخر على التركة ، او تنازع بائع ومشتري على المبيع او الثمن ، او تشاجر شخص مع آخر فأضر أحدهما 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 مبادئ 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 والصرحة أو من التمام والكمال ، ما يعني عن كل إيجاد وابتكار ، عن كل عمل ايجابي منتج . فالى جانب النصوص الكثيرة الغامضة أو المهمة التي تحتمل التأويل ، والتي يتوجب على المحاكم أن تفتش عن حل لها بالوسائل التي ذكرناها في بحث تفسير القانون ، والى جانب النصوص الناقصة المتلومة التي تحتاج الى اكمال وتهذيب ، هناك أمور واحوال لا نص عليها ، ولا عرف ينظمها

(١) السهوري وابو سنيت . اصول القانون المرجع السابق ص ١١٦ .

أو يعطي حكماً لها ، مما يجدو بالقضاء لايجاد أحكام لها ، وقول الفصل فيها ، مستلهماً حلوله من المبادئ المختلفة في التفسير ، وعند الأقتضاء من مبادئ 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 بتوالي الاحكام وتابعها لتنشئ مجموعة من القواعد الحقوقية في أمور كثيرة ، لم ينص عليها القانون صراحة أو لم يتناولها تفصيلاً وكلاً ، أو أهملها تماماً ، فتشكل جسماً قائماً بذاته ، ومصدراً حقوقياً عملياً عظيماً ، هو ما نسميه بالقضاء او الاجتهاد القضائي .

§ ٢ - التنظيم القضائي

ولكي نعرف قيمة الاجتهاد القضائي وقوته الازامية لا بد لنا من الاشارة الى كيفية تنظيم القضاء واطواع المحاكم في بلادنا . القضاء عندنا ، هو الذي يملك اصدار القرارات والاحكام المؤلفة للاجتهاد القضائي ، يتكون من محاكم تبين كيفية تنظيمها ودرجاتها ، وطرق مراجعتها والحكم فيها ، قوانين اصول المحاكمات والمرافعات المدنية والجزائية ، وقانون السلطة القضائية ، هذه القوانين التي يبحثها بالتفصيل درس اصول المحاكمات ، وحسبنا أن نذكر هنا أن المحاكم في بلادنا كما هي في مصر وفرنسة ، تقوم اليوم على تدرج قضائي ربما تجاوز درجتين في بعض الأحوال ، ويكون فيها للمحاكم الأعلى سلطة الرقابة على المحاكم الأدنى منها .

وفما عدا القضايا البسيطة التي لا يتجاوز مبلغ الدعوى فيها حداً قليلاً ، وبعض القضايا الخاصة ، التي يعود النظر فيها الى محاكم الصلح (أو المحاكم الجزئية) والتي تكون أحكامها قابلة للطعن بشكل محدود ، فإن المحكمة الاصلية (أو الكلية) في الاصول العادية هي المحكمة البدائية (أو الابتدائية) التي تكون أحكامها في الأصل قابلة للاستئناف والتمييز (أو النقض) أمام محاكم استثنائية أو تمييزية أوسع في تشكيلها ، من حيث عدد قضاتها ومرتبتهن ، وبذلك تكون

القرارات القضائية خاضعة للتدرج في مراقبتها حتى تكتسب اللدجة القطعية .
 ويمثل الاجتهاد القضائي في هذه القرارات بصورة خاصة في الأحكام التي
 تصدر عن محكمة التمييز (النقض) كحكمة عليا بما في ذلك مجلس الدولة
 كمحكمة ادارية عليا ، كل منها ضمن اختصاصها ، والتي تتضمن مبادئ
 واتجاهات ، أو حلولاً حقوقية معينة ، ولا سيما عندما تستقر هذه القرارات
 وتثبت تكراراً ، وفي الماضي عندما كانت تصدر عن الهيئة العامة في محكمة التمييز
 (النقض) حيث تتأكد هذه المبادئ أو الحلول بصورة جازمة .
 وهكذا تولف قرارات المحاكم الصادرة بمناسبة القضايا والاختلافات العملية
 مصدراً حقوقياً شبه رسمي لا يرقى الى مصاف المصدرين الأصليين الرئيسيين ولكنه
 عملياً ذو قيمة كبرى .

٣ - قيمة الاجتهاد القضائي وقوته

ومع هذا لا يجب أن نفهم من ذلك ان قرارات المحاكم - في النظام اللاتيني ،
 ونظامنا الحقوقي - يكون لها في المواضيع التي فصلت فيها، من الصفة الازامية العامة
 بالمصدرين الحقوقيين السابقين ، بل انها خالية من أية صفة لإزامية الا بالنسبة
 للمتخاصمين . فالاحكام التي تصدرها محكمة ما بين شخصين لا تنزم أحداً من الناس
 غيرها ، ولا تنزم المحاكم الأخرى - حتى ولو كانت دونها درجة ؛ بل لا تنزم
 المحكمة نفسها التي صدرت الحكم ، بحيث تستطيع هذه المحكمة أن تقضي بين شخصين
 آخرين في موضوع مشابه بحكم مخالف ، وليس ما يمنعها نظرياً من ذلك (١) . ولقد
 جاء في كتاب عمر بن الخطاب الى ابي موسى الأشعري انه : « لا يمنعك قضاء
 قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك ان تراجع فيه الحق ،

(١) وقد قضت محكمة استئناف دمشق ان « الحكم المعطى بحق مدعي به ، لا يكون
 مستندا في دعوى أخرى يختلف فيها المدعي به او الطرفان » ، (رقم اساس ٥١ عام ١٩٣٩ -
 تاريخ ١٢ شباط ١٩٣٩ ، مجلة نقابة المحامين بدمشق ١٩٤٨ ، ص ٤١) .

فإن الحق قديم لا يبطله شيء ، ومراجعة الحق خير من التهادي في الباطل « ...
وكذلك جاء في قول عمر عن الحكم بن مسعود الثقفي « تلك على ما قضينا يومئذ »
وهذه على ما قضينا اليوم » (١) .

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 إذا كان الاصل النظرى في نظامنا الحالي ، ان قرارات المحاكم
لا تقيدها ، لكن الامر العملي الراهن ان القاضي او المحكمة تعتبر أدياً مرتبطة
برأيها ، ولا يجوز لها منطقياً ان تبدله كل يوم سلباً أو إيجاباً ، بحسب الرغبات
والشهوات ، أو بحسب المدعي أو المدعى عليه . ولا شك أن القاضي يفعل ذلك
من غير وجه قانوني أو منطقي يمرض نفسه للاثم . أضف الى ذلك أن التنظيمات
القضائية تجعل بين المحاكم تسلسلاً رتبياً ، وربما أوجبت - كما هي الحال في محاكم
الصلح أو المحاكم الجزئية - على المحاكم الدنيا اتباع رأي المحكمة الاخيرة (أي
محكمة التمييز) الزامياً ، وهي اذا لم توجب ذلك قانوناً 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 فرنسا ومصر ولبنان وأكثر البلدان ، توحد
آراء المحاكم واجتهاداتها لا يعقل أن تخالف المحاكم الدنيا مجرد المخالفة ، بل
لابد من ايراد اسباب ، فاذا استمر الاجتهاد القضائي في محكمة عليا كمحكمة
التمييز عندنا واستقر ، اصبح له عملياً قوة يشعر القضاة بوجود الخضوع له ،
لأن القضاة لا يروقه من غير شك - أن يروا أحكامهم عرضة للفسخ أو
للنقض ، بل ان محكمة التمييز نفسها مفروض فيها أنها - وان تكن المحكمة

(١) راجع اعلام الموقعين ، مطبعة النيل ، ج ١ ص ١٣١ .

العليا التي لا تخشى محكمة فوقها ، تنقض احكامها أو تفسخها — فإنها رغم ذلك لا تصدر بين الفينة والفينة أحكاماً متناقضة ، واجتهادات متفاوته 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 بإمكان المحكمة أن تبدل الاجتهاد ، فيقولون حدث تبدل في الاجتهاد revirement de la jurisprudence أو رجوع عنه ، ولكنه تبدل عام في الاجتهاد بتمامه ، وبلاستناد 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 عملاً بالمادة ١١ من القرار ١٨٨ المتعلق بالسجل العقاري ، وأنه لا ينتج عنه سوى التزامات شخصية بينها ، 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 تمييزها وطلبها ، ولكن أي نوع من المصادر يكون ؟ أهو كالتقانون 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 ننقل إلى الشرائع الحديثة .

٤ - تاريخ الاجتهاد القضائي ودوره

في العصور القديمة ، في بلاد ما تزال الحقوق في مرحلتها العرفية ، فإن القضاء يكون فيها مصدرأ هامأ ، ويلعب دورأ كبيرأ لا يقل عن القانون والعرف ، لأنه هو الذي يحدد العرف ويظهره كما رأينا ؛ انه السبيل الوحيد لاطهار هذا العرف بشكل إيجابي متبلور ومعين لا شك فيه ولا اختلاف ، إلى حد حمل البعض على القول إن القضاء يلعب الدور الاساسي في إظهار العادة وإنشائها .

والواقع أن القضاء يؤلف مصدرأ تفسيرياً وتكميلياً للحقوق بعد القانون والعرف ، ولعله من الخير أن نستعرض بإيجاز دور القضاء كمصدر للحقوق في الشريعة الرومانية والشريعة الاسلامية قبل أن ننتهي بذلك إلى التشريع الحديث .

أ - القضاء في الحقوق الرومانية :

لقد لعب القضاء في روما كمصدر للحقوق دورأ لا يقل أهمية عن القانون والعرف ولا سيما منذ بدأ البرهتور الروماني Préteur يتولى شؤون القضاء . فلم يكن البرهتور ليقنصر على تطبيق القانون ، بل كان يضعه وضماً 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 أ كثر 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 - ولو كان القانون يميزها في الأصل - أو قبول سماعها - وإن كان القانون السابق لا يميزها - أن يعدل من أحكام القانون وأن يوجد مصدرأ أصلياً ورئيسياً للحقوق . فمثلاً كان القانون الروماني القديم لا يجعل العش

مبتلاً للمقود ، ولما أراد البره تور ، أن يحقق العدالة يجعل الغش مبطلاً لها ، سمح المدعى عليه ، ضحية الغش ، وإجاز له أن يقدم دعماً يدفع به 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 ودفعاً كان من شأنها أن تدفع بالقانون الروماني في طريق التطور .

وقد تواتت 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 وقتن . وأصبح هذا القانون الروماني الذي نعرفه اليوم والذي هو من صنع القضاء إلى حد كبير (١) .

ب — هذا في روما أما في فرنسا قديماً ، فإن البرلمانات الفرنسية التي كانت تقوم مقام محاكم الاستئناف اليوم ، كانت تصدر نوعين من القرارات ، أحدهما في حل الخلاف المعروف والثاني قرارات تنظيمية *arrêts de règlement* ، لا تتناول حل خلاف بين متخاصمين ، وإنما تعين المبدأ القانوني الحقوقي في موضوع معين عام ، قائمة بذلك إلى حد كبير مقام التشريع في إيجاد القواعد الحقوقية مما جعل القضاء في ذلك العصر مصدراً أصلياً للحقوق ، لا يقل أهمية عن التشريع والعرف .

ج — أما في الشريعة الانكليزية ، فإن الدور الذي لعبه القضاء في اجتهاداته وأحكامه يكاد يكون — ولا يزال — من أهم وأبرز الأدوار التي لعبها القضاء بالنسبة للشرائع

(١) راجع دروسنا « محاضرات مستعجلة في تاريخ الحقوق ، ١٩٥٥ تاريخ الشريعة اللاتينية الدور الثالث والدور الرابع .

الآخري ، وربما صح أن نسمي الحقوق الانكليزية حقوق الأعراف والقضاء . فقد نشأت هذه الحقوق من طريق الاعراف وتطبيق المحاكم لها، أو إيجاد الحلول اللازمة للمشاكل من قبل المحاكم مباشرة حين لا توجد أعراف . وكان كل حكم يؤلف سابقة قضائية Case law أو Prècedent 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 - وهي الهيئة القضائية العليا - يقيد هذا المجلس ويلزمه في القضايا المماثلة كما يقيد محاكم الاستئناف وغيرها من المحاكم الأدنى ولا يمكن المدول عن هذا القضاء ، أو عن القاعدة التي أخذ بها ، إلا بسن قانون صريح ، أي بإصدار 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 - أما الشريعة الاسلامية ، فقد قسمها بعض المؤلفين (السنهوري وأبو ستيت) (٣) إلى ثلاثة عهود من حيث تأثير القضاء والفقهاء فيها .

١ - العهد الاول : عهد النبي عليه السلام . وفي هذا العهد كانت مصادر الحقوق الكتاب والسنة فقط . ولم يكن لغيرها من قيمة أو أثر في إيجاد 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 R . David المدخل لدراسة الحقوق الانكليزية ص ٢٤٣ وما بعدها

(٢) راجع محاضراتنا المستعجلة في تاريخ الحقوق الشريعة الانكلوساكسونية .

(٣) راجع السنهوري وأبو ستيت ، اصول القانون ، المرجع السابق ص ٢٢ وما بعدها ،

راجع كذلك محاضراتنا المستعجلة في تاريخ الحقوق ، تاريخ الشريعة الاسلامية .

السلام أول قاض في الاسلام . وكان قضاؤه ملازماً 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 هي السنة ، وهي ملازمة بهذا الوصف ، والوقائع التي يقضي فيها ، وقضاؤه غير ملازم 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 ويماشي كل منها الآخر . وآية امتزاج الفقه بالقضاء في هذا العهد ، أن وجد القاضي الفقيه وقد تأثر الفقه بقضائه ، ووجد الفقيه المقتي وقد تأثر القضاء بفقهه ، فكان من الصعب تمييز الفقه عن القضاء في ذلك ، إذ كان القاضي فقيهاً والفقيه قاضياً (٢) » . اضافة إلى ذلك ان القضاة كانوا لا يتهيبون

(١) فهو اذا قضى في حادثة كان لفضائه صفتان ، صفة المشرع فيما يلهمه الله من وحي وما ينزل عليه من كتاب ، فبين القاعدة القانونية الواجب تطبيقها ، وصفة القاضي عندما يطبق القاعدة القانونية التي قررها على ما يعرض امامه من وقائع وحالات خاصة . ويجب التمييز بين الصفتين . فصفة المشرع لم ينكرها عليه أحد من الذين آمنوا برسالته ، اما صفة القاضي فقد ترددوا في التسليم له بها حتى نزلت الآيات الفاطمة في اثباتها له فقال تعالى : « فان تنازعتم في شئ فردوه الى الله والرسول ، ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، ذلك خير وأحسن تأويلاً » . الى ان يقول : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ، وسلموا تسليماً » ... وإذا كان النبي معصوماً بصفته مشرعاً ، فهو ليس كذلك بصفته قاضياً ، وقد قال تأكيد لهذا المعنى : انكم تحتصمون الي ولعل بعضكم ان يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما اسمع ، فمن قضيت له بحق أخيه فلا يأخذ شيئاً منه ، فانما افضي له قطعة من نار (السنهوري وابو ستيت : المرجع السابق ص ١٢٣) وبضيف 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 للاستئانة بهم « فقد ذكر ابن عرنوس - وهو قاض - 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 - كما سنرى - 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 وتابعهم... بعد أن فصل الخلفاء بين القضاء والولاية ، وكان أكثر القضاة مجتهدين ، وأقلهم مقلدين . وقد اشتهر 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 - 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 لا ينفع التكلم بحق لا تهاذله . آس الناس في مجلسك ، وفي وجهك وقضائك . حتى لا يطمع شريف في حيفك ، ولا يأس ضعيف من عدلك ؛ البينة على المدعي واليمين على من انكر ، والصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً أحل حراماً او حرم حلالاً ، ومن ادعى حقاً غائباً ، أو بينة فاضرب له امدأ ينتهي اليه ، فان بينه اعطيته بحقه ، وان اعبرزه ذلك استحللت عليه القضية ، فان ذلك هو ابلغ في العذر واجلي للعلماء ، ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم ، فراجعت فيه رأيك ، فهديت فيه لرشدك ان تراجع فيه الحق . فان الحق قديم لا يطله شيء ومراجعة الحق خير من التادي في الباطل . والمسلمون عدول بعضهم على بعض ، لا يجربوا عليه شهادة زور ، أو مجلوداً في حد ، أو ظنياً 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 فانس الامور عند ذلك ، وأعرف الأمثال ، ثم اعمد فيما ترى الى احبها لله واشبهها بالحق ، واياك والغضب والغلق والضجر والتأدي بالناس ، والنكر عند الخصوم ، فان القضاء في مواطن =

فيتضح من هذا ما كان للقضاء من شأن في توليد القواعد الحقوقية وإيجادها
نهما يشبه القضاء عند الرومان من حيث الأخذ بقضاء السلف ، والسير على هديه^(١)
وان كان ممتزجاً مع الفقه إلى حد يصعب معه التمييز بينها . لاتحاد الصفة الفقهية
والقضائية في الشخص الواحد .

٣ — أما العهد الثالث ، وهو الذي بدأ بظهور الأئمة وتدوين الفقه ، فهو
عهد الفقه والفهاء أكثر منه عهد القضاة والقضاء . فقد ضعفت فيه أحكام القضاء
وقواعده عما كانت عليه في الماضي ، ومع ذلك لانسى قيام أكبر 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 الإسلامية احتل مكانة في صدر الإسلام
وفي العهد الثاني كبيرة ، ولكنه مع ذلك لم يكن ليعتبر من المصادر الأصلية .
فألى جانب المصدرين الأصليين السابقين الذكر ، الكتاب والسنة ، أوجد الفقهاء
مصدرين آخرين هما الاجماع والقياس ، وهما ما يدخلان 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 لا يقبل
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 فعمراً 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 كانوا 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 الانكاول أميركية ، حيث العرف وحيث الاجتهاد ميزالان 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 إلى 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 تحليل الاحكام ودراستها دراسة علمية كافية ، فضلاً عن تقيدهم الشديد وتأثرهم إلى حد كبير بالتعامل العثماني ومذهب التقيد . وحسبنا أن نشير بإيجاز إلى وضع القضاء في فرانسة وعندنا وإلى أهم وسائله ومراجعته فيها .

ليس للقضاء في الشريعة الفرنسية وشريعتنا ، ماله في الشرائع الانكلو-ساكسونية ، إلا أنه إذا كان خاملًا 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 لازمة في الشريعة الانكليزية ، ليست في الشرائع اللاتينية سوى وسيلة للاستئناس لا لإلزام فيها . أضف إلى ذلك أن الفرنسيين حريصون على ألا يجعلوا أحكام القضاء تشريعاً عاماً وقانوناً لازماً ، احتراماً لمبدأ فصل السلطات . فالسلطة القضائية ليس من وظائفها أن تشرع ، 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 ، مبدأً عاماً ليطبق في القضايا المماثلة كحكم عام .

على أنه بالرغم من ذلك المبدأ وهذه المادة ، فإن لقرارات المحاكم ما يعطيها من الأهمية العملية صفة واقعية يمكن اعتبارها معها كلقانون أو أفضل . وقد أوجدت المحاكم الفرنسية والمصرية من القواعد الحقوقية باجتهاداتها ، ما يسمح باعتبارها أخصب المصادر الحقوقية وبما لا يقل 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 المشرع قد يرى في كثير من الأحيان أن من غير المفيد تأكيد النتيجة التي وصل إليها القضاء بقانون يسنه .. أو أنه لا يرى بعدئذ ضيراً من النص على ما اتفق عليه القضاء باجتهاده بنص تشريعي قانوني يؤكد .. وهكذا يصح القول أن القضاء يصنع القانون I.a jurisprudence fait la loi .

وقد استعمل القضاء الفرنسي والمصري والبناني والسوري ، ولاسيما الأول منها ، بما له من مراس طويلة وخبرة متبادية ووسائل فنية ، صلاحياته هذه على مقياس واسع ، وأصدر كثير من الأحكام ذات النتائج المبدئية Arrêts de principe لا على أنها غير شخصية ، كقرارات البرلمانات السابقة ، وإنما على أنها شخصية ، وفي قضية معينة ، ولكنها تتناول الفصل بمناسبة اختلاف المعروض حول مبدأ عام مختلف فيه . وربما في أمور لم يأت القانون على ذكرها مطلقاً ، كعمود التأمين

وقضايا العمل ، والتعسف في استعمال الحق ، الخ ... قبل صدور القانون ونصه عليها ، موجداً بذلك قواعد حقوقية ، ومدلاً أنه مصدر انشائي بقدر ما هو عملي تطبيقي .

ولعل من أبرز الأمثلة على عمل القضاء وقيمه ، كمصدر للحقوق ، وصانع للقانون ، هذه القواعد والمبادئ الكثيرة التي يقرها القضاء في القضايا والدعاوى التي ترك القانون في الاصل للمحاكم سلطة التقدير فيها ، أو مجال تفسير النصوص المتعلقة بها ، كمثل قواعد الحراسة القضائية ، ودور القضاء في إيجادها (١) أو كمثل قواعد المسؤولية التقصيرية في الحقوق الفرنسية ولاسيما المواد ١٣٨٤ و ١٣٨٥ وغيرها .

على أن ثمة فقهاء ومؤلفين مازالون ينكرون على القضاء انشاء الحقوق ، أو صنع القانون ، ويعتبرون أن القضاء — كالفقه — ليس مصدراً رسمياً ، من مصادر الالتزام وإنما مصدراً من مصادر الاقناع (٢) . ونحن نعتقد أن القضاء في الحقيقة وواقع الامر مصدر شبه رسمي ولكنه ثانوي اضافي .

§ ٥ - وسائل الاجتهاد القضائي ومراجعته

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 يوماً بعد يوم ازدياداً يتفق مع توسع الاجتهاد القضائي — ولاسيما في القضائين الفرنسي والسويسري القريبين منا — 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 — ٣٧٧ .

١- مجموعة دالوز الدورية Dalloz Périodique ، ففي قسمها الاول تبحث بأقضية محكمة النقض الفرنسية ، وفي الثاني بأقضية 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 أربعة أقسام : الاول للمقالات - أي الفقه - والثاني للقضاء - أي الاجتهاد القضائي - والثالث للملخص الاحكام عموماً ، والرابع للتشريع والقوانين .

وتتماز « دالوز » بمجموعتها العملية Dolloz pratique التي صدرت في اثني عشرة مجلداً وثلاثة ملاحق والتي تحوي الفقه والقضاء معاً مبنية على الأحرف الابجدية للمواضيع وبشكل يسهل الرجوع اليه .

٢ - مجموعة سيروي 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 دو باليه Gazette du Palais ، وهذه مجلة قضائية بحجة 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 الاهلي والمختلط في عام ١٧٧٦ - ١٨٨١ بقليل ، عدد من المجموعات الاجنبية أولاً (باللغة الفرنسية) ثم الوطنية (باللغة العربية) . وقد استعان المشرع المصري في اصدار قانونه المدني الجديد بهذه المجموعات القيمة الحاوية لقضاء المحاكم واجتهاداتها ، والتي تعتبر بالنسبة لقانوننا مصدرأ رئيسياً وهاماً من مصادره ، ونكتفي هنا بذكر أهمها في القانون 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 والابرار ، تصدر جامعة لهذه الأحكام لتصبح مجموعة ضخمة للاجتهاد القضائي المصري ، كما صدر لها موجز يجوي 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 ماسياتي :

صدر في لبنان منذ عهد الانتداب مجموعة باسم « المجلة القضائية » ليوسف صادر ، وهي مزيج من التشريع والاجتهاد والفقهاء وربما غلب عليها طابع التشريع والبلاغات . كما صدرت فيما بعد مجلة « المحامي » وعينت 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 فقد 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 ، وضممتها 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 ما يراه المؤلفون الحقوقيون من آراء ونظريات في الحقوق الوضعية ، وما يجدونه من حلول في مؤلفاتهم وما يستخلصونه من قواعد وأحكام ، ويعرفه البعض قياساً على تعريف « دوباكيه » للاجتهاد القضائي بأنه « استنباط الاحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية »^(١) فالفقه اذن مجموع هذه الآراء والفتاوى 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 مظهرها العلمي والعملي لم يبق منها شيء كثير .

والحقوق علم يمت إلى العلوم الاجتماعية بأوثق سبب ، ولشكل نشاط اجتماعي

(١) (السهوري و ابو ستيت ، اصول الفانون ، المرجع السابق ص ١١٦ .

علم يسجل قواعده واحكامه ، وعلماء يبحثون وينقبون ويسجلون ، فالحقوق علمها
الفقه وعلمائها الفقهاء (١) .

§ 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 لا يتعدى 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 أهلاً لأن يكون من
علماء الفقه والحقوق .

أ — فالليونان لم يجعلوا من الحقوق الوضعية ، رغم ما بلغوه 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 كاملاً ، ويحسون على أساس اخلاقي مثالي ، ويدرسون الحقوق لا كما هي
موجودة بل كما يجب أن تكون .

ب — أما في روما ، فلعل الامة الرومانية كانت أولى الامة القديمة التي
قام فيها بعد قليل من تأسيسها فقهاء ، وعلم حقوقي وضعي على غاية من الروعة ،

(١) عن السهوري وابو ستيت . اصول القانون ، المرجع السابق ، ص ١١٦ .

وكان يسمى هؤلاء الفقهاء Prudents بشرحون ويفصلون حقوق زمانهم ، متحرين أسبابها العميقة البعيدة ، مجتهدين أن يجدوا حلاً للسائل 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 المبادئ والمؤسسات الحقوقية استمدت منها الحقوق المتأخرة بمقياس واسع .

ولقد نشق الفقه في روما في وقت من الاوقات كثيرون ، وتوصل فقهاء الرومان خلال عهد الامبراطورية الذهبي ، وربما قبل ذلك ، الى إصدار فتاوى وأجوبة بلغت حداً كبيراً ، كانت تعتبر بأوامر الاباطرة أنفسهم مستنداً للحكم ، يحتاج بها المتقاضون ويأزم القضاة بالحكم وفقها ، حتى تضاربت وأسيء استعمالها مما اضطر الأباطرة بعد ذلك الى إصدار قانون المراجع الشهير Loi de citation الذي عين الفقهاء الخمسة اصحاب الحجج الراجعة الذين يجب العمل برأيهم في أكثرتهم (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 التكوّن لأن وجود النبي لم يسمح لتفقه أو لفقيه ان يظهر او يبدأ ، ولأن المشرع الذي كان هو المرجع الاصلى ، كان حاضراً وموجرداً ، ما يزال يواصل رسالته ليحقق أهدافه بما في ذلك التشريعية منها . فكان الكتاب والسنة فقط هما 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 بمزجين ، 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 فقيهاً . إلا أن حركة الفقه كمصدر للشريعة الإسلامية أخذت بالقوة ، بعكس الاجتهاد ، حتى إذا استكمل الفقه نضوجه صار هو وحده ، إلى جانب الدين ، مصدراً للشريعة الإسلامية ، ولكن ذلك لم يتم إلا في العهد الثالث .

والذي يهمنا بحته هو مقدار نصيب الفقه في تكوين الشريعة الإسلامية .

عرفنا أن هذه الشريعة كانت في الدور الأول مقصورة تقريباً على الكتاب والسنة ، فزادها الفقه في هذا العهد الثاني مصدرين آخرين ، الاجماع والقياس ، وهما المصدران الخصبان اللذان يكفلان للشريعة الإسلامية مرونتها على مر الزمن (١) .

(١) أما الاجماع كمصدر أصلي ، فقد اعترف به كل أهل الحديث وأهل الرأي بقدر واحد ، ووجدت فكرة تنظيم الرأي عن طريق الاستشارة ، وقد رأينا أن الخلفاء والقضاة كانوا يستشيرون أهلهم (واسألوا أهل الذكر) فإذا اجتمع رؤوس الناس وخيارهم على أمر قضوا به . وقد بدأ الاجماع يكون مقصوراً على الصحابة ، ثم امتد إلى التابعين فتابعيمهم ثم صار أخيراً إلى اجماع المجتهدين من أمة محمد في عصر من العصور . وفي هذا تطور للاجماع من شأنه أن يجعل الفكرة خصبة قابلة لتطور جديد . ومن الفقهاء من ذكر أن مستند الاجماع حديث للنبي عليه السلام « لا تجتمع أمي على ضلال » ونقل المستشرق كولدزير Goldziher عن طبقات الشافعية للسبكي ، أن سند الأجماع قوله تعالى في سورة النساء : « ومن يشاقق الرسول من بعد أن تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين ، نوله ماتولى ، ونصله جهنم وسامت مصيراً ... » (عن السنهوري وابو ستيت ، المرجع السابق ص ١٢٧) .

« أما القياس ، ويؤخذ هنا بمعناه الواسع ، الرأي والاجتهاد ، فقد اختلفت المدرستان في الأخذ به اختلافاً بيناً ، فأهل الرأي يكترون من القياس والتفريع والاستنباط ، ويفرضون الفروض الممكنة وغير الممكنة حتى اشتهروا بذلك . وأهل الحديث لا يلبأون إلى القياس إلا في القليل النادر من المسائل ولا يفرضون فرضاً لم يقع » (المرجع السابق) .

وإذا كان «القياس» كمصدر عام قائم على المنطق والفهم ومقايسة الامور بالأشياء او الأضداد، أقرب الى طرق البحث ، وأسباب التفسير منه الى مصدر اصلي للحقوق ، وبالتالي طريقاً مشتركاً بين القضاء والفقهاء ؛ غير انه كان عند الفقهاء أكثر توسعاً وأجزل انتاجاً منه عند القضاة ، بسبب ما أحاطه 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 احياناً ، وربما في بعض الأحوال ، مبادئ المدلل والحقوق الطبيعية .

٣- العهد الثالث (١)

« ويبدأ من وقت تدوين الفقه الى اليوم .

« في أول هذا العهد ارتفع شأن الفقه ارتفاعاً عظيماً 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 ، وترکز مذهب أهل الحديث في مالكا بالمدينة ، واستمر الخلاف بين المذهبيين حتى بلغ أشده . ثم عادت المدرستان الى التقارب والتفاهم على يد أبي يوسف والشافعي وان شذ بهد 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) كمنهـب الازاعي ، ومنهـب سفيان الثوري ، ومنهـب ابن جرير الطبري وغيرها . .

والواقع من الامر أن هؤلاء الأئمة ختموا عهداً بدأها غيرهم ، قد لا يصح التفريق بينها . وكان عملهم الانشائي أقل من التنظيمي . لأن الفقه قد استكمل فضوجه على يد الفقهاء المتقدمين ، وأصبح ، ولا سيما عند أهل 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 ، مع تنظيمه ووضع 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 عند أبي حنيفة او المصالح المرسلة عند مالك (١) ، مما يعتبر خطوة فقهية كبيرة الأثر في عالم الشريعة الاسلامية . ولقد 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 ومنع ظهور المشرع ، وانفرد يخلق في سماء الحقوق (٢) ، حتى ان أكثر الفقهاء منهم كانوا يرون ان البعد عن القضاء للفقيه تنزهاً ومفخرة (٣) .

(١) من المبالغة ان ترى في هذه المذاهب ما يفرق 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 والمبادئ الرئيسية ، وربما انحصر الخلاف في بعض الفروع التفصيلية او الاسباب التفسيرية ، ولولا تعصب فقهاء كل مذهب لمذهبهم ، ولا سيما المتأخرين منهم ، لاندمجت هذه المذاهب واصبحت مذهباً 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 كثيراً من المحدثين لا يرون حديث من تقرب الى

وهكذا فإن الفقيه في هذا العهد ، عندما استأثر بالأمر ، ابتعد عن الحياة العملية أكثر من الفروض الخيالية ، فجمد الفقه ، وفقد ما يغذيه من عناصر الحياة الخارجية ، لاسيما وان طبقات الفقهاء كثيرة الى أن انتهت طبقة المقلدين^(١) ، ومنذ وصل الفقه الى هذه الطبقة قال الكثيرون باغلاق باب الاجتهاد .

هذه هي خلاصة وجيزة عن أدوار الفقه في الشريعة الاسلامية ومراحلها ، وتلكم هي لحظة سريرة عن أسسه واتجاهاته ، ومنها يتضح الدور الذي لعبه ويلعبه الفقه في الشريعة الاسلامية .

د - أما في أوروبا ، 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 أصبح 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 وتفرقه الفروع والاحكام ، مع صفة 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 في المسائل التي لانس 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 ، لانتزال آثارها بادية الى اليوم .

ويتضح مما تقدم ان عمل فقهاء القانون ، وشراح القانون ، هؤلاء المساعدين الأصليين ، هو ما سميناه 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 ، وبين 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 ومبادئ القانون الطبيعي ، وحتى مع المصدر شبه الرسمي العملي ، وهو الاجتهاد القضائي ، كلها لا تكفي 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 لآتمحص ، حاملة آراء الفقهاء في مواضيع مختلفة ، كل هذه الوسائل طرق لتشييد ببيان 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 .

أ - ولكن هل بشكل الفقه مصدراً رسمياً من مصادر الحقوق

مادام الفقه هو تلك الآراء الشخصية والنظريات الخاصة التي تصدر عن أناس وافراد لصفة رسمية لهم ، وربما تناقضت آراؤهم أحياناً ، كما يحدث في الكتب والمؤلفات المتعددة ، فهل يجوز أن تعتبر قاعدة حقوقية يقول بها فقيه أو يناادي بها فقهاء ، لازمة ، ومصدراً رسمياً من مصادر الحقوق الوضعية ؟

لاشك أبدأً 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 ملازماً على الاقل لبعض 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 تلك الآراء والنظريات التي تؤلف الفقه ، تأثيراً كبيراً إن في الماضي وإن في الحاضر ، على التشريع والاجتهاد ، وبالتالي على القواعد الحقوقية والحقوق .

وإذا رفعتنا الفقه الروماني من الحقوق الرومانية ، أو الفقه الاسلامي من الشريعة الاسلامية فماذا يبقى ؟ نكون قد انتزعتنا منها ما هو 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 أكثر احكامه من مؤلف بونيه Bugnet
 غير الفقه الفرنسي في القرن الثامن عشر؟ أو ليس القانون المدني السويسري
 مديناً في أكثر مواضعه وترتيبه كما هو مدين في تهيئته وتحضيره ، إلى الفقيه
 السويسري أوجن هوبر Eugène Hubert ومؤلفاته في الحقوق؟
 وفي المانيا النازية ، فإن الفقه والمعلم الحقوقي ، كما قال الدكتور فرانك
 Frank وزير عدل هتلر ورئيس المجمع العلمي الحقوقي في المانيا اذ ذاك ، « قد
 أثر تأثيراً كبيراً في تشريع الريخ إلى درجة لم تعرف من قبل » .
 وآراء الامتاذ 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 ، تبيننا
 أن عدداً من المبادئ والاحكام التي تبناها وأخذ بها ، كانت من تأثيرالفقه والقضاء
 المصريين ، وربما الفقه الأجنبي بوجه خاص .
 ويبدو أكثر مايدو تأثير الفقه على الحقوق في الاجتهاد القضائي
 وقرارات المحاكم .

ب - تأثير الفقه على الاجتهاد القضائي :

ولعل تأثير الفقه على الاجتهاد والقضاء أبرز وأظهر مايبكون في الحلول التي
 تبناها المحاكم في قراراتها ، حتى أن القانون المدني السويسري أوصى القضاء
 بالاستيحاء من المبادئ التي أخذ بها الفقه ، وحتى لا يكاد يخلو حكم من أحكام
 القضاء السويسري من تلميح لا قوال فقيه أو رأي مؤلف ؛ بل ربما أدى انتقاد
 الفقهاء والمؤلفين لبعض اجتهادات المحاكم إلى تبديل في هذه الاجتهادات. وبملاشك
 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 والرقابة ، 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 ، فإن التعاون بين الفقه والقضاء كان وما زال من أهم وأفضل الوسائل لتقدم الحقوق وازدهارها ، بحيث تخف عيوب كل منها جزأيا الثاني .

وصفوة القول ، فإن الفقه والقضاء أصبحا اليوم في مصر ولبنان وسورية ، كما هي الحال في فرانسة ، مصدرين علميين ، ولكنها تفسيريان ، وليسار سميين 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 » (١) وهذه الصفة التقليدية تنطبق تماماً في لبنان .

ومع ذلك فإن الفقه المصري أخذ منذ زمن يعمل على التحلل من قيود الفقه الأجنبي ليكسب طابعه الخاص ، ولكنه ما يزال 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 (٢) .

أما في سورية فإن مكانة الفقه محدودة ، وقد كان في الماضي وحتى سنين خلت ، يرجع بمد 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 الامتازين المرحومين سعيد مراد الغزي وسعيد الحماسي

(١) المرجع السابق ص ١٣١ .

(٢) راجع الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الاول

منظرية العقد ، المقدمة ؛ راجع كذلك اصول القانون ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ .

في الحقوق المدنية ، تمليقاً 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 الفقه إلى جانب نهضة القضاء ، وأن يتعاون الاساتذة والقضاة في تقدم الحقوق وازدهارها ، وأن تكون وسائل النشر الجديدة والمؤتمرات ، والتبادل الثقافي ، ولا سيما وجود تشريعات واحدة أو متشابهة إلى حد كبير ، في كثير من البلاد العربية ، سبباً في تحقيق مانصبوا اليه ونرجوه لتقدم الفقه ومن ورائه الحقوق في بلادنا .

* * *

القسم الثاني

نظرية الحق وأرطانه

تمهيد

استعرضنا في القسم الاول من هذه الدروس ، تحت عنوان مدخل الحقوق ، معلومات عامة عن الحقوق بوجه عام ، وأسسها ومصادرها .
ولقد فرقنا في فاتحة بحثنا ، تحت عنوان معاني الحقوق^(١) ، بين نوعي الحقوق البارزين ، الحقوق بالمعنى الموضوعي Droit objectif والحقوق بالمعنى الشخصي أو الذاتي droit subjectif التي يتمتع بها فرد معين أو أشخاص أو هيئات معينة ، وقلنا ان بحثنا في القواعد الحقوقية بوجه عام ، من حيث الاسس والمصادر ، انما هو بحث موضوعي عام فيما هو واجب التطبيق على الحقوق الشخصية والاحوال الخاصة .

وإذا اردنا ان نستعرض الآن استعمال الحق وتطبيق القانون ، فاننا انما نتناول بالبحث الحق بالمعنى الشخصي ، وآثاره بالنسبة لصاحبه وبالنسبة للناس .
او بتعبير آخر اننا نبحث في نظرية الحق الذي يمثل بتلك السلطة (اي الحق بالمعنى الشخصي) ومداه ، لأن كل قاعدة من الحقوق الموضوعية تنتهي من الناحية الواقعية ، كما ذكرنا من قبل^(١) ، بحق شخصي او بالمعنى الشخصي اي بسلطة لشخص او طرف في موضوع او عمل ما تنشأ عنها علاقات وروابط بين هذا الشخص او الطرف وبين الآخرين^(٢) .

(١) راجع ما سبق .

(٢) راجع دولا كرسيه ولا بوردلاكو ست La Berthe de la Gressaye et borde Lacoste المرجع السابق ص ٣٢٧ ؛ راجع كذلك محمد علي عرفة ، مبادئ 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 مكثبات 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 تقسمه بينها .

هنا أيضاً ، 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 أم التقسيمات التي نصادفها في دراساتنا المقبلة ، والتي تؤثر مباشرة على هذه الدراسة ، بحيث تختلف النتائج والاحكام باختلاف هذه الانواع وبؤدي التمييز بينها الى التفريق في الآثار العملية لهذه الاحكام .

١ — الحقوق السياسية و الحقوق غير السياسية أو المدنية

droits politiques et droits civils

أول هذه التقسيمات من حيث وضع الانسان في المجتمع والحقوق التي يكتسبها وتقرها له الحقوق الموضوعية ، هو التمييز بين الحقوق السياسية للانسان *droits politiques* والحقوق غير السياسية أو المدنية (كما يسمونها) *droits civils* . فالحقوق السياسية التي يتمتع بها الانسان أو المواطن في البلاد ، هي تلك السلطات المعترف بها في الحقوق العامة ، ولاسيما الدستورية التي ضمنها للمواطنين كي يساهموا ويشتركوا في حكم بلادهم وإدارتها . وأبرز هذه الحقوق السياسية للأفراد — كحق شخصي أو ذاتي — حق الانتخاب والتصويت ، ثم حق الترشيح والتمثيل ،

(١) راجع دولا كرسيه ولا بور دلاكوست ، المرجع السابق ص ٣٣٠ وما بعدها ؛

السنهوري وابو سبيت ، اصول القانون المرجع 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 للإنسان ، 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 الأجانب. 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 مؤقتة . 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 ، فإنها 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^(١) بل نتيجة لهذا الوجود . ولأن الفرض منها أن لا يستطيع الانسان التمتع بوجوده ، والاستفادة من حريته ونشاطه^(٢) .

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 ويشترى .

ونحن في دراستنا المقبلة إنما نعى 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 الشخصي 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 حرته في مظاهرها المختلفة ، كحق الحياة ، أو الحقوق المتعلقة بالحريات والمساواة ، إلى غير ذلك من الحقوق الأساسية للإنسان التي طالما نصت عليها بيانات حقوق الإنسان ودساتير الدول ، واتسعت مع تطور المدنية وتقدمها اتساعاً عظيماً ، وازداد عددها كثيراً .

وإذا كانت هذه الحقوق العامة للأفراد تدخل في أبحاث قسم الحقوق بالمعنى الموضوعي ، أو القانون العام كما يسميه المصريون Droit public وفروعها المختلفة أي الحقوق الدستورية والإدارية والجزائية وغيرها ، وتبدو بذلك أجنبية عن الحقوق الخاصة أو القانون الخاص Droit privé ، إلا أن ما يمتاز به هذه الحقوق الخاصة من أنها تؤلف رخصاً أو مكنتات يعترف القانون بها لجميع الناس على السواء ، وتعتبر لازمة لكل إنسان ، تثبت له بمجرد وجوده ولا يعيش بدونها ، فهي من مقومات شخصيته ، حتى سميت بحقوق الشخصية Les droits de la personnalité أو بالحقوق الطبيعية للإنسان droits naturels ، قلنا أن ذلك هو الذي جعلها تعتبر من الحقوق المدنية غير السياسية للإنسان وقد سميها 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 الأسرة تجاه الزوجة أو الأولاد وحق الإرث الخ ..

وتختلف الحقوق الخاصة هذه عن الحقوق العامة السابقة في زمرة الحقوق المدنية - أو غير السياسية للإنسان ، أن الحقوق العامة المذكورة مرتبطة بشخص الإنسان ، لازمة له باعتراف القانون دون تفريق واستثناء ، ودون إرادة أو عمل ، في حين أن الحقوق الخاصة ليست ملازمة لشخصه وموجودة حتماً لكل إنسان ، بل أن القانون يسمح للإنسان باكتسابها والتمتع فيها ، وقد يكسبها البعض ولا يكسبها غيره ، فليس فرضاً لازماً أن يكون لكل إنسان حق ملكية ، أو أن

يكون زوجاً أو أباً فتكون له حقوق على زوجته وأولاده ، أو يجري عقوداً
يكون بنتيجتها دائماً أو مديناً ، بل ان القانون يجيز للانسان أن يتمتع بهذه
الحقوق وينظم كيفية ذلك ، وهو لا يعتبر ولا يوجب أن يقوم كل واحد
من الناس بجميع هذه الحقوق ، على خلاف الحقوق العامة التي توجد مع الشخصية
وتبقى معها .

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 المدني ؛ وهي
حقوق أو سلطات وواجبات يعترف بها القانون لكل فرد أو على الفرد بسبب صلته بعائلة
أو اسرة ، سواء بالنسب أو بالزواج أو بالمصاهرة .

وتمتاز هذه الحقوق أولاً أنها تعتبر في مصلحة صاحبها ومصلحة غيره ،
ومصلحة الاسرة كلها ، فتؤلف حقوقاً وواجبات بالنسبة لمن يتمتعون بها ، فسلطة
الزوج على زوجته ، والأب على الأولاد ، والولي بالنسبة للصغير الخ .. كلها 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 الغير ،
بحيث تبدو هذه الحقوق مزيجاً مركباً من الحق والواجب معاً ، سواء من ناحيتها
الايجابية أو السلبية . فسلطة الأب قبل أولاده مثلاً لم تقرر له لتمكينه من
استغلال أولاده في مصلحته الشخصية ، بل لاستعمالها في مصلحة الأولاد أنفسهم .
وفي ذلك تفرض عليه واجب تربيتهم تربية حسنة ، والامتناع عن توجيهها

يسيء إلى هذه التربية (١) .

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 الأسرة ، نتائج وحقوق مالية ، كحق النفقة وحق الارث اللذين يترتبان على ارتباطات الأسرة وحقوقها (٢) . 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 (٣) ، 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 الأسرة *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 ، وتنقل 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 وبين حق الدين أو الحق الشخصي ، وربما أضاف بعضهم لذلك نوعاً ثالثاً هو الحق الأدبي والمعنوي ذو القيمة الخاصة .

٤ - الحق العيني والحق الشخصي والحق الأدبي أو 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 ، ولا يزال حتى اليوم يعتبر من أهم المسائل الرئيسية في القانون المدني ، رغم محاولة بعض الفقهاء إزالة الفوارق بينها 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 المكننات ، 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 المكننات ، كحق الانتفاع الذي يخول صاحبه الاستعمال

(١) راجع عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في الالتزامات ١٩٥٢، ص ١٠٣ وما بعدها .

والاستثمار ، دون التصرف بالعين وإستهلاكها ، أو كحق الارتفاق الذي يقتصر مضمونه على الاستعمال الشخصي ، دون إمكان الاستثمار والتصرف بالاستهلاك المادي أو الحكي كالبيع والهبة وهكذا ...

« ويلاحظ أن كون الحق العيني سلطة مباشرة على الشيء ، يستلزم حتماً أن 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 منصبه مباشرة على الشيء ، مستقلة ، لا ترتبط بشيء ولا تتبع حقاً آخر . ويمكن أن يكون تبعياً *accessoire* ، كحق التأمين العقاري ، أو حق الرهن الجيزي ، 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 الجيزي 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 كرسية ولا بوردلا كوست ، 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 تجاه 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 ، فإن هذه السلطة هي في الواقع وليدة الرابطة أو العلاقة التي أُلزمت 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) ويرى 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 السراح تسمية هذه الرابطة نظروا اليها من ناحية الدائن ، صاحب الحق الشخصي ، فسموها حقاً شخصياً ثم نظروا اليها من ناحية المدين ، الملتزم ، فسموها التزاماً ، ودرجوا على تعريف كل من الحق الشخصي والالتزام بأنه رابطة بين شخصين ... » (المرجع السابق ٣٢٧) .

ومهما يكن الأمر فإن محل الحق الشخصي هو دوماً التزام بعمل أو بعدم العمل ، أي الامتناع عن العمل ، أو بتعبير آخر هو عمل إيجابي أو سلبى . 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 فإن العلاقة بين الدائن والمدين تبقى حقاً شخصياً أو التزاماً .

على أن تعبير الحق الشخصي قد يرد في بعض الأحيان بمراتب أخرى . كـ بعض الحقوق التي تسمى شخصية لأنها لا تقبل التوريث ، أو الانتقال بطريق الإرث . 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 ، فإن تحديد كل من الحق العيني والحق الشخصي كما أوضحنا ، قد دفع الفقهاء منذ القديم إلى التمسك بالتفريق بينها ، 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 بينها رغم محاولة بعض الفقهاء أو المذاهب هدم هذا التفريق .

أما من حيث الاطراف أو العناصر التي يقوم عليها كل من الحقين فإن تحليل كل منها 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 تتحول 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 يرجع إلى الحقوق الرومانية ، ولكن بعض الفقهاء ينتقدون ذلك أيؤكدوا 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 فيها كلاهما طرفين ومحلا . هذان الطرفان يتحللان في الحق العيني بصاحب الحق طرفاً موجباً ، وبالناس جميعاً الذين يمتنع عليهم الاعتداء على هذا الحق ، طرفاً مالياً ، فهم جميعاً مائزومون باحترام الحق العيني لصاحبه ، ومن واجبه عدم التعرض له أو عرقلة حيازته أو منع استيفائه ، وإن هذه الرابطة السلبية بين الناس كافة وصاحب الحق ، تتضح حيناً يمتدي أحد على الحق العيني ، فحينئذ يبدو كأنما أخل بالتزام كان واقعاً عليه فوجب عليه إصلاحه . ومن أقوى المدافعين عن هذا الرأي الأستاذ بلانيول (١) .

ولكن هذا الرأي قد انتقده كثير من المؤلفين على اعتبار أن الواجب السابي 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 ، فإن بين هذا الامتناع النسبي فيما يتعلق بالمدين — أي

(١) راجع بلانيول وريبر ، المطول الابتدائي للحقوق المدنية ، نبذة ٢١٥٩ و ٢١٦٠ ؛ راجع كذلك بلانيول وريبر وبولانجه ، المطول النظري والعملي للحقوق المدنية ج ١ ، نبذة ٢٦٠٣ - ٢٦٠٤ ؛ عبد النعم 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 الملتزمين 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 إمكان هذا الاعتبار بالنسبة للواجب العام، الذي لا يمكن أن يدخل في رأيها بين العناصر والأطراف،^(١) ولا سيما أن يقابل مع الطرف المدين في الحق الشخصي .

٢ - وأما من حيث الموضوع والمحل ، فإن الحق العيني ينصب على شيء معين ، على عين بالذات ، وفي رأي البعض شيء مادي أو عين مادية ، يكون صاحبه 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 إعطاء 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 الأحوال 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 لسلطة، واذصح

(١) راجع تفصيل هذه المناقشة في الدكتور عبدالنعم 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 عمل شخصي ، أو إمتناع عن عمل .

ولكن بعض الفقهاء، ولا سيما فقهاء الالمان أو من جرى مجراهم من الفرنسيين أمثال سالي 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 ، فإن المهم فيه قيمته المالية . وفي هذا لا يختلف عن الحق الشخصي الذي ينتهي حتماً إلى حق مالي يدخل في الصحيفة الايجابية للذمة المالية لصاحبه ، بنفس الوضع والدرجة التي للحق العيني . وقد أطلقوا على هذه النظرية اسم المذهب المادي ، لأنها تقوم على اعتبار النتيجة المادية للحقين بصرف النظر عن الاشخاص أو الاطراف فيها ، وعن شكل المحل وكيانه في كل منها .

ولهذا المذهب آثار هامة جداً في الالتزامات والحقوق الشخصية لا مجال لذكرها هنا (٢) .

ولكن هذه النظرية التي تريد أن تنظر إلى آثار الحقين من الناحية المالية ولا تعتبر أن هناك ما يوجب النظر إلى أطراف الحق أو إلى شكل المحل وكيانه ، تهدم بذلك التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي ، محل نظر . وقد انتقدت على أنها ، رغم ما فيها من أفكار واقعية ، وحقيقية أكيدة ، تباع 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 هذا

(١) راجع الدكتور مرقس ، المرجع السابق بنذة ٢٠٩ ص ٣٢٩ .

(٢) راجع دوموج Demogue ، الالتزامات ج ١ ص ٢٧ ؛ الدكتور السنهوري ،

الوسيط في الالتزامات ص ١٠٨ - ١١٠ ؛ الدكتور الصده ، المرجع السابق ص ٣٢ .

الحق عندما يكون منصباً على عمل شخصي ففي يختلف باختلاف الناس ، كعمل الطبيب ، والمحامي ، والفنان ، والمهندس الخ... لأنه بقدر ما هو 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 ، فإننا نستطيع أن نميز بين الحق العيني والحق الشخصي بهذا الاعتبار من ناحيتين :

الناحية الأولى 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 السليبي العام بالنسبة للآخرين .

والناحية الثانية ، وهي أكثر أهمية وأثراً عملياً ، من حيث أن الحق العيني يخول صاحبه حقاً فعلياً نتيجة للسلطة المباشرة ، تتمثل بما يطلق عليه حق التبعية وحق الرجحان، لا يخولهما الحق الشخصي لصاحبه .

أما حق التبعية *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 ، فإن صاحبه لا يملك سلطة مباشرة على الشيء وبالتالي ليس له حق التبعية 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 الأفضلية 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 يمود 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 إلا 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 لا بد أن ينتهي ويذول 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 الأدبي أو الحق المعنوي droit intellectuel

الحق الأدبي أو المعنوي هو حق صاحب فكرة أو إنتاج فكري أو في أو علمي على إنتاجه . وهذا الحق يؤلف نوعاً خاصاً وجديداً في أنواع الحقوق الذاتية لما يتمتع به من طبيعة خاصة ، وأحكام وآثار لا يصبح معها دمج مع النوعين السابقين أو مع أحدهما ، وإذا كان قد يظهر أنه في الأصل حق عيني ، لكنه يختلف عن الحق العيني لامن حيث أن محله شيء معنوي ، أو أمر أدبي لامادي 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 أعمها أن الشيء محلها معنوي لامادي ، 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 و أبو 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 - أركان الحق

وإذا حللنا كل حق من هذه الحقوق في تطبيقه ، نجد أنه يقوم على ركنين أساسيين هما : ١ طرف الحق ، ٢ - محل الحق . وربما أضاف البعض ركنين تبعيين آخرين هما سبب الحق ومضمون الحق ، وربما زاد غيرهم ركناً خامساً هو مؤيد الحق وجزاءه .

١ - 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 الأشخاص أصحاب العلاقة فيه . وبناء على ذلك فإن أطراف الحق إنما تعني « الأشخاص » .

وفي الواقع أننا لو استعرضنا الحقوق بأنواعها لاستطعنا أن نميز فيها هذين الطرفين ، ولو كانت في ظاهرها لا تتضمن إلا طرفاً واحداً إيجابياً كما أشرنا . ففي الحقوق الشخصية أو حقوق الدين ، لاشبهة ولا مشاحة في وجود هذين الطرفين بشكل ظاهر . فهناك حتماً دائن ومدين مرتبطان مباشرة برابطة الحق ، الأول طرف إيجابي ، وهو صاحب الدين والمتنفع به ، كالدائن الذي أقرض المال في حالة القرض ، أو المعير في الإعارة ، أو كالوالد بالنسبة للولد في حقوق الولاية ، الخ . . والثاني طرف سلبى ، 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 سكنها 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 وسليبي ولكن الثاني منها عام وغير معين بالذات فالطرف الإيجابي هو المالك الذي ينتفع بالعقار ، وأما السليبي 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 السليبي العام » وفي كل الأحوال فإن طرفي الحق يتجلبان 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 أو حق الرهن العقاري في الحقوق العينية التبعية ، والكتاب أو الاختراع أو لوحة المصور أو القصيدة الخ .. في الحقوق المعنوية) وهو في الحقوق الشخصية أو حق الدين - ومنذ الحقوق الرومانية - إعطاء الشيء أو تسليمه *dare* أو القيام بعمل *tasare* أو الامتناع عن عمل .. أو بتعبير آخر هو ما يطلق عليه اسم « محل الالتزام » .

وهكذا يختلف المحل باختلاف نوع الحق ، كما يختلف في الحق الشخصي بين عمل أو امتناع ، لان صنف العمل أو الامتناع لا يمكن حصرها وقد اكتفى القانون بأن اشترط فيها شروطاً يجب توافرها لا مكان تعلق الحق بها .

وإذا كان المحل قائماً على إعطاء شيء ، فإن الحق الشخصي يكون في هذه الحالة مقدمة لا اكتساب الدائن حقاً عينياً على ذات الشيء المتعهد بإعطائه .

٣ - **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 تنشئ الحقوق أو تنقلها ، وتترتب عليها 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 - **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 مطلقة 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 التمدي 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 لا يتعلق 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 مثلاً ، فإن 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 الإيجار 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 - اما المؤبدات او الجزاء Sanction ، فإنه ينتج ، كما أينا ، عن الصفة الإلزامية للقواعد الحقوقية ، هذه الصفة التي تميزها عن القواعد الاخلاقية إلى جعلها بعض الفقهاء أساس الحق وركنه الأول ؛ لأنه بدونها يكون الحق عديم القيمة ضعيفاً . وتتجلى هذه الصفة بحماية القانون للحق حماية مؤيدة بالدعوى والتنفيذ ، ومع ذلك فإن 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 لإلزام المحل بالتعويض ، أو فسخ العقد واستعادة المأجور ، أو ما شابه ذلك من مؤيدات مدنية متفق عليها في العقد .

وبما أن البحثين الثالث والرابع سبب الحق ومضمونه ، كما أوضحناهما ، يترجان مع الحق نفسه ، أو ينتجان عنه فيدرسان مع الحق نفسه ، من حق عيني أو حق دين ، ولذلك فالتفصيل هنا بالتفصيل وسنقتصر على بحث التمسف فيه .

استعمال الحق بالنسبة لمضمون الحقوق في آخر بحثنا ، وتتناول في كتابين رئيسيين
الركنين الأساسيين الأولين الأشخاص أي أطراف الحق ، والأشياء محل الحق. وفي
هذا الركن الثاني سنقتصر على بحث عموميات الأشياء والأموال وتقسيمها ، مما
يدرس مفصلا في بحث خاص من القانون المدني ، وفي سنة خاصة .

وعلى هذا فنوزع بحثنا على الكتب الثلاثة الآتية :

الكتاب الأول . الأشخاص أو أطراف الحق ، من أشخاص طبيعيين
، وأشخاص اعتبارية .

الكتاب الثاني : الأشياء 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 هذا الطرف يمكن أن يكون دائماً أو مديناً ، إيجابياً أو سلبياً ، أي انساناً أو كائناً قابلاً للاستفادة من أحكام هذه الحقوق ، كما يكون قابلاً لتحمل اعبائها وتنتجها ويطلقون حقوقاً 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 ولابوردي 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 سباج Louis Sébag « الوضع الحقوقي للاشخاص الطبيعية ولاعتبارية ، سيرى ١٩٣٨ ص ٤ » ان هناك حقيقة بديهية لا بد من قبولها وهي ان الحقوق انما اوجدها الانسان لاجل الانسان ، وقد عرف ذلك اليونان والرومان قبلنا ... « ويقول ايرنك : « 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 أوحياوان ، يشكل موضوع الحق أو محله ، أو ما ينصب عليه الحق ، لا أطراف الحق ، المستفيد منه أو المكلف به . ويذكرون على سبيل الشذوذ المؤيد

— الى الأشخاص الذين يتمتعون بهذه الحقوق ، وحتى اضحي طرف الحق هو الذي يسبق الحق وربما يخفيه وراه . (راجم رونه دوموك Demogue ، المفاهيم الاصلية للحقوق الخاصة القسم الثاني ، ص ٣٢ وما بعدها) .

وبقبل الفقهاء اليوم ، كشرط لازم كاف ، المبدأ القائل ان الحقوق ترتكز على قاعدة لقيام لها بدونها وهي « الشخص الحي » (راجم فرانسوا جني Genz طريقه التفسير ومصادر الحقوق ، § ٦٥) .

ويعبر بعض الفقهاء الفرنسيين عن ذلك بقولهم : الحق مصلحة للشخص droit-intérêt أكثر 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 ولا يحدون في الافراد او الاشخاص المنزليين ، ركناً من اركان الحقوق التي لا تستهدف الا المصلحة العامة ، وبالاستناد الى هذه المبادئ فان بعض المذاهب الاجتماعية تنسك الحق بالمعنى الشخصي بوجه عام ، كما تنسك ما تزعمه المدارس والمذاهب الفردية من ان الحقوق انما ترمي وتدور حول حماية الفرد وحقه بالمعنى الشخصي ، ولذلك فان اولئك الفقهاء لا يميزون اعتبار الشخص الطبيعي بذاته طرفاً للحق ، وهدفاً له . وبالتالي لا يعتبرونه — مستقلاً — موضع اهتمام الحقوق وركنها . (راجم دوكي Duguit ، مطول الحقوق الدستورية ، الطبعة الثالثة ، ج ١ ص ٢٠٨ وما بعدها ...)

والواقع ان مفهوم الشخص كطرف للحق ومحور له ، وليد المذاهب والمبادئ الفردية التي ما تزال سائدة في الحقوق . واذا كانت هذه المذاهب قد غالت في اعتبار الفرد او الشخص اساساً للحقوق ، فان المذاهب الاجتماعية قد غالت كذلك في نكرانه ، بحيث لا نستطيع ان تنسك وجوده حقيقة كمنصر 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 ومصدرها الحقيقي وما تستهده من غايات ، وبين الحق نفسه في التطبيق . (راجع مناقشة ذلك في دولا كرسيه ولاكوست ، المرجع السابق ، ص ٣٤٣ — ٣٤٧) .

للإصل تسمية كاليكولا Caligula (عام ٣٧ - ٤١ م) حصانه فنصلاً ، فإن 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 ، تترج مع الموصوف ، لأنها غير قابلة للانفصال . أي كلما يكون هناك شخص حائز للعناصر التي تجعله في نظر الحقوق وعرفها شخصاً ، تكون شخصيته الحقوقية موجودة حتماً ، وأما أن تكون العناصر مفقودة ، فلا يكون ولا تكون هناك شخصية .

وهذه الصفة تلازم الموصوف منذ ولادته حتى وفاته دون انقطاع (٢) . على أن وجود الشخص الحقوقى ، إذا كان يوجب حتماً وجود شخصية حقوقية ، فإن هذه الشخصية قد لا تكون كاملة دوماً من بعض النواحي المتعلقة بالممارسة والاداء ، كما سنرى في مبحث الاهلية .

ومها تكن الأمر فإن الشخص ، إذا كان كائناً ذا إرادة في رأي الفريدين قابلاً للتمتع بالحق أو لتحمله ، فإن هذا الكائن يمكن أن يكون حقيقياً وهو الأصل ، أو غير حقيقي أي اعتباري ، وهو في نظر الفريدين تصور افتراض ؛ والأصل في الشخص أن يكون إنساناً *Un être humain* 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 تورور *P. Tour* ، القانون المدني السويسري ، الطبعة الرابعة ، ترجمة

دوشينو ، *De Chenaux* ص ٨٠ .

وقد جاء في المادة ٦ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المقرر من الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة في ١٠ كانون أول ١٩٤٨ ؛ « لكل إنسان الحق في أن يعترف له في كل مكان ، بشخصيته القانونية » .

بنفسه ، بشراً عادياً ، وإنما 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 تمثل متجراً يعود إلى شخص أو فرد من الناس يديره لنفسه وحسابه ، وبين متجر يعود إلى شركة مساهمة مثلاً ، 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 الطبيعي : 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 المالية . وفي مبحث خامس الاهلية بنوعها ، 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 - 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 تكسب هذا الاخير شخصية حقوقية ، « ولا تخلق من هذا الالتزام حقاً للحيوان ، وإنما أساسها وهدفها فكرة اخلاقية ، ومصالحة الانسان » (١) .

(١) روكان Rouguin الانتظام الحقوقي L'ordre juridique ، رقم ٢١٨ -

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 للشخاص الطبيعية — مبدئياً — من صفات وميزات ، ندرسها في الفرع
الثاني من هذا البحث .

ومع ذلك ، لا يظن أن المفهوم البديهي اليوم في اعتبار كل إنسان ، كل
مخلوق حي ، شخصاً طبيعياً يتمتع بالحقوق الممنوحة للشخص الطبيعي ، لا يظن
إن هذا المفهوم معروف ومقبول عند الأقدمين كما هو من الأمور الطبيعية اليوم .
فألق فارق وهو إنسان طبيعي ، لم يكن يعتبر ، حتى زمن غير بعيد ، شخصاً حقوقياً
له ما للإنسان من حقوق ، وإنما كان يعتبر شيئاً أو سلعة بحيث يعد العبد
وما ملكت يده ملكاً لسيدة ، فلم يكن يعترف له بشخصية ما ، بل كان الجماد
أو الحيوان سواء .

ودون أن نذهب بعيداً في تاريخ الحقوق ، فإن 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
عهدنا^(١) . بل وحتى في بعض الشرائع الحديثة ، فإن 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 مونييه R, Monier الكتاب الابتدائي للحقوق الرومانية
Manuel élémentaire de Droit romain باريز ١٩٤٣ ج ١ ص ٢٠٧ .

البعض المحكومين مزيلا لكل أثر من آثار الشخصية الحقوقية للميت مدنياً ، يفقد ملكيته للاموال التي كانت له ، وتنتقل تركته إلى أولاده كما لو مات حقيقة ومن غير وصية ، لا يستطيع أن يرث من مورثيه أو يعقد زواجا صحيحاً ، أو يمثل أمام القضاء .. وبكلمة واحدة ليس له — خصوصاً — كيان ما ، وهو بمثابة الميت . وقد ظل معمولاً بهذا النص في فرنسا حتى عام ١٨٥٤ حيث صدر قانون بإلغاء هذا الموت المدني وما يتبعه من آثار .

وفما عدا ذلك من استثناءات تاريخية أو ما شابهها ، فإن 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 أمه ، وأما ما قبل ذلك ، أي حينما يكون جنيناً ، فإنه قد تكون له بعض حقوق الشخصية بصورة ناقصة وغير كاملة كما سنرى « ولكن فيما عدا ذلك لا تكون شخصيته الحقوقية قد بدأت بعد ^(١) » .

(١) ان هذا المفهوم الطبيعي في نظرنا لابتداء الشخصية بالولادة ، ومنذ الولادة ، وهو الذي يسود أكثر الشرائع الحديثة اليوم ، (راجع النصوص الاجنبية المقابلة للمادة ٢٩ من القانون المدني المصري في جمال الدين العطفلي ، 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 ، ويدلون على ذلك بقولهم ان القانون نفسه ، وفي الفقرة الثانية من المادة ٣٠ نفسها ، يعترف للحمل بالحقوق التي يعينها القانون . ويقولون وكيف يمكن ان تصبح له حقوق اذا لم يعتبر شخصاً ؟ (راجع الأستاذ مصطفى احمد الزرقا ، نظرة عامة في الحق والالتزام ؛ ١٩٤٨ نيذة ١٠٣ ص ١٧٥-١٧٦) .

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 - أي الانفصال عن الأم -

= عملي له مادام القانون قد اعترف للحمل ببعض الحقوق التي عينها ، بحيث لا يبدل اعتبار الشخصية مبتدئة منذ العلق ، ومعلقة على شرط الولادة حياً ، أو انها لا تبدأ الا ابتداء الاجتهاد الولادة لا يبدل ذلك شيئاً من النتائج القانونية ، بل على العكس ربما عقدها . هذا فضلاً عن ان الرأي الفقهي السائد يعتبر في اتجاه الرأي الذي اخذ به القانون . فقد جاء في الزيلعي (ج ٦ ص ١٨٥) ما يؤيد عدم وجود شخصية الحمل الا بعد الولادة . وقد قال ابن عابدين انه لا يجوز 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 الموارث الطبعة الثانية ص ١١٠ الخ) . هذا من جهة ومن جهة اخرى فان الوضع الطبيعي والعملي يقضيان بأن لا يعتبر الجنين شخصاً مستقلاً بالمعنى الحقوقي ، وهو بعد لم يستقل بالحياة ولم يعتبر شخصاً بالمعنى الطبيعي ، قبل ولادته حياً . كما وان كثيراً من الأحكام التي تنطبق على الاشخاص الطبيعيين لا يمكن ولا يجوز ان تنطبق على الجنين . ولو اعتبرناه شخصاً من العلق ، لوجب ان تنطبق هذه الأحكام عليه (وهكذا مثلاً قضت محكمة التمييز السورية ان « الجنين لا يعد انساناً 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 ولا ينفرد في الحكم (راجع المادة ٤٨ من المجلة وشرحها) بحيث اذا مات الجنين نتيجة جرم فلا تجب عليه الدية بل الغرة لأمه أي ما يحكم به عادة لتعطيل العضو ، كذلك اذا ماتت الأم مع الولد في بطنها فدية واحدة او دية مع الغرة اذا ماتت اولاً وماتت بعده (راجع تفصيل ذلك في ابن عابدين ، الحاشية ، ج ٥ ص ٣٧٧) وقد ذكر اليزدوي في اصول فجر الاسلام وشرحه للشيخ عبد العزيز البخاري (ج ٤ ص ٢٣٩) « ان ولي الطفل اذا اشترى بحكم ولادته شيئاً له بعد ولادته فان الطفل يملكه ويلزمه الثمن ، اما قبل الولادة فلا ، لأنه كالجزء من أمه » كما أكد في مكان آخر ان أهلية الوجوب لا تثبت 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 مونه ، المرجع السابق) تزج بين الشخصية بالمعنى الحقوقي وبين الأهلية وأهلية الوجوب بصورة خاصة راجع شفيق شحاتة ، النظرية العامة للحق ١٩٥٠ ص ٣٨) . ونعتقد أنه يمكننا ان =

ومها كان وضع هذه الولادة ؟ هنا يختلف قانوننا المدني والشريعة الإسلامية عن القانون المدني الفرنسي .

فبحسب أحكام الشريعة الإسلامية والفقرة الأولى من المادة ٣٠ من القانون المدني عندنا المأخوذ عنها ، يكفي أن يولد الإنسان حياً لتبتدأ شخصيته ، ولو كان سيموت حتماً 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

= يقول ان شخصية الإنسان توجد على حد التعبير الفلسفي « بالقوة » عندما يكون جنيناً ولكنها لاتم « بالفعل » الامنذ الولادة .

وإذا كان يوقف له نصيبه في الأثر رغم أنه لم يكن موجوداً فعلاً وقت موت المورث « إلا إنه يعتبر في حكم الموجود رعاية لمصلحته واحتياطاً لمستقبله » (معوض محمد مصطفى ومحمد محمد سفيان الميراث في الشريعة الإسلامية ، ٩٤٧ ، ص ١٢٢) ، راجع هذا البحث في مختلف الصرائع اللاتينية ، في ارمابنخون نولد وولف ، مطول الحقوق المقارنة ، ج ١ ص ٢١٧-٢١٨ وفي لويس سباج Louis Sébag ، الوضع الحقيقي للأشخاص الطبيعيه والاعتبارية قبل الولادة سيرى (١٩٣٨) وهكذا مثلاً المادة ٣١ من القانون المدني السويسري اذ تنص : « ان الشخصية تبدأ بتام 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 ، بنذة ٧٥ .

(٢) راجع الأستاذ عبد الوهاب خلاف ، شرح قانون الموارث الطبعة الثانية ص ١١٩ .

جرى في ذلك مجرى قانون الموارث (مادة ٤٣) والوصية (مادة ٣٥)
المصريين (١) .

وعليه إذا ولد الجنين ميتاً لا تكون له شخصية ما ، سواء كان انفصاله عن
أمه ميتاً بدون جنابة ، وهذا واضح ومتفق عليه ، أو بجنابة ، وهذا مذهب
«الأئمة الثلاثة الذي أخذ به القانون (٢) .

« وتعلم حياة المولود بأعراض ظاهرة للحياة ، كالبكاء والصراخ والشيق ،
حتى لو مات أثر ذلك مباشرة ، فإن لم يثبت شيء من ذلك ، كان للقاضي الرجوع
إلى أهل الخبرة من الأطباء (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
تتفساً 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 الموارث ، المرجع السابق . فاذا ضرب
رجل امرأة حبلية فأسقطت جنيناً ميتاً اعتبر كأنه لم يكن . والحكم في هذه الحالة الأخيرة يخالف
مذهب الامام أبي حنيفة الذي يرى فيها أن الجنين قد ولد حياً حكماً . (الأستاذ احمد ابراهيم ،
الأهلية وعواضها في الشرع الإسلامي ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الأولى ص ٣٥٦) .

(٣) راجع المذكرة التفسيرية لقانون الموارث 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 نوور ، المرجع السابق ، ص ٨٠) .

خطورته الكبرى ، إذ قد يولد المولود حياً يتنفس ، ولكن وفاته محتومة لنقصه 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 ، فإن لهذا الأصل استثناء . فقد يكون للجنين وهو بعد في البطن ، حقوق وامتيازات يعترف لها 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 وجود 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 .

فما 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 .

فختلف 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 بوليّه أو وصيه ، خلافاً للجنين الذي لم يكنسب بعد الشخصية الحقوقية .

وقد بحثت الشريعة الإسلامية ^(١) — التي كان أحال إليها القانون المدني — بحثاً مستفيضاً في هذه 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 اختلافاً بينا من حيث مدة الحمل . فبينما ان القانون المدني الفرنسي مثلاً — وأكثر القوانين المدنية الأخرى — جعل هذه المدة اقلها مئة وثمانين يوماً وأكثرها ثلاثمئة يوماً اطلاقاً ، بالاستناد الى مسلمات الفن والطب ، نجد ان بين المذاهب وفقهائها اختلافاً كبيراً : فقال بعضهم ان اقل الحمل ستة اشهر ، وهذا رأي الأكثرية من الفقهاء ، وخصوصاً رأي المذهب الحنفي ، وقد استدلوا بالآية ١٥ من سورة الإحراق ، والآية ١٤ من سورة لقمان : « حمله وفصاله ثلاثون شهراً » « وفصاله في عامين (راجع الشيخ محمد جواد مفنية مجلة اللبنانية عام ١٩٥٢ ص ٤١) ، أما أكثر الحمل فقد كان اختلافهم فيه أكثر وأبعد . فن الفقهاء من قال بأن أكثر الحمل تسعة أشهر (وهو رأي أهل الظاهر ومحمد بن الحسك 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 الملقى به في سورية — حسب المذهب الحنفي — ان أقل الحمل ستة أشهر وأكثره سنتان . وعلى هذا فإن تكون الجنين قانوناً ، هو بولادته في الفترة الواقعة بين الستة أشهر والسنة . ولا تخفى النتائج الهامة لمثل هذا التحديد .

ومها 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 لاتعلم شخصية الجنين ، فهي مستأ كد 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 أكثر الحمل سنتان عملاً بقول عائشة رضي الله عنها « لا يبقى الولد في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل » ويذهب الشافعي ان أكثر 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 الرويات مع اختلاف الاستنتاج ، حتى زعموا ان الشافعي نفسه قد بقي في بطن أمه سنتين . وعند الشيعة قالوا أكثر الحمل تسعة اشهر وقالوا عشرة وأجمعوا على أن أكثره لا يتجاوز السنة ولو بساعة (الشيخ محمد جواد مغنية ، المرجع السابق ص ٤٢) ، وفي القانون المصري رقم ٢٥ تاريخ ١٩٢٧ اقضى 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 تم ولادته ، فإن ولد حياً استحق نصيبه من الموقوف من أجله وآل هذا 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 تكامل شخصيته وتأكّد بالفعل. وهذه الحقوق هي تلك التي تثبت لمن توجه إليه دون صدور قبول منه ، بل هي التصرفات الانفرادية (الوصية ، الوقف) التي تمّ بإرادة واحدة . أما الإرث فهي واقعة قانونية يملك بها الوارث بقوة القانون (٢) .

وفي كل الأحوال لا يكون الجنين شخصاً صالحاً للالتزام ، كما لا يستطيع أن يكتب — ولو ولد بعد ذلك حياً — الحقوق التي يلزم لاكتسابها قبول ممن توجه إليه ولا يكون له ولي كولي الصغير ، لأن الولاية عليه لا تثبت إلا بعد الولادة.

٤٤ - 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 كانت 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 الحال في الشريعة الإسلامية . والشريعة الإسلامية لا تعتبر وجود التركة إلا بعد تسدد الديون التي عليها ، « بعد وصية يوصي 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 نافذ على الدائنين (١) .

وقد أخذ القانون المدني السوري بهذا المبدأ حين نص على أن انتقال أموال التركة إلى الورثة تسري في شأنه أحكام الشريعة الإسلامية . ونظم تحقيقاً لهذا المبدأ في مواده ٨٣٦ - ٨٧٥ تصفية التركة على هذا الأساس ، وبشكل تتحقق معه قاعدة عدم الإرث إلا بعد سداد الديون ووفائها بصورة عملية ، بحيث تبقى الذمة المالية للمورث مفترضة بالنسبة لأمواله وتركته ، ولا يؤول ما بقي منها إلى الورثة . كل بحسب نصيبه الشرعي ، إلا بعد تنفيذ التزامات التركة (المادة ٨٦٠ من القانون المدني (٢)) .

(١) راجع في اعتبار أموال الشخص باقية على حكم ملكه ، أي على ذمته بعد موته إلى أن تسدد ديونه ، وتنفذ وصاياه ، الشيخ أحمد إبراهيم ، عوارض الأهلية ، المرجع السابق ص ٣٧٨ وما بعدها ؛ الشيخ علي الخفيف ، تأثير الموت في حقوق الإنسان والتزاماته ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة العاشرة ص ٣ وما بعدها ، 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 حكماً .

وذكر الاستاذ الزرقا (المرجع السابق نبذة ١٠٤ ص ١٧٧) « أن زوال الشخصية - بالموت لا يستلزم زوال آثارها ، من ذمة وأهلية . بل يعتبر للذمة وأهلية الوجوب استمرار . موقت بعد الموت بقدر ما تقتضيه تصفية الحقوق التي لها ارتباط بأعمال الحياة السابقة » وهذه حالة استثنائية قضت الضرورة باعتبارها لتوجيه الأحكام ...

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، مجموعة الأعمال 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 ما سنبحثه بعد قليل .

أهمية تعيين تاريخ الوفاة : وإذا كان لتعيين مبدأ الحمل وتاريخ الولادة أهمية وأثر في النتائج القانونية ، فإن لتعيين تاريخ الوفاة كذلك كبير الأهمية ، ولا سببا في الميراث . وفي الأحوال العادية ، ليست هناك صعوبة تذكر . لأن تاريخ الوفاة سهل المعرفة . ولكن هناك أحوالاً غير عادية من طوارئ 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 تلجأ إليه للحكم في حالات كهذه ، مما يوجب الرجوع إلى قانون الأحوال الشخصية أو من ثم إلى مبادئ الشريعة الإسلامية عملاً بنص المادة الأولى من القانون المدني . والشريعة الإسلامية قد بحثت في معرض الإرث بين العرقى 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 ، يحملون كأنهم ماتوا جميعاً ، في وقت واحد . ولا يرث بعضهم بعضاً إلا إذا عرف ترتيب موتهم^(١) . وقد أيد قانون الأحوال الشخصية هذا الحكم في مادته ٢٦١ .

وفي كل الأحوال يجب التبليغ عن الوفاة كما يجب التبليغ عن الولادة . وقد أوجب قانون الأحوال المدنية رقم ٢٦٠ وتاريخ ١٩/٧/١٩٦٠ على أهل المتوفى ، وأبوي المولود إجراء هذا التبليغ كما أوجبه على الطبيب والقابلة وأخيراً على المختار (المواد ١٥ - ١٨) . ومن المعلوم أنه لا يجوز 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 الإسلامية ، المرجع السابق ص ١٩٠ .

§ ٥ — 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 فإن بين المعنيين فرقا كبيراً واختلافاً بين شريعة وأخرى ، ونحن إنما نقصد بالمفقود في دراستنا الحاضرة المعنى الأول القائم على الشك في 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 لا تعرف حياته أو مماته أو تكون حياته محققة ولكن لا يعرف له مكان » ثم أشار هذا القانون في المادة ٢٠٣ إلى حالة الغائب فقال « ويمتبر كالمفقود الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه أو إدارة شؤونه بنفسه أو إقامة وكيل عنه ، مدة أكثر من سنة وتمطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره » .

ومن هذا النص يتضح أن المفقود بحسب حكم القانون الخاص النافذ لدينا في موضوع فقدان على نوعين :

آ — شخص يقوم الشك حول حياته أو مماته .

ب — وشخص تكون حياته محققة ، ولكن مكانه في هذه الدنيا غير معروف وكلا الشخصين في نظر قانون الأحوال الشخصية يعتبر مفقوداً .

وأما الغائب فهو الذي 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) .

ومها يكن الأمر فإن 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 ، فإذا يكون حكم شخصيته ؟ أعتبر 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 الباقى على قد الحياة ؟ الخ ...

إذا أردنا أن نطبق القواعد العامة لانستطيع أن نقول جازمين أنزواج الغائب المنقطع الأخبار منحل أو قائم ، وأن تركته انتقلت إلى ورثته أم لا تزال ملكاً له ، لأننا نجهد أهو حي أو ميت .

وهكذا « فعدم تحقق حياة المفقود أو مماته هو الذي يجعل دراسة حياته متصلة بدراسة الشخصية ، حتى نتيين إذا كنا سنعتبره أثناء فقدته حياً فتبقي 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 . أما الشريعة الإسلامية وأكثر الشرائع الحديثة مثل قانون نابليون والقانون المدني الألماني والسويسري الخ . . فقد عالجت هذه الحالة بمجول مختلفة ، وخول أكثرها المحاكم سلطة التحري عن الواقع والحكم بثبوت الوفاة نهائياً . متى غلب احتمالها على احتمال الحياة ، وذلك تخفيفاً لهذه المشاكل المعقدة التي يخلقها الغياب .

وفي زمن ما كثر الغياب ، وخصوصاً في القرون الثلاثة الأخيرة ، حيث كثرت الحروب والمنازعات المسلحة ، كما كثرت الهجرة والصلوات البعيدة وما يرافقها من حوادث ومخاطر ، وكانت مشاكل الغياب من المشاكل الهامة والعبوسة . أما اليوم فرغم قيام حروب ضروسة ، فإن عدد حالات الغياب قد قل كثيراً نظراً للتنظيم من جهة ، وسهولة المواصلات والنقل والاذاعة والمراسلات من جهة أخرى ، ومع ذلك فإن الحياة توجد في كل يوم أسباباً للغياب أو الفقدان بحيث لا بد من تعيين وضع هذا الغائب أو المفقود وأحكام ذلك حقوقياً .

نص قانوننا المدني الجديد في المادة ٣٤٤ انه « يسري في شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة ، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية » . ويلاحظ هنا ذكر الكلمتين معاً المفقود والغائب (١) .

وإذا كان بعض القوانين الخاصة في مصر قد نظمت أو بحثت وضع 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 رجعتنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

وقد قدر فقهاء الشريعة الإسلامية في شأن ذلك أن المفقود — بحسب أحكام المذهب الحنفي المفتى به عندنا قبل قانون الاحوال الشخصية — « يحكم بموته إذا

(١) ويرى الاستاذ شفيق شحاته ان القانون قد قرق بذلك بين المفقود والغائب على غرار ما قضى به قانون المحاكم الحسبية بحيث لا يكون كل غائب مفقوداً في حين أن كل مفقود حتماً شخص غائب . (محاضرات في النظرية العامة للحق ، المرجع السابق ، ص ٤٦) .

انقرضت اقرانه في بلده ، فاذا تمذر الفحص من الاقران أو لم تعلم اقرانه ، وحكم القاضي بموته بعد مضي تسعين سنة من حين ولادته ، صح حكمه ، (١) .

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 ، مازال في اعتقادنا قاسياً وغير متفق مع المصلحة ، وهناك بين مذاهب الشريعة وفقهائها من يرى رأياً أرحم وأقرب للواقع (٢) . على أن ثمة تخفيفاً لأثار

(١) مرشد الحبران مادة ٥٧٨ .

(٢) وقد أخذت مصر - في مرسوم القانون الصادر عام ١٩٢٩ رقم ٢٥ - بحكم آخر مأخوذ من مذهب الامام احمد يميز بين مفقود يغلب عليه الهلاك ، كالمفقود في ساحة حرب . او وقت وقوع كارثة من زلزال أو غرق أو حريق ، أو نحو ذلك ، وهذا المفقود لا يعلم 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 له ان يقضي بذلك قبل 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 بانبات الفقد ، حتى ولو كان المفقود 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 قيد الحياة » (عبد النعم الصد ، المرجع السابق ، ٦٢) . ونلاحظ أيضاً أن ما تقدم من الأحكام لا يمنع ذا الشأن من رفع دعوى بموت المفقود حتى قبل افضاء اربع سنوات على فقده ، شريطة ان يقيم البينة في وجه الوكيل الذي يده مال المفقود =

هذه القسوة بالنسبة للزوجة مانصت عليه المادة ١٤٩ من قانون الأحوال الشخصية - ذلك بتسويتها للزوجة طلب التفريق من زوجها إذا ماغاب بلا عذر مقبول أو حكم بمقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات ، ولو كان له مال تستطيع الزوجة الانفاق منه وذلك بعد سنة من الغياب أو السجن .

وفي كل الأحوال فإن المفقود لا يقضى بموته من اليوم الثاني لانقطاع أخباره -

= وان لم يكن هناك وكيل نصب القاضي وكياً لذلك ، ويجوز الاثبات بسائر الطرق والبيانات - فان اثبت القاضي بالوفاة (مرشد الحيران مادة ٥٨١ ، ولذكورة الايضاحية لمشروع تنقيح القانون المدني ، مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ ص ١١٦) .

وقد أخذت مصر بهذا الرأي الثاني ، لانه اصح حالا وأقرب مثلاً 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 ، امرأ 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 الناس المفقودين في الحروب أو الكوارث امواتاً مع الاحتفاظ بالقاعد العامة الاصلية - بعدم اعتبار الغياب وحده - 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 الانكليزي - 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 تور Tour ، القانون المدني السويسري الترجمة الفرنسية ص ٨١) أو مع تحقق بعض الشروط من مدة أو حوادث (كالقانون الايطالي واليوناني) (راجع ارمانجوتون نولد وولف ، مطول الحقوق المقارنة . ج ص ١١٩١) .

بل يمر عليه زمن يختلف من حيث الطول والقصر باختلاف الحالات والمذاهب ،
ولا بد من تمييز وضع المفقود في أسرته وأمواله وحقوقه وعلاقات الناس به . وقد
ميزوا لذلك بين ثلاثة أدوار :

**الدور الأول - دور النياب 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 كمهاته غير مؤكدين
يفرض فيه أصلح الأمرين ، أي أنه حي . وبعبارة أخرى يعتبر المفقود
حيّاً - بحسب أحكام الشريعة الإسلامية - في الحقوق التي يضره فيها اعتباره
ميتاً ، بحيث تتوقف هذه الحقوق على ثبوت موته ، فلا تزوج زوجته أحداً ، ولا
يقسم ماله على ورثته ولا تفسخ اجاراته (١) . ويعتبر ميتاً (أو بالأصح
لا يعتبر حياً) بحق الأحكام التي تنفعه وتضر غيره وهي المتوقفة على ثبوت
حياته ، فلا يرث (نهائياً) من غيره ولا يحكم باستحقاقه للوصية إذا أوصي
لّه ، بل يوقف نصيبه في الأثر أو قسطه في الوصية إلى ظهور حياته أو
الحكم بوفاته (٢) .

وقد نصت المادة ٣٠٢ من قانون الأحوال الشخصية « يوقف للمفقود من تركه
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 ، ويمين له وكيل قضائي يحمي أمواله ويدبرها ، ويضم

(١) مرشد الحيران ، مادة ٥٧٦ .

(٢) مرشد الحيران ، مادة ٥٧٧ .

إيرادها إلى أصلها ، وينميتها بما فيه المصلحة للغائب ، وتبقى زوجته على ذمته (١) ، ويكون للوكيل عن الغائب مال الوصي على القاصر من سلطات ، وضمن حدود الصلاحيات التي عينها قرار نصبه (٢) . وفي كل الاحوال فان حق تنصيب هذا الوكيل ، كسائر الامور المتعلقة بالمفقود وأمواله ، إنما يعود إلى القضاء وإلى المحاكم الشرعية عندنا (٣) .

وبناء على هذا الفرض أيضاً يحسب المفقود (موقفاً) 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 بتحقيق حياته وقت موت المورث أو الموصى ، 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 - إذا كان المفقود قد اعتبر غير حاضر فقط ، فلا يجوز الأخذ بما يدعي به شركاؤه في الأثر من اخراجه منه ، كما لا يجوز ذلك لمن يأتي بعده مرتبة هذا الأثر ، بل يجب تمثيل الغائب بوكيل او ممثل .

٢ - ومن المبادئ المقبولة من غير نقاش أن المحكمة تستطيع ان تعين قياً 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 - وبصورة عامة ، فان صلاحيات القيم لاتتعدى اعمال المحافظة والإدارة ، كقبض المبالغ العائدة ، للغائب ، إقامة دعوى التصرف ، استعمال حق متروك اختياره للغائب ... الخ ... (قرار رقم ٨٢٨ تاريخ ١ تشرين اول ١٩٣٣ مجموعة صنيح ج ١ ص ١) .

(٣) محكمة التمييز السورية ، اساس شرعي ٣٥ سنة ٩٤٣ . مجلة نقابة المحامين بدمشق ١٤٨٨ ص ١١٨ .

في الإرث أو الوصية ، أشبه شيء بالجنين ، إلى أن يظهر حياً أو تثبت وفاته أو يعتبر ميتاً .

فإن ظهر حياً قبل الحكم بثبوت وفاته ، تبدد الشك . وتيقن الوجود ووجب أن يعتبر كما لو لم يغب أبداً ، وتزول جميع آثار فقدان الغياب السابق وتنقضي ولاية الوكيل بظهوره ويتسلم هو أمواله وما انضم إليها ويعود إلى زوجته ، ويأخذ ما أوقف على ذمته من إرث أو وصية وإن ثبتت وفاته اعتبر ميتاً من تاريخ حصولها .

الدور الثاني - الحكم باعتبار المفقود ميتاً .

في هذا الدور ومنذ الحكم باعتبار المفقود ميتاً ، ينتهي الدور السابق وكل ما ترتب 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 لا يخفى أهمية كبرى إذ ربما دامت فترة الغياب قبل اعتبار الوفاة أعواماً ومدداً طويلة ، فإذا 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 و ثروته ويمتد 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 ، والناتج المختلفة لهما ، فقد أخذ الفقهاء حلاً وسطاً وقرروا أن المفقود في حال الحكم باعتباره ميتاً ، يعتبر تارة حياً وتارة ميتاً ، في الفترة ما بين الفقد والحكم . وليس في قانون الأحوال الشخصية ما يغير هذا الحل .

فيعتبر حياً قبل الحكم - أي ميتاً من تاريخ الحكم - بالنسبة لآله 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 تحمل 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 جاءت من غيره مما يشترط فيه تحقق حياته : فلا يستحق ما أوقف لأجله من إرث أو وصية بل يرد نصيبه إلى من كانوا يستحقونه باعتبار المفقود ميتاً من تاريخ فقده .

وبعبارة أخرى فإن المفقود الذي حكم باعتباره ميتاً يعتبر أنه مات من تاريخ فقده بالنسبة إلى إرثه من غيره وما هو في حكمه ، وإنه لم يميت 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

تجوت 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 لا يختلف كثيراً عن ظهوره قبل الحكم ، لأنه رغم هذا الحكم : فإن 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 إليه بالارث أو الوصية ، ويعود إلى زوجته التي ما كانت تستطيع الزواج ، ولا يكون لفقدانه من أثر في حياته المالية والعائلية . أما في الحالة الثانية فإنه لا يستفيد إلا بما بقي من ماله في أيدي الورثة أو المستحقين له ؛ وأما المالك أو المستهلك المتصرف به فعلاً أو قولاً ، فلا شيء له عليهم فيه ، لأنهم لم يستولوا عليه من تلقاء أنفسهم بل بحكم من القاضي . وكذلك لا تعود 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 ما بقي من نصيبه بين أيدي الورثة » .

(١) الايباني ، مختصر شرح الأحكام الشرعية ص ٤٧٧ وما بعدها ؛ مرشد الحيران ، مادة ٥٨٠ .

§ ٦ — ثبوت الشخصية

لا بد إذن من اثبات مبدأ الشخصية ومنهاها ، 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 والبيانات . ولكن أهميته الواقعية المباشرة بالنسبة للشخصية التي نببحثها ، تجعل من الواجب والمعقول أن نذكر وسيلة الوصول لمعرفة بدء الشخصية ونهايتها خصوصاً وإن 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 المثل 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 إليه ، حتى غدت هذه السجلات في البلاد المتقدمة المصدر الرسمي والوحيد لاثبات هذه الحوادث . وقامت الحكومة العثمانية بإيجاد دوائر النفوس ، وقيد الناس فيها بصحيفة مخصوصة لكل عائلة ، يذكر فيها تاريخ الميلاد والزواج والأولاد والوفاة . ومثل ذلك في مصر وسائر البلاد ، ويمطى عن هذه السجلات قيود يثبت بها أصحاب العلاقة الوقائع المذكورة فيها . غير أن هذه القيود — التي كانت اختيارية ومضطربة — 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 حوادث مدنية ، فقد نص الدستور السوري السابق في المادة ١٦١ أنه « خلال سنتين منذ تنفيذ هذا الدستور ، يجب تنظيم السجل

«المدني وتسجيل المواطنين كافة» ليلزم السلطين التشريعية والتنفيذية بتحقيق ذلك.
أما القانون المدني فقد نص في المادة ٣٢ أنه : « ١ - تثبت الولادة والوفاة
بالسجلات الرسمية المعدة لذلك » .

وفي الواقع فإن الولادة من حيث هي عمل مادي تثبت بشهادة الميلاد وسجلات
النفوس (١) وكذلك النسب الذي يترتب على الولادة فإنه 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 ببيئتها العامة أن « لقبود النفوس قوة اثباتية مطلقة
فيصح الاستناد اليها في ثبوت الوفاة وبلوغ الطفل سن الحضانة » . (قرار رقم ٢٥١
تاريخ ٢٦ - ١٢ - ١٩٤٥ . مجلة نقابة المحامين بدمشق ٩٤٧ ص ٢٢١) .

(٢) الا أن خضوع النسب الى الاحكام الشرعية ، يبقى إثبات النسب خاضعاً أمام المحاكم
الشرعية لطرق الاثبات بالشهادة « وفي الأحكام الفقهية تثبت الولادة بشهادة القابلة وحدها على
رأي صاحبين ، لأنها 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 ألغى بدوره بالقرار بقانون رقم ٢٦٠ لعام ١٩٦٠ (١٩ تموز ١٩٦٠) واضحا هذا القانون الأخير هو التشريع الخاص المنظم للأحوال المدنية وقيودها والمحدد لأحكامها وقوتها الإثباتية . مما لا يختلف كثيراً عن مبادئ التشريع السابق في سورية .

وإذا كان الأصل بحسب نص الفقرة الأولى للمادة ٣٢ من القانون المدني أن الولادة والوفاة تثبتان بالقيود المذكورة ، فإن 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 و وفاة . . وما يتفرع عنها ، وبإصدار 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 ١٩٣١

ص ٢٦٤ ، وفي مجموعة مقررات حكومة سورية ليوسف صادر ج ٦ ص ٤٦ .

وعلى هذا « فان الأصل المشار اليه يبقى معتبراً وملزماً ، بمعنى أنه كافٍ للاثبات - إذا كان موجوداً - حتى يقيم ذوو الشأن الدليل على عدم صحة ما ادرج في السجلات فمندئذ 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 (١) .

(١) راجع قرار محكمة التمييز السورية رقم ٣٤٥ تاريخ ١٩ - ٣ - ١٩٤٧ ، 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 ، فنتبع احكام الشريعة الاسلامية في ثبوت النسب . ومن أحكام الشريعة الاسلامية في ثبوت النسب - كما رأينا - القاعدة التي تقضي بأنه اذا ولدت الزوجة حال قيام النكاح الصحيح ولدأ 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 اذا ادعاه ولم يقل أنه من الزنا (الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية لفدرى باشا المادة ٣٣٢) . وكذلك القاعدة التي تقضي بأنه إذا ادعت الزوجة المنكوحة الولادة وجدها الزوج ، تثبت بشهادة امرأة مسلمة حرة عدلة ، كما لو أنكر تعيين الولد يثبت بشهادة القابلة المنصفة بما ذكر . وإذا أقر رجل ببنوة غلام مجهول النسب وكان في السن بحيث يولد مثله لثله ، وصدقه الغلام ، إن كان مميزاً يعبر عن نفسه ، أو لم يصدقه يثبت نسبه منه ، ولو أقر ببنوته في مرضه ، صح إقراره وتلزمه نفقته وترتيبه ، ويشارك غيره من ورثة المقر ولو جحدوا نسبه ، وورث أيضاً من أب المقر وإن جحدته . 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 أيضاً من المقر ، فان نازعها الورثة وقالوا 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 (١)، 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 (٢). ومهما يكن الأمر فإن طلب تصحيح سجلات النفوس يمكن أن يقدمه أصحاب المصلحة أو ممثلوهم الشرعيون أو النيابة العامة أو أمين السجل المدني على السواء وفق أحكام المادة ٣٦٦.

= زوجة له وهي أمة فلا تراث، وكذلك الحكم إذا جهلت حريتها أو أمومتها أو إسلامها ولولم ينازعها الورثة. وإذا لم تكن المرأة متزوجة ولا معتدة لزواج وأقرت بالأمومة لصبي يولد مثله مثلها وصدقها إن كان مميزاً أو لم يصدقها، صح إقرارها عليه ويرث منها الصبي وترث منه فإن كانت متزوجة أو معتدة لزواج فلا يقبل إقرارها بالولد إلا إن يصدقها الزوج أو تمام البينة على ولادتها أو تشهد امرأة حرة عدلة منكوبة، أو تدعي أنه من غيره.

« وإذا أقر ولد مجهول النسب ذكراً كان أو أنثى بالابوة لرجل أو بالأمومة لامرأة، وكان يولد مثله لمثل المقر وصدقته فقد ثبت أبوتها له، ويكون عليه ما للابوين من حقوق وله ما عليهما للابناء، من نفقة وحضانة وتربية، وتثبت الأبوة والبنوة والأخوة وغيرها من أنواع القرابة بشهادة رجلين عدلين، أو رجل عدل وامرأتين عدول. ويمكن اثبات دعوى الابوة والبنوة مقصودة بدون حق آخر معها، إذا كان الأب أو الابن حياً حاضراً أو نائبه، فإن كان ميتاً فلا يصح اثبات النسب منه مقصوداً، بل ضمن دعوى حق يقيمها الابن أو الأب على خصم في ذلك، الوارث أو الموصى له أو الدائن أو المدين، وكذلك دعوى الاخوة والعمومة وغيرها لا تثبت إلا ضمن دعوى حق » (المذكرة الإيضاحية، مجموعة الأعمال التحضيرية - للقانون المدني، ج ١ ص ٣٢٣ - ٣٢٤).

(١) دون المحاكم الشرعية حسب القانون السابق، راجع قرار محكمة التمييز السورية، أساس استدعاء، ١٩٤٢/٢، مجلة نقابة المحامين بدمشق ١٩٤٨، ص ٢٦. على أن المادة ٣٨ من القرار بقانون ٢٦٠ قد جعلت تصحيح القيود المتعلقة بالزواج أو بطلانه والطلاق والنسب بناء على الأحكام الصادرة من المحاكم المختصة.

(٢) محكمة التمييز السورية، أساس استدعاء، ١٩٤١/٢٣، مجلة نقابة المحامين بدمشق.

١٩٤٨ ص ٣١.

من القرار بقانون رقم ٢٦٠ لعام ١٩٦٠ السابق الذكر . أما في الماضي فكانت 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 .

حياسة الحالة المدنية أو شهرة النسب possession d'état ومن بين وسائل الثبوت ، يذكر القانون الفرنسي والفقهاء الغربيون ، حياسة الحالة المدنية أو على حد تعبير بعض الفقهاء « شهرة النسب » . والحياسة — 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 الحياسة 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 .

والحياسة 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 ٤٨٠ .

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 أخذوا بالحيازة ، اسم « النسب بالشهرة » واعتبروا هذه الشهرة ، خلافاً لأهل السنة ، في عداد الأدلة في ثبوت النسب ، محتجين بان الاعتماد على السماع والمظاهر من أقوى سبل الاثبات وأوضحها بل وأصدقها . وانها غالباً ماتكون الدليل الوحيد الذي يملكه الانسان .

« ومعنى الشهرة هو أن يشتهر انسان عند جماعة يقيم بينهم بأنه ابن رجل معين فاذا سئل عنه ، منسوباً اليه ، دل عليه ، وأن يسجل اسمه بهذا النسب في دائرة المقارنات والاحصاء والمحاكم ، وفي دفتر التاجر والقصاب ، وفي عناوين الرسائل وأوراق الدعوة الخ .. فتمت تحققت هذه لديه كلها أو جلها ثم أنكر النسب المشهور به الرجل والمنسوب اليه أو أنكره أحد ورثته ، حكم بثبوت النسب استناداً الى

(١) ومع ذلك فان حيازة النسب في القانون الفرنسي لا تشكل وحدها في الأصل دليلاً على افتراض النسب لمصلحة المحتاز له ، وتوجب على خصمه اقامة الدليل العكسي ، بل يبقى عليه هو ان يقيم الدليل على وجود هذه الحالة التي يمتازها ، وانما أجاز القانون استثناء اعتبارها دليلاً وحدها في حالات معينة . ومع هذا لا تؤدي مثل هذه الحيازة الى تقادم مكسب لأن حالة الشخص واسمه ونسبه لا يكتسب كما لا يسقط بالتقادم . وبناء على ذلك فان بقاء رجل وامرأة بجماعة مشتركة ولو ظننا الناس جميعاً انها حياة زوجية شرعية . خلافاً لحقيقتها لا يكتسبها هذه الصفة ولو امتد بهما الزمن طويلاً .

الشياع كما يستند الى الشهادة العادلة من غير تقارب،^(١).

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 ما يشير إلى ذلك فاننا نعتقد ، أنه عملاً بالمادة الأولى من القانون المدني يجب الرجوع إلى مبادئ 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^(٢).



(١) راجع مقال الشيخ محمد جواد مغنیه ، رئيس المحكمة الشرعية الجعفرية الأولى، النشرة القضائية اللبنانية ، عام ١٩٥٠ ، قسم المقالات ص ٦٦ - ٦٧ .
(٢) راجع مقال الاستاذ جورج سيوفي ، في النشرة القضائية اللبنانية ١٩٥٤ ص ٤٩ .

المبحث الثاني

خصائص الشخصية ووصفاتها

Les attributs de la personnalité

إن الشخصية الحقوقية كما حددناها تمتاز بصفات وخصائص تؤلف في مجموعها ما يسمى بحالة الشخص المدنية *l'état de la personne*. ويعرفون حالة الشخص الطبيعي بوضع هذا الشخص في المجتمع البشري، هذا الوضع الذي يعين حقوقه وصلاته بالآخرين. ويعرفونها أحياناً بأنها مجموع الصفات التي تتوافر للشخص والتي بالاستناد إليها 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 وأرباب أسر واتباع — أي تحت القدرة الأبوية — *status familiae* الخ...

كذلك عني العرب والاسلام من بعدم، بحالة الشخص إن في دينه ومعتقده

(١) جوليو دو لامورانديير *Julliot de la Morandière* المدخل لدراسة علم

الحقوق ١٩٥١ ص ١٨٩ .

(٢) بلانيول وريبر، المرجع السابق، ج ١ نبذة ٤٤١ .

وإن في أصله وجنسه ، وإن في نسبه وعشيرته ، وإن في حرية واسترقاقه الخ .. وإذا استعرضنا هذه الصفات المختلفة التي تؤلف الحالة المدنية للشخص الطبيعي ، رأينا أن منها ما يتناول وضعه في المجتمع مباشرة ، ومنها ما يتعلق بوضعه في الأسرة وحياته الخاصة ، ومنها ما يتعلق 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 (١) » . 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 لا نجد 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 شحانه ، النظرية العامة للعق ، 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 لنظام الطبقات أو مؤسسة الرقيق المعروفة في الحقوق القديمة من أثر في حياة الأشخاص الحقوقية . على أن هذا التساوي لا تزال فيه مع ذلك فوارق أوجبها ضرورات الحياة الاجتماعية وحقائقها الطبيعية . وفيما عدا الاسم والموطن والقرابة التي سنبحثها بشيء من التفصيل ، فإن من عناصر الشخصية الحقوقية التي تميز بين الناس من وجوه متعددة ، الجنسية والأصل والجنس والدين . وربما خصائص ثانوية أخرى . وقد رأينا أن نجمها كلها في هذا الفصل .

§ ١ - الجنسية nationalité

وأما الجنسية ، فهي الصفة التي تلازم شخصاً ما لتجعله تابعاً لدولة من الدول ، وخاضعاً لأحكام قوانينها . فتذكر جنسيته إلى جانب اسمه ليميز بها . إنها « الرابطة التي تقوم بين الفرد ودولة معينة وتجعله تابعاً لها ، ولا بد لكل انسان من جنسية .

وما دام هذا العالم منقسماً إلى دول وسيادات متعددة. تنوزع بينها الشعوب.

والأمم ، كان لابد وأن ينتمي في الأصل كل فرد أو شخص طبيعي إلى جنسية معينة ، أي إلى دولة من هذه الدول يتبع لها وتقوم بينه وبينها روابط حقوقية والتزامات متبادلة ؛ كما ينتسب كل شخص إلى أسرة ولد فيها ، وتتكون من ذوي قرابه ويرتبط بها .

وهذه الجنسية التي تربط كل مواطن إلى بلده ، تكون ملازمة له سواء أقام في هذا البلد أو لم يقيم . وهكذا نستطيع القول إن الجنسية العربية السورية هي التي ينتمي إليها 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 إلى الجمهورية العربية السورية ، و جنسية أو جنسيات أجنبية أخرى - وهو ما يعتبر خلاف الأصل ومخالفة قانونية - ، يستبرون في نظر قانوننا ومحاكمنا مواطنين من رعايا الجمهورية . وتتغلب بذلك الجنسية العربية السورية على الجنسيات الأجنبية ، 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^(١) ، باحثاً عن كيفية

(١) المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٦ تاريخ ١٢-٢-١٩٥٣ 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 بين الاعتبار بتعهدات سورية الخارجية وميثاق جامعة الدول العربية الخ ... (راجع الأسباب الموجبة للرسوم التشريعي المذكور) .
أما 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 أحكامه عن قانون الجنسية الجديد .

اكتساب الجنسية السورية وفقدانها، وأخذاً — شأن أكثر قوانين الجنسية في العالم — بالمبدأين معاً، الدم والأرض. فنص في المادة الأولى ان الجنسية السورية تكتسب بالولادة من أب سوري (مبدأ 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 وفقاً للقانون الجنسية السابق الذكر ، وحسبنا أن نشير هنا بإيجاز إلى المبادئ العامة في اكتساب الجنسية وآثارها .

يكون هذا الاكتساب إما بطريق الدم (أي النسب بالدم) وهو ما سماه الرومان Jus sanguinis ، بحيث يكتسب الولد حكماً 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 المبدأن 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 . وأم هذه الشروط إلى جانب بلوغ سن الرشد تقديم الطلب وسبق الإقامة المتواصلة عشر سنوات من غير

الحصول على إذن مسبق بالتوطن ، وخمس سنوات بعد الاذن ، وان يكون الطالب كذلك سليم العقل غير مصاب بماهة ، حسن السلوك والسمة 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 يتمتع على الاجانب أن يعتبروا كذلك في بعض الاحوال أو الحقوق ، كسراء 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 *reciprocité* 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 سابق ص ٢٠١ - ٢٠٢ . راجع كذلك تنازع القوانين من حيث المكان ص ٣٣٨ - 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 Heimathlos .

على أن حالة إسقاط الجنسية عن صاحبها بصورة إدارية ودون حكم قضائي أمر
بناهضه الفقه الحديث كما تقاومه مبادئ الانسانية والديمقراطية وحقوق الانسان .
ويدخل بحث كل ذلك كما قلنا في ابحاث الحقوق الدولية الخاصة .

٢ - الاصل او العنصر La l'ree

في القديم كان للعنصر أثر هام في حالة الأشخاص الحقوقية ، حيث كانوا
يمييزون 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 متساويين
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 المبادئ
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 أفريقيا .

أما في الشرق ، وفي بلادنا ، فليس للعنصر أو الاصل أثر في شخصية الانسان الحقوقية ، والأثر كل الأثر عندنا في الحقوق هو للدين . وإذا كان الغريون ، وبصورة خاصة الألمان ، يعتبرون اليهود عنصراً وأصلاً أو بتعبير آخر عرقاً خاصاً ، فإنها 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 لمب دوراً هاماً في حقوق الاسرة والتوظيف والح . . . وقد أصبحت اليوم الحقوق في فرانسة وأكثر البلاد الأخرى علمانية لادينية Laïque .

أما في بلادنا ، وفي الشرق بوجه عام ، فإن 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 - 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 باقية حتى اليوم في الشرائع الحديثة .
 ففي فرنسا 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 فرنسا
 بفضل دستور سنة ١٩٤٦ ، مساوية للرجل في الحقوق العامة والخاصة خلا
 استثناءات طفيفة (٣) .

أما في بلادنا ، فإن أهلية الاداء للمرأة لا تختلف مبدئياً عن الرجل ، بحسب
 أحكام الشريعة الإسلامية ، فنظراً لقدرتها 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 ، فإن 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
 لاتمتع بها الزوجة ، كما ظل ممنوعاً على الزوجة ممارسة بعض المهن ، او اجراء بعض الالتزامات ،
 دون موافقة الزوج او السلطة المختصة الخ ... (راجع تورور Tour ، القانون المدني السويسري،
 المرجع السابق ، ص ٥٥) .

(٤) على ان المالكية قالوا باعتبار الزوجة ممنوعة من التبرع في حال حياتها بما يزيد عن
 ثلث مالها (راجع الفقه على المذاهب الأربعة ؛ ج ٢ ص ٤٥٣) .

إلا نصف حظ الذكر ، كما تتأثر بالمصبات من الذكور في حقها في الارث ، وربما منعت عليها بعض الصناعات والأعمال إذا كانت متزوجة حرصاً على مصلحة الاسرة والمائلة . وكانت قبل قانون البنات 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 تمييز 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 البارزة 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 فإن ثمة تصرفات واعمالاً حقوقية شخصية ، لا يستطيع الصغير ولا ممثله إثباتها 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 بجرمانه من عدد من الحقوق التي يتمتع بها سائر الناس . وقد نصت المادة ٦٥ من قانون العقوبات السوري « إن كل محكوم عليه بالحبس أو الإقامة الجبرية في قضايا الجنح ، يحرم طوال تنفيذ عقوبته من ممارسة الحقوق المدنية الآتية : أ - الحق في تولي الوظائف والخدمات العامة . ب - الحق في تولي الوظائف والخدمات في إدارة شؤون الطائفة المدنية ، أو إدارة النقابة التي ينتمي إليها . ج - الحق في أن يكون ناخباً أو منتخِباً في جميع مجالس الدولة . د - الحق في أن يكون ناخباً أو منتخِباً في جميع منظمات الطوائف والنقابات . هـ - 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 ، تور . المرجع السابق ص ٥٦ .

ذا أثر فعال في حياته الحقوقية . وربما كانت أكثر هذه 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 معروفين ومعتبرين ، ولكنها زالا من الوجود أو بحكم الزوال التام. وأصبحت الحرية اليوم صفة لازمة لكل إنسان ومن حقوقه الأساسية .
وأما النسب فيقصد به النسب الشرعي وغير الشرعي ، وصلة الإنسان بأبويه وأقربائه مما 'يدرس في بحث الأحوال الشخصية ونشير إليه في بحث القرابة .

★ * ★

الفصل الثاني

الاسم واللقب

نص قانوننا المدني في المادة ٤٠ « يكون لكل شخص اسم ولقب . . . ولقب الشخص يلحق أولاده » . وقالت المادة ٤١ منه : « ينظم بتشريع خاص كيفية اكتساب الالقب وتغييرها » فجاء القانون بذلك لينظم أوضاعاً كانت مهمة في الجمهورية ، مضطربة وغير منظمة ولا مبحوثة في القوانين السابقة . وكذلك في مصر ، فإن 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 ، أن يكتبي بالاسم الصغير مقروناً باسم الأب ، وربما الجد أحياناً .

§ ١ - تحديد اللقب

وإذا رجعنا إلى تاريخنا الاجتماعي ، نجد أن العرب قديماً كانوا يسرون 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 إليها .

وليست هذه هي حالة العرب وحدهم ، بل هي حالة أكثر الشعوب القديمة كالليونان 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 الأسرة ، 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 .

وما لا شك فيه أن عادة الاحتفاظ بلقب الأسرة من شأنها أن تزيد شعور التضامن بين أفراد الأسرة الواحدة وتظهر الرابطة التي تربطهم ، كما أنها تقلل إلى حد كبير من تشابه الأسماء . ولهذا أخذ الشارع في القانون المدني بالمبدأ المذكور ، وأصبح إلزامياً — بحسب نص القانون — على كل شخص يسجل في سجلات الأحوال المدنية ، أن يكون له لقب أو اسم أسرة إلى جانب اسمه الصغير .

§ ٢ — اكتساب اللقب

قلنا أن اللقب هو في الأصل وراثي ويكتسب بمجرد الولادة ، كما تكتسب حقوق الأسرة 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 الاقطاء والمتبنين ؟

١ - الولد الطبيعي - 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 مرتباً بأسرة 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 وخرجها عن الطاعة ، فيأخذ الولد كذلك لقب أبيه ما لم يقدّم الدليل على عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة كما لو كان أحد الزوجين مسجوناً أو غائباً في بلد بعيد أكثر من مدة الحمل ولا يقرب به الوالد ولا يدعيه (راجع المادة ١٢٩ من قانون الأحوال الشخصية ، وأما إذا لم يولد من هذا الفراش فليس له أي شيء ، ولا يعترف له بحقوق من الحقوق ، ولا يستطيع أن يطلق على نفسه لقب أبيه ^(١) أي أن اللقب يتبع في ذلك حكم النسب .

وما دامت أحكام هذه الشريعة سائدة ، لا تعترف على الأولاد الطبيعيين ، فإن هذا الحكم هو الواجب التطبيق ، وإن الفقرة الأخيرة بالحاق الأولاد بلقب أبيهم إنما يقصد بها الأولاد الذين يعترف قانون الأحوال الشخصية بينوتهم

(١) راجع في وضع ولد الشبهة (أي الذي يشبهه في نسبه) وولد المتعة الذي يولد من زواج المتعة أو صلتها في المذهب الشيعي ، الاستاذ محمد جواد مغنية . مجلة المحامي ١٩٥٢ ص ٤٢ - 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 لا يجوز الزواج بينهما ، أو كانت الوالدة متزوجة ، وكان المولود من غير زوجها ، أو كان الوالد متزوجاً والمولود من غير زوجته الشرعية بالنسبة للأشخاص الذين لا يجوز لهم بحسب دينهم تعدد الزوجات .

٢ - اللقيط - وهناك زمرة من الأولاد اللقطاء الذين يعثر عليهم في الطرقات أو الملاجئ العامة ، فلا شك أن هؤلاء لا يمكن إعطاؤهم لقباً بالنسبة لأبوين مجهولين ، وقد صدرت في فرانسة تعليمات إدارية بأن يعطي هؤلاء اللقطاء القاباً

(١) أما في بلاد الغرب ، وقد كثرت أمثال هؤلاء الأولاد ، فقد أعطوا بصورة تدريجية من الحقوق ما قرب بينهم وبين الأولاد الشرعيين ، وإنما 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 . وإذا اعترف احدهما فقط ، كالأُم ، وهي الحالة الشائعة ، ولم يعترف عليه أبوه أو لم تستطع أمه أو الولد أن يقيم الدليل على بنوته من الأب — ومن حق كل من الولد ووالدته إقامة الدعوى والدليل على الوالد — اخذ الولد لقب أمه ونسب إليها .

أما إذا لم يعترف به من الأبوان احد — وهذا نادر الوقوع إلا في حالات خاصة ، كاللقيط — فإن الولد يحمل لقباً اتفاقياً ، ويستطيع ان يحمل في أغلب الأحيان لقب أمه من تاريخ ولادته ، إذا علمت ، ويعترف له بحقوق اللقب ، وإن لم تنشأ الأم ان تعترف به صراحة إذا أثبت انه ولد منها .

يختارها لهم ضباط الاحوال المدنية مباشرة أو بناء على اقتراح الملجأ الذي قبل بإيوائهم ، وأوجبت هذه التعليمات أن لا يحمل اللقب اسماً يدل على عدم شرعية الولادة أو يكون مسخرية وهزاً . 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 عام ١٩٦٠ في المادة ٢٣ على أمين السجل المدني أن يسمى المولود اللقيط الذي يخبر عنه من الشرطة أو المختار (العمدة) في القرى أو المؤسسات والملاجئ التي تستقبل اللقطاء ، تسمية كاملة ثم يقيده في السجل الخاص بالمواليد ولا يذكر أنه لقيط . فاذا تقدم أحد الوالدين باقرار بأبوته أو أمومته للمولود فتملاً الخانة الخاصة بالمقر .

المتبني - أما الولد المتبني ، وهو الذي يدخله شخص في أسرته ، ولكنه في الأصل غريب عنها ، فليست له أي حقوق في الشريعة الاسلامية والسورية ، بحيث لا يكتسب أي حق من الارث أو النسب أو اللقب . أما وضع الولد المتبني في الشرائع الغربية فأحد أمرين : اما أن يكون له لقب سابق عن أسرة معينة ، فيضيف لقب الشخص المتبني إلى لقبه الأصلي ، واما ان لا يكون ، فيأخذ لقب المتبني وحده . وفي الحقوق الفرنسية فان الولد المتبني 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 مضافة 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 أوروبا أن الامراة بزواجها تفقد لقب أسرته نهائياً ، لتحمل لقب زوجها في حين أنها لا تفقد ذلك ، وإنما يضيع لقبها

الأصلي ويحتق وراء لقب زوجها ، وقد أكد ذلك القانون المدني الفرنسي حين نص أن المطلقة يمنع 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 فأصبحت فقرة واحدة حذف فيها الحكم الخاص باعطاء لقب الزوج للزوجة ، معللاً ذلك بأن العرف لم يستقر بعد على إلحاق لقب الزوج بزوجه بصورة إلزامية .

ومع ذلك فقد صرنا نسمع في أيامنا بمض 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 - تصحيح الاسم واللقب وتغييرها

الاصل ان الاسم أو اللقب - بحسب القانون المدني - حق وواجب ، بمعنى أن الشخص لا يستطيع أن يبدل اسمه أو لقبه كما يحلو له وبمحض ارادته . ولكن إذا وقع خطأ في اسم شخص أو لقبه عند قيده في سجل المواليد ، وإذا

(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 هذا السجل ، فهل يحق له تعديل ذلك وتصحيحه ؟

لقد نصت المادة ٤١ من قانوننا المدني ان كيفية اكتساب الالقب وكيفية تغييرها ينظم بقانون خاص ، وإذا كان لم يصدر بعد قانون خاص بذلك فأتساءل نعتقد أن التشريع الوحيد القائم عندنا هو قانون الاحوال المدنية الصادر بقرار رئيس الجمهورية رقم ٢٦٠ لعام ١٩٦٠ الذي سبق أن ذكرناه . وبموجبه لا يمكن إجراء أي تصحيح في سجلات الاحوال المدنية إلا بقرار قضائي أي « بحكم نهائي صادر عن المحكمة الصلحية التي يقع في دائرة اختصاصها مكتب التسجيل » . وذلك فيما عدا التصحيح بالاضافة والحذف والتغيير في البيانات المتفرعة عن واقعات الاحوال المدنية كالمهنة والديانة أو غيرها بناء على وثائق أو تحقيقات رسمية صادرة من جهة لا اختصاص 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 الدعوى وتبت بها قابلة للاستئناف وأمام المحكمة البدائية بصفتها الاستئنافية ، وتقبل في استنبات ذلك سائر وسائل الابتات القانونية (١)

ولكن هل يستطيع الشخص ، بطريقة ما ، أن يبدل لقبه ويغير اسمه العائلي إذا كان لا يروقه ، أو مجرد رغبة منه في هذا التبديل ؟

ليس في قانوننا المدني ، ولا في قانون الاحوال المدنية السابق الذكر شيء

(١) اما في مصر بحسب القانون القديم الصادر ١٩١٢ رقم ٢٣ مادة ٢١ ، وما سار عليه الاجتهاد القضائي المصري ، فان على الحاكم 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 المحاكم المصحح مسؤولاً 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 تشريعاتاً
خاصاً هو الذي ينظم كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها . ولكن هذا التشريع
لا يصدر ، بحيث لا نستطيع أن نقرر القواعد التي تعتبر واجبة الرعاية والتطبيق
في هذا الموضوع ، ونعتقد أنه لا يمكن تبديل لقباً بمجرد رغبة عند صاحبه
أو حتى لأسباب خاصة ، مادام هذا التبديل لا يستند إلى حقيقة في التسمية ورجوع
إلى صاحبها !

على أن الحقوق الفرنسية التي جرت على مبدأ عدم جواز تبديل اللقب
وتغييره مجرد رغبة صاحبه بذلك ، أجازت استثناء إذا كانت هناك أسباب جدية
مقبولة لهذا التبديل ، كأن يكون لقب الشخص مدعاة للهزاء 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
تأثر مصالحه بهذه التسمية أن يعترض عليه أمام مجلس الدولة خلال المدة المذكورة ،
ويطلب إبطاله .

§ ٤ - طبيعة الاسم الحقوقية

وهو الشخص في اسمه ولقبه

لقد ذهب الفقهاء في تحديد الطبيعة الحقوقية للاسم واللقب مذاهب ، فرأى

— التصحيح أو التغيير في الأسماء المقيدة في سجلات المواليد من حق وزير الصحة ، بقرار
يصدره بعد موافقة لجنة إدارية تشكل خصيصاً لذلك ، وبعد استنفاذ وسائل النشر والتحقق ،
عما يكفل حماية مصلحة الناس ، ودون حاجة للرجوع إلى القضاء .

البعض أن اللقب ملك لصاحبه ، وله عليه حق ملكية تامة . وقد قبلت محكمة النقض الفرنسية اعتبار الاسم العائلي أو اللقب nom patronomique ملكاً للعائلة التي تحمله . وبالاستناد الى ذلك يستطيع صاحب الاسم العائلي أن يدعي على من اعتدى على لقبه واتخذ لنفسه دون أن يثبت أنه تأذى من ذلك ، أو أن له مصلحة في الدعوى ، ما دام الاسم المذكور ملكاً له . ولكن هذه النظرية قد هوجت من الاستاذ ريبير مهاجمة عنيفة مثبتاً أن ملكية الاسم غير صحيحة من الناحيتين النظرية والتاريخية . اما نظرياً فان الملكية تقتصر على مالك أو مالكين معينين (لان المالك مها تعدد فان عدمه 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 لاجزاء شائع منه . وأما تاريخياً فان مما لاشك فيه أن كل واحد كان يستطيع أن يبدله في هذه الأحرف الضيقة في كل لغة من اللغات اسماً قد يتوافق مع آخر ، ولا يستطيع واحد أن يقول اني سبقت واكتسبت ملكية على هذه الاحرف . ومثل هذه الملكية تكون ملكية غريبة ، لاسيما وانها تحمل صاحبها وجائب والتزامات بقدر ماتمطيه 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 لا يمكن أن يكون حقاً مالياً أو متعلقاً في الذمة ، وانما هو حق من الحقوق العامة ، كحقوق الحريات الشخصية والدينية والاجتماعية ؛ وبهذا الوصف غير قابل للتنازل عنه كما لا يقبل السقوط بالتقادم ، وعلى هذا لو ترك شخص اسمه ، ثم عاد اليه ولو بعد مدة طويلة ، جاز له ذلك . كذلك لا يستطيع أحد أن يكتسب حقاً في اسم عائلي أي في لقب بسبب استعماله

هذا اللقب حيناً طويلاً من الدهر ، مع مراعاة ما أشرنا اليه قبلاً فـيـه
يتعلق بـجـيـازة النسب أو شهرة النسب^(١) . هـذا ونعتقد أن من يكتسب لقباً
— بسبب عامل من العوامل كما لو كان نتيجة لتحريف قديم في لقب أصلي ، أو
ترجمة له الخ ... — فانه يستطيع أن يستبقه مادام لم يقصد الاضرار بالغير أو لم
ينشأ عنه ضرر .

ومها 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 — كمثل استعمال اسمه
أو لقبه بلا مبرر أو اتحال هذا الاسم دون حق — 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 - ملحقات اللقب والاسم العائلي

يلحق باللقب اسم صغير ، وكنية واسم تجاري ، والقباب شرفية .
فالاسم الصغير prénom هو الاسم الذي يعطى للمولود كي يضاف الى اللقب

(١) راجع ماسبق ص ٤٦٦ .

تميزاً 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 البنات
الجديد والقانون المدني الذين اكتفيا بتعيين الشخص بشكل لا يبقى 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 لا يسمى 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 باسما وأوصاف كانت في الماضي
تحل محل الاسم الكامل والاسم الصغير معاً ، أما اليوم فليست الا للمناداة ولاتأثير
حقوقها (١) وكثيراً ما تنقلب الكنية الى لقب بالنسبة لاولاد المكني وعند ذلك
يصبح لها مالمقب من احكام وآثار .

اما الاسم التجاري Nom commercial

فهو الذي يتخذه شخص لمحل تجاري له ، او لبضاعته او منتوجه ، ليعرف
هذا المنتج أو المنتج به . ويطلق عليه في بعض الحالات « العنوان التجاري » .
ويختلف الاسم التجاري عن الاسم العادي بامور كثيرة نذكر منها :

أ - الاصل أن الانسان حر في اختيار الاسم التجاري خلافاً لاسمه العائلي
شريطة أن لا يضر بالغير ، أي أن لا يكون هذا الاسم التجاري قد اتخذته غيره من التجار
في نفس الصناعة ، واكتسب عليه حقاً قانونياً (قانون التجارة مادة ٤٥ فقرة ٢) .

(١) ومن ابرز الكنايات المعروفة مثلاً : 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^(١) .
ويعتبر الاسم التجاري عنصراً من عناصر الملكية التجارية التي نظمها في مرسوم 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 لتمييز 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 ما فصله من احكام^(٢) .

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 بالفرامة أو بالسجن^(٣) .

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 ورير ، 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 كاملاً 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 قبلاً (المادة ٤٥ فقرة ٢) (١) .

على أن قانون التجارة جعل العنوان التجاري عنصراً من عناصر المتجر الملازمة له بحيث لا يجوز التفرغ عنه مستقلاً عن المتجر . ومع ذلك فإن لهذا العنصر الذي هو العنوان التجاري ، في وسط عناصر المتجر الأخرى ، كياناً خاصاً عندما نص القانون أن التفرغ عن المتجر بجموعه 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 المتفرغ (المتنازل) والمتفرغ له ، مما لا حاجة لبحثه هنا (١) .

ونص في المواد ٥١ الى ٥٣ على العقوبات والمؤبدات في حالة مخالفة أحكام القانون .

أما الأسماء الشرفية Titres de noblesse فهي الأسماء أو الألقاب التي كانت تتمتع بها فئة من الناس في ظل الأنظمة الطبقية والقطاعية التي كانت سائدة في الماضي سواء في فرنسا 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 - ١٤٤ .

وقد هدمت الثورة الفرنسية جميع آثار هذه الاسماء وميزاتها في فرنسا كما صدر في سورية مؤخراً مرسوم تشريعي رقم ٦٦ بتاريخ ٢١ كانون الثاني ١٩٤٢ يقضي بإلغاء جميع الالقاب في الجمهورية من مختلف الرتب المدنية والامتيازات الشرفية التي منحت غابراً الى السوريين عدا الرتب العلمية . وصدر مثل ذلك في مصر بعد ثورتها .

الفصل الثالث

المواطن او محل الإقامة

Le domicile

§ ١ - مفهوم المواطن

إن الشخص لا يعين قانوناً في المجتمع بمجرد معرفة اسمه وصفاته الأخرى السابقة الذكر ، وإنما يجب كذلك معرفة مكان وجوده فيه ، وهذا المكان يسمى « المواطن أو محل الإقامة » وأطلق عليه البعض كذلك اسم المقام (بضم الميم ^(١)) فالمواطن 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 إليه 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 ٣٤ : « المواطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة » .

وفرقوا في ذلك ، ولا سيما في الحقوق الانكليزية والفرنسية ، بين المواطن

(١) « اسم المكان من فعل اقام ، وهو المقر القضائي للشخص » (راجع الاستاذ فارس الحوري ، اصول المحاكمات الحقوقية ، الطبعة الثانية ص ١٨٣) .

أو المقام ، وبين المسكن Résidence . فبيناً أن المسكن هو المكان الذي يقطنه. الانسان لمجرد السكن ولو الى حين ، فان المواطن مفهوم حقوقي يعتبر القانون. أن الشخص مرتبط فيه (١) ، وإذا كان الغالب اجتماع المواطن والمسكن ، فليس ذلك صحيحاً دوماً (مثلاً الإقامة في صيفية أو في رحلة في الجبال . . .) ، وليس كل مسكن موطناً في نظر القانون ، بل يجب في الاصل بحسب تعريف. المادة ٤٣ المذكورة أن يكون المواطن في المكان الذي جرت عادة الشخص. على الإقامة فيه .

فما هي فوائد تحديد المواطن ، وكيف نحدده بوجه عام ؟

§ ٢ - فوائد تحديد المواطن وأهميته

في الحقوق الاوربية القديمة كان لتحديد المواطن شأن كبير ، لان الحقوق

(١) وربما امكن - بحسب الحقوق السويسرية - تحليل مفهوم المواطن 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 لا يشترط أن تكون لمسدة. أبدية وغير قابلة للتحديد ، بل يكفي ان تكون هذه الارادة متوافرة في اتخاذ مكان ما - ولو كانت المدة عملياً لا تطول كثيراً - مركزاً للنشاط الشخصي او المهني ، بشكل يعطي لهذه الإقامة 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 المواطن ، ولو كان صاحبه ينوي الانتقال فيما بعد الى مكان آخر ، حتى ولو كانت الإقامة محددة سلفاً ، شريطة ان تكون هذه الإقامة في ذاتها مبنية على سبب عملي معاشي . (محكمة الاتحاد السويسري. مجموعة القرارات ج ٤٩ القسم الأول ص ١٩٣ و ٤٣٠ و ج ٦٩ قسم اول ص ١٢ الخ) ، وبصورة عامة يمكن اعتبار المواطن موجوداً في الإقامة بقصد كسب الرزق والعيش (مع بعض الاستثناءات) او بوضع الشخص من قبل السلطات باقامة الاجبارية الدائمة ... (محكمة الاتحاد السويسري ، مجموعة القرارات ج ٦٩ قسم أول ص ٧٧ وقسم ثان ص ٢ الخ) . وعلى العكس. لا يعتبر مواطناً اتخاذ شخص من هذا نفسه محلاً كمواطن دائم بقصد واحد هو إقامة 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 - 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 عظيمة في الحقوق ، شأنه في الحقوق العرفية القديمة (١) .

ب - بل ومن الناحية الداخلية أيضاً فلا يزال للموطن الفوائد الآتية :

١ - إن المحكمة الصالحة للنظر في الدعوي المتعلقة بالمنقولات أو بحقوق شخصية

هي في الأصل محكمة موطن المدعى عليه *Actor sequitur forum rei* .

٢ - 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 الإقامة أو الموطن .

٣ - إن بعض الأعمال الحقوقية المتعلقة بحقوق العائلة تجب مباشرتها في

الموطن . مثلاً عقد الزواج يجب في الأصل أن يتم أمام المحكمة الشرعية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن الزوجة ، وكذلك إيقاع الطلاق .

٤ - التركات والوصاية والافلاس ، يجري فتحها أمام السلطة المختصة لموطن

التوفى 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 المدين أن يجريه في محل إقامة الدائن .

٦ - تخضع الدعوى في اجراءاتها لقانون المحل الذي أقيمت فيه Lox fori
كما تخضع الأموال المحل وجودها الخ ..

وصفوة القول إن تعيين القانون للموطن وتحديدته 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 .

٣٨ - 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 ٣٤٥٠ من القانون المدني ، « أما في الالتزامات الأخرى - أي التي
لا تستهدف تسليم شيء معين بالذات . وإنما تهدف أو تتناول الاموال المثلية ، كالنقود - يكون
الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو في المكان الذي يوجد فيه
مركز اعمال المدين اذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الاعمال . » وهذا المكان الثاني هو ما يسمى
بالموطن التجاري أو موطن الاعمال كما سنرى (راجع كذلك في نفس الموضوع المادة ٤٢٤
الفقرة الثانية) .

هـ — وأخيراً وبعد أن نستعرض تلك الشرائع نبحت في تحديد المواطن حسب أحكام قانوننا المدني الجديد .

آ - في الحقوق الانكلوساكسونية

يعتبر المواطن 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 فإن الشريعة الانكليزية تتشدد في تحديد المواطن وتعتبره صلة تنشأ بين شخص معين وبين محلة أو منطقة يعتبر الشخص منتسباً إليها . 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 ، فإن اتخذ موطناً جديداً ترتب على ذلك فقدته 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 الذي 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 السرائع اللاتينية^(١)

كالشريعة الفرنسية التي هي أصلها ، والبلجيكية والهولندية الخ . . ومنها
اللبنانية والمحيرية 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^(٢) ؛ وهو من الأمور الواقعية والمسائل الموضوعية ، التي تعود
إلى قاضي الأساس^(٣) . وفي كل الأحوال فان الشريعة الفرنسية تفرق إلى حد
ما بين الموطن والمسكن أو محل الوجود residence^(٤) . فالموطن في نظرها

-
- (١) راجع فيما يتعلق بالموطن في السرائع اللاتينية ، ارمابجون نولدوولف Arminjom
Nold et Wolff ، مطول الحقوق المقارنة ١٩٥٠ ج ١ ص ٢٢١ .
(٢) محكمة استئناف لبنان ، غرفة أولى ، قرار رقم ٩٧ تاريخ ٢٣ - ٦ - ١٩٤٢
خلاصة النشرة القضائية اللبنانية ١٩٣٩ - 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 - ١٢ - ١٩٤٨ النشرة القضائية اللبنانية ٩٤٩ ص ٧٦٢) .
(٤) خلافاً 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 المواطن والمسكن كما هو الغالب ، وقد يفترقا في بعض الأحيان . والأصل في الحقوق الفرنسية كما في الحقوق الانكلوساكسونية ، وحدة المواطن دون تعدده (١) ، ولا يقوم المسكن مقام المواطن ويعتبر موطناً إلا إذا لم يكن هناك موطن آخر (٢) . ولكن القضاء الفرنسي والمصري (سابقاً) والبناني 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 ، تسهلاً لمعاملة الناس ، مستتراً وراء نظرية المحطات الرئيسية أو المراكز الفرعية الرئيسية ، ليخرج بذلك عن قيد الوحدة الضيق . كما أوجد نظرية المواطن 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 المواطن يخفف بذلك من قسوة وحدة المواطن وتلافى كثيراً من نقائصه (٣) .

= السويسرية « مادة ٢٣٥ مدني » الخ ... حيث اعتبرت المسكن والمواطن متحدين ، وربما اشترطت هذه الشرائع فوق ذلك - أي فوق السكن - وجود نية الاقامة .

(١) ومنذ زمن بعيد استقر الاجتهاد القضائي الفرنسي انه لا يمكن ان يكون للشخص إلا موطن واحد ، والقضاء المذكور يعتقد ان هذه القاعدة مستخلصة من تعريف المواطن نفسه (محكمة النقض الفرنسية ، غرفة الاستدعاء تاريخ ١ نيسان ١٩١١ . دالوز دوري ١٩١٣ - ٤٠٠) .

(٢) فجرد وجود الشخص او سكنه في مكان لا يجعل منه موطناً ما دامت إقامته فيه عرضية لا يتوافر فيها معنى الاعتبار القانوني والاستقرار الحقوقي . (بلا نيول وريير ، المطول الابتدائي للحقوق المدنية الطبعة الرابعة ١٩٤٨ ج ١ ، نبذة ٥٣٦) . راجع قرار محكمة بداية البقاع الغربي ، رقم ٢١١ تاريخ ٣ / ٧ / ١٩٥٦ ، ما سيأتي ص ٩٧ .

(٣) وهكذا مثلاً قضت محكمة استئناف لبنان المختلطة ، ان المواطن الظاهر Donicil aphant إذا اضيف الى وجود تصرف الشخص بمقارنات هامة ، كائنة في المحل الذي يوجد

ج - أما في السريعة الجرمانية

فقد نص القانون المدني الألماني^(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 الألمانية بمبادئ تخالف كل المخالفة السريعتين 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 ، وبموجب مبادئ هذه الشريعة ، ليس للأشخاص الرحل والمتجولين موطن ثابت ، وهو ما يتفق والواقع تماماً ، ولكن لهم سكناً متحولاً يكون لهم فيه موطن ايضاً حلوا ، ولا يقبل القانون الألماني أن 'يعتبر للانسان موطن أصلي في جهة قد لا تكون وطناً قدماء من قبل ، كما هي الحال في الشريعة الانكليزية .

ولا يرى القانون الألماني ضيراً ان يعتبر للشخص الواحد أكثر من موطن واحد في وقت واحد ، غير آخذ بمبدأ وحدة الموطن خلافاً للشرائع السابقة .

د - أما في لسريعة الإسلامية

فقد جاء في البدائع^(٢) نقلاً عن الفقيه أبي أحمد العياض أنه : « يجوز أن

= فيه ذلك الموطن ، واقامة دعاوى عديدة في محاكم ذلك المحل ، يعتبر كالمقام الحقيقي (قرار تاريخ ٢٤-١٠-١٩٤٤ النشرة القضائية اللبنانية عام ١٩٤٥ من ١٩٠٣ ، والقسم الفرنسي من ١٩٣٣ راجع كذلك هض فرنسي غرفة الاستدعاء تاريخ ١٥ آذار ١٩٢٥ دللوز اسبوعي ١٩٢٥) .
(١) مادة ٧ - ١٠ ، ومثله البرازيلي .

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب أحكام الشرائع « للسكاساني ، ج ١ ، ص ١٠٣ - ١٠٥ .

يكون الموطن الاصلي واحداً أو أكثر من ذلك بأن كان له أهل ودار في بلدين ، أو أكثر ولم يكن من نية أهله الخروج منها وإن كان هو ينتقل من أهل الى أهل في السنة ، حتى أنه لو خرج مسافراً من بلدة فيها أهله ودخل في أية بلدة فيها أهله فيصير مقبياً من غير نية الإقامة .

وبذلك يكون الموطن قائماً على السكن والإقامة الفعلية ، وتلعب النية منه دوراً رئيسياً أشبه كثيراً بالشريعتين السويسرية والالمانية في ذلك . بل إن اعتبار الشخص مقبياً في أهله في أية بلدة من البلاد ، إذا ذهب اليهم ومن غير نية الإقامة . يوجب اعتبار المسكن الفعلي أو الإقامة الفعلية بمثابة الموطن الشرعي .

هـ - في قانوننا المدني

وفي سورية قبل القانون المدني الجديد ؛ لم يكن الموطن منظرًا 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 ٤٣) بالمبدأ الذي أقره الفقه الحديث ، وأخذت به الشريعة الاسلامية والقانون الالمانى ، 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 إقامة في دمشق لأنه ساكن فيها ، وفي دوما لأن له مزرعة يعمل فيها ، وربما

كان له موطن ثالث في درعا مثلاً لأن له متجراً فيها). بل إن قانوننا المدني كلقانون الألماني، يرى أن من الجائز أن لا يكون للانسان موطن معين، كمثل البدو الرحل أو العجر المتنقلين الذين لا يضربون في مكان إلا ليرحلوا عنه إلى آخر طلباً للمعى وسعياً وراء الرزق، فأمثال هؤلاء ليس لهم موطن ثابت. ولكن هـل نفهم من هذا أن ليس لهم موطن مطلقاً وإن شخصيتهم الحقوقية لا تحتاج الى عنصر الوطن، وبالتالي 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 فإن شخصيته لا تحتاج إلى الوطن (١)، على أن لا يمنع ذلك من مداعتهم 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 توجه الحقوق الانكليزية أو الفرنسية، ولكن يعتبر موطنه حيث يوجد أو يحل فينتقل موطنه في حله وترحاله ويمكن تبليغه أينما وجد.

ومها يكن الأمر فاننا نعتقد أن أحكام الموطن في الشريعة الجرمانية وقانوننا المدني 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 جده مقيداً في مدينة أو حي من الأحياء ويظل موطنه فيها، رغم بزوحه عنها زمناً طويلاً، وانقطاع صلته بذلك المكان فيترتب على ذلك بحسب النظرية التقليدية، أن يعتبر موجوداً فيه وأن يجري تبليغه إلى تلك المنطقة وأن ينتخب فيها الخ... بحيث يكون انحصار إرثه أو تحرير تركته أو الخ..

(١) راجع شفيق شحاته - المرجع السابق - ص ٢٠٧، وعبد المنعم الصده - المرجع

السابق ص ٨٥.

تابعاً لهذا المواطن ، وفي ذلك من الصعوبة وعدم المنطق مافيه . وإذا كانت هذه المفاهيم قد تتفق أحياناً مع وضع الاسرة والحياة الاجتماعية القديمة وتسهل على الدولة شؤون الانتخابات وجداولها ، فان الحياة الفردية الحديثة والاستقلال الشخصى فيها ، وتوزعها وتبدل إقامتها الخ . . . لم تعد لتألف كثيراً مع هذه المفاهيم .

٤ - تغيير المواطن

وبعد أن أخذ قانوننا يبيد تعدد المواطن وماديته ، موحداً بذلك بينه وبين المسكن فقد أصبح من السهل تغيير المواطن 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 المواطن ملازمة لهذا المكان مادام الشرطان المذكوران مجتمعين فيه ، فاذا فقد أحدهما ، كأن أصبح الشخص لا يقيم فعلاً فيه ، أو صرف النظر

(١) ويعتبر الشخص الذي يترك موطنه ويقيم في مكان جديد بقصد الإقامة الدائمة ، قد غير موطنه القديم بالجديد (استئناف مصر المختلط ١١ مايس ١٩٢٣) . أما بحسب القانون الفرنسي ، فان المواطن الفعلي الإضافي ، (كالانتقال بحكم الوظيفة) لا يؤدي الى تبديل المواطن الاصلى اذا لم يطرأ تبديل بصورة قانونية ، وفقاً للمادتين ١٠٣ و ١٠٤ (راجع 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 الرئيسى يعتبر مقاماً (موطناً) ولا يعتبر مقاماً 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 المواطن (١) ؟
أما بحسب قانون الأحوال المدنية ، فإنه لا بد لتبديل السكن أو محل الإقامة 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 المواطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ، وإقامة الشخص تخضع بطبيعة الحال لإرادته ، وتكون إرادته هي العامل الأول في تحديد موطنه (١) .

على أن هذه الإرادة قد تقيد بحقوق الغير عندما تتعلق هذه الحقوق بالمواطن ، فلا يستطيع الشخص أن يؤثر على هذه الحقوق بتبديل موطنه بمجرد 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 ، لا يجوز بأي حال أن يضر بحقوق الخصم ما لم يكن قد أعلن (بلّغ) إعلاناً صحيحاً . وأعطى علماً به لذلك . ويستبر التحقق عن نية الاستيطان مسألة موضوعية متروك تقديرها للقاضي يستنتجها من الظروف (١) .

٥ - المواطن الخاصة Domiciles spéciaux

الى جانب ما ذكرنا عن الموطن الطبيعي أو الموطن العام الذي يعينه

-
- (١) راجع عبد المنعم الصده ، نظرية الحق ، المرجع السابق ص ٨٦ - ٨٧ .
 - (٢) محكمة مصر الابتدائية في ٨ حزيران ١٩٤٢ ، مجلة المحاماة ٢٢ - ٧١٥ - 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 : مواطن أعمال ، ومواطن قانوني ، ومواطن مختار .

آ - مواطن الأعمال او المواطن 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 يميز تعدد المواطن بشكل عام فحسب ، كما ذكر ذلك صراحة بالمادة ٤٣ السابقة ، بل أجاز كذلك تجزئة المواطن بالنسبة للأعمال . وموطن الأعمال هو في الحقيقة موطن جزئي غير عام ، افترضه القانون بالنسبة لشخص بأي أعمالاً 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 ، فإن ذلك المكان يكون بمثابة موطن له ، ولكن ليس بشكل عام وفي كل الأمور ، وإنما بالنسبة إلى أعمال التجارة أو الحرفة التي يعطها فقط .

ويشمل هذا المواطن التجاري التجار والصناع وأصحاب الحرف ، أما الوظيفة فإنها تخضع إلى حكم المواطن القانوني الذي نبهته الآن (١) .

(١) وعلى ذلك إذا فرضنا أن شخصاً مقيماً في دمشق ، ولنفرض طبيباً أو تاجراً ، وقد افتتح عيادة أو متجرأ ، في دوما يستقبل فيه زبائنه في النهار ، ثم يعود الى مسكنه كل يوم ؛ فإن هذا الشخص يعتبر فيما يتعلق بأعمال طبائه او تجارته مقيماً في دوما وبامكان الناس الذين عاملوه هناك ان يقاضوه امام محكمة دوما ويستفيدوا من سائر احكام الموطن التي اعتبرها =

ب - الموطن القانوني Domicile légale

الأصل أن كل شخص حر في اختيار المكان الذي يريد أن يكون موطناً لله ، 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 :

أ - فقدان الأهلية وتبعية الشخص القانونية للغير ، كالقاصر والمحجور عليهم نحوطنهم 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 حتماً 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 ان موطن 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 يقمان معا ، وما دامت لم تفرق 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 - ١٩٤٨ - النشرة القضائية اللبنانية ٩٤٩ ص ١٢٧) الخ ...

كانت الحياة الزوجية مستمرة بينها « بحيث يمكن القول أنه ، بحسب المفهوم المخالف ، إذا لم تكن الحياة الزوجية مستمرة ، كحالة المهجر أو الفرقة ، فينفسل . حينئذ موطن الزوجة عن موطن الزوج . وليس في قانون الأحوال المدنية الجديد رقم ٢٦٠ لعام ١٩٦٠ السابق الذكر أي نص خاص في هذا الموضوع .

ب — التعلق الفعلي بالعمل ، كالخادم والعامل الذي يقطن في مكان عمله أو دار سيده فيعتبر قانوناً مقيماً هناك (مادة ١٠٩ مدني فرنسي) .

ج — الارتباط الوظيفي الثابت والدائم ، كماوظف 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) .

ومها يمكن 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 عنها ، أو حكم الوظيفة أو العمل ، وهي أحكام أضيفت في القانون السوري ولا مقابل لها في القانون المصري . وبذلك فرق في مادتين بين المواطن القانوني لكامل الأهلية وناقصها .

١ - المواطن القانوني الظاهري الأهلية :

أما بالنسبة لكامل الأهلية فقد نصت المادة ٤٣ من القانون المدني في فقرتها ٢ و ٣ أنه :

« ٢ — إن موطن الموظفين هو المكان الذي يمارسون فيه وظائفهم .

« ٣ — الأشخاص الحائرون 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 بالأقامة المعتادة ، وربطه بالمكان الذي يوجد فيه الشخص عادة ولو تعدد الموطن فشمّل بذلك محل الوظيفة .

وقد جاء مشروع القانون المدني الموحد مستغنياً عن هذا الموطن القانوني ومتبنيًا للنص المصري .

٢ — أما الفقرة الثالثة التي جعلت موطن الأشخاص الذين يشتغلون في خدمة آخر وتابمين له ولو كانوا حائزين على كامل الأهلية ، يعتبرون أصحاب إقامة لديه ، ولو كانوا فعلاً غائبين عنه ، فإنها لم تأت بشيء مستجد في هذا الموضوع

(١) لاشك ان الموظف هو بحسب التعريف الاداري من يقوم بخدمة عامة داخله بالملك ولكن هناك من فئات الموظفين الذين لا تنطبق عليهم شروط التعريف الاداري كموظفي مكتب الحبوب او المبرة سابقا ، او مستخدمى 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 لا يجوز التوسع في هذا النص .

على اتنا نعتقد ان النص عندنا يشمل كل الموظفين سواء كانوا داخلين في الملك ودائمين او غير دائمين . ذلك لان الغاية منه هو ان الشخص الذي يقوم بخدمة الدولة يرتبط في ذلك المكان وبأبى بطبيعة الامر باعمال والتزامات يجب ان يكون الموطن فيها مكان وجوده ، ولا فرق في كلا الحالين . خصوصاً وان القانون ربط الموطن بالأقامة المادية واجاز تعدد الموطن تبعاً لذلك .

لأن الحقوق التقليدية المدرسية لم تتردد في اعتبار موطن هؤلاء موطن سيدم أو رب عملهم .

إلا أنه يشترط لهذا الاعتبار القانوني أن يكون المستخدم كامل الأهلية من جهة ، ومقياً مع مخدومه في محل واحد من جهة أخرى ، فيكون هذا المحل موطن الاثنين معاً ، أما إذا كانت إقامته وسكنه في منزل أو مكان مستقل ، فيكون موطنه هناك ولا يكون له موطن قانوني عند مخدومه . وهذا ما يجعل النص المذكور غير ذي جدوى عملياً لأن شروطه تحقق شروط الموطن الأصلي . وقد حذف هذا النص كذلك من المشروع الموحد للقانون المدني للسبب 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 جاء بالنص لا يتعداه إلى سواء ولا يتوسع فيه (١) . هذا ما كان من أثر الموطن القانوني لكامل الأهلية .

٢ - الموطن القانوني لناقصي الأهلية :

أما فاقدوا الأهلية أو ناقصوها فقد نصت المادة ٤٤ من القانون المدني على ما يلي :

(١) وبالأستناد الى ذلك ، وبما ان القانون المدني السوري لم ينص على اعتبار الزوجة مقيمة في دار زوجها مقاماً قانونياً ، 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 بهتت في فرنسا فعلا ولم تلتحق بزوجها في لبنان ، تحتفظ بموطنها هناك ولا تعتبر قانوناً في لبنان .

(غرفة اولى قرار رقم ٣٢١ تاريخ ١٠ حزيران ٩٤٧ النشرة القضائية اللبنانية ٩٤٩

ص ١٢٧)

١ - موطن القاصر والمهجور 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 الأشخاص غير الأهل .

ففي النوع الأول جعل عديم التمييز أو الفاقد للأهلية بوجه عام كالصغير غير المميز والمجنون المطبق والمعتوه وبصورة عامة المهجور الذي منعه من التصرف بأمواله منعاً كاملاً لأسباب معينة ، وألحق بهؤلاء المفقود أو الغائب . لقد جعل جميع هؤلاء ممثلين من الناحية القانونية بشخص من ينوب عنهم وبالتالي فإن 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 ، فإن 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 بدیهي وطبعي ، لأن القاصر الفاقد للأهلية ، لا إرادة له ولا أهلية له في ممارسة حقوقه ، بل إن التصرفات محصورة بشخص ممثلة 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 لافقدها ، كالقاصر الذي أصبح مميزاً ببلوغه سن الخامسة عشرة ، أو الصغير الذي أكمل الثلاثة عشرة من عمره

بالنسبة لإدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص حسب أحكام قانون الأحوال الشخصية (المادة ١٦٩) ، أو كالمفلس في تعاطي ما أجاز القانون له أن يتعاطاه . الخ ، فبإزاء يمكن أن يكون لهم موطن خاص إضافي ، غير موطن وصيهم أو نائبهم ، الذي يبقى موطنهم العام ، وذلك بالنسبة للأعمال التي أجازهم القانون بإجرائها . مثلاً إذا أجازت المحكمة المميز أو المفلس بتعاطي عمل معين ، فإن ما يمكن أن ينشأ عن ذلك من نتائج وقضايا يعتبر فيها الموطن الشخصي للمميز أو المفلس ، الذي اتخذ هذه الأعمال ، موطناً معتبراً قانوناً ، رغم أن موطنه القانوني في الأصل هو موطن الوصي أو السنديك ، أي وكيل التفليسة .

وفي كل حال فإن الموطن الخاص المانع إليه يكون قاصراً على الأعمال التي أجاز بإجرائها وما ينتج عنها ولا يمتد إلى ما سوى ذلك .

م - الموطن المختار Domicile élu

١ - 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 لا يشكل في الحقيقة موطناً حقيقياً ، وربما لا يوجد بين الموطن المختار وصاحبه أية صلة مادية ، وإنما هو مجرد تعيين اتفاقي لمكان أو شخص ما ليكون موطناً مختاراً للعمل معين .

وينبغ 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 ما ينشأ عن العلاقات بينها . وهكذا .
مثلاً نجد ، في كثير من العقود ، أن الطرفين أو أحدهما يذكر أنه 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 — أن يختار محل إقامته في منطقة الحاكم والدائرة — ولذلك نشاهد كثيراً أن المدعي يختار — حتى ولو لم يكن مجبراً ، وإنما لتسهيل التبليغات — مكتب وكيله مثلاً موطناً له في الدعوى .

وقد نصت المادة ٤٥ من قانوننا المدني في الفقرة الأولى أنه « 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 يكفي فيه بالاختيار بل لابد من توافر عناصر الموطن الحقيقي أو الأصلي وتحقق شروطه ..

٢ - ما هي طبيعة الموطن المختار ؟

اعتاد المؤلفون أن يقولوا إن الموطن المختار هو موطن وهمي اعتباري ينتخبه الطرفان لتنفيذ اتفاقتهما ، كما هو الظاهر . أما الاستاذ « ريبير » فلا يرى هذا الرأي ويقول : إن هذا المذهب يخطئ 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 النتيجةين أهمية بالنسبة لآثار الوطن وأحكامه . وفي كل الأحوال فان الوطن المختار سواء كان موطناً وهمياً أم شذوذاً عن الوطن الحقيقي يعتبر موطناً خاصاً ويدخل في جملة المواطن الخاصة بل لعله من أبرزها .

٣ - آثار اختيار الوطن :

لقد جاء في المادة ٤٥ من القانوني المدني .

« ٣ - والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الوطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل ، بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري ، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الوطن على أعمال دون أخرى . »
ويذكر الفقهاء أن لاختيار الوطن أثراً مزدوجاً وفقاً للعنصرين السابقين من تحليل طبيعة ذلك الوطن :

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 الوطن 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 يدعي

(١) وقد قضت محكمة استئناف لبنان انه : « في دعاوي الشخصية يمكن إقامة الدعوى في محل إقامة المدعي ، اذا كان السند يحتوي عبارة : « في المحل الذي يرغب الطالب » (الغرفة الثالثة رقم ٩٦ تاريخ ٨-٤-١٩٤٥ ، خلاصة النشرة القضائية اللبنانية ، ص ٤٦) .

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 للمصلحة 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 .

٣ - 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 لا يشترط دوماً أن يكون قد اختار شخصاً لتمثله في التبليغ فيها ، وإنما قد يقتصر الأثر 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 ، فإن الطرف الآخر حر في تبليغ خصمه لدى هذا الشخص المختار أو في الموطن الحقيقي .

ويتج 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 ما يمنع ذلك كما أشرنا قبل قليل .

٤ - شمول أثر الموطن المختار :

لقد ذكرت الفقرة الثالثة للمادة ٤٥ كما رأينا ، أن هذا الموطن للعمل المختار من أجله ؛ هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل ، فيشمل بذلك كل

ما يفرع عنه أو يتعلق به ، بما في ذلك اجراءات التنفيذ الجبري ، ولعل المثال الآتي يوضح ذلك .

مثلا شخص استدان من آخر مالا 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 - هل يصح اختيار الموطن الحقيقي موطناً مختاراً ؟

لعل ذلك يبدو ضرباً من العبث وغير مجسد . ولكن الفقهاء رأوا في ذلك أحياناً فائدة من شأنها أن تجعل هذا الموطن الحقيقي الذي اختاره الشخص ثابتاً بالنسبة للطرف الآخر فلا تؤثر عليه التبدلات المحتملة ، بحيث إذا غير أو بدل الشخص موطنه الحقيقي واعلن عن ذلك اصولاً فإن هذا التبدل لا يؤثر على الطرف الآخر ، ولهذا قالوا انه من الجائز اختيار الموطن المختار في الموطن الحقيقي فيضحي ثابتاً لا يتبدل حتى يتم العمل الذي من اجله قد اختير (١) .

٦ - مدة الموطن المختار :

يبقى الموطن المختار ملازماً لصاحبه ما بقي الانفاق الذي اوجبه ، لانه فرع

(١) راجع ريب المرجع السابق ، ج ١ ص ٣٢٩ .

عنه ، حتى ينفذ العمل وينقضي ، وهو يلحق ورثة صاحبه بمعد وفاته ويسري
مفعوله عليهم كما كان سارياً بحق المورث في حياته ، وبذلك يختلف عن الموطن
الحقيقي الذي لا ينتقل للورثة .

٧ - دليل الموطن المختار :

اتفقت الشرائع ونص قانوننا المدني (الفقرة الثانية من المادة ٤٥) ان الموطن
المختار لا يجوز اثباته إلا بالكتابة ، فلا يسمع الادعاء بوجوده مالم تكن هناك
وثيقة خطية بهذا الاختيار ، وعلى ذلك فلا يمكن استنتاجه من الوقائع والظروف
ولا افتراضه افتراضاً^(١).



(١) راجع قرار محكمة استئناف لبنان ، الغرفة المختلطة ، تاريخ ٣٤ - ١٠ - ١٩٤٤
النشرة القضائية اللبنانية ١٩٤٥ ص ١٠٣ .

الفصل الرابع

الأسرة والقربة

إلى جانب ما ذكرنا من خصائص الشخصية الطبيعية وميزاتها من الناحية الحقوقية ، كذلك فإن وضع الشخص الحقوقى قانوناً يتعين بالنسبة لوضعه فى الأسرة وصلاته مع أعضائها ، بما له أكبر الأثر وأعظم النتائج فى حقوقه وواجباته ونحن لا نبحت هنا صلة الفرد فى عائلته وأسرته من الناحية الاجتماعية أو الاخلاقية أو الادبية المحضة ، التى يمود درسها إلى علم الاجتماع ، وإنما نقصر بحثنا على العلاقة العائلية من حيث أثرها فى حقوق وواجبات الفرد والأسرة معاً من الناحية الحقوقية .

والأسرة بالمعنى الواسع ، مجموع الأشخاص الذين تجمع بينهم رابطة القربة (سواء عن طريق الولادة أو الزواج وحتى عن طريق التبني فى الشرائع الغربية) . وهى بالمعنى الضيق : مجموع الأشخاص الذين يعيشون فى كنف واحد ، تحت رئاسة وإدارة رب الدار^(١) .

والأسرة عنصر هام من عناصر الشخصية الحقوقية . لأنها تبين مركز الشخص حقوقياً فى المجتمع ، وترتب عليه لذلك كثيراً من الواجبات والتكاليف وتمنحه لقاءها حقوقاً معنوية ومادية نشير إليها فى بحث أحكام القربة وآثارها .

(١) راجع بلايول وريبر ، المطول الابتدائى للحقوق المدنية الطبعة الرابعة ج ١ ص ٥٦٩ .

§ ١ - تاريخ الأسرة الحقوقي ، وضرورتها

لقد كان للأسرة من الناحية الحقوقية في التاريخ القديم شأن كبير جداً .
قد ضعف اليوم كثيراً ، وربما عرفت الشعوب قبل الأسرة أو البطن ،
القبيلة والعشيرة (١) .

(١) يقول علماء الاجتاحت : ان التاريخ عرف القبيلة او العشيرة كأصل في الحياة الاجتماعية والحقوقية ، ثم تولدت الاسر واخذت كيانها ومكاتها 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 كوزاتيني *F. Cosentini* حقوق العائلة في الحقوق المدنية المقارنة سنة ١٩٢١ ص ٦٧ وما بعدها) فالاولى هي التي تقوم على اعتبار الام مرده ووحدة العائلة وحجر الزاوية في ارتباطها . وقد ذهب علماء الاجتاحت بعيداً في التفطيش 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 - ولاسيما أولئك الذين يتكرون النوع الاول - أقدم انواع الاسر المعروفة . وقد عرفت الحقوق الرومانية واليونانية والجرمانية فجعلت الاسرة وحدة تامة ، كان لها استقلالها وسلطانها ، حتى قالوا ان الاسرة الرومانية أشبه بدولة ضمن دولة . وحتى قال ارسطو ان 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 مالم يس 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 لا يختلف كثيراً عن سلطة رب الاسرة الرومانية . سلطة مطلقة ليس على زوجته وأفراد اسرته فحسب بل وعلى من هم في

أما في العصر الحاضر فإن الاسرة أخذت اتجاهاً جديداً ، بتأثير الحرية والحياة الفردية ، فتفككت وأوصرها ، وضعفت روابطها ، وتقلصت سلطة ربها ، وصار يشعر كل فرد باستقلاله وحرية التصرف في كسبه وحياته .

وإذا كانت أحكام الدين والشرائع الدينية ما تزال ظاهرة التأثير ، واضحة المعالم في حقوق العائلة بل ما تزال باقية بتمامها في بلادنا ، وإذا كانت التقاليد والأعراف القديمة في حقوق الاسرة أكثر علوقاً ورسوخاً ، فإن 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 لها من الحقوق في بلاد الغرب ما يقارب بينها وبين الاسر الشرعية. وبدأ إلى جانب ذلك تبدل في حقوق الأسرة وعلاقتها المادية وما ينتج عنها . فلم يعد الابن الأكبر هو الخلف للأب في إدارة شؤون الأسرة بعد وفاته — وإن يكن عملياً قد يحصل هذا كثيراً إلى اليوم — وبالطبع 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 القديمة

= 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 إن آثارها ظلت باقية في تشريع نابليون والتشريعات 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 ووجودها... (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 فيها عشرات الأولاد وأولاد الأولاد تحت سلطة واشرف الجد الأكبر .

وإشرافه الضيق إلى حد ما . وقد بدأ هذا التحرر المتزايد ، خطراً في بعض النواحي ، فاضطرت الدولة للتدخل في شؤون الأسرة لحمايتها والمحافظة على كيانها الذي أخذ ينفرد عقده ، ولا سيما في القرن الأخير ، وراحت بعض الدول التي اهتمت بالتنظيم الاجتماعي والحياة النظامية ، كألمانيا النازية فاعتبرت حقوق العائلة أم الحقوق وأسماها ، وصرفت همها لتنظيمها والتدخل في شؤونها لحمايتها ووقايتها من الاضمحلال ، ولانها عماد الوطن ووحدة كيانه .

كانت حقوق الأسرة في بلادنا خاضعة لأحكام الشريعة الفراء التي حافظت على كيانها وولاية الاب عليها ، وقوامه الرجل ، واختلفت المذاهب في شمول هذه الولاية ومداهها ، مما يدرس في أحكام الشريعة والاحوال الشخصية وقد طغت الفردية ، حتى في بلادنا ، على حياة الأسرة ، حتى غدت تتقرب بحياتها الداخلية الانفصالية من الأسرة 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 الأسرة والمحافظة على كيانها ووحدها حتى لا تنهار أمام هذا التيار ، وحتى تستبقى على دعامة الأمة والوطن .

والأسرة 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 الأسرة . والوطن بمجموعه (١) .

(١) ان الأسرة للانسان ضرورة لا يمكن الاستغناء عنها . فالولد ، عندما يخلق في هذه =

ولذلك رأينا اهتمام بعض الدول المتزايدة بتنظيم الاسرة حقوقياً واجتماعياً واعتبار الأحكام والقواعد الحقوقية المتعلقة بها من النظام العام^(١) أما قانوننا المدني الجديد فلم يتناول الاسرة يبحث كهذا ، لاتصال ذلك بالاحوال الشخصية التي ترك تنظيمها وتقنينها إلى تشريع خاص صدر فيما بعد وهو قانون الاحوال الشخصية المؤرخ في ١٧/٩/١٩٥٣ بالمرسوم التشريعي رقم ٥٩ (٢) .

تلك 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 بأنها « 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 قسماً او كتاباً من كتبه ، لأن مصادرها دينية مختلفة لم توجد بالنسبة للجميع وان تكن مصر قد خضت في ذلك خطوات في وضع تقنين للميراث ، وآخر للوصية ، وثالث للمحاكم الحسبية (الصغير والمخجور) ولم يبق خارجاً تماماً عن التقنين الحديث عندها ، سوى الزواج والطلاق والنسب ، بل انها خضت مؤخراً خطوة جريئة حاسمة فألفت 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 للسلمين خاصة - قانون الأحوال الشخصية المذكور . ولكن الازدواج في الاحكام التشريعية والاختصاص القضائي ما يزال قائماً .

أن الأصل في وجود الأسرة هو من جهة النسب إلى الأب أو الأم ، 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 منها مع الآخر .

وقد نصت المادة ٣٦ من قانوننا المدني ان : ١ - اسرة الشخص تتكون من ذوي قرابه ، 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 كمنصر 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 مثل حقوقية .

(١) راجع شفيق شحاتة ، النظرية العامة للحق ، المرجع السابق ص ٦٠ ؛ المادة ٣٥٤ من قانون الاحوال الشخصية لفدري باشا .

وليست لها شخصية اعتبارية أو معنوية (١) .
ومها يكن الامر 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 قرابة فيدخل أحدهم في اسرة الآخر بطريق المصاهرة ،
أو الزواج .

(١) راجع ريبير ، المرجع السابق ج ١ ص ٥٧٣ الفقرة ١٦٥٦ ، وقد حاول البعض ان
يسأل هل تعتبر الأسرة شخصاً معنوياً اعتبارياً ؟ 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 لانترف
للاسرة بوجود شخصية معنوية ؟

ويقول سافاتييه Savatier [في دالوز اسبوعي ١٩٣٩ ص ٤١] ان هناك ما يشير إلى مثل
هذا الاعتبار في بعض الأحكام القانونية كمثل حق الأسرة بمجموعها في تراثها الادبي وذكراياتها
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 - لا يؤدي إلى القول بان العائلة تؤلف شخصاً
اعتبارياً لأنه ينقصها في كل حال العنصران الاساسيان للشخص الاعتباري وهما الثروة العائلية
المشتركة والتمثيل الحقوقي العائلي [ريبير المرجع السابق ج ١ ص ٤٧٣ : نبذة ١٦٥٦] .
أضف إلى ذلك أن الأسرة في 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 أنفسهم ، لان العلاقة بينهما علاقة زوجية لا علاقة مصاهرة ، وهما أزواج فيما بينهما ، وإنما بين أفراد أحدهما بالنسبة للزوج الآخر . وأقرب 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 ، فإن هذا التحريم في كل حال أوسع في قرابة النسب منه في قرابة المصاهرة . ومحل تفصيل ذلك في بحث الاحوال الشخصية .

وفي كل الأحوال ، فإن القرابة بنوعها ، التي ندرسها وتقرها الشريعة الإسلامية ؛ هي القرابة الشرعية . 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 الأسرة 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 الإسلامية توارث بين الاصهار ، كما أنها لا تلزم المومر بالاتفاق على الفقير منهم ، وإذا لزم الابن بالاتفاق على زوجة أبيه المعسر ، فإن التزامه هذا قائم على حاجة الاب فيتضي بوفاته أو يساره (راجع الدكتور شفيق شحاته ، المرجع السابق ص ٥٨) .

بالبينة والفراس ، لا سيما بالاقرار وحده ، إذالم يكن فيه تحميل النسب على غير المقر ، كالأقرار بالابوة أو البنوة ، وبمحيث 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 المقر له إلى مثل المقر سناً . وان لا يكون للاولنسب معروف . ومهما يكن الامر فان مثل هذا الإقرار لا يمكن أن يثبت وجود قرابة طبيعية أو غير شرعية ، بل ان المقر له يلحق بالأولاد الشرعيين ويعتبر من الفرأس الشرعي ، بل أن اعتراف واقرار الوالد أو الوالدة بينوة ولد من فراس غير شرعي أي من الزنا صراحة ، رغم توافر شروط الاقرار ، لا يثبت به نسب المقر له ، ولا يدخل في الاسرة ، لأن 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 - ٣٣٦ : الدكتور عبد النعم الصده المرجع السابق نبذة ٦٤ ،

الآباء والاجداد والامهات والجـدات مها علو وسما صموداً في خط القرابة ، لانهم الاصل فيمن تولد وجاء منهم ، فالاب والجد ... وجد الجد ... وان علا ، وام الاب وأصول أم الأب مها 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 أو 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 ويسمونها الغرييون *ligne paternelle* ، والأصول الذين يتبعون لها بالعصبة *Les consanguins* . في حين أن القرابة الثانية ، وقرابة الأم يسمونها الفقهاء القرابة الرحمية ، ويطلق عليها الغرييون 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 جداهما واحد ، وبذلك يصبح الخطان مندجين 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 أنثى . ثم الأولاد (ذكوراً وأنثاء) المولودون من الأولاد الذكور السابقين . أما الأولاد لبطن فهم أولاد البنات وأولاد أولادهم ، وهؤلاء بالأصل إنما يأخذون نسب أبيهم لا نسب أمهم ، ويرتبطون بأصولهم لأنهم 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 للآخر (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 هذا الاصل المشترك . وهكذا فان الاخ واولاده أو الأخت وأولادها م بالنسبة للاخ وأولاده اقرباء قرابة حواشي ، لانه 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 اقرباء 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 اتبع القانون المدني الجديد في تحديد القرابة وحساب درجاتها 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 هذا الاصل ، وعند حساب درجة الحواشي تعد الدرجات صعوداً من الفرع الى الاصل المشترك ، ثم نزولاً للفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الاصل المشترك يعتبر درجة .

وهكذا فان حساب درجة القرابة بالنسبة للاصول والفروع يجري بعد الدرجات ، اي الاجيال ، صعوداً ونزولاً بما في ذلك الشخص المراد معرفة قرابته ، ولكن باستثناء الاصل . ففي مثالنا السابق اذا اردنا معرفة درجة قرابة ذلك الشخص مع جده تبينا درجة قرابته هي الثانية ، اي ان هناك

درجتين ناهجتين عند عد الشخص نفسه درجة ، ثم صعودا إلى أبيه درجة ثانية ، ثم صعوداً إلى الأصل المشترك ؛ وهو الجدة ، ولكنه لا يحسب ويخرج من الحساب ، فتكون الدرجة الثانية كما قلنا .

واما بالنسبة لقربة الحواشي فانه لا بد فيها من الصعود والهبوط . وفي مثالنا السابق لمعرفة درجة قرابة الشخص الاصلى مع ابن عمه بعد الاجيال درجات بعد امقاط الاصل المشترك ، فيكون الشخص نفسه درجة وأبوه درجة فيصبح المجموع درجتين ، حتى يبلغ جده ، وهو الاصل المشترك فلا نعه ، 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 ٣٥٩) . ويجري حسابها على نفس الطريقة مع احلال الزوج محل زوجه وكأنها شخص واحد . ولكن هذه القرابة بين الزوج واقارب الزوج الآخر لا تعدى 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 لا تتفق مع اكثر مذاهب الشريعة الاسلامية اذ ان 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 لا يقال انه في الدرجة الرابعة بل يعتبر قريباً في الدرجة الثانية ، لأن هناك درجتين اثنتين فقط في كل من العمودين وهو الابن وابوه ، اما الجدة وهو الاصل المشترك فلا يدخل في الحساب ..

ومثل ذلك بين العم وابن اخيه ، والحال وابن اخته .. فهنا في الدرجة الثانية ، لأن ابن الأخت أو ابن الاخت حتى يصل الاصل المشترك وهو جده يمر بأبيه أو أمه فتكون الدرجة الثانية (راجع زيد الايباني ، المواريث ص ١٦٠ ؛ الدكتور شفيق شحاته المرجع السابق ص ٥٧) .

الحقوقية ، وأقارب احد الزوجين بالنسبة لأقارب الزوج الآخر ليست بينهم قرابة قانونية . فإن عم الزوج مثلاً لا يتصل مع ابن عم الزوجة بأي نوع من أنواع هذه القرابة ، ويكون حكم القرابة الزوجية قاصر أعلى الزوج بالنسبة لأقارب الزوج الآخر كما سبق وأكدنا .

د - اصطلاح القرابة وتناجرها

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 وتحديدتها 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 الأب 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 - افضلية الاقرباء في الوصاية ، لأن الدم والقرابة أضمن للمصلحة وأدعى لتحمل المسؤولية ، فالوصاية حق وواجب بين الاقرباء .

هـ - في الحكم ، فانه يتمتع لداعي القرابة وبسببها على الاقرباء حتي درجة معينة القضاء لأقربهم او ربما عليهم .

و - ومثل ذلك في الشهادة والخبرة والخ . . التي هي أساس الحكم .
ز - وأخيراً رعاية لحرمة القرابة وأواصرها 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
عنها من الناحية المعنوية غير المالية ، وأبرز هذه الاحكام من
الناحية المالية :

آ - الارث ، فحق الوارث - وهو القريب بحسب الدرجات التي يعينها
الشرع او القانون - انما هو وليد هذه القرابة ، ولعل هذا الحق أبرز وأهم
الحقوق العائلية من الناحية العملية الواقعية ، وقد اهتم المشرع بهذا الحق
كثيراً حتى أحاطه بقيود وأحكام منعاً من الإخلال به ، أو العبث فيه ، وقد
كان الارث في فرانسة قديماً 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 بين 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 تقتضيها
الحقوق ، ولكن يقتضيها الوجدان والعمادات .

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 ، والناجبة 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 - 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 لماله وعليه (١) أي أن الذمة في الشخص هي صلوحه لأن يكون

(١) راجع عبيد الله بن مسعود ، التنقيح . ج ٣ ص ١٩٢ ؛ منصور الحلبي ، كشف القناع ، ج ص ١١٧ ، حاشية الحموي ، في الاشباه والنظائر ، فن ٣ ص ٢١٠ وخصوصاً الاستاذ على الخفيف ، والذمة ، القاهرة ١٩٤٥ ص ٨٦ - 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 كطرح أو 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 » وأنه 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 ، وإن قول الفقهاء ثبت بذمته إنما يفيد أنه ثبت بعنده (٣) .

(١) بمعنى ان الذمة تصبح صفة منترعة من حال الانسان وطبيعته ، وبها صار أهلاً لأن يجب له وعليه (راجع الاستاذ علي الحقيف ، 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 وما بعدها وهو يعتبر ان المقصود بالذمة هو هذا المعنى دون سواه .

(٣) راجع الاستاذ علي الحقيف ، المرجع السابق ، ص ٩٠ وقدرد الشيخ عبد العزيز =

ومها يكن من أمر هذا الخلاف الفقهي في معنى الذمة ومفهومها فانها ،
 كمنصر من عناصر الشخصية ، وخاصة من خصائصها ، لا تمدو 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 بهده حتى قيل :
 الاحتكام إلى الذمة في اليمين (٢) .

ومع ذلك تبقى هذه المعاني كلها أسمى من المادة ولا تنصب على « المالية »
 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 هذه 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 مثلاً ريبير ، الحقوق المدنية لبلانول ، الطبعة
 الرابعة ١٩٤٨ ، ج نبذه ٢٥١٤ : محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني ، الحقوق
 العينية الاصلية ، القاهرة ١٩٤١ ، ج ١ نبذه ٣ : الاستاذ الحيال ، 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 فإن مفهوم الذمة المالية ، بحسب الفقه الغربي ، وعند علماء القانون الحديث يتجلى من جهة ثالثة بأنها وحدة قانونية أو حقوقية - Universalité juri- dique, ou de droit أي مجموعة عامة تنظم فيها جميع الحقوق والواجبات التي تقوم بالمال ؛ فنجمع 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 تمثل 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 وكايتان ، المرجع السابق ج ١ نبذه ١١٨ : 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 الألمانية والتعبير الألماني 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^(١) .

ونعتقد أنه إذا كان بين مفهوم « الذمة المالية » في الفقه الحديث ، وبين مفهوم « الذمة » في الشريعة الإسلامية - كوصف شرعي يلحق بالإنسان ليصبح أهلاً للالتزام والالتزام ، فيختلط مع الشخصية والأهلية بالنسبة لمن قالوا بذلك - قلنا إذا بدا بين المفهومين شبه وصلات من حيث التعلق بالشخصية فيما لها وعليها ، ومن حيث افتراض وجودها بالإنسان حتماً وافتراضاً ، فإنه مع ذلك ليس بين المفهومين تطابق وتوافق كما ظن البعض^(٢) ، 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 « الزمة » الشرعية أمراً معنوياً شخصياً محضاً يشمل كل أنواع الحقوق ويختلط مع الاهلية .

وربما استعمل قانوننا المدني تعبير « الزمة » بوجه عام بالمعنى الشرعي والإسلامي ، ولا سيما في معرض الوفاء والإبراء من الزمة (١) . وربما استعمله بما يمكن أن يحمل على المعنيين معاً (٢) . ونحن نقصد في دراستنا للزمة المالية المفهوم الحديث لها ، كخاصة من خصائص الشخص في « ماليته » . لا سيما وأن القانون المدني الجديد قد بنى أحكامه وحلوه عليها (٣) .

§ ٢ - صفات الزمة المالية وصلتها بالشخصية

الصفة الأولى :

١ - إن مفهوم « الزمة 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 الزمة (٤) لذلك كان لكل شخص بالضرورة زمة 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 : « إذا تنازل المدين للدائن عن حق متنازع فيه ، وفاء دين المستحق في ذمته الخ .. »

(٣) راجع المواد ٢٣٤ وما بعدها المتعلقة بضمان الزمة المالية ((أو الاموال)) للديون . . مع بقاء حرية المدين في التصرف بها ضمن الشروط المنصوص عنها . و إعلان حالة الاعسار عند زيادة الطرف السلي في الزمة المالية على الطرف الايجابي الخ .. وهذا هو كذلك ما اخذ به القانون اللبناني في المادة ٢٦٨ موجبات وعقود .

(٤) راجع ريبز الحقوق المدنية ، المرجع السابق ، ج ١ بنه ٢٥١٥ .

غنية أو فقيرة ، دائنة أو مدنية . وهذه هي الصفة الأولى للذمة المالية في المفهوم التقليدي (١) .

غير أن هذه الصفة الطبيعية في الذمة المالية ، بحسب المفهوم التقليدي ، قد أضحت موضع خلاف في الفقه الحديث بين المذهب الفردي ، والمذاهب الاجتماعية . فبينما يقول أصحاب المذهب الفردي أن الذمة المالية توجد دوماً مرتبطة بالشخصية لاصقة بها ، فإن أصحاب المذاهب الاجتماعية لا يرون هذا الرأي ويؤكدون أنه « إذا كان هذا هو معنى الذمة المالية فإنها تكون هي وأهلية الوجوب أو الشخصية القانونية شيئاً واحداً . ولا يكون للفظ الذمة معنى مفيد . » (٢) . وإن كثيراً ما نشاهد ذمة مالية — باعتبارها مجموعة من الحقوق والالتزامات — دون أن يكون هناك حتماً شخص من الأشخاص حتى ترد 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 إيجاد 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 كلياً

(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 متمتجة مع شخصية الانسان نفسه ، أو هي هذه الشخصية ذاتها بالنسبة للاشياء الخارجية وبحسب هذا المفهوم ليست الذمة المالية إلا مظهراً خارجياً من مظاهر الشخصية وبالتالي لا تختلف عن الشخصية . ولكن هذا الرأي لا يتفق والتعريف الأصلي ، والمفهوم الحقيقي ، للذمة المالية كمجموع الحقوق والواجبات المتعلقة بشخص من الاشخاص ، (راجع ريبير ، المرجع السابق) (٢) راجع ، شفيق شعاعه ، المرجع السابق ص ٦٣ .

— كما في حالة الطفل — « وان يمكن يصعب تصور وجود إنسان بلا ذمة مالية ،
الآن 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 والنحو . . لا تكون لها ذمة
مالية إلا إذا كان اعطاها القانون الشخصية . فالشخصية هي التي تستتبع وجود
الذمة المالية وليس العكس ، وإذ 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 — أما الصفة الثانية للذمة المالية ، وهي كذلك ناجمة عن ارتباط الشخصية
بالذمة لزوماً ، ارتباطاً من شأنه أن توجب إحدى الصفتين الأخرى ، 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 ، كصنع أو متجر ، والبعض
الآخر لعمل آخر كزرعة أو غيرها ، فإن ذمته المالية مع ذلك تبقى واحدة
لا يؤثر فيها التوزيع أو التخصيص الذي أجراه ، ولا تؤلف الأموال المخصصة
لكل من العملين ذمة مالية متميزة 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 كابتان ، المرجع
السابق نبذة ١١٨ .

(٢) راجع عبد المنعم الصدة المرجع السابق نبذة ٥٧ ص ٧١ ؛ راجع بنفس المعنى
بلائيول وريير 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 بالتاجر تشكل ذمة تجارية مستقلة عن الذمة المدنية العامة . بل حتى في الأحوال العادية ، فإن الوارث تكون له - في نظر هذا المذهب - ذمتان : الأولى ذمته الأصلية ، 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 الأولى هي مجموعة الحقوق والالتزامات الآيلة من المورث ، والمجموعة الثانية هي عبارة عن الحقوق والالتزامات الخاصة بالوارث » (١) .

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 بظاهرة الذمة المستقلة ، وبمطابق القانون التجاري - كالقانون التجاري الألماني مثلاً - بعض صفات الاستقلال في داخلها - فإنها 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^(١) .

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 يضاعف 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 وانفصالاً 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 تقبل مع الفردين أن يكون رصيدها كل فعاليتها عنصراً من عناصر الذمة المالية العامة للشخص .

الصفة الثالثة :

٢ - 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 والمستقبلية من كل نوع وقبل أن تعرف .

أما في حالة الوفاة فان هذه الذمة التي تصبح « تركة » الشخص المتوفى تنتقل بمجموعها - أو بخصص شائعة منها يعبر عنها بكسر عادي - 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 انحلّت 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 - 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 ، فضلاً 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 - وأولى هذه النتائج والفوائد هي أن الذمة المالية ، كمجموعة قانونية

للحقوق والالتزامات المالية للشخص ، تفقد فيها هذه الحقوق والالتزامات (التي هي العناصر المولفة 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 الذمة 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 منها ، كما يتناول ما يكون قد دخل فيها 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 غيره برهن أو تأمين أو امتياز) وإنما يتناول هذه المجموعة العامة كوحدة بذاتها ، مستقلة عن أعيانها ، بحيث يكون جميع الدائنين في ذلك متساويين في استيفاء حقوقهم منها ، 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 المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ٢ - جميع الدائنين

(١) المادة ٢٣٥ من القانون المدني .

(٢) تراجع المذكرة الايضاحية للقانون المدني ، بمجموعة الاعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٣٧

متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون ، وبالنظر لأن حق الضمان لا ينصب على مال معين بل على الذمة المالية بمجموعها ، فإن 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 إن من نتائج وفوائد فكرة الذمة المالية أنها إذا كانت بمجموعها تؤلف ضماناً عاماً للدائنين ، فإن المدين يبقى حراً في تبديل أعيانها والتصرف فيها ، ولا يستطيع الدائن أن يمنعه من التصرف ، أو أن يتدخل فيه إلا في حال تعمد المدين تبديد أمواله ، أو انقصاص ذمته للتهرب من سداد الدين (١) وفيما عدا ذلك ، فإن حرية المدين المطلقة في التصرف بالأعيان والمفردات المؤلفة لذمته المالية .

٣ — وبالمقابل ، وما دامت الذمة المالية بمجموعها هي التي تضمن مجموع الديون ، فإن 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 أعيانها وحقوقها ، ويستفيد منها جميع الدائنين .

٤ — وأخيراً فإن من نتائج فكرة الذمة المالية أنه في حال اعسار المدين أو افلاسه مديناً أو تجارياً ، تتحدد هذه الذمة ، كما تتحدد في حال الوفاة .

(١) حيث منح القانون الدائن دعوى خاصة لإبطال هذه الصفقات ، سميت بالدعوى البوليصة أو البوليانية نسبة للفقهاء الروماني بولوس ، أو من قال بها . راجع المواد ٢٣٨ وما بعدها .

(٢) وهي الدعوى المسماة بالدعوى غير المباشرة (تراجع المادتان ٢٣٦ و ٢٣٧ قانون مدني .

بالتزكّة « فتتخصر عناصرها ، وتعين اقلامها من موجودات وديون ، ككتلة
واحدة مستقلة يديرها ممثلون ، وتنظم تنظيمًا خاصًا بمجته القانون المدني في الاعسار (١)
والقانون التجاري في الافلاس (٢) .



(١) راجع المواد ٢٥٠ إلى ٢٦٤ من القانون المدني .

(٢) راجع المواد ٢١٧ وما بعدها .

الفصل السادس

الاهلية

La capacité

§ مفهوم الاهلية

١ - تعريفها : لاشك أن الأهلية في الانسان من أبرز الخصائص الحقوقية للشخصية ، لأنها تتصل مباشرة بإمكانياته الانتفاع 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 - اهلية وجوب او اهلية تمتع *capacité de Jouissance* وهي التي تقوم على قابلية الشخص أو صلوحه للتمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات ، فيستطيع أن يصبح مالكا لشيء أو للحق بطريق الإرث أو الوصية أو الوقف الخ . ، وهذه الأهلية في نظر البعض تختلط مع الشخصية نفسها أو « هي في الواقع الشخص ذاته منظور الية من الناحية القانونية » بحيث يمتد ان الشخصية وأهلية الوجوب شيء واحد حتى إذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية

مها^(١) وبالعكس. ولكن كثيراً من الفقهاء يرون التفريق بين الاهلية والشخصية، لوجود أهليات وجوب جزئية وخاصة كما سنرى، مع وجود الشخصية واعتبارها قائمة بشكل يتمتع معه الشخص بالشخصية المحقوقة، ولكن أهلية الوجوب لديه تكون غير محدودة وغير كاملة^(٢).

وبالاستناد إلى ما ذكر 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 الفاهرة ١٩٥٢ ج ١، ١٤٥١؛ راجع الدكتور عبد المنعم الصدة المرجع السابق ص ٩٢ وقارن مع بلانيول وريبير، المرجع السابق ج ١ ص ٧١٨.

(٢) وإذا كان في الاصل كل انسان شخصاً قانونياً تتوافر فيه اهلية الوجوب وثبت له من وقت ميلاده، وكان وجود أهلية الوجوب يستلزم قيام الشخصية الى حد الاختلاط، وزوال الشخصية يستلزم زوال اهلية الوجوب. فان ذلك على ما نعتقد ليس الا من قبيل التلازم الذي قد يصيبه احياناً ما يصده، فلا يصح اعتباره من قبيل الامتزاج والاختلاط الكامل.

وهكذا فالجنين في نظر القانون ونصه، لا يكتسب الشخصية المحقوقة كما رأينا الا منذ ولادته حياً، ومع هذا تكون له قبل ذلك أهلية وجوب محدودة تتمثل بالحقوق التي اعترف لها بها 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 ولا يأخذ 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، فاتنا ربما رأينا فيها مثلاً على عدمه، لأن تقييد أهلية الوجوب عند هؤلاء الاشخاص، عندما لا يسمح مثلاً بالتملك بشكل مطلق. كما هي الحال عند الشخص الطبيعي، فان هذا التقييد لا يمنع من وجود شخصيته مكونة، ولكن اهلية الوجوب - اذا اعتبرت منفصلة - 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 مثلاً فقد نص القانون السويسري في المادة ٣١ صراحة على اعطاء الجنين أهلية وجوب مشروطة بالولادة حياً، وهو ينص صراحة في الفقرة الاولى ان الشخصية لا تبدأ الا منذ الولادة.

الذين لا يستطيعون ولا يصلحون بنظر القانون أن يتلقوا مالاً أو يتمتعوا بحق فلا يستطيعون بالتالي أن يارسوا سلطة ما على ذلك المال أو الحق لأبأنفسهم ولا بواسطة من يقوم مقامهم ، انهم محرومون أصلاً من التمتع بالمال ومن التصرف بالحق .

لقد ذكرنا أن الحقوق القديمة عرفت كثيراً من فاقدى هذه الأهلية . فلم يك الرق فقط فاقداً لها — لأنه وما ملكت يداه لسيده — بل كان الأولاد في الأسرة الرومانية القديمة لأهلية لهم في ذلك ، وكان رب الأسرة 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 لا وجود حقوقى له ، ولا يحق أن يرث أو يملك أو 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 أهلية الوجوب فقداً تاماً وعماماً من أثر . وكل الناس في نظر القانون يتمتعون بالحقوق المدنية ^(١) وإنما هناك في الشرائع الحديثة ، عدم أهلية خاص من هذا النوع . وإذا قلنا خاص فإنا نقصد بذلك حرمان بعض الأشخاص من التمتع ببعض الحقوق جزئياً ، أو من اجزاء بعض المعاملات ، كالأجانب الذين يتمتع عليهم امتلاك العقارات مثلاً ، أو حرمان الأشخاص الاعتبارية من التملك أو تقبل بعض التبرعات أو سواها .. كل هذه 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 ريبير 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 الرهبنة . بحيث يعود كل ما يكتسبه 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 صلاحية
الشخص لاجراء الاعمال الحقوقية واستعمال الحقوق على وجه يعتد به شرعاً .
فالشخص الذي لا يستطيع أن يكون أهلاً للاتيان ببعض الأعمال وممارسة حقوقه
مباشرة ، يمكن أن يكون أهلاً للتمتع بالحقوق والانتفاع بها - وهذه هي
أهلية الوجوب - ولكنه ليس أهلاً لممارستها والتصرف فيها ، 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 بادئ الأمر ، قبل التمييز بين أنواع التصرفات ؛ من الاشارة
إلى معنى كلمة « التصرفات » وما هو المقصود منها في هذا البحث وفي اصطلاح
القانون المدني .

كان بحسب أحكام الشريعة الاسلامية ، ومجلة الأحكام العدلية ، للتصرفات
معيانان أو مدلولان : تصرفات فعلية ، وتصرفات قولية . فالتصرفات الفعلية هي
الأعمال المادية ، من حركات وسكنات يأتها الانسان ، صغيراً كان أو كبيراً ،
عاقلاً أو غير عاقل ، دون أن تقوم على أساس القول أو اللسان كما تتوافق إرادتان
وينشأ عن هذا التوافق نتائج وآثار تترتب للشخص أو عليه ، فإذا ارتكب الشخص
جرماً أو أتى فعلاً أضر الغير وآداه ، أو بالعكس قدم له خدمة نفعته أو زادت في ثروته ،
فهذه الأعمال المادية المحسوسة التي تقوم على الفعل أو الإهمال ، وان تكن تنتج آثاراً في حياة
الشخص وذمته المالية ، توجب التساؤل عما إذا كان هذا الشخص أهلاً أو غير أهل
لتحمل نتائجها ، وتلزم الفاعل بالضمان عن إتلافه لمال الغير واضراره الفعلية إذا كان له

مال^(١) ، فانها ليست هي المقصودة من بحث الأهلية وتصرفاتها ، ذلك لأن أمثال هذه الأعمال المادية لا تقوم على تصرف إرادي بحث بقصد الوصول إلى حقوق والتزامات ، وإنما هي اعمال لا تمت - في أصلها - إلى رغبة قائمة في تفكير الشخص لاجراء عمل حقوقي ، كما هي الحال في التصرفات القولية بل هي مجرد حوادث واقعية ، مادية ، تنتج آثاراً قانونية نص عليها القانون .

والتصرفات القولية ، هي الأعمال القانونية - أي الادارية المحضة - التي لا تكون بالأفعال المادية الاصل ، وإنما في الاقوال فقط ، وتمثل بصورة واضحة في الاتفاقات والعقود . وهذه التصرفات القولية الادارية المحضة - ولا سيما ذات الصبغة المالية - هي التي تهمنا في بحث الأهلية ، وهي التي حرص القانون على حماية فاقد الأهلية من نتائجها .

وتتصف هذه التصرفات التي يمكن أن يأتيها صاحب حق أو مال - بالنسبة لهذا الحق أو المال - بأحد الامور الآتية :

١ - تصرفات نافعة نفعاً محضاً : بمعنى أنها لا تتحمل بالنسبة لعديم الأهلية أو ناقصها إلا النفع ، كقبول الهبات أو الهدايا بالنسبة للموهوب له ، أو قبول الإبراء من الدين بالنسبة للمدين ، أو قبول التبرع إطلاقاً^(٢) ، مما يزيد في ثروة الشخص دون احتمال النقص^(٣) وسماها المصريون عقود اغتناء ، على اعتبار أن الذي يباشرها يقتني دون أن يدفع مقابلاً 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 . (راجع عبد الصمد الجزيري الفقه على المذاهب الاربعة ، ج ٢ ص ٤٧٤ وما بعدها) .

(٣) راجع المادة ٩٦٧ ، من المجلة ، وشرح رستم باز عليها ، راجع الاستاذ عبد الرزاق احمد السنهوري الوسيط في الالتزامات المرجع السابق ص ٢٦٨ .

٢ - تصرفات ضارة ضرراً محضاً : وهي الماكسة للسابقة تماماً ، بمعنى أنها لا تتحمل بالنسبة لعديم الاهلية أو ناقصها ، إلا الضرر والخسران ، كهبه 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 - تصرفات بين هاتين النهايتين ، دائرة بين النفع والضرر ، أي تحملها معاً . وهذه تكون على درجات يختلف في كل منها مقدار الضرر ومقدار النفع . ونستطيع أن نقسمها إلى الفئات التالية :

أ - أعمال المحافظة على المال أو أعمال الصيانة وما يتعلق بذلك ، من ترميم العقار وطرشه ، أو علف الحيوان ومراقبته الخ ... فهذه التصرفات وإن تك لا تتناول في الاصل غير المال في ذاته دون استهلاكه ، إلا أنها ربما احتملت ضرراً لقللة الخبرة والمعرفة في دفع مثل هذه النفقات الضرورية (٢) .

ب - أعمال استثمار المال والانتفاع به ، كزراعة الارض أو إيجار العقار . واحتمال النفع والضرر في هذه التصرفات أظهر وأبين . وهذان النوعان أطلق عليها المصريون اسم « عقود أو أعمال الإدارة » ، لان هذه الاعمال بمجموعها لا تخرج عن كونها أعمال إدارة للمال في بقائه واستعماله واستثماره دون استهلاكه والتخلي عنه (٣) .

ج - وأخيراً أعمال التصرف بالعين ذاتها لقاء عوض أو بمقابل ، كبيع المال

(١) وربما صح أن نسميها « عقود الاقتران » مقابلة للأولى . ويدخل فيها الطلاق والعتاق في المذهب الحنفي .

(٢) وربما صح أن نسميها « عقود المحافظة » ويسمونها المصريون والقانون المدني « أعمال الصيانة » .

(٣) راجع الأستاذ السهوري . الوسيط في الالتزامات ، المرجع السابق ص ٢٦٨ .

أو مقايضته . وفي هذه التصرفات تتجلى صفة النفع والضرر واحتمالها في أجل مظاهرها ، وقد سمي المصريون هذه التصرفات « عقود التصرف » .

وهكذا نستطيع بالنسبة لأنواع هذه التصرفات الثلاثة ان نجد كذلك أنواعاً ثلاثة للاهلية في ممارستها .

٢ - أنواع الاهلية (أي أهلية الاداء) :

يمكننا تقسيم الاهلية وتمييز حالاتها باعتبارات مختلفة .

ولا بد قبل استعراض هذه الاعتبارات من التفريق في تقسيم الاهلية بالنظر الفرعي الحقوق الكبيرين : الحقوق العامة والحقوق الخاصة ، الحقوق المالية وغير المالية ، فنفرق بين عدم الاهلية في ممارسة الحقوق المدنية العامة التي تتصل بشخص الانسان في المجتمع وحقوقه العامة فيه ، وهذه الاهلية تدرس في الحقوق الدستورية والحقوق الادارية ، وبين عدم الاهلية في الحقوق الخاصة والمالية التي هي موضوع بحثنا والتي تتناول تصرفات الانسان في حياته الخاصة من الناحية المالية والعائلية ، حيث نستطيع ان نجد فيها ثلاث اعتبارات :

١ - اول هذه الاعتبارات في تقسيم الاهلية تقسيمها بما يقابل أنواع التصرفات التي يستطيع الانسان اتيانها على النحو الذي فصلناه . وبموجب هذا الاعتبار فان اهلية الاداء على ثلاثة 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 او عقود التصرف ، او عقود المحافظة او لادارة الخ . فالشخص الكامل الاهلية يستطيع ان يأتي

جميع هذه العقود او التصرفات مما يفتية ومما يفقره على السواء ، ولا يقيد به في ذلك إلا مانص القانون عليه من قيود ، وهذا لا يكون إلا لسكامل التمييز .

ب — اما اهلية الاداء الناقصة والقاصرة : فهي صلاحية الشخص لاتيان بعض هذه الاعمال او اجراء بعض هذه التصرفات دون البعض الآخر . كالصبي المميز الذي يستطيع إتيان التصرفات النافمة نفعاً محضاً أي عقود الاغتناء ، بلا إذن ، كما يستطيع إجراء عقود الإدارة بأذن ، دون أن يستطيع أصلاً اجراء التصرفات الضارة ضرراً محضاً أي عقود التبرع ، كما لا يصلح وحده لإجراء عقود التصرف والمعارضة وهذا ما يسمى بنقصان الاهلية .

ج — أما الاهلية المعدومة . فهي ما يسمى بفقدان الاهلية . وهذا يكون عندما يعدم التمييز . فالصبي غير المميز ، والمجنون المطبق او المحجور ومن هو في حكمها شرعاً وقانوناً لا يتوافر لهم أي نوع من أنواع الاهلية ، وهم غير أهل للاتيان بأي عمل من الأعمال ، حتى ولا قبول الهبات والتبرعات . وان ما يصدر 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 نسبي أو محدود (1) relative

(1) ويميز الغربيون بهذا الاعتبار بين نوعين رئيسيين من عدم الاهلية ، عدم اهلية عامّة générale وعدم اهلية خاصّة spéciale ، ويعتبر عدم الاهلية عامّاً تاماً ، عندما ينص القانون على اعتبار بعض الاشخاص غير أهل بوجه عام ، كالصغير والمحجور ، فيشمل عدم الاهلية هذا كل التصرفات الا ما يميزه القانون حصراً لأمثال هؤلاء .

ويكون خاصاً عندما يمنع القانون على بعض الناس اعمالاً معينة يجرمهم من ممارستها كالفلس ، 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 المنوعة . (راجع ريبير ، المرجع السابق ، ٧١١) .

٢ - 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^(١) .

أ - فعدم الاهلية الطبيعي : يتناول الاشخاص الذين لا يفقهون ما يفعلون ، كالأطفال قبل ان يصلوا الى سن الإدراك ، والادراك في حالة الجنون ، والحمقاء أو المتوهين في حالة العته فهؤلاء فاقدون الاهلية بسبب طبيعي هو فقدان الادراك فيهم .

ب - اما عدم الاهلية القانوني : وهو الذي يلحق أشخاصاً ليسوا في ذاتهم فاقد التمييز والادراك وانما يحرمون من ممارسة حقوقهم كغيرهم ، بسبب قانوني كالحجورين لسفه أو لعقوبة أو لافلاس .

٣ - على أن هناك اعتباراً ثالثاً ، ذكره الفقهاء وبمقتضى الشريعة الاسلامية للتمييز ، من حيث الصفة والمنشأ ، بين عدم أهلية اصلي ، وعدم أهلية عارض .
أ - 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 - واما عدم الاهلية العارض : وهذا ما يسمى بعوارض الاهلية ، فهو ما يطرأ على الانسان بعد أن يتجاوز سن الادراك الطبيعية ، فيصاب بعدم ادراك طارئ ليس في الاصل من تكوينه . كحالات الجنون والعته والسفه والنخ ...

(١) راجع ، كايتمان ، المطول الاجدائي للحقوق المدنية ، ج ١ باريس ١٩٤٨

٣ - التمييز بين الاهلية والحالات المماثلة لها :

هناك حالات يتمتع فيها شخص باجراء تصرفات معينة ، أو يتمتع عليه الاستعمال بعض الحقوق أو اجراء بعض التصرفات . ويجب التفريق بين هذه الحالات وبين الاهلية أو عدمها .

أ - 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 ، فبيناً أن الاهلية « صلاحية الشخص للقيام بالاعمال الحقوقية ، واجراء التصرفات التي تنتج أثرها بالنسبة اليه وفي ماله » (١) . فان الولاية على المال - كصلاحية الوالي على اموال الصغير ، والوصي أو القيم أو الوكيل على اموال من هم في عهدهم - وان تكن لتنتهي بسلطة ذلك الممثل الشرعي على مال معين يقدر ان يتصرف فيه ، إلا أنها في الحقيقة تتمثل بصلاحيه الممثل المذكور للقيام بالاعمال الممنوحة له شرعاً وقانوناً ، لا بالنسبة لشخصه وانما بالنسبة لغيره وتكليف 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 - 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 ص ٧٩
الاستاذ السنهوري ، الوسيط في الالتزامات ، ج نبذة ١٤٧ .

(٢) الاستاذ السنهوري ، الوسيط في الالتزامات ، المرجع السابق نبذة ١٤٨

فبينما أن فائد الأهلية لا يستطيع إجراء التصرفات لفقدان تمييزه أو لنقص إدراكه ، أي إلى سبب فيه نفسه ، فإن هناك حالات أخرى 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 لإجراء 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 إليها القانون رغم أن التمييز والادراك موجودان عنده كمثل المنع الوارد على المريض في مرض الموت من التصرف في ماله بلا قيد ولا شرط ، وذلك في مصلحة الورثة ، أو منع القضاة أو المحامين من شراء الحقوق المتنازع فيها (المادة ٣٩١ من القانون المدني) وذلك حماية للمتقاضين والموكلين الخ ..

وقد عرف الفقهاء نوعاً من المنع لفئة من الناس لا لحمايتهم أنفسهم ، بل لحماية الناس من أضرارهم المحققة ، وتمديها إلى الغير . وهكذا فقد قال الامام الاعظم ، ونصت مجلة الأحكام المدلية (المادة ٩٦٤) على منع « وحجر بعض الأشخاص الذين تكون مضرتهم للعموم كالطبيب الجاهل ، الذي لا يحسن الطب فيضر الناس ، ومثله المفتي الماخن الذي يفتيهم بالحيل الباطلة ، والمسكاري المفلس ، الذي يؤجر الناس جمالاً ليس عنده شيء منها ، وقد اسرعت المجلة فأضافت « ولكن المراد هنا من الحجر المنع من إجراء العمل لا المنع من التصرفات القولية » حتى إذا وقع من أحد منهم تصرف كما لو حكم المفتي الماخن بحكم صحيح فإنه ينفذ .

٤ - أساس عدم الأهلية وصفاتها :

أ - الأصل في عدم الأهلية ، من أي نوع كان ، حماية معدومها من تعدي الناس عليه ، واستثمارم 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 تديراً لحماية فاقده الأهلية أو ناقصها ، فلا يجوز أن يحتج بها إلا هذا الأخير أو من يمثله (١) .

ب - ومع ذلك فإن الأهلية من النظام العام ، وايست 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 وفاقده الأهلية ، أي مغزى، ولأن فاقده الأهلية أو ناقصها، الذي يرغب في الحصول على المال، ويخضع لتأثير الغير فيتنازل عن أملاكه وحقوقه أو ديونه بأجنس الاثمان ، يتنازل كذلك عن أهليته ، أو حقوقه في هذه الأهلية ، تحت تأثير الطيش وقلة الادراك ، فلا يحق

(١) راجع ريبير ، المطول الابتدائي لحقوق المدنية بلانيول طبعة ١٩٤٨ ، المرجع السابق ، ج ١ نبذة ٢١٥٣ ص ٧١٩ .

القانون شيئاً مما ابتناه لو أجاز مثل هذا التنازل . وكذلك بالطبع لا يستطيع من كان أهلاً 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 كاملين الأهلية 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 الإثبات على عاتق من يتمسك بعدم الأهلية (٢) . وقد نصت المادة ١١٠ من القانون المدني « كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته ، أو يحد منها بحكم القانون » . فشملت بذلك كل أنواع فاقد الأهلية ، وقد حد القانون من هذه الأهلية في حالات طبيعية ، وحالات عارضة ، فالأولى تنجم عن السن الطبيعية في مختلف أدوارها ، ويفرق فيها بين انعدام التمييز اطلاقاً وبين وجوده غير كامل ، ولكل منها أحكام وهذه الحالة لا حاجة لإثبات 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 وتمييزه ، كالمهات العقلية أو ما جرى مجراها فإنه لا بد من اثباتها ، وربما الحق بها فقدان الأهلية كمقوبة من نوع خاص على المجرم جزاء إجرامه ، لا بسبب عدم إدراكه كما سنرى .

وقد قضت محاكم الاستئناف في مصر أن : « الأصل في الرجل الرشد ، وفقد الأهلية عارض ، لذلك تعتبر العقود الصادرة من البالغ رشيداً صحيحة

(١) راجع الاستاذ السنهوري الوسيط في الالتزامات ، المرجع السابق بنده ١٤٩

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية للمادة ١١٠ في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص

١١٩ ؛ راجع كذلك الاستاذ السنهوري ، الوسيط في الالتزامات ، المرجع السابق

بنده ١٠٤٧ .

نافذة ، إلا إذا أثبت مدعي الخلاف طروء عارض فقد الأهلية على ذلك المتعاقد قبل العقد (١) .

§ ٢ - عدم الأهلية الاصلية : 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 (٢) ، إلا أن القانون المدني قد ذكر في بحث الأهلية عند الشخص (المواد ٤٦ - ٥٠) والأهلية في الالتزامات (المواد ١١٠ - ١٢٠) بعض المبادئ العامة في حالات الأهلية تاركاً تفصيل ذلك لقانون الأحوال الشخصية المعمول به في البلاد .

ويمكننا بحسب أحكام الشريعة الإسلامية ، وأكثر الشرائع الأخرى ، أن نقسم الأدوار الطبيعية التي يمر بها الانسان في حياته إلى أربعة أدوار وهي :
١ - الجنين قبل أن يولد ، ٢ - الولد من الولادة حتى سن التمييز ، وهي سبع سنوات ميلادية كاملة ، وهذا هو الصبي غير المميز ، ٣ - من سن التمييز إلى سن

(١) محكمة الاستئناف الوطنية ٢١ و ١٨ يولية ١٨٩١ مجلة الحقوق ٦ ص ١١١ و ٧ ص ١١٥ ؛ والاستئناف المختلطة ٢٨ بونية ١٩١٦ المجموعة ٢٨ ص ٤٤٦ ، الخ .. (في السنهوري المرحوم السابق ص ١٧٠) .

(٢) حتى ان المشروع التمهيدي للقانون المدني قد تضمن نصاً صريحاً بالرجوع الى قانون الاحوال الشخصية في تحديد ما يكون لانعدام اهلية الأداء او نقصها من أثر في صحة الرضاء غير ان هذا النص قد اقترح حذفه والاستعاضة عنه بالنصوص الواردة في المواد ٤٦ الى ٥٠ كبادئ .
اولية واصلية الاهلية (راجع مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ ص ٣٥٥ وما بعدها ج ٢ ص ١١٠) .

البلوغ ، بحسب أحكام الشريعة الاسلامية ، ومن الرشد بحسب نص القانون المدني وهذا هو الصبي المميز ، ٤ - من البلوغ أو الرشد إلى الموت وهذا هو البالغ الرشد .

أ - الجنين :

أما الجنين فليست له أهلية أداء مطلقاً ، وقد تكون له أهلية 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 الشخصية عندنا قضي 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 تميز الولي أو اللوصي أن يجري العقود والتصرفات إضافة للجنين ، وإنما تقتصر مهمة الوصي في هذه 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 بمثابة الأمين على مال الجنين ليس أكثر (٢) .

ب - الصبي غير المميز؟

والصبي غير المميز معدوم أهلية الاداء بشكل تام لفقدان الإدراك عنده .

(١) راجع ما سبق ص ٤٢٧-٤٣٠ .

(٢) راجع عبد النعم الصدة ، المرجع السابق نبذة ٧٩ .

تماماً وإن 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 الاعتناء . فلا يستطيع أن يقبل الهبة ، لعدم وجود الإرادة اللازمة لهذا القبول كما ذكرنا .

ويقوم مقام هذا الصغير غير المميز في إجراء التصرفات والأعمال القانونية ، ولي أو وصي لا بد من وجوده لكل صغير ، ليمثله في الأعمال والتصرفات الحقوقية . وإذا كان بحث الولاية والوصاية إنما يعود إلى بحث الأحوال الشخصية ، كما أشرنا ، وكما أشارت إلى ذلك المادة ٤٩ من القانون المدني حيث قالت : يخضع فاقد الأهلية وناقصوها ، بحسب الأحوال ، لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشرط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون - أي في قانون الأحوال الشخصية - إلا أننا نرى أن عمرها سريعاً ، مكثفين بالأفكار والمبادئ العامة .

(١) أي سبع سنوات ميلادية ، عملاً بالمادة ٣ من القانون المدني التي نصت : تحسب بالتقويم الميلادي ، ما لم ينص القانون على غير ذلك . « ولعل السبب في اعتبار السابعة معياراً للتمييز ناشيء عن أن الفقهاء في الشريعة الإسلامية جعلوا هذه السن هي التي يستغني عندها الصغير عن حضانة النساء ليتولاهن الرجال . (راجع عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ، ص ٩٦) .

فرق قانون الاحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٥٩ تاريخ ١٧
ايلول ١٩٥٣ بين نوعين من الولاية : الولاية على النفس والولاية على المال .

وقد نص هذا القانون في المادة ١٥٠ أن :

« ١ - للأب ثم للجد 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 - يدخل في الولاية النفسية سلطة التأديب والتطبيب والتعليم والتوجيه
إلى حرفة ا كتسابية ، والمواقفة 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 الاحوال الشخصية بالنسبة للولاية على النفس قد جعلها
شاملة لجميع الأقارب الذين يتون إلى القاصر بصلة القرابة العصبية (الدموية) على
أن يكون عصبة بنفسه ، وعلى ترتيب الارث من جهة ، وشرط 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 غيرها ولاية على مال القاصر حفظاً وتصرفاً واستثماراً » ونص
في المادة ١٧٤ أنه :

« تقف الولاية إذا اعتبر الولي مفقوداً أو حجب عليه أو اعتقل
وتعرضت باعتقاله مصلحة القاصر للضياع . ويمين للقاصر وصي موقت إذا لم يكن
له ولي آخر » .

وهكذا يكون قانون الاحوال الشخصية عندنا قد قصر الولاية على مال

القاصر ، بالأب ، والجدة العصبي 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 منصوباً أو مختاراً .

وبلاحظ أن هذا النص الجديد في قانون الأحوال الشخصية لا ينطبق 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 الإسلامية المعمول بها سابقاً ، فإن الولي هو الأب ان كان موجوداً ، ثم يليه الجد الصحيح ، أي أب الأب . وذلك إذا لم يوجد وصي مختار من الأب قبل وفاته ، أو من الجد بعد ، وأخير الوصي المنصوب من القاضي عند عدم وجود وصي مختار^(١) .

ومها يمكن الأمر فإن 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 في الحد التي رسمها القانون » . أما هذه الحدود فإنها تقوم على أنواع التصرفات وعلى شخص الممثل ، وقد عين قانون الأحوال الشخصية في المواد ١٨٠ إلى ١٨٤ حدود تصرفات الوصي والاعمال التي يستطيع أن يقوم بها عن القاصر . ومن المتفق عليه شرعاً وقانوناً أن كلا من

(١) قبل قانون الأحوال الشخصية كانت المادة ٩٧٤ من المجلة قد نصت ان ، « ولي الصغير في هذا الباب اولاً أبوه ثانياً الوصي الذي اختاره أبوه ونصبه في حياته اذا مات أبوه . ثالثاً الوصي الذي نصبه الوصي المختار في حال حياته اذا مات ، رابعاً جده الصحيح ، أي أبو أبي الصغير أو أبو أبي الأب ، خامساً الوصي الذي اختاره الجد ونصبه في حال حياته ، سادساً الوصي الذي نصبه هذا . واما الأقارب الذين لم يكونوا أوصياء فاذنهم غير جائز ، »

الولي والوصي يستطيع أن يجري من التصرفات في حق الصغير ما كان نافعاً له نفعاً محضاً كقبول الهبات ، والبراء من الدين بلا قيد ولا شرط . كذلك يستطيع كل منها أن يباشر عنه اعمال الصيانة والإدارة ، والتصرفات التي تقتضيها المحافظة على مال القاصر من غير حاجة إلى اذن المحكمة أو القاضي . أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، والتي تحملها ، كعقود المعاوضة بوجه عام من بيع ورهن وقسمة الخ ... فتختلف فيها صلاحية الولي عن الوصي ، اذ يملك الولي اجراءها ضمن حدود وقيود ، ولا يستطيع الوصي اجراءها إلا بقيود أشد وبأذن من المحكمة أو القاضي (١) . وقد أشارت المادة ١٧٢ من قانون الأحوال الشخصية أن الولي على مال القاصر أن يجري تصرفات الاستثمار من ايجار واتجار وماشابه ذلك . أما التصرفات الضارة ، كعقود التبرع فانه يتمتع على الولي أو الوصي اجراءها في كل حال (٢) ويكون « تبرع الوصي من مال القاصر باطل » (المادة ١٨٠ من قانون الأحوال الشخصية) .

وصفوة القول فان عدم أهلية الصبي غير المميز ، عدم 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 (٣) .

(١) راجع محاضرات الأستاذ مصطفى السباعي ، الوصايا والفرائض ، المطبعة الهاشمية بدمشق ١٩٥١ ص ١١٢ - 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 المحكمة الحسبية .

(٣) راجع 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
ومن الرشد حسب القانون المدني الجديد .

والصبي المميز ناقص الاهلية لافاقتها . وإذا قلنا ناقص الاهلية فنغني بذلك
أن هذا الصبي قد بلغ سنأ 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 ، ككامل الاهلية تماماً ،
الاعمال والتصرفات النافعة نفعاً محضاً ، أي انه يملك صلاحية تقبل الهبات والتبرعات
أو الإبراء من الدين ... من غير حاجة إلى اذن أو اجازة .

وعلى العكس لا يملك الصغير المميز إجراء الاعمال والتصرفات الضارة ضرراً
محضاً ، كالتبرع بماله للغير ، أو إبراء مدينه من دين له عليه . والصغير المميز ،
يتمتع بالنسبة لهذه الاعمال عديم الاهلية تماماً كالصغير غير المميز ،
وتصرفاته من هذا النوع باطلة بطلاناً مطلقاً ، وعلى ذلك نصت المادة ١١٣ من القانون
المدني فقالت : « ١٥ - 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 مبدئياً
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 للإبطال 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 ١١٣ فقرة ٢) . وهذا يعني أن التصرفات التي ليست بمحض ضرر ، وإنما تدور بين النفع والضرر كما رأينا ، ليست باطلة بطلاناً 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 - وهو تفريق غير موجود في الأحكام الشرعية المفتى بها - الأولى بين سن السابعة إلى الخامسة عشرة . والثانية من سن الخامسة عشرة حتى الثامنة 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 هذه الدرجات ، ذو أهلية في اجراء التصرفات النافعة محضاً ، فيستطيع قبول الهبات والتبرعات - أي عقود الاعتناء - بلا قيد ومن غير حاجة إلى إذن . وهو بالوقت ذاته غير ذي أهلية مطلقاً لاجراء التصرفات الضارة ضرراً محضاً فلا يستطيع أن يهب من ماله شيئاً ولا يستطيع مثله أن يجربها عنه ، ولكن أهلية هذه التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، أي في أهليه 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 فإنها لا تكون باطلة أصلاً - كما هو شأنها إذا صدرت من غير المميز - وإنما تكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر .
وأما بحسب قانون الأحوال 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 الإدارة 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 ، فإنه يستطيع أن يجري من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر أعمال الإدارة ، شريطة أن يكون مأذوناً له في استلام هذه الاموال ، أو أن يكون قد تسلمها بحكم القانون . وهذا ما نصت عليه المادة ١١٣ من القانون المدني حيث قالت : « إذا بلغ الصبي المميز الخامسة عشرة من عمره وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة 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 ومداه عن التشريع المصري الخاص بالسائد 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 ثمانى عشرة سنة بدلاً عن احدى وعشرين سنة عند

= قانون المحاكم الحسبية الصادر بالقانون رقم ٩٩ سنة ١٩٤٨ والذي منه استمد القانون المدني هذه الاحكام والمبادئ 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 ما ذكرنا للصبي المميز بين السابعة وتام 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 . ولا يكون ضمناً 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 ، فن سن الثامنة عشرة الى سن الحادية والعشرين - التي هي سن الرشد في القانون المصري - فان الصبي المميز خلالها ، يكون له من الاهلية ما ذكرناه 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 ما يدخل تحت الادارة من اعمال المحافظة والصيانة والاستثمار بما في ذلك حق التقاضي فيها . ماعدا اعمال معينة نص =

المصريين ، اضطروا — حين وصلوا إلى المادة ١١٣ المراقبة للمادة ١١٢ من القانون المصري ، والتي تعطي للصبى المميز حين يبلغ سن الثامنة عشرة من عمره حق تسلم أمواله لإدارتها ، 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 ، هو 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 معها وقائمة عليها . في حين أن الشارع السوري قد أخذ النص المصرى وبديل السن فيه ، دون أن يهتم بالأحكام الأخرى التي عناها هذا النص ، ولا سيما حين قال : « وفي الحدود التي رسمها القانون » أي قانون المحاكم الحسبية بقصد الشارع المصرى . وهكذا نجد أننا إذا أردنا أن نتقيد بنص قانوننا دون اللجوء إلى قانون المحاكم الحسبية ، الذي ليس بتشريع نافذ عندنا ، رأينا أن القانون لمديني السوري يجيز للمميز إجراء أعمال الإدارة إذا تحقق شرطان : الأول بلوغه سن الخامسة عشرة ، والثاني صدور إذن من المحكمة بالسماح له بإدارة أمواله وتسلمها .

وقد جاء قانون الاحوال الشخصية الجديد عندنا ، فنص على هذا الحكم في المادة ١٦٤ الفقرة الثانية . وفصل في المواد ١٦٥ إلى ١٥٨ الحدود التي يجوز

= عنها قانون المحاكم الحسبية في المادة الثالثة واستنتاها من اهلية هذا المميز فحرمه من استيفاء الحقوق وإيفاء الديون إلا ما نشأ عن أعمال الإدارة نفسها ، كما منعه من مزاولة التجارة أو إيجار العقارات لأكثر من سنة بدون إذن المحكمة .. الخ .. (راجع تفصيل ذلك في قانون المحاكم الحسبية : راجع الدكتور عبد المنعم الصده ، المرجع السابق ص ٩٤ ؛ نبذة ٨٧؛ الدكتور عبد الرزاق أحمد السهوري ، الوسيط في الالتزامات نبذة ١٥٣ الخ ...) . ولعل في هذه القيود مصلحة الصغير والمصلحة العامة أيضاً .

للقاصر — أي الصبي المميز أن يباشر ضمنها أعمال الإدارة ، مدخلا في هذه الأعمال ما يفرع عنها كبيع الحاصلات ، وشراء الأدوات وعقد الأيجار لمدة لا تزيد عن السنة ، وأما لأكثر من ذلك ، أو لمزاولة التجارة أو استيفاء الحقوق أو وفاء الديون التي لا تتعلق بأعمال الإدارة ، فلا بد من موافقة القاضي .

وإذا رجعنا إلى نصوص القانون المدني نفسه ، وجدنا أن المادة ٦٦٧ منه قد بحثت بصدد أعمال الوكالة ، في أعمال الإدارة فقالت : « وبعد من أعمال الإدارة الأيجار ، إذا لم تزيد مدته على ثلاث سنوات ، وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . ويدخل فيها أيضاً كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة ، كبيع المحصول أو بيع البضاعة ؛ أو المنقول الذي يسرع إليه التلف وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه واستغلاله » .

أما بعد صدور قانون الأحوال الشخصية ، وتحديد ما يجوز للقاصر اجراؤه من تصرفات باسم أعمال الإدارة ، فلم يعد مجال الرجوع الى نص القانون المدني واصبحت هذه الأعمال محددة على النحو المبين في المواد المذكورة من قانون الأحوال الشخصية .

ومادام نص المادة ١١٣ من القانون المدني ، كنص المادة ١٦٥ من قانون الأحوال الشخصية ، قاصراً على أعمال الإدارة من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فإن أعمال التصرف من عقود معاوضة ، وما إلى ذلك ، تبقى خارجة عنها ، ولا يملك الصبي المميز قبل سن الرشد بحسب القانون المدني ، أهلية باجرائها إلا بأذن من القاضي أو بموافقة أو إجازته (١) .

(١) راجع المواد ٦٩٨ الى ٩٧٧ من المجلة : راجع الاستاذ صبحي الحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، بيروت ١٩٤٨ ج ٢ ص ١٠٧ - ١٠٩

ج - الراسر

والدور الرابع والآخر في حياة الانسان هو من بلوغه رشيداً حق الموت .
ولا بد لنا عندما نبحت هذا الدور ان نحدد قبل كل شيء مبدأه .
ان سن الرشد بحسب احكام قانوننا المدني وقانون الاحوال الشخصية
الجديدين تختلف عنها في مجلة الاحكام المدلية والاحكام الشرعية المقتى 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
لباشرة حقوقه المدنية ٢ - ومن 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 المقتى 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 والازال بالنسبة للرجال ، والحيض والحبل بالنسبة للنساء ، ذهبت
المالكية في ذلك توسعاً بالاستدلال على البلوغ بعلامات أخرى كانبات شعر العانة
الخشن ، أو تنن الابط ، أو فرق أرنبه الأنف ، أو غلظ الصوت .
فاذا لم تظهر هذه العلامات ، ويبلغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة
من العمر ، اعتبر أنه بلغ سن الحلم على المقتى به (١) .

(١) وهو كذلك قول الشافعية والحنابلة . اما الامام الاعظم ابو حنيفة فقد قال « انما
يبلغان بالسن اذا اتم ثمانى عشرة سنة ، والاثنى سبع عشرة » . وذهبت المالكية الى وجوب
اكال الثمانى عشرة للجنسين - وهو ماخذ به القانون المدني - وقيل بمجرد الدخول في السنة
الثامنة عشرة .

وإذا كان الأصل في الأهلية هو البلوغ حسب الشريعة الإسلامية ، إلا أنه الشخص ولو بعد البلوغ لا يسلّم أمواله ، بحسب الشريعة واتفق الأئمة ، إلا إذا تحقق رشده ، فإذا بلغ غير رشيد كان غير أهل لاستلام أمواله والتصرف فيها . ويجب التفريق بين الرشد والبلوغ ، فالرشد بحسب أحكام الشريعة الإسلامية ومجلة الأحكام العدلية — غير البلوغ ، وهو يأتي بعده ، بحيث أن الأصل هو البلوغ ، ولا يعتبر الشخص راشداً إلا بعد بلوغه . وقد يتأخر الرشد عن البلوغ لكن ذلك لا يمنع 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 أن يثبت أن الصغير صالح لإدارة أمواله فلا يضيعها إذا سلمت إليه . فإذا كان فاسقاً بالشهوات التي تذهب بالأموال كالقمار والزنا ، حجب عليه ما دام كذلك وقد خالف الإمام الأعظم صاحبين في ذلك وقال : ينتظر إلى أن يبلغ خمساً وعشرين سنة ، فيسلم ماله إليه ولو لم يرشد (٢) .

(١) وهكذا مثلاً فقد كان من حق إقامة الدعوى بمجرد البلوغ عملاً بالمادة ١٦٦٣ من المجلة . وبالأستناد إلى ذلك قضت محكمة التمييز السورية أنه لا يجوز للمحكمة أن تتخذ من جهة إثبات الرشد دليلاً على صلاحية الفاصر لإقامة الدعوى من تاريخ تلك الجهة لأن إثبات الرشد لا يصلح حداً مثبتاً للبلوغ الذي يصبح قبله (قرار رقم ٨٢/٨٨ تاريخ ١/٢٢/٩٣٣ غير منشور) . كذلك فإن الحقوق الرومانية كانت تفرق بين البلوغ (pnberty) (وسن البلوغ عند الرومان كانت ١٢ سنة للمرأة و ١٤ للرجل) وبين الرشد (majorité) (ويكون في أقال سن ٢٥ سنة . وقد أخذت الحقوق الفرنسية والألمانية 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 أحكام الشريعة ، ولكن ربنا =

وقد رأينا ان سن الرشد في قانوننا المدني الجديد ، على ما نصت عليه المادة ٤٦ الفقرة الثانية ، وقانون الاحوال الشخصية في المادة ١٦٣ ، هي الثماني عشرة سنة ميلادية كاملة .

وهكذا يصبح القاصر رشيداً باكمله 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 — كفي يصبح القاصر رشيداً — أن يبلغ السن المذكورة ، وهو متمتع بكل قواه العقلية ، غير مجنون ولا معتوه ، فاذا بلغ السن وهو مجنون أو معتوه ، لا يصبح رشيداً ، ويظل قاصراً ولو قبل الحجر بعكس ما لو بلغ سفيهاً أو ذا غفلة ، فلا تتأثر أهليته إلا بصدور قرار بالحجر

— تأخرت قدرة الصبي على ممارسة حقوقية فعلا بعد سن البلوغ فقد نصت المجلة انه ، لا يجوز ان يعطي الصبي امواله عند بلوغه بل يجرب بالتأني . فاذا تحقق كونه رشيداً تدفع اليه حينئذ امواله (المادة ٩٨١) وقد اختلف الفقهاء والمذاهب في معنى الرشد والراشد . هذا وقد أخذت المجلة برأي أبي يوسف ، حين قالت في المادة ٩٨٢ انه « اذا بلغ الصبي غير رشيد فلا تدفع اليه امواله ما لم 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 ربيع الأول ١٣٢٤ هـ و ١٩٠٦ ميلادية فنص « ان حكاهم الشرع ممنوعون من استماع دعوى البلوغ من لم يكملوا الخامسة عشر من العمر » (المادة ٢) . كما منع تسليم الصغير امواله قبل اكمله 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 .

٣ - عوارض الأهلية

عندما يبلغ الانسان سن الرشد ، ويعتبر رشيداً ، تكون أهليته بنوعها كاملة في الاصل ، ولكن ثمة عوارض طبيعية قد تؤثر في أهليه الأداء لديه فتفقدتها أو تحد منها ، وهذه العوارض هي طوارئ أو عاهات تصيب العقل فيختل كالجنون والعمه ، أو ترجع إلى التدبير فتفسده ، وهي السفه والغفلة ، وهذه هي العوارض الطبيعية للأهلية . وقد يضاف إليها في نظر البعض عارض قانوني بالنسبة لمن يحكم عليه بعمقوبة 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 لا تقبل الدليل العكسي ، شريطه أن يكون قد صدر قرار بالحجر (٣) ، أو ثبت العارض وفق أحكام القانون ، ونبعث تبعاً 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 الهادئ إلى مجرد الغفلة أو الصرع ومجرد الوسوس ، وبينها درجات. وقد ميزوا بشكل خاص في هذه الأنواع من الناحية الحقوقية بين الجنون الذي ترافقه ظواهر العنف وبين الجنون الهادئ الذي سموه بالعتة ، كما سنرى . ويأتي الجنون في طبيعة المصابين بالاضطراب جميعاً . والجنون *aliéné* هو في نظر الحقوق من فقد قواه العقلية فيكون وضعه في ذلك وضع الصبي غير المميز من حيث انعدام التمييز والادراك عنده ، وبالتالي فقدان الاهلية . وقد فرق الفقهاء - ولا سيما في الشريعة الاسلامية - بين نوعين من الجنون، الجنون المطبق *continu* والجنون غير المطبق أو المتقطع (١) .

فالجنون المطبق هو الذي فقد عقله ، فلا يعقل شيئاً أصلاً ، 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 الجنون فيه حكم الصغير غير المميز (المادة ٩٧٩ من المجلة) (٢) .

وأما الجنون غير المطبق فهو الذي نصيبه عوارض الجنون من حين إلى آخر وفي فترات متقطعة وغير متصلة ، فيكون عاقلاً تارة وبجنوناً أخرى . وحكم هذا يختلف عن حكم الأول . وقد ذهب الفقهاء إلى القول ان ما يأتيه هذا الجنون في فترات الصحو والافاقة صحيح ومعتبر كتصرف العاقل (المادة ٩٨٠ من المجلة) وبدور 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 الجنون 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 لاتألف تماماً مع أحكام القانون المدني ، وتعود بنا الى حكم المجلة من حيث عدم وجوب الحجر للمجنون والمعتوه ، وسنري أولاً أحكام القانون المدني . ثم نبحت بعد ذلك أحكام قانون الاحوال الشخصية .

نص القانون المدني في المادة ١١٤ أن : « المجنون والمعتوه ، وذو الففلة والسفيه . تحجر المحكمة عليهم وترفع الحجر عنهم وفقاً للقواعد والاجراءات المقررة في القانون » . ورغم ذلك فان من الممكن والجائز أن لايقع هذا الحجر ، وأن لايتقدم 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 أصلاً كتصرفات الصبي غير المميز . وهذا ماأشارت اليه المادة ١١٥ حيث قالت : « ١ - يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه » . إذا صدر بعد شهر (أي اعلان) قرار الحجر ٣٠ - أما إذا صدر التصرف قبل شهر قرار الحجر (ويشمل ذلك وضع كل مجنون غير محجور وحتى شهر (أي اعلان) قرار الحجر فلا يكون باطلاً 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 باطلةً أصلاً ، 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 (١). وبطلان هذه التصرفات بطلان مطلق لعدم وجود الإدراك والتمييز اطلاقاً عند هذا الشخص في نظر القانون واقتراضه كذلك بعدم حجره ، ولا تصح تصرفاته إلا برفع الحجر عنه قضاءً .

وأما الجنون 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 شائنة وقت التعاقد . وهذا معناه أن يكون الشخص معروف بالجنون معرفة شائنة من جهة ، وأن يجري التصرف — إذا كان جنونه منقطعاً 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 الجنون غير المحجور وقبل الحجر أن يكون الطرف الآخر الذي تعاقد الجنون 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 الجنون 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 فإن إيقاع الحجر على الجنون وغيره من القاصرين

(١) ولهذا الشرط أهمية في التشريع الجديد ، لان التشريع السابق ، اي بمجلة الاحكام العدلية ، لما كانت تشترط الحجر على الجنون ولا شهر هذا الحجر ، كما اشترطت ذلك بالنسبة للسفيه والمولدين (راجع المواد ٩٥٨ و ٩٦١ من المجلة) .

كانت تقوم به المحاكم الحسبية وفقاً لقانونها الخاص (١) .

وبما تجدر الإشارة اليه في هذا الموضوع أن حكم القانون المدني هذا ، 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 بمحكمة القاصر بوجه عام ؛ ويجب اقامة قيم عليه فيما اذا اصابه الجنون بعد 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 ما يباشره 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 المجانين :

- ١ - المجانين المحجورين interdits ، وهؤلاء شأنهم شأن عديمي الأهلية في كل شيء .
- ٢ - المجانين المحجورين internés أي الموضوعين في الملجأ أو مستشفى المجانين ، ولو لم يصدر حكم بالحجر عليهم - وهذا وضع خاص لانص له عندنا - فهؤلاء مادام لم يصدر بعد قراراً بالحجر عليهم ، وهم في مستشفى المجانين ، يمنعون ادارياً من التصرف في أموالهم ويقوم احد 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 لعمه الجنون ، دون حاجة لاقامة الدليل عليه .
- ٣ - المجانين غير المحجورين وغير الموضوعين في الملجأ ، فتكون أعمال هؤلاء بالاصل صحيحة إلا إذا قام الدليل على فقدان الملكات العقلية ساعة اجرائها ، وهو دليل صعب . ومع ذلك فلا يسمح باقامة مثل هذا الدليل بعد وفاة المجنون ، وبذلك يشبه هذا الحكم في الاصل حكم غير المحجور في قانوننا .

الجنون ولو بعد الوفاة لاعتبار التصرف باطلا (١) . 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 « الجنون والمعتوه محجوران لذاتهما ، ويقام على كل من منهما قيم بوثيقة » . وبذلك عاد حكم المادة ٩٥٧ من مجلة الاحكام العدلية التي اعتبرت الصغير والجنون 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 الجنون المطبق وغير المطبق — مادام الجنون محجوراً لذاته — فإنه يجب الرجوع إلى مبادئ الشريعة الاسلامية واحكامها في ذلك على ضوء المعرف عملاً بالفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني .

وعلى هذا فإنه لا يشترط وقوع الحجر لعدم صحة تصرف الجنون والمعتوه بل يمكن الادعاء بالجنون وآثاره ولو دون حجر ، كما كانت الحال في ظل المجلة ، على أن ذلك لا يمنع من استصدار قرار بالحجر للتخلص من عبء الاثبات فيما بعد .

ومتى حجر على الجنون أصبح فاقداً للاهلية ووجب اقامة من يمثله في اجراء

(١) « وبناء على ذلك فإنه يصح اثبات الجنون او العته بعد الوفاة » (محكمة استئناف لبنان غ ٣ قرار رقم ٢ تاريخ ٤ / ١ / ١٩٤٥ ، خلاصة النشرة القضائية اللبنانية ٩٣٩ / ١٩٤٥ ص ٤٧) .

التصرفات . كما هي الحال بالنسبة للصغير . وحكم الحجر عنده كحكم الحجر عند الصغير بحيث يمثل 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 لا يضرب ولا يشتم كالمجنون . أو بعبارة أخرى المعتوه مجنون هاديء لا يستطيع 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 يطراً عليه الجنون بعد بلوغه سن الرشد فيستمر وليه أو وصيه بإدارة شؤونه وأمواله حتى يعقل (المادة ١٣) والفرق العملي بين السلطين ان سلطة الولي أو الوصي كسلطتها 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) فإن تصرف تصرفاً نافماً نفعاً محضاً كقبول الهبة صح بلا إذن وليه ، وإن كان تصرفه مضرراً كالهبة والصدقة لا يصح ولو أذنه بذلك وليه ، وإن كان متردداً بين النفع والضرر توقف على إجازة وليه . وقالوا يشترط لصحة هذه الإجازة أن يعقل المعتوه كون البيع سالماً 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 بينها . وبمسد صدور قانون الأحوال الشخصية أضحي المعتوه محجوراً لذاته كالمجنون من غير فرق بينها (المادة ٢٠٠) . وبالتالي تطبق عليه جميع الأحكام التي ذكرناها بحق المجنون .

ج - السفية :

عرف قانون الأحوال الشخصية في المادة ٢٠٠ فقرة ٣ السفية بأنه : الذي يبذر أمواله ويضعها في غير مواضعها بانفاقه ما يعده من مثله تبذيراً .

وعرفت المجلة السفية 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 السفية هو العامل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى ، ومن عاداته التبذير والاسراف في النفقة . وأن يتصرف تصرفات لا لغرض ابدأ أو لغرض لا يعده أهل الديانة غرضاً ، كالانفاق على الشرب والفسق والقمار واطعام الناس والانشاق عليهم ، وشراء الخمر والديكة ونحوها بضمن 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 » (١) 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 (٢) « وفي كل الأحوال لا يجبر على الفاسق بمجرد سبب فسقه ما لم يبذر ويسرف من ماله » (٣).

ومما لاشك فيه أن تقدير ما إذا كان الشخص يعتبر سفياً ومبذراً يعد من الأمور الواقعية التي يقدرها القاضي بحسب الأحوال وذلك عندما يكون الاسراف والتبذير مجاوزاً حد المعقول (٤) .

أما وضع السفيه وحكمه شرعاً فمحل خلاف عند الفقهاء ، فقد ذهب الامام الاعظم إلى أن السفيه لا يجبر 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 الصدة قائلاً : ان السفه في حقيقته هو خفة تعترى 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 اصابته ، كون الاضاعة والإنتلاف في غير محلها ، أن لا يكون واقعين عن ضرورة بسبب قاهر لا يملك صاحب المال رده ، (هيئة عامة ، قرار رقم اساس ١٠٤ تاريخ ١٣/٧/٩٣٠ منشور في مجلة نقابة المحامين بدمشق ١٩٤٧ ص ٣٤٢) .

(٣) 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 مثلاً انه إذا كان ما يؤخذ على المدعي عليه المسن ادمانه على شرب الخمر ، فلا يمكن ان يعد مبذراً بالنظر الى ظروف سنة وعدم اتفاهه على غيره في مجلس شرب الخمر (بداية البقاع رقم ٩٥ تاريخ ٢٧ / ١١ / ١٩٤٦ ، النشرة القضائية ٤٩ ص ٤١٣) .

شيئاً^(١) وخالفه بذلك الصحابان محمد وأبو يوسف « وأئمة المذاهب الثلاثة الاخرى والفتى به — وهو مأخذت به المجلة — ان السفية يحجر حين تتحقق فيه شروط السفه السابقة الذكر ، وحججه يكون من قبل الحاكم الذي هو وحده وليه . ويكون حكم السفية بعد الحجر كحكم الصبي المميز من حيث تصرفاته . أما تصرفاته قبل الحجر فصحيحة كتصرفات سائر الناس^(٢) ويبقى للسفيه في حكم الشرع والمجلة بعد الحجر ، لإجراء 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^(٣) .

أما في القانون المدني الجديد وفي قانون الاحوال الشخصية كذلك ، فان السفية 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 سفياً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون . » ونصت المادة ١١٦ من القانون المدني انه : « إذا صدر تصرف من السفية أو ذي الغفلة قبل شهر قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » .

وقد نصت المادة ٣٠٠ الفقرة الثانية أن « السفية والمنغفل يحجران قضاء وتصرفاتها قبل القضاء نافذة ، ويقام على كل منها 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 فإن السفية ، خلافاً للمجنون والمعتوه ، يكون صحيح التصرف
 أبداً ما دام غير محجور بمد . ولا يملك لا هو ولا غيره طلب ابطال تصرفاته
 لعل السفه مادام لم يصدر بمد قرار الحجر . إلا أن يكون في التعاقد
 مع السفية غير المحجور استغلال لوضعه من قبل التعاقد الآخر العالم بحاله ،
 أو تواطؤ عليه بالاتفاق معه هرباً من الحجر ، بحيث يبطل التصرف لا مجرد
 وجود السفه ، بل لاستثمار هذا السفه من قبل الغير أو للاحتيال بالاتفاق مع
 السفية على القانون . أما بمد قرار الحجر فإن المحجور لسفه ليس كالمحجور لجنون
 أو عته ، أي فاقد الأهلية ، وإنما هو ناقص الأهلية كالصبي المميز ، بحيث لا تكون
 تصرفاته باطلة لذاتها وإنما قابلة للإبطال في مصلحة السفية ، 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 عليه لسفه ، المأذون له بتسلم
 أمواله ، صحيحة في الحدود التي رسمها القانون » (١) .

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 المطبوعة على المواد ٣ و٤ و٥) والى هذه النصوص من هذا القانون يقصد
 القانون المدني حين يشير الى نقص اهلية السفية وفقاً لما يقرره « القانون » . وفي الحدود التي
 رسمها « القانون » .

تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف صحيحاً متى أذنته المحكمة في ذلك^(١)،
رغم أن هذه التصرفات تعتبر في ذاتها ضارة ضرراً محضاً .

والسبب في ذلك أن السفه ليس من ضعف الملكات ، واضطراب التفكير
بالقدر الذي هو عليه الصغير أو المجنون أو المتوه . 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 السفه وحكمه بوجه عام ، فان أحكام القانون المدني السابقة الذكر تظل
مرعية بالنسبة للسفيه لأنه ليس في نص قانون الأحوال الشخصية ما يمارضها 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 لإدارتها ، وتسري عليه أحكام
القاصر المأذون » على النحو الذي بحثناه في الصبي المميز بين سن الخامسة عشرة
والثامنة عشرة^(٢) .

هذا ، ويكون حجر السفه ورفع الحجر عنه من قبيل المحكمة الشرعية ،
وفي مصر من المحكمة الحسبية . وقد نظم قانون هذه المحكمة كيفية الحجر
وشهره وتسجيله وإقامة وصي أو قيم على السفه لإدارة 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 السفينة 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 يمتاط في معاملته لبلاهته » .

والمغفل هو الذي يكون طيب القلب ، سليم النية الى حد يغيب عنه في معاملاته مع الناس . والغفلة في نظر الفقهاء والشرع نوع من السفه الموجب للحجج على رأي صاحبين خلافاً للامام الاعظم . وقد أشارت إلى ذلك مجلة الاحكام العدلية في المادة ٩٤٦ حين قالت بعد تعريف السفه بالمبذر والمصرف 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 والتمته ، يحسن التفريق بينه وبين السفه من حيث تحديدهما وان اتفقا في الحكم . وربما كان السبب في الغفلة انما يعود الى ضعف في التفكير والمقل وسلامة القلب ، اكثر منه الى فساد في التبدير كالسفه .

وفي كل الاحوال فان حكم المغفل في كل شيء كحكم السفه تماماً ، وقد ورد ذكره مع السفه 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 للعفلة 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 السفه وذو العفلة .

هـ - المحكوم عليه بعقوبة جنائية

يضاف الى عوارض الاهلية السابقة الذكر ، وهي عوارض طبيعية في الانسان تتصل بتمييزه وادراكه أو تديره ، حالة خاصة لا تمت إلى التمييز بصلة وانما هي عدم أهلية من نوع العقوبة أو بسبها 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 ، ما خلا الحقوق اللازمة للشخص ، الى وصي وفاقاً لاحكام قانون الاحوال الشخصية المتعلقة بتعيين الاوصياء على المحجور عليهم . وكل عمل أو ادارة أو تصرف يقوم به المحكوم عليه يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً مع الاحتفاظ بحقوق الغير ذوي النية الحسنة . ولا يمكن 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 بهذه العقوبة من الجناة ، العزل والاقصاء من الوظائف ، كما يحرمه من الخدمات العامة في الدولة ، ومعاشاتها ،

— هذا القرار لا يؤثر فيه صدور الحجر اللاحق . ولا مجال لاثبات وجود العفلة 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 إدارة الطوائف والنقابات ومعاشاتها ، أو من الدخول في الامتيازات العامة ، والنخ . .

وعدم الأهلية المنصوص عليه في المادة ٥٠ عام في جميع أعمال التصرف والادارة ، مؤيدة بالطلاق المطلق . وهكذا لا يجوز للمحكوم عليه بقوابة 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 والنخ . . . 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 الأهلية 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 - الأوصم والأبسكم والأشمى

ويذكر بمض الفقهاء في النظرية العامة للاهلية الأوصم والأبسكم والأشمى لاعلى اعتبارهم غير أهل لاجراء التصرفات بل على اعتبار أنهم مصابون بعاها

تتبع 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 بعاها ، 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 المحكمة 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 بتعذر عليه لذلك التعبير عن ارادته ومباشرة أعماله مع الناس ، بمقام العاجز عن القيام بالتصرفات التي تقضي 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 وإنما قابلة للإبطال لمصلحته مع انه كامل الأهلية .

وقد نصت الفقرة الثانية للمادة ١١٨ أنه : « ويكون قابلاً للإبطال 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 الإبطال عدا إصابة الشخص

بماهتين على الأقل من هذه العاهات ، لتقرير مساعدته ، ان تكون التصرفات
قد صدرت من الممان بعد قرار المساعدة وفي حدود ما شمله هذا القرار من
تصرفات ممنوعة على الممان لوحده وفيما عدا ذلك فجميع التصرفات الاخرى
صحيحة (١) .

★ ★ ★

(١) راجع الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في الالتزامات ، المرجع
السابق نبذة ١٦ : الدكتور شفيق شحاته ، المرجع السابق نبذة ١٤ ، الدكتور عبد المنعم
الصدى ، المرجع السابق ، نبذة ١٠٢ .

الفرع الثاني

الشخص الاعتباري

La personne morale

المبحث الاول

مفهوم الشخص الاعتباري وطبيعته الاعتبارية

§ ١ - مفهوم الشخص الاعتباري وتحديد

لقد رأينا أن بحث الاشخاص في القانون ، وهو الذي يشكل الفصل الثاني من الباب التمهيدي للقانون المدني يتألف من بحثين 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 واجبتنا 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 ، هذا التعبير الأخير على التعابير الأخرى ، لابرز الصفة « الاعتبارية » لمثل هذه الأشخاص غير الحقيقية من الناحية الواقعية ، والقائمة على اعتبار في القانون أكثر منها في الواقع الملموس .
ومع ذلك فإن المشرع المصري في المشروع التمهيدي للقانون كان قد أطلق على هذه الأشخاص « الاشخاص المعنوية » ؛ وأشار في المذكرة الايضاحية الى أن لهذه الأشخاص المعنوية شخصية اعتبارية ، اعترف لها بها القانون . وكثيراً ما استعمل لفظ الاشخاص الاعتبارية إلى جانب التعبير الاول « الاشخاص المعنوية » فلما بلغ المشروع لجنة المراجعة ، اتفقت هذه اللجنة على ابدال التسمية بعبارة واحدة كما ذكرناها في 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 لنا - قبل أن نفوس في بحر الخلاف الفقهي الذي قام حول مفهوم الشخص الاعتباري وطبيعته ، وننتهي منه إلى النتائج العملية ، والآثار الحقوقية - لهذا الاختلاف ، وإلى الحل النهائي الذي نعطيه في قانوننا - قلنا : لا بد لنا من الإشارة 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 الأقل : الاول تنظيمه في القانون ببحث 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 - وكثيراً ما انتقر القاضي إلى مرجع أو مصدر وضي ، ليستطيع أن يقول كلمته الصريحة ، وكثيراً ما عوزته المبادئ الثابتة حول هذا الموضوع . فكان كما 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 لا يجد حلا لها في القانون .

ولعله من الواجب علينا كذلك ، قبل أن نبحث في مفهوم الشخص الاعتباري وطبيعته الحقوقية ، أن نتعرض بإيجاز ، تسهيلاً للبحث واكتمالاً ، 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 عبارة ، 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 لا يمكن تجاهلها أو النأؤها أو نكرانها وهي تعمل في السر والعلن ، وتمتلك ملكيات واسعة ، وتهدد الدولة الثمانية بكثير

من المشاكل والاطار . فرأى الشارع العثماني أن من الخير والمصلحة - سواء
للحيولة دون خطر هذه الاشخاص وتفاقمه ، وسواء لمجاعة النهضة العامة في بعض
الاحيان - أن يعترف بوجود هذه الاشخاص ، ولكن ليقيدها ويحد من نشاطها ،
أو لينظمها ويصلحها .

وكان أبرز وأهم هذه القوانين العثمانية - ذات الصفة العامة والخاصة - 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 بإبلاغ الحكومة تشكيلها
ونظامها ، وبعدم استهدافها لما يخالف القانون والنظام ، أو سياسة الدولة ، وغير
ذلك من قيود ، وقد أجاز للجمعية التي تؤلف - وفقاً لاحكامه - أن تصرف
بالخصص النقدية التي تجمعها من أعضائها ، على أن لا تتجاوز مبلغاً معيناً ، وبالحد
الخصص لادارتها ، وبالأموال غير المنقولة اللازمة لتحقيق غايتها وفق نظامها ، ويمتنع
عليها أن تصرف فيما سوى ذلك . كما أعطاه حق المثل 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 بالأموال غير المنقولة ، الصادر في ربيع الاول ١٣٣١ هـ .
الذي - وان اقتصر على بحث « تصرف الاشخاص المعنويين بالأموال 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 ، لها 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 أعضائها 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 تتوفر 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 دفعت له لاصدار هذا القانون ، والهدف الذي رمى اليه . فصرح أن الدول جميعها تقيّد 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 دفتر الخاقاني (دفتر التملك العثماني) ، إلا أنه لم يجز لها رسمياً أن تستولي وتملك الاراضي مجدداً ، فصارت تلجأ إلى الاستيلاء على الاراضي والتصرف فيها باسم مستعار لشخص طبيعي ، ويتولد عن ذلك منازعات دائمة ، غير أنها كانت تملك فعلاً ، ولو بصورة غير مباشرة ودون أن تقيد 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 الانشائية ، وبالوقت ذاته تقييدها حتى لا تتوسع وتسيطر على الفلاحين ، لذلك فقد أصدر هذا القانون معترفاً بالواقع ومصداقاً لحق تصرف الأشخاص المعنويين من دوائر الحكومة والبلديات والجمعيات والشركات التجارية والصناعية ، ومضيفاً الشركات الزراعية من جهة ، ومن جهة أخرى مقيداً لهذا التصرف بقيود اعتبرها من المصلحة العامة العليا . وبذلك وضع هذا التشريع الحجر الاساسي لفكرة الشخص الاعتباري وتصرفه وإن لم يعممه وينظمه تنظيمًا كاملاً .

ثم جاء عهد الانتداب فلم يكن أفضل حالاً وأكثر تحرراً من العهد العثماني في هذا المضمار . فقد تبني التشريع العثماني ولم يبدله اللهم إلا في ناحيتين هامتين الأولى في تقوية وتوسيع هذه النصوص إلى حد ما ، فقد عدل قانون تصرف الأشخاص المعنويين بالأموال غير المنقولة بالقرار رقم ٢٥٤٧ الصادر في ٧ نيسان ١٩٣٤ مشتملاً على حكم جواز الشراء أو التملك والتصرف إلى الدولة والبلديات والدوائر المستقلة والدول الأجنبية ، من أشخاص الحقوق العامة ، وإلى الشركات التجارية السورية والأجنبية 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 منها على الاعتراف ببعض الأشخاص الاعتبارية ووجودها وتنظيمها بالفعل كالجمعيات الرياضية والمسلكية والشركات الأجنبية الخ... (انظر مثلاً القرار رقم ٦٦ تاريخ ٢٠ كانون ثاني ١٩٣٦) .

ولعل أهم ما كان تشريع المفوضية العليا الفرنسية يهدف إليه في ذلك الحين هو من جهة السماح لبعض المؤسسات الأجنبية وبصورة خاصة بعض الشركات والبيوتات المالية الفرنسية بأجراء العمليات الاقتصادية والمصرفية . وحق التملك

في سورية وعلى الأخص للدولة الفرنسية نفسها. ومن جهة ثانية كان يهدف من تشريعاته المتتالية إلى التضييق على الجمعيات لخوفه منها ، وذلك إما بالغائها كما حدث بالقرار المشهور الصادر في ١٠ تشرين الأول ١٩٥٢ رقم ٤١٣ عن حكومة دولة سورية ، أو بالتضييق عليها بالتشدد في تأليفها ومعاقتها 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 الأشخاص 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 مواضع متعددة .

ومها 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 عدم تنظيم أحكام الأشخاص الاعتبارية بوجه عام ومفصل كما جاء في القانون المدني الجديد ، هو وضع الكثير من البلاد الأخرى التي سبقتنا في مضار المدنية والتقنين . وربما كان عندنا أفضل من غيرها . 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 بإنشائه من غير قيد ولا شرط . ويظهر أن هذه البلاد كانت ترى في الأشخاص الاعتبارية التي تغدو كثيرة النفوذ والهيمنة

الاجتماعيه والاقتصادية — كما يقول سالي Saleilles — مصدران مصادر التنازع السياسي ، واذا بلغت حداً من الغنى ، ربما صارت فوق ذلك مصدرراً للتخوف الاقتصادي والسيطرة الاقتصادية . ويمثلون على ذلك بالمثال المدرسي التقليدي نقابات الحرف في عهد كاتيلقا وكلوديوس الرومانيين ، تلك النقابات التي وضعت نفسها تحت تصرف الحركات الثورية في ذلك الحين او كما يمثلون اليوم بتكتلات « التروست او الكارتل » في اميركا ، وأثرها في الانتخابات والاتجاهات السياسية والاقتصادية . وقد جاء قانون نابليون في فرانسه فلم يذكر كلمة واحدة حول الشخص الاعتباري ، وانما 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 ثمة التثريب السابق .

أما التثريعات الحديثة — كلقانون الالماني والسويسري والاطالي — فلعلها كانت ترى الاشخاص الاعتبارية — خلافاً للفكرة السابقة — شكلاً من اشكال المؤسسات النافعة ، وسبباً لبلوغ أهداف ونتائج هامة لا يبلغها 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 هناك فئة من الاشخاص ، غير الطبيعيين وغير الحقيقيين ، من حيث انهم ليسوا

إنساناً حياً ، وإنما أوجدتم التفكير الحقوقي ، أو افترض وجودهم ، كالأشخاص الطبيعيين ، في قيام حقوق لهم أو ترتب واجبات عليهم خارجاً عن كل شخص طبيعي .

لأنتمقد اننا نحتاج اليوم ، بعد هذه التشرعات الحديثة ، وبعد صدور قانوننا المدني ، وبعد ان استقرت فكرة الشخص الاعتباري عند الجميع ، لأنتمقد اننا بحاجة الى ان نناقش — كما فعل متشو وتروتابا michoud et Trotabas في كتابها ، وكما يفعل اكثر المؤلفين — صحة هذا المفهوم واقصياً وفتحياً ، 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 لا يمكن تطبيقها بغير هذا التصور ، ودون ان يكون لها محذور حقيقي . ولكن الذي يستحق البحث والمناقشة هو كيفية تصور وجود هذا الشخص والاماس الذي يستند اليه فيه . في الحقيقة ان الجماعات والتكتلات على اختلاف انواعها واشكالها تعتبر احدى الدعائم الاساسية لهيكل المجتمع البشري الحاضر ، وربما أكثر من الافراد انفسهم ، فعليها تقوم اعظم الاعمال والمشاريع ، وبواسطتها تحقق غايات متنوعة في حياة الانسانية . واذ كان بعضها قد وجد منذ العصور القديمة كالأشخاص الاعتبارية الدينية كالنقابات مثلاً ، فان عددها وانواعها اليوم أصبح أكثر من ان يحصى .

وامام هذا الواقع والضرورة فان واجب رجال القانون ان يساعدوا على إيجاد 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 لأنتمد اليها يد القضاء بهذا الموت ، وهكذا تتميز اموالها وثروتها عن اموال أفرادها واعضائها . ويطرأ 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 .

وإذا كان مفهوم الشخصية في القانون ضرورياً ولازماً لا مكان تصور الحقوق
والالتزامات ، وترتها لاصحابها او على المزمين 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 وافتراسيين ، او لنقل اعتباريين . حتى قال لوران Laurent
بشيء من التهمك « 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 ، ويجمله يقف على قدم المساواة مع مخلوقات الله ، في الحقوق والواجبات .
ولقد اطلقوا في الشرائع الغربية على هؤلاء الاشخاص غالباً اسم الاشخاص المعنوية
او الحكيمة personnes morales مقابلة للاشخاص الطبيعيين ، وربما سموهم
كذلك الاشخاص الحقوقية او المدنية personnes juridiques ou civiles .
فكيف تمثل هذا الشخص الاعتباري في الحياة الحقوقية ، وماهي حقيقة
فكرته ؟ قلنا أن الأشخاص ليسوا حتماً 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
مادياً وانما تجر يدأ حقوقياً لا يدخل تحت الحس ، كما يدخل الانسان ، بل يتصور
تصوراً . وربما كان نص القانون وافتراسه 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) — فإن الشخص الاعتباري في هذا
المعنى يستفاد من تجريد فكري يتمثل بكيان مستقل لعدد من الأفراد اجتمعوا

للمعمل على تحقيق غرض معين ، فألفوا فيما بينهم كتلة مؤلفة في الأصل من كل واحد من أفرادها ، ولكنها تؤلف بمجموعها كياناً قائماً بذاته مستقلاً 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 بينها كما سنرى .

والجماعات التي تؤلف على هذا الشكل قد تكون لغايات متنوعة منها ما ينصب على الربح المادي والنفع المالي ، كالشركات ؛ ومنها ما يكون لاهداف خيرية أو فنية أو علمية أو رياضية أو لمصلحة عامة ، دون غرض الربح ، كالطوائف الدينية والجمعيات الخيرية ؛ ولكنها مهما كانت غايتها تؤلف كياناً مستقلاً وشخصاً اعتبارياً .

لاشك أن الصلة وثقى بين هذا الشخص الاعتباري وبين الأفراد المكونين له ، وقد تختلف قوة هذه الصلة باختلاف أنواع الأشخاص 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 مستقلاً عن أشخاص المديرين لهذه المبالغ أو شخص الذي رسدها وقدمها ، وبالتالي تؤلف مؤسسة ذات شخصية متميزة عن

شخصية من أقامها ، وشخصية من كلف بإدارتها لا تتأثر بموت أحدهما ، ولا تمتد إليها يد مالكيها الأصلي أو مالكيها الأولين 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 انه 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 فرض معين لا يصح 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 ، بل لعلها ليست كذلك بالنسبة لجميع أنواع الاشخاص الاعتبارية في مختلف الشرائع ، وإذا نحن درسنا وحللنا نص المادة ٤٥ من القانون المدني الجديد نستطيع أن نتبين قيمة هذه العناصر ومداهها .

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 .

٣- الهبات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية .
٣- الاوقاف .

٤- الشركات التجارية والمدنية .

٥- الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقاً للاحكام التي ستأتي فيما بعد .

٦- كل مجموعة من الاشخاص أو الاموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية
بمقتضى نص في القانون .»

ويتضح من هذا النص أنه بعد أن حاول تمديد كل ماهو معروف وموجود من الأشخاص الاعتبارية في الحقوق العامة والخاصة في الفقرات الخمس الاولى ، جاء في الفقرة السادسة فوضع ضابطاً عاماً 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 لا تدخل 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 تدخلاً كهذا .»

ولقد أشرنا في استعراضنا لتاريخ التشريع المتعلق بالشخص الاعتبارية كيف أن المشرع في بلادنا ، بل وفي أكثر البلاد الأخرى كفرنسة مثلاً ، كان غالباً ما يعمد إلى التضييق في انشاء الأشخاص الاعتبارية والحد من نشاطها وتوسيعها حتى الجأت ضرورة الحياة المشرعين والحكومات للاعتراف بالشخصية الحقوقية للأشخاص الاعتبارية ، وربما اضطرتهم في بعض الاحيان التشجيعها وتأييدها .

ويصح أن نقول مع الفقهاء في العصر الحديث أن ثمة مبادئ يجب أن تسود الاحكام المتعلقة بوجود الشخصية الاعتبارية يمكن ارجاعها إلى أربعة :

- ١- خلافاً للمبدأ القديم ، يجب أن لا تكون هناك قيود تحد من حرية انشاء الأشخاص الاعتبارية ونشاطها إلا ما تعلق بكيان الدولة وسيادتها .
- ٢- على أنه يجب ألا تؤدي هذه الحرية إلى تصرف الاشخاص الاعتبارية باموال وافرة فتخرجها عن دولا ب الحركة الاقتصادية ، وان السبيل للحيلولة دون هذا المذور يمكن الوصول اليه بتحديد أهلية الاشخاص الاعتبارية ومدى تملكها .
- ٣- يجب أن يكون للدولة حق الرقابة على الشخص الاعتباري كي لا ينحرف عن الهدف الذي وجد لاجله ، وعن الغاية التي توخاها من تشكيله ، وكي لا يسيء ممثلوه استعمال سلطتهم باسمه . وتكون الدولة في رقابتها هذه خير ضامن لتحقيق الاغراض الحقيقية من انشاء الشخص الاعتباري ، على أن لا تستعمل الدولة في دورها هذا الحق لاغراض سياسية أو حزبية في عرقلة النشاط المشروع للشخص الاعتباري بحيث تكون هناك ثمة ضمانات في هذه الرقابة .
- ٤- وأخيراً لا يمكن للشخص الاعتباري أن يارس من خصائص وصفات الشخص الطبيعي ما يتعلق بالوجود المادي 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 ولا سيما الجمعيات والمؤسسات وأحكامها الموضحة في المواد التالية لهذه المادة ، وقبل أن نتناول كذلك التفريق بين أشخاص الحقوق العامة ، وأشخاص الحقوق الخاصة 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 ما يتعلق بيده الشخص الاعتباري ونهايته ، ثم في صفاته وخصائصه ، على غرار ما بحثناه 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 ، لا تقتصر على حدود الشركات ، والجمعيات ، والمؤسسات ، بل يتناول أثرها نطاق القانون بأسره ، يستوي في ذلك ما يكون منها خاصاً أو عاماً » (١) وعلى اعتبار « ان خير تعريف عملي للشخص المعنوي يكون بمرض 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 الوجود ، لها أو عليها ، في الحدود اللازمة لمباشرة نشاطها ، فيكون شأنها في هذا شأن الأشخاص الطبيعيين » (١).

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 مملقاً وجود الشخص الاعتباري لها على موافقة الجهة الادارية على شهرها كما سنرى .

§ ٢ - الطبيعة الحقوقية للشخص الاعتباري

Nature juridique de la personnalité morale

بعد أن أوضحنا فيما سبق مفهوم الشخص الاعتباري وفكرته ، وأكدنا أن أحداً لا يشك اليوم بضرورة الاعتراف بهذه الاشخاص الحقوقية الاعتبارية إلى جانب الأشخاص الطبيعيين ، فإنه يحسن بنا أن نستعرض بإيجاز 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 مجموعة 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 تبرعي للوصول الى تحقيق غاية قانونية وغرض مقصود من قيام الشخص الاعتباري فرضاً وتقديراً ، أم أن هناك أساساً آخر بين الافتراض والواقع ؟

وبتعبير آخر هل أن الشخص الاعتباري فرض حقوقي من خلق القانون ، أم هو حقيقة واقعية لها من مقومات الشخص ما أوجب على المشرع أن يعترف بها اعترافاً ويعلمها اعلاناً لا أن يخلقها خلقاً ؟ .

بين هاتين الناحيتين اختلفت النظريات وقامت المذاهب حتى امتلأت فيها بطون الكتب والمجلات ، 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 ما يزال يعد في أول مراحلها ولم يستقر نهائياً في أذهان الناس والمشرعين . أما اليوم ، وبعد أن أصبح وجود الاشخاص الاعتبارية أمراً واقعاً لا شك فيه ، وبعد أن نظمت أكثر أحكام هذا النوع من الاشخاص تنظيماً وافياً واعترف بوجودها نهائياً فقد ضعفت قيمة هذه الاختلافات الفقهية والنظرية من الناحية العملية ، ولكنها مع ذلك لم تفقد قيمتها

(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 يتخذ من موقف حيال هذا الشخص الاعتباري .

ويدور الخلاف بين الناحيتين المختلفتين والنظريتين البارزتين : الأولى نظرية الفرض القانوني ، والثانية نظرية الشخصية الحقيقية ، وبينها نظرية وسطى هي نظرية الملكية المشتركة ثم نظرية الحقيقة القانونية .
وسنحاول أن نوجز فيما يأتي كل واحدة من هذه النظريات .

أ - نظرية الفرض القانوني *Tnéorie de la fiction légale*

تعتبر هذه النظرية أولى النظريات الفقهية التي حاولت أن تهتدي 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 الألماني سافيني (٢) ، لأن التشريع الفرنسي والفقهاء الفرنسيين طوال القرن التاسع عشر قد تبناها وأخذوا بها .

وتقوم هذه النظرية على اعتبار أن الحق لا يتصور إلا لشخص له إرادة . وبالتالي لا يعقدون بوجود شخص حقيقي غير الإنسان والشخص الآدمي فقط . لأن الإرادة لا تكون إلا للإنسان ، وهو وحده الذي يستطيع في الأصل أن يتمتع بالحقوق ، وأن يكون طرفاً فيها ، غير أن الضرورات الاجتماعية والاقتصادية أوجبت الاعتراف بكيان مستقل عن كيان الأشخاص الطبيعيين أعطاه القانون صفة الشخص الحقوقي بمجرد افتراض منه لا لوجود حقيقي ، وإن

(١) راجع كولان وكايتان ، المطول الابتدائي للحقوق المدنية ج ١ ص ٤٠٣ .

(٢) لقد أوضح سافيني Savigny رأيه في بيان هذا الافتراض في كتابه « القانون الروماني » ج ٢ ص ٢٢٣ وما بعدها ، 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 مازماً بالواجبات ، كالأشخاص الطبيعيين ، وان هذا التخيل والتصور ليس سوى وسيلة لاعطاء هذا الكيان الوهمي حق التمتع بالحقوق او الالتزام بالواجبات .

وبحسب هذه النظرية فان حقوق الشخص الاعتباري لا يجوز 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 من عليه بها متى أراد ، وان يبدل افتراضه في أي وقت ، فتزول صفة الشخصيه القانونية عن الشخص الاعتباري ، وتعبير آخر يصبح وجود الشخص الاعتباري وبقاؤه رهناً برغبة الشارع المطلقة .

وثمة نتائج كبيرة وهامة استخلصها الفقهاء من هذا الافتراض : منها مثلا ما يتعلق 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 وبمحكم القانون ، ولا يمكن ان يكون ممثلاً انفاقاً أو وكيلاً مختاراً لان الشخص الاعتباري ليس بكائن ذي ارادة يستطيع أن يوكل ويختار ، وهذه نتيجة لها آثارها العملية .

ومنها كذلك مثلا أن الاعمال التي تصدر عن الشخص الطبيعي ، ولو كان ممثلاً للشخص الاعتباري ، ويترتب عليها ضرر للغير ، فانها لا يمكن ان تنسب الى هذا الشخص الاعتباري لانه افتراض ووهم ، وبالتالي لا يكون 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 أنها لم تكن معقولة ولا موافقة للواقع والحقيقة ، فانتقدها الكثيرون ورفضوا قبولها (١) ، ولا سيما فقهاء الألمان في نظرياتهم المادية والاجتماعية .

وكان أول انتقاد نظري وجه إليها هو أن تعريف الحق بالقدرة الإرادية ، وتعريف الأشخاص ، أطراف الحق ، بالكائن ذي الإرادة غير صحيح (٢) ، لأن الشخص الطبيعي نفسه لا يكون دوماً إذا إرادة وليس من يشك في أن الطفل أو المجنون شخص في نظر القانون .

أضف إلى ذلك أننا لو أردنا أن نأخذ بهذه النظرية ونعتبر أن الشخص الاعتباري وهم وخيال لا حقيقة له ولا وجود واقعي ، فإن جميع الأموال العائدة له ليست في الحقيقة بملك أحد ، مادام صاحبها وهما وخيالاً ، وإنما تصبح بالتالي أموالاً مباحة ، لا ممالك حقيقي لها ، وربما كانت هذه النتيجة مرغوباً فيها ممن يريدون أن يجعلوا وجود الأشخاص الاعتبارية مرتبطاً بالدولة ومشيتها ، 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 ما يرد على هذه النظرية من انتقادات أنها لا تقبل التطبيق على أشخاص

(١) راجع الانتقادات الموجهة الى هذه النظرية في ميشو ، المرجع السابق ، القسم الاول بنذة ٨ وما بعدها . (راجع كذلك دلفكيو ، دروس في فلسفة القانون ، الترجمة الفرنسية ١٩٣٦ ص ٢٦٢ وما بعدها .

(٢) راجع الدكتور شفيق شعاته ، النظرية العامة للحق ١٩٤٨ - ١٩٤٩ ص ١١٩ .

الحقوق العامة ، ولا سيما الدولة بمجموعها ، لان القول بانها افتراض وهم 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 - نظرية الشخصية الحقيقية أو نظرية الوجود الواقعي

Théorie de la personnalité réelle ou de la réalité

لقد ذهب أصحاب هذه النظرية إلى القول إن الشخص الاعتباري شخص حقيقي ، وحقيقة واقعية ، راهنة ، ذات وجود فعلي كالشخص الطبيعي ، وانها ليست مجرد افتراض قانوني قائم على الوهم والاعتبار . ويمثل القائلون بهذه النظرية مذهبهم هذا 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 بهذا التعليل يذهبون مذهبين في إيضاحه وشرحه .

المذهب الاول — وهو مذهب كثير من الفقهاء الالمان^(١) يقول أن الشخص الاعتباري كالشخص الطبيعي من حيث وجود شخصية حقوقية واحدة لها ، لأن هذه الشخصية الحقوقية لكل منها تنعكس في السلطة الارادية التي

(١) يقول بهذا الرأي جيرك Gierke وجلينيك Jellinek وزيتلمان من الالمان ، كما يقول به كذلك جرکه ، ومستر Mestre من الفرنسيين ، راجع ميشو وتروتانا ، المرجع السابق ج ١ ، نبذة ٣١ وما بعدها .

تجلى في كل منها ، 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 حكماً 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 هذا 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 ومساثر الاعضاء التي تنتج عنها نتائج حقوقية ، فمثلوا الشخص الاعتباري ومديروه يعملون باسمه ، كما تعمل أعضاء الشخص الطبيعي لمصلحة هذا الشخص ، وفي بعض الاحيان يمثل الشخص الطبيعي أشخاصاً غيره ، وهكذا فان اراده 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 بآتيها هؤلاء الممثلون باسم الشخص الاعتباري لا تمثل ارادتهم . وإنما تمثل ارادته هو ، وبالتالي قد تكون سيئة النية او حسنتها ، وترتب 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 طرفه هو صاحب المصلحة او ذو العلاقة بها ، فاننا نلاحظ ونلمس بشكل واضح ان الشخص الاعتباري يقوم على مصلحة متميزة وظاهرة ومحسوسة تجعل وجود الشخص الاعتباري المرتبط بها ذا كيان واقعي وحقيقي . وان المشرع ملزم بالاعتراف بالشخصية القانونية او الحقوقية للشخص الاعتباري مادامت هذه المصلحة موجودة وتمتيزه وليست افتراضية ولا اعتبارية^(١) .

وهذه النظرية في مذهبها قد انتقدت انتقادات قوية اقامت الشك في قبولها واضعفت من قيمتها .

ويكاد يكون الفقهاء متفقين ان هذه 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 الحق وقوامه ، وليست هي جوهره وانما هي غايته ، ونتيجته . واما كونها سلطة ارادية او ارادة مشتركة وتمتيزه 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 رأي « الاستاذ ميشو » الذي ينتهي اليه في مؤلفه ، المرجع السابق ،

٤٥ وما بعدها .

(٢) راجع سفيق شحاته ، النظرية العامة للحق . المرجع السابق ص ، ١٢٠ .

وهكذا تبدو النظريتان السابقتان غير متفق على صحة اي منها ، وغير مطابقين تماماً للواقع .

ج - 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 الاعتباري وملكيته لها ، ويقف عندها ، وعند صلات اعضاء الشخص الاعتباري بها .

ويرجع الفقهاء اصل هذه النظرية الى الفقيه الالماني امهرنك^(١) Jhring ، وقد قال بها بلانيول planiol وبرتلمي Berthélemy^(٢) .

واصحاب هذه النظرية ينكرون فكرة الوجود الحقيقي او الواقعي للشخص الاعتباري ، انهم ينكرون وجود هذا الشخص وشخصيته القانونية ، حتى عن طريق الافتراض والاعتبار بحسب النظرية الاولى ، ويقولون اننا اذا كنا واقعيين فعلا ، وحرصنا ان نفنقش عن الحقيقة مجردة من الخيال ، فان كل مانجده في الشخصية الاعتبارية هو ان هناك مجموعة من الاموال او الحقوق المالية مخصصة لغرض معين ، ولا يوجد وراء هذه الاموال شخص تستند اليه الا الاشخاص الذين خصص هذا المال لمنفعتهم ، وان هؤلاء الاشخاص هم وحدهم اصحاب تلك الاموال^(٣) ، او بتعبير آخر انه ليس هناك في الحقيقة سوى نوع من الملكية المشتركة ذات الطابع الخاص التي تختلف عن الملكية الفردية من جهة والملكية الشائعة من جهة اخرى ، بحيث يكون لهذا المال المشترك المملوك من مجموع

(١) في كتابه روح الحقوق الرومانية ج ٤ ص ٦٣٠ ، راجع عرض هذه النظرية وتقدمها في دوكي Duguit ، ج ١ ص ٤٩٩ وما بعدها ، ودليفكوا ، المرجع السابق ص ٢٦٤ .
(٢) بلانيول وربير ، الحقوق المدنية ، الطبعة السادسة ، ج ١ نبذة ٣٠٠٧ وما بعدها .
(٣) راجع الدكتور 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 يفرد 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 مفاهيم 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 للانتحاء إلى نظرية الفرض القانوني لافتراض وجود شخص تسند إليه تلك الحقوق ، بل الأولى أن نسلم بالامر الواقع ، وأن نترف 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 نظمها على هذا الأساس ليس أقرب إلى الواقع أن نقول إن الملجأ أو المستشفى الخيري مثلاً ، مملوك ملكية 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 » (١) .

غير أن هذه النظرية رغم محاولتها النظر إلى الموضوع نظرة واقعية موضوعية بحتة لم تكن موفقة في النتائج والحقائق التي وصلت إليها ، وبالتالي لم تسلم من الانتقاد ، ونستطيع أن نجعل الانتقادات التي وجهت إليها في أمرين بارزين، الأول : أنها لم تر في الشخص المعنوي 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 تلب 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 مثلاً . ثم إن الأموال نفسها ليست هي العنصر الأساسي في كيان الشخص الاعتباري ، وإنما هي في الواقع وسيلة لتحقيق غاية أساسية من أجلها انشيء الشخص الاعتباري . بل إن كثيراً من الأشخاص الاعتبارية ، وأولهم الدولة والنقابات ، لم تؤسس مطلقاً لغرض مالي ، ولا قيمة للمال في وجودها إلا ثانوياً . ولعل الدولة وهي أم هذه الأشخاص ، لا يميزها بصفة أساسية إلا مالها من حقوق السلطة العامة ؛ وما تسعى إليه من أغراض غير مادية ، بل ما أكثر الجمعيات اللامادية من عملية أو فنية 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 ، وافترض أن موضوع الشخص الاعتباري قاصر على ملكية المال بصورة مشتركة ، فإن هذا التصوير يصطدم مع امكان تصور المالكين المشتركين ، وصحة تحديدهم وحصصهم ، فالفقراء بالنسبة للملجأ ، والمرضي بالنسبة للمستشفى ، كما يتمسك أصحاب هذه النظرية ، لا يمكن أن يكونوا مالكيين مشتركين كما 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 الخيال وبشكل غريب ؟ بل ماذا نقول بالنسبة للدولة ومرافقها ؟ فإذا قلنا إن جميع الرعايا المواطنين يعتبرون مالكيين مشتركين ، فماذا نقول عن الاجانب الذين يقيمون في البلاد أو يرون بها وينتفعون من مرافقها بحكم القانون ، كما ينتفع ابناؤها؟ إن جميع مؤسسات الدولة العامة ينتفع بها 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 - نظرية الحقيقة القانونية Réalité juridique

ويحاول بعض الفقهاء أن يجدوا حلاً 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 ما هي ضرورة اجتماعية وإنه يعترف بها بالفعل فتصبح حقيقة قانونية لا مجرد فرض أو خيال . وبتعبير آخر فإن « مقتضى هذا الرأي أن المشرع هو الذي يمنح الشخصية القانونية لمن تتوافر فيه شروطها لأنه ليس هناك شخص اعتباري بطبيعته ، على أن المشرع لا يمنح الشخصية القانونية اعتباطاً ، إنما تفترض الشخصية قيام نظام قانوني مستوف لشرائطه وأركانه ، ومن ثم فإن المشرع لا يستطيع أن يمنح الشخصية القانونية لمن يشاء ومتى شاء ، إنما يمنحها لمن يستحقها من الهيئات والمشروعات متى كان لها كيان قانوني مستقر ، ثم إنه لا يستطيع أن يسلب الهيئة التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية صفاتها 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 فعلاً الشخص الطبيعي ، فهي تكون حتماً تلك الحقوق التي تحقق الفرض الذي من أجله قام الشخص الاعتباري لا الحقوق التي يحددها هذا المشروع وفقاً لما يراه .

« وإذا استوفى 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 فإن الشخصية الاعتبارية لن تكون وليدة ذلك الاتفاق أو تلك الإرادة الفردية، وإنما الشخصية القانونية تنشأ في جميع الأحوال بحكم القانون، ذلك أنه ليس في وسع الأفراد أن يستحدثوا في عالم القانون أشخاصاً فيرتب على ذلك من الآثار ما يتجاوز نطاق اتفاقاتهم الفردية (١) .

ومن القائلين بهذا الرأي والمؤكدين أنه هو الرأي الصحيح الدكتور شفيق شحاته وغيره من المؤلفين المصريين (٢) وهم يؤكدون أن هذا الرأي هو الذي أخذ به فعلا القانون المدني الجديد عندما عدل على سبيل الحصر في المادة ٥٤ (٥٢ مصري) أنواع الأشخاص الاعتبارية - حصراً - ولم يقر لغيرها بالشخصية الاعتبارية إلا إذا وجد نص خاص يثبت لها تلك الشخصية. وهذه ناحية هامة ونتيجة رئيسية من نتائج هذه النظرية .

على أننا نعتقد أن هذا 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 حججها لاستناداً إلى واقع وإنما استناداً إلى تقدير منه، وإذا كان هذا التقدير بحسب هذه النظرية يقوم على ضرورات اجتماعية ملجئة حملت المشرع أن يؤكد وجود بعض أنواع الأشخاص الاعتبارية التي عددها، معترفاً بالتالي بوجودها، فإن 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 مثلاً الدكتور عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، بنذة 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 للانهاء أو لأداء الوظائف .

ونستطيع أن نؤكد أنه بعد أن صدر قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة بقرار رئيس الجمهورية رقم ٩٣ لسنة ١٩٥٨ معلقاً وجود هذه الأشخاص وإنشاءها على وجوب شهرها من قبل الجهة الادارية المختصة بالشروط والقيود المذكورة في هذا القانون وفي اللائحة التنفيذية له ، ما يجعل مذهب التشريع في بلادنا أقرب فعلاً إلى نظرية الفرض القانوني منه إلى أية نظرية أخرى خلافاً لما أقره القانون المدني ، الذي جعل نشوء الشخص الاعتباري بمجرد توافر اسبابه غير المعلقة على ارادة السلطة ومشيئتها بما يقرب من النظرية الأخيرة .

٥ - تقدير هذه النظريات والآراء المختلفة والنتائج العملية التي تنتج عنها .
ومها يكن من أمر هذه الآراء والنظريات فاننا نلاحظ ان في كل منها قسطاً من الحقيقة او نصيباً من الواقع ، بقدر ما تكون بعض نتائجها وآثارها متصادمة ومتعارضة تماماً ، وبطبيعة الحال ، مع بعض نتائج وآثار النظريات الأخرى .
ويذكر الاستاذ دوكي Duguitt ،^(١) في استعراض هذه النظريات انها بحسب اتجاهاتها المختلفة سادت كل واحدة منها في العصر الذي تلائم نوع الحكم فيه .
وهكذا مثلاً سادت نظرية الفرض القانوني في العصور التي تسيطر فيها الحكومة او تستبد ، فتجمل انشاء الشخص الاعتباري وزواله ، وطريقة اداء وظائفه ، تجعل كل منها منوطاً بأمرها وادارتها ، ولذلك لاقت مبادئ 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، إذ ليس في المؤسسات اشخاص يمكن تعيينهم تميماً دقيقاً، لاسناد الملكية المشتركة اليهم - حسب نظرية الملكية المشتركة - كما لا يمكن أن ينتخ 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 الساطة العامة السيطرة على انشاء الاشخاص الاعتبارية وبقائها، ولذلك راجت بصورة خاصة عند فقهاء الحقوق العامة، ولاسيما في الشطر الاخير من القرن التاسع عشر، للملامتها بروح العصر .

ويقول الدكتور مرقس (٢) : « ان نظرية الشخص الحقيقي اكثر انطباقاً على الجمليات، لأن الجمعية ليس عنصرها الاماسي المال، وانما الفرض الذي تألفت لتحقيقه؛ ولأن الاشخاص الذين تألفت منهم ليسوا - دوماً - معينين حتى يمكن ان تسند اليهم ملكية مشتركة، ولأن احتكاك آرائهم ينتج فعلاً رأياً قد يكون مغايراً للرأي 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 اضافة 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^(١) « 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 هذا المال المشترك يمكن حصرهم » .

واما النظرية الاخيرة نظرية الحقيقة القانونية التي يجهلها 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 وادائه لوظائفه ، وهذه النظرية في ذاتها قد تكون عاملا في التخفيف من قسوة كل من النظريتين فاذا ما أخذنا بها استطعنا ان نجتمع بين نحاسن النظريتين المذكورتين .

الا ان صدور قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة المشار اليه قد عاد بنا الى التشريعات المضيقه لانشاء الشخص الاعتباري وتعليق وجوده على ارادة السلطة الى حد ما .



(١) المرجع السابق ص ٢٧٥ .

المبحث الثاني

الحالة المدنية للشخص الاعتباري وخصائصه

ان مفهوم الشخص الاعتباري وطبيعته يجعلان من هذا الشخص كائناً خاصاً يختلف في تكوينه وحياته عن الشخص الطبيعي ، ولكنه مع ذلك يشابهه في كثير من الامور والاحوال ولا سيما 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 ما يلزم 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 بحثونا المقبلة .

وقد تابع القانون المدني في الفقرتين ٣،٢ من المادة ٥٥ مبدءاً لخصائص الرئيسية ، أو على حد تعبير المذكرة الايضاحية « الخصائص الذاتية » ، للشخص الاعتباري في حالته المدنية فقال :

٢ - فيكون له (أي للشخص الاعتباري) :

أ - ذمة مالية مستقلة .

ب - أهلية في الحدود التي يعيها سند أنشائه ، والتي يقررها القانون .

ج - حق التقاضي .

د - موطن مستقل ...

٣ - ويكون له نائب يعبر عن ارادته .

ولا نعتقد ان هذه الخصائص التي اوردها القانون في النص حصرية ومحدودة ، بعد 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 والظهار . ولذلك فاننا نرى قبل أن نبدأ في بحث هذه الفقرات وتفصيلها . ان تتبع في بحث الحالة المدنية للشخص الاعتباري نفس الترتيب الذي اتبعناه في بحث خصائص الشخص الطبيعي وحالته المدنية ، 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 المادة ٣١ من القانون المدني بتأم ولادته حياً ، فان الشخص الاعتباري الذي يختلف في تكوينه عن الشخص الطبيعي يختلف عنه بطبيعة الأمر في ابتدائه وميلاده .

ويفضل كثير من المؤلفين - كما فعل المشرع نفسه في قانوننا المدني - أن يجعلوا بحث بدء الشخصية الاعتبارية متعلقاً ببحث كل نوع من أنواع الأشخاص الاعتبارية المتعددة ، وتابعاً لها ، لان لكل نوع منها وضماً خاصاً ، وشروطاً خاصة به ، مما يجعل تحديد الشخصية مختلفاً باختلاف هذه الأنواع .

وإذا كان هذا المذهب حقيقاً ومتفقاً مع الواقع ، فإننا مع ذلك نسيطيع ان نذكر ثمة مبادئ عامة لتحديد بدء الشخصية الاعتبارية بوجه عام ، مبادئ لا بد من توافرها في كل الاشخاص الاعتبارية ، على ان يكون لكل نوع منها أحكامه الخاصة ، وقواعده المتميزة ، كما منفصل 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 . ولا يكفي لتعتبر مبتدئة أن تتحقق بعض هذه العناصر تبعاً . 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 .

وبما 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 لتم 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 لا ترى التوسع والاطلاق في أبحاث الأشخاص الاعتبارية، دونما رقابة مباشرة وتامة عليها، تشترط لوجود الشخص الاعتباري وبدئه قانوناً — ولا سيما فيما يتعلق بأشخاص الحقوق ذات الفعاليات العامة، ناهيك عن أشخاص الحقوق العامة — وجوب اجازة السلطات أو ترخيصها أو موافقتها، فضلاً 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 يبدأ الحرية في إيجاد الشخص الاعتباري لم تشترط بوجه عام مثل هذا الشرط، وإنما اكتفت لاعتبار الشخص الاعتباري موجوداً قانوناً بمجرد 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 ..، لا يعتبر هو بدء الشخصية الاعتبارية، على الأقل بالنسبة للمؤسسين والأعضاء.

وهكذا مثلاً قد نص قانوننا المدني في المادة ٦٠ فقرة أولى أنه :

« ثبتت 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 مثلاً (المادة ١٨ من القانون البرازيلي) الخ ... وربما يمكن 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 من القانون المدني .

ونستطيع كذلك أن نذكر في التطبيق الشركات - مدنية كانت أم تجارية - والشركات المدنية - تعتبر موجودة ومبتدئة الشخصية الاعتبارية بمجرد تكوينها شريطة أن تكون منشأة بمقد مكتوب (المادتان ٤٧٤ و ٤٧٥ مدني) ومثلها الشركات التجارية (فيما عدا الشركات المساهمة) التي تبدأ شخصيتها الاعتبارية بالمقد المكتوب الذي أوجبه القانون لإثباتها ، وهي ما يطلق 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 ، فإن هذا الأصل قد النفي بقرار رئيس الجمهورية الصادر بالقانون رقم ٩٣ لسنة ٥٨ بما يتفق والقانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ في مصر والذي قضى بإلغاء 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 الإدارية التي تملك إجراء هذا القيد أو رفضه بحيث يكون بدء الشخصية الاعتبارية للجمعية متوقفاً فعلاً على موافقة الإدارة التي من حقها أن تقوم بإجراء 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 مثلاً ، فقد نص قانون التجارة (المواد ١٠٢ وما بعدها) إن مثل هذه الشركات لا تعتبر موجودة ومؤسسة - وبالتالي فإن شخصيتها لا تبدأ - إلا إذا صدر ترخيص بتأسيسها . ويكون هذا الترخيص بمرسوم . بحيث

لا يكون 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 لا مجرد تأسيس الشخص الاعتباري بصك مكتوب ومن اللحظة التي يتم فيها الانشاء ، وانما من تحقق بعض الشروط الرسمية التي ترجع لارادة السلطة أو موافقتها ، وشاملا 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 اتفق ، والتي تستمد شخصيتها من طبيعة وجودها وضرورتها (٢) .

على انه إذا كان الاصل بالنسبة للقانون المدني وأكثر التشريعات الحديثة ان بدء الشخصية للأشخاص الاعتبارية يكون بمجرد انشاء وتنظيم منذ الانشاء وتوقيعه ، فان الاصل كذلك ان كيان الشخص الاعتباري ، وبالتالي ولادته ووجوده ، لا يحتج به قبل الغير - اي تجاه الأشخاص الآخرين غير المؤسسين أو الاعضاء الموقعين - 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 لا يكون للأشخاص الاعتبارية التي لم يتم شهرها أو تسجيلها

(١) راجع المفاومة التشريعية والتشريعات 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

(٢) راجع الدكتور مرقس ، المرجع السابق نبذة ٢٢٤ مكرر ص ٣٤٨ .

وفق القانون وجود خارجي يحتاج به على الغير ، حتى ولو كان لها وجود داخلي بين أعضائها بالنسبة لبعض القوانين ، وذلك حماية لهذا الغير . ويبقى وجود هذه الاشخاص الاعتبارية 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 لمصلحة الغير وحمايته ، فإن ذلك لا يمنع هذا الغير - إذا كانت له مصلحة أو حقوق - ان يحتاج هو بوجود الشخص الاعتباري فعلاً ، ويقبل به ، بل وأن يثبت هذا الوجود بسائر وسائل الاثبات . لأن ما وضع من الاحكام لحماية اشخاص الغير لا يجوز أن يكون سبباً في الاضرار بهم . اما بعد القانون الأخير الصادر بالقرار بقانون رقم ٣٣ المشار اليه فإن أحداً لا يستطيع أن يحتاج بوجود الشخص الاعتباري وبدئه ما لم يكن قد شهر من السلطة الادارية وفق احكام القانون المذكور .

§ ٢ - انتهاء الشخصية الاعتبارية

إذا كانت هناك ثمة فروق ، أو كان هناك بعض الاختلاف في بدء الشخص الاعتباري باختلاف انواع الأشخاص الاعتبارية ، فإن ذلك يكاد يكون أشد وأظهر فيما يتعلق بانتهاء الشخصية الاعتبارية وانقضاء الشخص الاعتباري ، بحيث لا نستطيع 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 ، فإن 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 الاعتباري مادام 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 (١) ، 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 .

وإذا كان العنصر الثاني من مقومات الشخص الاعتباري وجود هدف معين ، أو غرض محدد ، للشخص الاعتباري ، فان زوال هذا الغرض أو الهدف كذلك ، أو فقائه بسبب من الاسباب ، يؤدي الى زوال الشخص وانقضاء الشخصية .

ويمكن أن نمثل على ذلك بالنسبة للشركات ما جاء في قانوننا المدني مثلاً (المادة ٤٩٥) من ان هلاك جميع مال الشركة أو جزء كبير منه بحيث لا يبقى فائدة من استمرارها يؤدي الى انقضاء الشركة وانتهاء شخصيتها .

وأخيراً اذا كان بين مقومات الشخص الاعتباري ضرورة اعتراف القانون

(١) راجع ما سبق ص ١٩٥ .

له بالشخصية الاعتبارية فان زوال هذا الاعتراف ، او مسجه من قبل المشرع ،
ينهي كذلك حياة الشخص الاعتباري كما هي الحالة بوجه عام في اشخاص الحقوق
العامة وكما اوضحت القاعدة اليوم عندنا بعد صدور قانون الجمعيات بالقرار بقانون
رقم ٩٣ السابق الذكر .

في كل هذه الاحوال تنهي 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 ، واردة المشرع بالنسبة لاشخاص الحقوق العامة .
فاتفاق جميع الشركاء في الشركة ، او اكثرتهم في بعضها ، او اتفاق الهيئة
العامة في الجمعية ، او ارادة منشيء المؤسسة أو منشيئها ، الخ ... بحل الشخص
الاعتباري ، يؤدي الى انتهاء الشخصية الاعتبارية ، وقد يكون هذا الاتفاق
مقرراً مقدماً ومن يوم التأسيس عندما ينص صك تأسيس الشخص الاعتباري
على ذلك ويحدد مدة حياته ، 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 لا يتم الاتفاق الارادي بين الجميع على الحل ، وقد يرى واحد فقط
او اكثر من اصحاب المصالح او الحقوق في الشخص الاعتباري القائم ما يسمع
له بوضع حد لحياته وإغائها 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 وغيرها ،

عددًا من النصوص التي تميز 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 لاتنقضي شخصيتها ، والتي تتميز بالدوام والاستمرار مادامت 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 مادامت 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 .

ومها يمكن 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 وكيفية 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 مثلاً المادتين ٦٨ و ٧٨ من القانون المدني فيما يتعلق بالجمعيات والمؤسسات والمدتين 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 الاشخاص 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 كالأشخاص 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 ولا سيما فيما يتعلق بتمتعهم بالحقوق والتزاماتهم بالواجبات ، ولتمييز القانون الواجب التطبيق عليهم في حالة تنازع القوانين من حيث المكان . وربما اختلف الفقهاء إذ ذاك في تحديد هذه الجنسية من شخص لآخر في زمرة الاشخاص الاعتبارية كما سنرى .

(١) راجع نبوية Niboyet مطول الحقوق الدولية الخاصة . الطبعة ١٩٤٧ ، ج ١

نبذة ٦٨ .

(٢) راجع ما سبق ص ٦٣ وما بعدها .

على أن أكثر الفقهاء والمؤلفين المعاصرين ، ومنذ أوائل القرن العشرين اخذوا يجزمون ويؤكدون ان التماثل والتشابه بين الاشخاص الاعتبارية والاشخاص الطبيعيين لا يجب ان يؤدي الى القول بأن لاشخاص 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 كالأشياء والجوامد فلا جنسية لها ، لانها ليست من الافراد او العناصر الاماسية التي تؤلف الدولة .

ويستعرض القائلون بهذا الرأي^(١) انواع الاشخاص الاعتبارية ، وأولها الشركات التي تظهر فيها أهمية الجنسية أكثر 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 لا تضيف 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 تصور دولة مؤلفة من شركات او اشخاص اعتبارية . واذا كان للشركات ، او لبعض الاشخاص الاعتبارية ، ثمرة ارتباط سياسي او حقوق مع الدولة التي تقبلها أو توجد فيها ، فلا يوجب 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 نيبوية Niboyet حيث يؤكد بجزم وجزم ان لاجنسية للاشخاص الاعتبارية ابداً ، وان ذهب الفقهاء الى ذلك في الماضي كان بدافع التشبيه والاستمرار ، ثم عدم الجراءة على مقاومة التيار (راجع مطول الحقوق الدولية الخاصة ، ج ١ نبذة ٧٧ ص ٧٦) وبجاريه 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 رابطه الحقوقه او السياميه التي يراد أن يقال عنها جنسية الشركة، مما يدل في رأي هؤلاء الفقهاء ان هذا الاختلاف الجوهرى في الاسلوب يعنى عدم وجود جنسية حقيقية للشركة (١).

ويضيف اصحاب هذا الرأي قائلين، أما بالنسبة للاشخاص الاعتبارية الاخرى كالجميات والمؤسسات، فان ابتعاد فكرة الجنسية عنها، اظهر واقوى لان نشاط هذه الاشخاص من الناحية المالية اقل كثيراً، فضلاً عن أن اعمالها غالباً ما تكون محصورة ضمن حدود الدولة فلا يهتم بأمر جنسيتها. ويبدو امر اعطاء الجنسية للمؤسسات غربياً جداً لان المؤسسات ليست سوى مجموع أموال لغرض معين، فكيف تكون لها جنسية (٢)؟.

والامر يكون اكثر جزماً بالنسبة للاشخاص الاعتبارية للحقوق العامة وعلى رأسهم الدولة.

ونحسب ان هذا الرأي كان أقرب للواقع بالنسبة للجمعيات والمؤسسات من الرأى القائل بوجود جنسية للشخص الاعتبارى؛ لانه لم يسد ولا سبها بالنسبة للشركات ولذلك فان كثيراً من المؤلفين (٣) بل والكثير من التشريعات ما زالت تذكر بين

(١) نيبويه، المرجع السابق نبذة ٧٧ مكرر ص ٨٧.

(٢) المرجع السابق نبذة ٨٧.

(٣) راجع مثلاً الدكتور شفيق شحانة، 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 المتقدمون هو التأثير كثيراً بالنشابه والقياس بين الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري من جهة كما يمكن التأثير والشعور ببعض الآثار القانونية 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 ^(١) وإن للجمعية أو المؤسسة التي ثبت لها الشخصية الاعتبارية لها جنسية مستقلة عن جنسية الاعضاء المشتركين فيها ^(٢) . كذلك فان قانون التجارة السورية 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 - تحديد 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 لجمهورية 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 - ٨٨ .

(٢) قرار محكمة النقض مؤرخ في ٢٠ ابريل ١٩٥٠ المحاماة ٣١ - ٩٦ - ٥٣ ، مذكور في مرقص ص ٣٤ .

الأسباب التي دعت الكثيرين لتأكيد عدم وجود جنسية عند الأشخاص الاعتبارية .
على أن القانون المدني قد نص في الفقرة ٢ من المادة ١٢ : « أن النظام
القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها
يسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز ادارتها
الرئيسي الفعلي » .

ويعتقد بعض المؤلفين استناداً الى هذا النص^(١)، 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 فإن 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 لا يشك في أن ما استنتج من
وجوب تطبيق قانون الدولة Lex fori التي يوجد فيها المركز الرئيسي لإدارة الشخص
الاعتباري فيما يتعلق بحالته المدنية ، لا يوجب حتماً أن تعطى إلى هذا الشخص
جنسية تلك الدولة استنتاجاً ، وإن كان الغالب كذلك . بل ربما انتهى هذا
القانون نفسه إلى اعطاء الشخص الاعتباري جنسية غير جنسية الدولة التي يطبق
قانونها . وقد نستطيع أن نتصور شخصاً اعتبارياً ، شركة تجارية كبرى مثلاً ،
أو جمعية ما ، تؤسس في بلد من البلاد ، ووفق قانون هذا البلد ، ثم تجعل مركز

(١) راجع مثلاً الدكتور شفيق شحاتة ، محاضرات في النظرية العامة للحق ، المرجع
السابق ص ١٤٥ ، الدكتور سليمان مرقص ، المدخل للعلوم القانونية المرجع السابق ص ٤٣١ ،
الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية الحق ، المرجع 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 ما نصت 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 هذا 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 عدد أعضائها من غير الهيئة الادارية من الأجانب على الربع . ٤ - التي يهيمن عليها أجانب بشكل من الاشكال . وإذا كان هذا القانون قد حرم الجنسية السورية على مثل هذه الجمعيات واعتبرها أجنبية ، إلا أنه لم يحدد جنسيتها بالفعل وبشكل قاطع ، وان يكن يبدو انه اعتبر المركز الرئيسي أساساً من أمس تحديد الجنسية .

أما قانون الجمعيات الجديد الصادر بقرار بالقانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٥٨ ، اثناء قيام الوحدة بين سورية ومصر فقد ألغى قانون الجمعيات السابق الذكر ، ولم يأت بنص مماثل لنص المادة الرابعة منه ، كما لم يذكر حكماً يتعلق بالجنسية ، بحيث بقي أمر تحديد جنسية الجمعية أو المؤسسة عائداً للقضاء وتقديره . غير أن قانون الجمعيات الأخير هذا قد قيد انشاء الجمعيات والمؤسسات لضرورة الموافقة على شهرها من قبل السلطة الادارية المختصة ، بحيث يمكن القول أن الجمعية أو المؤسسة تكتسب الجنسية عندما تؤسس وفق هذا القانون ، ويوافق على شهرها من السلطة الادارية . أما المركز الرئيسي فلا يكفي وحده لتحديد جنسية الجمعية أو المؤسسة وان يكن من المنطقي والمعقول أن تعتبر الجمعيات والمؤسسات التي مركزها الرئيسي خارج أراضي الجمهورية أجنبية في الأصل ، ما لم يكن هناك حكم خاص خلاف ذلك ، خصوصاً وان من شروط شهرها من قبل السلطة أن يكون مركزها في الجمهورية .

وصفوة القول ان تحديد جنسية الشخص الاعتباري بوجه عام غير ممكن

بالنسبة لجميع انواع الاشخاص الاعتبارية بعميار واحد . فقد يختلف هذا التحديد من نوع الى آخر ، وربما يغلب فيه مبدأ الرجوع الى جنسية الدولة التي ينشأ الشخص الاعتباري بموجب قانونها . لا سيما بعد قانون الجمعيات الاخير الذي جعل وجود الشخص الاعتباري معلقاً على موافقة السلطة الادارية المختصة في شهر الشخص الاعتباري وفق القانون المذكور ، وتسجيله في السجل الخاص وبالتالي اكتسابه جنسية الجمهورية السورية .

على ان ذلك لم ينف ولا يفتي دور مركز الادارة الرئيسية او المركز الفعلي للشخص الاعتباري في تحديد جنسيته ، ولا سيما بحسب مبادئ الحقوق الدولية الخاصة ، في حالات تنازع القوانين من حيث المكان . مع العلم ان كل ذلك ما يزال مختلفاً وخاضعاً لاجتهاد القضاء على النحو الذي ذكرناه .

§ ٤ - اسم الشخص الاعتباري

لا بد لسكل 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 قانونا المدني 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 (المادة 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

حقوقه يتمتع بالحقوق التي يتمتع بها الأشخاص الطبيعيون ، ولا سيما من الناحية المالية ، الأمر الذي يوجب تمييز الشخص الاعتباري وتعيينه باسمه ، ليستطيع أن يتمتع فعلاً بهذه الحقوق وينسبها إليه .

على أن الأمر الواضح والفرق الثابت الأكيد بين الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري هو أن هذا الأخير لا يكون له لقب عائلي . لأن اللقب أو الاسم العائلي من الصفات الملازمة للشخص الطبيعي وحده لذلك كان اسم الشخص الاعتباري اعتبارياً مثله ، يوجده مؤسسو الشخص الاعتباري وبطلقونه عليه تقديرًا منهم وبموجب الرغبات والمصالح ، ثم ينتهي هذا الاسم مع انتهاء الشخص الاعتباري .

وإذا كان اسم الشخص الاعتباري إنما يوجد مؤسسو الشخص المذكور ويختارونه بحسب رغباتهم فهل هناك ثمة قيود أو شروط لمثل هذا الاختيار ؟ ليس في نصوص الجمعيات والمؤسسات بحسب أحكام القانون المدني (المواد ٥٦ إلى ٢٨) أي نص أوفيد حول هذا الموضوع ، غير أن قانون الجمعيات السوري رقم ٤٧ السابق الذكر كان اشترط (المادة ١٦) أن لا يكون في اسم الجمعية ما يمس عروبة البلاد وقوميتها ، أو ما رمز إلى غاية تجارية .

أما القانون الأخير الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٣ سنة ١٩٥٧ المذكور ، فإنه اكتفى بأن حرم على أية جمعية أن تتخذ تسمية تدعو إلى اللبس بينها وبين جمعية أخرى تشترك معها في دائرة نشاطها (المادة ٢٠) .

ونحن لو أردنا أن نستخلص من مجمل هذه النصوص الأحكام المتعلقة باسم الشخص الاعتباري لاستطعنا أن نخلص إلى القول أن الشخص الاعتباري لا بد له من اسم يطلقه عليه مؤسسوه حين إيجاده ، ويستمد هذا الاسم غالباً إما من الغاية أو الغرض الذي يوجد من أجله ، أو ربما من أسماء الشخص أو الأشخاص الذين يؤسسونه ، أو من اعتبارات أخرى لا تدخل تحت حصر ، وكل ما يمكن أن يشترط في قبول الاسم أن لا يتضن من المعاني ما يعتبر 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 تعديلاً في نظام الشخص الاعتباري وخاضعاً لجميع أحكام التعديل من شهر وتسجيل وخلافه .

§ ٥ - موطن الشخص الاعتباري

مادام الشخص الاعتباري يتمتع بكيان خاص ، وشخصية حقوقية مستقلة عن الأشخاص الطبيعيين أو العناصر المؤلفة له ، كان لا بد له من موطن خاص به مستقل عن موطن الأشخاص المؤلفين له ، وترتب 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 الإدارة المحلية .»

والموطن - كما فصلناه قبلاً لدى الشخص الطبيعي^(١) - من خصائص الشخصية الحقوقية الهامة التي تحدد هذه الشخصية في مكان معين على وجه الأرض . يسهل معه تحديد علاقات صاحبها وأعماله ويمكن من تطبيق أحكام القانون وتنفيذها عليه ، ولا سيما فيما يتعلق بتبليغه أو إعلانه كل ما يوجب القانون تبليغه أو إعلانه . له من أحكام وقرارات ومذكرات والنحو...

(١) راجع ما سبق ص ١٣١

وإذا كان القانون قد قضى بأن يكون للشخص الاعتباري موطن مستقل، فقد حدد هذا الموطن باعتباره الموطن الأصلي الحقيقي، وبالوقت نفسه الموطن القانوني لهذا الشخص الاعتباري. وقد فرق القانون في ذلك بين الأشخاص الاعتبارية، وبالتخصيص الشركات منها، التي يوجد مركز إدارتها في أراضي الجمهورية، وبين التي يوجد مركزها الرئيسي خارج أراضي الجمهورية، ولكنها لها نشاط فيها.

أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية بوجه عام التي مركزها الرئيسي في أراضي الدولة، فإن موطنها يتمين في المكان الذي يوجد فيه مركز الإدارة. ذلك لأنه لا بد لكل شخص اعتباري من هيئة إدارية تتولى إدارة شؤونه وتصريف أموره وفقاً لنصوص القانون، وهذه الهيئة الإدارية أو هؤلاء المدبرون لا بد لهم من مكان يعتبر مركز نشاط الهيئة، ومحل اجتماعها وممارسة فعاليتها الإدارية فهذا المركز الإداري هو موطن الشخص الاعتباري.

ولقد وضع القانون المدني بهذا النص حداً للخلافات الفقهية والمناقشات الحقوقية التي كانت قائمة حول تحديد موطن الشخص الاعتباري، والتأرجحة بين فكرة مركز الإدارة، وبين محل النشاط الفعلي، وربما قال بعضهم بالتفريق بين مركز الإدارة الاسمي ومركز الإدارة الفعلي.

ومهما يكن الأمر فإن ما قصده القانون من مركز الإدارة هو في اعتقادنا مركز الإدارة الفعلي. ذلك لأنه أشار في النص إلى أن وجود مركز إدارة رئيسي للشركة في الخارج يوجب التمسك بمكان الإدارة المحلية، على اعتبار أنه مركز إدارة فعلي. وتحديد هذا المركز الفعلي للإدارة من الأمور الواقعية التي يقررها القضاء.

والقانون المدني عندما نص على أن يكون للشخص الاعتباري موطن مستقل عن موطن أعضائه، وحدده بمركز الإدارة، لم يمنع من تطبيق المبادئ 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 - الزمة المالية للشخص الاعتباري

لعل خاصة الزمة المالية بين خصائص الشخص الاعتباري من أهم وأبرز هذه الخصائص إلى حد أن القانون المدني قد أشار إليها ونص عليها صراحة ، في حين أنه لم يأت بنص صريح مماثل في الشخص الطبيعي ، وفي حين أن ثمة فقهاء يذهبون إلى أن هذه الزمة المالية تسبق في وجودها الشخص الاعتباري الذي انما جيء به لتبرير وجود هذه الزمة المالية المستقلة^(١) .

والزمة المالية في الشخص الاعتباري ، شأنها في الشخص الطبيعي ، تعني أن لذلك الشخص صفة ذات وجه مالي بحت ، ينظر إليها 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 الأشخاص الذين أوجدوا الشخص الاعتباري أو عن أولئك القائمين عليه ، أو المنتفعين به .

والواقع أن من أهم ميزات ونتائج الشخصية الاعتبارية وأبرز خصائصها أثراً ، خاصة الزمة المالية هذه ، التي تعطي للشخص الاعتباري ثروة ومالية مستقلة تمام الاستقلال عن ثروة ومالية الأشخاص أو الجماعات المكونين لهذا الشخص .

وهكذا ، مثلاً ، في الشركات ، فإن مجرد تأسيس الشركة يجعل رأس مالها

(١) راجع سابقاً ص ١٣١ .

المدفوع من الشركاء أول عناصر الذمة المالية للشركة يضم إليها ما يمكن أن يأتيها من حقوق وأموال أخرى لتؤلف مجموعها العنصر الإيجابي ، 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 لا تترتب الديون على الشركة إلا في ذمتها المالية وحدها دون الذمة المالية والشخصية للشركاء — فيما عدا بعض الاستثناءات في شركات التضامن — ولا يجوز لدائبي الشركة أن يرجعوا إلى أموال الشركاء الشخصية مجتمعين أو منفردين ، (فيما عدا شركات التضامن) لأن استقلال الذمة المالية للشركة يقطع كل صلة مع الذمة المالية والشخصية لكل شريك . وعلى العكس فإن دائبي أحد الشركاء لا يستطيعون أن يرجعوا على الشركة وإن يستوفوا حقوقهم من مالها ولا من حصة الشريك في رأس مالها ، لأن هذا الرأس المال إنما هو ملك الشركة وتابع لذمتها المالية المستقلة عن ذمة الشريك . وقد نص على ذلك القانون المدني السوري في المادة ٤٩٣ إذ قال « إذا كان لأحد الشركاء دائنون شخصيون ، فليس لهم أثناء قيام الشركة أن يتقاضوا حقوقهم مما يخص ذلك الشريك في رأس المال وإنما لهم أن يتقاضوها مما يخصه في الأرباح » ، ذلك لأن ما يخصه من الأرباح جزء من ذمته المالية الشخصية لأنه حق شخصي له ، وليس حقاً أو عنصراً في ذمة الشركة المالية .

ومن النتائج الطبيعية كذلك أن ليس لمديني الشركة أو دائمتها أن يجروا التقاص مع ما لهم وما عليهم تجاه الشريك أو الشركاء منفردين ، لأن الذمم المالية مختلقة 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 إليها في الذمة المالية للشخص الطبيعي (١)

(١) راجع ماسبق ص ١٣٠ الى ١٣٨

§ V - اهلية الشخص الاعتباري

رأينا أن الأهلية بوجه عام^(١) من أبرز الخصائص الحفوقية 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 فقهيأ قام حول مبدأ الاهلية العامة للشخص الاعتباري بنوعها ، 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 أجزاه له القانون وما نص عليه من أهلية سمح له بها^(٢) - معلمين ذلك بأن مبدأ تخصيص الشخص الاعتباري بالفرض الذي انشأ من أجله ، وتقيده في حدود هذا الفرض 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 كاملة إلا ماورد عليها من قيود وحدود بنص الشارع ، مستندين إلى أن هذا الاصل تؤكد النصوص التشريعية التي لاتنص

(١) راجع ماسبق ص ١٣٩ - ١٤١ .

(٢) ويعتبر لوران Laurent اول من قال بهذه النظرية ثم تبعه بعد ذلك كثير من الفقهاء الفرنسيين والطلبان وغيرهم وعلى الاخص الاستاذ تيسيه Tissier في كتابه «المبات والوصايا» حيث دافع عن هذا الرأي دفاعاً مستفيضاً (بنده ٢٦٣) راجع العرض والمناقشة في ميشو وتروتوبا Michoud et Trotabas المرجع السابق ج ٢ ص ١١٩ ومابعدها .

على منح الشخص الاعتباري الاهلية العامة ، وانما تنص على قيود وحدود لهذه
الاهلية ، مما يجب أن يفسر حتماً بأن الاصل وجود الاهلية العامة 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 انرى ماهي حدود أهلية الشخص الاعتباري بوجه عام .

١ - اما بالنسبة لأهلية الوجوب :

فإن الأصل ، كما رأينا (٢) ، ان كل شخص يتمتع في نظر القانون بالقدرة
على التمتع بالحقوق وتحمل الواجبات ، مادامت له الشخصية الحقوقية ، إلى حد حمل
بعض الفقهاء أن يزوجوا بين أهلية الوجوب والشخصية نفسها .

على أن الأمر الهام 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 أنواعه ، فكرة أوجدها واقع الحياة
وضرورتها ، فأقربها الشرائع ، مكرهة أو طائفة ، وحاولت أن تحد من أخطار
هذا الشخص الاعتباري بسبب الخوف من سيطرته ، وذلك بالحد من أهلية
الوجوب عنده ، خلافاً للشخص الطبيعي . فإذا كان الاصل عند الشخص الطبيعي

(١) راجع ميشو وتروتابا ، المرجع السابق ص ١٢٣ ، وقد ايد هذا الرأي عدد كبير
من كبار الفقهاء نذكر منهم اوبري ورو Auhry et Rau ، ليون كان ورنو ، بلانيول ،
كايتان 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، وإن لا تقيد هذه الأهلية في شيء، عدا بعض الاستثناءات النادرة (١)، فإن هذا الأصل رغم افتراضه نظرياً وقبوله حقوقياً، إلا أنه عملياً يكاد يكون معكوساً، بالنسبة للشخص الاعتباري الذي حدثت الشرائع من أهلية الوجوب عنده، منذ أن قبلت فكرته. ولعل هذا التصيق الشديد لأهلية الشخص الاعتباري—سواء للتمتع أو للممارسة—هو الذي حدا ببعض الفقهاء أن يعتبروا—خلاف القانون والحقيقة—أن الشخص الاعتباري لا أهلية له في الأصل، إلا ما يمنحه 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 الإنسان الطبيعي، فضلاً عن عدم تمتعه بالحقوق غير المالية، من عائلية أو سياسية الخ... الملازمة للصفة الطبيعية للإنسان، بحيث حرمت على الشخص الاعتباري أن يملك عقارات وحتى في بعض الأحيان أشياء منقولة إلا ضمن حد معين، يختلف باختلاف أنواع الأشخاص الاعتبارية وأغراضها، وبحيث قيدت هذه الأهلية بحدود أغراض الشخص الاعتباري وبقيود مختلفة أخرى.

وهكذا، فإن القانون المدني (المادة ٥٩) ومن بعده قانون الجمعيات الأخير الصادر بالقرار بقانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٥٨ (المادة ٦)، قد نصا على أنه لا يجوز أن تكون للجمعية حقوق ملكية أو أية حقوق أخرى على عقارات إلا بالقدر الضروري لتحقيق الغرض الذي انشئت من أجله، وهو ما يسمى بالفقه الحديث مبدأ التخصص *Principe de specialité* أو التقيد بالغرض. وقد أضافت المادة ٦ من قانون الجمعيات المذكور أنه: يحظر على الجمعية أن تحتفظ برصيد تقدي زيدي على ثلاثة أمثال المصروفات السنوية للإدارة، إلا باذن من الجهة الإدارية المختصة».

(١) راجع سابق ص ١٣٩-١٤١.

كما قيد نشاطها وكسبها ومالياتها بقيود مختلفة كثيرة . وقد استثنى من هذه القيود الجمعيات ذات النفع العام (المادة ٢٤ من قانون الجمعيات) أو ما هو 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 ما تحتاجه لتحقيق غايتها ، شرط أن تحصل على موافقة الوزارة . (المادة ١٥) الخ ...

وفي كل هذه الحالات ، أو بعبارة أعم ، عند جميع الأشخاص الاعتبارية ذات الصفة الخاصة والتي تكون ذات أهمية مالية أو اجتماعية كبيرة ، فإن المشرع ، كما رأينا ، قد حدد من أهليتها هذه خوفاً من سيطرتها أو هيمنتها الاقتصادية أو الاجتماعية ، ويكون هذا التحديد غالباً في أمرين هامين الأول الحد من أهلية الشخص الاعتباري بتقبل الهبات والتبرعات والوصايا . والثاني بمنع 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 يقرها القانون .

٢ - اما بالنسبة لأهلية الوداء أو الممارسة

وهي القائمة على قدرة الشخص على اجراء التصرفات وممارسة الحقوق ، فان أمرها كذلك يختلف عند الشخص الاعتباري عنه عند الشخص الطبيعي ، وان يمكن الاصل فيها أن الشخص الاعتباري أهل مبدئياً لاجراء جميع التصرفات ، وسبب ذلك : أ - لان طبيعة الشخص الاعتباري وتكوينه يفرض أن يكون

هذا الشخص الاعتباري بذاته غير قادر أصلاً على القيام بالأعمال والتصرفات إلا عن طريق نائب أو ممثل عنه . ب - لأن مبدأ التخصص المشار إليه ، والقائم على التقيد بالغرض الذي من أجله أنشئ الشخص الاعتباري يوجب ، مع تقييد أهلية الوجوب ، تقييد أهلية الأداء تبعاً لذلك . ولهذا فإن بحث أهلية الأداء عند الشخص الاعتباري يقتضي أن نبحث - بعد 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 لإجراء جميع التصرفات وممارسة الأعمال الحقوقية ، وبصورة أوضح لإجراء العقود على اختلاف أنواعها ، فإن لهذا الأصل قيوداً وحدوداً نص عليها القانون ، وحدد فيها من أهلية الشخص الاعتباري بحسب نوعه وغرضه ، وهي تختلف من شخص اعتباري إلى آخر .

فيينا أن الدولة كشخص اعتباري عام له السلطان الذي ليس فوقه سلطان، وله من الأغراض والأهداف ما يمكن أن يشمل كل نواحي الحياة ، ومصصلحة الجميع ، بحيث تستطيع الدولة مبدئياً أن تجري بواسطة ممثلها كل أنواع التصرفات ، إذ ليس في التشريع ما يحدد من أهليتها ، فإن الهيئات أو الجمعيات الدينية ، أو النقابية مثلاً ، 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 نافذة نفعاً محضاً ، وبين هاتين الحالتين للأهلية المطلقة والمقيدة أحكام وسط يحددها ما جاء 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 ، فإن هذا المبدأ يكاد يكون من أهم الحجج وأقواها في تقييد أهلية الشخص الاعتباري وتحديد قدرته على إجراء التصرفات والعقود بالنسبة للقائمين بذلك كما رأينا . 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 هذه الأشخاص لقبول العقود والتصرفات ولو كانت نافعة نفعاً محضاً ، مادامت غير داخلة في هدفها وغرضها . فلا تستطيع النقابة مثلا أن تقبل هبات بمبالغ طائلة أو لمعمل تقوم على إدارته ، وبشكل عام مال مخصص لغير الغاية أو الغرض الذي أنشئ الشخص الاعتباري من أجله .

ولقد بالغ أصحاب نظرية الفرض القانوني في طبيعة الشخص الاعتباري بالتمسك بهذا المبدأ إلى حد إنكار الأهلية لهذا الشخص أصلاً كما ذكرنا ، معتبرين أن هذا الشخص مادام افتراضاً قانونياً لغرض معين ، فإن هذا الافتراض يزول حين يزول الفرض أو يتبدل ، وبالتالي فإن الشخص الاعتباري غير أهل 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 الفرض الذي أنشئ من أجله ، باطلة في ذاتها .

على أن هذا الرأي — جملة وتفصيلاً — 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 بالفرض الذي أنشئ من أجله ، ولكن دون أن يؤدي ذلك إلى اعتباره غير أهل مطلقاً لاجراء التصرفات غير الداخلة في غرضه ودون

أن تعتبر حتماً مثل هذه التصرفات باطلة أصلاً^(١) .

وإذا كنا نستطيع أن نمثل اختلاف الرأيين ، الأول القائل بعدم الأهلية وبتلان التصرف أصلاً ، والثاني القائل بجواز إجراء التصرف وعدم بطلانه ، باختلاف الوضع عند الشخص الطبيعي في حالة السن ، فإن مثل هذا التمثيل ينتهي بنا إلى تشبيه الشخص الاعتباري بحسب الرأي الأول بالصبي غير المميز في كل تصرف يخرج عن غرض انشائه ، وإلى تشبيهه بحسب الرأي الثاني ، بالصبي المميز بحيث لا يكون التصرف باطلاً من أساسه وإنما يكون قابلاً للإبطال بحسب الأحوال^(١) .

والحقيقة ان مبدأ التخصص هذا يقيد أهلية الوجوب كما يقيد أهلية الأداء عند الشخص الاعتباري . ومتى كانت أهلية الوجوب عنده مقيدة ومحدودة ، فمن الطبيعي أن لا يكون قادراً على ممارسة أمور ، أو إجراء تصرفات هو في الأصل لا يمكن 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 التي يعينها سند الانشاء ، أي تماماً مبدأ التخصص المشار إليه ، والمقرر بالسند الذي أنشئ فيه الشخص الاعتباري . والثاني الحدود التي يقررها المشرع ليقيد بها أهلية الشخص الاعتباري نفسه . وإذا لم يكن هذا النص صريحاً في تفضيل أحد المذهبين ، والأخذ بواحد منها دون الآخر ، إلا أننا نعتقد أنه من المرجح في رأينا أن نعتبر التصرف فيما يتجاوز الحدود المسمونة بسند الانشاء أو المقررة في القانون

(١) راجع مناقشة ذلك وتفصيل هذا الرأي في ميشو وتروتوبا ، المرجع السابق

غير باطل في ذاته ، ما لم يكن هناك نص خاص على هذا البطلان ، وإنما يكون قابلاً للابطال من أصحاب المصلحة أو السلطة الادارية صاحبة الرقابة ، لان مثل هذا البطلان لا يصح أن يستنتج استنتاجاً مع خلو النص منه ، ومع امكان اجرائه فعلاً دون مانع ظاهر .

ولكن من الذي يقوم بهذه التصرفات باسم الشخص الاعتباري ومن الذي يوضح إرادته وبين عنها ؟ من الذي يوجب أو يقبل فير بط الشخص الاعتباري بنتائج إرادته ؟ هذا ما يدعوننا 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 يعبر عن إرادته » . فمن هو هذا النائب الذي يعبر عن إرادة الشخص الاعتباري وما هي طبيعته الحقوقية ثم ما هي صلاحياته ومداهها ؟

في الحقيقة ان الشخص الاعتباري (مهما اختلفت النظريات المتعلقة بطبيعته الحقوقية التي عللت وجوده وحقيقته) ليست له ارادة مادية حقيقية مباشرة ، إلا عن طريق شخص أو أشخاص 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 والكلام باسمه . وبما لاخلاف فيه أن المقصود هنا 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 هذه

النظريات يبدو كبير الأثر من الناحية العملية ونتائج التطبيقية في تعيين هذا الممثل وتحديد طبيعته الحقوقية وصفته التمثيلية .

فيذهب أصحاب نظرية الفرض القانوني — وأكثرم من الفقهاء الفرنسيين — تمثيلاً مع مفهوم نظريتهم ومدلوها ، إلى ان نائب الشخص الاعتباري سواء أ كان شخصاً واحداً أو أكثر هو تماماً بمثابة الوكيل بالنسبة للشخص الطبيعي ، أو هو على أبعاد حد بمثابة الممثل القانوني أشبه بالوصي على القاصر ، أو بالقيم على الجنون . 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 الأشخاص الطبيعيون الذين يمثلون الشخص الاعتباري ويتكلمون باسمه لا تختلف علاقتهم عن علاقة الوكيل أو الممثل القانوني عند الشخص الطبيعي .

ولقد انتقد هذا الرأي ، ولا سيما من الفقهاء الألمان ، انتقاداً قوياً ، وأكده المنتقدون أن فكرة الوكالة بين النائب والشخص الاعتباري في تمثيله مردودة شكلاً ، لأن الوكالة بذاتها عقد يوجب التقاء وتبادل إرادتين ، إرادة 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 . أما قبل وجود الممثل فلا إرادة للشخص الاعتباري أبداً ^(١) . وحتى إذا افترضنا أن الهيئة العامة هي التي تعين أو تنتخب المديرين أو الممثلين ، فإن هذه الهيئة العامة تعتبر بذاتها ممثلاً للشخص الاعتباري أو بحكم الممثل ، لأنها ليست هي كل الشخص الاعتباري ^(٢) .

أما فكرة الشخص القانوني *représentation légale* ، فإنها أقرب للقبول ، لأن التمثيل القانوني لا يوجب سبق الإرادة والاتفاق بين الوكيل والموكل كما في

(١) راجع ميشو وتروتابا ، 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 ممثلها .

ومع ذلك فإن هذا الرأي كذلك قد انتقد من الفقهاء الألمان ، لأن التمثيل بهذا المعنى ينتهي أيضاً إلى اعتبار وجود شخصين مستقلين هما الشخص الاعتباري من جهة والممثل من جهة أخرى ، في حين أن الفقهاء المذكورين — وهم غالباً أصحاب نظرية الوجود الواقعي — يؤكدون أن الممثل ليس إلا عنصراً أو جزءاً من الشخص الاعتباري نفسه ، لا شخصاً آخر ممثلاً له ومستقلاً عنه . ولذلك فإنهم 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 الإداري في الشخص الاعتباري Organe . ويعتبر ممثلاً أو عضواً إدارياً في الشخص الاعتباري كل هيئة أو شخص أو أشخاص يتمتعون بحسب مند انشاء الشخص الاعتباري ، أو بحكم القانون بسلطه التقرير والتنفيذ سواء كان هذا العضو هيئة عامه أو مجلس إدارة أو مديرين متعددين أو مديراً واحداً .

وفي الشركة المساهمة مثلاً تكون الهيئة العامه للمساهمين بمجموعها جهازاً إدارياً ممثلاً للشركة مهمتها تقرير الأمسس والامور الرئيسية ، ويكون مجلس الإدارة عضواً ممثلاً مهمته تنفيذ ما تقرره الهيئة العامه وإدارة الاعمال ، وأخيراً يكون رئيس هذا المجلس — في بعض الحالات — هو الذي يمثل الشركة أو شخصها الاعتباري في الماملات . وقد مثل ذلك بالنسبة للجمعيات . أما في المؤسسات ، فإن الشخص الطبيعي الذي ينص مند انشاء المؤسسة على أن يمثلها يعتبر العضو التنفيذي لها وجزءاً من كيانه ، ولا يؤثر في صفته هذه إمكان تبدل هذا الشخص وتغييره .

وقد لاقت هذه النظرية رواجاً وقبولاً 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 الاعتباري والتكلم باسمه ، وإجراء التصرفات الخاصة به تماماً كما يجريها الأشخاص الطبيعيون بالنسبة لهم . ويترب على هذه النتيجة أمور هامة ، إذ لا تشمل 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 باسمه ، وأن يتحمل نتائجها فيما عدا العقوبة الجسدية (٢) كما يمكن أن يسأل عن سوء النية وحسنها الخ . . . مما يصعب تصوره في حالة الوكالة أو التمثيل القانوني العادي .

على أن ثمة فقهاء قد انتقدوا هذه النظرية أيضاً أمثال دوكي Duguit (٣) معتقدين أنها غير مقبولة واقمياً لأن التمثيل الذاتي هذا يتناقض مع الامكان الواقعي ، مادام الشخص الاعتباري لا يستطيع 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 لا يحتاج إلى إرادة ،

(١) راجع تحليل هذه النظرية وقيمتها في ميشو وتروتوبا ، 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 .

ونمتقد 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 لا تعتبر 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 التبدل دون أن يؤثر على النتائج .

وفيما عدا ذلك فان النظرية كما ذكرنا تبدو أكثر انطباقاً على الواقع والمصلحة من النظريات الأخرى ، ويبدو أثرها وأهميتها في حق التقاضي والمثول أمام القضاء .

٤ - حق التقاضي والمثول أمام 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 لا يبقى له أية قيمة فعلية ، ولذلك لا يشك أحد في الحق المذكور ، بل لعله ليست هناك ثمة حاجة أو ضرورة لأن تفرد له بحثاً مستقلاً لولا أن نكران الشخص الاعتباري في القديم جعل البعض يظنون ان الشخص الطبيعي وحده هو الذي يستطيع أن يمثل أمام القضاء .

(١) المرجع السابق بنذة 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 الأصل هو أن الشخص الاعتباري
يملك ممارسة كل الدعاوي والحقوق التي لا يمنعه القانون من ممارستها أو التمتع بها .
فالشخص الاعتباري إذن يستطيع أن يكون مدعياً ومدعى عليه ومتدخلاً أمام
جميع المحاكم وبنفس الوضع والحكم للأشخاص الطبيعيين ، فيما عدا الحقوق والدعاوي
التي تلازم صفة الإنسان كشخص طبيعي لا يمكن للشخص الاعتباري أن يتمتع
بها ، كدعاوي الأحوال 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 وإن الدعوى لا تقبل إلا من صاحب المصلحة . فقالوا إن الأصل إن 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 الأفراد مع مصلحة
الشخص الاعتباري نفسه .

ويعتقد الاستاذان ميشو وتروتابا^(١) أن 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 لا يقتصر 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 والمشارك 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 الأخرى ، على قبول هذه الأشخاص الاعتبارية ، ولاسيما النقابات المهنية ، في حقها بالتقاضي باسم أعضائها أو إضافة إلى المنتسبين إليها ، وبصورة خاصة عند المطالبة في أمور عامة يعود نفعها ، أو دفع ضررها على جميعهم أو بعضهم ، أو تؤلف مبدئاً عاماً بالنسبة للشخص الاعتباري وأعضائه (١).

وإذا كان كل من التشريع والفقه والقضاء في عصرنا الحاضر لا يشك مطلقاً في حق الشخص الاعتباري بالتقاضي بنفس الدرجة والأسباب التي يتمتع بها الشخص الطبيعي فإن ثمة خلافاً حول مدى حق الشخص الاعتباري في الاقرار وحلف اليمين .

أما الاقرار ، فإن بعض الفقهاء ذهب إلى أن ممثل الشخص الاعتباري لا يمكنه 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 المقيّد بما هو في مصلحة الموكل وهذا ما يتصل بالنظرية الأولى من نظريات طبيعة ممثل الشخص الاعتباري الحقوقية التي لم تعد اليوم مقبولة . أما بحسب النظرية الأخيرة ، فإن اعتبار النائب ممثلاً ذاتياً وعضواً إرادياً Organe كما ذكرنا . يجعل إقراره ملازماً للشخص الاعتباري

(١) المرجع السابق ص ٢٠٦-٢٠٧

(٢) راجع مثلاً : اورونزو كورتا ، في هامش ميشو وتروتوبا ، المرجع السابق ج ٢

ص ٢٠٦ هامش (١) .

كما يلزم الشخص الطبيعي باقراره . على أن ثمة قيوداً طبيعياً لقبول الاقرار من ممثل الشخص الاعتباري والزام هذا الأخير به ، هو ان لا يتناول الاعتراف أو الاقرار إلا حقاً منازعاً فيه ، يمكن التنازل عنه أو التصرف فيه ، وبلاستناد إلى ذلك فان ممثلي الجمعيات أو المؤسسات لا يحق لهم الاعتراف بحقوق لا يملك الشخص الاعتباري التصرف فيها إلا باذن خاص أو باصول خاصة^(١) . وهذا ما يوضح سبب عدم قبول إقرار بعض ممثلي الحقوق العامة التي قيد 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 لا يميز الذين قالوا بنظرية الفرض القانوني ، أو بنظرية التمثيل الاتفاقي أو القانوني ، توجيه اليمين إلى ممثل الشخص الاعتباري ، كما لا يجوز أن توجه إلى الوكيل أو الوصي بالنسبة للشخص الطبيعي ، إلا إذا كان ذلك من أجل عمل شخصي يتعلق بالممثل ، وكان هذا الممثل طرفاً شخصياً في النزاع ، وعلى أن لا تؤثر نتائج اليمين إلا على الممثل وحده .

ويذهب البعض الآخر إلى إمكان توجيه اليمين إلى 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^(٢) .

على أن أصحاب الرأي القائل باعتبار الممثل عضواً ادارياً وجزءاً من الشخص

(١) المرجع السابق ص ٢٠٦-٢٠٧

(٢) راجع دوموك ، الالتزامات ج ٧ نبذة ٥٦٠-٥٩١ ، ميشو وتروتانا ، المرجع

السابق ج ٢ نبذة ٢٦٦ ص ٢٠٧ .

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 توجهه للمثل عن الشخص الاعتباري ، لاسيما حين يكون مالكا لحق المصلحة . 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 ما يختلف فيه ممثل الشخص الاعتباري عن ممثل الشخص الطبيعي .

★ ★ ★

(١) راجع تفصيل هذا الرأي في ميشو تروتوبا المرجع السابق ج ٢ ص ٢٠٨ .

المبحث الثالث

أنواع الشخص الاعتباري

الأشخاص الاعتبارية كما تبين من البحوث السابقة ليست نوعاً واحداً ، وإذا كانت الأحكام العامة والمبادئ المختلفة التي أشرنا إليها في مفهوم الشخص الاعتباري وطبيعته وحالته المدنية قد تنطبق في الأصل على جميع الأشخاص الاعتبارية أو أكثرها ، إلا أن ثمة اختلافات في هذا التطبيق لا بد من ملاحظتها بين نوع وآخر من الأشخاص الاعتبارية المختلفة ، إلى جانب الأحكام الخاصة التي يختص بها كل نوع من هذه الأنواع .

والأمر الذي لا بد من بحثه أولاً هو التفريق بين الأشخاص الاعتبارية للحقوق العامة ، والأشخاص الاعتبارية للحقوق الخاصة ، لذلك فسندكر في فصل أول مبادئ هذا التفريق وأحكامه وفائدته . ثم نستعرض في فصل ثانٍ أنواع الأشخاص الاعتبارية للحقوق الخاصة بإيجاز واختصار .

الفصل الأول

التفريق بين الأشخاص الاعتبارية للحقوق العامة والحقوق الخاصة

يؤكد المؤلفون والفقهاء في كثير من البلاد ان من المهم التمييز بين الأشخاص الاعتبارية للحقوق العامة ، والأشخاص الاعتبارية للحقوق الخاصة ، لا من الناحية العالمية 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 الابيطالي في مزيج موريس هوريو Melanges Maurice Hauriou ، باريس ١٩٢٩ ص ٧٦٥ ومابعدها .

فإن تعريف المؤسسات العامة ، وتبعية آخر الأشخاص الاعتبارية للحقوق العامة ،
يوجب تطبيق المبادئ القانونية ذات العلاقة بالإدارة العامة . وإذا اختلفت
التشريعات المتعلقة بأشخاص الحقوق العامة من دولة الى أخرى ، فإنا مع ذلك نجد
أن هناك دوماً بينها ثمة عناصر مشتركة ، يسودها طابع مستوحى من الضرورات
التي تفرضها الإدارات العامة في كل بلد متمدن^(١) .

وإئن كان بحث الأشخاص الاعتبارية للحقوق العامة إنما يعود في الاصل
الى مباحث الحقوق العامة والإدارية ، ولا يدخل في صميم الحقوق الخاصة
والمدنية ، الا أن التفريق بين الزمرتين ، يوجب علينا أن نوجز هنا أهم
المبادئ التي تتميز بها أشخاص الحقوق العامة ، لاسيما بعد أن تعرضت الى ذلك
المادة ٤٥ من القانون المدني في متنها ، معددة جميع الأشخاص الاعتبارية ،
العامة منها والخاصة .

وعلىنا أن نشير منذ الآن الى أن الاختلاف كبير جداً بين الفقهاء في
تحديد الأشخاص الاعتبارية التابعة للحقوق العامة ، والعناصر المميزة لهذا
التحديد . ويكاد يذهب أكبر فقهاء الحقوق العامة الفرنسيين^(٢) الى وجوب
تقييد هذه الصفة في الأشخاص الاعتبارية ، فيجملون الاصل في هذه الأشخاص
تأبماً للحقوق الخاصة ، الا ما تأكد أنه قد استجمع العناصر التي تدخلها حظيرة
الحقوق العامة . ولعل هذا ما أرادتته المادة ٤٥ من قانوننا المدني حين عدت
جميع أنواع الأشخاص الاعتبارية مبتدئة بأشخاص الحقوق العامة اولاً ثم معددة
الانواع الباقية .

(١) المرجع السابق .

(٢) راجع جيه ز jéze ، مبادئ الحقوق الادارية ، ص ٢٤٧ وما بعدها ؛ دوكي
Duguít المرجع السابق ج ٢ ص ٥٤ وما بعدها ؛ هوريو M- Hauriou ، الوجيز في
الحقوق الادارية ١٩٢١ ص ٢٠٣ وما بعدها ؛ ميشوتروتا . المرجع السابق ج ١ ص ٣٦٠
وما بعدها الخ ...

أما تلك العناصر التي يجب أن تتوفر في الشخص الاعتباري ليعتبر من اشخاص الحقوق العامة ، فهي أولاً ان يقوم بأداء خدمة عامة . والخدمة العامة service public في رأي هوريو خدمة فنية (عدا القضاء والتشريع) متصلة ومنظمة تقدم الى المواطنين لسد حاجة عامة ومتصلة بالنظام العام (١) . فلا يجب أن يكون له ، في رأي هوريو ، أي غاية نفعية او هدف في الربح . كما يجب فوق ذلك أن يكون الشخص مرتبطاً في اعماله بالادارة العامة ؛ ويخضع ذلك لتقدير القضاء . ويضيف هوريو الى جميع 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 ، ويمولون في المؤسسة او يمثلونها بهذه الصفة ، وسواء في ماليتها التي تتصل بصندوق الدولة وخزيتها ، اي يجب أن يجتمع هذان الأمران معاً مادام ليس هناك نص صريح بالاعتراف بالمؤسسة صراحة بأنها مؤسسة عامة (٢) .

ولعل المشرع عندنا في المادة ٥٤ من القانون المدني قد ذهب في ذلك مذهباً خاصاً حين تعمد في هذا النص تحديد وتعيين من يعتبر شخصاً اعتبارياً عاماً

- (١) الوجيز في الحقوق الادارية ، المرجع السابق ص ٢٥ وما بعدها .
(٢) على أن بعض المؤلفين لا يرى هذا التشدد في الشروط لاعتبار المؤسسة (وشخصيتها الاعتبارية) ذات صفة عامة . ويرون ان -صرها بالمؤسسة التي تغذي الدولة خزيتها او تقدم لها الاموال لتحقق هدفها ، والتي يقوم على ادارتها بالوقت ذاته اشخاص موظفون من قبل الدولة ، تضييق لا يتفق مع الواقع ، فيشو وتروتوبا مثلاً (المرجع السابق ص ، ٢٢٠ - 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 تتال اعانات كبرى من الدولة ولكن صفتها تبقى خاصة كبعث المدارس والارساليات ؛ ولذلك كان المعيار المقترح غير صحيح . ويضيفان الى انه يجب ان نعتبر كعيار 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 ولا سيما بالنسبة للانتخابات .

وتابعاً للحقوق العامة . اذا اعتبر في الفقرة الاولى من هذه 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 العامة » في حين القانون المصري استعمل تعبير « الادارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة » ، وكلاهما اراد ترجمة التعبير الفرنسي *établissement public* . بحيث يمكن القول ان القانونين قد قيدها بهذه الفقرة الشخص الاعتباري للحقوق العامة بالمؤسسات والمنشآت العامة من ادارات ومصالح مختلفة يمنحها المشرع هذه الصفة . فاذا اعتبرت هذه الفقرة استرازية وحصريه في تعداد الاشخاص الاعتبارية للحقوق العامة — وهو مانفقده ونفضله — فان ذلك يعني أن اشخاص الحقوق العامة بحسب هذا 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 العامة *établissement public* (ويدخل فيها جميع دوائر الدولة وأجهزتها المنشأة فيها والمرتبطة مباشرة بالادارة سواء كانت تتمتع باستقلال مالي او اداري كبلديات الجامعة والمصرف المركزي الخ . . . او لم تكن) قلنا عرفت الى جانبها مؤسسة أخرى سميت بالمؤسسة ذات النفع العام *d'utilité publique* ؛ ويقصدون بذلك الجمعيات والمؤسسات التي قد ينشئها الافراد — اي لانتشئها الدولة مباشرة وتربطها بها كالمؤسسات العامة السابقة — غير انها تحقق اعمالاً ومشاريع يمكن أن تتصل بخدمة او بمصلحة ذات نفع عام ، وان لم تدخلها الحكومة في اختصاصاتها العامة وأعمالها الحكومية ، وربما أشرفت على تنظيمها ، وأمدتها بالمال او ضمنتها من الخسائر . . .) كمؤسسات المواصلات والنقل وأهمها السكك الحديدية او جمعيات جر المياه وتوزيعها في المدن . او غرف المهن الحرة ،

الزراعة والتجارة والصناعة . . . اذا لم يصدر قانون يمتبرها مؤسسات عامة او يربطها بالدولة كما حدث عندنا مؤخراً) .

ويعتقد بمض المؤلفين في الحقوق الادارية عندنا (١) « ان مثل هذا التدخل او التشابه بين المؤسسات العامة وبين مؤسسات الحقوق الخاصة ذات النفع العام لم يقع في سورية ، لأن الطريقة الوحيدة لاجداث المؤسسات العامة هي القانون والقانون يكشف بوضوح عن وجه المؤسسة العامة الحديثة وعملها الاداري وشخصيتها المستقلة ، ثم رقابة الدولة عليها . 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 العامة كما كان يترجم النص الفرنسي ، لم تكن مجهولة في سورية ولبنان ، 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 شوري الدولة ، آخذاً ذلك عن قانون الجمعيات الفرنسي الصادر في اول تموز ١٩٠١ . ونعتقد أن ثمة تطبيقات لهذا النص قد تمت في سورية ، كما في المؤسسة المعروفة ببلجنة مياه عين الفيحة بدمشق ، وكما في شركة خطوط شام حماه وتمديداتها (٢) .

وهكذا يكون القانون والتطبيق في سورية قد عرف انواعاً من الاشخاص الاعتبارية التي يصح أن تسمى تماماً بالمؤسسات الخاصة ذات النفع العام باعتراف الدولة ومصادقتها على ذلك .

(١) راجع الدكتور مصطفى البارودي ، الوجيز في الحقوق الادارية ، الطبعة الثالثة ١٩٥٦ ص ٣١٩ .

(٢) راجع صكوك هاتين المؤسساتين ونظامهما .

ثم جاء القانون المدني عام ١٩٤٩ (المادة ٨١) وقانون الجمعيات رقم ٤٧ وتاريخ ١٢/٩/١٩٥٣ (الفصل الثامن) فنصا كذلك على أنه يجوز أن تعتبر جمعية أو مؤسسة ما يقصد بها ، تحقيق مصلحة عامة ، « هيئة تقوم بمصلحة عامة » 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 خيراً أو تعليمياً أو للقيام بحوث 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 ، ويماد اعتبار الجمعيه آنئذ جمعيه عادية (المادة ٥٥ فقرة ٣) .

ولم يخرج قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٥٨ السابق الذكر والذي انقضى أحكام القانون المدني وقانون الجمعيات رقم ١٧ لعام ١٩٥٣ ، 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 الأخرى كاستثناءها من قيود الأهلية المتعلقة بتملك الاموال والمقارات ، 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 المختصة بنزع الملكية (أي الاستملاك) للمنفعة العامة التي تقوم بها الجمعية
(المادتان ٤٢ و ٤٣) .

وبالوقت ذاته فقد فرض عليها رقابة أشد ، وتدخلأ 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 وحق
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 مؤقت 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 عدت 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 ، فمندئذ نعود الى الصعوبة السابقة والى الخلاف الفقهي والحقوقى القائم حول هذا الاعتبار .

ونعتقد أن المعيار الأفضل في مثل هذه الحالة - إذا ما أخذنا بالتفسير

راجع كاييتان Caqitant ، المدخل لدراسة الحقوق المدنية ، الطبعة الخامسة نبذة ١٦٧ ؛ كولان وكاييتان الحقوق المدنية ج ١ الطبعة السابعة نبذة ٦٤٦ : بلانيول وريبير 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 الأولى من المادة ٥٤ - أن ينظر إلى مدى تدخل السلطة فعلياً وعملياً في الجمعية ذات النفع العام ، وحدود سلطتها الفعلي عندما يكون غرض الجمعية يتناول مباشرة خدمة أو مصلحة عامة من مصالح الدولة ؛ وينظر كذلك إلى الناحية المالية في الجمعية أو المؤسسة سواء في أصل المال أو في مرده وإلى من سيؤول ، فإذا كانت الدولة هي التي تشرف مباشرة على إدارة المؤسسة ، وهي التي تستفيد من نتائج أعمالها ومالياتها ، فيفضل عندئذ اعتبارها شخصاً اعتبارياً عاماً ، وإلا فإن الصفة الخاصة تبقى هي الغالبة والواجبة الاحترام .

وإذا رجعنا الآن بعد هذا البحث العام في التفريق بين المؤسسات العامة ، والمؤسسات أو الأشخاص الاعتبارية ذات النفع العام ، إلى تعداد أشخاص الحقوق العامة وفق تشريعنا وعلى الأخص الفقرة الأولى للمادة ٥٤ من القانون المدني ، نجد أنه يوجد تحت هذا النص نوعان من الأشخاص الاعتبارية للحقوق العامة ، النوع الأول قاصر على الدولة والمحافظات والبلديات والنوع الثاني يشمل كل المؤسسات والمنشآت العامة مما يعتبر بحسب القانون الإداري أو القانون العام مؤسسة عامة ، أو مما يعطها القانون هذه الصفة .

فالدولة ، والمحافظات ، والبلديات ، تتمتع بالشخصية الاعتبارية العامة من نفسها ومن غير حاجة إلى أن يمنحها القانون هذه الشخصية خلافاً للمؤسسات والمنشآت العامة ، اللهم إلا إذا اعتبرنا هذا النص الوارد في الفقرة الأولى من المادة ٥٤ المذكورة يعتبر هو الذي منحها هذه الشخصية صراحة .

على أن هذه التعابير ليست واحدة بين القانونين المصري والسوري . فقد جاء في النص المصري بدل المحافظات والبلديات ، المديرية والمدن والقرى . ونعل السبب في ذلك هو اختلاف التقسيمات الإدارية وتنظيماتها ، واختلاف المصطلحات كذلك . ولكن الذي يستحق البحث والإشارة في كل من النصين هو العبارة التي جاءت بعد تعداد هذه الأشخاص الإدارية ، 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 للمدريات والمدن والقرى حسب القانون الإداري في مصر ، فيبدو أن لا عمل عملي لها في النص السوري وربما كانت أدعى للتشويش منها للتفصيل والايضاح . ذلك لأن الدولة منذ أقدم العصور وحتى بالنص المصري لهذه المادة ، لا مجال لتقييدها بالشروط التي يحددها القانون لتعتبر شخصاً حقوقياً^(١) فهي لا تكون 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 ، فإن شخصيتها الاعتبارية من الناحية المدنية تبقى قائمة وصحيحة . وإذا قيل أن هذا ربما كان موضع جدل وخلاف في بعض الأحيان ، فاننا لانتقد أن القانون المدني في هذا النص قد أراد أن يعتبر الدولة غير ذات شخصية معنوية إذا طرأ على حكمها وسلطانها طارئ ، 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 لا يميز ذلك .

ونستطيع أن نقول نفس القول بالنسبة للمحافظات والبلديات . لان المحافظات أو البلديات إما أن تكون موجودة بحسب القانون الإداري أو لا تكون . 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 لا حاجة له ولا مثيل له في سورية .

(١) راجع ميشو وتروتوبا ، 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 يقيد هذا بنص عام كهذا القيد إلا من حيث التملك، وهو ما يتعلق بحالة الشخص الاعتباري وآثاره وهو ما بحثناه في البحث السابق. ومما يكن الأمر فإن هذا القيد لا يبدل 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 ٤٥ تعتبر قد وردت على سبيل الحصر، أم أنها وردت على سبيل المثال، وإنه يمكن اعتبار أنواع أخرى غير المذكورة أو الممدة 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 واحترافي، لا يمكن التوسع فيه أو القياس عليه. وذلك: أ — لأن المادة ٤٥ ذكرت صراحة في مطلعها ومنتهائها ما يستفاد منه هذا الحصر، فابتدأت بالقول أن الأشخاص الاعتبارية هي... ثم عدت بفقرات متتابعة هذه الأشخاص الاعتبارية المختلفة ثم ذكرت في الفقرة الأخيرة إمكان إيجاد أشخاص اعتبارية غير الممدة في فقراتها ولكن بتدخل الشارع ونصه، بمعنى أنه لا يمكن الاعتراف على صور أخرى للشخصية الاعتبارية، غير الممدودة سابقاً، إلا بقانون جديد. ب — لأن الصور الممدة في الفقرة.

(١) راجع الدكتور مصطفى البارودي، الوجيز في الحقوق الادارية، الطبعة الثالثة، ص.

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 اوجدت الحياة العامة في المستقبل انواعاً جديدة او صوراً للاشخاص الاعتبارية العامة - لاعتبر مؤسسات أو منشآت عامة بوجه عام وهو ما يعمد تصوره - فان هذا النص الحاضر لا يشملها 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 واحترافياً .

وبالنظر لان اشخاص الحقوق العامة المددة في الفقرة الاولى من المادة ٥٤ ، ترجع في دراستها وتفصيلها إلى الحقوق العامة ، لذلك فاننا نكتفي بهذا القدر من البحث^(١) .



(١) راجع تفصيل البحث في ميشو وتروتا . المرجع السابق ج ١ ص ٢٦٨ وما بعدها

الفصل الثاني

اشخاص الحقوق الخاصة وأنوعها

ان من أبرزها ما عرفته الحقوق وبمحتة مؤلفات الفقهاء في اشخاص الحقوق الخاصة وأنوعها هو التمييز بين نوعين رئيسيين بارزين هما : الجمعيات والمؤسسات ، وذلك على اعتبار ان جميع الصور والاشكال المختلفة لاشخاص الحقوق الخاصة يمكن ان تنصوي تحت هاتين الزمرتين ؛ وعلى اعتبار ان الاولى تعني التكتل عن طريق تجمع الاشخاص ، وأن الثانية 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 أنواعاً أخرى تقوم على اساس الغرض الذي يسمي الشخص الاعتباري الى تحقيقه من حيث كونه مادياً مالياً ، أو معنوياً أديباً غير مادي ، ويبدو هذا التقسيم الثاني واضحاً في التكتل عن طريق تجمع الاشخاص ، اذ تنسلخ الشركات ذات الغرض المالي القائم على الربح ، مدنية كانت أو تجارية ، عن الجمعيات التي تهدف إلى أمور معنوية غير الربح . على أنه

(١) راجع ماسبق مفهوم الشخص الاعتباري واركانه : راجع كذلك الدكتور شفيق شحاته المرجع السابق ص ١٢٥ وما بعدها .

اذا كان الاصل في الجمعيات انها لاتهدف الربح المادي ولاتقوم عليه فان الحياة وتطورها ولا سيما في القرن الاخير قد حملت لنا أنواعاً جديدة من الجمعيات التي يختلط فيها الغرض المالي مع الاغراض المعنوية . والتي لايزال الخلاف قائماً 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 ذاته باعطاء الطوائف الدينية صفة خاصة لتقيدها بقيود خاصة ، وأخيراً بساخ الوقف عن المؤسسات بكيان خاص . وسنرى باختصار وإيجاز المقومات والاحكام الرئيسية لكل نوع من هذه الانواع التي عدتها المادة ٥٤ متبعين نفس الترتيب الذي جرت عليه المادة المذكورة .

§ ١ الرهبان 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 تعدد الاشخاص الاعتبارية :

« ٣ - الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية » .
وقبل أن نذكر شيئاً عن مدلول هذا النص ومداه ، لا بد لنا من الاشارة بإيجاز 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 المديريات ومجتمعاتها الأولى هذه التكتلات قبل أي نوع آخر . بل لقد احتلت الهيئات والطوائف على اختلاف ألوانها وتكوينها محلاً أقصّ في وقت ما مضجع السلطات كما أشرنا من قبل (١) . فكان من الطبيعي أن يهتم المؤلفون والمشرعون أيضاً بهذه التكتلات وقواعدها وأحكامها القانونية ، يوم بدأوا ببحث 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 كالرهبنة ، والاديرة والنخ ... (٢) .

ولم يهمل القانون المدني هذا النوع الهام من الأشخاص الاعتبارية بل جاء على ذكره مباشرة بعد أشخاص الحقوق العامة .

وإذا أردنا أن نعرف « الهيئات والطوائف الدينية » بوجه عام نصادف نفس الصعوبات التي صادفها الفقهاء والمؤلفون 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 بها الدولة ، والرهبنة والاديرة التي تتمتع باستقلال ذاتي ولها ذمة مالية مستقلة عن الهيئة الدينية التي تتبعها » .

وأشارت المذكورة الايضاحية للمشروع التمهيدي إلى سبب ذكر البطريكيات والرهبنة أو الجماعات الدينية والاديرة ، وإلى دقة ذلك ، وإلى أن الأمر يحتاج

(١) راجع ما سبق بهذا الصدد .

(٢) راجع ميشو وتروتابا المرجع السابق ج ١ ص ٢٩٠ .

إلى استفتاء ، لا سيما وأن بعض الدول الأجنبية لا يعترف المرهبات 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 لتعرض عليهم نوعاً من الحياة الخاصة ، وتطعمهم بطابع خاص . » (٣) ومنهم من ذهب في تعريفها إلى النظر للصفات الخارجية وأهمها شرطان : الاماني الدينية ، والتقييد 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 (المرهبات) او الجماعات الدينية والاديرة . ولا يثير امر البطر كخانات . والطوائف الدينية اشكالا مادامت الشخصية المعنوية مقصورة على ما تعترف به الدولة منها وفقاً للقواعد المتبعة في هذا الصدد . ولكن مركز المرهبات والاديرة يختلف عن ذلك كل الاختلاف . فالمرهبات نظام نشأ في كنف الكنيسة الكاثوليكية ، ولكنه لا يكاد يعرف عند الطوائف المصرية ، كل ما هناك ان بعض المرهبات الاجنبية انشأت معاهد في مصر وقد اعترف القضاء المختلط لهذه المرهبات - في حالات النادر التي طرحت عليه - بالشخصية المعنوية ولم يسع المشروع الا أن يشير الى المرهبات لاستكمال البيان الخاص بالاشخاص المعنوية على ان تكون هذه الإشارة محلاً للاستفتاء لاسيما وان بعض الدول الأجنبية لا يعترف بالمرهبات بالشخصية المعنوية ويرى أن قيامها يتعارض مع النظام العام . » ثم تستعرض المذكرة اديرة الاقباط ودير سيناء الخ ... (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٩٠ - ٣٧٥)

(٢) راجع ميشو وتروتابا . المرجع السابق ج ١ ص ٢٩٠ - ٣٧٥)

(٣) الحقوق الإدارية الطبعة الخامسة ص ١٢٣ ، المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق ص ٢٩٣ - ٢٩٤ .

ومها يكن الامر فقد نساءل 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 وتروتوبا 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 إدارية أشد في بعض الأحيان من تلك التي تخضع له بعض الجمعيات ذات النفع العام أو الخادمة له ، ولا سيما 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 بالمرجع أن يجعلها مباشرة بعد أشخاص الحقوق العامة وفي الفقرة الثانية .

ومها 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 وتروتوبا المرجع السابق ج ١ ص ٢٥٢ - ٢٥٣ .

(٢) المرجع السابق ص ٢٥٤ .

وطبيعي أن هذا الاعتراف لا يشترط 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 التاريخية التي حدد تنظيمها ومحاكمها وشرائعها في صك تشريعي « (المادة ١) وهي المذكورة في ملحق هذا القرار^(١) ومؤكداً (المواد ٥ - ٨) ، أنه لا بد من تصديق نظام الطائفة بقرار تشريعي يتضمن الاعتراف بالطائفة وفقاً لأحكام المادة الأولى ، 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 الطائفة بأهلية الحصول على حقوق وواجبات خاصة ، وكذلك الرهينات . ورغم التعديلات التي طرأت على هذا القرار (بالقرارات ٦١ لعام ١٩٣٦ و ١٤٦ لعام ١٩٣٨ و ٥٣ لعام ١٩٣٩) فإنه يعتبر نافذاً ومطبّقاً على غير الطوائف الاسلامية وبالتالي فإن 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 ، الفريغورية ، الارمنية الكاثوليكية ، السريانية الارثوذكسية ، السريانية الكاثوليكية ، الآشورية السكلدانية ، الكنيسة اللاتينية ، الطائفة البروتستانتية .

٢٤ - الوقف

لقد ذكر القانون المدني في الفقرة الثالثة المادة 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 الله كيئناً حقوقياً خاصاً حمل المشرع في القانون المدني على أن يخص الوقف بفقرة خاصة ويفرده عن المؤسسات القريبة منه .

(١) ويروي الامام ابي بكر الخفاف في مقدمة كتابه احكام الاوقاف ان اول وقف في الاسلام هو وقف الحوائط (الحدائق) السبع لمخيريقي 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 بخير لم اصب مالا قط انفس عندي منه فأتأمرني ؟) فأجاب : (ان شئت حبست اصلها وتصدقت بشرتها .) فجعلها عمر : (لاتباع ولاتوهب ولاتورث ، تصدق بها على الفقراء والمساكين وابن السبيل وفي الرقاب والغزاة في سبيل الله والضيف ، للاجناح على من وليها ان يأكل منها بالمعروف ، وان يطعم صديقاً غير متمول منه وجعل الولاية على وقفه هذا لنفسه ، فاذا توفي فإلى 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 النصرف فيها ، فلا تكون قابلة للبيع أو الهبة أو الاتجار إلا استثناء واستبدالاً بغيرها وفق شروط خاصة ، ومن جهة أخرى التصدق بالمنفعة أو الربح وانفاقه لوجه الله تعالى في جهات البر والخير التي لا تنقطع كالفقراء والمستشفيات و الخ^(١) .

وقد توسع الفقهاء في هذه الجهات وتفنن الناس في أنواعها وأشكالها حتى شملت كل ما يمكن أن يتصوره عقل من أعمال دينية أو اجتماعية أو انسانية ، كما توسعوا في هذه الجهة أيضاً من حيث صرف الربح واستحقاقه ، فجازوا 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 تملكها 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 المحددة بحسب شرط الواقف و ارادته .

وهذا النوع الثاني لم يعد اليوم جائزاً في سورية بعد أن صدر المرسوم التشريعي رقم ٧٦ وتاريخ ١٦/٥/١٩٤٩ وتعديلاته قضى 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 والتصديق بربيعها 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 منقولاً تابهاً للعقار الموقوف أو متعارفاً على وقفه^(١) يرصده مالكه على جهة من جهات البر فلا يمكن أن يملكه أحد بل يكون كما يقول جمهور فقهاء الشرع على حكم ملك الله تعالى ، فلا يعود قابلاً للتداول والاتجار أو التعامل إلا استثناء واستبدالاً بغيره^(٢) ، وذلك لهدف معين هو الانفاق على جهات الخير والبر ، أو الانتفاع بالربح ابتداء من قبل مستحقين معينين ، من الواقف أو ذريته أو الاقربين ، لينتهي صرف هذا الربح إلى جهات البر انتهاء .

على أن التشريع في مصر الذي نظم أحكام الوقف قد عدل من هذه الأمس كثيراً — خلافاً للأحكام السائدة في سورية — إذ أن القانون رقم ٤٨ لعام ١٩٤٦ لم يشترط في الوقف الذي أن يؤدي حتماً 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 المنقول والعقار إطلاقاً وعلى السواء (المادة ٨).

ولقد أخذ المشرع المصري بهذه الأحكام المختلفة عن الأصل الراجح اعتقاداً منه أنها أكثر ملاءمة لروح العصر ، وأقل تجميداً للمال وضرراً في استثماره.

(١) راجع تفصيل ذلك في كتاب أحكام الاوقاف ، للاستاذ الزرقا ، المرجع السابق ص ٤٧ .

(٢) ويومه 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 (١) ،
وإنما نقتصر في بحثنا هنا على ذكر المبادئ العامة التي تتصل بالوقف من حيث أنه
يؤلف شخصاً اعتبارياً ويتمتع بالشخصية القانونية .

إذا قابلنا الوقف ، على اعتبار أنه مال مخصص لمهدف معين وفق شروط
خاصة وتنظيمات معينة ، بنوعي الأشخاص الاعتبارية الرئيسيين (أي الجمعيات
والمؤسسات) لم نتردد في القول إن الوقف أشبه بالمؤسسات وأقرب منها ، بل ربما
استطعنا أن نتصور مع البعض أنه ليس سوى نوع من أنواع المؤسسات .
قائم على مجموعة من الاموال تهدف إلى فرض من أغراض الخير والبر ، مع بعض
الاحكام الخاصة في الاستحقاق وتوزيع الربح والولاية على الوقف ، وصفة المتولي
أو الناظر الخ ...

ومع ذلك فإن 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 (٢) »
ويضيفون أن الوقف بذاته « ليس مجموعة من أموال متميزة عن الاعيان التي
تألف منها بل هو هذه الاموال بعينها . ومن ثم فليس هناك ذمة مالية بالمدنى
الصحيح ، ولا يمكن لذلك أن يكون هناك شخص اعتباري (٢) »

ولعل النقطة الرئيسية في هذا القول هو مذهب اليه أغلب الفقهاء الاحناف

(١) راجع في اجات الوقف الاستاذ مصطفى الزرقا احكام الاوقاف ، المرجع السابق .

الاستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف ، احكام الوقف المرجع السابق .

الاستاذ الشيخ علي الحقيف ، 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 لازمة له ، فلم يميزوا لذلك ان توجب له الهبات . بل انهم اعتبروا ان المتولي أو الناظر الذي يشرف على إدارة الوقف وأملاكه بمثابة وكيل عن المستحقين أنفسهم لا يمثل الوقف بوانه يكون مسؤولاً شخصياً عن تصرفاته نيابة عن الوقف ، على أن يرجع ليستوفي من مال الوقف ما يلتزم به عنه .

ويبدو هذا الرأي لا يمثل 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 أحكاماً تقتضي ثبوت ذمة لها ، حيث أجازوا الولي عليها أن يبيع لحسابها ثمرات الاعيان الموقوفة عليها^(١) .

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 لا تترتب آثار تصرفات المتولي (أو الناظر) على الوقف إلا في ذمة الوقف نفسه لا في ذمة المتولي (أو الناظر) ولا في ذمة المستحقين^(٢) .

(١) راجع الأستاذ علي الحقيف ، 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 أخيراً 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 وصریح في الفقرة الثالثة من المادة ٥٤ من القانون المدني السوري عندما عدد الوقف بين الاشخاص الاعتبارية ، وقد نوهت المذكرة الايضاحية إلى دقة الموضوع والى « أن الاعتراف للوقف بالشخصية المعنوية قد يكون مجالاً للنظر باعتبار انه نظام اسلامي له قواعده ومقوماته الخاصة ، إلا أن واضعي المشروع قد آثروا الأخذ برأي القضاء نزولاً عند حكم الضرورات العملية (١) » وبذلك لم يعد 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 « لاتسري الاحكام الخاصة بالمؤسسات الواردة في هذا القانون على ما نشأ 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 المبادئ العامة عن كيفية نشوئه وحياته، وانتهائه .

٢ - نشوء الوقف

يعتبر الوقف موجوداً ومبتدئاً بحسب أحكام الشريعة الاسلامية المتفق بها في الاقليم السوري بمجرد استكمال شرائط الصحة المتعلقة بركان الوقف المادية

(١) المذكرة الايضاحية ، الاعمال التحضيرية المرجع السابق ج ١ ص ٣٧٥ .

(٢) الاعمال التحضيرية ، المرجع السابق ص ٤٥٠-٤٥١ .

والشرعية^(١) وهي أربعة : ١) ركن الادارة الجازمة بعقد الوقف بصيغة متجزة دون شرط يؤثر في أصل الوقف أو ينافي مقتضاه في التأيد - 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 قرابة ، في نظر الشرع والواقف ، دائماً ، أي جهة بر لا تنقطع^(٢) فإذا ما استكمل الوقف هذه الشرائط وبمجرد صدور الادارة الجازمة بمقدمه يكون الوقف قد بدأ ، ولم تشترط الشريعة الاسلامية بحسب رأي أبي يوسف المقتى 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 .^(٣)

على انه لا بد من القول ، بعد أن وجد نظام السجل العقاري العيني في سورية وتشريعه الخاص (القرارات ١٨٦ و ١٨٨ و ١٨٩ لعام ١٩٢٦ المعدلة بمسدد من القرارات ولاسيما في عام ١٩٣٠ و ١٩٣١) فان كل انشاء أو تعديل للحقوق العينية أو تبديل المالكين ، بما في ذلك الوقف ، لا بد من قيده في السجل العقاري كسائر الحقوق العينية ، ولا يكون للانشاء أو التعديل من أثر بالنسبة للمقارنات ولاسيما بالنسبة للغير إلا من تاريخ هذا القيد . وبذلك كان هذا التسجيل واجباً لا يمكن الاحتجاج بقيام وقف المقارن تجاه الناس ، ولكن ذلك لا يمنع 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 و ٢٨ ص ٢٣ و ٢٤ .

ومها 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 ، ويجدد 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
ولا يخضع الوقف لاجراءات الشهر التي تخضع لها المؤسسات فيما عدا تسجيله بدفتر
المحاكم الشرعية . على انه عندما يكون المال الموقوف عقاراً (وقد أجازت المادة
٨ من قانون الوقف المصري خلافاً للاصل والحكم السائد في سورية وقف العقار
والمنقول) . فانه يخضع — كمعقار — إلى وجوب تسجيل الاشهاد بوقفه وفق
المادة ٩ من قانون الشهر العقاري . وفي كل الاحوال تثبت الشخصية الاعتبارية
للموقف وتبدأ بمجرد استكمال الشروط التي ذكرناها .

٣- حياة الوقف

ويمتاز الوقف في حياته أن له أصولاً خاصة لإدارته واستثماره ، لعلها من أهم
وأبرز الفوارق التي يختلف فيها الوقف ، كشخص اعتباري ، عن المؤسسة بوجه
عام ، فضلاً عن أركانه ومقومات نشوئه .

ولا بد في كل وقف من متولي (ناظر) يتولى شؤون الوقف وإدارته ،
يعينه الواقف في الأصل ، وبحسب شروط الوقف ، وعند عدم وجود ناظر أو
متولي بمن اشترطهم الواقف تنتقل النظارة أو التولية على الوقف إلى مديرية الاوقاف
في الاوقاف الخيرية ، أو يعين القاضي من يصلح لإدارة 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 وتمديلاته عائدة إلى مديريات الاوقاف
الاقليمية كحراس قضائين 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) مسؤولاً عن تصرفاته
تجاه المستحقين ويقدم الحساب عن إدارته ، وللقاضي أن يحكم بمنزله إذا صدر منه
ما يوجب ذلك . وهكذا يكون المتولي (الناظر) بما يتمتع به من أحكام خاصة
ووضع خاص هو الممثل لشخص الوقف الاعتباري ، ويستمد سلطته في هذا
التمثيل من الشرع والقانون .

٤ - انتهاء الوقف

والأصل في الوقف مادام مؤبداً في عقار أو مال ثابت أن لا تنتهي شخصيته
مادام المال قائماً ، وإذا استبدل المال الموقوف بآخر ، فإن ذلك لا يؤثر على شخصية
الوقف إذ يحل المال الجديد محل السابق في كل الشرائط والاحكام .

وإذا وقع الوقف بعجز لا يسمح 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 ذلك
لا يبيح الشخصية الاعتبارية للوقف ولا سيما من الناحية النظرية . ولا يمكن أن
تتصور في الوقف الذي هو على سبيل التأييد 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 بمدد دور
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 حتماً أن يكون مؤقتاً ولا يجوز على أكثر من طبقتين ولا أن يتجاوز الستين عاماً من وقت وفاة الواقف . وطبيعي أن ينتهي الوقف المؤقت بانتهاء مدته أو بانقراض الموقوف عليهم عندما لا يكون منتهاً - خلاف الأصل - بجهة من جهات البر والخير التي لا تنقطع .

وفي كل هذه الأحوال التي ينتهي فيها الوقف تنتهي معه شخصيته الاعتبارية فإذا كان وفقاً ذرياً وزع على المستحقين وقت الحكم بانتهائه .

§ ٣ - الشركات

نصت الفقرة الرابعة من المادة ٥٤ من القانون المدني السوري - بعد الوقف - 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 : فإن هناك تقسيماً 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 ما هنالك .

١ - مفهوم الشركة والتعريف بها

ولقد قام في الفقه الفرنسي جـدـل طويـل حول مفهوم كل من الشركات :

— ٦٨٩ — حقوق مدنية - م - ٤٤ :

والجمعيات ووضع الحد الفاصل بينها رغم أن القانون الفرنسي المنظم للجمعيات والصادر عام ١٩٠١ قد نص صراحة أن الجمعيات هي التي تقوم على مجموعات الأشخاص التي لا تهدف إلى اقتسام الربح المادي، وذلك لأن هذا الاقتسام الذي يبدو أساس التفريق بين نوعي الجمعيات من الأفراد المؤلفين للجمعية أو للشركة، قد فسر من قبل بعض الفقهاء الفرنسيين بأنه مجرد استهداف الربح من مجموع الأفراد المكونين للشركة سواء وزع الربح بين الشركاء أم ضم إلى ذمتهم المالية وانتفعوا به مالياً (١).

أما في بلادنا فإذا رجعنا إلى نص المادة ٤٧٣ من القانون المدني وجدناها تعرف الشركة بوجه عام بكل « عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصته من مال أو عمل لاقتسام ماقد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة ».

وإذا حللنا هذا التعريف نجد أن ثمة عناصر أساسية لعقد الشركة وقيامها هي أولاً المساهمة في مشروع مالي، بتقديم حصة من مال أو عمل، وثانياً اقتسام الأرباح والخسائر بين الشركاء، وربما أضاف البعض عنصراً ثالثاً هو عنصر النية أو نية المشاركة (٢).

وإذا قابلنا بين تعريف الشركة وعناصرها المقومة، وبين تعريف الجمعية وعناصرها المقومة، نجد أن الجمعية - كما سنرى - سواء وفق تعريف القانون المدني في نص المادة ٥٦ الملغى وسواء وفق المادة الأولى من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة السابق الذكر الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٩٣

(١) راجع بلانول وغيره في ميشو وتروتابا، المرجع السابق ج ١ ص ٤٨٢ - ٢٨٧.

(٢) راجع 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 تكثل 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 فإن 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 بمل عقاري أو منقول أو بضائع أو تقود الخ ..) فإن ثمة شركات تجارية نص عليها القانون التجاري وسلخها عن الشركات المدنية وأعطائها أحكاماً خاصة بها لأهميتها وصلتها بالحياة التجارية ، على أن تبقى القواعد التي نص عليها القانون المدني فيما يختص بالشركات مطبقة على الشركات التجارية ، شرط أن لا تكون 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 المسؤولة ، كما فصل أحكامها قانون التجارة .

وقد نصت المادة ٤٧٤ من القانون المدني صراحة على اعتبار كل شركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً ، على أن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد امتياف إجراءات النشر التي يقررها القانون . كذلك نصت المادة ٥٨ من قانون التجارة أن جميع الشركات التجارية - ماعدا شركات المحاصة - تتمتع بالشخصية الاعتبارية مما يؤدي 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 لا تنقص 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 امواهم 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 امواهم الخاصة ، (راجع الدكتور شفيق شحاته المرجع السابق ص ١٣٢ - ١٣٣ ، وبفس المعنى الدكتور الصدة المرجع السابق ص ١٢٩ - ١٣٠ والدكتور عبد الحمي 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 انتقاس من شخصيتها ، ولا يتنافى مطلقاً مع الاعتراف =

٢ - نشوء الشركة وبدء شخصيتها

ما دامت الشركة في الأصل عقداً بين أشخاص متعددين، فإنها 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، لأنه لا يعدو أن يكون نوعاً من الكفالة المقررة بنص القانون لاعطاء دائني بعض أنواع الشركات التي لا تتوفر فيها الضمانات الكافية، زيادة في الضمان يجعل الشركاء ضامين ديون الشركة، بل إن من هذا القبيل أيضاً مسؤولية مديري الشركات المساهمة بالتضامن مع هذه الشركات عما يرتكبونه من افعال ضارة بالغير في أثناء تأدية وظائفهم، ومع ذلك فلم يقل احد ان مسؤولية هؤلاء المديرين تتنافى مع ثبوت الشخصية الكاملة لتلك الشركات « وفوق ذلك فإن 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 ص ٣٥٨ - ٣٤٩) .

ونعتقد انه بعد صراحة المواد ٥٤ و ٤٧٣ من القانون المدني السوري و ٥٨ من قانون التجارة لا يبقى ثمة شك في وجود الشخصية الاعتبارية لكل شركة - ماعدا الخاصة - ومتى وجدت هذه الشخصية فلا تكون كاملة او قاصرة بالمعنى الذي يصوره البعض، وانما تكون أكثر 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 باطلاً .

ومع ذلك فإن وجود الشركة وبدء تكوينها ، وان يكن يشترط فيه العقد المكتوب ، إلا أن شخصية الشركة وقيامها ومسؤوليتها ، يمكن أن تبدأ 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 .

عنى 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 مسؤولين عن نتائج الشركة واثار عقودها قبل الغير (١) .

ومهما يكن الأمر فإن 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 ومانزماً له إلا إذا استوفيت اجراءات النشر والشهر المنصوص عليها في القانون (المادة ٥٧٥ فقرة ٢ مدني ، والمادة ٥٧ تجاري) بحيث لا يمتنع 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 بمسند اجرائها عذر في جهل شخصية الشركة (المادة ٦٢) .

٣ - حياة الشركة

إن أم ما يمتاز به الشركة - كشخص اعتباري - هو أن يقوم على إدارتها وتمثيل شخصها مدير أو مديرون من أعضائها يتمتعون بصلاحيه اجراء التصرفات باسمها واطافة اليها . وحتى في شركات الأشخاص القائمة على عدد قليل وأحياناً متضامن في المسؤولية الشخصية عن ديون الشركة جميعها ، فإن إدارة المدير أو المديرين لأعمال الشركة وأموالها وفق الصلاحيات التي يتمتعون بها بموجب عقد الشركة أو نظامها أو نصوص القانون ملزم للشركة واطعضائها . مما ينطبق تمام الانطباق على صفات الشخص الاعتباري وخصائصه كما أوضحناها سابقاً .

٤ - 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 - ٤٩٩ على أسباب انقضاء هذه الشركات بما يلي :

أ - انقضاء الميعاد المعين للشركة أو بانتهاء العمل الذي قامت من أجله (المادة ٤٩٤) .

ب - هلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة في استمراره ، (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 لأسباب
عادلة ، وتشمل هذه الأسباب 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 تميز انتهاء الشركة لسبب يتعلق بشخص أحد الشركاء ، يعتبر بعض الفقهاء

والمؤلفين ، كما أشرنا من قبل ، إن هذا دليل جديد على أن الشخصية الاعتبارية لهذا النوع من الشركات غير القائمة 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 لأهليته ، يتنافى مع الفكرة الاصلية للشخص الاعتباري التي توجب أن تبقى شخصيته ولا تتأثر بتبدل الاشخاص المكونين له (١) .

على أننا نعتقد أن هذا الوضع الخاص لشركات الاشخاص أو للشركات المدنية بوجه عام رغم أنه يجعله فارقاً كبيراً بين شخص شركة الاموال المحضمة ، وشركة الاشخاص ، إلا أن ذلك لا يجب أن يفسر بعدم اعتبار هذه الشركة الاخيرة متمتعة بالشخصية الاعتبارية أو أن شخصيتها ناقصة ، بل إننا نستطيع أن نفسر طبيعتها الخاصة هذه بأثر الشخصية المعنوية أو الاعتبارية لشركات الاشخاص موجودة وكاملة ، ولكنها تتأثر بأشخاص الشركاء باختلاف حالاتهم ويكون للشركة وضع خاص ، ولها أحكام استثنائية ، بدليل أن مما لا خلاف فيه أن شركات الاشخاص هذه ، على الرغم من إمكان انتهائها بانسحاب أحد الشركاء أو بناء على طلبه أو بسبب وفاته أو إعساره أو افلامه 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 شخصيتها دون الشريك الذي يخرج أو يخرج ، بحيث نستطيع أن نتصور أن انقضاء

(١) راجع الدكتور شفيق شحاته المرجع السابق ص ١٣٤ ، الدكتور عبد المنعم الفرج الصده المرجع السابق ص ١٣٠ - ١٣١ ، الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية الحق القاهرة ٩٥٧ ص ١٦٣ . وربما كان من هذا الرأي كذلك ميشو وتروتا بما عندما يؤكدان أن الشركات التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية الكاملة هي الشركات التي لا تتأثر بتبدل الشركاء ، كشركات المساهمة ، والتوصية ذات الاسهم (المرجع السابق ج ١ ص ٤٧٧) . راجع مسابق ص ٢٨٤ .

الشركة بخروج أو إخراج أحد الشركاء للأسباب المذكورة ، كأنما هو شرط ضمني في عقد الشركة ، وأجل مضروب لاتهاؤها 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 ولشركاء . وإن الجميع متفقون على ثبوت هذه الذمة المالية المستقلة لشركات الاشخاص كما هي الحال في شركات الاموال . وإذا كان الشركاء المتضامنون قد يازمون شخصياً بديون الشركة ، فاذلك 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 يسليح 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 ١٢/٩/١٩٥٣ 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 ، فشمّل بأحكام هذا القانون الجمعيات والمؤسسات على اختلاف أنواعها من جمعيات خيرية

وثقافية ورياضية وأندية واتحادات وجمعيات ذات نفع عام ومؤسسات خاصة الخ . .

وأمام هذا الوضع التشريعي الجديد ، فإننا سنقتصر في مجوئنا المقبلة على الخطوط والمبادئ العامة لكل من الجمعيات والمؤسسات ، على غرار ما فعلنا في أنواع الاشخاص الاعتبارية السابقة فلا ندخل في تفصيل أحكامها 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 الجمعية بأنها : « جماعة ذات صفة دائمة مكونة من عدة أشخاص طبيعية أو اعتبارية لغرض غير الحصول على ربح مادي » وتتجلى في هذا التعريف العناصر الثلاثة التي فصلناها سابقاً للشخص الاعتباري (١) وهي :

أولاً : جماعة من الناس أو مجموعة من الافراد أو الاشخاص ، طبيعية كانت هذه الاشخاص أم اعتبارية . ولم يشترط القانون حداً أدنى لعدد هؤلاء الاشخاص (٢) بحيث يمكن أن يكون العدد أكثر من اثنين . ولكن يبدو أن ثمة ما يوجب أن يكون العدد أكثر من ثلاثة . 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 عدد أعضاء الجمعية عن عدد أعضاء مجلس ادارتها .

(١) راجع ما سبق ص ١٩٤ .

(٢) راجع 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 ،^(١) . فإذا كان الغرض الاصيلي هو الحصول على الربح أو النفع المادي وتوزيعه على الاعضاء كانت هذه الجماعة شركة لاجمعية 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 بانهائه . ولعل بين هذا العنصر — عنصر الاستمرار والدوام — وبين عنصر التنظيم الذي لا بد منه في الشخص الاعتباري^(٢) 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 عدل من هذا التعريف ووضح 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 . وإذا 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 النظام في التعريف معتمداً على إرادته في المادة ٥٧ كأول شرط في انشاء الجمعية ، فإن النص الجديد أوضح وأفضل من هذه الجهة .

هذا مع العلم أن كلاً من القانون المدني (المادة ٥٧) والقانون الجديد (المادة ٣) قد فصلا الشروط والبيانات التي يجب أن يتضمنها النظام المكتوب للجمعية مما يعتبر حداً أدنى في نظام الجمعية وتنظيمها ، وشرطاً في وجودها . فالكتابة شرط أساسي لقيام الجمعية ، كما هي الحال في الشركة وهو ما يسمى باللاتينية (Substratum) ، لا مجرد دليل لإثباتها (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 المادة ٥٦ من القانون المدني ، وإنما اشترط أن يكون التنظيم مستمراً سواء أكان ذلك لمدة معينة أو غير معينة ، وهذا أكثر شمولاً وعموماً ، وأكثر اتفاقاً مع الواقع والحاجة . فهو مع ابتعاده الجمعية عن الاجتماع العرضي أو الطارئ ، أجاز أن تقوم الجمعية وتستمر لتحقيق غرض ما ولكن ضمن مدة محدودة تنتهي بعدها .

على أن القانون الجديد قد اشترط في المادة الثانية ، اضافة على ذلك ، أن لا يكون السبب أو الغرض من انشاء الجمعية غير مشروع او مخالفاً للقوانين والآداب ، او ماساً بسلامة الجمهورية او شكل الحكم الجمهوري ، مما يعتبر ايضاً وتحديداً لعنصر الغرض المشار اليه قبلاً .

وجدير بالذكر كمبدأ عام لاختلاف فيه ان امتياز به الجمعية في هذا الغرض المشروع انه متنوع وغير محدود الا بالقيود الذي اشرنا اليه الآن ؛ فقد يكون خيرياً ، وقد يكون علمياً ، وقد يكون ثقافياً ، او رياضياً او اقتصادياً الخ . . . ولكن يجب في كل الاحوال أن لا يكون الاصل فيه الحصول على الربح . كما يجب أن لا يكون مخالفاً لما منعه القانون من اغراض .

٣ - أنواع الجمعيات

أ - 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 وأشرفنا 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 أو لأغراض شبيهة بها فلا تعتبر كذلك ، والضابط الوحيد في هذا الموضوع هو قرار رئيس الجمهورية ، او اعتبار السلطة الادارية .

ب - 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 - « وتعتبر جمعية ثقافية كل جمعية يكون الغرض من تكوينها النهوض بالعلوم او الفنون او الآداب » (المادة ٥٤) وقد حدد القانون لكل من هذه الانواع أحكاماً خاصة ، في ادارة الجمعية ورقابتها ومصيرها .

(١) راجع ما سبق ص ٢٥٤ - ٢٦٥

د- على ان ثمة خلافاً فقهيّاً حول طبيعة بعض الجمعيات او الشركات التي تقوم على التعاون ، او ما هو بحكم التعاون ، والتي تهدف الى غرض يجمع بين شىء 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 لجمعيات ، 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 كتابها قرار المحكمة التمييز (النقض) الفرنسية اعتبار شركة تعاونية للاقراض ذات رأس مال متحول جمعية لاشركة (٢) .

على انه لتحديد طبيعة التعاونيات في هذا الموضوع بالنسبة لبلادنا لا بد 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 - 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 - ١٦٨ . وقد اشار الدكتور عبد الباقي في اعتبار التعاونيات جمعيات لاشركات الى ان تحقق بعض منافع اقتصادية للاعضاء ، لا يبدل 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 - لا بد 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 آحر وفق احكام القانون او النظام .

٢ - ان يكون لهذه الاسهم ربح او فائدة لا تزيد عن ٦٪ من قيمتها الاسمية

٣ - ان يوزع صافي الارباح على الاعضاء لكل بنسبة تعامله مع الجمعية .

٤ - لا تقبل في عضوية الجمعية التعاونية الهيئات التي لا ترمي الى الكسب

(المادة ٢٥) الخ . .

فكل هذه الاسس تؤكد أن التعاونية تهدف الى الكسب والنفع المادي لأعضائها كغرض اصلي لا تبغي ، وان القيود والاحكام الخاصة بها وان تكن تختلف بعض الشيء عن شركات الاموال الا انها لا تختلف 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 .

٥ - 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 (وبجسب التعبير المصري مصالح عامة) وبالتالي من اشخاص الحقوق العامة ؛ او مؤسسات خاصة ومن اشخاص الحقوق الخاصة ، او بين النوعين أي جمعيات ذات نفع عام^(١).

ومثل ذلك جمعيات المساعدة المتبادلة والعون المتبادل (Associations (sociétés) 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 لوردها ميشو وتروثا حول هذا الموضوع (المرجع السابق ج ١ ص : ٢٥ 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 لأي الأ كثرية في تأليف الجمعية ، وحق الاستملاك للنفعة العامة ، باعتبار ان ما تقوم 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 بمكس نقابات المحامين والاطباء الخ . التي تتمتع بالامارات المشار اليها . اما نقابات العمال التي تكون اختيارية لا اجبارية فهي بين البين .

وجمعيات السكن الرخيص Comités d'habitation à bon marché . . . هذه
الجمعيات التي كثيراً ما تكون في حقيقة أنواعاً 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 فنصفها به في صنف خاص ، باعتبار هدفها وموضوعها ، وباعتبار تأليفها
وادارتها ، بحيث لا يصح ان نقصر انواع الجمعيات واسماؤها على ما هو 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 وبرء 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 (و كيفية استغلالها والتصرف فيها) .

د - الهيئات التي تمثل الجمعية واختصاصات كل منها وطريق تعيين الاعضاء
الذين تتكون منهم هذه الهيئات وطرق عزلهم .

٥ - القواعد التي تتبع في تعديل نظام الجمعية .

وقد تبني قانون الجمعيات الاخير رقم ٩٣ لسنة ١٩٥٨ هذا النص كاملاً في المادة الثالثة واذاف اليه وجوب بيان :

١ - كيفية استغلال موارد الجمعية والتصرف فيها (مضافة الى فقرة الموارد) .

٢ - حقوق الاعضاء وواجباتهم .

٣ - طرق المراقبة المالية .

٤ - كيفية دمج الجمعية او تقسيمها او تكوين فرع لها (مضافة الى القواعد المتبعة في تعديل النظام) .

٥ - قواعد حل الجمعية والجهة التي تؤزل اليها اموالها .

ومها 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 انشاءها » بحيث يكفي ان تتوافر الشروط السابقة من تحقق العناصر المقومة للجمعية و وضع 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 بقيدته 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 .
وإذا 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 بتجميع الاعتبار الاول ، لا لان القانون المدني الملقى كان قد ألحق ثبوت الشخصية للجمعية بمجرد انشائها فحسب ، اي بما يفيد لوق 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 والاثار القانونية لهذا الوجود ، كما هي الحال بالنسبة للشركات الفعلية . وقد اشارت الى ذلك صراحة المادة ٦١ المضافة 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 ، تمثيلاً مع تجاهه - المخالف للقانون المدني - في الهيمنة على الجمعيات وتقييد اطلاقها .

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 للاتحة التنفيذية ، اي المرسوم او القرار التنظيمي الذي تصدره وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل ، بيان الشروط والاوزاع 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 الشؤون الاجتماعية والعمل ، الحق باجراء التسجيل أو رفضه خلال مدة ستين يوماً ، فاذا سكنت اعتبر سكوتها قبولاً 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 هو 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 - صيانة الجمعية في ادارتها ومقورها

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 ما يتجلى 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 ان تمارسها .

أ - 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 - 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 اعضاءه او من غيرهم بخوله التصرف في أي شأن من الشؤون 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 ، واوراق 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 للإبطال بحكم من المحكمة الابتدائية (وبجسب 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 يس ذلك بمحقوق 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 أنه 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 بمن تقدم ذكرهم او من الجهة الادارية التي اصدرت قرار الوقف .

ومها 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 ان 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 حددت 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 حلت 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 . . . » وازدادت 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 ٥٩ من قانون الجمعيات المذكور الى حد تستطيع معه الجهة الادارية ان تكون المرجع الفعلي لافى الادارة وتعيين المديرين او عزلهم الخ . . فحسب بل وحتى في دمج الجمعية بغيرها .

والسبب في ذلك كله كما ذكرنا في بحث تاريخ الجمعيات^(١) ان المشرع يخشى دوماً نكتل الناس في جمعيات لاغراض اجتماعية او دينية الخ . . ثم جمع الاموال الطائلة وابقائها تحت يدها زمناً طويلاً وبالتالي اخراجها من دولا ب 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 ، وايدته في ذلك قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة في المادة ٤٣ ، على استثناء الجمعيات ذات النفع العام من قيود الاهلية المتعلقة بتلك الاموال والعقارات ، اذ يسمح لهذه الجمعيات بأن تملك 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 وايدته 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 اغراض البر أو الرعاية الاجتماعية ، قصر نفعها على اعضائها ام لم يقصر ، كجمعية رعاية المكفوفين مثلاً . واما الجمعية الثقافية فهي - بحسب المادة ٥٤ من قانون الجمعيات - كل جمعية يكون الغرض من تكوينها النهوض بالعلوم او الفنون او الآداب .

(١) راجع ما سبق من 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 ه 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 اشرنا في بحث انتهاء الشخصية الاعتبارية^(١) الى انه يمكن بوجه عام
اعتبار الشخصية الاعتبارية منقضية عندما تفقد العناصر المقيمة لها ، او عندما
تنفق 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 والفقهاء الحقوقي .

أ - واول اسباب انحلال الجمعية وانقضاء شخصيتها فقدان العنصر الاول
من عناصر تكوينها، 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 من ٦٢٧ - ٦٢٨

ليس في نصوص القانون المدني المغاة، 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 تبقيا فتجعلها مؤسسة او تأتي بأشخاص جدد بدل السابقتين او تعتبرها منتهية .

ويقول سافيني تأييداً لهذا الراي ، لو ان وباء قضى بالتتابع في مدينة من المدن على جميع اعضاء نقابة حرفه من الحرف ، فان ذلك لا يجب ان يحملنا على القول ان الجمعية او النقابة كلها اصبحت منتهية ومحلولة ، وان اموالها اصبحت حقاً للدولة او للهيئات الاخرى كما لو كانت محلولة حقاً^(١) .

اما اصحاب نظرية الوجود الواقعي او الحقيقي فانهم لا يترددون في اعتبار الجمعية منتهية بزوال جميع اعضاءها المكونين لها ، مع الاعتقاد - كما يرى ميشو وتروتا^(٢) - بامكان معاملة اموالها معاملة التركة الشاغرة وادارتها مؤقتاً ريثما

(١) راجع تفصيل ذلك في ميشو وتروتا ، المرجع السابق ح ٢ ص ٣٨٣ .

(٢) المرجع السابق ص ٣٨٤ .

ينبغي امرها او تقوم جمعية جديدة محل الجمعية المنقضية فتحول 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 لا يمكن ان توجد الا بوجود عدد لا يقل عن ثلاثة ،
وهذا يعني انه لا يمكن بقاءها بواحد^(١) ومع ذلك فان بعض الفقهاء يعتقدون
بامكان بقاء شخصية الجمعية وعدم انقضاؤها ، 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 تحمل 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 حدوده 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
اعضاؤها ، رغم انهم لم يزولوا فعلاً من الوجود . وهذا النوع من الحل الذي يقبل
به اصحاب نظرية الوجود الواقعي لا يقبل به اصحاب نظرية الفرض القانوني^(٢) .

(١) من هذا الرأي ميشو وتروتا ، راجع المرجع السابق ج ٢ ص ٣٨٥ - ٣٨٦

(٢) المرجع السابق ج ٢ ص ٣٨٧ وقد فصل ميشو وتروتا مختلف الآراء الفقهية حول

الحل الاختياري ، لاسيما عندما لا يكون هناك نص تشريعي عليه (من ص ٣٨٧ - ٣٨٩) .

وإذا قارنا في حقوقنا الرضعية ، 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 يميز مطلقاً الحل الاختياري ، بدليل انه اضطر الى ذكر ذلك في الفقرة الرابعة من المادة ٣٦ 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 يميزان حل الجمعية لا باتفاق جميع اعضائها فحسب وانما بأكثرية ثلثي هؤلاء الاعضاء فقط ، غير ان التشريعين جعلوا 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 لا يكون هناك حل اختياري بانسحاب عدد من الاعضاء من الجمعية ولو أدى ذلك الى مثل حركتها ونشاطها ، وانما لا بد لهذا الحل قانوناً من صدور قرار من الجمعية العمومية بالأكثرية النظامية حين تكون اكثر من الثلثين ، وبالأكثرية القانونية التي لا بد منها وهي أكثرية ثلثي اعضاء الجمعية ، والتي لا يمكن 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 . و اذا 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 هي التي تمنحها اياها ، بعكس اصحاب نظرية الوجود الواقعي (١) .

ومهما يكن الامر ، فان تشريعنا ، سواء منه نصوص القانون المدني الملقاة 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 ميتو وترقايا . المرجع السابق ج ٢ ص ٣٨٣ وما بعده .

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 هذا الحكم لا يصدر اعتباطاً ومن غير سبب معين . فلقد نص القانون في المادتين السابقتين على اسباب هذا الحل كما اشار الى من يستطيع رفع 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 .

ويستطيع ان يرفع الدعوى وان تنظر المحكمة بها بناء على طلب :

- ١ - احد الاعضاء ، دون تحديد عدد او صفة له .
- ٢ - اي شخص من غير 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 اجبارياً، 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 ملازماً للجمعية .
وإذا كان الحل قضائياً واستناداً الى حكم المحكمة عينت هذه المحكمة المصفي
او المصفين وفق نظام الجمعيه والمبادئ 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 ، وعند عدم
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 لا يجوز مطلقاً بحسب نص القانون ان ينص في
النظام - كما لا يجوز من باب اولى للجمعية العمومية او للمحكمة ان تقرر -
اعتبار اموال الجمعيه تؤول عند الحل الى الاعضاء او الى ورثتهم او امرهم ،
فيما عدا المال الذي يخصص لصندوق الاعانات المتبادلة او لصندوق المعاشات او
الحصص في الجمعيات التعاونية (المادة ٥٨ من القانون المدني ، ر ٤ من
قانون الجمعيات) .

ومها 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 وشؤونها .

§ ٥ - 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 مفهرم الشخص الاعتباري ومدلوله وعناصره^(١) ان ثمة مجموعة من الاموال يمكن ان تخصص لغرض معين من الاغراض 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 ولكنها متصلتان ومتداخلتان في الدلالة على المؤسسة الخاصة ، في عملية نشوئها وتكونها ، في تجسيدها وتشخيصها . الاولى تفيد التبرع الخاص الذي يدل عليه كلمة Fondation وهي تعني عملية تقديم شخص او اشخاص بطريق التبرع (الهبة او الوصية) مالا 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 ويجاد 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^(٢) . أما في لغتنا العربية فان التشريع عندنا استعمال تعبير المؤسسة للدلالة على المعنى الثاني كما يتضح من التعريف الذي

(١) راجع ما سبق ص ٦٠٠ - ٦٠٢ .

(٢) راجع ميشو وتروثا بالمرجع السابق ج ١ نبذة ٧٦ ص ٢١٠ ، ونبذة ١٦٠

مكرر ص ٥٠١ وما بعدها .

سلفه الآن، أما عملية إيجاد الشخص الاعتباري الذي أصبح المؤسسة، فلم يطلق عليها اسماً خاصاً بحيث تبقى تابعة في اعتقادنا الى احكام التبرع ونوعه الذي تم بموجبه من هبة في حال الحياة او وصية مضافة الى ما بعد المات .

١ - مفهوم المؤسسة الخاصة والتعريف بها :

عرف 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 مستقبلية ، مخصصة لغرض معين لا يتصل بالربح ، وانما يتناول ناحية من نواحي الحياة المعنوية اللامادية او الانفعالية ، 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 اخير 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 وفاقها يبحثون إيجاد 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 الدعامه الاساسية لكيان المؤسسة لانه بدونها لا يمكن تحقيق غرض المؤسسة التي لا تقوم 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 لا يعتبرون عنصراً من عناصر هذا الكيان ، وان كانوا هم الاصل في وجوده .

على ان بعض الفقهاء - انكروا ان يكون المال بذاته عنصراً اساسياً في مفهوم المؤسسة وكيانها كركن لها ، ولكنهم لا يستطيعوا مع ذلك ان ينكروا ضرورة المال في تحقيق غرض المؤسسة ، غير انهم يوحّدون في ذلك بين المؤسسة والجمعية ، ويعتبرون ان العنصر الاسامي 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 اشخاص معينين حين زوالها بأجل محدود - على غرار بعض مذاهب الوقف - وهو ما لم يقره القانون لانه

في الواقع يصطدم بمقبات وله نتائج غير محمودة ولا مرغوبة .

واما العنصر الثالث فهو الهدف او الغرض ، اي العمل ذو الصفة الانسانية الذي لا يحده 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 الاسامي (١) . على انه يشترط في كل الاحوال ان لا يقصد من انشاء الجمعية منفعة شخصية لأشخاص معينين ، كما يشترط ان لا تكون اغراض الجمعية ووسائلها مخالفة للنظام العام او الآداب (٢) .

وقد اشارت المذكورة 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 ما يجد من الظروف الاجتماعية .

على ان بعض الفقهاء (٣) 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 ج ١ ص ٤٢٦ وما بعدها .

(٢) راجع مبشو وتروقا بالمرجع السابق ج ١ ص ٢١٣ وما بعدها .

اجلهم وفي سبيلهم انشئ المشروع ، وهم بمجموعهم لا بأفرادهم اصحاب الحق فيه (١) .

وذهب سافيني الى ان الحد الفاصل بين الجمعيات والمؤسسات الخاصة كثيراً ما يكون 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 (٢) بحيث لا يوجد 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 (٣) . ذلك ان كثيراً من الناس لا يأمنون على تحقيق غرض خيري او اجتماعي يتوفون 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 والفقهاء الى الاعتراف بوجود المؤسسات وفائدتها ، فان ذلك لم يؤدي الى اطلاق حرية انشاء المؤسسات ونشاطها بل بقي أثر هذه المقاومة واضحاً في القيود الكثيرة والرقابة الضيقة التي فرضت

(١) راجع ميشو وتروتا ، المرجع السابق هامش ٣ ، راجع كذلك ص ٥٠١ حيث يؤكد ان عنصرى المؤسسة هما اولاً تحديد فئة المستفيدين وثانياً جهاز الادارة ، اضافة الى الاموال المقدمة .

(٢) كتاب القانون الروماني Droit romain ترجمة Guénoux ج ٢ ص ٢٠٤-٢٤٢ .

(٣) راجع ميشو وتروتا ، المرجع السابق ج ١ ص ٢١١ .

على المؤسسات الخاصة ، قيوداً ربما كانت أكثر من تلك التي فرضت على الجمعيات^(١) وعلى الاخص في ضرورة اذن السلطة وموافقتها على انشاء المؤسسة ابتداء ، ثم هيمنتها على فعاليتها اثناء وجودها ، كما سنوضح ذلك حين نبعث في حياة المؤسسة الخاصة وادارتها .

ومهما يكن الامر فانه لا بد لوجود المؤسسة ، الى جانب العناصر الثلاثة التي ذكرناها ، من استكمال الشروط التي اوجبهها القانون لوجودها ، ولا سيما النظام المكتوب الذي يحدده سند انشاء المؤسسة ، وجهاز ادارتها كما اراد منشئوها .

٢ - نشوء المؤسسة الخاصة وبراء 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 ٧٣ 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^(٢) سواء المقيّد منها لانشاء المؤسسات الا بموافقة الدولة واذنها ، وسواء غير المقيّد 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 - السند الرسمي ، ب - الوصية .

(١) الى حد ان بعض الفقهاء ما يزالون يقاومون انشاء المؤسسات ، وينكرون فائدتها ويؤكدون خطرها ولا سيما في تمطيلها المال بصورة دائمة وتجميده بما لا يتفق وتطور الحياة وحاجاتها ، (راجع تورغو Tourgot في ميشو وتروتابا ، المرجع السابق ج ١ ص ٢١٨ و ٢١٩) .

(٢) راجع ميشو وتروتابا ، المرجع السابق ج ١ ص ٥٠ وما بعدها .

أ - أما السند الرسمي ، فقد قصد به لا الوثيقة الخطية او الصك المكتوب والمستكمل لاسبابه 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 ركزه 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 النس اقتصر « على بيان التصرف المنشيء للمؤسسة فاشتراط 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 موجود 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 - أما الوصية فلم يشر القانون الى شكل خاص فيها، مما يحمل على الاعتقاد

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٠ و ٣١ .

ان الوصية الموجودة 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^(١) . » . ونعتقد انه كان يحسن بالمشروع ان يقيد ذلك ايضاً بهك رسمي او وثيقة خطية .

على انه مادام لا بد لوجود المؤسسة ونشوتها ، 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 كانت 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 الاعتباريين دستوراً للمؤسسة ، على البيانات التالية :

أ - 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 .

هذا وقد جاء في اللائحة التنفيذية ، وهي القرار التنظيمي الصادر بالقرار الجمهوري رقم ١٣٣٠ لسنة ١٩٥٨ تطبيقاً للمادة السادسة من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة بالقانون 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 . . ! وهذه التعابير التي وردت في النص غامضة وغير محددة بحيث تحمل تأويلاً واسعاً وبلبلة في التفسير وكأنما أحب واضعها أن يترك لوزارة الشؤون الاجتماعية والعمل المقايسة والموازنة بين الحاجات الاجتماعية التي تحتاج الى رعاية اكثر من غيرها فترفض ما تراه اقل احتياجاً من هذه الحاجات او الاهداف !!

وإذا 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 الرضى 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 الرضى الاسباب الموجبة لابطاله ، كإساءة 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 المنشئ وورثته يعتبر بمثابة هبة او وصية ، فاذا كانت المؤسسة قد انشأت اضراً بمحقوقهم ، جاز لهم مباشرة الدعاوى التي يعتمدها القانون في مثل هذه الحالة بالنسبة الى الهبات والوصايا . بحيث يستطيعون ابطال هذه التصرفات في كل ما يضر بمحقوقهم 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 منشئ 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 اصولاً . اما اذا كان انشاء المؤسسة بوصية قطيعي 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^(١) وهو رأي مقبول لولا ان الوصية في ذاتها وطبيعتها عقد غير لازم ولا يتعلق فيه حق للغير .

ومما يمكن الامر فان الشخصية الاعتبارية المؤسسة بحسب احكام قانون الجمعيات والمؤسسات (المادة ٦١) لا تثبت الا اذا شمر نظامها طبقاً لاحكام هذا القانون . وما دام المشرع في هذا القانون قد علق ثبوت الشخصية الاعتبارية للجمعية على شمر 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 - 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 يقيدتها في ادارتها هذه 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 - 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) - 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 الابتدائية 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 ، وتنظيم اللائحة التنفيذية احوال الاعتراض واحكام الرقابة » ، كمنعت 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 ، فجمعت 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 لا تدخل 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 :

و أ - أن تفحص اعمال المؤسسات وقرارات مديريها، والتحقق من مطابقتها للقانون وللسند المشيء لها . ويتولى ذلك مفتشون ينتدبهم وزير الشؤون الاجتماعية والعمل .

ب - 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 لنفاد القرارات المتخذة في كل مايتعلق :
(أ) بالتصديق على الحسابات السنوية ومشروع الميزانية وتقارير المديرين ومراقب الحسابات .

(ب) بانتخاب المديرين واستبدالهم وفصلهم .

(ج) بتروشيح مراقب الحسابات الخ .. لقد أوجبت لتكون مثل هذه 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 مطلقة 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 (١) .

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 بيزانية 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 المديرين الذي يخولون بهذا الواجب مقصرين ومسؤولين .

والأمر الاخير الذي يستحق الإشارة 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 ص ١٨٦ .

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 ما يوجب انتهاء 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 بأفروعها من حيث ادماجها وتقسيمها وانشاء فروع لها ، وتعيين مدير موقت لإدارتها وحلها وتصفيتا وجواز تحويلها الى مؤسسة ذات نفع عام ، ما يسري على الجمعيات في هذا الشأن من أحكام ... »

وأما القانون المدني فقد كان ينص في الفقرة ج من المادة ٧٨ الملغاة أنه يجوز للمحكمة الابتدائية المدنية « الحكم بإلغاء المؤسسة إذا أصبحت في حالة لا تستطيع 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 بالغاء بتعيين مصف لأموالها 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 بينها قد تؤدي الى بعض التردد وعدم الدقة . وبما لا شك فيه انه اذا كان بالامكان انتهاء الجمعية وحلها اختيارياً وبقرار الهيئة العامة (الجمعية العمومية) غير العادية ، فان شيئاً من ذلك لا يمكن 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 لا تكون القرارات المتخذة في الغاء المؤسسة أو تعديل نظامها

او اماجها او اتحادها مع مؤسسة اخرى او انقسامها نافذة الا بعد موافقة وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل عليها ، بما 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 لا يكون الا بحكم صادر عن المحكمة الابتدائية التابع لها مركز المؤسسة ، بناء على طلب من شخص ذي مصلحة او من النيابة العامة ، 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 لا بد من موافقة وزارة الشؤون الاجتماعية والعمل على هذا الحكم ، وهذا امر محل نظر ! ولعل ما قصدت إليه اللائحة التنفيذية انما يطبق على حالة الدمج او الاقسام لاحالة الالغاء استناداً لحكم مكتسب الدرجة القطعية .

ومهما يمكن 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 ونحويلها وفق ما يقضى به سند انشائها او نحويلها الى مؤسسة اخرى ، ائالة 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 ننتهي إليه 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 (١) ، أن موضوع الحق بالمعنى الشخصي أو الذاتي يتمثل بقرعة عند الشخص يعترف له بها القانون ، او مكنة 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 من عينية أو شخصية . ولذلك فإن بحثنا في محل الحق هنا إنما 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 ما 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 (١) .

ولذلك ، وجرباً 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 المبادئ العامة ، والأحكام الرئيسية ، نظراً لانهما 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 أولاً 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 والأموال والتمييز بينها

اختلفت الحقوق الحديثة - فقهاً وتشريعاً - عن الحقوق القديمة في مفهوم الأشياء والأموال . فبينما كانت الحقوق القديمة تخلط بين الأمرين ، وتنتهي بالتالي إلى 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 للإنسان تسمى أموالاً . ولكن لا تكون 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 الأشياء 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» (١) .

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 بينها عنصر جامع
مشترك ، هما الأشياء والحقوق . ويؤكدون بالتالي أن تعبير «الأموال»
لا يمكن أن يجمع بينها أو يدل عليها . 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 إن لي حق ملكية على الدار أو السيارة
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 إلى
إطلاق التقسيمات الخاصة بالأشياء على الأموال أيضاً في حين أن بعضها لا يمكن

(١) Les biens vacants ou sans maître راجع بلانبول وريبير ، المطول
الابتدائي للحقوق المدنية ، ج ١ الطبعة الرابعة نبذة ٢٥٨١ وما بعدها ، ونصوص القوانين
الاجنبية: الفرنسي (المواد ٥١٨ - ٥٢٣) الإيطالي (المواد ٤٠٤ - ٤١٢) الخ . . .
راجع كذلك الدكتور المرحوم محمد كامل مرسي ، الحقوق العينية الأصلية ، ج ١ نبذة
١ ، الدكتور سليمان مرفس المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الثانية نبذة ٢٧٩ .

أن يصدق الا على الأشياء كتقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمة ، وإلى قابلية للاستهلاك وغير قابلة له الخ ... (١) .

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 مفوقاً 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 بجزائها . واما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يميز القانون ان تكون محلاً للحقوق المالية » .

ومن هذا النص نتبين ان قانوننا لم يعرف الشيء نفسه ، ولعله على حق لانه ليس من اليسير اعطاء مثل هذا التعريف ، ولكنه فرّق بين الشيء والمال ، وأكد ان الشيء هو ما يكون محلاً 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 : ٥١ : 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 بمجازته كالهواء والضياء والماء الجاري وأشعة الشمس الخ... فهذه اشياء ولكن لا يمكن ان تكون محلاً للحق المالي ما لم تحول الى طاقات قابلة للمجازة كالهواء الضغوط. 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 الاشياء، او بتعبير أخصر «المال هو حق مترتب على شيء». وإذا كانت الاشياء 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 اموالاً ولكنها لا ترتب على اشياء مادية بحتة وانما على امور شبيهت بها ورغم عدم ماديتها، كما شبهت هذه الحقوق عليها بحق الملكية نفسه على الاشياء المادية وما يمنحه لصاحبه من سلطات وميزات.

وهذا النوع من الحقوق او الاموال هو ما تعلق بالحقوق المعنوية الادبية والفنية والصناعية التي سميت في بعض التشريعات والمؤلفات «الملكية المعنوية» *Propriété incorporelle* (١).

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 (٢).

وما دامت الاشياء تختلف عن الاموال في مفهومها كما أوضحنا، لذلك فإننا نبحث تبعاً في مبحثين كلاً من الاشياء والاموال، والانواع التي تنقسم اليها كل منها.

(١) راجع ماسبق ص ٤٢٩؛ بلايول وريير، المرجع السابق نبذة ٢٥٨٥.

(٢) راجع ماسباني الفصل الثاني المنقولات غير المادية.

المبحث الثاني

تقسيم الاشياء

تقسم الاشياء باعتبارات مختلفة الى اقسام نص القانون على بعضها صراحة او اشارة ، وبمقتضى 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 ، وأشياء 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 بالإشارة الى أهمها وهي :
- أ - أشياء معتبرة أصلاً وأشياء معتبرة ثمرة .
 - ب - أشياء أصلية وأشياء تبعية .
 - ج - أشياء قابلة للقسمة وأشياء غير قابلة لها .

الفرع الأول

اشياء داخلية في التعامل واشياء خارجة عن التعامل

هذا التفريق بين أشياء قابلة للتعامل وأشياء خارجة عن التعامل هو أول

ما أُلغى إليه قانوننا المدني في المادة ٨٣ كما سبق وذكرنا نصها .
فقد اعتبر القانون كل ما هو موجود في هذه الطبيعة من الأشياء . ولكنها
كلها لا تقبل التعامل ولا تخضع لاحكام القانون المنظمة لتعامل الناس . لان منها
ما يعتبر خارجاً عن هذا التعامل بطبيعته وتكوينه او في نظر القانون اليه .
وقد جعل القانون معيار التفريق بين ما هو داخل في التعامل وما هو خارج
عنه ، قابلية الشيء للحيازة والاستئثار به من قبل الانسان سواء في طبيعته ،
وسواء بحكم القانون .

والاصل ان جميع الأشياء تعتبر داخلية في التعامل وقابلة له ما لم يتحقق العكس .
وإذا أردنا ان نعود الى تعريف القانون وتحديد له لكل من هذين النوعين
لوجدنا ان :

أ - الأشياء القابلة للتعامل : هي كل الأشياء التي لا تخرج عن التعامل اما
لوضعها الطبيعي ، واما لنص في القانون .
فتشمل بذلك كل ما هو موجود في هذه الطبيعة من اشياء باستثناء ما هو
خارج عن التعامل كما حددته الفقرة الثانية من المادة ٨٣ وكما سنوضحه في
الفقرة ب ادناه .

ولا فرق بين ان تكون الأشياء القابلة للتعامل مملوكة فعلا من الناس او
غير مملوكة ، اي بين ان تكون داخلية في حيازة البعض او غير داخلية بعد .
١ - 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 - اما الأشياء القابلة للتعامل ، وغير المملوكة (اي التي لا مالك لها ولا
صاحب والقابلة للتملك او الحيازة في الاصل) فانها تقسم الى زميرتين تقليديتين هما :
أولاً - الأشياء المباحة او الخالية ، وهي التي ليست في الاصل ملكا
لاحد ، ويجوز لكل انسان ان يجرز منها ما يشاء ويتملكه ، كالحوانات 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 يملكها .^(١)

ب - اما الاشياء االخارجة 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 الحضم ، وأشعة الشمس غير المحدودة ... اما اذا أمكن حيازة جزء من هذه الاشياء ، كالهواء المضغوط في الأنابيب ، او الماء المعبأ في القوارير ، او طاقات الشمس الحرارية في بطاريات .. فانها تصبح اشياء داخلية في التعامل دون ان تؤثر على الأصل غير القابل للتعامل .

٢ - والنوع الثاني هي الاشياء االخارجة عن التعامل بحكم القانون وهذه

(١) راجع هذا البحث في الدكتور مأمون الكزبري ، المرجع السابق ص ١٥١٤ .

الأشياء ليست خارجة عن التعامل بطبيعتها ، ولكن القانون هو الذي اصبح عليها هذه الصفة فنص على عدم جواز التعامل فيها ، كالمخدرات والمواد المتفجرة والأشياء المخصصة للمنفعة العامة .

ومادامت هذه الأشياء انما حظرت 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 ببيع البارود للصيد ، او اشغال الاملاك العامة برخصة ولغرض معين الخ... وان كان الفقهاء يؤكدون مع ذلك ان هذه الاستثناءات لا تبدل من صفة عدم التعامل بحكم القانون بالأشياء المذكورة^(١).

* * *

(١) راجع هذا البحث في الدكتور مأمون الكزبري ، المرجع السابق ص ١٥١ و ١٥٢ .

الفرع الثاني

الرثاء الثابتة (العقارات) والرثاء المنقولة

لعل أهم تقسيم للأشياء في نظر القانون وأحكامه ، ومنذ الحقوق الرومانية حتى اليوم ، هو تقسيم الأشياء ، باعتبار إمكان 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 .

واقدمر هذا التقسيم في تاريخ تشريعنا بادوار . فكان في الحقوق القديمة ، الشريعة الإسلامية والعهد العثماني ، ممثلاً للصورة المادية البحتة في وضع الأشياء المنقولة وغير المنقولة ، كما أخذت به المادة ١٣٩ من المجلة عندما عرفت الأموال غير المنقولة « بالأشياء التي لا يمكن نقلها من محل إلى آخر كاللدور والأراضي » حاصرة ذلك بالعقارات بطبيعتها ، وضمن حد ضيق كما سنرى .

وجاء قانون الملكية العقارية ذو الرقم ٣٣٣٩ لعام ١٩٣٠ متأثراً بالاتجاه الغربي والتشريع والفقهاء الفرنسيين فوسع دائرة هذا المفهوم المادي وأوجد الى جانب العقارات بطبيعتها وبمعيار أوسع عقارات أخرى ليست ثابتة بطبيعتها وإنما اعتبرت كذلك لأسباب واعتبارات ، وأطلق عليها اسم العقارات بالتخصيص أو بالنسبة للغاية المعدة لها . وجاء القانون المدني متبنيًا 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 ، فصلاً 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 بجزءه 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 - 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 ، وإنما يكفي أن ينجم عنه تلف ليعتبر الشيء عقاراً بطبيعته ، ولو أمكن نقله في جوهره .

وإذا استعرضنا العقارات بطبيعتها حسب التعريف السابق لتبيننا أنها لا تنفك عند حد الأراضي التي كانت تؤلف وحدها العقار في نظر الشريعة الاسلامية ، سواء أكانت خالية ، أم مفروسة أم مبنية^(١) . بل أنها شملت أنواعاً أخرى ، ما يوجد فوق الأرض كانت المجلة تعتبرها بحكم المنقول . ويجسن بنا ان نعدد بمايجاز 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^(٢) . وتشمل الأرض الزراعية وأرض البناء على السواء .

٢ - النباتات : وتشمل الأشجار والمزروعات القائمة فوق الأرض مهما كانت قيمتها مادامت متصلة بجذورها في الأرض ، لافرق بين الأعشاب الصغيرة والأشجار الكبيرة^(٢) و^(٣) .

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 بلاشك 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 بلايتول وريبر ، المرجع السابق نبذة ٢٦٣٦ .

وإذا كان الشرط الوحيد لاعتبار النبات عقاراً بطبيعته أن يكون متصلاً
بجذوره في الأرض اتصالاً طبيعياً ، فإن النباتات التي توضع في أوعية أو صناديق
ضمن الأرض تبقى من المنقولات ، بعكس المشائل التي تزرع في الأرض ولو
كان مصيرها إلى القلع مادامت لم تعلق ، أو لم تبع لتعلق ، فلا يشترط إذن أن
يكون الاتصال بنية الدوام .

ويتفق المؤلفون بأن النباتات التي يباع ويتملكها المشتري نهائياً لقطعها أو
قلعها ، تعتبر من المنقولات بحسب ما لها ويخضع العقد الجاري عليها لأحكام
بيع المنقولات^(١) .

٣ - الأبنية : هي كل ما يجمع من مواد البناء ، ويشد بعضه إلى بعض
بصورة ثابتة في الأرض ، سواء أكان ذلك فوق سطح الأرض أو في
باطنها^(٢) و^(٣) فلا يقتصر ذلك على الدور والعمارات ، والمخازن والمستودعات بل
يشمل كل أنواع الانشاءات من جسور وآبار ، وسدود وأنفاق الخ ...
ويشترط في كل أنواع الأبنية والانشاءات لتعتبر عقاراً أن تكون كالنباتات
متأصلة بالأرض ، ولا يكفي أن تكون موضوعة فوقها دون أساس أو دعائم
كالكواخ والبيوت المنقلة ، 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 إذا 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*^(٤) .

وتعتبر الأجزاء المرتبطة بالبناء والمكملة له ، جزءاً من البناء ولها حكمه
كالشرفات ، والمجاري الداخلية والخارجية والمصعد ، وانابيب المياه ، والطواحين

(١) راجع الدكتور الكزيري ، المرجع السابق ص ٢٢ و ٢٣ .

(٢) راجع بلانيول وريبر ، المرجع السابق نبذة ٢٦٣٦ .

(٣) 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^(١) . وكما يمكن أن تصبح النباتات منقولات بحسب مالها ، كذلك يمكن أن يعتبر البناء منقولاً بحسب ماله ، ولو لم ينص القانون على ذلك صراحة . فاذا باع مالك البناء أو الانشاءات لهدمها وأخذ انقاضها ، كانت الانقراض المبيعة بحكم المنقولات ولو لم ترفع بعد ، مادام العقد قد أنصب على بيعها مهدومة أو تهدم^(٢) .

وبالعكس تبقى مواد البناء منقولة حتى تدخل في البناء .

٤ - 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 فيها مواد البناء ، ومواد تحسين الزراعة ومناجم الفحم النباتي الاصل . » (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 الهيدروكبرونية الصلبة والسائلة والغازية والمعادن واشباه المعادن^(٣) .
فالمقالع عقارات بطبيعتها تعود للمالك الأرض باعتبارها جزءاً منها . أما

(١) راجع بلاينول وريبر ، المرجع السابق نبذة ٢٦٣٩ ؛ جوران ، دروس في القانون المدني ج ١ نبذة ١٣٥٥ ؛ محمد كامل مرسي ، المرجع السابق نبذة ٤٠ و ٦٣ .
(٢) راجع الدكتور مأمون الكزبري ، المرجع السابق ص ٢٥ ؛ راجع بودري لاكاتينري وشونو ، المطول النظري والعملي للحقوق المدنية ، نبذة ٢٤ 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 أملاك الدولة العامة (١).

هذه هي مختلف أنواع العقارات بطبيعتها كما عددها أكثر المؤلفين والفقهاء ونصت عليها القوانين .

وقبل أن تنتقل إلى بحث العقارات بالتخصيص يحسن بنا أن نستعرض بإيجاز مختلف الأصناف أو الأنواع التي صنف إليها العقارات بطبيعتها في بلادنا قبل القانون المدني وبعده .

تصنيف العقارات بطبيعتها من حيث وضعها القانوني :

إن تصنيف العقارات بطبيعتها ، وجعلها في أنواع وزمر ، - كما فعلت قوانيننا الماضية وحتى قانوننا الحالي - هو 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 أموالاً) للأشياء . فنحن لا نستطيع مثلاً أن نصنف الأرض نفسها من حيث جوهرها وطبيعتها إلى عقار ملك وعقار أميري ، لأن الأرض هي نفسها لم تتغير في طبيعتها ، ولكن الذي تبدل هو الحق القائم عليها في طبيعته ومداه . فكان الأجدر أن يبحث هذا التقسيم في تقسيم الأموال العقارية - باعتبارها الحقوق المترتبة على العقارات - بدل بحثها في تقسيم الأشياء نفسها والعقارات بطبيعتها .

غير أن نشريعنا السابق ، الشريعة الإسلامية ، والمجلة وقانون الأراضي

(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 اصناف . وجاء قانون الملكية العقارية ومن بعده القانون المدني فواصل السير على هذا التصنيف رغم ان قانوننا المدني قد فرق بين الشيء وبين المال الذي هو الحق المترتب على الشيء . وتمشياً مع نصوص القانون فاننا نلخص هنا أنواع العقارات بطبيعتها .

لقد أشرنا ^(١) في استعراض تاريخ التشريع المدني في سورية الى أن أحكام الشريعة الاسلامية ظلت سائدة حتى جاءت التشريعات العثمانية تعدل منها تبعاً . وكانت الاراضي - وهي الاموال غير المنقولة أصلاً في نظرها - اما مملوكة من الناس واما موقوفة واما خالية مباحة ، والمملوكة على نوعين إما خراجية وإما عشرية . وجاء التشريع العثماني ، منذ قانون الاراضي الصادر في ٧ رمضان ١٢٧٤ الموافق ٢١ نيسان ١٨٤٨ ، فعدل من هذا التقسيم مع اضافة قسم رئيسي عليه هو الاراضي الاميرية .

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 الاراضي المملوكة ؛ ولكن تعريفها وتحديدتها اختلف في قانون الملكية العقارية

(١) راجع سابق ص ٥٠-٦٦ .

والقانون المدني الذي تبني نصه ، عن الحدود التي وضعها قانون الأراضي العثماني .
فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٨٦ المذكورة المقابلة للمادة ٥ من القرار
٣٣٣٣٩ 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 ملكاً 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 ، فإنه لا يصبح ملكاً 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 (١) .

على أننا نعتقد أن ما قصدته النص المذكور هو ما يأتي :

أولاً : 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
والقصب لتعتبر مناطق مبنية ، سواء أ كانت تلك الأراضي مبنية فعلاً أم
ما تزال عرصات غير مبنية ، حتى ولو كانت تزرع بالفعل . فإذا كان العقار خارجاً

(١) راجع الدكتور الكزبري ، المرجع السابق ص ٣١ - ٣٣ وأحكام محكمة التمييز
السورية المتعددة المذكورة في الحواشي ، وكذلك فرار 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 الأميرية 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 وريثة المتصرف بما قرّبها كثيراً من العقارات الأخرى ، 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 رقبتهما 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 فإنه 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 ملكاً بسبب ادخالها في المناطق المحددة ادارياً ، فإن حق الأثر الذي اكتسبه وريثة مات مورثهم قبل هذا التغيير ،

وفق احكام قانون انتقال الأراضي الاميرية لا يتأثر بهذا التبديل (١) ، عملاً بقواعد تنازع القوانين من حيث الزمان .

كذلك ، وتطبيقاً لنفس المبدأ ، فإن الغراس أو البناء الذي اعتبره قانون الأراضي العثماني ملكاً للغراس أو الباني ، يخضع لأحكام الملك ، برغم تبديل نوع العقار ، تطبيقاً لأحكام قانون الملكية العقارية أو القانون المدني .

أهمية التفريق بين النوعين

ولكن لماذا نفرق بين العقارات الملك والعقارات الاميرية ، هذا التفريق الذي لا مثيل له في قوانين العالم الغربي ولا حتى 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 .

فمثلاً لا يجوز 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 لا يسقط حق المالك على العقار الملك اذا ترك عقاره ولم يستعمله ، في حين ان حق التصرف في العقار الأميري يسقط بعدم حراثة الارض او عدم 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 بنذة 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 الأثر الشرعي او الفريضة الشرعية حسب قانون الأحوال 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 الذكور والانثى وتضاعف حصة الزوج الباقي على قيد الحياة الخ... (١) وفيما عدا ذلك ليس هناك اي فرق حقيقي بين النوعين .

٣ - العقارات المتروكة المرفقة : وهي ، كما عرفتها الفقرة ٤ من المادة ٨٦ المذكورة : العقارات « التي تخص الدولة ، ويكون لجماعة ماحق استعمال عليها تحدد ميزاته ومداه العادات المحلية أو الانظمة الادارية . » ومنشأ هذا النوع من العقارات بطبيعتها في بلادنا يرجع الى قانون الاراضي العثماني عندما نص على الاراضي المتروكة بوجه عام شاملة بعض أملاك الدولة العامة المتروكة حق الانتفاع بها لعموم الناس ، كالطرق والأسواق والساحات الخ... (٢) وبعض أملاك الدولة الخاصة التي ترك حق الانتفاع بها لأهل قرية أو قسبة معينة كالمراعي والبيادر والمحتطبات (٣) .

وقد تبني قانون الملكية المقارنة ومن بعده القانون المدني الاخذ بمبدأ العقارات المتروكة وزاد في تفصيلها وايضاحها بالنص عليها بقرتين 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 قسبة أو عشيرة الخ... حق ارتفاق مؤبد باستعمالها والانتفاع بها . وتمثل هذه العقارات عادة بالبيادر ، والمراعي ، والمحاطب

(١) راجع تفصيل هذه الفوارق في الدكتور مامون الكزبري ، المرجع السابق نبذة

٢٤٨ ص ٢٥٦-٢٥١ .

(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 ، والحارسه 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 ، حينما يكون منشأ الحق العرف القديم ، وهو الاصل في هذا النوع من العقارات ، واما الأنظمة الإدارية حينما تكون صادرة فيها . وربما حددت ميزات هذا الحق ومداه بالامرین معاً حينما يختلط المصدران .

وطبيعي انه لا يجوز لأصحاب هذا الحق ان يتجاوزوه أو يسيئوا استعماله فيغيروا من غرضه أو يفرطوا في استعماله بما لا يأتلف مع غرضه الأصلي او بما يمنع استعمال حقوق الآخرين على الوجه المألوف^(١) بحيث تطبق على الذين يخرجون عن وجه الاستعمال المخصص احكام المادة ٩٥٧ من القانون المدني ، ويجوز اسقاط حقهم بحكم قضائي بناء على طلب مالك الرقبة بسبب اساءة المنتفع في استغلال العقار^(٢) .

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 سنبجثها 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 سيأتي نظرية النصف 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 ، والأثمار 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 يجيئها ، أي يجعل منها ارضاً زراعية او يسورها ويشغل فيها ، أن يملكها . لكن هذا المفهوم القديم قد أبعده 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 بتسليمها . 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 افضلية ضمن الشروط المعينة في انظمة املاك الدولة . »

فأكد القانون بذلك ملكية الدولة لكل الاراضي غير المعينة والامحددة ، ساحماً 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 بين 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^(٢) .

§ ٢ — العقارات بالتخصيص Immeubles par destination

١ — مفهوم هذه العقارات

كانت الشريعة الإسلامية ، 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 هياؤا هذا القانون^(٣) .

(١) راجع الدكتور الكزبري ، المرجع السابق نبذة ٣٥٠ .

(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 ٢٦٤) .

كما ان الشريعة الاسلامية كانت عنيت بتحديد المنقولات التي تدخل في بيع المفارودون ذكر ، ونصت المجلة (المادة ٢٣٢) انه اذا بيعت دار دخل في البيع الاقفال المسمرة والدواليب والحزن 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 متماته . وهو بهذا الاعتبار عقار تصوري وحكمي محض ، ومن عمل المشرع^(١) .

وكان القرار ٣٣٣٩ قد وضع وفصل مفهوم هذا النوع من العقارات (المادة ٣) ، وبتين معنى استغلال المنقول والعقار الاصلي او استثماره ، ومعنى رصده على خدمته ، وعدد الاشياء التي تختص بالاستثمار الزراعي والصناعي ، مستثنياً منها الاستثمار التجاري . فاعتبر عقاراً بالنظر للغاية المعدة لها فيما يختص بالاستثمار الزراعي - الحيوانات المعدة للزراعة والآلات الزراعية والمعاصر والانايبق والبواميل الكبيرة المستعملة لوضع العنب في مصانع الخمر ، واسماك الغدران ، وخلايا النحل ودود القز في الحصاص ، والسهاد والقش المعد لتسميد الارض ومساميك الكرمه .

وفما يختص بالاستثمار الصناعي ، المدخرات ، والآلات بما في ذلك الناقلات

(١) راجع الدكتور الكزبري ، المرجع السابق نبذة ٣٦

والعربات الصغيرة والحيول، 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، فإنه تبني ماجاء في قانون الملكية العقارية الا انه وسع
الفكرة واطلق المبدأ في نظرية التخصيص هذه دون تعداد او تمثيل متمشياً
مع ماساد في الفقه الحديث وارااء 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 كالا من الاستثمار الاقتصادي، بحيث يؤدي فصلها، في
الحجز أو البيع أو 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^(١) بحيث لا ينفرد هذا المنقول بالحكم بل يتبع العقار الاصيل 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^(٢) وبعضهم جعلها اثنين^(٣) ، دمجاً في ذلك الجزء في الكل . وهو ما سار 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 ، او من يمثله . وعلى ذلك لا يملك 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 بموافقه .

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^(١) .

الشرط الثاني : اتحاد المالك في العقار والمنقول :

وهو ما يتصل بالشرط السابق ويعني انه لا يكفي أن يتم التخصيص بمعرفة واردة 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 يرضه صاحبه في عقار يملكه » . فلا يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يرضه 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 ، بما لا يمكن أن يتحقق عند اختلاف المالك .

ويعتبر المالك مختلفاً لو وضعت شركة ذات شخصية اعتبارية منقولاً لها في خدمة عقار او رسداً 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^(٢) ، لانه عند التخصيص وحتى ثبوت العكس كان بحكم المالك .

وبالمقابل لا يستطيع 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^(٣) .

(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 نبذة ٤٢ ؛ وعمد 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 الاسامي بقولهم يجب ان تكون هناك علاقة تخصيص بين المنقول والعقار rapport de destination^(١) ، 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 »^(٢) باعتبار ان كلمة « المنفعة » تشمل الخدمة والاستغلال ومختلف انواع التخصيص .
فما هو مفهوم هذا الرصد وحدوده وطرق تحقيقه ؟^(٣) .

لقد فرقت التشريعات القديمة (كالقانون المدني الفرنسي ، والقانون المدني المصري السابق الاهلي والمختلط ، وقانون الملكية العقارية الصادر بالقرار ٣٣٣٩ لعام سنة ١٩٣٠ لدينا) بين التخصيص المعنوي المحض ، وبين التخصيص المادي الذي يلصق فيه المنقول بالعقار .

فالنوع الاول في رصد المنقول على منفعة العقار، يقوم على مفهوم اقتصادي وتقديرى بحت دون أية صلة مادية ظاهرة . انه مجرد وضع منقولات بموكة لصاحب العقار ومن قبل هذا المالك في العقار ، دون تثبيتها أو تسميرها فيه ، وانما بقصد استخدامها في استثماره واستغلاله بحسب نوع العقار ونوع الاستثمار . وقد أشرنا الى أن قانون الملكية العقارية، القرار ٣٣٣٩ السابق الذكر، كان قد عدد - على غرار القانون الفرنسي - المنقولات التي يمكن تخصيصها رسداً على العقار في الاستثمار الزراعي والصناعي .

-
- (١) راجع بلايول وريبر ، المرجع السابق ، نبذة ٢٦٤٩ ؛ محمد كامل مرسي المرجع السابق نبذة ٥٥٢ .
(٢) راجع الدكتور الكزبري ، المرجع السابق نبذة ٤٤ .
(٣) راجع تفصيل ذلك في بلايول 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 ، الأثاث ، البراميل الكبيرة المستعملة لوضع العنب ، خلايا النحل ودود القز وأسماك الغدران ، والبذور التي لم تبذر (لأنها بعد البذر تصبح عقاراً بطبيعته) ومساميك الكرمة (أي العصي والاشخاب التي تسند بها الاغصان) والسماد والتبن والقش ...

وفي الاستثمار الصناعي الآلات والأجهزة الصناعية على اختلافها والأبواب وال عربات والناقلات والحيوانات المحصنة 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 المبدأ وأطلقه دون تمثيل ، ودون حصر بالاستثمار الزراعي والصناعي . بل قرر ان وضع المنقول - أي منقول - رصداً على خدمة العقار - أي عقار - واستغلاله - أي نوع من أنواع الاستغلال أو الاستثمار - يجعل من هذا المنقول عقاراً بالتخصيص . فمثل بذلك فضلاً عن الاستثمار الزراعي والصناعي الاستثمار التجاري والمدني اللذين كانت استثنائهما قانون الملكية العقارية لدينا سابقاً ودون حاجة الى حصر المنقولات او تعدادها . وهكذا فالعقار المحصن 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 والنخ ...

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 ليستخدما في نقلاته الشخصية ونزهاته ؛ والمواشي التي يقتنيها للتجارة ، وكذلك الأشياء التي يستخدمها صاحب المعمل في مصنعه لوقايته أو لتقلده ، لا تعتبر كلها عقارات بالتخصيص لأنها لم ترصد على منفعة العقار نفسه واستغلاله^(١) كما يشترط في الاستثمار الصناعي والتجاري والمدني أن يكون المكان قد هيء خصيصاً لإيواء المنقولات الموجودة فيه^(٢) .

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 ، إذا 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^(٣) .

(١) راجع محمد كامل مرسي ، المرجع السابق نبذة ٥٣ ؛ الدكتور الكزبري ، المرجع السابق ص ٨ ؛ 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 ، ص 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^(١) 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 تاركاً ذلك الى الاجتهاد ، وجاء القانون المدني ، تفادياً لكل ما يمكن ان ينشأ من اختلاف حول مفهوم الارتباط الدائم وكيفية حصوله ، فاعتمد معياراً جديداً وعماماً هو « رصد المنقول على خدمة العقار » وقد حاول الفقه تحليل ذلك بالنسبة لمختلف انواع العقارات ، من دور السكنى ، والمشافي والمدارس الخ .. على اساس النظر الى بقاء المنقول منفصلاً عن البناء ومستقلاً بحركته من جهة ، وضرورياً في استعماله لما انشئ اليه من جهة أخرى ، كالمقاييس 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^(٢) .

اما المنقولات التي تتصل بالعقار اتصال قرار واستقرار كالأبواب باقفاها ، والمصعد والادوات الصحية المثبتة الخ ... فهي عقارات بطبيعتها^(٣) ، لاعقارات بالتخصيص .

٤ - الآثار 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 نحاشياً للمساوىء التي يمكن أن تنجم عن الفصل والتجزئة .

(١) راجع بلاينول وريبير ، المرجع السابق نبذة ٢٦٦٢

(٢) راجع محمد كامل مرسي المرجع السابق نبذة ٦٣-٦٧ ؛ محمد علي برفة ، 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 تجوز المنقولات وبصورة مستقلة عن العقار المرتبط فيه، بل يجب ان يحجز مع العقار الاصلي حجراً عقارياً لاحقاً للاحجز منقول. ولهذا الاثر اهمية كبيرة في التطبيق .

على ان ثمة اثاراً تنجم عن هذا الربط والتبعية ، منها ان العقار بالتخصيص يعتبر داخلاً 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^(١) وما دام هذا التخصيص من عمل المالك وبارادته في الاصل فإنه يستطيع في كل وقت فك هذا الارتباط واعادة صفة المنقول الى العقار بالتخصيص سواء بالفعل وسواء بالعقد .

ولكن اثار التخصيص لا تنتج تماثلاً كاملاً ونطاقاً تاماً بين العقار بالتخصيص والعقار بطبيعته بل تقتصر على الشؤون المتعلقة بالغاية من التخصيص فقط للاختلاف الجوهرى 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 بقاءه منقولاً - شيئاً ثابتاً وترتيبها نتائج متضاربة ومعقدة ينشأ عنها الكثير من التشويش القانوني والاضطراب الفعلي .

فما لاشك فيه ان صفات العقار بطبيعته لا يمكن ان تنطبق على العقار بالتخصيص الافتراضي والحكمي لانه منقول ويبقى منقولاً، 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 لا يسرق ، اللهم الا اذا هدم او قلع ليصبح منقولاً فيكون هناك إعلان . كذلك يبقى لبائع المنقول الذي أصبح عقاراً بالتخصيص امتياز بائع المنقول . كما ان العقار بالتخصيص يتبع حكم الارث الشرعي ولو كان مرتبطاً بعقار اميري لأنه يبقى ملكاً وكذلك هو لا يخضع 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 . (١) وهو بما لا يزال محل نزاع .

وبتساءل الفقهاء ألم يكن بالأمكان تحقيق النتائج المرجوة من نظرية العقار بالتخصيص ، من حيث تبعية المنقول للعقار في الأحكام المشار إليها قبلاً ، اذا قبلت تبعية المنقول للعقار عندما يكون مخصصاً لاستغلاله وعدم جواز فصله الا برضاء مالكة في التصرفات والحجوز ، دون حاجة الى نظرية التخصيص ؟

ويبدو ان هذا هو الرأي الذي يفضله الفقه الحديث (١) وهو أقل تعقيداً واقرب منا لافضل نتائج .

٣٤ - عقار بتصريح المالك او بنص القانون

هناك نوع خاص من العقار الحكمي نص عليه القانون الفرنسي ، وانشاء 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 الصفة العقارية حتى يرفعها مالك الأسهم بتصريح مخالف . وليس لمثل هذا النوع أثر في التشريعات الاخرى ، ولا شيء منها في قانوننا .

(١) راجع بلانيول وريير ، المرجع السابق نبذة ٢٦٤ : محمد كامل مرسي المرجع السابق نبذة ٧٠ ؛ الدكتور الكزبري المرجع السابق نبذة ٥٩

الفصل الثاني

الاشياء المنقولة

لم يعرف قانوننا المدني المنقول تعريفاً مباشراً كما عرف العقار ، وإنما اكتفى - بعد أن عرف العقار في المادة ٨٤ - أن قال : « أن كل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول » .

أما في الشريعة الإسلامية ، والمجلة^(١) فقد عرفت المنقول بأنه « الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر وتحويله ، فيشمل النهود 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 .

ويعين الفقهاء في الفقه الحديث بين ثلاثة أنواع من المنقولات جرباً على التمييز بين أنواع العقارات فيفرقون بين المنقولات الآتية :

(١) راجع مرشد الحيران المادة ٣ والمجلة المادة ١٢٨

§ ١ - المنقولات بطبيعتها Meubles par nature

المنقولات بطبيعتها كما عرفت المدد ٥٢٨ من القانون الفرنسي هي الأشياء التي يمكن انتقالها من مكان الى آخر، سواء أكانت تتحرك من نفسها كالحيوانات أم بقوة خارجية كالمجادات ، ويطلقون عليها اسم المنقولات المادية Meubles corporels^(١) .

وتشمل المنقولات بطبيعتها كل الأجسام القابلة للانتقال مما لا يمكن حصره . وإن تكن الجملة قد ذكرت - كما أشرنا اعلاه - 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 الى أحكام خاصة شبيهة بأحكام العقارات كالتسجيل والعلانية في نقل الملكية ، أو في الرهن والتأمين ، كما سوى القانون بينها وبين العقارات في جريمة أحراقها^(٢) الخ وقل مثل ذلك بالنسبة للسيارات التي قضى قانون السير - مع إعتبارها من المنقولات - أن تخضع في نقل ملكيتها ورهنها والتأمين عليها إلى التسجيل الشبيه بالتسجيل العقاري .

(١) راجع بلايول وريير ، المرجع السابق بنذة ٢٦٧٥ ؛ محمد كامل مرسي ، المرجع السابق بنذة ٧٨ ؛ الدكتور الكزبري ، المرجع السابق بنذة ٦٢ .
(٢) راجع تفصيل ذلك في الدكتور الكزبري بنذة ٦٤

أدا أدوات البناء فانها تبقى من الأشياء المنقولة ما دامت لم تستعمل في البناء . وكذلك الانتقاص ، 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 والطاقت المماثلة فقد تردد الكثيرون فيها إذا كان التيار الكهربائي 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 طاقت محرزة) تنزل منزلة الأشياء المنقولة في تطبيق القوانين الجزائية^(١) .

§ 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 عرفها بعضهم بأنها الأشياء الثابتة التي تتخذ صفة المنقولات حينما تتجه النية إلى فصلها . فلا ينظر إليها من حيث وضعها في الحال ، وإنما ينظر إليها 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 بلايول وريبر ، المرجع السابق نبذة ٢٦٧٨ .

التي تباع أو تجوز 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 (١) .

ويترتب على اعتبار هذه الأشياء منقولة من حيث المآل نتائج عملية هامة أهمها :
(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 ؛ وفيما يتعلق بدعوى الغبن الخاصة بالعقار ، او في دعاوى الحيازة العقارية التي لا يستطيع المشتري ان يتمسك بها الخ ٠٠٠

§ ٣ - المنقولات غير المادية او المعنوية Menbles incorporels

هناك أشياء لا وجود حسي لها ، كالأشياء المادية السابقة ، ولكن وجودها وقيمتها غير مختلف فيها ، 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 نبذة ١٣٨٢ ؛ الدكتور الكزبري ، المرجع السابق ص ٧٢ ؛ محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ص ٧٣ - ٧٤ .

حينما توضع بالتجارة ، وهي التي تؤلف محل الحق الأدبي او المعنوي كما رأينا^(١) .
 و اذا كان البعض قد ذهب الى ان الأشياء المذكورة لا تدخل بهذا الاعتبار لاني
 المنقولات ولا في العقارات ، فان تأكيد القانون المدني بأن كل ما عدا العقار من اشياء
 يعد منقولاً ، أو جب اعتبار هذه الأشياء غير المادية ، منقولات و بحكم 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^(٢) .
 كما أطلق بعضهم عليها تعبيراً أخص هو تعبير « الملكيات المعنوية أو غير المادية »^(٣)
 على اعتبار انها تتمتع حقوقاً لأصحابها ذات مضمون شامل ومطلق وسار على جميع
 الناس ، كحق الملكية في الأشياء 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 الملكية أو
 الانتفاع أو الارتفاق المترتب عليه^(٣) باعتبار ان الحقوق تدخل 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 ما سبق ص ٤٢٩ .

(٢) راجع بلابول 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^(١) .

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 نبحت هنا جميع الآثار، ومختلف الاحكام التي يفترق فيها النوعان وانما حسبنا الاشارة الى أبرزها وأهمها^(٢) .

١ - من حيث القانون المرعي

هناك كثير من الاحكام في القانون المدني تختلف بين العقار والمنقول نذكر منها :

أ - **الحياسة وأثرها** : لقد اعتبر القانون ان مجرد حياسة المنقول عن حسن نية وبلاستناد الى سبب صحيح تكسب الملكية للعائز (المادة ٩٢٧) (فيما عدا

(١) وهي عندنا المرسوم التشريعي رقم ٧ : لعام ١٩٤٦ فيما يتعلق بالملكية الصناعية والتجارية، والقرار رقم ٢٣٨٥ تاريخ ١٧/١/١٩٢٠ .

(٢) راجع في أهمية هذا التفريق ، بلانيول وريير ، المرجع السابق نبذة ٢٦٢١ - ٢٦٢٩ ، الدكتور الكزبري نبذة ٧١ - ٨٧ ، محمد كامل مرسي ، المرجع السابق نبذة ٧-٢٣

حالي 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 نزع 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 الجازي .

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 .

هـ - في دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن : فقد منح القانون المدني (المادة ٢٩٣) بائع العقار الذي لا تتوافر فيه الاهلية ان يطلب الى المشتري تكملة الثمن الى اربعة ائتماس ثمن المثل اذا كان في البيع غبن لاكثر 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 الخليل في العقار حق الشفعة في اخذ حصة شريكه في العقار المبعة من الغير لقاء دفع ثمنها . ا. ا في المنقول فالشفعة غير جائزة ما لم يكن تابعاً للعقار .

٢ - من حيث قانون الاصول والجراءات

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 sequitur 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 لا يطبق الا على العقارات بل ولا يطبق على العقارات بالتخصيص الا اذا كان نزاعها مضرراً ومؤدياً لتلف . اما المنقول فقد يصادر في بعض الحالات او يؤتمم ولكنه لا يستملك .

٤ - من حيث الحقوق الدولية الخاصة

أ - يسرى قانون الدولة التي فيها العقار على جميع العقود المبرمة بشأنه ، اما العقود المبرمة بشأن المنقول فيسرى 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 - كذلك تحد القوانين بشكل عام من تملك الاجانب للعقارات وتخضع
ذلك الى ترخيص خاص . في حين ان ذلك القيد غير موجود بالنسبة للمنقول .

٥ - من حيث قانون العقوبات

هناك جرائم لاتقع الا على المنقول كالسرقة واساءة الائتمان والاختلاس
والتقليد الخ ... وهناك جرائم لاتقع الا على العقار كنزع الترخوم واغتصاب
العقار واتلاف المزروعات والاشجار الخ ...
لذلك كان للتفريق بين العقار والمنقول فائدة كبرى وأهمية عملية وتطبيقية
ظاهرة ، مما حدا بالفقهاء والنشريات الى العناية بهذا التقسيم والتوسع في درسه .



(١) راجع الدكتور الكزبري نبذة ٨٥ .

الفرع الثالث

الأشياء القابلة للاستهلاك ، والأشياء غير القابلة للاستهلاك

Choses consommables et choses non consommables
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 ، كالتماز 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 الأشياء الاخرى تكون غير قابلة له) فقال في المادة ٨٧ :

- ١ - الأشياء القابلة للاستهلاك 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 حكيمياً ، بحيث لا يقبل التكرار . ويكون على نوعين : استهلاك فعلي مادي ، كالأكل أو الاحراق أو الاتلاف الخ ... أو قانوني اعتباري بالتخلي عن ملكية العين ، كاتفاق النقود أو بيع العروض .

ويعتبر بحكم الاستهلاك القانوني أو الحكمي أحداث تغيير في شكل الأشياء رغم عدم التخلي عن ملكيتها كصنع الأقمشة ثياباً والمواد بناء ... أو تحويل الشيء إلى شيء آخر بطريقة من الطرق^(١) .

وإذا كانت العبرة في الاستهلاك الفعلي إلى الوضع الطبيعي للأشياء ، فإن هذا الموضوع نسبي ويتأثر إلى حد كبير بإرادة صاحبها ، فإذا كانت النقود والثمن مثلاً - وهي أكثر الأشياء استهلاكاً من أول استعمال - إنما يكون استعمالها في الأصل باستهلاك عينها ، فإن من الممكن أن يتصور التعاقد على عرضها في واجهة الصيرفي أو معرض الأثمن ومن ثم أعادتها دون استهلاك العين^(٢) ، وبالتالي لاتعد هنا أشياء استهلاكية

ومهما يكن الأمر فإن فائدة هذا التقسيم وأهميته تظهر في حالتين :

أ - بالنسبة لحق الانتفاع فإنه لا يكون إلا في الأشياء غير القابلة للاستهلاك لأنه يتوجب على المنتفع إعادة الشيء المنتفع به عند زوال الانتفاع .

ب - بالنسبة إلى العارية كذلك لأنه يتعين على المستعير أن يرد العين بعد استعمالها إلى صاحبها المعير .

(١) راجع محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ص ٧٩ .

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية المطولة ، محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ؛ بلانبول

دوبير المرجع السابق بئذ ٢٥٩٠ ؛ الدكتور الكزبري المرجع السابق ص ٨٤ .

الفرع الرابع

الأشياء المتلبّة والأشياء القيميّة

Choses fongibles et choses non fongibles

يقوم التفريق بين الأشياء المثلية والأشياء القيميّة منذ الشريعة الرومانية والشريعة الإسلامية ، على أساس التماثل الكامل أو عدم التماثل بين الأشياء ، تماثلاً من شأنه أن تقوم الأشياء المتماثلة مقام بعضها في الوفاء ، وإن بعض التشريعات عرفها بأنها ما يجري العرف على تعيينها بالعدد أو الوزن أو المقاس (المادة ٧١ من القانون الألماني) كما عرفتها المجلة (المادة ١٤٥) بأنها ما يوجد مثلها في السوق بدون تفاوت يعتد به .

وقد جمع قانوننا المدني بين الناحيتين في تعريف الأشياء المثلية (معتبراً بالتالي الأشياء الأخرى قيميّة ، 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 كالفهاس ذي النوع الواحد الذي يباع بالمقاس . . .
أما الأشياء القيميّة فهي في الواقع كل الأشياء التي لا تتوفر فيها الصفة المثلية

المذكورة اعلاه ، وقد عرفتها المجلة بالاشياء التي لا يوجد لها مثل في السوق أو يوجد ولكن مع التفاوت المعتد به في القيمة (المادة ٦٤٦) كالعرضات والمنازل والحيوانات الخ ..

وإذا 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 - عدد من الدونمات أو الهكتارات مثلاً - في منطقة أو قرية دون تعيين محدد في الأرض نفسها، وبالعكس في حال بيع محصول مثلي في الاصل ، كالخنطة او الحجر ، ولكن مخصصاً في مجموع انتاج ارض معينة او شجرة معينة^(١) . بل ان بعضهم ذهب الى ان مدار التفريق ومعياره هو نية ذوي الشأن ، اكثر من أن يكون معياراً موضوعياً^(٢) ونعتقد ان معيار التفريق يبقى موضوعياً ما لم يقصد الطرفان خلاف ذلك .

وينبه الفقهاء الى عدم جواز الخلط بين تقسيم الاشياء الى مثلي وقيمي وبين التقسيم السابق الى قابلة للاستهلاك وغير قابلة له ، رغم أن بعض التشريعات قد خلطت بينهما^(٣) ، ورغم ان الاشياء المثلية مما يكون في الاصل 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 وريبير المرجع السابق نبذة ٢٥٩٤ ؛ محمد كامل مرسي ، المرجع

السابق ص ٨١ .

(٢) الدكتور الكزبري ، المرجع السابق ص ٨٩ .

(٣) راجع بلانيول وريبير المرجع السابق ، نبذة ٢٥٩٣ ؛ محمد كامل مرسي ، المرجع

السابق نبذة ٧٩ ؛ الدكتور الكزبري ، المرجع السابق نبذة ٩٨ .

المثلي والقيمي اكثر من تأثيره في الاشياء القابلة للاستهلاك وغير القابلة له .
على ان للتفريق بين المثلي والقيمي أهمية وفائدة عملية تظهر في عدد
من الاحكام .

فمن حيث الوفاء ، وهو ابرز اسس هذا التفريق ، يمكن للمدين في شيء
مثلي أن يبرىء ذمته بتقديم اي فرد من أفراد هذا الشيء موافق في انواع
والجودة . أما في القيمي فإن الوفاء لا يكون الا بتقديم الشيء ذاته .
كذلك فإن المقاصة في الدين (١) 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 حين ان المثلي لا تنتقل
ملكيته الا بافرازه من غيره (المادة ٢٠٦) .

ومثل ذلك تلف الشيء ، لان تلف الشيء القيمي محل التعاقد يجعل تنفيذ
الالتزام مستحيلًا بعكس المثلي مادام يقوم بعضه مقام البعض الآخر
في الوفاء .

(١) والمقاصة هي انقضاء حكمي الدين في ذمة المدين في حدود ما يكون دائماً فيه
لدائته عندما يكون الدينان المتقابلان مستحقين وموضوعها 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 بالإشارة الى أبرزها .

١ - أشياء معتبرة أصلاً وأشياء معتبرة ثمرة

الأشياء المعتبرة ثمرة هي التي تنتج عن أشياء معتبرة أصلاً وغالباً ما تنتج بشكل دوري ، أما الأشياء التي هي أصل فهي التي لا تكون ثمرة لغيرها . فالثمار والغلال والاجرة ثمرات لأشياء معتبرة أصلاً كاللبساتين والحقول والدور . ويلاحظ ان الأشياء المعتبرة ثمرة لا تؤدي في حال استهلاكها الى انقاص قيمة الشيء الاصيل باعتبارها نتاجها الطبيعي . اما انقاض الدار مثلاً فليست أشياء معتبرة ثمرة وانما جزءاً من الاصل نفسه .

ولهذا التقسيم بعض الفوائد ، إن في حق الانتفاع الذي يتناول الثمرة دون الاصل ، وإن في أثر الحيازة الذي يكسب ملكية الثمرة للحائز حسن النية ، اما الاصل فله شروط أخرى ، وإن أخيراً في اختلاف أهلية التصرف بين الأشياء الثمرة والأشياء الاصل^(١) .

(١) راجع الدكتور الكزبري ، المرجع السابق نبذة ٨٠٩ : محمد كامل مرسي .

المرجع السابق نبذة ٩٦ و ٩٧ .

٢ - اشياء أصلية وأشياء تبعية :

الشيء الاصيل هو الذي يكون له وجود مستقل كالارض والدار ، والشيء التبعي هو الذي يرتبط بشيء أصلي ، ولا يقوم الا متعلقاً به ، كالتار 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 قضاء فان الماء الذي تسقى منه الارض يعتبر شيئاً تبعياً فيدخل في بيعها دون ذكر مالم يستثن صراحة . اما ماء الفيحة 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 ، كالارض والحبوب والدور الكبرى . . . كان من الاشياء القابلة للقسمة ، اما اذا لم يكن قابلاً للتجزئة بالكلية او كان يقبل التجزئة ولكن تقوت المنفعة المقصودة منه ، كالحيوان والسيارة والدور الصغرى ، فيكون غير قابل للقسمة وتظهر أهمية هذا التقسيم في طلب القسمة القضائية حيث يتمين 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 بنده ١١٢ و ١١٣ .

المبحث الثالث

تقسيم الأموال

لقد رأينا في المبحث الأول من هذا الباب ان « الأموال » في الفقه والشريعة 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 فإن ثمة حقوقاً تثبت وتنشأ عنها قيمة مالية ولكن دون ان تنصب على شيء او عين .

وهكذا لا مجال لتقسيم الحقوق فيما يقبل التعامل او لا يقبل منها ، ولا فيما هو مثلي او قيمي ، ولا فيما هو قابل او غير قابل للاستهلاك .
وبالمقابل فان هناك ما يوجب التفريق بين الحقوق المنصبة على الأعيان والأشياء ، وتسمى بالحقوق والأموال العينية ، وبين ما يتناول الالتزامات والتعهدات في الذمم وهي الحقوق الشخصية او حقوق الدين كما سبق وفرقنا بينهما^(١) .

(١) راجع ما سبق ص ٤٢٠-٤٢٧ .

كذلك هناك نوع من تقسيم الأموال باعتبار عائدتها وصاحب السلطان عليها وما خصت له الى أموال او حقوق تعود للأفراد ويطلق عليها اسم 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 هي الاقسام الرئيسية للأموال نظراً للاعتبارات التي ذكرناها .



الفرع الأول

الأموال العقارية والأموال المنقولة

مادامت الأموال هي الحقوق وقد أطلق عليها اسم « الأموال العينية Les biens ou droits réels عندما تنصب على أشياء 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

عرف 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 الارتفاق العقارية ، (٧) الرهن والتأمين العقاري ، (٨) الامتياز ، (٩) الوقف (١٠) الاجارتان (١١) الاجارة الطويلة ، (١٢) حق الاختيار الناتج عن الوعد بالبيع .
ومن هنا 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 مالأعقاريًا .

(١) راجع ما سبق ص ٢٠٠ وما بعدها .

ولم يشأ المشرع أن يترك بيان الحقوق العينية التي يجوز أن تجري على العقارات بل عددها في الفقرة الثانية أنواعها وهي على نوعين أصلية وتبعية .
 أما الأصلية - كما سبق وعرفناها (١) - فهي التي تكون فيها سلطة صاحب الحق منصفة 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 بتعلق 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

من الملكية العقارية

أ - مفهومه وخصائصه

هو الحق العيني المترتب على عقار معين يخول صاحبه دون غيره ، استعمال هذا العقار واستغلاله والتصرف فيه في حدود القانون (٢) . ويستخلص هذا التعريف من النصوص التشريعية للملكية العقارية سواء في القرار ٣٣٣٩ ، أو في القانون المدني ، ومن أقوال الفقهاء .

(١) راجع ما سبق ص ٤٢٠ وما بعدها .

(٢) راجع الدكتور الكزبري ، المرجع السابق نبذة ٢٤٦ .

فقد نصت المادة ١١٥ من القرار ٣٣٣٩ المذكور ان الملكية العقارية هي «حق استعمال عقار والتمتع والتصرف به ضمن القوانين والقوارات 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 نحت تصرف الشخص وأرادته بصورة مطلقة وبشكل مقصور على صاحبه » (١) .

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 ملئصق بشيء مادي (كما يقول الرومان *Jus in re*) وحق الملكية العقاري يكون متصلاً بعقار بطبيعته أو بالتخصيص . ولا يمكن أن تصور 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 الانلاف ، وبالقول بالتصرف

(١) وقد أورد هذا التعريف المؤلفان اوربي ورو *Aubry et Rau* (في كتابها شرح القانون المدني ج ٢ نبذة ١٩٠) وتبعها أكثر المؤلفين والشرح ؛ 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 بوجود 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 يمنع على سائر الناس أن يشاركوه في الانتفاع بحقه هذا دون موافقته أو رضاه ^(١) .

ولكن ذلك لا يعني أن استعمال هذا الحق الحصري لا يكون الا من المالك نفسه وشخصياً بل يكون كذلك بالواسطة أيضاً كحالة إيجار العقار أو التنازل عن الاستثمار .

ومع ذلك ورغم اطلاق حق الملك وقصره على المالك ، فإن 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 يجوي نصاً صريحاً على اعتبار الملكية وظيفة اجتماعية ، لا ملكية فردية مطلقة ^(٢) . وقد حذفت هذه

(١) وبالاتحاد الى هذا المبدأ قضت المحاكم الفرنسية بحق المالك بهدم حائطه او عدم هدمه ، ومنع شركة كهرباء بد 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 محتتماً بالمباراة التالية : « لملك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله وإستغلاله والتصرف فيه ، على أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة إجتماعية » .

العبرة كتمبير عام مع بقاء القيود الكثيرة الواردة في هذا الحق .
 د - ويضيفون أخيراً 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 بالأصل حتى بالتقادم ولكن يكتسب
 من الغير ، فيتصادم الحقان ويرجع 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^(١) وهي السلطات التي يولها 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 أو 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 كبديل الأيجار .

الثالث : حق التصرف والإستهلاك usus, jus abutendi وهي تشمل
 جميع أنواع التصرفات التي يحق للمالك إجراؤها من تصرفات مادية وفعلية، من
 تغيير شكل الشيء أو استهلاكه أو إقلافه ، أو قانونية بالتنازل عن الحقوق
 التي للمالك كلها أو بعضها ، بيعاً أو هبة أو إصاء 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. (إذا كان خاصاً بمنزل مثلاً) 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 وأخدها. لأن الحقين السابقين، في حال تجزئتهما عن حق الملكية التام وفصلهما أو فصل أحدهما، فإن ذلك إنما يكون مؤقتاً بطبيعته لا دائماً كحق الملكية الجامع للعناصر الثلاثة.

٢ - حق التصرف في الأراضي الأميرية

حق التصرف في الأراضي الأميرية هو في الأصل حق الإنتفاع والاستغلال لهذه الأراضي، الذي منحه السلطان أو الدولة للأفراد مع احتفاظها بالرقبة، وقد كان في البدء مؤقتاً ثم أصبح دائماً. وكانت الفوارق بينه وبين حق الملك كثيرة وعميقة، ولكنها مع الزمن زالت تدريجياً حتى أصبح حق التصرف في الأراضي الأميرية ماثلاً تماماً لحق الملكية في العقارات الملك بجميع خصائصه وعناصره فيما عدا الأمور التي أشرنا إليها 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 أن 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 والأردن بعد أن زالت أكثر خصائصه وفوارقه بالنسبة لحق الملك.

حق السطحية نوع خاص من انواع حق الملكية أو النصرف ، أقره القانون الروماني ، وأخذت به الحقوق الغربية . وقد عرف 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 ومنجدة مع الأرض في الملكية أو حق التصرف ، وبين ملكية الأرض ، بحيث تعود ملكية كل منها 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 يجهله 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 - الذي يتناول حق المالك للأرض بما فوقها - يعتبر في اعتقادنا نوعاً خاصاً من أنواع التجزئة الذي يفرق بين استثمار سطح الأرض وملكيتها رقبتهما 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 أو كبناء على كل العرصة ، أو جزئياً عندما لا يشمل الا

(١) راجع الدكتور الكزبري المرجع السابق نبذة ٨٧

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 لمساوته في فصل ملكية الأرض عن ملكية ما فوقها بما لا يأنلف مع طبائع الأشياء ويعرقل الأزدهار الاقتصادي (١) .

ويسقط حق السطحية بزوال الغراس أو البناء لأي سبب كان ، أو بتحاد ملكية الأرض مع ملكية السطح في شخص واحد .

٤ - حق الانتفاع Droit d'usufruit

أ - مفهومه وخصائصه :

حق الانتفاع 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 الانتفاع يفصل عناصر الملكية الثلاثة الى قسمين الأول يتناول عنصرى الاستعمال والاستغلال أو الاستئجار ، فيؤلفان حق الانتفاع ، والثاني يتناول العنصر الثالث المتعلق بالتصرف في عين الشيء أو رغبة العقار الذي يؤلف الملكية المجردة أو 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 محلّه ، ويحتج به تجاه سائر الناس ويسجل في السجل العقاري ، وبذلك يختلف عن حق المستأجر أو المزارع الذي إنما يستمد فيها 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 وملكيتهما . . كما أن حق الانتفاع خلافاً للملكية حق مؤقت لمدة معينة لا تتجاوز في كل الأحوال حياة صاحبه ، مما يجعل لهذا الحق بعض خصائص الحق الشخصي ، ومما هو محل انتقاد بعض الفقهاء (١) :

ب - انشاء وآثاره :

بحث القانون في طرق انشاء حق الانتفاع ، وبيننا 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 أولادهم القاصرين حتى سن الرشد ، والزواج على أموال زوجه المتوفى ، في حين أضاف القانون المصري إلى الطريقين الأصليين السابقين طريق الشفعة التي لم يأخذ بها قانوننا .

والطريقة الأولى هي طريقة التعاقد التي يتفق فيها صاحب العقار مع المنتفع على التنازل لهذا الأخير 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 (٢) حتى لا نجس الأموال 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 الملكية بكاملها لالحق 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 المنتفع الحق
باستعمال الشيء ، كسكنى الدار ، او اتخاذ البناء مقرأ ، 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 يتوجب 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 بد 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 الواقع على الشيء المنتفع به قبل انشاء الانتفاع^(١) .
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 ، فإذا استحال عليه ذلك ترتب ان يدفع المالك تعويضاً مساوياً لما ألحق به من ضرر .

٥ - حقوق الارتفاق Droits de servitudes

أ - مفهومها وخصائصها

حقوق الارتفاق في مفهوم الحقوق الحديثة مفهوم موضوعي بحت . وقد عرفت المادة ٩٦٠ من القانون المدني حق الارتفاق بأنه « تكليف مفروض على عقار لمنفعة عقار معين ، جار في ملكية شخص غير مالك العقار الاول ، كحق الارتفاق المقرر لعقار - ايأ كان مالكة - بالمرور على عقار آخر أو باسالة المياه منه - ايأ كان مالك العقار الثاني - فأخرجت بذلك مفهوم الارتفاق عن فكرته الشخصية والسلطوية التي وجدت في الحقوق القديمة حيث كان الارتفاق تكليفاً على عقار او على اشخاص ، لمصلحة شخص او عقار آخر ، اشبه بالسخررة الاقطاعية . كحق الصيد الذي كان يتمتع به الاقطاعيون والاسياد في فرانسه على مساحة او قري يملكها الفلاحون .

ومن هذا التعريف يتبين انه يشترط في الارتفاق ان يكون هناك عقاران مستقلان وبطييعتهما - لا بالتخصيص - من العقارات القابلة للتداول وللكين 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 أو هذا العبء إنما يكون بسبب ملكية العقار
لابسبب 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 لا تقبل
الانفصال عن العقار المرتفق أو المتسلط ولا تقبل التصرف أو التفرغ مستقلاً
عن العقار المذكور كما لا يجوز القاء الحجز عليها أو تفريقها في الحجز ، وهي
دائمة كحق الملكية .

٣ - ان حق الارتفاق يكون لجميع العقار المرتفق على جميع العقار المرتفق
به ولا يقبل التجزئة والتبعض ، 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^(١) .

ب - تصنيفها واوضاعها

لحقوق الارتفاق انواع كثيرة ، وأشكال مختلفة ، وقد صنفوها باعتبارات
مختلفة فمن حيث المصدر صنف حقوق الارتفاق في ثلاثة انواع :

١ - حقوق ارتفاق طبيعية تفرضها وضعية العقارات واما كنها الطبيعية
ومن أبرز أمثلة هذا النوع حق مسيل مياه الامطار الطبيعية المترتب على
الاراضي الواطئة لمصلحة الاراضي العالية . (راجع المادة ٩٦٣ مدني) .

٢ - حقوق ارتفاق قانونية أوجدها القانون ونص عليها ، وهي اما ان

(١) راجع التفريق بين الحقين ، الدكتور الكزبري ، المرجع السابق بنذة ٥٢٩ .

تكون عائدة للمنفعة العامة ومن أبرز أمثلتها مانص عليه القانون المدني (المادة ٩٦٧) حق الوصول الى شواطئ 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^(١).

واما ان تكون للمنفعة الخاصة ، وقد عدد القانون المدني هذه الارتفاقات (المواد ٩٦٨-٩٨٦) و خلط بينها وبين قيود الملكية والتزامات الجوار . ومن أبرز 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 الإنسان وعن طريق التعاقد وهذه لا حصر 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 ايجابية هي التي تسمح بمباشرة اعمال مصرفية 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 المثل ، والمجرى في حق امرار المياه أو المسيل . والثانية ، غير الظاهرة ، هي التي ليس لها مظهر خارجي كارتفاق عدم جواز البناء او ارتفاق النظر .

٣ - حقوق ارتفاق مستمرة و غير مستمرة ، فالأولى هي التي يكون استعمالها متواصلا ولا يحتاج لفعل الإنسان كحق المثل ، والثانية ، غير

(١) راجع الدكتور الكزبري المرجع السابق بنذة ٥٤٠ و ٥٤١ .

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 ، بما لاضرورة لتفصيله هنا (١)

٦ - الوقف والاجارنان والاجارة الطويلة

الوقف مؤسسة حقوقية شرعية نصت عليها الشريعة الاسلامية ودعت اليها السنة الشريفة ، وقد منحها قانوننا الشخصية الاعتبارية كما رأينا (٢) والوقف في الاصل « حبس العين والتصدق بالربيع » . ولكن الفقهاء اختلفوا في الجهة التي تحبس عليها العين . فقال ابو حنيفة لأنها تحبس على ملك الوقف ، غير ان منافعها فقط هي التي تعود الى الجهة الموقوف عليها تبرعاً من الواقف . وقال صاحبان محمد وابو يوسف ان العين تحبس ملكيتها على ملك الله ، باعتبار ان الوقف في رأيها 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 رقبته وانما الانتفاع يربعها مع بعض الفوارق بينها (٣) .

والوقف ، كما عرفناه ، مؤسسة خيرية ، انما شرع في الاصل ليكون مخصصاً الى جهات البر والخير ، كالمساجد والمشافي ، والفقراء ... الى آخر ما هنالك من انواع الخدمات الدينية والانسانية التي لاحصر لها . ولكن الوقف

(١) راجع تفصيل ذلك في الدكتور الكزبري ، المرجع السابق ص ٥٧٢ - ٦٠٧ .

(٢) راجع ما سبق ص ٦٨٠ - ٦٨٨ .

(٣) راجع الاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ، أحكام الوقف ، الجزء الاول بنذ 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 لإبتداء على نفسه أو ذريته ، أو على
شخص أو أشخاص معينين وذريتهم الى الدرجة وبالشكل الذي يريد ، على
أن ينتهي في كل الأحوال الى جهة من جهات البر والخير في حال
انقراض المستحقين .

وأما الوقف المشترك فهو الذي تحبس أعيانه لجهة خير والأفراد والذري
معاً وفي وقت واحد .

وقد منع قانوننا إنشاء الوقف الذري والمشارك 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 بالأثر ولا رهنها ،
بل تبقى محبوسة الى الأبد . وتخصر حقوق المستحقين فيه بالمنفعة والربح وفق
شروط الواقف (٢) . على أنه يمكن استبدال 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 والنخ . . . وهي حقوق عينية كانت تمنح للشاغلين لعقارات
الوقف لقاء ديون أو أعمال واطافات يجرونها على عقارات الوقف . وقد منع

(١) راجع ما سبق ص ٦٨٢

(٢) راجع في طبيعة الوقف ونشوته وحياته وزواله ، ما سبق ص ٦٨٠ - ٦٨٨ .

إنشاء أي حق عيني على العقارات الوقفية تحت طائلة البطلان بموجب القرار
بالقانون رقم ١٦٣ تاريخ ٢٧ ايلول ١٩٥٨ .

أما الأجارقان ، فهي نوع من الحقوق العينية على العقارات الوقفية . وقد
عرفها القانون المدني (المادة ١٠٠٤) بأنها « حق عيني يولي صاحبه بصورة دائمة ،
إستعمال عقار موقوف واستغلاله مقابل تأدية ثمنه . . » وقد حدد القانون هذا
الثنى بمبلغ معين معادل لقيمة الحق المنفرغ عنه - كبديل لإيجار معجل - يضاف
إليه مرتب سنوي دائم بمعدل ٣ بالألف من العقار .

وأما الأجار الطويلة ، فهي كذلك حق عيني على عقار موقوف يولي
صاحبه حق إحداث ما شاء من الأبنية وغرس ما شاء من الأعراس في العقار
المذكور وذلك لقاء مبلغ معين موازياً لقيمة الحق المنفرغ عنه بالأضافة إلى 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 سلامة صاحبها 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 والأعراس ، أو التمتع عن دفع المرتب السنوي طيلة ثلاث سنوات
بالنسبة للأجار الطويلة . وإمكان رجوعه إلى جهة الوقف في حال إنقراض
الورثة ، وكذلك إمكان إستبداله بتأدية بدل للوقف وفق أصول وشروط نص
عليها القانون^(١) .

على أن هناك صوراً وأنواعاً كثيرة أخرى للحقوق العينية التي تترتب على
العقارات الموقوفة عرفتها الشريعة الإسلامية ، ولم ينص عليها القانون المدني ،
ما يزال بعضها موجوداً وقائماً في بلادنا من أشهرها الحكر والمقاطعة والقميص ،

(١) راجع الأحكام الخاصة في القرار بالقانون رقم ١٦٣ تاريخ ٢٧ ايلول ١٩٥٨

لإستبدال العقارات الوقفية ، الدكتور الكزبري انرجع السابق بنذرة ٥٨٠ و ٥٨٦ .

ومشد المسكة الخ... إضافة إلى النوعين السابقين ، لكل واحد منها وضع خاص ، وكلها تولى حقوقاً لأصحابها على العقارات الموقوفة أشبه بحقوق المنصرف في الأرض الأميرية مع فوارق وتفصيلات ، وقيود وأحكام تختلف بينها^(١) . هذه أبرز أنواع الحقوق العينية الأصلية التي نص عليها القانون .

§ ٢ — الحقوق العينية التبعية

لقد ذكرنا أن الحقوق العينية التبعية ، رغم أنها سلطة مباشرة على شيء ، إلا أنها لا يتصور وجودها دون الالتزام 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 — هو الرهن Droit de gage

أ - مفهومه وخصائصه :

والرهن بوجه عام ، عقد يوضع بموجبه تحت يد الدائن وسلطته أو تحت يد شخص آخر يتفق عليه الطرفان ، شيء (منقول أو عقار) تأميناً لوفاء الدين أو الالتزام بالأفضلية على الدائنين الآخرين . وهو بهذا المعنى يقع على المنقول كما يقع على العقار ، ويسمى الأول رهن المنقول أو الرهن الحيازي ، ويسمى الثاني الرهن العقاري ، ويطلق عليه المصريون الرهن الرسمي .

(١) راجع تفصيل هذا الاختلاف ومجونه ، في كتاب أحكام الوقف للاستاذ الزرقاء المشار إليه .

ونظراً لأننا نبحث في هذا الفصل في المال العقاري ، لذلك فسنعصر بحثنا هنا على الرهن العقاري .

الرهن العقاري حسب التعريف السابق يكون المرهون فيه عقاراً ، يوضع في حيازة الدائن أو حيازة الشخص الذي اتفق عليه المتعاقدان ضماناً للدائن ، 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 ، عملاً بالمادة ١١ من القرار ١٨٨ لعام ١٩٢٦ المنظم لهذا السجل في سورية ولبنان .
- ٢ - انه حق تبعية ، أي تابع لالتزام أصلي انما انشئ لضمانه فينتبهه 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 اعادة العقار المرهون او ايجاره الى المدين الراهن . فالنسليم ابتداء شرط لعقد الرهن .
- ٢ - كذلك يشترط أن يكون العقار قابلاً للبيع ، لأن الرهن ينتهي بالبيع عند نأخر المدين الراهن عن دفع بدل الدين ، كما يشترط ان يكون الالتزام صحيحاً وقابلًا 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 ببيعه بالمراد العلني بواسطة دائرة التنفيذ وفق أصول واجراءات معينة ، ويكون للدائن المرتهن حق الأفضلية في استيفاء دينه من ثمن المرهون مقدماً على من عداه .

٢ - صو التأمين العقاري Droit d'hypothèque

أ - مفهومه وخصائصه

التأمين العقاري ، هو حق عيني مخصص ، 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 - انه حق عيني عقاري بحيث لا يقع الا على العقار بطبيعته او بالتخصيص تبعاً للعقار بطبيعته^(١) . - خلافاً للرهن الحيازي الذي يكون على المنقول كما يكون على العقار - ويخضع بالتالي الى جميع خصائص وقود الحق العيني العقاري ، وخصوصاً أحكام العلانية والشهر بوجوب تسجيله في السجل العقاري .

٢ - وهو حق تبعي لا أصلي ، كالرهن تماماً ، بحيث يتبع في وجوده وبقائه وزواله الى قيام التزام صحيح يضمن التأمين وفاءه .

٣ - 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 - ولكن من خصائص حق التأمين العقاري خلافاً للرهن - انه لا يستلزم تسليم العقار الى الدائن ، ونقل حيازته من المدين بل يبقى في حيازة 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 ٢٨/١١/٩٤٩ بالنسبة للركبات الهوائية (المادة ١٣) والمرسوم التشريعي رقم ٧١ تاريخ ٢٦/٩/٩٥٣ المعروف بقانون السير (المادة ٥٦) بالنسبة للسيارات ، اخضاع هذه الاشياء المنقولة في الاصل لقاعدة العلانية والتسجيل ، واجراء التأمين عليها في سجلها الخاص .

ب - شروطه واثاره

الأصل في التأمين العقاري ان يكون رضائياً وأن يتم عن طريق التعاقد
من هو أهل لاجرائه وقد اشترط القانون ان لا يكون 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 وديون 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) .

وبشمل التأمين العقاري العقار وملحقاته - بما في ذلك مبالغ الضمان التي قد
تستحق في حال الحوادث - 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 بالمراد 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 - حقوق الامتياز Droits de privilège

أ - 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 يترب 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 ، والمصرفات 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 ، كالاتي الامتياز المقرر لديون الدولة والخدم والعمال والمصرفات القضائية ، واما ان يختص بشيء معين ، ويسمى بالامتياز الخاص ، كالاتي الامتياز 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 التبعية 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 ماورد في

قوانين ونصوص خاصة . ولذلك لا بد 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 لا بد من تسجيله ليحتج به ويرتبته 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 ماكل وملبس في ستة اشهر الاخيرة .

٥ - النفقة المستحقة في ذمة المدين لافران 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) .

ومنما 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 الأسبق تاريخياً ، ما لم تكن معفاة بنص القانون من التسجيل كامتياز الرسوم
القضائية الناشئة عن بيع العقار أو امتياز نفقات التحديد والتحرير .
وأما بالنسبة للأمتيازات الواقعة على منقول ، عامة كانت أو خاصة ، فإنه
يرجع في تحديد رتبها الى نص القانون أولاً ، وقد نص قانوننا المدني على هذه
الرتب فإذا لم ينص القانون على رتبة الامتياز فإنها تأتي بعد مانص عليه القانون ،
وتعتبر حقوق الامتياز التي لم ينص القانون على رتبة لها متساوية مع غيرها .
لم ينص عليه .
ومن مراجعة المواد ١١١٦ - ١١٢٥ يبين 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 ذهب اليه وانجاسات الفقه الحديث ، الدعاوى المتعلقة
بحق عيني على عقار .

والحقيقة أن الفقه القديم كان يرى ان الدعوى في ذاتها إنما هي سبيل المطالبة
بالحق عن طريق القضاء ، وانه لا يتصور وجود دعوى بلا حق ، وانما من هذه
الجهة تعتبر من ملحقاته وتوابعه ، ومن أجل حمايته وتأييده ، ولذلك لم تكن
الدعاوى لتعتبر مالاً منقولاً أو غير منقول ، لأن العبارة للحق وما الدعوى ، لا
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 منقولاً
حسب ما يكون موضوعها الحكم بحق عيني عقاري ، أو تكون قد منحها القانون

لحماية حق عيني عقاري ، أو تتعلق بمنقول أو نص عليها القانون لحمايته ^(١) .

ويذكر المؤلفون بين الدعاوى العقارية الدعاوى الرئيسية التالية :

١ - دعوى استحقاق العقار التي يرفعها المالك .

٢ - دعاوى تثبيت حق من الحقوق العقارية كالانتفاع والسطحية والنخ ..

أو منع المعارضة بحق من هذه الحقوق .

٣ - دعوى القسمة العقارية .

٤ - دعاوى الحيازة العقارية وحمايتها .

والى جانب هذه الدعاوى الرئيسية يذكر من الدعاوى الآتية :

٥ - دعوى فسخ البيع العقاري لعدم دفع المشتري الثمن *action en*

resolution

٦ - دعوى فسخ البيع العقاري بسبب الغبن *action en rescision*

٧ - دعوى بطلان التسجيل العقاري لعدم الأهلية أو العيوب أيضاً .

٨ - دعوى الرجوع عن الهبة العقارية من الواهب أو تخفيفها .

النخ ...

والدعاوى الأربعة الأخيرة كانت تعتبر من الدعاوى الشخصية العقارية

المختلطة ، ولكن الفقه الحديث رجح الصفة العقارية لهذه الدعاوى وآثر انقراض

الصفة الشخصية أو المختلطة .

(١) راجع بلانول وريبر ، المرجع السابق ، نبذة ٢٦٦٦ . ويذكر أن الفقيه الفرنسي بوتيه Pothier كان من الرأي الذي لا يفرق بين الحق والدعوى ولا يجعل لها كياناً ذاتياً، في حين أن المؤلف المذكور يؤكّد أن هناك دعاوى عديدة كدعاوى الاستحقاق بالنسبة للمالك، ودعاوى الدفع من الدائن ، قد جعلها القانون نموذجاً لدعوى الحق القائمة بذاتها . كما أن هناك حالات يكون فيها الشخص لا صاحب حق عيني ولا طرفاً بحق دين ، ومع ذلك يمنحه القانون حق إقامة دعوى بطلب إبطال حمل 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
الدعوى مالا ووصفاها بالمنقول أو العقار ؟ وهل من فائدة لذلك ؟
من الناحية النظرية ، عندما تكون للدعوى بنفسها قيمة ، يجب أن تعتبر
مالا وقد يتفق أحيانا أن تسقط الدعوى ويبقى الحق ، هذا بالإضافة الى الأصل
التاريخي عندما كانت الحقوق الرومانية تجعل الحق تابعا للدعوى أكثر من أن
تتبع الدعوى للحق ، وبالإضافة إلى أن اعطاء صفة المال للدعوى يسمح بادخالها
في عناصر الذمة المالية ، على اعتبار أن الحقوق التي لا تكون مؤيدة بالدعوى
لا تقيد في الذمة المالية .

وأما من الناحية العملية ، فإن لاعتبار الدعوى عقارا أو مالا منقولا آثارا
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 فإن الدعوى العقارية لا تكون 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 . وإذا 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 ما عدا ذلك من الحقوق المالية » ، فإن هذا المدلول يستفاد - رغم السكوت - من نص قانوننا الذي 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 أولاً 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 الشخصية ، 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^(١) وتكون هذه الحقوق العينية المنقولة أصلية وتبعية ، كما هي في المسال العقاري . ولكنها لا تتناول من الحقوق التي عدناها إلا ما يقع على المنقولات دون التي لا تقع إلا على العقار ، كحق التصرف بالأراضي الأميرية وحق السطحية ، وحق الانتفاع وحق الارتفاق والآجارتين والأجرة الطويلة ، والتأمين العقاري . وقد سبق وأشرنا إلى هذين النوعين (الأصلية والتبعية) بالنسبة للمال العقاري وما يمكن أن يجري على العقار والمنقول وما يختص بالعقار دون المنقول .

ولعل أهم ما يستحق الإشارة في كل من الحقوق العينية الأصلية والتبعية التي تجري على المنقول (وهي حق الملكية بالنسبة للحقوق العينية الأصلية ، والرهن والامتياز بالنسبة للحقوق التبعية) هو أن خصائص الحق وعناصره واحدة ومتشابهة في الأصل بين المالكين العقاري والمنقول فيما عدا مبداء عام هو وجوب خضوع المال العقاري إلى التسجيل في السجل العيني العقاري لكل عقار خلافاً للمنقول ، وفيما عدا بعض الفوارق التي تقتضيها طبيعة الشيء محل الحق أو المال من كونه منقولاً أو غير منقول ، وقد سبق أن أشير إليها . فالجائزة في المنقول تقوم مقام التسجيل في السجل العقاري بالنسبة للعقار ، كما أن رهن المنقول مثلاً لا يتم إلا بتسليمه إلى الدائن المرتهن ولا يحتاج إلى تسجيل ، (فيما عدا السفن ، والمركبات الهوائية والسيارات) ويسقط بمجرد التخلي عن حيازته إلى المدين الراهن الخ

(١) راجع المذكورة الإيضاحية المطولة للمادة ٨٣ من القانون المدني المصري .

أ - الحقوق الشخصية والالتزامات تعتبر جميعها مالاً منقولاً سواء كان محلها المطالبة بمبلغ من النقود أم القيام بعمل أم الامتناع عن عمل ، بل حتى ولو كان موضوعها الذي تنصب عليه عقاراً ، كحق المستأجر أو المزارع في استعمال العقار المأجور أو الانتفاع به مدة الأجرة أو المزارعة ، بل وحتى ولو كان موضوع الحق الشخصي أو الالتزام بيع عقار يترتب على البائع تسليمه وتسجيله في السجل العقاري لنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري .

وقد يبدو غريباً أو محل نظر وتردد أن نصف مثل هذا الحق الذي ينصب في موضوعه على عقار بالمال المنقول . غير أننا إذا قبلنا بأن الالتزام في ذاته علاقة ورابطة بين دائن ومدين تلزم هذا الأخير بالقيام بتعبه ، سواء أ كان تسليم عقار أو منقول ، أو القيام بعمل إيجابي دون تسليم شيء أو الامتناع عن عمل ، في كل هذه الصور يكون الحق متروكاً في الذمة ويتناول في حال الامتناع إجبار المدين على التنفيذ أو التعويض . لذلك كانت له دوماً صفة المال المنقول .

ب - ويشمل المال المنقول كذلك الأسهم في الشركات المساهمة ، وحصّة كل من الشركاء في الشركات المدنية والتجارية غير المساهمة ، حتى ولو كان ما قدمه الشريك في رأسمال الشركة عقاراً ، لأن العقار حين يقدم ليُدخل رأسمال الشركة يصبح ملكاً لشخص الشركة الاعتباري ويغدو حق الشريك فيه حصّة شائعة في رأسمال الشركة كحق باقي الشركاء . والحصّة في ذاتها حق له كيان مستقل يقبل التنازل والتداول فهو مال منقول .

ج - كذلك يعتبر من قبيل الأموال المنقولة الالتزام بتأدية مرتب مدى الحياة ، أو بتأدية دخل دائم لشخص أو إيراد 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 مالا منقولاً .

§ ٣ — الدعاوى المنقولة Actions mobilières

لقد رأينا قبل قليل ، كيف أن الدعوى رغم ارتباطها بالحق الذي تؤيده وتحميه ، لها بحسب الفقه والنشرية الحديثين ، وجود وكيان حقوقي يضيف عليها صفة المال ، بحيث تعتبر بذاتها مالا منقولاً حينما يكون الطلب فيها ينتمي بمال منقول .

وإذا كان قانوننا لم يذكر الدعوى المنقولة ، كمال منقول ، كما لم يعرف المال المنقول نفسه ، فإن ذلك يستنتج — كتعريف المال المنقول نفسه — بطريق الاستنتاج بالمفهوم المخالف أو بالاستبعاد من تعريف المال العقاري وذلك باعتبار كل دعوى تخرج عن نطاق الدعاوى العقارية دعوى منقولة .

وإذا كانت الدعاوى العقارية هي التي تتعلق بحق عيني على عقار فإن 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 الصفات وتسمى بالدعاوى الشخصية العقارية كالدعوى التي يطلب فيها تسجيل حق عيني عقاري أو ترقيته والحكم بالتعويض بالوقت ذاته ، وهذه هي الدعاوى الشخصية العقارية التي أشرنا إليها 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 وما خصت 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 ولا تخصص للنفع العام ويطلق عليها اسم الأموال الخاصة .

وإذا كان قانوننا لم يشير إلى هذا التقسيم في الأموال صراحة ، فقد ألمع إليه 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 ومصالحهم .

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 باختصار .

وجدير بالذكر أن الأصل هو أن بحث أملاك الدولة ولاسيما العامة منها، في مفهومها وخصائصها، وفي تقسيمها وأنواعها، وفي إدارتها وأحكامها وكل ما يتعلق بها، إنما يعود بحسب التنظيم الحقوقي السائد لفرع الحقوق العامة والقانون الإداري 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 — مفهوم الأموال العامة وخصائصها

أ — 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 المنفعة العامة بالأشياء 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 إليها 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^(١) ومع ذلك فإن 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 ما يزالون يمزجون بين الأموال العامة والأشياء العامة ، بتأثير الحقوق الرومانية وجرباً على المزج بين الشيء والمال في كثير من النصوص الفرنسية^(٢) .

على أن ثمة أصلاً أساساً 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 تبني قانوننا مأخذه الفقه الحديث واتفق عليه الفقهاء في تعريف الأموال العامة وتحديد مفهومها حين نص في المادة ٩٠ أنه :

« ١ - تعتبر أموالاً عامة : العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص 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 الأموال العامة بوجه عام تشمل كل الأشياء من عقارات ومنقولات على السواء ، فلا تقتصر على الأشياء الثابتة فقط بل تتناول أيضاً الأشياء المنقولة على اختلافها ؛ مادامت هذه الأشياء قابلة للحيازة في ذاتها . أما إذا لم تكن قابلة للحيازة في ذاتها ، وهي الأشياء الخارجة عن التعامل

(٢) راجع بلايول وريبر ، المرجع السابق ص ٨٢٧ - ٨٤٥

بطبيعتها ، كالمهواء المحيط بالارض ، وأشعة الشمس الخ^(١) ... فانها لا تدخل في الاموال وتقسيماتها لأنها بطبيعتها ووضعيتها لا تكون محلاً للحقوق .

ويشترط في الاشياء التي تؤلف الاموال العامة أن يتوافر فيها شروطان أساسيان هما أن تكون عائدة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة (أي المؤسسات العامة التابعة للدولة) وتخضع مباشرة إلى سلطانها ، وأن تكون فضلاً 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 عائدة الاموال العامة للدولة لا تنطبق تماماً على مفهوم عائدة 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 يختلف اختلافاً جذرياً بين النوعين كما سنرى) ولا من حيث الآثار والاحكام والمؤيد والجزاء .

وعلى هذا فان المال الخاص ، أياً كان محلّه في عقار أو منقول ، الذي يكون عائداً للملكية 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 (ولما تهمل استملكها) وخصصتها للعموم بامر اداري منها مثلاً ، 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 ربيع واسترداد .

على ان الفقهاء قد اختلفوا في حقيقة عائدة الاموال العامة للدولة وطبيعتها 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 ، مؤكداً ان هذه النظرة هي التي تتفق مع الواقع بالنسبة لعناصر حق الملكية . فحق استعمال الاملاك العامة انما يعود لجميع الناس لا لسلطات الدولة ، وحق الاستئجار 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 (١) .

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 للملكية للدولة 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 والاجنبي او غيرها ، مثقلة بقيود أقل أو قريبة من هذه القيود دون أن تفقد اصحابها طبيعة ملكيتهم الخاصة لها (٢) .

٣ - 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 دوي Duguit ، مطول القانون الدستوري ج ٢ ص ٣١٥ وما بعدها ، برتلي ، Berthelemy ، الحقوق الادارية ص ٤٣٧ ، وما بعده ، وكولان وكايتان ، المطول الابتدائي للحقوق المدنية الفرنسية ج ١ نبذة ٦٨٩ ، النج ...
(٢) من هذا الرأي هوريو Hauriou ، الوجيز في الحقوق الادارية ص ٣٧ ، وما بعدها ، بلانيول وريبر ، المرجع السابق ، نبذة ٢٥٥٢ النج ...

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 الملكية الخاصة. فالطرق 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 ما يخصص لاستعمال الجمهور فحسب، بل وكل ما يخصص لمرافق 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 أو بنص في القانون أو بمرسوم.

وهذا الشرط الثاني هو في الواقع فيصل التفريق بين الملك العام والملك الخاص. اذ يجب التعري 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 كانت 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 بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة . وينتهي التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم ، أو بالفعل ، أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الاموال لمنفعة عامة . » بما يؤكد الارتباط الذي لاينفصم بين المال وبين تخصيصه للمنفعة العامة ليكون ويبقى مالاً عاماً .

ب - صفات هي الرولة في الاموال العامة وخصائصها

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 أو منقولاً ، ذا صفات وخصائص خاصة ، تختلف عن صفات وخصائص المال الخاص . وقد نص القانون المدني (الفقرة ٢ من المادة ٩٠) وقانون الاملاك العامة (القرار رقم ١٤٤ لعام ١٩٢٥) على أهم هذه الخصائص والصفات .

١ - عدم جواز التصرف فيها Inaliénabilité

قضى قانون الاملاك 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 محلاً للعقود والتصرفات من اي نوع كان لايبعاً ولاهبة ولا رهنأ ولا ارتفاعاً 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 " . وهو

(١) راجع الدكتور الكزبري ، المرجع السابق ص ١٣٨ .

الذي حدا بكثير من الفقهاء الى اعتبار حق الدولة على المال مجرد اشراف ومحافظة^(١)، كما ذكرنا .

بل ان من ابرز خصائص ملك الدولة العام - ولو كان عقاراً - انه لا يخضع للتسجيل في السجل العقاري كما تخضع له عقارات الاموال الخاصة ، لانه في طبيعته لا يقبل تصرفات المال الخاص .

ومع ذلك فان لهذا المبدأ استثناءات لا تؤثر على أصل التخصيص للمنفعة العامة ، وتوجيها مبادئ الحقوق الأخرى ومقتضيات المصلحة . واهم هذه الاستثناءات .

آ - احترام الحقوق المكتسبة التي للأفراد على الاموال العامة بحكم العادات او الاقضية حتى يستملك .

ب - جواز التصرف في الثمار الناتجة عن الاموال العامة التي تنتج ثروات ، كمحاصيل الاشجار في الطرقات والحدائق العامة ، وبيعها .

ج - جواز السماح باشغال الاملاك العامة بصورة مؤقتة ، بطريق الاجارة والامتياز ، كاشغال الارصفة ، او شواطئ الحمامات البحرية ، او الساحات العامة الخ . .

د - وأخيراً أمكان الاعتراف للأفراد ببعض حقوق الارتفاق . كحق المرور وحق المظل 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 اكدساب 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 وريبير المرجع السابق نبذة ٢٥٥٢ .

المال المحجوز من حيث النتيجة . وقد رأينا ان المال العام لا يقبل البيع في الاصل . وهذا الحكم من النظام العام كالحكمين السابقين .

بل ان من المسلم به في التشريع والفقہ ان املاك الدولة الخاصة نفسها لا تقبل الحجز رغم اختلاف مفهومها مع المال العام ، وعدم تخصيصها بالمنفعة العامة ، على اعتبار ان الدولة مليئة ولا يجوز 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 بانتفاء الغرض الذي من اجله خصص المال بالمنفعة 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 - انواع الاموال العامة

ان الاموال العامة كثيرة ومتنوعة بقدر تعدد الاشياء ونوعها ، وحسبنا اجمالاً لا يوضح الاموال العامة بين انواع الاموال ، ان نشير باختصار الى اهمها وابرز انواعها .

لقد اعتاد الفقہ تصنيف الاموال العامة باعتبارات مختلفة تفيد كل منها في حكم من الاحكام :

أ - يفرقون أولاً بين الاموال العامة من حيث الشخص الذي تعود له ويترقب عليه صيانتها والحفاظة عليها ، الى اموال عامة تعود لشخص الدولة الاعتباري ، كالطرق العامة بين المحافظات وخطوط المواصلات السلكية واللاسلكية وشواطئ البحر والقلاع الخ... واخرى تعود للمحافظات كالساحات

والابنية المحلية في المحافظة والنخ .. وثالثة تعود للبلديات كالحدايق والشوارع ودار الكتب البلدية التابعة للبلدية وضمن حدود منطقتها.

ب - ويفرقون ثانياً بين الاموال العامة من حيث طبيعتها ، وما يترتب على ذلك من احكام الى : اموال عامة عقارية كالطرق والمباني والحدايق والمناجم .. و اموال عامة منقولة كالاسلحة والمركبات (سيارات ، سفن ، طائرات) والآثار العامة والكتب وجميع الأدوات التي تستعملها الوزارات والدوائر بما في ذلك نقود الدولة .

ج - ويفرقون ثالثاً بين الاموال العامة من حيث موقعها الى املاك عامة بحرية كشواطئ البحار والغدران والبحيرات والسدود البحرية والمرافئ 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 النخ .. واملاك عامة برية وهي كل ما خلا البحرية والنهرية .

وبين هذه الأنواع من الاموال 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 المبادئ والأسس التي تقوم عليها املاك الدولة العامة المنظمة عندنا بالقرار التشريعي الصادر عن المفوضية العليا برقم ١٤٤ لعام ١٩٢٥ وتعديلاته المتواصلة وملحقاته^(١) 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 القوازين العادية .

على ان أهمية هذه الاملاك في بعض البلاد ، ولا سيما في بلادنا بالنسبة للأراضي 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 وتعدلاته ، بالإضافة الى قانون الحراج الصادر بالقرار رقم ٢٢٦ لعام ١٩٣٧

وبالمرسوم التشريعي رقم ٦٦ لعام ١٩٥٣، وقانون الاصلاح الزراعي الاخير .
 وبما لا شك فيه ان املاك الدولة الخاصة تشمل الاشياء المنقولة والثابتة .
 ولكن المنقولات قلما تكون ذات أهمية في املاك الدولة الخاصة . ذلك ان
 الاصل في مبادئ الحقوق العامة ، ان لا تقتنى 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
 لمنقولات 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 مالأعاماً ، او قد تنتقل الى الدولة ملكية منقولات غير مخصصة للمنفعة
 العامة ، كوفاة مالك لها عن غير وارث فتصبح الدولة مالكة لها بطريق الفيه .
 فيضحى ملك دولة خاص ، ويتعين على الدولة في هذه الحالة ان تعتمد الى بيعه
 والتخلي عنه . ولكن العقارات والاراضي التي تملكها الدولة او مؤسساتها العامة
 ملكاً 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 ننفقها
 في زمرتين :

- الاولى : عقارات وارض 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 قنتل 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 . .

هـ) 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 الشواطئ وما شابهها الخ . .

ز) واخيراً الاراضي والعقارات التي ادخلتها القوانين الاخيرة ، كقانون اصلاح الزراعي ، في ملكية الدولة ريثما توزع على المواطنين . . .

والزمرة الثانية هي العقارات التي تعود رقبته للدولة ويكون الافراد حق التصرف عليها ، كالاراضي الاميرية والاراضي المتروكة المرفقة اللتين سبق بحثهما .

وقد نظمت القوانين الخاصة المشار اليها قبلا الاحكام المتعلقة بصيانة الاملاك العامة وادارتها واستغلالها وبيعها او الترخيص باستثمارها او اعطائها بالاجار 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 والتنازل ، كما كان يجري الحال في الماضي ، فمنع سرعان التقادم على املاك الدولة الخاصة ، ولو كان لم يجر تجديدها ونحوها ، ولم تسجل بعد على اسم الدولة او المؤسسة العامة في السجل العقاري (المرسوم التشريعي رقم ١٣٥ لعام ١٩٥٢

والقانون رقم ٨٤ لعام ١٩٥٥^(١) كما منع اشغال املاك الدولة دون ترخيص مسبق ، ونظم العقود التي تجربها الدولة على الاملاك^(٢) كما نظم ادارة الحراج واستجارها ، وحقوق القرى والافراد عليها بالاحتطاب وخلافه وتدابير صيانتها من الرعي واساءة الاستعمال (قانون الحراج رقم ٢٢٦ لعام ١٩٣٧ والمرسوم التشريعي رقم ٦٦ لعام ١٩٥٣)^(٣) .

* * *

(١) راجع تفصيل ذلك في الدكتور الكزبري ، المرجع السابق ص ١٩٣ وما بعدها .
(٢) راجع تفصيل ذلك في الدكتور الكزبري ، المرجع السابق ص ٢٢٤ وما بعدها .

الكتاب الثالث

مضمون الحق

الاستعمال المشروع للحق ، والتعسف في استعماله^(١)

رأينا في مقدمة هذا القسم الثاني^(٢) ونحن نستعرض اركان الحق ان من اركان الحق التكميلية او التبعية « مضمون الحق » وان هذا المضمون يتجلى بمدى السلطة التي يخولها الحق لصاحبه ، والصلاحيات التي يتمتع بها هذا صاحب 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 ونسبتهما De l'esprit des droits et de leur relativité ، باريز ١٩٣٩ ، الطبعة الثانية ؛ H. et L. Mazeaud, Responsabilité civile المدنية في المسؤولية المدنية ، الطبعة الرابعة ١٩٤٨ ، ريبير، 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 كايثان ١٩٣٩ ؛ كار كوفيتش Karkovitch نظرية التعسف بالحقوق في القانون المغاربي ، ليون ١٩٣٦ ؛ صبحي الحمصاني النظرية العامة للوجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ، مكتبة الكشاف بيروت ١٩٤٨ ؛ حسين عامر ، نظرية سوء استعمال الحقوق ، القاهرة ١٩٤٧ ؛ عبد السلام الترماني ، نظرية اساءة استعمال الحق ، محاضرات نقابة المحامين حلب ١٩٤٩ والنخ . . .

(٢) راجع ما سبق ص ٤٣٢ و ٤٣٣ .

بالتالي يختلط مع كل حق ويدرس معه ، الا ان ثمة مبدأ عاماً يجب ان يهيم 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 .

وبما لاشك فيه ، ان من يستعمل حقاً ضمن الحدود التي رسمها له المشرع ، واجازها له القانون ، ودون ان يلحق بالناس اذى ، لاسيما الى مسؤوليته او محاسبته . ويجب في الاصل ان يكون الامر كذلك حتى ولو ادى استعماله لحقه ضمن تلك الحدود ، الى الحاق الضرر بالناس . ذلك لأن من يمنعه القانون حقاً ، اي سلطة على ما هو موضوع الحق ، فيستعملها كما منحت له ، يكون قد اتي 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 ، حفرأ وهدماً وبناء وغرساً واستهلاكاً - 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 يمتنع عنه من منافع وفوائد من جراء هذا الاستعمال . ذلك هو الاصل الظاهر الذي يؤيده المنطق القانوني .

وطبيعي انه اذا قلنا ان الانسان الذي يستعمل حقه ليس مسؤولاً ، فانما نقصد من ذلك انه لا يستعمل الا ما اولاه اياه القانون وأجاز له . اي انه لا يتجاوز مضمون حقه . والحق في الاصل معين الحدود والمدى ، ولكل حق مضمون يحدده القانون او يعينه مصدره او سببه بما 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 مسؤولاً مسؤولية سائر المعتدين .
وصفوة القول ، ان الاجازة القانونية للشخص بحق او سلطة ما ، ترفع عن
هذا الشخص في الاصل ، بل تبعاً تجاه الغير من جراء ما يمكن 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^(١)
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 - اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير .

ب - اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها قليلة الاهمية ، بحيث لا تناسب

البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

ج - اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها غير مشروعة . »

فاقر بذلك مبدأ هاماً من مبادئ علم الحقوق ، وهو مبدأ نسبية الحقوق
relativité des droits ، اي ان الحقوق لا يجب ان ينظر اليها كسلطة مطلقة
ابدأ ، 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 ويؤدي . 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 سندبج الآن في هذه النظرية ، في اصلها وتاريخها ، ثم في قيمتها
وانتقادها ، ثم في معاييرها وتطبيقاتها ، ثم في مؤيدها وطبيعة دعواها .

(١) راجع الاستاذ صبحي الحمصاني ، المرجع السابق ، ج ١ ص ٣٤

١٠٤ - اصل نظرية التعسف وتاريخها

ان نظرية اساءة استعمال الحق او التعسف في هذا الاستعمال ، نظرية جديدة في الفقه العربي ، تشغل في الحقوق الخاصة والقوانين المدنية العصرية مكاناً هاماً ومحلاً مرموقاً ، كثيراً ما كان لها في التطبيقات العملية والاجتهادات القضائية اثر بالغ وصدى بعيد ، حتى اصبحت المبدأ الذي يلجأ 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 - 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 والتقييد ، بحيث يتحقق التنظيم الاجتماعي ويسود الانسجام بين الناس . وقد اكد كثير من الفقهاء هذه الحقيقة حين قالوا ان الحقوق لا تنحصر فقط بالقانون - اي بما هو قانوني وبما جاء وفقاً للنص - بل ان حول القانون عالماً زاخراً بالمبادئ 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 منحه اياه القانون ليلحق بالغير ضرراً ، واذا فعل يجب أن يكون مسؤولاً عن ذلك . واذا كانت القوانين - قديماً - لم تنص على هذا الحكم بنص صريح ، فما ذلك إلا لانها تعتبر هذا المبدأ من جوهر الحقوق واصلها . والقاضي الذي يطبق القانون واحكامه ، لا يستطيع ان يتجاهل ان هذه الاحكام تطبق في وسط اجتماعي ، يكثر فيه التشابك وتكتفه العوامل من كل جهة ، وان القانون انما وضع من

الجل 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 والاخيرة
نظرية كهذه ، وهل طبقت رأياً مستوحاً من مثل هذه المبادئ ؟

١- الحقوق الاجنبية القديمة :

لابد لنا هنا من التفريق بين الشرائع الاجنبية ، من رومانية قديمة وغيرها ،
وبين الشريعة الاسلامية . ففي الشرائع الاجنبية ، اذا رجعنا الى التاريخ
نسأل ، 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 تم عن
قبول هذه الفكرة ، كمثل قولهم في امثالهم المشهورة « الحبث 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 للفقير الروماني الكبير كايوس Gaius
« ليس بالمعتدي من يستعمل حقه » . و ذكر كذلك الفقير بولوس « Paulus »
انه « لا يأتي عملاً ضاراً الا من يعمل بدون حق » واكد الفقير اولبيانوس

Ulpianus في نفس المعنى انه « ليس بالموثدي من استعمال حقه » ، ومع ذلك فان العارفين بالحقوق الرومانية ، والمتبعين لها يقولون اننا اذا رجعنا الى مقدمات النصوص ، واحطنا بجمل الحقوق الرومانية ، لتبين لنا ان فكرة الضمان بسبب التعسف باستعمال الحق لم تكن مفقودة البتة وبشكل مطلق . ولعلها اقتضرت على منع استعمال بعض الحقوق بقصد ايداء الغير والاضرار به ليس الا ، ولعلها لم توجد الا بهذا الشكل فقط بدليل بعض الحكم التي ذكرناها (١) .

وفي القرون التي تلت الحقوق الرومانية ، في اوائل القرون الوسطى ، نامت هذه الافكار واختفت ، وظلت القاعدة اللاتينية الشهيرة : لا يسأل امرؤ عن حقه الذي استعمله *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 المبادئ - 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 المعالي 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) بتبني بعض هذه المبادئ ، دون ان تخرج عليها توسعاً أو تضيقاً ، ففضى برلمان اكس Aix مثلاً (١ شباط ١٥٧٧) ان غازل الصوف الذي يغني بصوت عال ، مستعملاً بذلك حقه وحرية في الغناء ، وقاصداً من وراء ذلك إزعاج جاره المحامي ، مسؤول عن هذا الإزعاج ، وذكر الفقيه

(١) راجع شارل آبلوتون ، الحقوق الرومانية ص ١٥١ ؛ جوران روح الحقوق ونسيتها 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 المبادئ 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 للأعمال مضرّة مؤذية يأتيها اصحابها باسم الحق واستعماله ، فيعتمد الى مسؤوليتهم لا باسم التعسف في استعمال الحق ، وانما محتفياً 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 ، شاقّة طريقها نحو التكامل ، وملاقية بالوقت ذاته خصوصاً 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 قائمه 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 الشريعة الاسلامية^(١) فانه يبدو للفاحص المخلص أنها كانت تحوي في احكامها مفهوم هذه النظرية ومبادئها بما يسمح لنا باقامة نظرية كاملة منها .
فقد قالت الشريعة بالمبدأ الاصيلي 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 بتبعية امرى وجاء بما نص عليه الشرع وأجازته ، فاتفقوا على « ان الجواز الشرعي يناهض الضمان » كما جاء في الجامع^(٢) ، وفي المادة ٩١ من الاحكام العدلية . وأضافت هذه المادة مثلاً : « لو حفر انسان في ملكه بئراً فوق وقع فيها حيوان رجل وهلك ، لا يضمن حافر البئر شيئاً » وسببه ان حافر البئر قد استعمل حقاً اجازته 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 انسان وهلك ، وكان دخوله بغير إذن المالك او بإذنه ، ولكن البئر بينة مكشوفة والداخل بصير .

(١) راجع المحمضاني ، الموجبات والقود في الشريعة الاسلامية ، ج ١ ص ٣٥ وما بعدها .

(٢) شرح المنافع ص ٣١٨ ، عن المحمضاني ، المرجع السابق ص ٣٦ .

(٣) ج ١ ص ٥٧١ ، عن المحمضاني ، المرجع السابق ص ٣٦ .

وفي الكتب الفقهية والمجلة امثلة لاحصر لها ، توضح هذه القاعدة العامة ،^(١) 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 استغل احد بصنعة أو تجارة في سوق ، فليس لارباب هذه الصنعة او التجارة ان يجبروه ويمنعوه من اشتغاله بهذه الصنعة أو التجارة قائلين : انه طرأ على ربنا 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 »^(٢) .

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^(٣) - بعدم الضمان اطلاقاً ، لان الحقوق مطلقة لا يجوز تقيدها بتقديرات كيفية . وقد تعرض هؤلاء الفقهاء الى هذا البحث

(١) عن المحمدي ، المرجع السابق ص ٣٦ .

(٢) عن المحمدي ، المرجع السابق ص ٣٦ و ٣٩ .

بمناسبة الملك ، وحق التصرف ، والعلاقات الجوارية ، فقال ابو حنيفة ومن تصرف في ملكه لا يمنع عنه وان كان يتضرر جاره به^(١) . 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 بالوعة » ففعل وزال الضرر . وبما لا شك فيه ان كلا الفعلين استعمال للحق غير ان فيه ضرراً للآخر ، ولكن أبا حنيفة قد اجازته . وروى كذلك ابن التمام عن النوازل انه لو اتخذ احد داره حظيرة للغنم فتأذى الجيران من هذا العمل فليس لهم منعه^(٢) .

وقال الشافعي في كتابه « الأم »^(٣) : لا يحمل على رجل في ماله ما ليس بواجب عليه ، وان الرجل له أن يفعل في ماله ما له ان يفعل ولو أضرهذا بغيره ، بل ولو أضر 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 حقتك ما تستر به على نفسك » . وعزي هذا القول من ابن حزم الى أبي سليمان الظاهري وابي حنيفة والشافعي .

وجاء في المحلى^(٤) 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 ؛ المحمضاني المرجع السابق ص ٣٩ .

(٢) الام ج ٣ ص ٢٢٢ ؛ عن المحمضاني المرجع السابق ص ٤٠ .

(٣) ج ٨ رقم ١٣٥٥ ، عن المحمضاني ، 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 يكرن استعمالها ابدأ 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 اذى المسلم »^(١) .

هذا رأي ومذهب من مذاهب الشريعة ، وآراء فقهاءها ، ولكن هنالك رأياً آخر اغلب وأعم ، ساد في الازمنة الاخيرة ، وافتي به مشايخ الاسلام ، ذهب الى اعتبار الشخص مسؤولاً 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 التضيق 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 لاشرائطه قصد الضرر او نية المستعمل في الاساءة^(٢) . وكل من الفريقين يؤيد نظرية التعسف في استعمال الحق ومؤيداتها ، وخصوصاً الفريق القائل بما يشبه النظرية المادية فيها .

ويذكر بعض المؤلفين - كالاستاذ المحمدي - الاحكام الشرعية والقواعد

(١) المحلى ج ٨ رقم ١٣٥٨ .

(٢) راجع المحمدي 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 لا يضر بالغير نوعين من الاحكام والقواعد : احكام وقواعد عامة ، واحكام ونصوص خاصة في مواضع معينة .

أ - اما الاحكام والقواعد العامة فكثيرة نقتطف هنا اهمها :

جاء في الحديث الشريف « لا يؤمن احدكم حتى يحب لانيه ما يحب لنفسه » كذلك من البدديات الشرعية القديمة والحديثة التي نشأت مع الشريعة وتبقي خالدة معها ان « دره المفاصد اولى من جلب المنافع »^(١) وقال ابن نجيم^(٢) « اولى من جلب المصالح » واتفقوا ايضاً انه اذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع^(٣) بمعنى انه اذا اصطدم حكمان احدهما ايجابي يمنح الشخص حقاً ونفعاً ، والثاني سلبي يجرم على الشخص عملاً يتصادم مع الحق المذكور ، قدم الثاني على الاول لانه امنع للضرر ، ولو ادى الى فقدان منفعة اوضاع كسب . كذلك فقد اتفقوا انه « لا ضرر ولا ضرار » وان « الضرر يزال »^(٤) ، حتى فرغوا 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 الطيب الجاهل »^(٥) . وذكر في الاشباه وتطبيقاً 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 المحصاني المرجع السابق ص ٥٥ .

(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^(١) .
 وقالوا ايضاً « الضرر الاشد يزيله بالضرر الاخف »^(٢) ، 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 اساس
 جدار جاره مزبلة والقاء القمامة يضر الجدار فلصاحب الجدار تكليفه رفع
 الضرر .. الخ » .

وذكروا كذلك ان من المبادئ والمعترف 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 - وهذا حق لامراء فيه - ولكن بشرط السلامة . يعني
 - كما تقول المجلة - 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
 ان نستخلص من هذا المثال ان 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 صنيح ج ١ ص ١١ .
 (٢) المادة ٢٧ من المجلة .

الشرط ، كما فسروه ، بالاضرار بالغير ، في استعمال كل حق من الحقوق ، اذن
لكننا أمام النظرية الحديثة اليوم باوسع معاييرها .

وفي كل الاحوال فان هذه المبادئ العامة تشير الى ان « الضرر » اذالحق
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) ، فعلمت 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 المبادئ
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 ، مخالفأ القياس
وظاهر الرواية في الامر ، ومتأثراً بالاستحسان والمصالح المرسله وحاجات الحياة
الاجتماعية العملية . وقد تمشى على رأيه مشايخ بلخ والمتأخرون من الحنفية كما
تدل على ذلك كتب الفقه الكثيرة . وافتي بهذا المذهب مشايخ الاسلام في الدولة
العثمانية من عهد ابي السعود العمادي^(١) واخذت به المجلة كما رأينا .

ب - اما الاحكام الخاصة والتطبيقات للمبادئ 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^(٢) ان الجوار لم يكن كف الاذى فحسب ، بل احتمال الاذى واظهار

(١) راجع شرح على حيدر على المادة ١١٩٧ من المجلة ؛ المحمساني ، المرجع السابق
س ٤٦ والمراجع الفقهية الكثيرة المذكورة في الهامش .
(٢) احياء علوم الدين ج ٢ س 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 المفسد 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 يجهزوا للجار ان يستعمل حقه في ملكه فيشعل النار ، وينشر الدخان او الغبار ، ويوهن الجدار ، ويجيب ضوء النهار ؛ كما منعه من احداث الصوت المتواصل ، وطرق الحديد بما يمنع السكنى او يحدث وهناً في بناء الجار ، فان قال البعض ان هذا ليس استعمالاً 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 شجبه بتأثير المبدأ العام ، واليك بعض الامثلة :

١ - لو احدث رجل بناء مرتفعاً 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 شبك 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^(١) .

٤ - وجاء في المعنى انه « لو اضطر احد الى طعام وشراب لغيره فطلبه منه فمنعه اياه مع غناؤه عنه في تلك الحال ، فمات بذلك ، ضمنه المطلوب منه (يعني لزمته الدية) لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قضى بذلك ، واردف صاحب المعنى 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 ما يستحقه ، فلزمه ضمانه ، كما لو اخذ طعامه وشرابه فهلك بذلك^(٢) . . . الى آخر ما هنالك من تطبيقات .

ويتضح من هذه العجالة التاريخية انه اذا لم يكن في الشريعة الرومانية والحقوق القديمة الاجنبية ، نصوص ومبادئ يمكن ان تعتبر اساساً لنظرية التعسف في استعمال الحق بالمفهوم الحديث ، فان الشريعة الاسلامية جاءت بكثير من المبادئ والقواعد التي يمكن ان تعتبر بحق اساساً لها ، وقد اقامتها ليس على اعتبار النية والقصد في الاساءة مياراً للتعسف فحسب ، بل انها اخذت كذلك بالمعيار المادي القائم على مجرد الحاق الضرر الفاحش بالغير ، بصرف النظر عن النية والقصد . وهو كما سنرى غاية ما وصلت اليه النظريات الحديثة^(٣) .

ومع ذلك فان هذه المبادئ 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 أوتهاياً مع شركائه واختص بقسم منها وأخذ ينقب فيه على أنه في حوزته وملكه ، يكون هذا المستعمل متمسكاً 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 المعنى ، ج ٩ ص ٥٨٠ عن المحمدي ، المرجع السابق ص ٤٧ .

(٣) راجع محاضرات وبحوث اسبوع الفقه الاسلامي الذي تم في دمشق في اول

بيسان (ابريل) ١٩٦١ .

مع الاسف لتطبق بشكل نظرية تامة ، ولم يعمل الفقهاء ، ولا سيما القضاء عندنا في الازمنة 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 الاصيلي 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 ومبادئ الحرية قبيل الثورة الفرنسية ، كل ذلك لم يشجع أي تفكير اجتماعي في تقييد الحق المطلق ، بحيث لم يكن ليأثف بحسب المفهوم مبدأ الضمان ، مع وجود الجواز الشرعي .

٣ — القوانين الصرية :

ولعل أول القوانين الاوربية التي تبلورت فيها هذه النظرية ، وأخذت شكلاً ايجابياً عاماً هو القانون الالماني الصادر سنة ١٨٩٦ والنافذ سنة ١٩٠٠ ، فقد جاء في مادته ٢٢٦ أنه : « لا يجوز استعمال حق ما اذا كان ذلك لا يستهدف سوى إلحاق الضرر بالغير » . فقيده بذلك استعمال الحق بقيد واحد ضيق ، هو قصور ايداء الغير والاساءة إليه .

ثم جاء القانون السويسري الصادر عام ١٩٠٦ والنافذ عام ١٩١٢ ، فنص في مادته الثانية نصاً أوسع ، وقيد الحق قيده 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 الشخصية، 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 مارس 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 لدرته » .

واستمرت القوانين الجديدة في الأخذ بهذه النظرية والتوسع فيها، حتى قضى القانون البولوني في مادته ١٣٥ أن كل من يلحق عن قصد أو عن إهمال ضرراً بالغير وهو يستعمل حقاً من حقوقه، يكون ملزماً بضمانه، اذا كان قد تجاوز في استعماله حدود النية الحسنة أو الهدف الذي من أجله أعطي هذا الحق .

ثم جاء مشروع القانون الفرنسي - 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 أعطي هذا الحق » (المادة ٧٤ الفقرة الثانية) . فلم يشترط كالقانون البولوني أن يكون الضرر ناشئاً عن « قصد أو عن إهمال » بل جاء مطلقاً شاملاً لكل ضرر يلحق الغير متى كان في استعمال الحق تجاوز حدود النية الحسنة أو للهدف الذي من أجله وجد هذا الحق . وقد تبني القانون اللبناني للموجبات والعقود هذا التص في مادته ١٢٤ التي تعتبر من احدث النصوص واجرمها 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 - نقد هذه النظرية وقيمتها

كثير من فقهاء الحقوق وخصوصاً في مطلع القرن العشرين ، (كلاسناذين
اوبري ورو Aubry et Rau ، ومن بعدهما بلانيول Planiol واسبين Esmein)
عندما أخذت القوانين الحديثة تنص على سوء استعمال الحق بشكل صريح ،
أخذوا ينتقدون هذه النظرية وينالون منها . فقد عابوا عليها اجمالاً انها غير
منطقية وخطرة .

أ - قالوا هي مخالفة للمنطق : ذلك لان القانون لا يمكنه أن يمنع ماأجازه
صراحة ، ويأخذ بيد ما اعطاه بالآخرى . فاذا أتى شخص عملاً مسيئاً ، وارتكب
خطيئة قضائية 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^(١) .

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 ويمارساً لحقه ضمن حدوده .

(١) Conforme et contraire au droit ، بلانيول ، مبادئ القانون المدني

ان لهذه الملاحظة في الواقع نصيباً من الحقيقة ، ولعل التعقق فيها يساعد على تفهم روح النظرية وحقيقتها . ذلك لأنها ان دلت على شيء ، فانما تدل على انها لا تتصور عملاً مضرأ 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 يشكل ضيق ، يجب تفسيرها وتطبيقها على ضوء المبادئ العامة لحقوقية . فاذا رجعنا الى هذه المبادئ نجد ، اول ما نجد ، النصوص المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية ، هذه النصوص التي توجب على كل فرد ان لا يتجاوز حدود حقه ، وان لا يكون مؤذياً في عمله ، وان يكون حكيماً وحريصاً فيما يأتيه . واذا كان من مقتضى هذه المبادئ ان الحرية هي اول الحقوق واسماها ، وان الانسان حر في الاصل في أن يأتي الاعمال التي يريد ، غير أن حرريته هذه مقيدة بعدم الاضرار بالغير أو الاعتداء عليه ، وان هذا القيد من طبيعة الحق نفسه يخضع - كحق - الى التبعية في كل مرة يكون استعمال هذه الحرية مضرأ بالغير ، كذلك ليس ما يمنع 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 لافي الحرية فقط بل في سائر الحقوق .

ب - رب قائل يقول ، وهذا هو الانتقاء 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 الانجمل 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^(١) ؟ 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 الحقوقية الاخرى . أفلا ينظر القاضي الى سائر المفاهيم والاحوال القانونية ليطبق عليها المبادئ او الاحكام بمنظاره الخاص ، ويقدرها بمعرفته ، كالحطية في المسؤولية التقصيرية ، وتقدير الوقائع والشهادات بشكل عام ؟ فلماذا نخشى سلطة القاضي في مفهوم التعسف فقط ، ولا نخشاه في سائر المبادئ 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 بمحدود ، 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 ومعاييرها

وإذا صح هذا ، فما عسى تكون الاسس التي تقوم عليها هذه النظرية ؟ متى

(١) فنحل بذلك الخطأ الادبي محل الخطأ القانوني في المسؤولية ، ونخرج بين علم القانون وعلم الاخلاق ، فضلاً عما يجره هذا البحث من تحكيم القضاة ، (ابن Esmein Paul في المطول العملي للحقوق المدنية بلانبول ، 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 اتينا على سرد بعض احكامها ؛ ومنها يتضح ان الاساس الذي كانت تقوم عليه فكرة اعتبار الشخص متعسفاً في استعمال حقه ومسؤولاً عن هذا الاستعمال ، اساس مادي موضوعي ، يكتبني بلحوق الضرر الفاحش بالغير^(١) .

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 لا ينوي ابداء 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 - 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 فقتضت مثلاً : اذا كان العرف والمادة نوجبان 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 (بحكمة الاستئناف المختلطة سنة ١٩٢٧ ، وتمييز مختلط ، تاريخ ٢٩ كانون الثاني ١٩٢٩ ، مجموعته صنيح ج ١ 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 فرانسه ، الذين لا يرون ضرورة اللجوء الى بحث التعسف وسوء استعمال الحق لكمم بالتعويض ، يتمسكون بالمسؤولية الجرمية او التقصيرية التي تجعل من يلحق بخطائه او بفعله ضرراً بالغير ، مسؤولاً 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 الابهال ، وان كانت في معرض استعمال حق من الحقوق ، إذ يجب ان لا تستعمل الحقوق الا لطلب النفع او دفع الضرر ، فاذا هي استخدمت لتكون معاول للهدم والبغي وإلحاق الاذى بالغير اصبحت شرآ تلزم بحاربه^(١) . وفي كل الأحوال فإن من يستعمل حقاً بقصد الاضرار بالغير ، يكون مسؤولاً عن هذا الضرر سواء باسم التعسف في استعمال الحق - وهو الأصح - 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 المغان . ص ١٣٤ .

في الملكية والجوار : تكاد تكون علاقات الجوار واستعمال حق الملكية العقارية من اظهر الأمثلة وأكثرها وقوعاً في هذا النوع من التعسف . فقد اتفق ان نظر القضاء في فرانسة بحالة شخص يملك ارضاً مجاورة الى مكان المناطيد ، واقام على الحدود الفاصلة بينها انقاصاً واكواماً من الحشيش ، 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 وأوجب عليه الضمان (محكمة النقض الفرنسية ١٣ آب ١٩١٥) .

كذلك من الأمثلة التي حدثت قضاءً ، ان مالكاً مجاوراً لبائع اجهزة الراديو قد وضع في ملكه المجاور آلة كهربائية (بوين 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 يخرّب . او كمثل من يضع على حدود ارضه الزراعية مواد كيميائية محرقة لتتوشح 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 لحرماته من الضياء ، والهواء والنخ . فيعتبر متعسفاً في استعمال حق ملكه (١) .

(١) لقد تكرر وقوع مثل هذا التعسف في استعمال حق الملك في العلاقات الجوارية ، في سورية ، وصدرت فيه عدة قرارات ، منها قراران لمحكمة التمييز السورية الاوّل 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 هناك 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 : كمقد العمل مثلاً ، بين العمال ورب العمل ، فقد
اعتبر العمال الذين استعملوا حقهم الشرعي في الاضرار ، بقصد تعطيل المعامل
والاضرار برب العمل فقط دونما هدف مهني ، او منفعة حقيقية ، اعتبروا قد
اساءوا استعمال حقهم في ذلك ، ومثلهم العمال المكلفون بالاشراف على محلات رب
عملهم والسهوعليها ، الذين يطلبون من بعض الزبائن ان لا يأتوا الى المحل ، بقصد
واحد هو الاضرار برب العمل ^(١) ، 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 تصور احوالاً عقدية كثيرة اخرى في عقود العمل وغيرها
يسيء فيها الشخص استعمال حقه بقصد الاضرار بالغير .

مثلاً : رب العمل الذي يحقد او يغضب على احد العمال او بعضهم لانهم
يشتركون في الاعمال النقايبية ، فيسرحهم بقصد الاضرار بهم فقط ليأتي بغيرهم

(١) راجع قرار محكمة استئناف باريز ٢٤ آذار ١٩٣٢ . كازت دوباله ١٩٣٣ - ١
٩٦٩ : محكمة فاندوم ١٥ آذار ١٩٣٨ كازت 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 قعت
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 لا تؤلف اسباباً مبررة للتسريح .

وكالمشتري الذي يمتنع عن استلام المبيع قبل المدة المضروبة لهذا
الاستلام لا شيء الا لأنه يقصد الاضرار بالبائع ، بحيث يعطل عليه بيعه ،
او محله ، أو الخ ...

وأما في العلاقات غير التعاقدية : فإن التعسف في استعمال الحق ، لا يقل
تطبيقاً ووقوعاً عنه في العلاقات التعاقدية ونستطيع ان نجد في حالات عدة
أمثلة على استعمال هذه الحقوق غير التعاقدية استعمالاً تعسفياً موجباً للمسؤولية .
لنأخذ مثلاً طلب الدائن ايقاع الحجز الاحتياطي على اموال وأشياء مدينه بما
يزيد عن حقوقه ومطالبه ، أو بما يتناول أعمال المدين أو تجارته بسوء وضرر
بالغ ، وذلك كله بقصد الاضرار بالمدين ، والنكابة به ، وليس فقط بقصد تحصيل
الدين أو التأمين عليه .

ومنها ما يتعلق 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 والنكابة بالزوجة - فان القاضي يستطيع ان يحكم على الزوج
فضلاً 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 السويدي ان المستأنف الذي يستعمل حقه في تقديم الاستئناف ضمن مدته ، ولكنه لا يقده 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 لعبري كما ترون ، غاية ما يمكن ان يصل اليه التفكير في تطبيق النظرية على الحقوق القضائية .

في كل هذه الامثلة التي ذكرناها تطبيقاً للمعيار الشخصي ، رأينا ان حجر الزاوية في ذلك كله نية المسيء وقصده الاضرار بالغير . .
ويدخل المؤلفون ، والفرنسيون خاصة ، تحت المعيار الشخصي عدة أحوال . ويمكن ان نتصور في هـ الموضوع الحالات الآتية :

١ - قصد الاضرار فقط دون ان يكون للمستعمل اية منفعة ، وهو الاصل في هذا المعيار على النحو الذي اوضحناه في اكثر الامثلة السابقة .

٢ - قصد الاضرار بالغير ولكن مع المنفعة : في هذه الحال قد يجني مستعمل الحق الذي يثبت نية 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 لانتكر ، 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 ريبو ، بونكاز) ان مجرد حصول المستعمل على منفعة من استعمال حقه لا سبيل الى مسؤوليته . مثلاً يمكن لرب العمل الذي يقصد الكيد بالعامل ، لانه 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 والنية 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 حجر احتياطي من شخص على عقار مسجل باسم شقيقه المميء ، لا لاجل تأمين حقوقه ، بل لمجرد منع شخص ثالث من انفاذ حكم صادر له يتعلق بالعقار المذكور (١) . ولو كان يستطيع ان يؤكد حصوله على نفع من جراء الحجر .

ويتجلى هذا القصد ، وتوضح تلك النية بما اطلقت عليه بعض القوانين اسم النية الحسنة ، والنية السيئة . فيعتبر قصد الاساءة موجوداً ، والشخص متعسفاً ، 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 بحكمة الاتحاد السويسرية ارادت أن تفهم من ذلك ان المعيار ليس شخصياً في نية الاساءة ، وانما هو موضوعي مادي ، هو مجرد عدم وجود النية الحسنة .

ونستطيع أن نضيف الى حالتنا القصد مع المنفعة او بدونها حالات اخرى ، استخلصها الفقه والقضاء في اوروبه 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 العرفة المختلطة ، تاريخ ١ - ٥ - ١٩٤٦ ، النشرة القضائية سنة

المسؤولية ووجوبها ويقولون ، ان الذي يستعمل حقاً لاجابة له به مطلقاً، ولا فائدة يجنيها منه أبداً ، فيضر بالغير من دون قصد ، كمن أتى خطيئة شبه جرمية من النوع الثقيل . ذلك ان من يستعمل حقاً لاجابة له به ولا نفع ، مضر بنفسه وبغيره ، ان لم يكن ألبهاً ومغفلاً ، 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 اجري في أرضه حفريات لم تستهدف أية فائدة له ، مسؤول عن نتائجها الضارة بالجوار ، ولو لم يثبت قصده بالاضرار . وهذا ما يستفاد كذلك من قرار محكمة التمييز السورية المشار اليها^(١).

وفي الحقيقة ان من يستعمل حقاً أو يأتي عملاً مضرًا بالغير ، ولا يجني من ورائه أية فائدة او نفع ، لهو كمن نوى وقصد الاضرار على حد سواء ، يجب ان يجني الحزبي والحسران ؛ لان المفروض بالانسان العاقل ان لا يأتي عملاً مضرًا بالغير ومن دون نفع له . وبذلك أصبح من السهل على المتضرر مخاصمة المسيء دون أن يثبت قصد الاساءة ، بل حسب ان 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 ، وموجوداً ضمناً لأن عدم النفع قرينة على القصد .

ويلحق بهذه الحالة ما اذا كانت الفائدة التي يجنيها المستعمل تافهة لانه لا تذكر كأن يجري الحفريات الكبيرة في الارض ليلقي فيها ببعض الاوساخ ...
٤ - واخيراً الاهمال وعدم التحوز : الى جانب أحوال القصد الظاهر أو

(١) راجع ماسبق هامش ٨٤٨ .

ما هو بحكمه على النحر الذي اوضحناه ، فان اهمال صاحب الحق أو عدم تحرزه حين استعماله له ، يعتبر من اسباب المسؤولية الذاتية أو الشخصية في استعمال الحق عند ما لا يتخذ مستعمل الحق الاحتياطات اللازمة حتى لا يضر 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 مبادئ 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 :

أ - 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 المذكورة الايضاحية لهذه المادة أشارت الى أن « الجوهرى في هذا الشأن هو توافرية الاضرار ولو أفضى استعمال الحق الى تحصيل منفعة لصاحبه . » وتضيف المذكورة الى ذلك

أنه « يراعى أن القضاء جرى على استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالاً يلحق الضرر بالغير متى كانت صاحبه على بينة من ذلك ، كما جرى القضاء أيضاً على تطبيق الحكم نفسه في حالة تهاة 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 الإهمال 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 الإهمال وعدم التحرز 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 ٦٦٣ (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 - أي عزل مديري الاعمال - تعسفياً ، فانه يفتح سبيلاً للمطالبة بالتعويض ، بالشروط المبينة في القانون المدني » .

وأخيراً فان المرسوم التشريعي رقم ٩٧ تاريخ ٢٦ تشرين ثاني ١٩٤٩ 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 بالغيراء من العائلة الخ ...

ب - المعيار المادي او الموضوعي Obiectif

اذا كان المعيار الشخصي او الذاتي يقوم على وجود النية والقصد بالايذاء والاساءة لدى مستعمل الحق ، او ما هو بحكم ذلك ، فان المعيار المادي او الموضوعي يقوم على مجرد حدوث الضرر وحوقه بالآخرين ، دون أن يكون هناك لدى المستعمل ، قصد أو نية بإلحاق هذا الضرر . وبذلك يكون المقياس مادياً وموضوعياً إذ يتجلى بالآثر المادي ، او بتعبير آخر بذلك الضرر الموضوعي الظاهر ، الذي يتورثه استعمال حق ما في اشخاص الآخرين أو حقوقهم .

ولكن هل ان الانسان مسؤول عن كل ضرر يصيب غيره اذا ما استعمل - بنية حسنة ، ومن غير قصد الضرر - 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 جوسمران ، ان مستعمل الحق لا ينجو من المسؤولية والنبذة ، اذا ما اضر من جراء استعماله لحقه ، ولو لم يكن لديه قصد الاضرار ، واذا ما توافرت بعض الشروط والاسباب .

لا شك انه لا يعقل 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 اضر به مباشرة أو بشكل غير مباشر . لان ما من حق يستعمله صاحبه الا 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 بلكه ويستعمل حقه عن نية حسنة ، وبقصد الاستفادة من هذا

الحق ، دون أن يفكر أو يقصد إلحاق الضرر بجاره ، أو يهمل مايتوجب عليه - كالك - 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 هذا الاخير ، لما كان للحق من معنى ، ولما امكن استعمال حق مادون مسؤولية ، لائن كل حق يتمتع به صاحبه يقابله واجبات على الآخرين هي في حد ذاتها خسائر واضرار لهم . لذلك كان لا بد 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 تقتصر على ذكر أهمها .

١ - 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 . فإساءة 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 به كيف يشاء ؛ الا انه في الحقيقة وسيلة لتأمين حياة المجموع وراحة المجموع . فالهدف الاجتماعي لهذا الحق هو اذن مصلحة المجتمع قبل مصلحة صاحبه ، والحق الفردي للمالك يجب ان يستعمل في حدود تلك المصلحة وبما لا يخالفها . ولعل في نص الدستور السوري (المادة ٢١ فقرة ٣) من « ان الملكية الخاصة مصونة ، ويعين القانون كيفية حيازتها والتصرف بها 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 وبيعها .. جميع هذه الحقوق يجب ان تعتبر وسيلة لمصلحة أعلى هي مصلحة العموم والمجموع (١) .

ومن هذا الرأي القانون البولوني (المادة ١٣٥) ، ومشروع القانون المدني الفرنسي الايطالي (المادة ٧٤) ، وقانون الموجبات والعقود اللبناني (المادة ١٣٤) ، من حيث انها نصت كلها بما يفيد ان استعمال الحق استعمالاً منافياً للغرض الذي من أجله منح هذا الحق يعتبر اساءة وتعسفاً في استعمال الحق ، مع بعض الفوارق كما ذكرنا (٢) .

(١) ويمكن ان نقس 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 ، مع 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 يبق للمستأجر في هذه الحال ان يعارض في السماح للوُجُر باستعمال هذا الحق ، لأنه يكون بذلك قد تجاوز حدود حسن النية في استعمال حقه المنصوص عليها في المادة ١٣٤ من قانون الموجبات » الع ..

(قرار رقم ١٤٧ تاريخ ٧ ايلول ١٩٥٠ ، النشرة القضائية اللبنانية ١٩٥٠ ص ٧٢٩) .

ومن هذا الرأي أيضاً الاجتهاد القضائي السويسري^(١) .

وقد انتقد أكثر الفقهاء الفرنسيين هذا الرأي وشجبه بمقالات و حجج 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 الأخذ بهذا المعيار متمسكاً بضرورة وجود الخطأ أو ما هو بحكمه من قبل المستعمل ليعتبره مسؤولاً ، بما لا يخرج كثيراً عن المعيار الشخصي . وقد جاء في أحد قرارات محاكم الإستئناف الفرنسية تعليلاً هام وایضاح 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 هذا الحق للحصول عليها^(٢) . أما القول بالذهاب الى أبعد من ذلك ، وزعم التفتيش عن الغاية الاجتماعية البعيدة لخلق اجازة القانون لتقييده ، وتوجيه استعماله حسب هذا 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 مثلاً بوجود تعسف ، في حال تحويل الغاية الطبيعية But normal الى غاية ممنوعة قانوناً ، فالزوجان اللذان يتفان على اعتناق نظام الشركة الزوجية في آخر حياتهما ليمتعا من سيظل حياً منها بعد الآخر حقوقاً اوسع ، ومنافع أكثر ، على حساب باقي الورثة يكونان قد أساءا استعمال حقهما بتبديل نظام الزوجية ، وبدلاً الغاية الحقيقية التي قصد اليها القانون بمنحها 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 الأقل مع الفقرة الثالثة للادة السادسة من قانوننا المدني .

الاجتماعية الخاصة ، معناه القضاء على كل استقرار وطمأن في العلاقات الحقوقية كما هي مقررة في التشريع الوضعي ،^(١) .

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 رعى 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 لجرد القول ان الحق استعمل بما ينافي الغاية الاجتماعية البعيدة لحق اجازة القانون .

ولعل هذه النتيجة الثانية هي التي كان الفقهاء المنتقدون لهذا المفهوم ، وما زالوا ، يرددونها مبيتين وموضحين الخطر القادح 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

و كأنما 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 ١٩٣٤ ، كازم دو ماله

Gazette du Palais ١٩٣٢ - ٢ - ٥١٦ .

للحق ، فحاول أن يخفف من خطرهما ووطأتهما معترفاً أن صفتها المجردة ومفهومها العام ، الواسع وغير المحدود ، يوجبان إعطائهما صيغة مشخدة 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 هذه النظرية . فالسبب الشرعي أقرب للتشخيص والتطبيق من الهدف 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 مثلاً هو الاستفادة منه واستثماره أكثر من اعتباره وظيفية اجتماعية .

الا أن المنتقدين لهذه النظرية يقولون اذا كان « السبب الشرعي » قد يفيد حالة مشخدة أقل تجريبداً من الهدف الاجتماعي ، فان الاختلاف يكاد 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 أو متشابه . وانه وان يكن قد جاء في قرارات قديمة واجتهادات قضائية كلمات « مصلحة مشروعة أو جدية » أو « سبب شرعي » أو « دافع شرعي » لإلزام المسئء بالضمان ، كما يقول جوسران ويتمسك به ، فان ما قصدته هذه الاقضية ليس هو في الواقع ، الغاية الاجتماعية أو الهدف المشروع من الحق ذاته ، وانما المنفعة الشخصية ، او المصلحة التي يجنيها أو يهدف اليها المستعمل المسئء .

وهكذا ظلت نظرية التعسف في استعمال الحق في معيارها المادي موضع جدل ونقاش للأسباب المذكورة ، وظل معيارها غير متفق عليه في الشرائع والقوانين ، والفقه والقضاء .

٣ — تحقيق مصالح غير مشروعة Intérêts illégitimes

أما في قانوننا المدني ، فقد جاء في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة السادسة ما يلي : « يكون استعمال الحق غير مشروع :

ب — إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

ج — إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة . »

ومن هذا النص يتضح أن المشرع قد أخذ بالمعيار المادي في اعتبار استعمال الحق غير مشروع . وقبل أن نوضح هاتين الفقرتين نرجع إلى ماورد بالمذكرة الإيضاحية لها .

فقد جاء في المذكرة المذكورة أنه « تندرج تحت هذا المعيار المادي ثلاث حالات :

« ١ - حالة استعمال الحق ابتغاء تحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها (الفقرة ب) . والمعيار في هذه الحالة مادي ، ولكنه كثيراً ما يؤخذ قرينة على توافر نية الأضرار بالغير . ويساير الفقه الإسلامي بأخذه بهذا المعيار اتجاه الفقه والقضاء في مصر والدول العربية على حد سواء . »

« ٢ - حالة استعمال الحق استهلاً ليرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة (الفقرة ج) . وتقول المذكرة « أن تعبير المشروع في هذا المقام خير من نص بعض التقنينات على صرف الحق عن الوجهة التي شرع من أجلها ، (ولعل هذا التعبير مستعار من الحقوق السوبسرية) وتضيف .. « ولا تكون المصلحة غير مشروعة

إذا كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام القانون فحسب ، وإنما يتصل بهذا الوصف أيضاً ، إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام والآداب ؛ وإذا كان المعيار في هذه الحالة مادياً في ظاهره ، إلا أن النية كثيراً ما تكون العلة الأساسية لنفي صفة المشروعية عن المصلحة .

« وأبرز التطبيقات يعرض بمناسبة إساءة الحكومة لسلطاتها ، كفصل الموظفين ارضاء لغرض شخصي أو شهوة حزبية (استئناف مصر ، الدوائر المجتمعة أول مارس ١٩٢٨) . وأحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد تتفق مع ما استقر عليه الرأي في التقنينات الحديثة والفقهاء والقضاء .

٣- حالة استعمال الحق استعمالاً 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 . « وإذا كان الفقه الغربي لا يؤكد استقلال هذا المعيار إذ يلحقه بمعيار انتفاء صفة المشروعية عن المصلحة ، أو يجعل منه صورةً لمجازة حدود الحق ، يطلق عليها اسم الإفراط ، إلا أن الفقه الإسلامي يخصه بكيان مستقل ، والقضاء المصري أميل إلى الأخذ بمذهب الفقه الإسلامي . . كما كانت طبقته المجلة في موادها ١١٩٨ إلى ١٢١٢ .

هذا ما جاء في المذكرة الإيضاحية تعليقاً على المادة المذكورة . وإذا دققنا في النص والمذكرة الإيضاحية 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 إلى أنه كثيراً ما يعتبر القصد (أو توافر النية) مفترضاً عند ضالة المنفعة التي يجنيها المستعمل . ورأينا كذلك في بحث المعيار الشخصي أو

الذاتي ان نية الاضرار تكون مفترضة في حالة كون المنفعة مفقودة أو تافهة^(١) 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 ، فإنه لا حاجة لافتراض القصد ؛ ولا يشترط أن تكون المنفعة تافهة ، بل يكفي أن تكون قليلة الاهمية 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 .

وبما 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 وأبدأ مع الضرر . ومع ذلك فإن اختلاط المعيارين هنا غالب بدليل ماجاء بالمذكرة الايضاحية من غلبة افتراض النية .

ومن جهة أخرى فإن 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 الوجبة الصحية دون فائدة لمالك العقار فان ذلك يعتبر دليلاً 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 . ومثل 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 عمومياً من عبارة القانون اللبناني مثلاً ، التي تقول بمخالفة الاستعمال للهدف الاجتماعي للحق ، غير أن مشروعية المصالح التي يتوخاها مستعمل الحق أو عدم مشروعتها ، تبقى — كما قيل في السبب الشرعي — خاضعة للتقدير ، بين واسع وضيق .

ولعل أول ما يمكن أن يؤخذ على عبارة القانون المدني قولها المصالح التي « يرمى » 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 نضيف . هذه المذكرة - أن النية كثيراً ما تكون دليلاً على عدم المشروعية ، تكون قد ضيقت حدود النظرية أكثر مما يمكن أن يستفاد من عمومية النص وإطلاقه ، كما تكون قد أرادت أن لا تخرج بعيداً عن المعيار الشخصي أو الذاتي ، إلى المعيار المادي البحت .

في الحقيقة ، إنما بتمثيلها المصلحة غير المشروعة بما يخالف أحكام القانون أو النظام العام والآداب العامة ، لا تكون قد ضيقت معنى المصلحة غير المشروعة إلى حد لم يبق معه مجال لتقدير فحسب - اللهم إلا ما تعلق بتقدير النظام العام والآداب العامة - 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 ، بوجب في اعتقادنا مسؤولية المستعمل عن الأضرار التي يلحقها بالغير ، لأنه 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 مثلاً في المادة ٧٧٦ أن « على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار . . . » فوضع بذلك قيوداً قانونياً في عدم الغلو باستعمال الملك ، من شأنه أن يجعل المخالف معتدياً ومتجاوزاً حدود حقه وبالتالي مسؤولاً ، دون حاجة للرجوع إلى نظرية التعسف ، كما أشار إلى ذلك منتقدو هذه النظرية في ملاحظاتهم الأولى .

بل لقد ذهبت بعض الشرائع إلى القول : « ان التعسف في استعمال الحق طريقة استثنائية منحها الشارع لمن يذهب ضحية استعمال حق ليست هنالك ثمة سبيل أخرى لإبطاله^(١) » بمعنى أنه ليس هناك مجال للجوء إلى التعسف

(١) راجع رسالة مجلس الاتحاد السويسري المؤرخة في ٢٧ مايس ١٩٠٤ وقرار محكمة الاتحاد عام ١٩١٧ في توور 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 - على ما يظهر - 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 ببداً جديد ، أو بحكم غير مؤيد بمؤيد آخر ، بل ان كل عمل ، ولو كان بطريق استعمال حق من الحقوق ، يخالف حكم القانون الأمر 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 .

وإذا 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 ، كإساءة لاستعمال الحق ، فان ذلك في الواقع يكون قد حدث من المعيار المادي للنظرية بما لا يتفق مع ما حرصت عليه المذكرة الايضاحية من أخذها به ، وفي مثل هذه الحال وبما يصح ان تعتبر الفقرة (ب) السابقة أوسع مجالاً 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 حقوق الآخرين على الوجه المؤلف . فمثل هذا الاستعمال يعتبر غير مشروع وان لم تكن هناك مصلحة غير مشروعة يرمي اليها ؛ وأشارت 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 لقضاء 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 للنسكاية 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 مداخنة من الفضلات او الروائح او الضباب او غير ذلك من امور ما يؤذي 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 المحاصمات والمشاكل . لأنه عندما يعرف كل انسان ان ما يستطيع أن يحتج به من حق او جواز شرعي لا يمنع من ضمانه ، اذا ما كان يستعمل هذا الحق لمصلحة يمكن ان تعتبر غير مشروعة ، وان هذا الضمان يكافه غالباً ، قلنا اذا عرف كل انسان ذلك اذن لعرف حده فوقف عنده .

§ ٤ -- مؤيد الاساءة والعسف

اذا ثبت ان الشخص تعسف في استعمال حقه واعتبرناه مسؤولاً 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 لا يستحق حماية القانون ، فان القضاء فيها قضى بازالة ما أوجده الحق المساء استعماله من أثار ، مع الحكم بالتعويض عند الاقتضاء . فاذا بنى مالك فوق ارضه جداراً ، او اقام قصبانا ، او اجرى حفراً الخ ... بقصد الاضرار بجاره ، او بشكل تعسفي في كل حال ، فان المؤيد

هو ازالة آثار هذا 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 .

و نعتقد انه بحسب النص الوارد في المادة السادسة السابقة الذكر ، واعتبار استعمال الحق غير مشروع في الاحوال التي نصت عليها ، فان المؤيد الطبيعي لهذا النص هو كما ذهب اليه القضاء السويسري ، بازالة معالم العمل التعسفي ، ورفع ما اوجده مستعمل الحق المساء . وهذا ما يتفق ليس مع النص والمذكرة الابضاحية فحسب ، بل ومع مصادر هذا النص واحكام الشريعة الاسلامية^(١) . فمن مصادر النص واحكام الشريعة ان « الضرر يزال » ؛ وزواله يكون برفعه ، وإعادة الحال الى ما كانت عليه . ومن التطبيقات الرئيسية الواردة في الشريعة الاسلامية ما جاء بالمادة ١٣٠٠ 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 قراراته^(٢) 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 عند الاقتضاء من الحكم بالتعويض على المتضرر لما يمكن ان يكون قد ألحقه من ضرر من جراء اساءة استعمال الحق .

(١) وكذلك في الشريعة الرومانية ، فقد ذكر كورنيل Cornil أن الفقيه كايوس Gaius قرر انه لا ينبغي لأحد ان يفرط في استعمال حقه . وانه اذا أفرط وجب منه من استعمال هذا الحق . فجعل بذلك المنع مؤيد الاقراط .
(٢) راجع القرارات المشار اليها في هامش ص ٨٣٦ .

§ ٥ - 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 مائلاً منقولاً أو عقارياً 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 استعمال 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، ولا سيما 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 المسيء^(١).

فعلى هذا الاساس، وباعتبار ان دعوى المتضرر قبل المسيء، سواء

(١) وقد قضت محكمة التمييز السورية انه: « اذا تجاوز احد المالكين وأساء في استعمال ملكه بصورة أضرت بجاره . فلا تكون المنازعات التي تحدث في هذا الخصوص من الاختلافات عن استعمال حق عيني - حق ارتفاع - وإنما يكون محل النزاع السابق حقاً شخصياً .

فاذا كان محل النزاع حقاً شخصياً متولداً عن اساءة المالك في استعمال ملكه، يكون اختصاص الحاكم به، بحسب مقدار المبلغ الذي تتوقف عليه ازالة الضرر .

(تمييز ، اساس صلح رقم ١٧٢٧/٩٠٧ تاريخ ١٨ كانون اول ١٩٤٧ ص ٥٤) .

هدفت الى طلب التعويض والعطل والضرر ، وسواء هدفت الى ازالة الضرر ورفعه مادياً ، حين يكون هذا الرفع او تلك الازالة ممكنة ، ان دعوى المتضرر تبقى دعوى شخصية في كل الاحوال مادامت من حيث النتيجة تنتهي بطلب الزام المدعى عليه بالتعسف 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 هذه الحالة فقط تكون الدعوى حتماً عينية عقارية . اما فيما عدا ذلك ولا سيما حين تكون الدعوى التعسفية لا تستهدف سوى طلب التعويض والعطل والضرر ، فتكون حتماً دعوى شخصية^(١) .



(١) في الطبعة الثانية لهذا الكتاب ، كنا من الرأي الذي يقول بأن طبيعة الدعوى التعسفية تتبع المؤيد ، أي الجزء الذي يطلبه المتضرر ضد المتعسف ، فإذا كان التعسف ناجماً عن استعمال حق عيني او عقاري . وكان المؤيد طلب إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعسف وازالة آثاره مادياً ، فإن الدعوى تعتبر عينية ، اعتقاداً منا ان الطلب الذي يرمي الى ازالة آثار التعسف في الحق العيني ، فانما يعتبر حيقاً عينياً ، وتكون الدعوى بالتالي عينية مثله .

ولكننا رجحنا الحل الآخر الذي أوضحنا أسبابه أعلاه لأن ازالة الآثار المادية التعسفية الناجمة عن استعمال حق عيني ، لاتعدو كونها بذاتها التزاماً بعمل او امتناعاً عن عمل مما يعتبر بذاته - وعلى الأرجح - التزاماً شخصياً ، وتكون الدعوى بالتالي شخصية .

اهم المراجع والمؤلفات

١- أهم المراجع والمؤلفات باللغة العربية

أ - المؤلفات الفقهية بحسب أسماء المؤلفين بالترتيب الهجائي لالقائهم

ابراهيم ، الاستاذ احمد ابراهيم : الاهلية وعوارضها في الشرع الاسلامي ، مجلة القانون والاقتصاد السنة الاولى .

ابو زهرة ، الاستاذ محمد أبو زهرة : شرح قانون الوصية ، القاوة ١٩٥٠
ابو ستيت ، الاستاذان الدكتور عبد الوزاق احمد السنهوري والدكتور
احمد حشمت ابو ستيت : اصول القانون او المدخل لدراسة القانون ، الطبعة

الاولى القاوة ١٩٤١ ، والطبعة الثانية القاوة ١٩٥٠

الايباني ، محمد زيد الايباني بك : مختصر شرح الاحكام الشرعية في الاحوال
الشخصية ، القاوة ١٩١٩

باز ، الاستاذ سليم رستم باز : شرح احكام المجلة

الترمانيني ، الاستاذ عبد السلام الترماني : نظرية اساءة استعمال الحق ،

محاضرات نقابة المحامين في حلب ١٩٤٩

الجزيري ، عبد الرحمن الجزيري : كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ، الجزء ان

الثاني والثالث ، القاوة ١٩٣٥

الحطيب ، الدكتور عدنان الحطيب : شرح المبادئ العامة لقانون العقوبات ،

ج ١ دمشق ١٩٥٦

الحفيف ، الاستاذ علي الحفيف : مختصر احكام المعاملات الشرعية ، القاوة ١٩٥٠ ،

د الحق والذمة ، القاوة

خلاف ، الاستاذ عبد الوهاب خلاف : كتاب اصول الفقه ، القاوة ١٩٤٥ ،

د شرح قانون الوارث ، 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 الارقاف

السنهوري الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري نظرية العقد ، القاهرة ١٩٣٤
السنهوري الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني
الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، ج ١ مصادر الالتزام ١٩٥٦
شحاته ، الدكتور شفيق شحاته : محاضرات في النظرية العامة للحق ، القاهرة
١٩٤٨ - ١٩٤٩

الصدده ، الدكتور عبد المنعم فوج الصدده : 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 عوفه : مبادئ العلوم القانونية ، القاهرة ١٩٤٢
العطيفي ، الاستاذ جمال الدين العطيفي : التقنين المدني المصري الجديد ، خمسة
اجزاء القاهرة ١٩٤٩ و ١٩٥٠

قدري ، قدري باشا : مرشد الحيوان
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
الحماسني ، الاستاذ محمد سعيد الحماسني : شرح القانون المدني السوري (مجلة الاحكام
العدلية) ٣ أجزاء ، دمشق ١٩٣٣

محاضرات نقابة المحامين في حلب ١٩٤٦ الى ١٩٥٢

المحصاني ، الاستاذ الدكتور صبحي المحمصاني : فلسفة التشريع الاسلامي

بيروت ١٩٤٦

المحصاني، الاستاذ الدكتور صبحي المحمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود

في الشريعة الاسلامية جزءان ، بيروت ١٩٤٨

المبادئ الشرعية في الحجر والنفقات والموارث والوصية في المذهب

الحنفي والتشريع اللبناني بيروت ١٩٥٤

مرسي، الدكتور محمد كامل مرسي: الملكية والحقوق العينية ج ١، القاهرة ١٩٤٩

موقس ، الدكتور سليمان موقس : المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الثانية

القاهرة ١٩٥٢

نظرية العقد ، القاهرة ١٩٥٦

ب - المجموعات الدورية والمجلات :

١ - المصرية

مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض المدنية - محمود عمر

المجموعة الرسمية - ويرمز لها عادة بحرف « مج »

المحاماة - 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 - اللبنانية

المجلة القضائية ، ليوسف صادر اعتباراً من عام ١٩٢٥

النشرة القضائية اللبنانية ، الصادرة عن وزارة العدل اللبنانية اعتباراً من عام ١٩٤٥

مجلة المحامي ، يصدرها الاستاذان فوزي درزق و خليل طنوس اعتباراً من عام ١٩٥٠

مجموعة الاجتهادات اللبنانية الاستاذ 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 - أهم المراجع والمؤلفات باللغتين الفرنسية والانكليزية

Bibilographie des principaux ouvrages en langue - أ
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 renaissance du Droit naturel*, 2^{ème}ed. Paris
1927.
- Colin (A) et Capitant (H), *Traité élémentaire de Droit civil
français*, 3 vol, Dalloz 11^{ème} ed. 1947-1948.
- Cosentini (F.) *Le Droit de famille en droit civil comparé*,
Lib. Gén. Droit et Juris. 1929.
- David (R), *Traité élémentaire de Droit civil comparé*,
Lib. Gén. 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 philosophie du Droit*, trad. J. A. B. Paris 1936.
- Duguit (L) , *Traité du Droit constitutionnel*, 3^{ème}ed Edit. Boccart 5 vol 1927 - 1930.
- Du Pasquier (Cl.) , *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit*, Edit. Delachaux 1942.
- Geny (F) , *Sciences 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'interprétation et sources en Droit privé positif*, 2^{ème}ed. 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*, 3^{ème}ed . Sirey 1939.
- Julliot de La Morandière, Esmein, Scellès 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, 4^{ème}ed, Sirey1948 .
- May (G), *Introduction à la science du Droit* , Girard 1932.
- Michoud (L) et Trobas (L) , *la théorie de la personnalité morale* , 2 vol, Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence 1948.
- Monier (R) , *Manuel élémentaire de Droit romain* , 2 vol , Paris 1943.
- Montésquieu, *Esprit des lois*.
- Motulsky (H) , *Réalisation méthodique 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 Justice et la Volonté*, Paris 1948.
- Ripert (G), *La règle morale dans les obligations civiles*, 2^{ème}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.
- Snej (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*, 2^{med} 1949.
- Goodby, *Introduction to the Study of Law*, 2^{med}. 1914.
- Holland, *Jurisprudence*, 12^{med}. 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.

القدس

الصحيفة

٣

المقدمة

٥

توطئة

فصل تمهيدي

تاريخ الحقوق المدنية في بلادنا

تمهيد

١٠

أ - أهمية هذه الدراسة

١٠

ب - تقسيم هذه الدراسة

١٨

البحث الأول

١٨

المعهد القديم

٢٠

١ - بلاد الحقوق التشريعية

٢٦

٢ - بلاد الحقوق العرفية العربية

البحث الثاني

٣٠

المعهد العربي الاسلامي

٣١

١ - المرحلة الأولى : الحقوق الاسلامية الأصلية

٣٦

٢ - المرحلة الثانية : تكون المذاهب وانتشارها

٤٥

٣ - المرحلة الثالثة : تنوع الفقه وتنازع المذاهب

البحث الثالث

- ٥٠ العهد العثماني
٥١ - ١ - مرحلة الحقوق الاسلامية الشرعية
٥٤ - ٢ - مرحلة الحقوق الزمنية والمدنية
٧١ - ٣ - الامتيازات الأجنبية

البحث الرابع

- ٧٥ عهد التشريع المحلي بهد العثمانيين
٧٦ - ١ - عهد الانتداب
٨١ - ٢ - عهد التشريعات المهرية

البحث الخامس

- ٨٥ العهد الحاضر
٨٥ - ١ - لمحة موجزة عن تاريخ القانون المدني وكيفية صدوره
٨٩ - ٢ - مصادر القانون المدني
٩٤ - ٣ - القيمة الحقوقية للقانون المدني

القسم الاول

- ١٠٧ معلومات عامة او المرسل الى علم الحقوق

البحث الاول

- ١٠٩ ماهي الحقوق

- ١١٢ § ١ - معاني الحقوق :

١١٢	١ - الحقوق المالية والحقوق الوضعية
١١٣	٢ - الحقوق بالمعنى الشخصي او الذاتي وبالمعنى الموضوعي
١١٧	٢ § - اصل الحقوق وموضوعها
١٢٠	٣ § - الحقوق والاخلاق والدين
١٢٩	٤ § - اساس الحقوق
١٣٠	١ - الاسس الدينية
١٣١	٢ - المذاهب الواقعية او الوضعية
١٣٧	٣ - المذاهب المثالية ، مدرسة الحقوق الطبيعية
١٥٢	٤ - نظرية المدرسة التاريخية ، او مذهب التطور التاريخي
١٥٧	٥ § - القواعد الحقوقية
١٦٠	٦ § - المؤسسات الحقوقية
١٦٢	٧ § - تعريف الحقوق

البحث الثاني

١٦٨	تقسيم الحقوق
١٦٩	§ - الحقوق العامة والحقوق الخاصة
١٦٩	١ - لمحة عن هذا التقسيم
١٧٠	٢ - اهمية هذا التقسيم وفائدته
١٧٢	٣ - اساس هذا التقسيم
١٧٨	٢ § - الحقوق الداخلية او الوطنية والحقوق الخارجية او الدولية
١٧٩	٣ § - حقوق الله وحقوق العباد
١٨٠	٤ § - الحقوق الفردية والحقوق الجماعية

الفرع الاول

١٨١	اقسام الحقوق العامة
١٨٢	١ - الحقوق الدستورية
١٨٣	٢ - الحقوق الادارية
١٨٦	٣ - الحقوق الجزائية او الجنائية
١٨٩	٤ - الحقوق الدولية العامة

الفرع الثاني

١٩١	اقسام الحقوق الخاصة
١٩٢	١ - الحقوق المدنية
١٩٧	٢ - الحقوق التجارية
١٩٨	٣ - اصول المحاكمات المدنية والتجارية
١٩٩	٤ - النشر بيع الصناعي والزراعي والاجتماعي
٢٠٠	٥ - الحقوق الدولية

البحث الثالث

٢٠٣	مصادر الحقوق
٢٠٣	§ ١ - معاني المصادر
٢٠٣	أ - المعنى التاريخي
٢٠٤	ب - المعنى الحقيقي
٢٠٤	ج - المعنى الرسمي او الشكلي
٢٠٥	§ ٢ - المصادر الرسمية او الشكلية للحقوق

الفرع الاول

الفانون او الفشريع

٢٠٨	١ - تعريف الفانون وتحميده
٢٠٨	أ - من حيث الشكل
٢٠٩	ب - من حيث الموضوع
٢١٨	٢ - تصنيف الفانون 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 الفانون كمصدر اصلي واولي للحقوق
٢٣٧	٥ - تفسير الفانون
٢٣٩	١ - حالات التفسير واسبابه
٢٤٣	أ - انواع العيرب
٢٤٢	١ - الغموض او الابهام
٢٤٢	٢ - النقص او السكوت
٢٤٦	٣ - التناقض او التعارض
٢٤٨	ب - حالات التفسير
٢٥١	٢ - انواع التفسير
٢٥١	أ - التفسير التشريعي
٢٥٢	ب - التفسير القضائي
٢٥٣	ج - التفسير الفقهي
٢٥٤	د - التفسير الاداري

صفحة	
٢٥٥	٣ - طرق التفسير ووسائله
٢٥٧	أ - المدرسة التقليدية للتفسير او مذهب التقيد بالنص
٢٥٧	اولاً : مبادئ هذا المذهب
٢٦٠	ثانياً : طرق هذا المذهب في التفسير
٢٦٠	١ - الطرق الداخلية
٢٦٠	أ - الاستنتاج بطريق القياس
٢٦١	ب - الاستنتاج من باب اول
٢٦٢	ج - الاستنتاج بالمفهوم المخالف
٢٦٧	٢ - الطرق الخارجية
٢٦٧	أ - حكمة القانون وغايته
٢٦٨	ب - السوابق التاريخية والمصدر التاريخي
٢٦٩	ج - العادات
٢٦٩	د - الاعمال التحضيرية
٢٧١	٣ - انتقاد النظرية التقليدية
٢٧٢	ب - النظرية التاريخية والاتجاهات الاجتماعية
٢٧٣	ج - النظرية العلمية او مذهب العلم والصياغة
٢٧٥	د - التفسير بحسب القانون المدني السوري
٢٧٩	§ ٦ - الغاء القانون
٢٨٠	١ - المبادئ العامة في الالغاء
٢٨٣	٢ - طرق الغاء القانون
٢٧٣	أ - النص الصريح على الالغاء
٢٨٥	ب - الالغاء الضمني
٢٨٨	§ ٧ - تنازع القوانين من حيث الزمان
٢٨٩	١ - القواعد العامة لتنازع القوانين من حيث الزمان
٢٧٩	أ - التسمية

٢٩٠	ب - حالات التاريخ بوجه عام
٢٩٥	ج - القاعدتان الأصليتان في حل تنازع القوانين في الزمان
٣٠٤	٢- الضابط التقليدي : نظرية الحقوق المكتسبة
٣٠٤	أ - مفهوم هذه النظرية واسمها
٣٠٩	ب- قيمة هذه النظرية وانتقادها
٣١٥	٣- الاستثناءات من النظرية التقليدية
٣١٥	أ - النص الصريح
٣١٦	ب- النظام العام والآداب العامة
٣١٨	ج- قوانين الأصول والاجراءات
٣١٩	د - القوانين والأحكام التفسيرية
٣٢٢	هـ - القوانين المتضمنة عقوبات
٣٢٣	٤- التطبيقات القانونية لتنازع القوانين في الزمان
٣٢٥	أ - الأهلية
٣٢٦	ب- التقادم او مرور الزمن
٣٣١	ج - الأدلة
٣٣٦	٨- تنازع القوانين من حيث المكان

الفرع الثاني

العرف

٣٥٠	
٣٥٣	١- التعريف بالعرف ونوعه
٣٨٥	٢- عناصر العرف وشروطه
٣٥٨	٣- العرف وحقيقته
٤٦٠	٤- قيمة العرف وقوته الحقوقية
٣٦٢	٥- التفريق بين العرف والعادة

الفرع الثالث

٣٦٨

الدين او الفواعل الربعية

الفرع الرابع

٣٧٢

مبادئ القانون الطبيعي وفواعل العمد

الفرع الخامس

٣٨٠

الاجتهاد القضائي

٣٨١

١ - مفهوم الاجتهاد القضائي وتكوته

٣٨٣

٢ - التنظيم القضائي

٣٨٤

٣ - قيمة الاجتهاد القضائي وقوته

٣٨٧

٤ - تاريخ الاجتهاد القضائي ووره

٣٨٧

أ - القضاء في الحقوق الرومانية

٣٨٨

ب - القضاء في فرانسة قديما

٣٨٨

ج - القضاء في الشريعة الانكليزية

٣٨٩

د - القضاء في الشريعة الاسلامية

٣٩٢

٥ - وضع الاجتهاد القضائي في الشرائع الحديثة

٣٩٥

٥ - وسائل الاجتهاد القضائي ومراجعته

الفرع السادس

٣٩٨

الفقه او العلم الحقوقي

٣٩٨

١ - التعريف بالفقه

٣٨٩

٢ - تاريخ الفقه ومنشأه

٤٠٦

٣ - قيمة الفقه وقوته

القسم الثاني

نظرة الحق وارتباطه

- ٤١٣ مبرهنة
- ٤١٤ § ١ - تقسيمات الحق بالمعنى الشخصي او الذاتي
- ٤١٤ ١ - الحقوق السياسية والحقوق غير السياسية والمدنية
- ٤١٦ ٢ - الحقوق العامة والحقوق الخاصة
- ٤١٨ ٣ - حقوق الاسرة والحقوق المالية
- ٤٢٠ ٤ - الحق العيني وحق الدين والحق الأدبي
- ٤٢٠ أ - الحق العيني
- ٤٢١ ب - الحق الشخصي او حق الدين
- ٤٢٣ ج - المقابلة بين الحق العيني والحق الشخصي
- ٢٢٩ د - الحق الادني او المعنوي
- ٤٣٠ § ٢ - اركان الحق
- ٤٣٠ ١ - طرف الحق او الاشخاص اصحاب الحق
- ٤٣١ ٢ - محل الحق
- ٤٣٢ ٣ - سبب الحق أو مصدره
- ٤٣٢ ٤ - مضمون الحق
- ٤٣٣ ٥ - المؤيد او الجزاء

الكتاب الاول

- ٤٣٥ الاشخاص او اطراف الحق

الفرع الاول

٤٣٩

الشخص الطبيعي

المبحث الاول

٤٣٩

تحديد الشخص الطبيعي ووجوده

٤٣٩

١ - مفهوم الشخص الطبيعي §

٤٤١

٢ - بدء الشخص الطبيعي §

٤٤٥

٣ - الجنين او الحمل §

٤٤٨

٤ - نهاية الشخص الطبيعي §

٤٥١

٥ - المفقود والغائب §

٤٦١

٦ - ثبوت الشخصية §

المبحث الثاني

٤٦٩

خصائص الشخصية وصفاتها

الفصل الاول

٤٧٦

الجنسية والاصل والدين والجنس

الفصل الثاني

٤٨١

الاسم واللقب

٤٨١

١ - تحديد اللقب §

٤٨٢

٢ - اكتساب اللقب §

- ٤٨٦ - ٣ - تصحيح الاسم واللقب وتغييرهما §
 ٤٨٨ - ٤ - طبيعة الاسم او اللقب الحقوقية §
 ٤٩٠ - ٥ - ملحقات اللقب §

الفصل الثالث

- ٤٩٥ الموطن ، او محل الإقامة
- ٤٩٥ ١ - مفهوم الموطن §
 ٤٩٦ ٢ - فوائد تحديد الموطن §
 ٤٩٨ ٣ - كيفية تحديد الموطن §
 ٥٠٥ ٤ - تغيير الموطن §
 ٥٠٦ ٥ - المواطن الخاصة §
 ٥٠٧ أ - موطن الاعمال او الموطن التجاري
 ٥٠٨ ب - الموطن القانوني
 ٥١٣ ج - الموطن المختار

الفصل الرابع

- ٥١٩ الاسرة والقرابة
- ٥٢٠ ١ - تاريخ الاسرة الحقوقي وضرورتها §
 ٥٢٣ ٢ - التعريف بالاسرة §
 ٥٢٥ ٣ - القرابة والمصاهرة §

الفصل الخامس

- ٥٣٣ الزمة المالية
- ٥٣٣ ١ - معنى الزمة ومفهومها §

- ٥٣٨ - ٢ - صفات الذمة المالية وصلتها بالشخصية §
 ٥٤٣ - ٣ - اهمية فكرة الذمة المالية وفائدتها §

الفصل السادس

- ٥٤٧
 ٥٤٧
 ٥٤٧
 ٥٥٣
 ٥٦٠
 ٥٦١
 ٥٦١
 ٥٦٦
 ٥٧٢
 ٥٧٥
 ٥٧٥
 ٥٨١
 ٥٨٢
 ٥٨٧
 ٥٨٨
 ٥٨٩
- الاهلية
- ١ - مفهوم الاهلية §
 ١ - تعريفها
 ٢ - انواع الاهلية
 ٢ - عدم الاهلية الاصيلي : السن
 أ - الجنين
 ب - الصبي غير المميز
 ج - الصبي المميز
 د - الراشد
 ٣ - عوارض الاهلية §
 آ - المجنون
 ب - المعتوه
 ج - السفيفه
 د - ذو العفلة
 هـ - المحكوم عليه بعقوبة جنائية
 و - الأصم والأبكم والأعمى

الفرع الثاني

- ٥٩٢
 الصفصى الاعتباري

المبحث الاول

- ٥٩٢ مفهوم الشخص الاعتباري وطبيعته الحقوقية
٥٩٢ ١ - مفهوم الشخص الاعتباري والحقوق
٦٠٦ ٢ - الطبيعة الحقوقية للشخص الاعتباري

المبحث الثاني

- ٦٢٢ الحارة المدنية للشخص الاعتباري وخصائصه
٦٢٣ ١ - بدء الشخص الاعتباري
٦٢٨ ٢ - انتهاء الشخصية الاعتبارية
٦٣٢ ٣ - جنسية الشخص الاعتباري
٦٣٩ ٤ - اسم الشخص الاعتباري
٦٤١ ٥ - موطن الشخص الاعتباري
٤٤٣ ٦ - الذمة المالية للشخص الاعتباري
٦٤٥ ٧ - أهلية الشخص الاعتباري

المبحث الثالث

- ٦٦١ انواع الشخص الاعتباري

الفصل الاول

- ٦٦٢ التفريق بين انواع الأشخاص الاعتبارية

الفصل الثاني

- ٦٧٤ أشخاص الحقوق الخاصة وأنواعها

٦٧٥	١. § - الهيئات والطوائف الدينية
٦٨٠	٢. § - الوقف
٦٨٩	٣. § - الشركات
٦٩٨	٤. § - الجمعيات
٧٢٠	٥. § - المؤسسات الخاصة

الكتاب الثاني

محل الحق

٧٢٩	تمهيد
-----	-------

الباب الاول

٧٣١	الأشياء والأموال
-----	------------------

المبحث الاول

٧٣١	مفهوم الأشياء والأموال والتمييز بينها
-----	---------------------------------------

المبحث الثاني

٧٣٥	تقسيم الأشياء
-----	---------------

الفرع الاول

٧٣٥	أشياء داخلة في التعامل وأشياء خارجة عن التعامل
-----	--

الفرع الثاني

٧٣٩	الأشياء الثابتة (العقارات) والأشياء المنقولة
-----	--

الفصل الاول

٧٤٠ الأسياء الثابتة او العقارات

٧٤٠ § العقارات بطبيعتها

٧٥٢ § ٢ - العقارات بالتخصيص

الفصل الثاني

الأسياء المنقولة

٧٦٤ § ١ - المنقولات بطبيعتها

٧٦٥ § ٢ - المنقولات بالمال

٧٦٦ § ٣ - المنقولات غير المادية او المعنوية

الفصل الثالث

٧٦٨ اهمية التفريق بين العقار والمنقول

الفرع الثالث

٧٧٢ الأسياء القابضة للاستهلاك والأسياء غير القابضة للاستهلاك

الفرع الرابع

٧٧٤ الأسياء المتلبية والأسياء القيمة

الفرع الخامس

٧٧٧ تسميات اخرى للأسياء لم ينص عليها القانون

	المبحث الثالث
٧٧٧	تقسيم الاموال
	الفرع الاول
٧٨٠	الاموال العقارية والاموال المنقولة
	الفصل الاول
٧٨١	المال العقاري
	§ 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 - دعاوى العقارية
٨٠٣	
	الفصل الثاني
٨٠٦	المال المنقول

٨٠٧

٨٠٨

٨٠٩

١ § - الحقوق العينية المنقولة

٢ § - الحقوق الشخصية والالتزامات

٣ § - الدعاوى المنقولة

الفرع الثاني

٨١١

الأموال العامة

٨١١

١ § مفهوم الأموال العامة وخصائصها

٨١٨

٢ § - أنواع الأموال العامة

الفصل الثاني

٨٢٠

امدك الموزنة الخاصة

الكتاب الثالث

٨٢٥

مضمون المحو

٨٢٥

الاستعمال المشروع للحق والتعسف في استعماله

٨٢٨

١ § - اصل نظرية التعسف في استعمال الحق وتاريخها

٨٤٣

٢ § - نقد هذه النظرية وقيمتها

٨٤٥

٣ § - اسس التعسف في استعمال الحق ومعاييرها

٨٤٦

أ - المعيار الشخصي او الذاتي

٨٥٦

ب - المعيار المادي الموضوعي

٨٦٩

٤ § - مؤيد الاساءة والتعسف

٨٧١

٥ § - طبيعة الدعوى التمسكية

٨٧٣

أهم المراجع والمؤلفات

ADNAN KOWATLY

Professeur de Droit Civil à l'Université de Damas

Ancien Bâtonnier

PRECIS
DE
D R O I T C I V I L

Tome 1

- 1 - Théorie Générale de Droit.
- 2 - Théorie du droit subjectif.

Damas 1963/4

Library of



Princeton University.

