

أصول الفتاوى

تأليف
الدكتور عبد المنعم فرج الصده

دار النهضة العربية
للطباعة والنشر
بيروت - ص ١٩٨٤



عنوان كتاب: أصول القانون

پديدآور[ان]: صده، عبد المنعم فرج

نام ناشر: دار النهضة العربية

جلد[ها]: 1

نام و نام خانوادگی کاربر: حسين .

منبع: noorlib.ir کتابخانه دیجیتالی نور

تاریخ دانلود: 1401/8/20

تعداد صفحات دانلود شده: 605

أصول القانون

تأليف

الدكتور عبد المنعم فرج الصّده

نائب رئيس جامعة القاهرة سابقاً

أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية

مركز تحقيق وتطوير الدراسات والبحوث
بيروت - لبنان

دار النهضة العربية

للطباعة والنشر

بيروت - ص.ب. ٧١١



جميع حقوق الطبع والنشر محفوظة

لا يجوز طبع أو استنساخ أو تصوير أو تسجيل
أي جزء من هذا الكتاب بأي وسيلة كانت
إلا بعد الحصول على الموافقة الكتابية من الناشر

الناشر

دار النهضة العربية



للطباعة والنشر

الإدارة : بيروت - شارع مدحت باشا - بنناية كريدية

تلفون : 743166 - 743167 - 736093

برقيا : دانهضة - ص ب 11-749

فاكس : 735295 - 1 - 00961

المكتبة : شارع البستاني - بنناية لسكندراتي رقم 3

غربي جامعة بيروت العربية

تلفون : 316202 - 818703

المستودع : بئر حسن - خلف تلفزيون المشرق - سابقا

بنناية كريدية - تلفون : 833180

تقديم

هذه دراسة رأيت أن أعرض فيها للأصول العامة التي تكون الإطار الشامل للمعلوم القانونية . فهي دراسة تلقي الضوء وتوطئ السبيل وتساعد المبتدئ على أن يلم بصفة عامة بالمبادئ الأساسية التي يرتكز عليها القانون في مجته .

وإذ كان هذا هو الغرض المقصود من الدراسة ، فسوف لا تكون هناك تفصيلات فرعية إلا بالقدر الضروري لتوضيح الفكرة وتحديد معالمها . وذلك حرصاً على إبراز الأصول الكلية ، حتى لا تطغى عليها الجزئيات ، فتأخذ مكانها الصحيح في ذهن الدارس المبتدئ . فكثيراً ما يكون الإغراق في التفصيلات مؤدياً إلى حجب الأصول العامة وطمس معالمها أمام شخص لا يزال في مستهل دراسته القانونية .

وعلى الرغم من تحديد الغرض المقصود من الدراسة على هذا النحو ، فإن ما يمكن أن يقال تحقيقاً لهذا الغرض كثير . ولهذا سبراعى أن يكون ما يقدم من معلومات في هذا الشأن في حدود القدر المعقول دون إسراف أو تقتير .

وحيث يقتضي الأمر دراسة أحكام القانون أو الإشارة إلى نصوصه سيكون المعول عليه القانون اللبناني والقانون المصري .
والله يهدينا من أمرنا رشداً .

عبد المنعم فرج الصده



مرکز اسناد و کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران

تمهيد

١ - القانون ضرورة اجتماعية :

الإنسان كائن إجتماعي، فهو بدافع غريزته وبداعي طبيعته لا يستطيع أن يعيش منفرداً. فغريزته تدفعه إلى أن يسعى للمحافظة على كيانه ورفع مستوى معيشته، ولكنه يعجز عن أن يشبع بمفرده كل حاجاته، فلا بد له من أن يفيد من مجهودات غيره في هذا السبيل. وطبيعته تدعوه إلى أن يختلط بغيره، فيشاركه في المعيشة، ويساهم معه في النشاط، ويتبادل معه النفع. فقد خلق الله الناس من ذكر وأنثى، وجعلهم شعبياً وقبائلياً ليتعارفوا ويتعاونوا.

فوجود المجتمع إذا أمر حتمي، ما دام أن الإنسان لا يعيش إلا في جماعة. وفي هذا المجتمع تنشأ علاقات بين الأفراد مختلفة أنواعها، فقد تكون علاقات عائلية أو اجتماعية أو مالية أو سياسية أو نحو ذلك. والفرد في سعيه لإشباع حاجاته وتحقيق رغباته تتعارض مصالحه مع مصالح غيره من الأفراد. ولو ترك له أمر تسوية علاقاته مع غيره وفقاً لهواه لقلب مصلحته على مصلحة غيره، فتصبح الغلبة للقوى، وحينئذ تعم الفوضى ويسود الاضطراب، الأمر الذي يهدد كيان المجتمع ويؤدي به إلى الاضمحلال والفتنة.

لهذا كان لا بد للمجتمع من نظام يوجه نشاط الأفراد ويحكم ما بينهم من علاقات على نحو يتم فيه التوفيق بين المصالح المتعارضة بحيث يمكن تحقيقها جميعاً. وقد فطن الإنسان من قديم، بحكم حاجته إلى البقاء والعيش في المجتمع، إلى أن الوسيلة لكفالة هذا النظام هي أن ينزل كل فرد عن قدر من حرته حتى يمكن للجميع أن يتمتعوا بحريتهم على قدم المساواة. ومقتضى

هذا أن تكون هناك قواعد موضوعة مقدماً يستهدي به الأفراد في سلوكهم ومعاملاتهم ، وأن تكون هناك سلطة عامة تمثل الجماعة وتستطيع بما لها من قوة أن تجبر الأفراد على احترام هذه القواعد . بحيث يكون من شأن هذه القواعد أن تقيم التوازن بين الحريات والمصالح المتعارضة ، فيتحقق بذلك النظام والأمن والعدل ، ومن هذه القواعد يتكون القانون .

٢ - القانون والحق والواجب :

يتضح مما ذكرناه الآن أن القانون مجموعة قواعد تنظم نشاط الأشخاص في المجتمع وتقوم على احترامها سلطة عامة توقع الجزاء على من يخالفها . وهذا هو ما يستفاد من القاعدة القانونية باعتبارها قاعدة سلوك ونظام يتحتم الخضوع لها .

فإذا تناولنا مضمون هذه القاعدة من الناحية العملية وجدناها تخول الفرد حقاً أو تفرض عليه واجباً . فالقاعدة التي تقضي بأن « الملكية العقارية هي حق استعمال عقار ما والتمتع والتصرف به ضمن حدود القوانين والقرارات والأنظمة » (المادة ١١ من تقنين الملكية العقارية اللبناني) ، أو تقول بتعبير أشمل إن « للمالك الشيء وحده » ، في حدود القانون ، حق إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه ، (المادة ٨٠٢ من التقنين المدني المصري) ، تخول المالك الحق في أن يستأجر دون غيره بزايا ملكه ، وتوجب على غيره من الأشخاص أن يحترموا هذا الحق . والواجب هنا واجب عام يقع على عاتق الناس جميعاً ما عدا صاحب الحق ، فهو واجب سلبى لا يستوجب القيام بأي عمل للمالك .

والقاعدة التي تقضي بأن «العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين» (المادة ٢٢١ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني) ، أو تقول بعبارة أخرى إن « العقد شريعة المتعاقدين » (المادة ١٤٧ / ١ من التقنين المدني المصري) ، تخول الدائن الحق في أن يطالب المدين بالقيام بعمل معين أو بالامتناع عن

عمل معين ، وتوجب على المدين أن يستجيب لهذا الطلب . والواجب في هذه الحالة واجب خاص يلتزم به شخص معين دون غيره من الناس . وهو قد يكون إيجابياً أي عملاً كالالتزام ببناء منزل ، وقد يكون سلبياً أي امتناعاً عن عمل كالالتزام بعدم فتح محل تجاري في منطقة معينة .

ويلاحظ أن الواجب العام يوجد بالنسبة إلى جميع الحقوق أياً كان نوعها . فكل حق يقابله واجب عام يقع على الكافة ما عدا صاحب الحق ، ويقتصر أمره على مجرد تكليف عام باحترام حق الغير ، بحيث يتمتع بمقتضاه على جميع الأشخاص أن يأتوا فعلاً يتعارض مع تمتع صاحب الحق بحقه . وهناك فريق من الحقوق يقابله واجب خاص يقع على عاتق أشخاص معينين ، وذلك بالإضافة إلى الواجب العام . فلو أن صاحب مصنع اتفق مع عامل على أن يعمل لديه وجب على العامل أن يؤدي العمل الذي يقضي به الاتفاق ، وهذا واجب خاص يلتزم به العامل دون غيره . ويضاف إلى هذا الواجب الخاص واجب عام يتحمل به جميع الناس ، فيكون عليهم بمقتضاه أن يمتنعوا عن أي فعل يؤدي إلى الإخلال بالعلاقة التي تربط بين العامل وصاحب المصنع . فلو أن أحداً من هؤلاء ، كصاحب مصنع آخر ، حرص العامل على الإخلال بواجبه ، فإنه يحق لصاحب المصنع الأول أن يطالبه بالتعويض .

ويتضح من هذا أن كل حق يقابله واجب ، فهما وجهان لعلاقة قانونية واحدة . ولذلك جرى استعمال اصطلاح « الحق » للتعبير عن هذه العلاقة بوجهيها ، أي عن الحق والواجب متقابلين .

كما يتضح أن القانون في تنظيمه لسلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع إنما يفعل ذلك ببيان حقوقهم وواجباتهم . فالقانون والحق والواجب تصدر جميعها عن شيء واحد . حيث أن القاعدة القانونية قانون باعتبارها قاعدة اجتماعية تفرض نظاماً معيناً ، وهي ذاتها التي تحول الحق فتضع بين يدي الشخص سلطة تمكنه من أن يعمل على وجه معين في علاقاته بغيره ، أو تفرض عليه واجباً في هذا السبيل .

ومن هذا نجد أن القانون والحق بكل منهما الآخر . فالقانون من ناحية هو الذي يقر الحقوق ويرسم حدودها ويفرض ضماناتها ، ومن ناحية أخرى لا يقدر للقانون وجود ولا يترتب عليه أثر إلا بفضل ما يخول الأفراد من حقوق ويفرض عليهم من واجبات تنتظم بها علاقاتهم .

٣ - خطة الدراسة :

يبين مما قدمناه أن دراسة قواعد قانونية معينة تعني دراسة الحقوق والواجبات التي تقرها هذه القواعد .

ولكننا في دراستنا للأصول الأولية في علم القانون نتناول الموضوع من زوايتين مختلفتين . الأولى تعالج منها القاعدة القانونية باعتبارها قاعدة سلوك ونظام مفروض . والثانية تعرف منها ما تخوله هذه القاعدة من حق .

ولهذا نقسم دراستنا في هذا الصدد إلى قسمين :

القسم الأول في نظرية القاعدة القانونية .

والقسم الثاني في نظرية الحق .

مركز البحوث والدراسات القانونية
بجامعة القاهرة

القِسْمُ الْأَوَّلُ
نظرية القاعدة القانونية

مركز البحوث والدراسات
مركز البحوث والدراسات
مركز البحوث والدراسات

٤ - تقسيم :

تقتضي دراستنا لنظرية القاعدة القانونية أن نبدأ بالتعريف بها من حيث مدلولها وتحليلها وتحديد نطاقها وبيان أنواعها ، ثم نتبين بعد ذلك المصادر التي تستقي منها ، وأخيراً نتعرف الحدود التي تنطبق فيها .

ولهذا نقسم كلامنا في تلك النظرية إلى أبواب أربعة :

الباب الأول : التعريف بالقاعدة القانونية .

الباب الثاني : أنواع القواعد القانونية .

الباب الثالث : مصادر القاعدة القانونية .

الباب الرابع : تطبيق القاعدة القانونية .



الجامعة التطبيقية البلقاء
الكلية القانونية

البَابُ الْأَوَّلُ

التعريف بالقاعدة القانونية

٥ - بيان :

نتناول في فصل أول من هذا الباب تعريف القانون وتحليله ، حيث نتعرف معناه ، وفي ضوء هذا المعنى نتبين وظيفته ، ثم نحدد الخصائص التي يتميز بها .

وفي فصل ثان نحدد نطاق القانون ، حيث نبرز موقفه من القواعد الاجتماعية الأخرى ، كما نشير إلى صلته بالعلوم الاجتماعية الأخرى ، ونتبين في النهاية المدى الذي يذهب إليه القانون في تدخله في نشاط الأفراد بحسب النزعة التي تسود المجتمع .

الفصل الأول

تعريف القانون وتحليله

٦ - المعنى الاصطلاحي للقانون :

يطلق القانون لغة على كل قاعدة مطردة ، بحيث تفيد استمرار أمر معين وفقاً لنظام ثابت . وبهذا المعنى يطلق القانون على النظم التي تحكم الظواهر الطبيعية ، فيقال مثلاً قانون الجاذبية الأرضية ، أو قانون الغليان الذي يخضع له الماء .

وفي الاصطلاح القانوني يفيد القانون معنيين : أحدهما عام ، والآخر خاص .

فالقانون بالمعنى العام Droit هو مجموعة القواعد الملزمة التي تحكم سلوك الأفراد وعلاقتهم في المجتمع . وهو معنى يتصل بالمعنى اللغوي . إذ أن القانون بهذا المعنى الاصطلاحي يحدد النظام الذي يجب أن تجرى علاقات الأفراد وسلوكهم على مقتضاه . وهو المعنى الذي يستفاد من لفظ القانون إذا أطلق .

أما القانون بالمعنى الخاص loi فيراد به قاعدة معينة أو مجموعة معينة من القواعد تضعها السلطة التشريعية لتنظيم أمر معين . فيقال بهذا المعنى قانون السجل أو الشهر العقاري ، وقانون الملكية العقارية ، وقانون تنظيم الجامعات ، وقانون المحاماة . حيث يراد بذلك التشريعات التي تحكم هذه المسائل .

والقانون بالمعنى العام هو الذي يعيننا في هذه الدراسة . وهو يتخصص بالمكان والزمان ، حيث يختلف من بلد إلى آخر ، ومن زمان إلى زمان . ولذلك جرى التعبير عن القانون المطبق فعلاً في بلد معين بالقانون الوضعي لهذا البلد Droit positif . فيقال مثلاً ، القانون الوضعي اللبناني ، للدلالة على القانون المطبق في لبنان في الوقت الحاضر ، أو القانون الوضعي المصري ، للدلالة على القانون المطبق في مصر في الوقت الحاضر .

٧ - وظيفة القانون :

تحدد وظيفة القانون ببيان الأغراض التي يرمي إلى تحقيقها والوسيلة التي تتخذ لبلوغ هذه الأغراض .

والأغراض التي يرمي إليها القانون تترد إلى غرضين أساسيين : أولهما صون حريات الأفراد وتحقيق مصالحهم . والثاني حفظ كيان المجتمع وكفالة تقدمه وارتقائه .

ووسيلة القانون إلى تحقيق هذين الغرضين هي التوفيق بين حريات الأفراد ومصالحهم المتعارضة على نحو يكفل المحافظة على كيان المجتمع وبضمن له التقدم . ولا يقدر لتلك الوسيلة أن تؤتي ثمرتها على هذا النحو إلا إذا قام

التوفيق بين حريات الأفراد ومصالحهم على أساس من الحرية والمساواة ، وكان رائد الشارع فيما يورده من قيود في هذا الشأن هو المصلحة العليا للمجتمع . على أن يراعى في ذلك كله ظروف المجتمع وعاداته وتقاليده ومعتقداته وما يرنو إليه من مثل عليا وما يحرص عليه من مبادئ وما يهفو إليه من آمال . فالقانون مرآة للبيئة من ناحية ، ووسيلة إلى تقدمها وارتقاؤها من ناحية أخرى . فإذا لم يستجيب القانون لظروف المجتمع وحاجاته ولد ميتاً ، فلا يصادف نجاحاً في التطبيق . وإذا انحرف القانون عن مبادئ الجماعة وتعارض مع آمالها قاومته وثار عليه .

ويلاحظ أن القانون في تنظيمه للروابط الاجتماعية إنما يتوخى غاية نفعية هي إقامة النظام واستقراره في المجتمع ، ولو اقتضاه ذلك أن يتغاضى عن الناحية الخلقية المجردة التي ينظر فيها إلى مصلحة الفرد الخاصة لا إلى المصلحة العامة للمجموع . مثل ذلك في القانون اللبناني أن من يجوز بنية التملك مدة خمس عشرة سنة عقاراً غير مقيد في السجل العقاري فإنه يكسب حق القيد في السجل ولو كان غاصباً (المادة ٢٥٧ من تقنين الملكية العقارية اللبناني) . وفي القانون المصري من يجوز عقاراً بنية التملك مدة خمس عشرة سنة يكون له أن يكسب ملكية هذا العقار ولو كان غاصباً (م ٩٦٨ من التقنين المدني المصري) . إذ قدر الشارع أن قيام النظام في المجتمع وكفالة الأمن فيه يقتضيان أن تستقر المراكز الواقعية التي ظلت أمداً طويلاً ، حتى يوضع حد للمنازعات في هذا الشأن ، وهو اعتبار جوهرى يتصل بالنظام العام في المجتمع بحيث يرجح على المصلحة الخاصة للفرد .

٨ - خصائص القاعدة القانونية :

رأينا أن القانون مجموعة قواعد تنظم نشاط الأشخاص في المجتمع وتقوم على احترامها سلطة عامة توقع الجزاء على من يخالفها . ومن هذا التعريف تخلص الخصائص الجوهرية للقاعدة القانونية . فهي

قاعدة سلوك ، يخاطب بها الأشخاص في المجتمع ، وتتوافر لها صفة التجريد والعموم ، وتكون ملزمة للمخاطبين بها . فهذه خصائص أربعة تتناولها فيما يلي :

٩ - (١) القاعدة القانونية قاعدة سلوك :

رأينا أن القانون لغة يعبر عن قاعدة مطردة تفسد استمرار أمر معين وفقاً لنظام ثابت . وبالمعنى يطلق القانون على القواعد التي تحكم الظواهر الطبيعية كقانون الجاذبية الأرضية ، أو قانون الغليان الذي يخضع له الماء . والقاعدة بهذا المعنى لا يتصور أن يكون لها مساس بنشاط الأفراد ، وبالتالي لا يمكن أن يقع من جانبهم ما يخالفها . إذ أنها تقرر أمراً واقعاً لا سلطان لأحد عليه .

أما القاعدة القانونية بالمعنى الاصطلاحي الذي يعيننا في هذا المقام فلا تقرر أمراً واقعاً تكشف عنه ، بل تبين ما يجب أن يكون سلوك الأفراد على مقتضاه . فهي لا تنبئ بما هو كائن ، وإنما تفرض ما ينبغي أن يكون . ومن هنا كانت قاعدة سلوك يأتريها الأفراد ، وقد يقع من جانبهم ما يخالفها . فالقاعدة التي تلزم المشتري بأن يدفع ثمن المبيع تفرض عليه السلوك الذي يجب أن يراعيه في علاقته بالبائع ، وقد يخلف المشتري بهذا الالتزام فيمتنع عن دفع الثمن .

والقاعدة القانونية في توجيهها لسلوك الأفراد تتضمن إباحة فعل أو أمراً بفعل أو نهياً عن فعل . وقد يرد ذلك في عبارة صريحة ، كما في القاعدة التي تقرر حرية من الحريات العامة ، أو تلك التي توجب القيام بالخدمة العسكرية ، أو تلك التي تقضي بأنه لا يجوز لمن ينوب عن غيره أن يشترى لنفسه ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة (المادة ٣٧٨ من تقنين الموجبات والمعقود اللبناني والمادة ٤٧٩ من التقنين المدني المصري) . والغالب ألا يرد ذلك صراحة ، وإنما يستفاد من مضمون القاعدة . فالقاعدة التي تقضي ببطلان التعامل في شركة إنسان على قيد الحياة (المادة ١٨٨ من تقنين الموجبات

والعقود اللبناني والمادة ١٣١/٢ من التقنين المدني المصري) يستفاد منها بإباحة التعامل في الأشياء المستقبلية الأخرى . والقاعدة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين (المادة ٢٢٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني والمادة ١/١٤٧ من التقنين المدني المصري) يستفاد منها أمر المتعاقد بالوفاء بما تعهد به . والقاعدة التي تقضي بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض (المادة ١٢٢ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني والمادة ١٦٣ من التقنين المدني المصري) يؤخذ منها النهي عن الاضرار بالغير .

١٠ - (٢) القاعدة القانونية خطاب موجه إلى الأشخاص في مجتمع :

الإنسان ، كما رأينا ، كائن اجتماعي ، فهو لا يستطيع أن يعيش إلا في مجتمع . وإذا كانت القاعدة القانونية قاعدة سلوك ياتمر بها الأفراد ، فهي من هذا لا توجد إلا حيث يكون هناك مجتمع . ومقتضى هذا أن تكون القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية ، ومن ثم يكون القانون على صلة بالعلوم الاجتماعية الأخرى كما سنرى .

ويترتب على كون القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية أن يتخصص القانون بالمكان والزمان كما قدمنا . فالقانون مرآة للبيئة التي ينطبق فيها ، حيث يستجيب لظروفها وحاجاتها . وكل بيئة تختلف عن غيرها من البيئات الأخرى ، كما أن لكل عصر أفكاره ومبادئه ومقتضياته . ولذلك كان حتماً أن يختلف القانون من دولة إلى أخرى ، فالقانون الذي يصلح للبيئة الانجليزية أو الأمريكية يختلف عن القانون الذي يصلح للبيئة الفرنسية أو الإيطالية أو المصرية أو اللبنانية . وكان حتماً كذلك أن يختلف القانون في البيئة الواحدة من عصر إلى عصر ، فهو يتطور بتطور المجتمع حتى يستجيب لحاجاته الجديدة ويساير اتجاهاته المتعددة . ولذلك نرى الشارع يتدخل من وقت إلى آخر فيعدل القانون القائم أو يغير فيه كي يتلاءم مع الظروف الجديدة في المجتمع .

وإذا كان المجتمع الذي يخاطب أشخاصه بالقاعدة القانونية قد وصل في تطوره إلى أن يتخذ شكل الدولة، إلا أن هذا الشكل ليس ضرورياً لوجود مثل هذا المجتمع . فالمهم أن تكون هناك سلطة لها حق السيادة والإجبار ، حتى تقوم على احترام القاعدة القانونية . وقد وجد القانون تاريخياً قبل أن توجد الدولة . فقد بدأ المجتمع قديماً في نطاق القبيلة، ثم تطور إلى اقطاعية، وأخيراً اتخذ شكل الدولة بما ينطوي عليه من توحيد سياسي منظم .

١١ - (٣) القاعدة القانونية قاعدة مجردة وعامة :

رأينا أن القانون مجموعة قواعد تنظم سلوك الأشخاص في مجتمع . والتجريد والعموم صفتان تثبتان لكل قاعدة . ومن هنا كانت القاعدة القانونية مجردة *abstraite* وعامة *générale* .

ويراد بالتجريد أن يوجه الخطاب في القاعدة القانونية إلى الأشخاص بصفاتهم ، وأن تتناول القاعدة الوقائع بشروطها . فهي لا توجه إلى شخص معين بذاته ، ولا تتناول واقعة بعينها . ويؤدي تجريد القاعدة على هذا النحو إلى عموم تطبيقها . فتطبق القاعدة على كل شخص تثبت له الصفات المقررة ، وتسري على كل واقعة تتوفر فيها الشروط المطلوبة . ويتضح من هذا أن التجريد والعموم وجهان لحاسة واحدة ، حيث تكون القاعدة مجردة عند نشوئها ، فتصبح بذلك عامة في تطبيقها .

والواقع أن الشارع ، وهو ينظم سلوك الأشخاص على نحو نموذجي متماثل تتحقق به المساواة بينهم ، لا بد من أن تكون وسيلته إلى هذا التنظيم أن يضع قواعد مجردة وعامة تطبق على جميع الحالات المتماثلة . وبذلك يطرد تطبيق القاعدة القانونية على كل حالة تنشأ في أي وقت وتتوفر فيها الشروط اللازمة . وبدون هذا التجريد والعموم يصبح التكليف الصادر من السلطة العامة في خصوص شخص معين بذاته أو واقعة محددة بعينها مجرد أمر فردي لا قاعدة عامة . ويختلف الأمر عن القاعدة في أن تطبيقه يقتصر على

الأشخاص المعينين فيه بذواتهم أو الوقائع المحددة فيه بعينها ، حتى اذا ما طبق في هذه الحدود استنفذ أغراضه وقوته بهذا التطبيق ، فلا يمتد بعد ذلك الى أشخاص آخرين ، ولا يتناول وقائع أخرى .

فقانون التجنيد يشتمل على قواعد قانونية ، لأنها مجردة وعامة ، حيث تتناول الأشخاص بصفاتهم ، فتنتطبق على كل شخص تتوفر فيه صفات معينة تتعلق بالجنس والسن والحالة البدنية . بينما لا يعتبر القرار الصادر باقتراع شخص معين للخدمة العسكرية قاعدة قانونية ، بل هو أمر فردي يوجه إلى شخص معين بالذات .

وقانون الموظفين يتضمن قواعد قانونية ، لأنها مجردة توجه إلى الأشخاص بصفاتهم ، فتنتطبق بصورة شاملة على كل شخص تقوم به هذه الصفات . بينما لا يعتبر المرسوم أو القرار الصادر بتعيين شخص معين في وظيفة معينة قاعدة قانونية ، لأنه يوجه إلى شخص معين بالذات .

والقاعدة التي تقضي بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض قاعدة قانونية مجردة وعامة ، لأنها تتناول واقعة الخطأ بشروطها فتنتطبق على كل فعل توفرت فيه شروط الخطأ أياً كان الشخص الذي ارتكبه . وعلى خلاف ذلك لا يعتبر قاعدة قانونية الحكم الصادر من المحكمة بإلزام شخص معين بالتعويض لأنه تسبب بخطئه أثناء قيادة سيارة في جرح شخص آخر ، إذ أن هذا الحكم موجه إلى شخص معين بالذات ، هو الشخص المحكوم عليه دون غيره من الأشخاص .

ولا يعني كون القاعدة عامة أنها يجب أن تسري في حق الناس جميعاً أو تنطبق على سائر الوقائع التي تصدر منهم . فقد تتصرف القاعدة إلى طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع ، دون أن يقدح ذلك فيما لها من صفة العموم ، ما دام هؤلاء الأشخاص معينين بصفاتهم أو ما دامت هذه الوقائع معينة بشروطها . فقانون نظام القضاء يقتصر تطبيقه على القضاة ، وقانون الموظفين يقتصر تطبيقه على الموظفين ، وقانون العمل يقتصر تطبيقه على العمال ،

وكل هذه قوانين تتضمن قواعد مجردة وعامة ، لأنها تخاطب الأشخاص الذين تصرف إليهم بصفاتهم لا بذواتهم ، وقد يزداد عددهم أو ينقص تبعاً لتوافر الصفات المقررة أو عدم توافرها . بل إن القاعدة قد توجه إلى شخص واحد معين بصفته لا بذاته ، فتكون بذلك قاعدة مجردة وعامة . فالقواعد التي تحدد سلطات رئيس الدولة تكون مجردة وعامة لأنها لا توجه إلى رئيس معين بذاته ، بل توجه إلى كل شخص يشغل منصب رئاسة الدولة . ويبين من ذلك أن ليست العبرة في هذا الشأن بعدد الأشخاص الذين يوجه إليهم الخطاب في القاعدة القانونية ، إذ الممول عليه هو الصفة التي تثبت لهؤلاء وفقاً لما تتطلبه القاعدة ، ويستوي في ذلك أن تثبت هذه الصفة للناس جميعاً أو لعدد محدود منهم أو حتى لشخص واحد دون غيره من الناس .

وإذا كان وضع القاعدة القانونية على نحو مجرد وعام هو وسيلة إلى الشارع إلى تنظيم سلوك الأشخاص على أساس المساواة فيما بينهم ، فإن رائد الشارع في تحقيق هذه المساواة هو الاعتداد بالوضع الغالب في الحياة الاجتماعية . حيث تقوم تلك المساواة على أساس العدل *La justice* الذي يؤخذ فيه بهذا الوضع الغالب بالنسبة إلى جميع الأشخاص ، لا على أساس العدالة *L'équité* التي ينظر فيها إلى ظروف كل شخص على حدة . إذ أن التجريد والعموم في القاعدة لا يتيسر إلا على أساس توحيد الحكم فيها بالنسبة إلى جميع الأشخاص ، فيراعى في هذا الحكم الأخذ بالوضع الغالب الذي يشترك فيه الأغلبية العظمى من الناس ، دون نظر إلى الظروف الخاصة التي ينفرد بها عدد قليل منهم .

فالقاعدة التي تحدد سن الرشد بثمان عشرة سنة راعى فيها الشارع متوسط سن النضج العقلي على أساس الوضع الغالب بين الناس . وقد تكون هناك قلة من الأفراد يتوفر لها النضج العقلي والدراية مباشرة بالتصرفات القانونية قبل بلوغ هذه السن ، كما قد تكون هناك قلة لا يتوفر لها النضج الكافي إلا بعد مضي مدة من بلوغ هذه السن . ولو أن الشارع ترك للقاضي أن يحدد سن الرشد لكل شخص على حدة في ضوء خبرته وحاله من النضج العقلي

لتتحقق بذلك العدالة الحقة بما تمتاز به من مرونة ، حيث ينظر إلى ظروف كل شخص على حدة . لكن الأخذ بهذا الحل ينافي النظام والاستقرار في الجماعة ، وهو غرض جوهرى يحرص عليه القانون ، بحيث يستأهل التضحية بالظروف الخاصة لعدد قليل من الأفراد . ولهذا يقف القانون عند المعيار الوسط الذى يصدق عند أغلب الأشخاص ، فيجعل سن الرشد بالنسبة إلى الجميع هي ثمانى عشرة سنة .

وعلى هذا النحو فإن التجريد والعموم في القاعدة القانونية يؤديان إلى إقامة النظام في المجتمع واستقراره . إذ تنطبق القاعدة على الأشخاص المتماثلين والوقائع المتماثلة وفقاً لحكها ، ويطرد انطباقها في كل مرة على النسق الذى طبقت به من قبل . ومن هنا كان الشبه قريباً بين القواعد القانونية والقوانين الطبيعية ، إذ يكون النظام عنصراً مشتركاً بين الفريقين . غير أنه يبقى بعد ذلك فارق جوهرى بينها . فالقواعد القانونية تطوع عن إرادة ، ويستطيع الشخص عصيانها متحسلاً جزاء المصيان . بينما القوانين الطبيعية لا تطيعها الظواهر الطبيعية عن إرادة ، وهي لا تملك إلا طاعتها .

١٢ - (٤) القاعدة القانونية قاعدة ملزمة ،

يراد بكون القاعدة القانونية قاعدة ملزمة obligatoire أن يكون لها جزاء Sanctiou ملدى توقعه السلطة العامة جبراً على من يخالفها .

ذلك أن القانون يهدف إلى إقامة النظام في المجتمع وكفالة الأمن فيه ولضمان تحقيق هذا الغرض يجب أن تقترن القاعدة القانونية بجزاء مادي رادع ، حيث تكون هناك سلطة عامة تقوم على احترام هذه القاعدة ، فتنولى توقيع الجزاء على المخالف بما لها من قوة القهر والإجبار . ومن ثم فإن وجود مثل هذا الجزاء أمر لتتضيه وظيفة القاعدة القانونية ، بحيث يعتبر عنصراً لازماً للقيامها .

على أن هذا لا يعني أن احترام القانون يرجع دائماً إلى الخشية من توقيع

الجزاء ، فالغالب أن يصدر هذا الاحترام عن رغبة تقوم على أساس الشعور بأن القانون ضرورة اجتماعية لا بد منها لحماية النظام في المجتمع والسير بالجماعة في طريق التقدم . لكن هذا لا يقلل من دور الجزاء كضرورة حتمية لمحل الناس على احترام القانون . فإلهم أن يعرف الأفراد سلفاً أن مخالفة القاعدة القانونية تؤدي حتماً إلى توقيع الجزاء عليهم ، ولا يهم بعد ذلك أن تكون طاعتهم لها عن رغبة وشعور بلزومها .

وتتفق القواعد القانونية مع غيرها من القواعد الاجتماعية ، كالقواعد الأخلاقية والقواعد الدينية ، في أنها جميعها تفتقرن بجزاء . ولكن يبقى بعد ذلك فارق جوهري بين الفريقين من القواعد فيما يتعلق بطبيعة الجزاء . حيث يتميز الجزاء في القاعدة القانونية بخصائص معينة : ١ - فهو جزاء مسادي محسوس ، بمعنى أنه يتخذ مظهراً خارجياً يقوم على الإكبار الذي تباشره السلطة العامة بالقوة المادية . وبذلك يتميز عن الجزاء الأخلاقي الذي يقوم على تأنيب الضمير أو شعور الناس بالاستنكار . ٢ - وينبني على ذلك أن يكون جزاء دنيوياً ، بمعنى أن يقع على الأفراد في الحياة الدنيا . وبذلك يختلف عن الجزاء الديني الذي يلقاه العاصي في الآخرة . ٣ - كما أنه جزاء منظم ، إذ تتولى توقيعه سلطة عامة باسم الجماعة وفقاً لنظام محدد . ولذلك يطلق عليه الإكبار العام أو الجماعي .

وقد خضع الجزاء من حيث تنظيمه لتطور محسوس . ففي الجماعات القديمة كان توقيع الجزاء موكولاً إلى الفرد الذي وقع عليه الاعتداء ، يتولاه بنفسه ، أو تتولاه عائلته أو قبيلته . أما في الجماعات الحديثة فقد ظهرت الدولة ، وأصبح توقيع الجزاء من اختصاص السلطة العامة ، تتولاه باسم الجماعة . وبذلك انتهى عهد القصاص الفردي ، فلم يعد يجوز لمن إعتدى عليه أو أصابه ضرر أن يتولى القصاص بنفسه أو يقتضي حقه بيده ، بل يتعين عليه أن يلجأ في ذلك إلى السلطة العامة وفقاً للإجراءات التي رسمها القانون . على أنه ما تزال في القانون الحديث بقية من القصاص الفردي . وذلك في

حالات استثنائية تفرضها الضرورة او تدعو إليها اعتبارات العدالة . كما هو الشأن في حالة الدفاع الشرعي (م ١٦٦ مدني مصري) ، حيث يباح للشخص أن يدافع بالقوة لرد اعتداء يهدد سلامته أو ماله إذا لم يكن من الميسور الالتجاء إلى السلطة العامة في الوقت المناسب . وكما هي الحال في الحق في الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ (م ٢/٢٧١ موجبات وعقود لبناني و م ١/٢٤٦ مدني مصري) ، إذ يجوز لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبطة به . فللمودع لديه مثلاً أن يحبس الوديعة حتى يقوم المودع بإيفائه ما أنفقه للمحافظة عليها . وللبيع أن يحبس المبيع حتى يقوم المشتري بوفاء ما هو مستحق عليه من الثمن .

وتختلف صور الجزاء باختلاف نوع القواعد القانونية . فمثلاً يختلف الجزاء الجنائي في نطاق القواعد الجنائية عن الجزاء المدني في نطاق القواعد المدنية والتجارية .

حيث يكون الجزاء الجنائي عقوبة توقع على المجرم . وتتدرج العقوبات في قوتها تبعاً لجسامة الجريمة . فقد تقع على جسم المجرم كالإعدام . وقد تسلب حرته كالأشغال الشاقة والسجن والحبس . وقد تقيد حرته كالوضع تحت مراقبة الشرطة . وقد تقع على ماله كالغرامة والمصادرة .

أما الجزاء المدني فيكون بتنفيذ الالتزام جبراً على المدين ، أو بمحو أثر المخالفة التي وقعت بحيث تعود الحال إلى ما كانت عليه . وتنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذاً مباشراً ، أي عينياً ، أو يكون تنفيذاً بمقابل ، أي بطريق التعويض . والأصل أن يكون التنفيذ عينياً يحصل فيه الدائن على ذات ما التزم به المدين . فإذا امتنع البائع عن تسليم العقار المبيع إلى المشتري ، جاز لهذا الأخير أن يتسلم العقار جبراً على البائع . وإذا تعذر التنفيذ العيني ، أو كان فيه إرهاب للمدين ، قام مقامه التنفيذ بطريق التعويض . فإذا تعهد فنان لصاحب مسرح بإحياء حفلة ، ثم امتنع عن الحضور حتى انقضى ميعاد

الحفلة ، اجبر على ان يعرض صاحب المسرح عن الضرر الذي لحقه من جراء ذلك . وهناك صور عديدة غير ذلك لمحو أثر المخالفة التي تقع من الشخص . من ذلك مثلا أن يعتبر العقد باطلا إذا ورد على شيء لا يحيز القانون التعامل فيه ، كبيع مخدر . أو يعتبر العقد قابلا للإبطال إذا أبرم مع قاصر لا يجوز له إبرامه . أو يكون العقد قابلا للفسخ إذا قصر أحد المتعاقدين في الوفاء بالتزامه . أو تسد المطلات التي تفتح على أقل من المسافة التي يوجب القانون مراعاتها بين المطل وملك الجار .

وقد يجمع الجزاء الجنائي مع الجزاء المدني بالنسبة إلى ذات المخالفة . فمن يرتكب جريمة تؤدي إلى الأضرار بالغير توقع عليه العقوبة الجنائية ، ويلتزم في الوقت ذاته بأن يدفع إلى المجني عليه تعويضا ماليا عما أصابه من ضرر بسبب الجريمة .

الفصل الثاني

نطاق القانون

١٣ - تحديد هذا النطاق :

يتحدد النطاق الذي تؤدي فيه القواعد القانونية وظيفتها من ناحيتين: الأولى صلة القواعد القانونية بالقواعد الاجتماعية الأخرى التي تنظم سلوك الأفراد . والثانية المدي الذي يصل إليه القانون في تدخله في نشاط الأفراد وتوجيه سلوكهم بحسب النزعة السائدة في المجتمع .

الفرع الاول

القانون والقواعد الاجتماعية الأخرى

١٤ - القواعد الاجتماعية :

رأينا أن القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية ، بمعنى أنها خطاب موجه إلى الأشخاص في مجتمع بغية تنظيم سلوكهم . غير أن القواعد القانونية ليست وحدها التي تحكم سلوك الأشخاص في المجتمع ، بل توجد إلى جانبها قواعد أخرى تشترك معها في هذا الشأن . فهناك قواعد المجاملات والعادات والتقاليد ، وقواعد الأخلاق ، وقواعد الدين ، وهذه كلها قواعد اجتماعية تحكم سلوك الأفراد في المجتمع . ولهذا يجب التمييز بين هذه القواعد وبين القواعد القانونية .

١٥ - القانون وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد :

توجد في كل مجتمع قواعد سلوك يتواضع الناس على اتباعها في صلاتهم اليومية ، أو في مظهرهم وملبسهم . فهناك قواعد تقضي بها المجاملات ، كالتحية عند اللقاء ، والتهنئة في المناسبات السعيدة ، والعزاء في الموت ، والمواساة في الكوارث . وهناك قواعد يعتاد عليها الناس أو تجري بها تقاليدهم في شأن المظهر والملبس . وهي تتفاوت بحسب الظروف والمناسبات ، كما تختلف بالنسبة إلى الرجال عنها بالنسبة إلى النساء .

وتتفق هذه القواعد مع القواعد القانونية في أنها تحكم سلوك الأفراد في المجتمع ، بحيث يشعرون بأنها ملزمة لهم . ولكن الفريقين يختلفان فيما يتعلق بماهية الجزاء . حيث يقتصر الجزاء في قواعد المجاملات والعادات والتقاليد على مجرد استنكار الناس . بينما الجزاء في القواعد القانونية جزاء مادي تتولى السلطة العامة توقيعه بالقوة الجبرية . ويرجع هذا الاختلاف في الجزاء إلى

تفاوت المصالح التي يرمي كل من الفريقين إلى تحقيقها من حيث أهميتها لكفالة النظام والاستقرار في المجتمع . فالمصالح التي يراد تحقيقها من وراء قواعد المجاملات والعادات والتقاليد لا ترقى إلى المستوى الذي يجعلها هامة وضرورية لإقامة النظام في المجتمع أو للمحافظة على كيانه ، ولذلك يكفي أن يكون الجزاء على مخالفتها هو مجرد الاستنكار . أما المصالح التي تكفلها القواعد القانونية فإنها من الأهمية بحيث تستأهل أن يفرض احترامها بجزاء مادي تتولى توقيعه السلطة العامة . وقد تتغير نظرة المجتمع إلى بعض قواعد الفريق الأزل فتتحول إلى قواعد قانونية ، كما لو تدخل القانون ليفرض زياً معيناً على الناس .

١٦ - القانون وقواعد الأخلاق :

الأخلاق في أمة معينة مجموعة قواعد تسام في تكوينها أفكار الناس عن الخير والشر ، بحيث تكون المثل العليا لما يجب أن يكون عليه سلوك الأفراد في المجتمع . فهي من هذا ولبدة المعتقدات والتقاليد والعادات المتأصلة في النفوس . ويجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها وفقاً لوازع أدبي يحكم تصرفاتهم ويسود علاقاتهم الاجتماعية . فمنها القواعد التي تحض على التعاون على البر ، كالأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى . ومنها القواعد التي تنهي عن التعاون على الإثم والعدوان ، كالنهي عن الفحشاء والمنكر والبغى . ومنها القواعد التي تأمر بالوفاء بالعهد والصدق في القول . ومنها القواعد التي توصي بأن يحب الإنسان لغيره ما يحب لنفسه . ومنها القواعد التي تدعو إلى النضحية والإيثار على النفس . إلى غير ذلك من القواعد التي تنزع بالإنسان نحو سمو الخلق والكمال .

وتقتضي الإحاطة بموقف القانون من قواعد الأخلاق أن نعرض لنطاق كل منها بالنسبة إلى الآخر ، ثم نتبين معيار التفرقة بينها ، وننتهي ببيان الصلة التي تربط بينهما .

١٧ - (١) نطاق القانون والاخلاق :

هناك أمور نسوقها كي تساعد على تحديد هذا النطاق :

فمعظم القواعد القانونية هي في الوقت ذاته قواعد خلقية ، كذلك التي تنص على الجرائم فتحرم بذلك الاعتداء على النفس أو المال أو العرض ، والتي تجعل العقد شريعة المتعاقدين فتقضي بالوفاء بالعهود ، والتي تحرم الإثراء على حساب الغير بلا سبب مشروع .

ويقابل ذلك أن من القواعد الخلقية ما لم يتناوله القانون في صورته المطلقة ، كذلك التي تحث على الفضائل فتوصي بالصدق أو البذل في سبيل مساعدة الغير أو الترفع على النفاق . على أنه يلاحظ أن القانون قد يتضمن بعض هذه القواعد في صورة خاصة . فمثلاً إذا كان القانون لا يمنع الكذب بوجه عام ، فإنه يحرمه في حالات خاصة تبدو فيها خطورته على النظام الاجتماعي ، كما هي الحال في شهادة الزور والتزوير ، فكلاهما قوامه الكذب ويعتبره القانون جريمة .

وهناك من القواعد القانونية ما يقال عنه إنه لا علاقة له بالأخلاق . مثل ذلك القواعد المتعلقة بنظام المرور ، والتي تتطلب الكتابة لإثبات التصرفات القانونية ، والتي تنظم إجراءات التقاضي . فالأخلاق وفقاً لهذا النظر لا يعنيها أن يكون نظام المرور على نحو معين ، ولا يعنيها أن يكون إثبات التصرفات القانونية بالكتابة أو بالبينة ، ولا يعنيها أن تكون هناك إجراءات معينة لرفع الدعوى ونظرها والحكم فيها . غير أن البصر بحقيقة هذه القواعد والفرض المقصود منها يبين لنا أن هذا النظر غير سليم ، إذ أنها تمت إلى الأخلاق بسبب . فقواعد المرور يراد منها وضع نظام للمرور يحول دون وقوع الحوادث ، وقواعد الإثبات يقصد منها إلى أن يكون التعامل على أساس واضح مكين ، وإجراءات التقاضي ترمي إلى أن يكون الفصل في النزاع على نحو متكافئ فيه الفرص أمام الخصوم في المطالبة بالحق والدفاع عنه ، وهذه كلها أغراض تدعو إليها الأخلاق .

وثمة قواعد قانونية قد تبدو في ظاهرها منافية للأخلاق ، حتى جرت أقلام الفقهاء في خصوصها بهذا المعنى . منها القواعد المتعلقة بكسب الحق أو سقوطه بالتقادم ، فمثلا يستطيع من يحوز عقاراً بنية التملك مدة خمس عشرة سنة أن يكسب ملكيته حتى لو كان غاصباً ، ويستطيع المدين الذي قعد دائنه عن اقتضاء دينه منه مدة معينة أن يتمسك بسقوط الدين بالتقادم . ومنها القواعد التي تحمي المجرم من القصاص إذا تقادمت الجريمة أو العقوبة . ومنها القواعد التي توجب الكتابة في إثبات التصرفات القانونية ، فتؤدي إلى ضياع الحق إذا لم يتوفر لصاحبه دليل كتابي . غير أن الوقوف على الأهداف التي يرمي إليها الشارع من وراء هذه القواعد ومثيلاتها يتضح منها أنها غير منقطعة الصلة بالأخلاق . فهي تهدف بصفة عامة إلى أن يكون التعامل على أساس يطمأن إليه ، فتستقر المراكز القانونية ويقوم النظام في المجتمع . وهذه أغراض تنهض بها الأخلاق ، لأنها تكفل الخير العام للجماعة ، حتى لو كان في تحقيقها تضحية بمصلحة فردية .

ويتضح من هذا أن دائرة الأخلاق أوسع من دائرة القانون . فكل قاعدة قانونية إما أن تستند إلى أساس خلقي ، أو بالأقل تكون على صلة بالأخلاق من الناحية العامة التي يعمد فيها بمصلحة المجموع . ولكن ليست كل قاعدة خلقية قاعدة قانونية . وإذا كان هناك من القواعد القانونية ما يبدو في الظاهر أن لا شأن له بالأخلاق أو مناف لها فإنه في حقيقته يرتكز على الأخلاق من الناحية العامة التي ينظر فيها إلى المجموع لا من الناحية الخاصة التي ينظر فيها إلى الفرد في ذاته على أساس خلقي مجرد .

١٨ - (٢) معيار التفرقة بين القانون والأخلاق :

إن اشتراك القانون والأخلاق في عدد كبير من القواعد على النحو الذي قدمناه لا يعني أن ليس هناك فارق بينها حتى في هذا النطاق المشترك . فيها أمران متميزان ، لكل منها نطاقه وغايته ووسائله لتحقيق هذه الغاية .

ومن ثم وجبت معرفة المعيار الذي يقوم على أساسه التمييز بينها .
وقد ذهب فريق من الفقهاء إلى إقامة هذا المعيار على أساس أن الأخلاق
تحكم أعمال الناس الظاهرة والباطنة ، حتى لو كانت هذه الأخيرة ما زالت
في النفس مجرد مقاصد ونوايا لم تتخذ مظهراً خارجياً . بينما يقتصر القانون
على الأعمال الظاهرة ، فلا يحفل بالنوايا في حالات معينة إلا إذا دلت عليها
شواهد وأمارات ظاهرة . والواقع أن هذه التفرقة ليس من شأنها أن تقيم
معياراً للتمييز بين القانون والأخلاق ، إذ هي ترجع إلى اختلاف الغاية التي
يتوخاها كل منهما . فالقانون يهدف إلى إقامة النظام في المجتمع ، ولذلك
فالأصل فيه ألا يعني إلا بالسلوك الظاهر للأفراد ، ولا شأن له بما يختلج في
النفس . وهو مع ذلك يعني بالنوايا والدوافع التي تكن وراء الأفعال في
حالات معينة ، كما هي الحال في دوافع التمسك في استعمال الحق وفي حسن
النية وسوئها في الحياة وفي القصد من الجريمة . وإذا كان لا يعول على النوايا
والدوافع التي تبقى كامنة في النفس ولا تدل عليها أمانة ظاهرة ، فما ذلك
إلا لأن النظام الاجتماعي الذي يهدف إلى إقامته لا يضر من هذه النوايا
والدوافع ما دام لم يظهر لها أثر خارجي .

وذهب فريق آخر إلى أن هذا المعيار يمكن في الجزاء . ففي نطاق
القانون يكون الجزاء مادياً تتولى السلطة العامة توقيعه بالقوة الجبرية . بينما
يقتصر الجزاء في نطاق الأخلاق على مجرد تأنيب الضمير واستنكار الناس .
والواقع أن الجزاء في القانون مختلف عنه في الأخلاق ، ولكنه لا يكفي
وحده معياراً للتفرقة بينها ، بل يتعين البحث عن السبب الذي أدى إلى
هذا الاختلاف في الجزاء ، حتى تضاف الأمور إلى أسبابها . فكما أن
اختلاف الغاية التي يتوخاها كل من القانون والأخلاق هو الذي أدى إلى
اختلاف الأفعال التي يحكمها كل منها وفق ما ذكرنا في مناقشة الرأي السابق ،
فإنه كذلك هو الذي أدى إلى اختلاف الجزاء في كل منهما .

ويتضح من هذا أن الرأي السليم هو الذي يقيم معيار التفرقة بين القانون

والأخلاق على أساس الغاية التي يهدف إليها كل منها . فالقانون يتوخى غاية نفعية ، هي إقامة النظام في المجتمع والمحافظة على كيانه وكفالة تقدمه وارتقائه . بينما تتوخى الأخلاق غاية مثالية ، هي سمو الإنسان والنزوع به نحو الكمال .

ويترتب على هذا الاختلاف في الغاية بين القانون والأخلاق ما رأيناه من اختلاف في نوع الأفعال التي يحكمها كل منها ، واختلاف في الجزاء الذي يتقرر في كل منها .

كما يترتب على هذا الاختلاف أن يقتصر القانون على تنظيم سلوك الفرد باعتباره عضواً في المجتمع . أما الأخلاق فتتنظم سلوك الفرد سواء باعتباره عضواً في المجتمع أو بالنظر إليه في ذاته . وليس صحيحاً على إطلاقه ما يقال من أن الأخلاق إنما تنظم سلوك الفرد بالنظر إليه في ذاته فحسب ، فهذه نظرة تنطوي على إسراف غير مستساغ ، حيث تعني الأخلاق بسلوك الفرد في المجتمع قدر عنايتها بسلوكه في ذاته ، بل إنها تنهض بتضحية مصلحة الفرد في سبيل مصلحة المجموع كما قدمنا .

١٩ - (٣) الصلة بين القانون والأخلاق :

لامراء في أن بين القانون والأخلاق تمييزاً واضحاً . فلكل منها طابعه واستقلاله ، ولكل منها نشاطه الذي يحكمه والجزاء الذي يترتب على مخالفة قواعده . ويرجع هذا كله الى ما بينهما من فارق جوهري فيما يتعلق بالغاية التي يتوخاها كل منها كما رأينا فيما تقدم .

غير أن هذه التفرقة الأساسية بين القانون والأخلاق لا تقدح فيما يربط بينهما من صلة وثيقة تقوم على الأصول المشتركة التي تجمع بينهما . فالأخلاق هي المعين الذي يستقي منه القانون الكتلة الأساسية من القواعد التي يقررها . وقد رأينا أن أغلبية القواعد القانونية تستند الى أساس خلقي ، وأن ما عدا ذلك من القواعد يتصل بالأخلاق من الناحية العامة التي ينظر فيها الى مصلحة

المجموع لا من الناحية الخاصة التي ينظر فيها إلى الفرد في ذاته ما دام أن
الفرض منه هو تحقيق الخير العام للجماعة .

فالقواعد القانونية ليست إلا قواعد خلقية رأى الشارع لزومها لقيام
المجتمع والمحافظة على كيانه فوضع لها الجزاء المادي الذي يكفل طاعتها
واحترامها، أما ما عدا ذلك من القواعد الخلقية فأمره متروك لوعي الشخص
وضميره . وكلما تقدمت الجماعة كلما ضاقت مسافة الخلف بين القانون
والأخلاق ، فتتحول طائفة من القواعد الخلقية إلى قواعد قانونية . وآية
ذلك أن كثيراً من القواعد التي كانت مجرد واجبات خلقية إلى عهد قريب
أصبحت الآن قواعد قانونية . مثل ذلك في القانونين اللبناني والمصري عدم
التعسف في استعمال الحق ، وتحمل التبعة في إصابات العمل بتعويض العامل
عما يلحقه من إصابات بسبب العمل ولو لم تكن راجعة إلى خطأ صاحب
العمل ، والتأمينات الاجتماعية في حالات العجز والشيخوخة والمرض . ومثل
ذلك أيضاً في للقانون المصري رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة
الظروف الطارئة .

بل إنه حتى بالنسبة إلى الفريق من القواعد الخلقية التي لم ينص عليها
القانون قدر الشارع أن من بينها مبادئ وأصولاً عامة لا مناص من كماله
احترامها وعدم المساس بها محافظة على المجتمع من الاضمحلال الخلقي . وهذه
المبادئ والأصول هي التي يقال لها الآداب *les bonnes moeurs* . فكل
اتفاق على ما ينافي الآداب يكون باطلاً . حيث أنه في خصوص محل الالتزام
نصت المادة ١٩٢ من تقنين الموجبات والمعقود اللبناني على أنه « باطل كل عقد
يوجب أمراً لا يبيحه القانون ولا ينطبق على الآداب » . ونصت المادة ١٣٥
من التقنين المدني المصري على أنه « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام
أو الآداب كان العقد باطلاً » . وفي خصوص سبب الالتزام نصت المادة ١٩٨
من تقنين الموجبات والمعقود اللبناني على أن « السبب غير المباح هو الذي
يخالف النظام العام والآداب وأحكام القانون الإلزامية » . ونصت المادة ١٣٦

من المتقنين المدني المصري على أنه « إذا كان سبب الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً » . فمثلاً يكون باطلاً لمخالفته للآداب الاتفاق على دفع مبلغ من المال في مقابل إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة أو استبقاء هذه العلاقة ، وكذلك الاتفاق على دفع مبلغ في مقامرة أو رهان .

٢٠ - القانون وقواعد الدين :

الدين هو مجموعة القواعد التي يمتد الناس أنها منزلة من الله سبحانه وتعالى عن طريق رسوله .

ويختلف الدين عن القانون والأخلاق من حيث النطاق . فالقانون يتناول واجبات الشخص نحو غيره . والأخلاق تتناول واجبات الشخص نحو نفسه ، وواجباته نحو غيره . أما الدين فيتناول واجبات الشخص نحو الله ، وواجباته نحو نفسه ، وواجباته نحو غيره .

كما يختلف الدين عن القانون وعن الأخلاق من حيث الجزاء . فالجزاء في القانون جزاء دنيوي مادي توقعه السلطة العامة بالقوة الجبرية . والجزاء في الأخلاق هو ونحو الضمير واستنكار الناس . أما الجزاء في الدين فجزاء أخروي هو العذاب في الآخرة .

على أنه يلاحظ أن القواعد الأساسية في الأخلاق يأمر بها الدين . ولذلك يعتبر الدين من أهم العوامل التي تساهم في إرساء قواعد الأخلاق وقيامها في ضمير الجماعة . ومن ثم فالغالب في القاعدة الخلفية أن تكون في الوقت ذاته قاعدة دينية .

كما يلاحظ أن من القواعد الدينية في غير نطاق الأخلاق ما ينص عليه القانون فيصبح قواعد قانونية ، كما هي الحال في مسائل الوقف والميراث والوصية والولاية على المال . فحيث توجد نصوص تشريعية تنظم هذه المسائل كلها أو بعضها ، وتكون مستمدة من الشرائع الدينية ، تصبح القواعد الواردة في هذه النصوص قواعد قانونية . وحيث يترك الشارع الأمر في

بعض هذه المسائل للقواعد الدينية تصير هذه القواعد قواعد قانونية بمقتضى
إحالة الشارع عليها .

٢١ - القانون والعلوم الاجتماعية الأخرى :

ما دام أن القانون ينظم سلوك الأفراد بغية إقامة نظام يكفل المحافظة
على كيان المجتمع وتقدمه ، فإنه يدخل في نطاق العلوم الاجتماعية . وإذا
كانت هذه العلوم تدرس الإنسان وتتناول نشاطه باعتباره عضواً في المجتمع ،
فإن القانون يتصل بها اتصالاً وثيقاً .

حيث يتصل القانون بعلم الاجتماع ، فيعتمد عليه في تعرف الظواهر
الاجتماعية ، وبذلك يتيسر له أن ينظمها عن علم بأسبابها وحقيقة كنهها .
ويتصل بعلم الاقتصاد السياسي حين يعرض لتنظيم المعاملات المالية ، فيتأثر
به بحسب ما إذا كانت النزعة السائدة هي مذهب الاقتصاد الحر أم مذهب
الاقتصاد الموجه . ويتصل بعلم السياسة حين يضع النظام السياسي للمجتمع ،
فيحدد نظام الحكم ويبين السلطات العامة وينظم صلتها ببعضها وبعض
بأفراد . وهذا فضلاً عن مبلغ اتصاله بعلم الأخلاق كما رأينا فيما تقدم .
ويتبين من هذا أن القانون في صلته بالعلوم الاجتماعية إنما يعتمد عليها في
استخلاص ما ينشده من حقائق تكون أساساً للقواعد القانونية التي يجري
العمل على مقتضاها .

الفرع الثاني

مدى تدخل القانون في نشاط الأشخاص

٢٢ - منبهان :

هناك منبهان يتراوح بينهما المدى الذي يصل إليه القانون في تدخله في

نشاط الأشخاص وتوجيه سلوكهم : أحدهما المذهب الفردي ، وهو يرمي إلى تضييق نطاق القانون ، بحيث لا يتدخل في نشاط الأشخاص إلا بالقدر الضروري . والثاني المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي ، وهو يتجه إلى توسيع نطاق القانون ، فينادي بتدخله في نشاط الأشخاص إلى مدى بعيد .
وسنخص كلا من هذين المذهبين بكلمة موجزة ، ثم نتبين الموقف الذي اتخذته القانون اللبناني : القانون المصري في هذا السبيل .

٢٣ - المذهب الفردي :

يقوم المذهب الفردي *La doctrine individualiste* على أساس أن الفرد هو الهدف من تنظيم المجتمع . فالقانون لا يوجد إلا لحماية حقوق الأفراد وكفالة التمتع بها . ذلك أن الفرد ، في نظر هذا المذهب ، يولد وله حقوق طبيعية ، تفرضها الطبيعة ولا يمنحها القانون ، فهي سابقة في وجودها على القانون . وجماع هذه الحقوق هي الحرية في مظاهرها المختلفة . غير أن إطلاق استعمال هذه الحقوق ، وهي ثابتة لجميع الأفراد بالتساوي ، قد يؤدي إلى التعارض بينها . ولهذا كان لا بد من تقييد هذه الحقوق بالقدر الذي يسمح للجميع بالتمتع بها على قدم المساواة . ومن هنا كان القانون ضرورة اجتماعية ، كي يوفق بين الحقوق الفردية كفالة لوجودها واحترامها معاً . فهو يقيد هذه الحقوق على سبيل التبادل ، دون أن يجاوز في هذا التقييد القدر الضروري لضمان حرية الجميع وحقوقهم . وفي هذه الحدود تكون مهمة القانون ، فليس له فيما وراء ذلك أن يتدخل في شئون الأفراد . ويتضح من هذا أن دور القانون في نظر المذهب الفردي دور سلبي ينحصر في حدود ضيقة للغاية ، إذ المبدأ عنده هو الحرية ، والاستثناء هو تدخل القانون لتقييد هذه الحرية ، وهو استثناء يجب أن يؤخذ في أضيق الحدود ، حتى يطلق للنشاط الفردي أوسع مدى .

ويترتب على هذا المذهب أن يكون لإرادة الأفراد الشأن الأول والرئيسي

في تنظيم شؤونهم وعلاقاتهم ، وذلك أخذاً بمبدأ سلطان الإرادة
Le principe de l'autonomie de la volonté . وقد ساد هذا المبدأ
في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر بناء على نظريات اقتصادية وفلسفية
وسياسية تشبعت بروح الفردية . وهي تنادي بوجود قانون طبيعي يقوم على
حرية الفرد واستقلال إرادته ، ويترك هذه الإرادة توجه ما في المجتمع من
نظم اقتصادية واجتماعية . وقد حمل لواء هذه الدعوة في الميدان الاقتصادي
الفيزيوقراط ، إذ كانوا ينادون بالحرية الاقتصادية . ونهض بها في الميدان
السياسي والفلسفي روسو في كتابه المسمى بالعقد الاجتماعي . فكان جماع
الأفكار التي سادت في هذا العصر أن يترك القانون الإرادة تزاوّل نشاطها ،
وليس عليه بعد ذلك أن يتدخل لحماية طرف ، أو ليرى ما إذا كان هذا
النشاط يتفق مع الصالح العام ، إذ أن هذا الوضع هو الذي يحقق مصلحة
الفرد ، وبالتالي مصلحة المجموع ، والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية ،
ومقتضى هذه الحرية أن تكون الإرادة حرة مستقلة .

ولا شك في أن لهذا المذهب الفضل في الدعوة الى محاربة استبداد الدولة
وطغيانها وفي بيان وجوب احترام الحرية الفردية وتشجيع النشاط الفردي .
وقد كان ظهوره أمراً طبيعياً ولازماً في العصر الذي نودي به فيه ، حيث
اشتد تحكّم الدولة إلى حد أهدرت فيه الحريات وأغلقت الأبواب أمام
النشاط الفردي .

غير أنه يؤخذ عليه أنه بالغ في الاعتداد بالفرد إلى حد الإسراف ،
وتنكّب الطريق الحق عندما نادى باطلاق الحرية الفردية . فهو يجعل الفرد
الهدف من وجود القانون ، ويفترض أن له حقوقاً تعلو على القانون . وهذا
أساس خاطيء ، إذ أن الغرض من وجود القانون هو تنظيم المجتمع وحفظ
كيانه . وإذا كان هذا التنظيم يقتضى صون حريات الأفراد وتحقيق مصالحهم
فما ذلك إلا استجابة لما يتطلبه الصالح العام للجماعة بما ينطوي عليه من رعاية
لمصالح الأفراد . وليس للفرد من حقوق إلا ما يخولة إياه قانون المجتمع . كما

أن إطلاق الحرية الفردية ينطوي على تجاهل لحقيقة الواقع من حيث تفاوت الأشخاص في قوتهم الاقتصادية ، ومن ثم يؤدي الى نتائج عملية غير مقبولة . فإطلاق الحرية للأشخاص في تنظيم علاقاتهم كما يشاءون أدى إلى أن أصبحت هذه الحرية أداة في يد الأقوياء للتحكم في الضعفاء واستغلالهم . وآية ذلك ما رأيناه في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر من ظهور قوى اقتصادية هائلة تتمثل في أرباب الأعمال والشركات الكبيرة استطاعت بما توفر لها من قوة أن تفرض شروطها الجائرة على العمال الذين لا بد لهم من قبولها تحت ضغط الحاجة ومطالب العيش ، كما تمكنت من أن تتحكم في أسعار السلع والمرافق الضرورية التي لا غنى للجمهور عنها .

وعلى هذا النحو ظهرت مساوية المذهب الفردي ، وبدا واضحاً أن الأخذ به على إطلاقه يؤدي إلى الإضرار بمصالح الافراد ومصصلحة الجماعة على حد سواء . فهو ينفل أن الجماعة كوحدة متضامنة لها كيانها المستقل عن كيان الأفراد ، وأن صالحها العام يعاود على مصالحهم الخاصة ، وأن القانون يجب ألا يكون درره سلبياً محضاً فيترك النشاط الفردي دون رقابة أو توجيه ، بل يجب أن يتخذ دوراً إيجابياً فيتدخل لتوجيه هذا النشاط ، بحيث يحمي الضعيف من القوي ، ويتيح الفرص المتكافئة أمام الجميع . وهذا هو الأساس الذي قام عليه المذهب الاشتراكي .

٢٤ - المذهب الاشتراكي :

يقوم المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي La doctrine socialiste على أساس أن المجتمع هو الهدف من وجود القانون . فهو ينظر الى الشخص باعتباره كائناً اجتماعياً يرتبط بغيره من الناس ويتضامن معهم في سبيل تحقيق الصالح العام للجماعة . ومن ثم تكون وظيفة القانون في نظره هي المحافظة على كيان المجتمع وتسخير الفرد لخدمته . فالمجتمع ليس مجموعة من شخصيات محتفظة بذاتيتها ، كما يريد المذهب الفردي ، بل هو وحدة متضافرة تتجه جهود

المراد نحو غاية مشتركة ، هي خير المجموع . وبذلك يكون للقانون دور إيجابي ، فلا يقتصر على حفظ النظام في المجتمع كما ينسادي المذهب الفردي ، بل يتجه إلى تحقيق الخير العام فيوجه النشاط الفردي نحو هذه الغاية .

ويمتاز هذا المذهب بأنه يضع مصلحة الجماعة في المقام الأول ، فيرجعها على المصالح الخاصة للأفراد ، وبذلك يبرز حقيقة هامة وأساسية أغفلها المذهب الفردي . كما أن له فضل تلافى النتائج الظالمة التي تترتب على إطلاق الحرية الفردية بما يؤدي إليه من تحكّم واستغلال .

غير أنه يلاحظ أن المذاهب الاشتراكية تتفاوت درجاتها . فمنها ما يبالغ إلى حد إلغاء الملكية الخاصة والتضحية بمصلحة الفرد في سبيل مصلحة المجموع ، بحيث يجعل نصب عينيه مصلحة الجماعة وحدها . ومنها ما يتخذ مذهباً معتدلاً ، فيسلك طريقاً وسطاً بين المذهب الفردي والمذهب الاشتراكي ، حيث يضع مصلحة الجماعة في المقام الأول ، مع الاعتراف بالملكية الخاصة ، واحترام الحرية الفردية وتشجيع النشاط الفردي في الحدود التي تنأى بهما عن التحكّم والاستغلال .

وهذه الصورة المعتدلة للاشتراكية هي التي تسود في الوقت الحاضر في أغلب البلاد . وهي التي يحسن الوقوف عندها ، نظراً إلى أنها تجمع بين مزايا المذهبين وتتلافى ما فيها من عيوب . فهي لا تعتمد بالفرد وحده كما يقول المذهب الفردي ، ولا تنظر إلى الجماعة وحدها كما ينادي المذهب الاشتراكي في صورته المتطرفة ، وإنما تتخذ مسلكاً وسطاً تنظر فيه إلى مصلحة الجماعة بصفة أساسية مع المحافظة على شخصية الفرد وكيانه الذاتي بحيث لا يضحى بالمصلحة الخاصة للفرد إلا إذا تعارضت مع المصلحة العامة للمجموع .

وقد تترتب على المذهب الاشتراكي في صورته القوية هذه أن عمدت الدولة في كثير من البلاد إلى تأميم الرفاق الضرورية للشعب ، حتى تكون بمنأى عن الاستغلال والتحكّم من جانب بعض الأشخاص ، وبذلك وجدت الملكية الجماعية للشعب إلى جانب الملكية الخاصة للأفراد . إذ أن هذا التأميم

ينقل المال من الملكية الخاصة الى الملكية الجماعية . كما ترتب على هذا المذهب أن اصبحت إرادة الأفراد في تنظيم شؤونهم وعلاقاتهم مقيدة بالقيود التي يقتضها الصالح العام للمجتمع . وهذه القيود تزداد يوماً بعد يوم . حيث اتسع نطاق نظرية التصرف في استعمال الحق ، وأصبح الغبن سبباً عاماً لإبطال العقد اذا كان منطوياً على استغلال . وظهرت نظرية الظروف الطارئة . وأخذ الشارع يتدخل في تنظيم فريق من العقود به مقتضى قواعد آمرة ، كما قد العمل وعقد الإيجار . واصبح كثير من السلع خاضعاً للتسعير الجبري .

ويتضح من هذا القانون في ظل المذهب الاشتراكي يقوم بدور إيجابي في توجيه نشاط الافراد على النحو الذي يتفق مع الصالح العام ، حيث يتسع نطاقه الى حد كبير .



٢٥ - موقف القانون اللبناني :

صدر تقنين الموجبات والعقود اللبناني في عام ١٩٣٢ متأثراً بالنزعة الفردية ، ولكنه في ذلك أخف بكثير من التقنين المدني المصري القديم الذي صدر في عامي ١٨٧٥ (التقنين المختلط) و ١٨٨٣ (التقنين الاهلي) .

فصدر تقنين الموجبات اللبناني في تاريخ حديث نسبياً هياً له الافادة من الافكار الجديدة التي ظهرت في العالم منذ بداية القرن العشرين ، وان كان لم يصل في بعض المجالات الى ما وصل اليه التقنين المدني المصري الحالي الصادر في سنة ١٩٤٩ .

حيث عمد تقنين الموجبات والعقود البنسائي الى الحد من اطلاق النزعة الفردية والنظر الى الحقوق باعتبار ان لها وظيفة اجتماعية . ففي نطاق العقد أقر مبدأ سلطان الإرادة ، ولكنه قيد هذا المبدأ في حالة الاستغلال لصالح الطرف الضعيف في العقد . وفي نطاق الحقوق بصفة عامة لا يحيز التعسف في استعمالها حماية للجماعة من خطر هذا الاستعمال على نحو مطلق لا يتفق مع غرضها الاجتماعي .

كذلك خطأ الشارع البنسائي في هذا السبيل خطوات أخرى يستجيب فيها للنزعة الاشتراكية ، وذلك في تنظيمه لعقد العمل ، وتقريره الضمان الاجتماعي لمصلحة العمال .

٢٦ - موقف القانون المصري :

صدر التقنين المدني المصري القديم في عامي ١٨٧٥ (التقنين المختلط) و ١٨٨٣ (التقنين الاهلي) تسيطر عليه النزعة السائدة في ذلك العصر ، وهي النزعة الفردية . وقد كان في هذا مقلداً للتقنين المدني الفرنسي الذي أخذ عنه الكثير من أحكامه .

فوفقاً لنصوص هذا التقنين كان يعتبر حق الملكية حقاً مطلقاً ، وكان مبدأ سلطان الإرادة هو الأساس في تنظيم معاملات الافراد ، فلا يجوز نقض العقد ولو كان منطوياً على استغلال ، ولا الإعفاء من بعض شروطه ولو كانت جائزة ، ولا إعادة النظر فيه ولو طرأ ما يجعل الإلتزام مرهقاً للمدين . غير أن تطورات عميقة ظهرت في العالم منذ بداية القرن العشرين . حيث ظهرت أفكار جديدة تنادي بالحد من إطلاق النزعة الفردية وتنظر الى الحقوق ، ولا سيما حق الملكية ، باعتبار ان لها وظيفة اجتماعية . وقد تأثر الشارع المصري بهذا الإتجاه الاشتراكي الجديد ، فأصدر فريقاً من القوافين الخاصة يستجيب فيها لهذا الإتجاه ، كذلك التي تتعلق بالعمال وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر .

ثم جاء التقنين المدني الحاسي الذي عمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مصطبناً بصيغة اشتراكية معتدلة يجارى فيها نزعات عصره سواء من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية ، حيث اتخذ موقفاً معتدلاً بين الفرد الجماعة . فهو يتميز في هذا الصدد بحماية الجانب الضعيف في العقد ، كما فعل في نظرية الاستغلال ، وعقود الإذعان ، ونظرية الحوادث الطارئة ، وعقد التأمين . وفي نطاق الملكية جعلها وظيفة اجتماعية أكثر منها حقاً فردياً ، حيث أورد عليها من القيود ما يقف بها عند حدود هذه الوظيفة . إذ أوجب على المالك ألا يغلو في استعمال حقه الى حد يلحق بالجار ضرراً غير مألوف . وتضمن قيوداً على حق الملكية في الشرب والمجرى والصرف وحق المرور والحائط المشترك والمطلات . وأبرز فكرة التضامن الاجتماعي في نظام الشيوع ، وملكية الاسرة ، وملكية الطبقات ، واتحاد ملاك طبقات البناء الواحد . وهو وإن كان يحمي حقوق الافراد أيضاً كان نوعها ويكفل لهم استعمالها والتمتع بها ، إلا أنه في الوقت ذاته يحمي الجماعة من خطر استعمالها على نحو مطلق ينحرف بها عن غرضها الاجتماعي ، فلا يميز التمسك في هذا الاستعمال .

وبعد قيام ثورة ٢٣ يولييه سنة ١٩٥٢ أخذ الطابع الاشتراكي يسود التشريعات الجديدة على نحو حرص فيه الشاوع على أن يقيم مجتمعاً اشتراكياً بروحه ومعناه . فصدرت قوانين الإصلاح الزراعي في سنة ١٩٥٢ والسنوات التالية تفرض حداً أقصى لما يجوز للشخص أن يملكه من الأراضي الزراعية ، وما يجوز له أن ينتفع به من أرض مملوكة لغيره ، وتنظم العلاقة بين مالك الارض الزراعية والمستأجر . وصدرت القوانين الاشتراكية في سنة ١٩٦١ والسنوات التالية تؤمم البنوك وشركات التأمين وفريقاً من الشركات الأخرى والمنشآت ، وتقضي بمساهمة الحكومة في فريق آخر من الشركات والمنشآت ،

وتفرض حداً أقصى لمسا يجوز للشخص أن يمتلكه من الأسهم في بعض الشركات. وقد كانت هذه القوانين وتلك نقطة تحول في حياة المجتمع المصري ، سواء من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية . وهذا فضلاً عن التشريعات الأخرى الكثيرة التي تنظم عقد العمل ، وتقرر التأمينات الاجتماعية ، وتخفف الأعباء أو تحدد قواعد ربطها ، وتفرض ضرائب تصاعدية ، وتضع تعسيرة للسلع الضرورية ، وتقرر مجانية التعليم ، وتضع نظام التأمين الصحي .

وينص الدستور المصري الصادر في سنة ١٩٧١ فيما يتعلق بالدولة على أن « جمهورية مصر العربية نظامها ديمقراطي واشتراكي يقوم على تحالف قوى الشعب العاملة » (م ١) ، وأن « السيادة للشعب وحده » ، وهو مصدر السلطات » (م ٣) ، وأن « الأساس الاقتصادي لجمهورية مصر العربية هو النظام الاشتراكي القائم على الكفاية والعدل بما يحول دون الاستغلال ويهدف إلى تزويد الفوارق بين الطبقات » (م ٤) . وينص في بيانه لمفومات المجتمع الأساسية على أن « يقوم المجتمع على التضامن الاجتماعي » (م ٧) ، وأن « تكفل الدولة تكافؤ الفرص لجميع المواطنين » (م ٨) ، وتكفل « حماية الأمومة والطفولة وترعى النشء والشباب » (م ١٠) ، وتكفل « الخدمات الثقافية والاجتماعية والصحية » (م ١١) ، وتكفل « خدمات التأمين الاجتماعي والصحي ومعايشات المعجز عن العمل والبطالة والشيخوخة » (م ١٧) .

وينص على أن « التعليم حق تكفله الدولة » (م ١٨) ، وأن « التعليم في مؤسسات الدولة التعليمية مجاني في مراحله المختلفة » (م ٢٠) . وينص على أن « يسيطر الشعب على كل أدوات الإنتاج » (م ٢٤) ، وأن « لكل مواطن نصيب في الناتج القومي » (م ٢٥) ، وأن « للعاملين نصيب في إدارة

المشروعات وفي أرباحها ، (م ٢٦) ، وان « ترعى الدولة المنشآت التعاونية ،
(م ٢٨) ، وان « الملكية الخاصة مصنونة ، (م ٣٤) ، وان « يعين القانون
الحد الأقصى للملكية الزراعية ، (م ٣٧) ، وان « يقوم النظام الضريبي على
العدالة الاجتماعية ، (م ٣٨)

وهذه المبادئ كلها من الأسس التي يقوم عليها المذهب الاشتراكي مستمداً
من ظروف البيئة المصرية ، ومصطبهاً بصبغة المجتمع المصري ، ومستجيباً لآمال
الشعب المصري وأهدافه .



الباب الثاني

أنواع القواعد القانونية

٢٧ - تحديد هذه الأنواع :

يتناول القانون في تنظيمه لشؤون المجتمع موضوعات شتى تختلف بحسب طبيعة العلاقة القانونية . ومن هذا فإنه ينقسم في جملة إلى مجموعات من القواعد بحسب موضوع العلاقة التي ينظمها ، وعلى هذا الأساس يمكن تقسيمه إلى قسمين رئيسين ، هما القانون العام والقانون الخاص ، وتتطوي تحت كل من هذين القسمين فروع متعددة .

كما أن القواعد القانونية ، وإن كانت جميعها قواعد ملزمة ، إلا أنها تتفاوت من حيث مدى مالارادة الأفراد من سلطان إزاء قوتها الملزمة . فبعضها لا يجوز لهذه الإرادة أن تخالفه ، بينما البعض الآخر يجوز للإرادة أن تخالفه . وعلى هذا الأساس تنقسم القواعد القانونية إلى قواعد أمرية وقواعد مكملة .

ولهذا نعرض لهاتين الناحيتين في تحديد أنواع القواعد القانونية .

الفصل الأول

أقسام القانون وفروعه

٢٨ - تقسيمات متعددة :

هناك تقسيمات عدة للقانون يذهب إليها الفقهاء ، أهمها تقسيان : الأول هو تقسيمه إلى قانون موضوعي وقانون إجرائي أو شكلي ، والثاني هو تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص .

والمعيار الذي يقوم عليه التقسيم الأول هو أن القانون الموضوعي تتضمن قواعده أحكاماً موضوعية تبين الحقوق والواجبات المختلفة ، كالقانون المدني والقانون التجاري . أما القانون الاجرائي أو الشكلي فيشتمل على قواعد اجرائية تبين الأوضاع والإجراءات التي تتبع لاقتضاء الحقوق التي يقررها القانون الموضوعي ، كقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الاجراءات الجنائية . فمثلاً يبين قانون اصول المحاكمات أو المرافعات المدنية والتجارية الإجراءات التي يتبناها الشخص للحصول على حق يقرره له القانون المدني أو القانون التجاري ، حيث يتناول المحكمة المختصة بنظر الدعوى وكيفية رفع الدعوى وطريقة إقامة الدليل وصدور الحكم في الدعوى وكيفية تنفيذه .

ولكن التقسيم الرئيسي للقانون هو تقسيمه الى قانون عام وقانون خاص . وهو تقسيم تقليدي لا يزال مستقراً ومسلماً في الفقه الحديث .

ولذلك نعرض لهذا التقسيم فيما يلي ، ثم نتبين الفروع التي تندرج تحت كل من قسميه .

الفرع الأول

تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص

٢٩ - معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص :

هناك مسألة أولية نعرض لها في البداية ، لأنها ترتبط بالتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، بحيث يكون من شأنها أن تلقي الضوء على معيار هذه التفرقة . ذلك أن الدولة بحكم قيامها على المصالح الأساسية للمجتمع تدخل في سبيل تحقيق هذه المصالح طرفاً في العلاقات القانونية باعتبارها صاحبة السلطان والسيادة ، فتكون هذه العلاقات حينئذ خاضعة للقانون العام . كأن تنزع الدولة ملكية قطعة من الأرض للمنفعة العامة ، فتكون العلاقة بينها وبين صاحب هذه الأرض خاضعة للقانون العام . أو تعين الدولة شخصاً في وظيفة ، فتكون العلاقة بينها وبين الموظف محكومة بقواعد هذا القانون . غير أن الدولة قد تمارس نشاطاً آخر غير ذلك ، فتدخل طرفاً في العلاقات القانونية ، لا باعتبارها صاحبة السلطان والسيادة ، بل بوصفها شخصاً اعتبارياً يتعامل كغيره من الأشخاص العاديين ، فتدخل هذه العلاقات في نطاق القانون الخاص . كأن تباع الدولة قطعة من الأرض المملوكة لها ملكية خاصة ، فيكون عقد البيع المبرم بينها وبين المشتري خاضعاً لقواعد القانون الخاص ، شأنه في ذلك شأن أي بيع عادي يبرم بين الأفراد . أو تستأجر الدولة بناء لاستخدامه في بعض أوجه نشاطها ، فتسري على عقد الأيجار المبرم بينها وبين المالك أحكام القانون الخاص . وعلى أساس هذا التمييز فيما يتعلق بصفة الدولة حينما تدخل طرفاً في العلاقة القانونية أقام كثير من الفقهاء معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص . فالعلاقات التي ينظمها القانون العام هي التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السلطان والسيادة ، أما العلاقات التي ينظمها القانون الخاص فهي التي لا تكون الدولة طرفاً فيها بهذا الوصف .

وهذا المعيار الذي يقوم على أساس صفة الأشخاص الذين يدخلون أطرافاً في العلاقة القانونية يقرب من الصواب ، ولكنه لا يتسم بالدقة . إذ أن الصفة التي تثبت لأشخاص العلاقة القانونية إنما تتفرع على طبيعة هذه العلاقة . ومن ثم يكون المعيار السليم في هذا الصدد هو الذي يقوم على أساس طبيعة العلاقة القانونية ذاتها ، بحيث ينظر الى ما إذا كانت هذه العلاقة تتصل بحق السيادة في الدولة أو لا تتصل به . ومقتضى هذا أن يكون القانون العام هو الذي ينظم السلطات العامة في الدولة ، ويحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة فيها . وهذه العلاقات إما أن تقوم بين دولة ودولة ، أو بين سلطة وأخرى من السلطات العامة في الدولة ، أو بين الدولة وأحد أشخاص القانون الخاص . بينما يكون القانون الخاص هو الذي يحكم العلاقات التي لا تتعلق بتنظيم السلطات العامة في الدولة ولا تتصل بحق السيادة فيها . وهذه العلاقات إما أن تكون بين الدولة . بإعتبارها شخصاً اعتبارياً عادياً وأحد اشخاص القانون الخاص ، أو بين أشخاص القانون الخاص سواء كانوا أشخاصاً اعتباريين أو أفراداً .

٣٠ - الحكمة في التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص وأهميتها :

ترجع التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص الى ما هنالك من اختلاف جوهري فيما يتعلق بالأغراض المقصودة من كل منها . فقواعد القانون العام يراد بها حماية الصالح العام للمجتمع في نواحيه المختلفة ، أما قواعد القانون الخاص فالغرض منها حماية المصالح الخاصة لمن يتعاملون في نطاقه . ولأن هذه هي الحكمة في التفرقة بين هذين القانونين ، فإن قواعد القانون العام ترجح في قوتها الملزمة على قواعد القانون الخاص ، حيث تجب التضحية بالمصلحة الخاصة للفرد في سبيل المصلحة العامة للمجموع .

وتظهر أهمية هذه التفرقة في نواح متعددة نخص بالذكر منها ما يأتي :

(١) فنظراً الى أن القانون العام يهدف الى حماية الصالح العام للمجتمع

كانت أحكامه جميعها قواعد آمرة ، بمعنى أنه لا يجوز للأفراد أن يخرجوا عليها أو يتفقوا على ما يخالفها. بينما يتضمن القانون الخاص كثيراً من القواعد المكمل ، وهي التي يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يخالفها ، لأنها تتعلق بمصالح خاصة لهم .

(٢) وضمناً لتحقيق الأغراض المقصودة من القانون العام يخول هذا القانون الهيئات العامة في الدولة سلطات لا يخولها القانون الخاص الأفراد . فمثلاً تستطيع السلطات العامة أن تتخذ في سبيل أداء وظيفتها وسائل قهرية لا تجوز للأفراد ، كالتنفيذ بالطريق الإداري دون الالتجاء الى القضاء ، والاستيلاء المؤقت ، والاستملاك أو نزع الملكية للمنفعة العامة . كما تستطيع أن تفرض على الأفراد القيام بعمل معين ، كتكليف المهندسين والأطباء بالعمل مدة معينة بنقد تخرجهم في مصالح الحكومة .

(٣) وفيما يتعلق بالأموال العامة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وهي المخصصة للمنفعة العامة ، ينص القانون العام بأحكام تختلف عن تلك التي يتضمنها القانون الخاص بالنسبة الى الأموال المملوكة للأفراد . حيث لا يجوز التصرف في الأموال العامة ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالحيازة (م ٨٧ مدني مصري) . ويسمى القانون اللبناني الاموال العامة العقارية بالعقارات المحمية ، فلا يجوز تملكها بالحيازة (مرور الزمن) (المادتان ٨ و ٢٥٦ من تقنين الملكية العقارية اللبناني) .

بل انه حتى بالنسبة الى الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة في القانون المصري ، فإن لها من الأحكام الخاصة ما تنفرد به دون الأموال الخاصة المملوكة للأفراد ، إذ لا يجوز تملكها أو كسب أي حق عيني عليها بالتقادم ، وفي حالة حصول التعدي عليها يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إدارياً بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة دون الإلتجاء الى القضاء (م ٩٧٠ / ٢ مدني مصري) .

(٤) والعلاقات التي تدخل الدولة طرفاً فيها تنظمها قواعد القانون العام، وهي تختلف عن القواعد التي تنظم علاقات القانون الخاص . فعلاقة الدولة بموظفيها تخضع لقواعد القانون العام ، وهي تختلف عن القواعد التي تحكم علاقة الأشخاص العاديين بمن يعملون لديهم . حيث يعمل هؤلاء الموظفون في مصالح عامة يجب ألا تقف عن العمل أو تتعطل ، الأمر الذي يدعو الى الحد من حرياتهم على نحو لا نجده فيما بين الأشخاص العاديين . والعقود الإدارية التي تبرمها الإدارة تسري في شأنها قواعد تختلف عن تلك التي تخضع لها العقود في القانون الخاص . فلإدارة مثلاً حق إلغاء العقد أو تعديل شروطه إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، في حين أن مثل هذه السلطة لا تتقرر المتعاقد في نطاق القانون الخاص .

(٥) وقد ترتب على اختلاف القواعد في القانون العام عنها في القانون الخاص أن عمد كثير من الدول الى إفراد جهة قضاء مستقلة عن القضاء العادي للفصل في المنازعات المتعلقة بمسائل القانون العام . وهذا هو ما أخذ به القانون اللبناني ولل قانون المصري ، حيث توجد محاكم إدارية الى جانب المحاكم العادية .

وعلى الرغم من وجود هذه الفوارق الهامة بين القانون العام والقانون الخاص ، فإن التفرقة بينهما ليست حتمية أو مطلقة أو جامدة . فهناك من الشرائع ما لا يلقي بالا إلى هذه التفرقة ، كالقوانين الأنجلوسكسونية . وهناك من فروع القانون ما يصعب اعتباره من القانون العام أو القانون الخاص ، ولا سيما اذا كان يضم مزيجاً من القواعد المختلفة في طبيعتها، كما سئرى بالنسبة الى قانون المرافعات . بل إن النظرة الى فريق معين من القواعد القانونية من حيث طبيعتها قد تختلف من بلد الى آخر ومن زمان الى زمان . غير أن هذا ليس من شأنه أن يقدر في سلامة هذه التفرقة الأساسية وأهميتها ، نظراً الى ما يترتب عليها من نتائج بالغة الخطورة فيما يتعلق بنظام المجتمع على النحو الذي ذكرناه .

الفرع الثاني

فروع القانون العام

٣١ - القانون العام الخارجي والقانون العام الداخلي :

يجري جمهور الفقهاء على تقسيم القانون العام الى قانون عام خارجي وقانون عام داخلي . ويقصد بالقانون العام الخارجي القانون الدولي العام . أما القانون العام الداخلي فيشمل الفروع الأخرى للقانون العام التي تدخل في نطاق القانون الداخلي .

ويرى بعض الفقهاء أن الأولى أن نقسم القانون تقسيماً أساسياً الى قانون دولي وقانون داخلي ، بحيث يصبح تقسيم القانون الى عام وخاص تقسيماً ثانوياً في نطاق القانون الداخلي . وهذا في اعتقادنا نظر سليم ، إذ أن المجتمع الذي يتناوله القانون الدولي هو العالم كله ، بينما المجتمع الذي ينطبق فيه القانون الداخلي هو الدولة ؛ ففي هذا النطاق الداخلي يكون تقسيم القانون الى عام وخاص .

وسنتناول فيما يلي فروع القانون العام وفقاً للرأي السائد ، وهي القانون الدولي العام ، ثم الفروع الأخرى التي يشملها القانون الداخلي ، وهي القانون الدستوري ، والقانون الإداري ، والقانون المالي ، والقانون الجنائي بفرعيه وهما قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية .

٣٢ - القانون الدولي العام :

القانون الدولي العام *Droit international public* هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الدول بعضها ببعض الآخر في حالات السلم والحرب والحياد ، وعلاقتها بالمنظمات الدولية .

وسنذكر فيما يلي المسائل التي يتناولها، والمصادر التي يستمد قواعده منها، ثم نتبين ما إذا كانت قواعده تعتبر قانوناً بالمعنى الصحيح .

(١) مسائل القانون الدولي العام : ينظم هذا القانون طوائف مختلفة من

العلاقات الدولية .

فهو يعني ببيان أشخاص المجتمع الدولي ، فيحدد العناصر التي يجب توافرها في الدولة حتى تكسب الشخصية الدولية ، ويقسم الدول في هذا الخصوص الى دول كاملة السيادة ودول ناقصة السيادة بحيث يكون لكل منها مركز خاص في ذلك المجتمع . كما ينظم حقوق الدولة وواجباتها في علاقاتها بالدول الأخرى ، وطرق التمثيل السياسي والقنصلي الذي يجري فيما بين الدول ، وأحكام المعاهدات والاتفاقات التي تبرم بينها ، والوسائل التي يجب أن تتبعها لفض المنازعات بينها بالطرق الودية كالمفاوضات والوساطة والتحكيم والقضاء الدولي . كذلك يبين أحكام مسؤولية الدولة قبل الدول الأخرى . فهذه هي الروابط الدولية وقت السلم ، ولذلك سميت القواعد التي تنظمها بقانون السلم .

وفي حالة الحرب ينظم هذا القانون علاقات الدول المتحاربة ، فيبين طريقة إعلان الحرب ، والأسلحة التي يجوز استخدامها ، وكيفية معاملة الأسرى والجرحى والمعتقلين من المدنيين ، وطريقة المفاوضة أثناء الحرب ، ووسائل إنهاء الحرب كالمهدنة والصلح . وتسمى القواعد المنظمة لهذه العلاقات بقانون الحرب .

أما الدول الأخرى التي لا تدخل في الحرب فتكون علاقتها بالدول المتحاربة علاقة حياد . وهذه العلاقة ينظمها قانون الحياد ، فيبين حقوق وواجبات الدول المحايدة إزاء الدول المتحاربة ، كجواز ضبط المهربات الحربية والحصار البحري وغير ذلك .

وقد اتسع نطاق هذا القانون بظهور منظمات دولية جديدة على أثر الحربين العالميتين الأخيرتين . وأهمها منظمات هيئة الأمم المتحدة ، كالجمعية

العامة للأمم المتحدة ، ومجلس الأمن ، ومجلس الوصاية ، والمجلس الاقتصادي والاجتماعي ، ومؤسسة الثقافة العالمية ، ومحكمة العدل الدولية ، وبنك الإنشاء والتعمير . وكذلك المنظمات الإقليمية ، كجامعة الدول العربية . حيث وجدت قواعد تبين تشكيل هذه الهيئات واختصاصاتها والإجراءات التي تتبعها في أداء وظيفتها ، وتسمى هذه للقواعد بقانون المنظمات الدولية .

(٢) مصادر القانون الدولي العام : لا توجد هيئة تشريعية دولية تلك سن قوانين تلزم الدول على النحو الموجود بالنسبة الى القانون الداخلي . فمصادر القانون الدولي العام هي العرف والمعاهدات والفقهاء والقضاء .

ويعتبر العرف هو المصدر الأساسي في هذا الخصوص . فإذا درجت الدول على الأخذ بقاعدة معينة حتى تولد لديها اعتقاد عام بأنها قاعدة تجب مراعاتها أصبحت هذه القاعدة عرفاً . وتساهم المصادر الأخرى في تكوين هذا العرف إذا تردد ذكره في المعاهدات الدولية واستقر عليه الفقهاء والقضاء الدوليين . كذلك تعتبر المعاهدات مصدراً في هذا الشأن إذا أبرمت بين عدد كبير من الدول وكان الغرض منها وضع قواعد دولية تتعلق بأمورهم الدول جميعاً . فمثل هذه المعاهدات يقال لها المعاهدات الشارعة *Traités - lois* ، وهي تختلف عن المعاهدات التي تبرم بين عدد محدود من الدول في خصوص أمرهم الدول المتعاهدة دون غيرها . ومن أمثلتها اتفاقيات لاهاي التي أبرمت في سنتي ١٨٩٩ و ١٩٠٧ وتضمنت القواعد الخاصة بتسوية المنازعات الدولية تسوية سلمية والقواعد المنظمة للحرب ، وكذلك ميثاق هيئة الأمم المتحدة الذي أبرم في سان فرانسيسكو سنة ١٩٤٥ .

أما الفقه والقضاء الدوليان فيأْتيان في المرتبة بعد هذين المصدرين ، إذ أن أثرهما محدود في هذا النطاق ، وهما على كل حال يساهمان في تكوين العرف الدولي إذا استقرا على الأخذ بقاعدة معينة .

(٣) مدى اعتبار القانون الدولي العام قانوناً بالمعنى الصحيح : نرى جدول في الفقه حول هذا الاعتبار .

فذهب فريق من الفقهاء إلى أن القانون الدولي العام ليس قانوناً بالمعنى الصحيح . وذلك استناداً إلى أنه لا توجد سلطة تشريعية دولية تتولى سن قوانين تلزم الدول ، ولا سلطة قضائية تختص بالفصل في المنازعات الدولية ، ولا سلطة عليا تقوم بتوقيع الجزاء على الدول التي تخالف قواعد هذا القانون .

فهيئة الأمم المتحدة ليست دولة فوق الدول ، بل هي مؤتمر تجتمع فيه الدول مع بقاء الانضمام إلى الهيئة أو الخروج منها أمراً اختيارياً موكولاً إلى إرادة الدولة ، بل إن ما تقرره الهيئة تستطيع كل دولة من الدول الأعضاء أن تتحلل منه . وحتى ما ترضيه الدولة بطريق المعاهدات تستطيع أن تخالفه . وإذا كان ميثاق هيئة الأمم قد قرر عقوبات اقتصادية وعسكرية على من يخالفه فإن هذه العقوبات لا توقعها سلطة دولية .

وذهب فريق آخر إلى اعتبار القانون الدولي العام قانوناً بالمعنى الصحيح . وكان من اليسير عليهم دحض ما يحتج به الفريق الأول من أنه لا توجد سلطة تشريعية دولية تتولى وضع قواعد القانون الدولي . إذ أن هذا ليس لازماً حتى في نطاق القانون الداخلي . ففي داخل الدولة يوجد إلى جانب القواعد التشريعية قواعد أخرى عرفية . وقد بدأ القانون الداخلي عرفاً قبل أن توجد الهيئات التشريعية . كما أن وجود سلطة قضائية للفصل في المنازعات لا يعتبر شرطاً لوجود القانون . وعلى أي حال فإن في المجتمع الدولي وسائل لحل المنازعات الدولية كالمفاوضات والوساطة والتحكيم والقضاء الدولي الذي تتولاه محكمة العدل الدولية ، أما الاحتجاج بعدم وجود سلطة عليا فوق الدول توقع الجزاء على من يخالف قواعد القانون الدولي فقد رد عليه بأن وجود جزاء منظم توقعه سلطة مختصة ليس ضرورياً لوجود القاعدة القانونية ، وحتى إذا سلمنا بضرورة وجود الجزاء فلا يلزم أن يقع بواسطة سلطة مختصة لأن طريقة توقيع الجزاء مسألة تتعلق بمدى ما بلغه المجتمع من تضامن وتنظيم . وفي القانون الدولي صور متعددة للجزاء ، منها إعلان الحرب ومقابلة المثل بالمثل وإعلان بطلان المعاهدة أو فسخها .

ونحن نعتقد أن قواعد القانون الدولي العام تعتبر قانوناً بالمعنى الصحيح . ذلك أن للمجتمع الدولي ظروفه التي تميزه عن المجتمع الداخلي في الدولة ، فأعضاؤه هم الدول وليسوا الأفراد ، ومن ثم تختلف خصائص القاعدة في القانون الدولي عنها في القانون الداخلي . فشعور الدول بأن قاعدة معينة هي قاعدة ملزمة يجب أن تحترم يكفي لأن يجعل منها قاعدة قانونية دولية ، وذلك على خلاف الوضع في القانون الداخلي ، لأن الدولة أمام هذا الشعور الإجماعي لا تقدم على مخالفة هذه القاعدة كما يقدم الأفراد . والاستنكار العالمي يصلح لأن يكون جزاء للقاعدة الدولية على خلاف قواعد القانون الداخلي ، لأن هذا الاستنكار من شأنه أن يكون رادعاً للدولة أكثر منه بالنسبة إلى الأفراد . وإذا كان الجزاء المادي الذي يقوم على استعمال القوة ضد الدولة المعتدية لا توقعه سلطة دولية ، بل توقعه كل دولة محتفظة بكامل سلطتها ، فلا أقل من أن نعتبر هذا مرحلة يمر بها القانون الدولي وهو ما يزال حديث العهد تقابل مرحلة القصص الفردي التي مر بها القانون الداخلي في مراحل تكوينه . وإنا لنرى اليوم أن الضمير العالمي قد بلغ مبلغاً من الوعي جعل كثيراً من الدول القوية تحجم عن ضروب من الاعتداء والغصب كانت لا تتورع عن إتيانها في الماضي .

٣٣ - القانون الدستوري :

القانون الدستوري Le droit constitutionnel هو مجموعة القواعد التي تحدد نظام الحكم في الدولة ، وتبين السلطات العامة فيها واختصاص كل منها وعلاقتها بعضها ببعض الآخر ، وتقرر ما للأفراد من حريات عامة وحقوق قبل الدولة .

وستتناول فيما يلي المسائل التي يعالجها هذا القانون ، ثم نناقش الرأي الذي يشكك في أن قواعده تعتبر قانوناً بالمعنى الصحيح .

١ - مسائل القانون الدستوري : يحدد هذا القانون شكل الدولة من

حيث كونها ملكية أو جمهورية ، ديمقراطية أو دكتاتورية ، برلمانية أو غير برلمانية ، بسيطة أو اتحادية ، إلى غير ذلك . وقد نص الدستور اللبناني الصادر في سنة ١٩٢٦ على أن « لبنان الكبير جمهورية » (م ٤) . ونص الدستور المصري الصادر في سنة ١٩٧١ في مادته الأولى على أن « جمهورية مصر العربية دولة نظامها ديمقراطي واشتراكي يقوم على تحالف قوى الشعب العاملة . والشعب المصري جزء من الأمة العربية يعمل على تحقيق وحدتها الشاملة . كما يبين السلطات العامة في الدولة ، وهي السلطة التشريعية ، والسلطة التنفيذية ، والسلطة القضائية . ويمين الهيئات التي تتألف منها هذه السلطات واختصاص كل منها وعلاقاتها بعضها ببعض الآخر . . فالسلطة التشريعية في لبنان يتولاها مجلس النواب (م ١٧ من الدستور اللبناني) ، وفي مصر يتولاها مجلس الشعب (م ٨٦ من الدستور المصري) ورئيس الجمهورية ، ووظيفتها سن القوانين ومراقبة أعمال السلطة التنفيذية . والسلطة التنفيذية في لبنان يتولاها رئيس الجمهورية بمعاونة الوزراء (م ١٧ من الدستور اللبناني) ، ويتولاها في مصر رئيس الجمهورية (م ١٣٧ من الدستور المصري) ومعه نوابه ووزرائه ، ووظيفتها وضع السياسة العامة للدولة والإشراف على تنفيذها وتنفيذ القوانين وإدارة المرافق والمؤسسات العامة . والسلطة القضائية تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، ووظيفتها تطبيق القوانين ، ولا يجوز لأية سلطة أخرى التدخل في أعمالها المتعلقة بالقضايا وشئون العدالة .

كذلك يقرر حريات الافراد وحقوقهم قبل الدولة . وترتد هذه الحريات والحقوق إلى حقين جوهريين ، هما الحرية والمساواة . فالحرية تشمل الحرية الشخصية ، وحرية التملك ، وحرية المسكن ، وحرية الدين ، وحرية الرأي ، وحرية الاجتماع ، وحرية التعليم . والمساواة تتضمن المساواة في الحقوق والواجبات ، أي المساواة في المزايا التي تخولها الدولة الافراد والتكاليف التي تفرضها عليهم ، كالمساواة في التوظيف والخدمة العسكرية ودفع الضرائب .

٢ - القانون الدستوري قانون بالمعنى الصحيح : أنكر بعض الفقهاء توافر الصفة القانونية للقواعد الدستورية . وذلك على أساس أن السلطة العامة التي تقوم على كفالة احترام القانون لا يتصور أن توقع الجزاء على نفسها إذا خالفت قواعد هذا القانون ، فالالتزامها باحترام الدستور لا يعدو أن يكون التزاماً أدبياً تحميه جزاءات أدبية محضة .

ويلاحظ على هذا النظر ما قلناه فيما يتعلق بالقانون الدولي العام من أن خصائص القاعدة القانونية تختلف بحسب المجال الذي تنطبق فيه . فإذا لاحظنا أن قواعد القانون الدستوري إنما تتوجه بصفة أساسية إلى السلطات العامة في الدولة ، أمكننا أن ندرك أن صور الجزاء فيها تختلف عنها بالنسبة إلى فروع القانون الأخرى . ذلك أن نظام الحكم في الدولة يقوم على توزيع السلطات بين هيئات مختلفة ، هي السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية . ومن ثم يتخذ الجزاء في ظل هذا النظام صورة رقابة متبادلة من كل سلطة على أخرى . فمثلاً يكون للحكومة التي تتولى السلطة التنفيذية حل المجلس الذي يتولى السلطة التشريعية ومراقبة أعمال السلطة التنفيذية . ويكون لهذا المجلس حق إسقاط الحكومة . ويكون للمحاكم التي تتولى السلطة القضائية حق مراقبة صحة التشريعات التي تصدر من السلطتين الأخرين فتلغيها أو تمتنع عن تطبيقها إذا كانت مخالفة للقانون أو للدستور ، كما يكون لها أن تحكم بالتعويض لصالح الأفراد في الدعاوي التي يرفعونها على الحكومة للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقتهم من جراء أفعالها الخاطئة .

ومن الواضح أن مثل هذه الرقابة يتوفر فيها الجزاء الذي يكفل احترام القواعد الدستورية على نحو فعال . بل إن الشعب ، وهو مصدر السلطات جميعاً ، يقف خارساً أميناً على احترام هذه القواعد . فإذا وجد انتهاكاً لأحكام الدستور وانحرافاً من السلطة العامة عن جادة الصواب باشر الضغط عليها بوسائله السلبية ، وإذا لم تقلح هذه الوسائل فقد يؤدي الأمر إلى ثورة

تعيد الأمور إلى نصابها . وتلك أقوى صور الجزاء وأفعالها أثراً في كفالة احترام الدستور الذي يعتبر القانون الأساسي في الدولة .

٣٤ - القانون الإداري :

القانون الإداري *Le droit administratif* هو مجموعة القواعد التي تنظم نشاط السلطة التنفيذية في قيامها بوظيفتها الإدارية .

ذلك أن السلطة التنفيذية تتولى نوعين من الأعمال : النوع الأول يشمل الأعمال الحكومية أو أعمال السيادة ، كدعوة المجلس التشريعي إلى الانعقاد وإعلان الحرب وإبرام المعاهدات وإعلان حالة الطوارئ ، وهذه أعمال لها خطرها وتدخل في نطاق القانون الدستوري . والنوع الثاني يشمل الأعمال الإدارية ، وهي التي تتعلق بإدارة المرافق العامة في الدولة ، كمرافق المياه والكهرباء والمواصلات والشرطة ومما إلى ذلك من الخدمات الضرورية للجمهور ، وهذه يتكفل بها القانون الإداري .

ونظراً إلى هذا الإزدواج في النشاط الذي تمارسه السلطة التنفيذية كانت الصلة وثيقة بين القانون الدستوري والقانون الإداري إلى درجة أنها يتداخلان بالنسبة إلى بعض الموضوعات بحيث يصعب بيان الحد الفاصل بين نطاقيهما . فقد رأينا أن القانون الدستوري يدخل في نطاقه بيان السلطات العامة في الدولة وتحديد اختصاص كل منها وتنظيم ما يقوم بينها من علاقات . ويأتي القانون الإداري فينظم نشاط السلطة التنفيذية فيما يتعلق بالأعمال الإدارية . ونعرض فيما يلي للمسائل التي ينظمها القانون الإداري ، ثم للمصادر التي تستقي منها أحكامه .

(١) مسائل القانون الإداري : نظراً إلى أن هذا القانون ينظم الوظيفة الإدارية للسلطة التنفيذية فإنه يتناول كل ما يتعلق بأداء هذه الوظيفة :

١ - فهو يحدد الأشخاص والهيئات التي تباشر الأعمال الإدارية ، كرئيس للدولة والوزراء والمصالح والمجالس المحلية ، ويبين طريقة تكوين هذه الهيئات ،

ويعين اختصاص هؤلاء الأشخاص وهذه الهيئات ، وبنظم العلاقات بينها .
٢ - كذلك يبين المرافق العامة التي تقدم الخدمات الضرورية للجمهور ،
ويحدد الهيئات التي تتولاها ، وطريقة إدارتها واستغلالها .

٣ - وفيما يتعلق بالأموال العامة للدولة ، وكذلك الأموال المملوكة لها
ملكية خاصة ، يبين النظام القانوني الذي تخضع له هذه الأموال سواء من
حيث التملك أو الانتفاع .

٤ - كما ينظم علاقة الدولة بموظفيها من حيث التعيين والتأديب والفصل
والاستقالة وغير ذلك مما يتعلق بالموظفين .

٥ - هذا إلى أنه يعني ببيان الأعمال الإدارية ، وشروط صحتها ، وطرق
الرقابة عليها وبخاصة الرقابة القضائية .

وفيما يتعلق بالرقابة القضائية على الأعمال الإدارية تختلف البلاد في الوسيلة
التي تتخذها لتحقيق هذه الرقابة . فبعضها يجعل هذه الرقابة من اختصاص
القضاء العادي . بينما يحرص البعض الآخر على الفصل التام بين السلطتين
التنفيذية والقضائية ، فيجعل هذه الرقابة من اختصاص قضاء إداري ينشأ لهذا
الغرض . وقد أخذ الشارع اللبناني بهذه الطريقة الأخيرة ، فأنشأ مجلس الشورى
وجعله المحكمة ذات الولاية العامة في المنازعات الإدارية ، كما أنشأ إلى جواره
المحكمة الإدارية الخاصة وأعطاهما سلطة الفصل في فريق معين من المنازعات
الإدارية . كذلك أنشأ الشارع المصري مجلس الدولة ، وهو يتألف من
قسمين ، هما قسم القضاء الإداري ، والقسم الاستشاري للفتوى والتشريع .
والقسم الأول من هذين القسمين هو الذي يعتبر إنشاءً جديداً في هذا التكوين ،
وهو يضم المحاكم الإدارية التي أصبحت تختص بجميع المنازعات التي تقوم
بين الأفراد وبين السلطات الإدارية المختلفة في شأن الأعمال الإدارية .

والواقع أن القانون الإداري قد اتسع نطاقه بوجود القضاء الإداري ،
حيث يعتبر من موضوعاته الأساسية كل ما يتصل بهذا القضاء وبخاصة ما

يتعلق بالسلطات التي أعطيت له والقواعد والضمانات التي يقررها .

٢ - مصادر القانون الإداري : يتناول هذا القانون موضوعات مختلفة ومتشعبة يزداد نطاقها كل يوم نظراً إلى إزدياد المرافق التي تضطلع بها الدولة ، وتتغير القواعد التي تحكمها لمواجهة التطورات المستمرة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية . ولذلك فإن قواعدة تستمد من مصادر متعددة ، بحيث يتعذر تقنين هذه القواعد في مدونة واحدة . وهذه المصادر هي :

١- يأتي في المرتبة الأولى بين هذه المصادر القواعد التشريعية التي وضعت لتنظيم الوظيفة الإدارية للسلطة التنفيذية . وهذه القواعد مبثورة في أنحاء متفرقة في قوانين مختلفة .

٢ - فإذا لم توجد قاعدة تشريعية من هذا القبيل طبق القضاء الإداري قواعد القانون المدني من الناحية الموضوعية وقواعد قانون المرافعات من الناحية الإجرائية . غير أنه يلاحظ أن تطبيق القضاء الإداري لهذه القواعد إنما يكون بالقدر الذي يتفق مع طبيعة العلاقات التي يحكمها القانون الإداري ، فهو لا يتقيد بهذه القواعد إذا تعارضت مع حسن سير المرفق العام واستمراره في أداء مهمته .

٣ - هذا إلى أن القضاء الإداري كان له الفضل في تقرير فريق من القواعد الثابتة والضمانات ، بحيث أصبحت هذه القواعد من مصادر القانون الإداري . وقد ساعد القضاء على سلوك هذه السبيل أن ليست هناك نصوص تشريعية تقيد في هذا النطاق .

٣٥ - القانون المالي :

القانون المالي *Le droit financier* هو مجموعة القواعد التي تنظم مالية الدولة من حيث إيراداتها ومصروفاتها . فهو بهذه المثابة يبين القواعد التي تحكم ميزانية الدولة . حيث تنقسم الميزانية إلى إيرادات ومصروفات .
ففيما يتعلق بالإيرادات يحدد هذا القانون مصادرها ويبين طريقة تحصيلها .

وهذه المصادر متنوعة ، حيث تشمل الضرائب على اختلاف أنواعها ، وما تتقاضاه الدولة نظير الخدمات التي تؤديها بواسطة المرافق العامة ، وما تحصله من غلة الأموال المملوكة لها ملكية خاصة أو من ثمن ما تبيعه منها ، والقروض التي تبرمها لسد عجز في الميزانية أو لاستغلال مرفق من المرافق .

وفيما يتعلق بالمصروفات ينظم اتفاق الإيرادات على المرافق التي تضطلع بها الدولة ، كالدفاع والأمن والصحة والقضاء والتعليم والشؤون الاقتصادية ، وطريقة إنفاقها ، والرقابة على هذا الانفاق .

ولقد كان هذا القانون إلى عهد قريب يعتبر جزءاً من القانون الإداري ، إذ أنه في الواقع يتناول الناحية المالية لنشاط السلطة الإدارية ، ولكنه استقل عنه وأصبح فرعاً قائماً بذاته من فروع القانون العام .

٣٦ - القانون الجنائي ،

القانون الجنائي Le droit criminel هو مجموعة القواعد التي تنظم سلطة الدولة في توقيع العقاب على المجرمين . وهو يشمل قانون العقوبات وقانون أصول المحاكمات الجزائية أو قانون الإجراءات الجنائية ، ولكل من هذين تقنين مستقل .

٣٧ - (١) قانون العقوبات :

قانون العقوبات Le droit pénal هو مجموعة القواعد التشريعية التي تحدد الجرائم والعقوبات المقررة لها . إذ لا جريمة ولا عقوبة بغير نص في القانون .

وهو ينقسم إلى قسمين : قسم عام وقسم خاص . فالقسم العام يشمل الأحكام العامة التي تسري على الجريمة والمجرم والعقوبة بوجه عام أياً كانت نوع الجريمة . فهو يبحث في الجريمة من حيث تحديد أنواعها وبيان أركانها ، ويبحث في المجرم من حيث تحديد مسؤليته والظروف التي تعفى أو تخفف منها ، ويبحث في العقوبة من حيث أنواعها وحالات تعددها وأسباب

انقسامها . وتنقسم الجرائم إلى جنائيات وجنح ومخالفات .
أما القسم الخاص فيشمل الأحكام الخاصة بكل جريمة على حدة .
وقد ذهب رأي إلى اعتبار قانون العقوبات من فروع القانون الخاص ، أو بالأقل قانوناً مختلطاً بين القانون العام والقانون الخاص ، نظراً إلى أن الجريمة تصيب في معظم الحالات مصالح فردية . ولكن هذا الرأي محل نظر . ولذلك يذهب الرأي السائد إلى اعتبار قانون العقوبات من فروع القانون العام . وينهض بهذا الرأي أن الجريمة ، حتى لو وقعت مباشرة على الأفراد أنفسهم ، تعتبر جريمة موجهة إلى المجتمع بأسره لما تنطوي عليه من اخلال بالأمن والطمأنينة فيه . ولذلك فإن السلطة العامة هي المختصة أصلاً بمباشرة الدعوى العمومية ضد المجرم . وإذا ما أصاب أحد الأفراد ضرر من الجريمة . فإن حقه يقتصر على المطالبة بالتعويض ، وهذه مسألة يحكمها القانون المدني .

٣٨ - قانون أصول المحاكمات الجزائية :

قانون أصول المحاكمات الجزائية كما يسميه القانون اللبناني ، أو قانون الإجراءات الجنائية Droit d'instruction criminelle كما يسميه القانون المصري ، هو مجموعة القواعد التي تبين الإجراءات التي تتبع لتطبيق أحكام قانون العقوبات . فهي قواعد إجرائية ، بينما قواعد قانون العقوبات قواعد موضوعية .

حيث يتكفل هذا القانون ببيان الإجراءات التي تتبع في استقصاء الجريمة والتحقيق والمحاكمة وإصدار الأحكام والطمع فيها وتنفيذها .

الفرع الثالث

فروع القانون الخاص

٣٩ - القانون الخاص :

رأينا أن القانون الخاص هو الذي يحكم العلاقات التي لا تتعلق بتنظيم

السلطات العامة في الدولة ولا تتصل بحق السيادة فيها . وهذه العلاقات إما أن تقوم بين الدولة باعتبارها شخصاً عادياً وأحد أشخاص القانون الخاص أو بين أشخاص القانون الخاص سواء كانوا أشخاصاً اعتباريين أو أفراداً .

والقانون المدني هو أصل القانون الخاص كله . ثم استقلت عنه فروع لتحكم أنواعاً معينة من العلاقات ظهرت الحاجة إلى وضع قواعد خاصة بها لاتصالها بنوع معين من النشاط أو بجهة معينة ، وهي فروع تتضمن قواعد موضوعية ، كالقانون التجاري والقانون البحري والقانون الجوي وقانون العمل . كذلك استقلت عنه القواعد الإجرائية ، فكونت فرعاً مستقلاً هو قانون أصول المحاكمات المدنية أو قانون المرافعات المدنية والتجارية . وإلى جانب هذه الفروع ظهر فرع آخر هو القانون الدولي الخاص ، حيث تنفرد قواعده بوظيفة معينة فيما يتعلق بالعلاقات ذات العنصر الاجنبي .
وسنعرض لهذه الفروع فيما يلي :

٤٠ - القانون المدني :

القانون المدني *Le droit civil* هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الخاصة بين الأشخاص في المجتمع إلا ما يتكفل بتنظيمه فرع آخر من فروع القانون الخاص .

فهو بهذه المثابة يعتبر الشريعة العامة في علاقات القانون الخاص . ويتجلى هذا المعنى في أمرين : الأول أن قواعده تواجه علاقات تقوم بين جميع الأشخاص على اختلاف طوائفهم ومنهم ، وذلك على خلاف الفروع الأخرى التي تعنى بطوائف ومهن معينة أو تتناول أوضاعاً وحالات معينة . والثاني أن قواعده يرجع إليها في كل مسألة يسكت عن تنظيمها فرع آخر من فروع القانون الخاص يتضمن أحكاماً موضوعية ، وذلك فيما عدا القانون الدولي الخاص . وهو بمعناه الصحيح ينظم طائفتين من العلاقات القانونية : الأولى تشمل علاقات الفرد بأسرته ، ويطلق عليها الأحوال الشخصية *Statut personnel* .

والثانية تشمل العلاقات المالية ، ويطلق عليها المعاملات أو الأحوال العينية Statut réel . حيث يدخل في نطاق الأحوال الشخصية المسائل المتعلقة بالأهلية والولاية على المال ، والنسب وما يترتب عليه من آثار ، والزواج وما يترتب عليه من آثار ، والفرق من طلاق وغيره ، والميراث والوصية والوقف ، وكذلك الهبة في بعض القوانين . ويدخل في نطاق الأحوال العينية أو المعاملات كل ما يتصل بالعلاقات المالية بين الشخص وغيره ، كتعديد معنى المال ، وبيان أنواع الحقوق المالية ، والسلطات التي تخولها ، وطرق كسبها وانتقالها وانقضاءها .

فهذا هو مضمون القانون المدني وفقاً لما يجري في معظم بلاد العالم . أما في القانون اللبناني والقانون المصري ، شأنها في ذلك شأن بقية القوانين العربية ، فإن التقنين المدني يقتصر على المعاملات المالية . بينما تركت مسائل الأحوال الشخصية لحكم الشرائع الدينية وبعض القوانين الخاصة المستمدة غالباً من هذه الشرائع . فبالنسبة إلى المسلمين تنطبق الشريعة الإسلامية ، وبالنسبة إلى غير المسلمين تنطبق الشريعة الخاصة بكل ملة على حدة .

وقد جرت أغلب القوانين العربية ، كالقانون المصري والقانون العراقي والقانون السوري والقانون الليبي ، على وضع تقنين مدني يضم جميع قواعد المعاملات المالية فيما عدا فريق قليل من هذه القواعد تتكفل به قوانين خاصة . بينما نجد هذه القواعد في القانون اللبناني موزعة في عدة تشريعات أهمها تقنين الملكية العقارية الصادر في سنة ١٩٢٥ ، وتقنين الموجبات والمقود الصادر في سنة ١٩٣٢ . حتى أننا نجد بعض أحكام مجلة الأحكام العدلية ما زالت مطبقة حتى الآن^(١) . ولذلك فإنه يحسن أن يوضع في لبنان

١ - صدرت المجلة في العهد العثماني سنة ١٨٦٩ ، وهي تضم أحكام المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية وفقاً للمذهب الحنفي ، وظلت مطبقة في البلاد العربية الخاضعة للحكم العثماني ماعدا مصر إلى عهد قريب ، وما زالت مطبقة حتى اليوم في بعض البلاد العربية كدولة الكويت .

تقنين مدني جديد يشتمل على جميع قواعد المعاملات المالية .
وقد صدر التقنين المدني المصري الحالي في سنة ١٩٤٨ بعد تنقيحه تنقيحاً
شاملاً ، وبدأ العمل به في سنة ١٩٤٩ .

٤١ - القانون التجاري :

القانون التجاري Le droit commercial هو مجموعة القواعد التي تنظم
المعاملات التجارية . وهي المعاملات التي تنشأ بين التجار بوصفهم تجاراً ، أو
تكون متعلقة بأعمال تجارية .

فهو يحدد معنى التاجر والأعمال التجارية ، وبين واجبات التاجر كالقيد
في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية ، وينظم الشركات التجارية
بأنواعها المختلفة ، ويتناول مظاهر النشاط التجاري كالعقود التجارية والملكية
التجارية ، وأدوات التعامل في التجارة كالكيالات والسندات الأذنية أو
لحاملها والشيكات ، وينظم الإفلاس وما يترتب عليه من آثار .

وقد كان القانون التجاري جزءاً من القانون المدني ثم استقل عنه كما
قدمنا . ولهذا قلنا إن القانون المدني يعتبر الشريعة العامة في علاقات القانون
الخاص ، فحيث لا توجد قاعدة في القانون التجاري لمسألة معينة يرجع فيها
إلى قواعد القانون المدني .

ويرجع استقلال القانون التجاري عن القانون المدني إلى الاعتبارات الآتية :

١ - فقد اقتضى ازدياد النشاط التجاري أن توضع قواعد خاصة تتفق
مع ما تتطلبه التجارة من سرعة في إنجاز المعاملات التجارية وإعفاؤها من
القيود التي ترد على المعاملات المدنية . ومن الأمثلة على ذلك أن القاعدة
العامة في المعاملات المدنية في إثبات وجود التصرف القانوني أو انقضائه
تقضي بأنه لا يجوز البينة الشخصية ، وهي شهادة الشهود ، في هذا الإثبات
إذا كان التصرف تزيد قيمته على قدر معين . بينما يجوز في المعاملات التجارية

إثبات مثل هذا التصرف بشهادة الشهود حتى لا تتعطل هذه المعاملات .
٢ - كما تقتضي المعاملات التجارية أن تقوم علاقات التجار على أساس من الثقة لا تتوفر في المعاملات غير التجارية ، مما دعا إلى وضع قواعد خاصة تتفق مع هذا الاعتبار . من ذلك أن القاعدة في المعاملات المدنية أن التضامن بين المدنيين لا يستنتج أو يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون (م ٢٣ موجبات وعقود لبناني و م ٢٧٩ مدني مصري) . أما في المعاملات التجارية فإن هذا التضامن يفترض ، دون حاجة إلى إتفاق أو نص ، فلا يكون على الدائن أن يقتصر في مطالبته لأي مدين على نصيبه في الدين ، بل يستطيع أن يطالبه بكل الدين ، وبذلك يتوفر له من الائتمان ما يضمن له الحصول على حقه .

٣ - هذا إلى أن نظماً جديدة ظهرت في نطاق التجارة ولم يكن لها وجود في المعاملات غير التجارية ، كالبنوك والبورصات والأوراق التجارية ، الأمر الذي دعا إلى وضع قواعد خاصة بها تدخل في نطاق القانون التجاري . وقد صدر التقنين التجاري اللبناني الحالي في سنة ١٩٤٢ ، حيث جمع فيه الشارع اللبناني معظم القواعد التجارية . أما التقنين التجاري المصري فهو تقنين قديم صدر في سنة ١٨٨٣ ، ولذلك اضطر الشارع المصري إلى أن يسد أوجه النقص فيه بعدة قوانين خاصة .

٤٢ - القانون البحري :

القانون البحري *Le droit maritime* هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الخاصة بالملاحة البحرية . حيث تتركز قواعد ذلك القانون في السفينة وما تحمله باعتبارها وسيلة هذه الملاحة . فهو ينظم الحقوق التي ترد على السفينة ، والعقود التي تكون هذه السفينة محلاً لها كبيع السفينة وتجهيزها ، وعلاقة الربان بصاحب السفينة وبالملاحين ، وعقد العمل البحري ، ومسئولية مالك السفينة ، وعقد النقل البحري وما

يتصل به من مسؤولية الناقل ، والتأمين على السفن والبضائع ، إلى غير ذلك من المسائل التي تتصل بالملاحة البحرية .

وعلى الرغم من أن المسائل الأساسية التي يتكفل القانون البحري بتنظيمها تعتبر من قبيل الأعمال التجارية ، فثمة اعتبارات دعت إلى استقلاله عن القانون التجاري. حيث روعي أن السفينة كبيرة القيمة وأنها تتعرض لأخطار خاصة ، كما أنها تكون في أغلب الأحيان بعيدة عن رقابة صاحبها . وفضلا عن ذلك فإن القانون البحري يعني بملاحة الصيد وملاحة النزهة ، وكلاهما لا تعتبر عملا تجارياً .

وقد صدر التقنين البحري اللبناني الحالي في سنة ١٩٤٧ ، حيث جمع فيه الشارع اللبناني معظم القواعد المتعلقة بالملاحة البحرية . أما التقنين البحري المصري فهو تقنين قديم صدر في سنة ١٨٨٣ ، وتوجد إلى جانبه قوانين خاصة تنظم بعض موضوعات القانون البحري .

٤٣ - القانون الجوي :

القانون الجوي هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات الخاصة بالملاحة الجوية . وهو فرع حديث النشأة . وتتركز قواعده في الطائرة وما يتصل بها باعتبارها وسيلة هذه الملاحة .

فهو ينظم الحقوق التي ترد على الطائرة من حيث ملكيتها وجنسياتها وتسجيلها ، وعقد النقل الجوي ، والمسؤولية عن الأضرار التي تقع بسبب الملاحة الجوية سواء لركاب الطائرة أم لمن هم على سطح الأرض ، إلى غير ذلك من المسائل التي تتصل بالملاحة الجوية .

ومعظم قواعد هذا القانون مستمدة من المعاهدات والاتفاقيات الدولية . وقد صدر في لبنان في سنة ١٩٤٩ تقنين جوي يسمى بقانون الطيران يتضمن بعض قواعد القانون الجوي .

٤٤ - قانون العمل :

قانون العمل Droit du travail هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين العمال وأرباب الأعمال .

وهو فرع حديث النشأة نسبياً . فقد كانت العلاقة بين العامل ورب العمل تخضع للقاعدة العامة في القانون المدني ، حيث يؤخذ بمبدأ سلطان الإرادة ، فتجري شروط عقد العمل بينها وفقاً لما تم الاتفاق عليه بصرف النظر عما تحمله من جور وما تنطوي عليه من استغلال . ولما قامت النهضة الصناعية الحديثة وظهر الانتاج الكبير ترتب على ذلك أن وجدت قوى جديدة تتمثل في ارباب الأعمال والشركات الكبيرة استطاعت بما توفر لها من قوة اقتصادية أن تفرض شروطها الجائرة على العمال ، ولم يكن في وسع هؤلاء أن يناقشوا هذه الشروط ، بل كان لا بد لهم من قبولها تحت ضغط الحاجة كي يحصلوا على قوت يومهم . وكان طبيعياً أن يؤدي هذا إلى زيادة اختلال التوازن في عقد العمل ، فظهر رد الفعل من جانب العمال الذين تكونت منهم طبقة اجتماعية جديدة لها وزنها وقوتها، وظهرت معها الأفكار الاشتراكية الجديدة تنادي بتدخل الدولة لحماية الطرف الضعيف في العقد ، حتى لا تظل حرية التعاقد أداة في يد الأقوياء للتحكم في الضعفاء واستغلالهم . وعلى أثر ذلك نشطت حركة التشريع في أغلب البلاد لتنظيم العلاقة بين العمال وأرباب الأعمال على نحو يكفل الحماية للطبقة العاملة . وأدى هذا إلى أن أصبح قانون العمل فرعاً مستقلاً من فروع القانون الخاص .

ولم يبدأ التشريع في هذا المجال في لبنان إلا في أعقاب الحرب العالمية الثانية ، حيث أصدر الشارع اللبناني قانون العمل الحالي في سنة ١٩٤٦ . وبعد ذلك أخذ التطور مجراه ، فصدر قانون الضمان الاجتماعي في سنة ١٩٦٣ لتأمين العمال ضد الأخطار التي تهددهم ، ثم قانون عقود العمل الجماعية والوساطة والتحكيم في سنة ١٩٦٤ .

كذلك لم تنشط حركة التشريع في هذا الشأن في مصر إلا قبيل الحرب

العامة الثانية حينما بدأت الصناعة تنتشر وأخذ يزداد عدد العمال تبعاً لذلك . فصدرت قوانين خاصة تنظم عقد العمل الفردي ، وساعات العمل ، وإصابات العمل . كما صدرت قوانين تنظم علاقات العمل الجماعية ، فنظمت نقابات العمال ، وعقد العمل المشترك ، والتوفيق والتحكيم في منازعات العمل . ثم استبدل الشارع بهذه القوانين جميعاً قانوناً موحداً نظم به جميع علاقات العمل سواء كانت فردية أو جماعية ، هو القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ . كما أصدر قانوناً للتأمينات الإجتماعية هو القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ ، حيث بدأ تطبيق هذا القانون بالنسبة إلى العمال ، ثم أخذ يتمدد تطبيقه بعد ذلك إلى طوائف أخرى . وقد ألغى هذا القانون وحل محله قانون آخر للتأمينات الإجتماعية هو القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٤ .

٤٥ - قانون أصول المحاكمات المدنية :

قانون أصول المحاكمات المدنية ، كما يسميه القانون اللبناني ، أو قانون المرافعات المدنية والتجارية *Le droit de procédure civile et commerciale* كما يسميه القانون المصري ، هو مجموعة القواعد التي تنظم السلطة القضائية ، وتبين الإجراءات الواجب إتباعها لتطبيق الأحكام الموضوعية في القانون المدني والقانون التجاري .

فالقانون المدني والقانون التجاري يبينان حقوق الأشخاص وواجباتهم . أما قانون المرافعات المدنية والتجارية فينظم الإجراءات التي تتخذ لحماية هذه الحقوق إذا اعتدى عليها ، ولاقتضائها إذا حصل تقصير في أدائها أو نوزع في وجودها . ومن ثم فكل من القانون المدني والقانون التجاري قانون موضوعي ، بينما قانون المرافعات قانون إجرائي .

حيث يتكفل قانون المرافعات بناحيتين :

الأولى هي تنظيم السلطة القضائية . ويتضمن هذا التنظيم فريقين من القواعد : قواعد النظام القضائي ، وهي التي تبين أنواع المحاكم وتشكيلها

وشروط تنصيب القضاة وحقوقهم وواجباتهم . وقواعد الاختصاص ، وهي التي تتعلق بتوزيع ولاية القضاء على المحاكم بطبقاتها المختلفة .
والثانية هي بيان الإجراءات التي تتبع لحماية الحقوق واقتضاؤها. ويتضمن هذا البيان قواعد الإجراءات ، وهي التي تتعلق بالإجراءات والأوضاع الواجبة الاتباع في رفع الدعاوي والفصل فيها وتنفيذ الأحكام الصادرة في شأنها . ويدخل في هذا النطاق ما يتصل بهذه الإجراءات والأوضاع من قواعد موضوعية .

وقد أدى الجمع بين هاتين الناحيتين في نطاق قانون المرافعات إلى اختلاف الرأي في الفقه حول ما إذا كان هذا القانون يعتبر فرعاً من القانون الخاص أم يعتبر فرعاً من القانون العام . فذهب رأي إلى الاعتبار الأول على أساس أن قانون المرافعات ينظم أعمال القواعد الموضوعية التي تبين حقوق الأفراد وواجباتهم . وذهب رأي آخر إلى الاعتبار الثاني امتناداً إلى أن قانون المرافعات ينظم سلطة عامة هي السلطة القضائية ويبين طريقة قيامها بوظيفتها . لكننا نرجح الرأي الذي يعتبر قانون المرافعات قانوناً مختلطاً ، حيث تعتبر القواعد التي تنظم السلطة القضائية من القانون العام ، وتعتبر قواعد الإجراءات من القانون الخاص .

ويعتبر قانون المرافعات المدنية والتجارية الشريعة العامة فيما يتعلق بالإجراءات التي تتبع أمام المحاكم . فحيث لا توجد قاعدة خاصة تتعلق بالإجراءات التي تتبع في خصوص مسألة معينة أمام المحاكم الجنائية أو الإدارية ، فإن قواعد الإجراءات في قانون المرافعات هي التي تطبق .

وقد صدر تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني في سنة ١٩٢٣ . أما في مصر فقد صدر تقنين المرافعات المدنية والتجارية الحالي في سنة ١٩٦٨ بعد تنقيحه تنقيحاً شاملاً .

ويلاحظ أن تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني يتضمن قواعد البيئات ، وهي القواعد المتعلقة بالاثبات ، الموضوعية منها والاجرائية . أما في القانون

المصري فقد كانت قواعد الاثبات الموضوعية واردة في التقنين المدني ، بينما وردت القواعد الاجرائية في تقنين المرافعات . ولكن الشارع المصري أخيراً أصدر في سنة ١٩٦٨ قانوناً مستقلاً للاثبات يشمل القواعد الموضوعية والاجرائية .

٤٦ - القانون الدولي الخاص :

القانون الدولي الخاص Le droit international privé هو مجموعة القواعد التي تعنى بصفة أساسية ببيان المحكمة المختصة وتحديد القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بالعلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الاجنبي . ويراد بالعلاقات الخاصة ذات العنصر الاجنبي تلك التي تدخل في نطاق القانون الخاص ويكون أحدها متصلاً بدولة أجنبية . وعناصر العلاقة ثلاثة ، هي أشخاصها وموضوعها والواقعة المنشئة لها . فمثلاً إذا كان أحد طرفي العلاقة أو كلاهما أجنبياً ، أو كان موضوعها عقاراً موجوداً في بلد أجنبي ، أو كان مصدرها تصرفاً أبرم في الخارج ، كانت العلاقة ذات عنصر أجنبي .

فإذا تزوج وطني من أجنبية ، وقام بينها نزاع في شأن الزواج ، فهل تكون المحاكم المختصة هي المحاكم الوطنية أم المحاكم الاجنبية ؟ وإذا ثبت الاختصاص للمحاكم الوطنية ، فهل يطبق القانون الوطني باعتباره قانون جنسية الزوج أم يطبق القانون الاجنبي باعتباره قانون جنسية الزوجة ؟ وإذا باع ألماني إلى لبناني عقاراً موجوداً في ايطاليا بمقتضى عقد أبرم في فرنسا ، وقام نزاع في شأن هذا البيع ، فهل تختص بنظر النزاع المحاكم الألمانية أم اللبانية أم الإيطالية أم الفرنسية ؟ وإذا ثبت الاختصاص لإحداها ، فهل يطبق القانون الألماني باعتباره قانون جنسية البائع أم القانون اللبناني باعتباره قانون جنسية المشتري أم القانون الإيطالي باعتباره قانون موقع العقار أم القانون الفرنسي باعتباره قانون الدولة التي أبرم فيها العقد ؟ ففي مثل هذه الأحوال يتكفل القانون الدولي الخاص بالإجابة على مسألتين :

الأولى هي تعيين المحكمة المختصة . حيث يعنى هذا القانون بمحل النزاع على الاختصاص القضائي . ولذلك تسمى القواعد المتعلقة بهذه المسألة بقواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي . وهي تقتصر على بيان ما إذا كانت المحاكم الوطنية هي المحاكم المختصة أم لا . بحيث أنه في حالة ما إذا كانت هذه المحاكم غير مختصة ، فإن تلك القواعد لا تتكفل ببيان المحاكم الأجنبية المختصة .

والثانية هي بيان القانون الواجب التطبيق . حيث يعنى القانون الدولي الخاص بمحل النزاع على الاختصاص التشريعي . ولذلك تسمى القواعد المتعلقة بهذه المسألة بقواعد تنازع القوانين من حيث المكان ، أو قواعد تنازع الاختصاص التشريعي ، أو قواعد الإسناد . وقد لوحظ في هذه التسمية أن تلك القواعد لا تتضمن الحل الموضوعي الذي يطبق على النزاع للفصل فيه ، وإنما تقتصر فحسب على الإسناد في شأن بيان هذا الحل إلى قانون معين ، وهذا القانون هو الذي يقدم الحل الذي يفصل في النزاع بمقتضاه . فمثلاً إذا أشارت هذه القواعد بأن القانون الفرنسي هو الذي يطبق على النزاع فإن دورها ينتهي عند هذا الحد ، ثم نتيين بعد ذلك القاعدة الموضوعية الواردة في القانون الفرنسي في شأن هذا النزاع للفصل فيه .

ومن أمثلة قواعد الإسناد اللبنانية ما ينص عليه القانون اللبناني من خضوع الأحوال الشخصية للأجانب لأحكام قانونهم الوطني (م ١٠ من القرار التشريعي رقم ٦٠ بتاريخ ١٣ - ٣ - ١٩٢٦ ، المعدلة بالمادة ٣/١ من القرار التشريعي رقم ١٤٦ بتاريخ ١٨ - ١١ - ١٩٣٨) . وما تنص عليه المادة ٢/٢٣١ من تقنين الملكية العقارية اللبناني من أنه « تخضع تركة الأجنبي العقارية بالإرث أو بالوصية لأحكام قوانين بلاده » .

ومن أمثلة قواعد الأسناد المصرية ما تنص عليه المادة ١٢ من التقنين المدني المصري من أنه « يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين » . وما تنص عليه المادة ١/١٧ من هذا التقنين

من أنه « يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، قانون المورت أو الموصي أو من صدر منه التصرف قبل موته » . وما تنص عليه المادة ١٨ من هذا التقنين من أنه « يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى ، قانون الموقع فيما يختص بالعقار » . وما تنص عليه المادة ٢٠ من هذا التقنين من أن « العقود فيما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه » .

وإذا كان القانون الدولي الخاص يتناول أساساً موضوعي تنازع الاختصاص القضائي، وتنازع القوانين، فإن كثيراً من الفقهاء يدخلون في نطاقه موضوعات أخرى ثلاثة باعتبارها مسائل أولية قد تساهم في تعيين الاختصاص القضائي أو التشريعي : الأول هو الجنسية ، وهي علاقة تبعية الفرد للدولة . والثاني هو الموطن ، وهو علاقة الفرد بالدولة نتيجة إقامته فيها . والثالث هو مركز الأجنبي ، وهو ما يمكن أن يتمتع به الأجنبي من حقوق أو يتحملوه من تكاليف في الدولة التي يوجدون على أرضها . وهذا هو الاتجاه المأخوذ به في لبنان ومصر .

وهناك خلاف في الفقه حول ما إذا كان القانون الدولي الخاص فرعاً من القانون الخاص أم فرعاً من القانون العام . ولكننا نرحب النظر الذي يذهب إلى أنه قانون مختلط . فقواعد تنازع الاختصاص وتنازع القوانين تدخل في نطاق القانون الخاص . أما الجنسية والموطن ومركز الأجنبي ، فهذه كلها أمور تتصل بحق السيادة في الدولة ، ومن ثم فإنها تدخل في نطاق القانون العام .

ويلاحظ أن القانون الدولي الخاص ، رغم تسميته بالقانون الدولي ، هو في الواقع من الأمر قانون وطني . فلكل دولة في هذا الخصوص قواعد تطبقها محاكمها كما تطبق أي قانون داخلي ، وقد تختلف هذه القواعد في بعض نواحيها عن القواعد المطبقة في الدول الأخرى .

ومصادر القانون الدولي الخاص هي القواعد التشريعية الوطنية، والمعاهدات

الدولية ، والعرف ، المبادئ السائدة في الفقه في كثير من الدول .
والقواعد التشريعية اللبنانية موزعة في عدة قوانين أهمها تقنين الملكية
العقارية الذي ينص على بعض قواعد تنازع القوانين (م ٢٣١ / ٢) ، وتقنين
أصول المحاكمات المدنية الذي ينص على قواعد الاختصاص القضائي الدولي
(م ٨٤ - ٨٧) وبعض قواعد تنازع القوانين (١٣٢ - ١٣٤) ، ومعاهدات
لوزان المبرمة سنة ١٩٢٣ والقرارات الصادرة استناداً إليها وهي خاصة
بالجنسية اللبنانية ، وقانون دخول الأجانب إلى لبنان والاقامة فيه والخروج
منه (القانون الصادر في ١٠ تموز سنة ١٩٦٢) ، والقانون الخاص بملكية
الأجانب للعقارات (القانون الصادر في ١٠ أيلول سنة ١٩٦٦)

وفيما يتعلق بالقواعد التشريعية المصرية نجد بعضها في التقنين المدني
خاصاً بتنازع القوانين ، وبعضها في تقنين المرافعات خاصاً بتنازع الاختصاص ،
كما أن هناك قانوناً للجنسية ، وقوانين أخرى تنظم الموطن ومركز الأجانب .

الفصل الثاني

القواعد الآمرة والقواعد المكملة

٤٧ - - تنوع أنواع القوانين بحسب سلطان إرادة الأفراد إزاهما :

يوجه القانون نشاط الأفراد على نحو تتحقق به مصالحهم وتراعى فيه في
ذات الوقت مقتضيات الصالح العام للمجتمع . وفي ضوء هذا الاعتبار فإن
القانون لا يخول الأفراد حرية مطلقة في مزاوله نشاطهم ، ولا يسلبهم
حريتهم ، وإنما يقيد هذه الحرية بالقدر الذي يقتضيه الصالح العام .

ففي نطاق معين من نظام المجتمع يفرض القانون سلطانه ، فلا يترك مجالاً
لحرية الأفراد ، بحيث يحرم عليهم أي نشاط يتعارض مع ما يأمر به . وفي
نطاق آخر يترك القانون مجالاً لحرية الأفراد ، فيكون لهم أن يوجهوا

نشاطهم على النحو الذي يروق لهم .
وعلى هذا الأساس تنقسم القواعد القانونية إلى قواعد أمرة وقواعد
مكّلة . ففي المجال الذي ينعدم فيه سلطان إرادة الأفراد تكون القاعدة
أمرة ، وفي المجال الذي تكون هذه الإرادة فيه حرة في تنظيم العلاقات
القانونية تكون القاعدة مكّلة .

٤٨ - القواعد الأمرة :

القاعدة الأمرة *La règle imperative* هي التي لا تجوز مخالفة حكمها .
إذ أنها تتناول أموراً تتصل بكيان المجتمع ومقوماته الأساسية ، بحيث
يحرص الشارع على عدم المساس بها محافظة على النظام العام الذي يقوم عليه
المجتمع ، ومن ثم لا يباح للأفراد أن يتخذوا سلوكاً يتعارض مع الحكم
الذي تقرره .

فالقاعدة التي تحرم القتل أو السرقة قاعدة أمرة لا يجوز الخروج عليها
أو الاتفاق على ما يخالفها . إذ أن ضرر الجريمة لا يقتصر على المجنى عليه
وأفراد أسرته ، بل يمتد إلى المجتمع بأسره لما تؤدي إليه الجريمة من إخلال
بالأمن وزوال الطمأنينة من النفوس .

والقاعدة التي تفرض الخدمة العسكرية قاعدة أمرة لأن هذه الخدمة
تكليف ضروري للدفاع عن كيان الوطن وحفظ الأمن فيه .
والقاعدة التي تفرض حداً أقصى لسعر الفائدة قاعدة أمرة ، لأنها تحمي
الضعيف وتحارب الاستغلال غير المشروع .

ويلاحظ أن تسمية هذه القواعد بأنها أمرة هي مجرد اصطلاح أريد به
المعنى الذي ذكرناه ، وهو أن مخالفتها لا تجوز . إذ الواقع أن كل القواعد
القانونية ، سواء سميت أمرة أو مكّلة ، إنما تتضمن الأمر بسلوك معين .
وهذا الأمر قد يقع في صورة أمر أو نهي أو إباحة . ولذلك فإن ما ذهب
إليه بعض الفقهاء من تسمية القواعد الأمرة بأنها قواعد أمرة أو ناهية ليس

من شأنه أن يضيف شيئاً في الدلالة على المعنى الاصطلاحي المذكور .

٤٩ - القواعد المكملّة :

القاعدة المكملّة *La règle supplétive* هي التي يجوز إبرام تصرف بما يخالف حكمها . فهي تكون ملزمة للأفراد إذا لم تتجه إرادتهم حين التصرف إلى ما يخالف الحكم الذي تقرره . إذ أنها تعالج مسائل لا تتصل بكيان المجتمع ولا مقوماته الأساسية ، فلا يقتضي النظام العام للمجتمع أن يكون تنظيم هذه المسائل على نحو معين دون غيره ، ومن ثم يباح للأفراد أن ينظموها على النحو الذي يرتضونه .

وإذا كان لإرادة الأفراد هذا السلطان فيما يتعلق بتنظيم تلك المسائل فتمت اعتبارات دعت مع ذلك إلى أن يعني القانون بتنظيمها . ذلك أنه كثيراً ما يحصل أن يتفق الطرفان في العقد على المسائل الجوهرية ويتركان ما عدا ذلك من تفصيلات . كأن يتفق المتعاقدان في عقد البيع على الشيء المبسوع ومقدار الثمن والمسائل الأخرى التي كانت ذات أهمية في نظرها عند إبرام العقد ، ولكنها يغفلان ما عدا ذلك من تفصيلات ، كتحديد ميعاد تسليم المبيع ومكانه أو ميعاد دفع الثمن ومكانه أو بيان من يتحمل منهما مصاريف العقد إلى غير ذلك من أمور لم تكن محل اعتبارها عند التعاقد . ففي مثل هذه الحالة تظهر الحاجة إلى وضع قواعد قانونية تسري في شأن هذه الأمور ، وهي القواعد المكملّة .

ويتضح من هذا أن الشارع فيما يورده من قواعد في هذا الشأن إنما يهدف إلى وضع نموذج للتعاقد ينطبق إذا لم تتجه إرادة المتعاقدين إلى تنظيم يخالفه . حيث يتعلق الأمر بمسائل تخضع لسلطان إرادة الأفراد ، فإن اتفق المتعاقدان على تنظيم معين في هذا النطاق سري بينها ما يقضي به الاتفاق ، وإذا خلا اتفاقها من تنظيم لمسألة أو أكثر من هذه المسائل انطبقت القواعد التي أوردها الشارع في هذا الشأن ، فهي من هذا قواعد تكل إرادة المتعاقدين .

وهذا أثرنا أن نقف عند تسمية هذه القواعد بالقواعد المكملة ، ولم نر الأخذ بما ذهب إليه فريق من الفقهاء من تسميتها بالقواعد المفسرة على أساس أنها تفسر العقد عند غموضه . إذ أن القواعد المكملة لا تنطبق إلا حيث لا تكون هناك إرادة قد اتجهت إلى تنظيم يخالف حكمها ، فإذا كانت هناك إرادة ولكنها غامضة فإن تفسيرها يكون أمراً مستقلاً عن هذه القواعد . كذلك لم نر الأخذ بما ذهب إليه فريق من هؤلاء من تسميتها بالقواعد المقررة على أساس أنها تمثل الإرادة المفترضة للمتعاقدين عند سكوتها عن الأخذ بتنظيم يخالف حكمها . إذ أن القواعد المكملة تمثل إرادة الشارع لا إرادة الأفراد . وإذا كان الشارع يهتدي في وضعها بالعرف والعادات السائدة في التعامل فإن هذا لا يعني افتراض إرادة غير موجودة ، حيث تنطبق هذه القواعد في حالة سكوت المتعاقدين ولو كانا يجهلانها .

ومن أمثلة القواعد المكملة ما تنص عليه المادة ٤٦٦ موجبات وعقود لبناني والمادتان ٤٥٦ و ٤٥٧ مدني مصري من أن الثمن يكون مستحق الوفاء في المكان والوقت الذي يسلم فيها المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك . حيث يكون للطرفين في عقد البيع أن يتفقا على المكان والوقت اللذين يدفع فيها الثمن ، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق ولم يكن هناك عرف في هذا الشأن انطبقت القاعدة الواردة في هذين النصين باعتبارها قاعدة مكملة .

ومن الأمثلة كذلك ما تنص عليه المادتان ٥٤٧ موجبات وعقود لبناني و ٥٦٧ / ١ مدني مصري من أن على المؤجر أن يقوم في العين المؤجرة أثناء الإجارة بجميع الترميمات الضرورية ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك . فيكون للطرفين في عقد الإيجار أن يتفقا على تحميل المستأجر القيام بهذه الترميمات ، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق التزم المؤجر بتلك الترميمات وفقاً للقاعدة الواردة في النص باعتبارها قاعدة مكملة .

ويلاحظ أن جواز الاتفاق على ما يخالف حكم القاعدة المكملة لا يقدر فيما

لها من صفة الالتزام الواجب ترافرها لكل قاعدة قانونية .
وقد ذهب بعض الفقهاء في سبيل التدليل على ذلك إلى أن القاعدة المكتملة
تكون اختيارية ابتداء ولكنها تصبح ملزمة انتهاء ، بمعنى أنها تكون غير
ملزمة قبل اتفاق الطرفين ، ثم تصير ملزمة في حالة ما إذا تم الاتفاق دون
أن يرد فيه ما يخالف حكمها . وهذا القول لا يمكن التسليم به . فالقاعدة
لا تكون قانونية إلا من الوقت الذي يتوفر لها فيه عنصر الالتزام . وليس
من المعقول أن تكون القاعدة غير ملزمة قبل الاتفاق فلا تكون حينئذ
قاعدة قانونية ، ثم تصبح ملزمة بعد تمامه فتصير في هذا الوقت قاعدة
قانونية ، مع أنها في ذاتها لم تتغير . فالصحيح أن القاعدة القانونية تتوفر
لها صفة الالتزام من وقت وضعها ، وهذا هو شأن القاعدة المكتملة والقاعدة
الآمرة على حد سواء .

وحقيقة الأمر أن أية قاعدة قانونية لا تنطبق إلا إذا توافرت الشروط
التي يتطلبها القانون لذلك . ويشترط لانطباق القاعدة المكتملة ألا يوجد
اتفاق على خلاف الحكم الذي تقرره . فعدم وجود مثل هذا الاتفاق هو
شرط انطباق تلك القاعدة . فإذا وجد هذا الاتفاق لا تنطبق القاعدة
المكتملة ، لا لكونها غير ملزمة ، ولكن لأن شرط سريانها لم يتوفر .

٥٠ - معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكتملة :

رأينا أن القاعدة الآمرة تتناول أموراً تتصل بكيان المجتمع ومقوماته
الأساسية ، بحيث يرمى الشارع من ورائها إلى المحافظة على النظام العام الذي
يقوم عليه المجتمع . أما القاعدة المكتملة فتتنظم مسائل خاصة لا تعني المجتمع
في مجموعه ، بل تتعلق بمصالح خاصة لأطراف العلاقة القانونية .

ومن ثم يكون معيار التفرقة بين هذين النوعين من القواعد هو موقف
القاعدة من النظام العام والآداب في المجتمع . فحيث يراد المحافظة على
النظام العام للمجتمع أو حماية الآداب فيه تكون القاعدة آمرة . وحيث

لا يكون الغرض المقصود هو المحافظة على النظام العام أو حماية الآداب ، وإنما يتعلق الأمر بتنظيم مصالح خاصة للأفراد ، تكون القاعدة مكملة . وقد نص القانون على هذا المعيار صراحة في المادتين ١٩٢ و ١٩٨ موجبات وعقود لبناني والمادتين ١٣٥ و ١٣٦ مدني مصري ، حيث تقضي بأنه إذا كان محل الالتزام أو سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا .

وهناك حالات تتضح فيها تلك التفرقة من عبارة القاعدة ذاتها ، وذلك حين تدل هذه العبارة صراحة أو ضمنا على نوع القاعدة . غير أن كثيراً من القواعد القانونية لا تفصح عبارته عن نوع القاعدة ، وفي هذه الحالة يتعين الوقوف على مدى صلة القاعدة بالنظام العام أو الآداب لمعرفة ما إذا كانت آمرة أو مكملة .

فهذان طريقتان للتعرف على نوع القاعدة القانونية . ولذلك فتبين فيما يلي كيفية هذا التعرف من عبارة القاعدة ذاتها ، ثم نوضح فكرة النظام العام والآداب ونذكر تطبيقاتها .

٥١ - دلالة العبارة على نوع القاعدة :

تكون العبارة دالة على نوع القاعدة إذا اتضح منها صراحة أو ضمنا ما إذا كانت القاعدة آمرة أو مكملة .

كان تنص القاعدة على عدم جواز أمر معين أو بطلانه . أو تنص على عدم جواز الاتفاق على ما يخالف حكمها أو على بطلان هذا الاتفاق . إذ يدل كل هذا على أن القاعدة آمرة .

وكان تنص القاعدة على جواز الاتفاق على ما يخالف حكمها . إذ يدل هذا على أن القاعدة مكملة .

ومن أمثلة القواعد التي تدل عبارتها على أنها قواعد آمرة ما يأتي :
١ - فمن هذه القواعد ما تنص عليه المادتان ٣٨٠ موجبات وعقود لبناني

و ٤٧١ مدني مصري من أنه لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتابة المحاكم ولا للمحضرين أن يشترخوا ، لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان العقد باطلا .

٢ - وما تنص عليه المادتان ١٨٨ موجبات وعقود لبناني و ٢/١٣١ مدني مصري من أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضاه ، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون .

ومن أمثلة القواعد التي تدل عبارتها على أنها قواعد مكرمة ما يأتي :

١ - فمن هذه القواعد ما تنص عليه المادة ٤٦٦ موجبات وعقود لبناني والمادتان ٤٥٦ و ٤٥٧ مدني مصري من ان الثمن يكون مستحق الوفاء في المكان والوقت الذي يسم فيها المبيع ، ما لم يوجد اتفاق او عرف يقضي بغير ذلك .

٢ - وما تنص عليه المادتان ٥٤٧ موجبات وعقود لبناني و ١/٥٦٧ مدني مصري من أن على المؤجر أن يقوم في العين المؤجرة أثناء الإجارة بجميع الترميمات الضرورية ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك .

٥٢ - النظام العام والآداب :

النظام العام والآداب فكرة تستعصي بطبيعتها على التحديد . ويمكن أن يقال في شيء من التعميم والتقريب إن النظام العام هو مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع ، سواء كانت سياسية او اجتماعية او اقتصادية . فقواعد النظام العام هي تلك التي يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة ، سياسية او اجتماعية او اقتصادية . ويراد بالمصلحة العامة كل أمر يتعلق بالنظام الأساسي للمجتمع بحيث يرجح على كل مصلحة فردية . ومن ثم وجب على جميع الأفراد أن يحترموا كل ما يتعلق بالنظام العام ، حتى لو كان في ذلك تضحية بمصالحهم الخاصة ، فإذا هم خرجوا على هذا النظام باتفاق خاص وقع هذا الاتفاق باطلا .

والآداب هي مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة وعصر معين . فهي بهذه المثابة تعتبر الشق الخلفي من قواعد النظام العام . وليس يقصد بالآداب كل قواعد الأخلاق ، وإنما يقصد بها قدرأ من هذه القواعد يمثل الأصول الأساسية للأخلاق في الجماعة . فهي عبارة عن الحد الأدنى من القواعد الخلقية التي تعتبر لازمة للمحافظة على المجتمع من الانحلال ، بحيث يفرض على الجميع احترامها وعدم المساس بها .

وهذه الفكرة بشقيها فكرة نسبية ومتطورة ، إذ تختلف باختلاف الفكرة السائدة في كل بيئة وفي كل عصر . فكثير من ضروب التعامل التي كانت تعتبر صحيحة في الماضي بل وإلى عهد قريب ، أصبحت اليوم مخالفة للنظام العام في ظل التنظيمات الحديثة التي تدخل فيها الشارع بنصوص آمرة لا تجوز مخالفتها . والرق الذي كان مباحاً من قبل أصبح اليوم مخالفاً للنظام العام . والتأمين على الحياة الذي كان مستهجناً لمخالفته للآداب أصبح اليوم مقبولاً . وكذلك الحال بالنسبة إلى الوساطة في الزواج .

وبناء على ذلك فإن فكرة النظام العام تضيق وتوسع تبعاً للأفكار السائدة في المجتمع . فهي تنحصر في أضيق الحدود في ظل المذاهب الفردية التي تسرف في الاعتداد بحرية الفرد وتعفل الصالح العام للمجموع ، بينما تتسع في ظل المبادئ الاشتراكية التي تضع مصلحة المجموع في المقام الأول وتضحي في سبيلها بالمصلحة الفردية . ولهذا فحيث يسود المذهب الفردي يعظم سلطان إرادة الأفراد ، فتكون القواعد الآمرة التي تقيد من هذا السلطان قليلة . أما حيث يسود المذهب الاشتراكي فيضعف سلطان الإرادة ، إذ تكثر القواعد الآمرة التي تحد من هذا السلطان نتيجة لتدخل الدولة .

وإذ كانت فكرة النظام العام والآداب على هذا النحو من المرونة والتطور ، فإنها تعتبر المنفذ الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية إلى النظام القانوني ، كي تلائم بينه وبين التطور الذي يتعرض له المجتمع في وقت معين . وفي غير الحالات التي يتدخل فيها الشارع بمقتضى نصوص يأخذ

فيها بمقتضيات هذا التطور، تقع على عاتق القاضي مهمة تحقيق هذه الملاءمة . فالقاضي يكاد يكون شارحاً في هذا النطاق ، وعليه أن يستلهم المصلحة العامة ويتقيد بالنظم والآداب السائدة في المجتمع . فلا يعول على آرائه ومعتقداته الخاصة ، وإنما يراعي ما تدين به الجماعة . ومن ثم كان الفصل فيما إذا كانت قاعدة معينة تتعلق بالنظام العام أو الآداب مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع (الأساس) لرقابة محكمة النقض (التمييز) .

٥٣ - تطبيقات النظام العام في نطاق القانون العام

ينظر في تنظيم الروابط التي يعنى بها القانون العام إلى المصلحة العامة دائماً . ولهذا يقع باطلاً كل اتفاق بين الأفراد يتعارض مع قاعدة من قواعد هذا القانون .

ففي القانون الدستوري يعتبر من النظام العام كل ما يتصل بالحقوق التي نظمها هذا القانون والحريات العامة التي كفلها ، كحق الترشيح والانتخاب ، والحرية الشخصية ، وحرية الإقامة ، وحرية الزواج ، وحرية العقيدة ، وحرية الاجتماع ، وحرية العمل والتجارة . فمثلاً لا يجوز لناخب أن يتفق مع مرشح على إعطائه صوته ، إذ أن مثل هذا الاتفاق يقع باطلاً لمخالفته للنظام العام . ولا يجوز لأحد أن ينزل عن حرمة الشخصية (م ٤٩ مدني مصري) . وإذا تعهد شخص بالآ يتزوج مطلقاً كان هذا التعهد باطلاً ، إلا إذا وجد سبب مشروع يبرره ، كما إذا تعهدت زوجة لزوجها ألا تتزوج بعد موته كي تعنى بتربية أولادها ، وإذا نقضت الزوجة هذا التعهد فلا يكون الجزاء هو بطلان الزواج ، بل يكون التعويض ، والفالسب أن يكون الجزاء حرمان المتعهد من الهبة أو الوصية التي أعطيت له على أساس التعهد . ومن الصور العملية الكثيرة الوقوع بالاتفاقات التي تقيد من حرية التجارة والعمل في عقود بيع المتاجر وعقود العمل . ففي عقد بيع المتجر قد يشترط المشتري على البائع أن يمتنع عن مباشرة التجارة التي يتناولها العقد ، وفي عقد العمل

قد يشترط صاحب العمل على من يستخدمه ألا يلتحق بعمل مماثل بعد انتهاء العقد كي يأمن على أسرار فضاعته من أن يستغلها المستخدم في منافسة . وقد كان القضاء يبطل هذا الشرط لمخالفته للنظام العام إذا كان مطلقاً غير محدود بزمان أو مكان ، ويعتبره صحيحاً إذا جاء مقيداً بزمان معين أو بمكان معين ، ولكنه الآن يميل إلى اتخاذ معيار آخر قوامه أن يكون الشرط معقولاً لا تعسف فيه بصرف النظر عما إذا كان مقيداً بزمان أو مكان أو لم يكن مقيداً بشيء من ذلك . فتكون العبرة بكون الشرط لازماً لحماية الدائن من منافسة المدين غير المشروعة ، إذ أنه حينئذ يكون صحيحاً حتى لو جاء مطلقاً من كل قيد في الزمان وفي المكان .

وفي القانون الإداري يعتبر من النظام كل ما يتصل بالوظيفة وتنظيم المرافق العامة وغير ذلك من المسائل التي ينظمها هذا القانون . فمثلاً لا يجوز للموظف أن ينزل عن وظيفته لشخص آخر . وإذا اتفق شخص مع وسيط على مبلغ من المال يتقاضاه هذا الأخير في مقابل سعيه لحصول الأول على وظيفة أو امتياز لمرفق عام أو مقاوله يقوم بها لحساب الحكومة ، فإن هذا الاتفاق يقع باطلاً لمخالفته للنظام العام .

وفي القانون المالي تعتبر القوانين التي تفرض الضرائب أو تنظم النقد أو تحدد سعر العملة من النظام العام . فكل اتفاق خاص ينطوي على مساس بالقواعد التي تقررها هذه القوانين يقع باطلاً . فمثلاً إذا اتفق البائع والمشتري في عقد بيع عقار على ذكر ثمن أقل من الثمن الحقيقي للهروب مع دفع رسوم التسجيل كاملة كانت العبرة بالثمن الحقيقي وليست بالثمن الصوري المذكور في العقد . وإذا اتفق على أن يتحمل الضريبة شخص لا يلتزم بها قانوناً فإن هذا الاتفاق لا يعني الشخص الملتزم قانوناً بدفع هذه الضريبة . فإذا كان من الجائز أن يتفق المؤجر مع المستأجر على أن يتولى هذا الأخير دفع الضريبة المفروضة على العين المؤجرة فإن المؤجر يبقى مع ذلك ملتزماً بأداء هذه الضريبة إذا لم يقم المستأجر بدفعها . وإذا فرض القانون سعراً إلزامياً للعملة

الورقية وقع شرط الدفع بالذهب باطلا .

وفي القانون الجنائي يكون باطلا كل اتفاق ينطوي على مخالفة لقواعد هذا القانون ، لأن هذه القواعد تتعلق بالنظام العام فإذا اتفق شخص مع آخر على ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال وقع هذا الاتفاق باطلا . وإذا تعهد شخص لآخر بأن يتحمل عنه العقوبة التي يحكم بها عليه كان هذا التعهد باطلا . ولا يجوز الاتفاق على خلق جريمة لا ينص عليها القانون ، كما إذا اتفق الدائن مع المدين في عقد القرض على اعتبار عدم الوفاء بالدين تبديداً ، لأن عقد القرض لا يدخل في عداد العقود التي تتحقق فيها هذه الجريمة .

٥٤ - تطبيقات النظام العام في نطاق القانون الخاص :

تتعلق قواعد القانون الخاص إما بالأحوال الشخصية أو بالمعاملات المالية :
فالأحوال الشخصية تتصل أغلبية قواعد النظام العام لأنه يقصد بها تحقيق مصلحة عامة . ولهذا يقع باطلا كل اتفاق بين الأفراد يعدل من أحكام حالة الشخص المدنية أو أهليته أو علاقته بأفراد أسرته . فلا يصح الاتفاق بين شخص وآخر على تعديل الجنسية أو تغيير الاسم أو المساس بالنسب . ولا يجوز النزول عن الأهلية أو التعديل في أحكامها (م ٤٨ مدني مصري) . ولا يجوز الاتفاق على تعديل حقوق الأب على ولده في التربية ، ولا حقوق الزوج على زوجته في الطاعة والأمانة ، ولا حقوق الزوجة على زوجها في النفقة والرعاية . ولا يحق للزوج المسلم أن ينزل عن حقه في الطلاق . والنفقات الواجبة شرعاً لا يصح النزول مقدماً عن الحق في المطالبة بها ، إنما يصح النزول عن النفقة بعد تجمدها لأن الحق حينئذ يصبح حقاً مالياً صرفاً . وكل ما يتعلق من الأحوال الشخصية بالنظام العام لا يجوز الصلح فيه (م ١٠٢٧ موجبات وعقود لبناني و م ٥٥١ مدني مصري) .

والمعاملات المالية أغلبية قواعد النظام العام ، لأنها قواعد ممكنة لإرادة المتعاقدين ، ومن ثم يجوز الاتفاق على ما يخالفها . غير أن هناك

طائفة لا يستهان بها من قواعد المعاملات المالية تتعلق بالنظام العام. وهي على وجه الإجمال القواعد التي يراد بها كفالة حق الشخص في التصرف في ملكه واستثماره ، والقواعد التي تحمي الغير حسن النية وتناهض الغش ، والقواعد التي تحتمق الحماية للطرف الضعيف في العقد . فلا يجوز تقييد حق المالك في التصرف في ملكه واستثماره على خير وجه . وتطبيقاً لهذا لا يصح شرط المنع من التصرف ما لم يكن مبيناً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة (م ٨٢٣ مدني مصري) . كما لا يصح الاتفاق على بقاء الملك في الشيوع إلا لمدة أقصاها خمس سنوات (م ٨٤١ موجبات وعقود لبناني م ٨٣٤ مدني مصري) . ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف القواعد التي تحمي الغير حسن النية وتناهض الغش ، كما لو اتفق على عدم شهر تصرف يوجب القانون شهره ، أو نزل الدائن مقدماً عن الطعن في تصرف مدينه بالدعوى البولصية أو بالصورية ، أو اتفق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية ، أو من المسؤولية العقدية في حالتي الغش والخطأ الجسم . ولا يصح الاتفاق على ما يخالف الأحكام التي تكفل حماية الطرف الضعيف في العقد ، كذلك التي وردت في شأن الاستغلال (م ٢١٤ / ٢ موجبات وعقود لبناني م ١٢٩ مدني مصري) والشرط الجزائي (م ٢٠٦ موجبات وعقود لبناني م ٢٢٤ مدني مصري) وسعر الفائدة (قانون المراجعة العثماني في لبنان م ٢٢٧ مدني مصري) .

وفضلاً عن ذلك فانه يلاحظ ما سبق أن ذكرناه من أن انتشار الفكرة الاشتراكية في الوقت الحاضر جعل الشارع يتدخل على نطاق واسع في تنظيم فريق من العقود بمقتضى قواعد أمره تتعلق بالنظام العام ، كما فعل في عقد العمل وعقد الإيجار . وقد ترتب على ذلك أن أصبحت القواعد التي تتعلق بالنظام العام في ازدياد مستمر .

٥٥ - تطبيقات الآداب :

يقع باطلاً كل اتفاق يخالف الآداب . ومن هذا القبيل الاتفاق الذي يراد

منه حصول الشخص على أجر عن عمل كان يجب عليه أن يقوم به ، كما يتعهد شخص برد ما سرقه في مقابل أجر يأخذه ، أو يتعهد شخص بعدم ارتكاب جريمة في مقابل أجر . ومن هذا القبيل أيضاً الاتفاق الذي يقصد به الخديعة والإخلال بواجب الأمانة في التعامل ، كأن تتفق شركة التأمين مع المؤمن له على ألا يعترف بمسئوليته . وقد كان القضاء الفرنسي يبطل الاتفاق الذي يتم بين مدير المسرح وجماعة من الهنافة يستأجرهم للتصفيق لأن مثل هذا الاتفاق من شأنه أن يخدع الجمهور ، ولكنه أصبح الآن يقضي بصحته لما فيه من تشجيع للفنانين المبتدئين .

ومن التطبيقات الهامة في هذا الخصوص الاتفاقات التي تتعلق بالعلاقات الجنسية وبيوت البغاء والمقامرة .

فكل اتفاق يراد به إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة يقع باطلاً لمخالفته للأداب . أما إذا تعهد شخص بمال لامرأة على سبيل التعويض مما أصابها من ضرر بسبب علاقة جنسية كانت بينها فإن هذا التعهد يكون صحيحاً .

ويكون باطلاً كل اتفاق يتعلق ببيوت البغاء ، حتى لو حصلت هذه البيوت على ترخيص إداري . فبيع بيت البغاء ، وإيجاره ، وشراء مفروشات له ، وكل ما يتصل به غير ذلك يقع باطلاً .

والاتفاق الخاص بمقامرة أو رهان يكون باطلاً ، كبيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل ما يتصل غير ذلك باستغلاله . وكذلك إقراض المقامر كي يتمكن من المقامرة أو الاستمرار فيها . وقد نص القانون على بطلان كل دين خاص بمقامرة أو رهان (م ١٠٢٤ موجبات وعقود لبناني و م ٧٣٩ مدني مصري) . واستثنى من ذلك الرهان الذي يعقده المتبارون شخصياً في الألعاب الرياضية ، وفي هذه الحالة يكون للقاضي أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغاً فيه ، كما استثنى أيضاً ما رخص به قانوناً من أوراق النصيب (م ١٠٢٥ و ١٠٢٧ موجبات وعقود لبناني و م ٧٤٠ مدني مصري) .

الباب الثالث

مصادر القاعدة القانونية

٥٦ - المقصود بمصادر القانون بوجه عام :

يسام في تكوين القاعدة القانونية نوعان من المصادر ، هما المصادر المادية أو الموضوعية ، والمصادر الرسمية أو الشكلية .

فالمصادر المادية أو الموضوعية هي التي تستمد منها مادة القاعدة أو مضمونها . فهي تبين العوامل التي ساهمت في تكوين مادة القاعدة أو مضمونها . وهذه تدخل فيها العوامل الطبيعية والاقتصادية ، كما تدخل العوامل الاجتماعية كالبيئة والدين والتقاليد .

والمصادر الرسمية أو الشكلية هي الوسائل التي تخرج بها القاعدة القانونية للناس فتصبح ملزمة للمخاطبين بها . وقد أطلق عليها وصف الرسمية لأنها الطرق المعتمدة التي تجعل القاعدة القانونية نافذة فتعطيها بذلك قوة الإلزام . كما أطلق عليها وصف الشكلية لأنها المظهر أو الشكل الخارجي الذي تظهر فيه الإرادة الملزمة للجماعة .

فإذا وضعت قاعدة تشريعية كانت العوامل التي أملت على الشارع حكمها هي مصدرها المادي ، وكان التشريع مصدرها الرسمي .

ويدخل في نطاق المصادر المادية ما يقال له المصدر التاريخي . فهو عبارة عن الأصل التاريخي الذي أخذ منه مضمون القاعدة . فمثلاً يعتبر القانون الروماني مصدراً تاريخياً لكثير من قواعد التقنين المدني الفرنسي . كما يعتبر القانون الفرنسي والشريعة الإسلامية والقانون الألماني مصادر تاريخية لكثير من قواعد التقنين المدني المصري .

كما يدخل في هذا النطاق المصادر التفسيرية . ويراد بالمصدر التفسيري

المرجع الذي يساعد على تجلية ما في القاعدة من غموض ، وتوضيح ما فيها من إبهام . والمصادر التفسيرية اثنان ، هما الفقه والقضاء . فهما يتضافران على تفسير القواعد القانونية بحيث تتضح أحكامها ، وكثيراً ما يصلان في هذا التفسير إلى جعل القانون متمشياً مع التطورات الجديدة في الحياة الاجتماعية .

٥٧ - تنوع المصادر الرسمية للقانون بوجه عام وتفاوتها في الأهمية تبعاً للتطور :

كان العرف هو أول مصدر رسمي للقانون ظهر في تاريخ المجتمع البشري . ويراد به اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة . فهو الطريق الطبيعي الذي توحي به الفطرة للوصول إلى قواعد تنظم الحياة في المجتمع . ولذلك كان ملائماً وكافياً لتلبية حاجات المجتمعات البدائية .

ثم ظهر الدين ، فأصبح مصدراً رسمياً لكثير من القواعد القانونية . وكان دوره في المجتمعات القديمة أكبر منه في المجتمعات الحديثة . فكلما تقدم الزمن تضاعف دور الدين كمصدر رسمي ، وأصبح مصدراً مادياً لفريق من القواعد التشريعية يستمد الشارع أحكامها منه .

ولما سارت المجتمعات في طريق التقدم وازداد النشاط فيها وتشعبت الروابط بين أفرادها أصبح العرف قاصراً عن الوفاء بحاجتها إلى القواعد التي تنظم الحياة فيها . فهو مصدر بطيء لا يستجيب لمطالب المجتمعات الحديثة على كثرتها وتجديدها وما يقتضيه تنظيمها من سرعة وإحكام . ولذلك ظهر التشريع كوسيلة لا بد منها لتلبية هذه المطالب . حيث تقوم بوضع قواعده سلطة مختصة ، وتتولى الدولة فرض هذه القواعد بما لديها من قوة وسلطان . فهو أداة تمتاز بالسهولة والسرعة في الوفاء بحاجات المجتمع وتطوره بقواعد يتوفر لها من الوضوح والأحكام ما يساعد على استقرار المعاملات . ولذلك هبعت أن كان العرف أم المصادر الرسمية للقانون في المجتمعات القديمة ، أصبح

التشريع أم هذه المصادر في أغلب القوانين الحديثة ، وبقي العرف مصدراً احتياطياً .

وقيل إن القاضي في بلد من البلاد ، حينما تعوزه قاعدة في التشريع أو العرف ، يطبق مبادئ القانون الطبيعي باعتباره مصدراً للقانون في هذه الحالة ، وسنرى فيما بعد حقيقة المراد من ذلك .

وكان الفقه والقضاء مصدرين رسميين للقانون في بعض الشرائع القديمة . ويعتبر الفقه في القوانين الحديثة مجرد مصدر تفسيري يرجع إليه للاستئناس فحسب . كما يعتبر القضاء مصدراً تفسيرياً في أغلب القوانين الحديثة . أي فيما عدا القانون الإنجليزي وما ينهج نهجه من قوانين الدول الانجلوسكسونية ، إذ ما زالت السوابق القضائية في هذه القوانين مصدراً رسمياً .

وسنعرض فيما يلي للمصادر الرسمية في القانون اللبناني والقانون المصري ، ثم للمصادر التفسيرية فيها .

الفصل الأول

المصادر الرسمية للقانون اللبناني والقانون المصري

٥٨ - بيان المصادر الرسمية وترتيبها بحسب الأولوية في التطبيق :

نصت المادة الأولى من التقنين المدني المصري في هذا الصدد على ما يأتي :

« ١ - تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها . ٢ - فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة » .

ويعني ورود هذا النص في صدر الباب التمهيدي للتقنين المدني المصري

أن يكون المقصود به بيان مصادر القانون في فروع القانون الخاص بأسره ،
إذ أن الأحكام التمهيدية في ذلك الباب أحكام عامة يتناول تطبيقها فروع
هذا انقانون المختلفة (١) . حيث يعتبر القانون المدني بمثابة الأصل بالنسبة إلى
فروع القانون الخاص .

غير أن هذا البيان لا ينطبق على مسائل الأحوال الشخصية . فقد رأينا
أن التقنين المدني المصري يقتصر على تنظيم المعاملات المالية ، ويترك تنظيم
الأحوال الشخصية لحكم القواعد الدينية والقوانين الصادرة في شأنها .

ومن ثم تكون المصادر الرسمية للقانون المصري في مسائل المعاملات
المالية ، وفقاً لهذا النص ، هي التشريع ، ثم العرف ، ثم مبادئ الشريعة
الإسلامية . فإذا لم يجد القاضي قاعدة يطبقها على النزاع في هذه المصادر
الثلاثة وجب عليه أن يحكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .
وسرى أن إحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا تعني
التجاءه إلى مصدر رسمي يستقى منه قاعدة بالمعنى الصحيح ، وإنما تعني
اجتهاده لكي يصل إلى حل للنزاع المعروض عليه .

ويجب على القاضي في التجائه إلى هذه المصادر أن يراعى ما بينها من
أولوية بحسب الترتيب المذكور في النص . فهو يلجأ أولاً إلى التشريع
باعتباره المصدر الرسمي الأصلي ، ولا يعدل عنه إلى غيره من المصادر إلا إذا
لم يجد فيه قاعدة يطبقها على النزاع المعروض أو إذا أحال هو على مصدر
منها . ولهذا تعتبر جميع المصادر الأخرى بالنسبة إلى التشريع مصادر
احتياطية . فإذا لم يجد قاعدة في التشريع لجأ إلى العرف ، فإذا لم يجد قاعدة
في العرف لجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يجد قاعدة في هذه المبادئ
حكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

ولم يرد في القانون اللبناني نص يعدد المصادر الرسمية في مسائل المعاملات

(١) انظر في هذا المعنى : المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني في مجموعة الأعمال التحضيرية ،

المالية على النحو الذي سلكه القانون المصري ، ولكن لا شك في أن التشريع يأتي في المقام الأول باعتباره المصدر الرسمي الأصلي في القانون اللبناني ، ثم يليه العرف . فإذا لم يجد القاضي قاعدة في التشريع ولا في العرف حكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . إذ أن الالتجاء إلى الشريعة الإسلامية بعد العرف في مسائل المعاملات المالية يقتصر على القانون المصري دون القانون اللبناني ما دام لم يرد في القانون اللبناني نص في هذا الخصوص . ويجب على القاضي اللبناني في التجاؤه إلى هذه المصادر أن يراعى هذا الترتيب وفقاً لما بينا فيما يتعلق بالقانون المصري .

أما في مسائل الأحوال الشخصية فالمصادر الرسمية ، سواء في القانون اللبناني أو القانون المصري ، اثنان ، هما التشريع والدين . ويلاحظ هنا أن القواعد الدينية تظفر بالنصيب الأكبر من مسائل الأحوال الشخصية ، كما أن الفريق من هذه المسائل الذي صدرت في شأنه قوانين خاصة قد استمدت أحكامه من الشرائع الدينية ولا سيما الشريعة الإسلامية . وقد حدا هذا الاعتبار بفريق من الفقهاء إلى أن يعتبر الدين مصدراً رسمياً أصلياً في هذه المسائل . ولكننا مع تسليمنا بهذا الاعتبار لاحظنا أنه حيث توجد قواعد تشريعية تكون لها الأولوية في التطبيق ، فلا يجوز العدول عنها إلى قواعد دينية قد تخالفها ، وهذا أمر يسلم به الجميع . ولهذا آثرنا أن نجعل التشريع هو المصدر الرسمي الأول في مسائل الأحوال الشخصية إن وجد ، فإذا لم توجد قاعدة تشريعية التجأ القاضي إلى الدين .

وستتناول فيما يلي كل مصدر من هذه المصادر ، فنبدأ بالمصدر الأصلي وهو التشريع . ثم نتكلم في المصادر الاحتياطية ، وهي الدين ، والعرف ، ومبادئ الشريعة الإسلامية ، ثم نتبين حقيقة المقصود من إحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . وهذا مع ملاحظه ما قلناه من أن الدين لا يأتي بعد التشريع إلا في مسائل الأحوال الشخصية ، وأن المصادر في هذه المسائل تقتصر على التشريع والدين .

الفرع الأول المصدر الأصلي

التشريع

٥٩ - التشريع مصدر أصلي عام . تقسيم :

اتضح لنا بما تقدم أن التشريع أصبح أهم مصدر للقاعدة القانونية في أغلب القوانين الحديثة . وبذلك أصبحت له الصدارة في هذا الشأن في القانونين اللبناني والمصري ، فهو المصدر الأصلي العام للقاعدة القانونية . ويراد بكونه مصدراً أصلياً ما قلناه من أن القاضي يتعين عليه أن يلجأ إليه أولاً للوصول إلى القاعدة التي تطبق على النزاع ، فلا يعدل عنه إلى غيره من المصادر إلا إذا لم يجد فيه قاعدة أو إذا أحال هو على مصدر آخر . ويراد بكونه مصدراً عاماً أن اختصاصه لا يقتصر على مسائل معينة ، بحيث يجب الرجوع إليه أولاً في جميع المسائل إلا ما يستثنى من ذلك بالإحالة في شأنه إلى مصدر رسمي آخر . فهو من هذه الناحية يعتبر المرجع الأول سواء في مسائل المعاملات المالية أو مسائل الأحوال الشخصية التي صدرت في شأنها تشريعات خاصة . وما عداه من المصادر الرسمية لا يصدق عليه هذا الوصف أو ذلك . فالدين لا يعتبر مصدراً أصلياً في مسائل الأحوال الشخصية ، بل هو مصدر احتياطي ما دام أن فريقاً من هذه المسائل قد صدرت في شأنه تشريعات خاصة ، كما أنه لا يعتبر مصدراً عاماً لأن اختصاصه يقتصر على هذه المسائل . والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية يعتبران مصدرين احتياطيين في مسائل المعاملات المالية فحسب . ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا يستلهمها القاضي إلا في مسائل المعاملات المالية عندما لا يجد قاعدة في المصادر الأخرى .

ويقتضى الكلام في التشريع أن نعرض أولاً لتعريفه وبيان مزاياه وعيوبه لكي ننف على ماله من أهمية . ثم نتناول الكيفية التي يسن بها التشريع ، حيث نعرف السلطة التي تملك وضعه ، ونتبين أنواعه ، وما بين هذه الأنواع من تدرج في القوة . ثم ندرس الإجراءات التي يتم بها نفاذ التشريع . ثم نبعث فيما قد يكون للقضاء من رقابة على صحة التشريع . وأخيراً نعرض لصورة هامة من التشريع ، هي التقنين .

المبحث الأول

التعريف بالتشريع ومزاياه وعيوبه

٦٠ - تعريف :

التشريع ، كمصدر رسمي للقانون ، هو وضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة بواسطة السلطة المختصة بذلك . ويطلق اصطلاح التشريع كذلك على القواعد القانونية ذاتها التي تضعها هذه السلطة . فالاصطلاح ذاته يستعمل أحياناً بمعنى المصدر ، ويستعمل أحياناً أخرى بمعنى القواعد التي تستمد من هذا المصدر .

ويتضح من هذا التعريف أن ثمة خصائص معينة يجب توافرها فيما يعتبر تشريعاً بالمعنى الصحيح :

١ - حيث يتضمن التشريع وضع قاعدة تتوفر فيها خصائص القاعدة القانونية . فلا تعتبر قاعدة تشريعية إلا تلك التي تكون قاعدة سلوك مجردة وعامة . ذلك أن السلطة التشريعية لا يقتصر عملها على وضع التشريع بهذا المعنى ، فقد تصدر قرارات لا تعتبر تشريعات بالمعنى الصحيح .

وعلى هذا الأساس يميز فريق من الفقهاء بين نوعين من التشريعات تصدرها السلطة التشريعية : يشمل أولها تشريعات من حيث الشكل والموضوع معاً ، وهي التشريعات بالمعنى الصحيح ، إذ تتضمن قواعد مجردة وعامة . ويشمل

الثاني تشريعات من حيث الشكل فحسب ، وهي عبارة عن قرارات تصدر في خصوص شخص معين بذاته أو واقعة معينة بذاتها ، فلا تعتبر تشريعات بالمعنى الصحيح ، إذ لا تتضمن قواعد مجردة وعامة . مثل ذلك أن يصدر قرار من مجلس النواب أو مجلس الشعب يربط معاش استثنائي لشخص معين تقديراً له ، أو بالموافقة على قرض تعقده الحكومة ، أو باعتماد الحساب الختامي لميزانية الدولة ، حيث لا تعتبر هذه القرارات تشريعات من حيث الموضوع رغم صدورها من السلطة التشريعية .

٢ - ويصدر التشريع في نصوص مكتوبة ، ولذلك يقال له القانون المكتوب ، فيعتبر مصدراً للفظ والمعنى معاً ، ويتوفر له بذلك من التحديد والوضوح ما يحقق الاستقرار والأمن في المعاملات . وبذلك يتميز عن العرف الذي يقال له القانون غير المكتوب ، فيكون مصدراً للمعنى دون اللفظ ، الأمر الذي قد يحيطه بشيء من الغموض والابهام .

٣ - ويصدر التشريع من سلطة مختصة بوضعه . وسنرى فيما يلي أن هناك أنواعاً مختلفة من التشريعات ، وأن السلطة التي تملك التشريع تختلف باختلاف نوع القواعد التشريعية .

٦١ - أهمية التشريع ومزاياه :

إذا نظرنا في الجملة إلى تطور المصادر الرسمية للقانون من حيث انتشارها وأهميتها أمكننا أن نقول إن العصور القديمة هي عصور العرف والدين ، وإن العصر الحديث هو عصر التشريع . فقد أضحت التشريعات أم مصدر في القوانين الحديثة . حيث ساعدت على ذلك عوامل مختلفة ، فضلاً عن المزايا العديدة التي تجعل للتشريع الأفضلية على جميع المصادر الأخرى .

فمن العوامل التي أدت إلى ازدياد أهمية التشريع أن الدولة في العصر الحديث توطد سلطانها وأصبح لها من قوة القهر ما يجعلها قادرة على فرض احترام القواعد التشريعية التي تضعها . كما أن انتشار الديمقراطية أدى إلى

الأخذ ببدا الفصل بين السلطات ، مما جعل السلطة التشريعية تنشط في القيام بوظيفتها . وبالإضافة إلى ذلك فإن اعتناق المذهب الاشتراكي في كثير من الدول جعل الدولة تتدخل في كثير من الشؤون التي كانت متروكة من قبل لنشاط الأفراد وحريرتهم ، كي توجه أدوات الإنتاج لصالح الشعب وتحمي الطرف الضعيف في العقد وتحول دون التحكم والاستغلال ، وهذه كلها أغراض لا يمكن أن تتحقق إلا من طريق التنظيم التشريعي .

أما المزايا التي تبرر أن يتبوا التشريع هذه المكانة فكثيرة ، نذكر منها ما يأتي :

(١) سهولة سن التشريع وتعديله : فالتشريع تضعه سلطة مختصة ، وبذلك يمكن أن يتم وضع القواعد القانونية بسرعة وسهولة ، بحيث يستطيع الشارع أن يبادر إلى مواجهة الأوضاع الجديدة في المجتمع بتنظيمات مستحدثة ، كما يكون في وسعه أن يسارع إلى تعديل القواعد القائمة أو إلغائها إذا بدا له أنها أصبحت تتعارض مع هذه الأوضاع . وتلك ميزة تتيح للقانون أن يؤدي وظيفته على نحو يستجيب فيه لحاجات المجتمع بالسرعة التي تتفق مع تطور ضروب النشاط فيه وازدياده .

(٢) وضع التشريع في نصوص مكتوبة : فالتشريع تضعه سلطة مختصة في نصوص مكتوبة ، فيكون بذلك مصدراً للقاعدة القانونية في لفظها ومعناها . وبفضل هذا تأتي القاعدة في صياغة محكمة ، يظهر فيها دور الإرادة الواعية المدبرة ، ويتوفر لها من التحديد والضبط ما يكفل الاستقرار والثقة في المعاملات . حيث يراعى في الحكم الذي تقرره التوفيق بين المصالح المختلفة . كما يسهل على الأشخاص التأكد من وجودها والتعرف منها على حقوقهم وواجباتهم .

(٣) التشريع أداة لتوحيد النظام في الدولة : فوضع التشريع بواسطة سلطة مختصة وقدرة الدولة على كفالة طاعته يمكنان من إصدار تشريعات تنفذ في كل إقليم الدولة . وبذلك يؤدي التشريع إلى توحيد النظام في الدولة ،

فيكون عاملاً على تحقيق الوحدة القومية وزيادة التضامن بين أجزاء الأمة الواحدة .

(٤) التشريع أداة لتطوير المجتمع : فبفضل التشريع لا تقتصر وظيفة القانون على تنظيم الحياة الاجتماعية بالصورة التي يتجه إليها نشاط الأفراد في المجتمع . فهناك ألوان من النظم ومبادئ، ينادي بها المصلحون أو يقتبسونها من خارج بيتهم ، ويرون فيها صلاحاً لبلادهم ونهوضاً بها، ومثل هذه النظم والمبادئ لا يمكن الأخذ بها إلا من طريق التشريع . وبذلك يصبح القانون أداة لتطوير المجتمع وتوجيهه الوجهة التي تكفل له النهوض والتقدم . وآية ذلك ما نراه اليوم من تدخل الشارع على نطاق واسع في ظل النظام الاشتراكي الذي أخذ ينتشر في الوقت الحاضر ، كي يزيل الفوارق بين طبقات الشعب ، ويحول دون الاستغلال والتحكم ، ويحقق تكافؤ الفرص أمام الجميع ، وهذه كلها أغراض لا يمكن الوصول إليها إلا من طريق التشريع .

٦٢ - عيوب التشريع :

يعاب على التشريع أن السلطة التي تختص بوضعه قد لا توفق في تبين ظروف المجتمع وتقدير حاجاته ، فتأتي القواعد التي تسنها غير ملائمة لتلك الظروف وقاصرة على الوفاء بهذه الحاجات . بل إنه إذا جاءت القواعد التشريعية حين وضعها ملائمة لظروف المجتمع فإن صلبها في نصوص مكتوبة تحدد مدلولها وترسم حدودها يضي عليها من الجمود ما يقف بها عن مسايرة التطور والوفاء بما يجد من حاجات ، فإذا ما تغيرت هذه الظروف أصبحت تلك القواعد غير ملائمة لها ، وقد يقعد الشارع عن تعديلها على النحو الذي يستجيب لمقتضيات التطور .

غير أن الواقع يدل على عدم سلامة هذه الملاحظة . فالغالب أن تكون السلطة التشريعية مكونة من ممثلين للشعب، وهذا من شأنه أن يقلل من خطر وضع قواعد لا تتفق مع ظروف المجتمع وحاجاته . وإذا حصل أن جاء

التشريع عند وضعه غير ملائم لظروف المجتمع ، أو أصبح كذلك نتيجة للتطور ، فإن السلطة التشريعية تبادر إلى تعديله كي يصبح متفقاً مع ظروف المجتمع ومسيراً للتطور فيه .

والحقيقة أن العيوب التي تؤخذ على التشريع لا تعتبر شيئاً مذكوراً إلى جانب مزاياه العديدة . بل إن التشريع أصبح الأداة الضرورية التي لا غنى عنها ولا بديل لها في تنظيم المجتمع الحديث ، حيث تشعبت مظاهر النشاط وازدادت المعاملات واتجهت إرادة التغيير إلى الأخذ بمبادئه ونظم تقود المجتمع نحو النهوض والتقدم .

وفي ضوء هذه الحقيقة كان طبيعياً أن يحتل التشريع مكان الصدارة بين المصادر الرسمية للقانون ، وأن تظن أهمية إلى حد كبير على ما عداه من مصادر .

المبحث الثاني

سن التشريع

٦٣ - السلطة التي تملك التشريع :

يبين دستور كل دولة الهيئة التي تختص بسن التشريع ، وهي التي يقال لها السلطة التشريعية . وقد تكون هذه السلطة فرداً واحداً ، كأن تكون ملكاً أو حاكماً مطلقاً . وهي في أغلب الدول الحديثة مجلس أو مجالس نيابيان ، حيث ينتخبها الشعب فينوبان عنه في سن التشريع . وقد يشارك رئيس الدولة المجلس النيابي بما يكون له من حق التصديق أو الاعتراض ، أو بقيامه بسن التشريع في ظروف معينة تقتضي أن يضطلع بهذا العمل . كما أن السلطة التنفيذية قد تختص بوضع التشريع في مسائل معينة تؤهلها وظيفتها إلى الإحاطة بها .

وتستعمل عبارة « السلطة التشريعية » للدلالة على وظيفة الدولة في سن

القوانين ، كما تستعمل للدلالة على الهيئة التي تبأشر هذه الوظيفة .

وتختلف السلطة التي تملك التشريع بحسب أهمية هذا التشريع . فقد يتناول التشريع النظام الأساسي للدولة ، أو يتعلق بأمر خطيرة تتصل بمصالح البلاد العليا ، فلا يكتفي فيه بالسلطة التشريعية العادية ، بل يعهد به إلى هيئة مشكلة على نحو خاص ، أو يرجع فيه إلى الشعب . وقد يكون التشريع عادياً فتتولى وضعه السلطة التشريعية العادية . وقد يتعلق التشريع بمسائل تفصيلية ذات أهمية ثانوية تتصل بالتطبيق العملي فيترك أمره إلى السلطة التنفيذية نظراً إلى اتصالها المستمر بالجمهور .

٦٤ - أنواع التشريعات وتدرجها في القوة :

يتضح مما ذكرناه الآن أن التشريعات تتعدد أنواعها وتتفاوت قوتها تبعاً لأهمية المسائل التي تتناولها .

فهنالك أنواع ثلاثة من التشريعات تدرج في القوة . فأعلاها التشريع الأساسي ، وهو الدستور . ثم يليه في القوة التشريع العادي ، ويسميه بعض الفقهاء بالتشريع الرئيسي ، وهو يشمل القوانين العادية . ثم يلي هذا في القوة التشريع الفرعي ، وهو يشمل القرارات الإدارية التنظيمية أو اللوائح التي تصدرها الهيئات التنفيذية المختلفة .

ومقتضى هذا التدرج في القوة أن التشريع الأدنى يجب ألا يخالف التشريع الأعلى منه . فلا ينبغي أن يأتي التشريع العادي مخالفاً للتشريع الأساسي ، ولا أن يأتي التشريع الفرعي مخالفاً لأي من هذين التشريعين . فإذا تعارض تشريعان من درجتين مختلفتين وجب تغليب التشريع الأعلى ، وهو ما يتحقق عن طريق الرقابة القضائية على صحة التشريعات كما سنرى فيما بعد .

وسنعرض فيما يلي لكل نوع من هذه التشريعات ، حيث تبين السلطة المختصة بسننه والكيفية التي يتم بها ذلك .

٦٥ - أولاً : التشريع الأساسي : الدستور :

التشريع الأساسي أو الدستور هو كما قلنا أعلى التشريعات في القوة . إذ أنه يحدد نظام الحكم في الدولة ، ويبين السلطات العامة فيها واختصاص كل منها وعلاقتها بعضها ببعض الآخر ، ويقرر مسا للأفراد من حريات عامة وحقوق قبل الدولة . فهو بهذه المثابة يضع الأساس الذي يقوم عليه نظام الدولة . ولذلك يختلف عن التشريع العادي سواء من حيث وضعه أو تعديله . (١) ففما يتعلق بوضع الدستور يتوقف الأمر على الظروف السياسية القائمة . فقد يصدر الدستور منحة من صاحب السلطان في الدولة ، وإن كان ذلك لا يحصل عملاً إلا تحت ضغط الشعب الذي يعتبر صاحب السيادة الأصيل . وقد يصدر في صورة عقد بين الشعب وصاحب السلطان . وقد تسنه جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب . وقد يسنه الشعب نفسه بطريق الاستفتاء .

وهاتان الطريقتان الأخيرتان هما اللتان تتفقان مع المبدأ الديمقراطي على اعتبار أن الشعب هو مصدر السلطات . وقد أخذ الشارع المصري بالطريقة الأخيرة في وضع الدستور الحالي الصادر في سنة ١٩٧١ ، حيث وافق عليه الشعب بطريق الاستفتاء .

ونضيف بهذه المناسبة أن الدستور ليس هو التشريع الوحيد الذي يسنه الشعب بطريق الاستفتاء . فقد يستفتى الشعب فضلاً عن ذلك في تشريع يتناول أمراً هاماً يتصل بمصالح البلاد العليا . إذ نصت المادة ١٥٢ من الدستور المصري على أن « لرئيس الجمهورية أن يستفتي الشعب في المسائل الهامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا » .

(٢) وفيما يتعلق بتعديل الدستور ، تنقسم الدساتير بحسب الطريقة المرسومة لتعديلها إلى دساتير مرنة ودساتير جامدة . فالدستور المرن هو الذي يكفي لتعديل أحكامه أو إلغائها أن يصدر تشريع عادي بالإجراءات التي تصدر بها القوانين العادية . والدستور الجامد هو الذي لا يمكن تعديل أحكامه

أو إلناؤها إلا بشروط خاصة وإجراءات معينة تختلف عما يتبع في القوانين العادية. وجود الدستور على هذا النحو من شأنه أن يحول دون كثرة التعديل في أحكامه، فيتوفر له بذلك ما يجدر بالتشريع الأساسي من استقرار وثبات والدستور اللبناني، وكذلك الدستور المصري، من الدساتير الجامدة، إذ يتطلبان إجراءات طويلة وشروطاً خاصة للتعديل، وهي كما يأتي:

١ - طلب التعديل: فلكل من رئيس الجمهورية، والمجلس النيابي، طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور. وإذا كان الطلب صادراً من مجلس النواب اللبناني وجب أن يكون مقدماً من عشرة على الأقل من أعضاء المجلس. وإذا كان الطلب صادراً من مجلس الشعب المصري وجب أن يكون موقماً من ثلث أعضاء المجلس على الأقل (م ٧٦ و ٧٧ من الدستور اللبناني وم ١٨٩ من الدستور المصري).

٢ - موافقة المجلس النيابي على مبدأ التعديل: فإذا قدم الطلب على الوجه المذكور وجب عرضه على المجلس لكي يناقش مبدأ التعديل. ويصدر مجلس النواب اللبناني قراره بالموافقة بأغلبية ثلثي أعضائه (م ٧٧ من الدستور اللبناني). ويصدر مجلس الشعب المصري قراره بأغلبية أعضائه، فإذا رفض الطلب لا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض (م ١٨٩ من الدستور المصري).

٣ - موافقة المجلس النيابي على التعديل: وإذا وافق المجلس على مبدأ التعديل بالأغلبية المذكورة، فإنه يصدر قراره بعد ذلك بالموافقة على التعديل بأغلبية ثلثي أعضائه (م ٧٩ من الدستور اللبناني وم ١٨٩ من الدستور المصري). وينص الدستور اللبناني على أنه يحق لرئيس الجمهورية في خلال المدة المعينة لنشر القوانين العادية أن يطلب إلى المجلس إعادة المناقشة في المشروع مرة أخرى، فإذا وافق المجلس على المشروع بالأغلبية ذاتها وجب على رئيس الجمهورية نشره (م ٧٩). وينص الدستور المصري على أنه إذا وافق على التعديل ثلثاً أعضاء المجلس عرض على الشعب لاستفتاءه في شأنه. فإذا وافق على التعديل اعتبر نافذاً من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء (م ١٨٩).

٦٦ - ثانياً : التشريع العادي : القانون :

التشريع العادي هو التشريع الذي تسنه السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور . ويطلق على هذا النوع من التشريع اسم « القانون la loi » بمعناه الخاص الذي يراد به قاعدة أو مجموعة من القواعد تضعها السلطة التشريعية . فهو يختلف في دلالة عن اصطلاح القانون le Droit بالمعنى العام باعتباره مجموعة القواعد الملزمة التي تحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع . وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك (١) .

والأصل أن التشريع العادي تقوم به السلطة التشريعية ، وإن كانت الدساتير تنص عادة على اشتراك رئيس الدولة مع السلطة التشريعية في هذه الوظيفة بما تعطيه من حق اقتراح القوانين أو حق التصديق أو الاعتراض على ما تسنه هذه السلطة منها . وهذا هو النهج الذي سلكه الدستور اللبناني والدستور المصري .

ويمر سن التشريع العادي بالمراحل الآتية :

(١) اقتراح التشريع : اقتراح القانون هو عرض مشروع على المجلس النيابي لإبداء الرأي فيه . وهو حق لرئيس الجمهورية ، ولأي عضو من أعضاء المجلس (م ١٨ من الدستور اللبناني وم ١٠٩ من الدستور المصري) .

ولا يفرق الدستور اللبناني ، من حيث اجراءات العرض على المجلس ، بين مشروع القانون المقترح من رئيس الجمهورية والمشروع المقترح من أحد أعضاء المجلس ، فكل منهما يحال مباشرة إلى اللجنة المختصة لفحصه وتقديم تقرير عنه إلى المجلس . بينما يفرق الدستور المصري بين هذين المشروعين ، حيث يحال مشروع القانون المقدم من رئيس الجمهورية إلى اللجنة المختصة لفحصه وتقديم تقرير عنه ، أما مشروع القانون الذي يقترحه عضو أو

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٦ .

أكثر من أعضاء المجلس فيحال إلى لجنة لفحصه وإبداء الرأي في صلاحيته لجواز نظر المجلس فيه ، فإذا رأى المجلس نظره أحاله إلى إحدى لجانه لفحصه وتقديم تقرير عنه (م ١١٠) .

(٢) موافقة المجلس النيابي : بعد فحص مشروع القانون وتقديم تقرير عنه يطرح على المجلس النيابي لمناقشته والتصويت عليه . ولا يجوز للمجلس أن يتخذ قراراً إلا إذا حضر الجلسة أغلبية أعضائه . وفي غير الحالات التي تشترط فيها أغلبية خاصة تصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للحاضرين . وعند تساوي الآراء يعتبر الموضوع الذي جرت المداولة في شأنه مرفوضاً (م ٣٤ من الدستور اللبناني وم ١٠٧ من الدستور المصري) .

(٣) عدم اعتراض رئيس الجمهورية أو موافقة المجلس النيابي رغم الاعتراض : لرئيس الجمهورية حق الاعتراض على مشروعات القوانين التي يقرها المجلس النيابي . فإذا اعترض الرئيس على مشروع قانون رده إلى المجلس في مدى ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المجلس إياه . فإذا لم يرد مشروع القانون في هذا الميعاد ، اعتبر قانوناً وأصدر . وإذا رد مشروع القانون في الميعاد المتقدم إلى المجلس ، وأقره ثانية بموافقة أغلبية أعضائه وفقاً للدستور اللبناني ، أو بموافقة تلتها أعضائه وفقاً للدستور المصري ، اعتبر قانوناً وأصدر (م ٥٦ و ٥٧ من الدستور اللبناني وم ١١٣ من الدستور المصري) .

ويتضح من هذا أن اعتراض رئيس الجمهورية على مشروع قانون أقره المجلس النيابي هو مجرد اعتراض توقيفي Veto suspensif . بمعنى أنه إجراء من جانب رئيس الجمهورية يوجب على المجلس أن يعيد النظر في هذا المشروع ، بحيث لا يجوز له أن يقره ثانية إلا بموافقة أغلبية خاصة . فإذا توفرت هذه الأغلبية صار المشروع قانوناً وأصدر ، وإذا لم تتوفر سقط المشروع ، وبذلك تكون الكلمة الأخيرة للمجلس النيابي .

وإذا كان الأصل أن السلطة التشريعية هي التي تتولى سن التشريع المادي ، فإن هناك حالات تستثنى من ذلك ، حيث تعمل فيها

السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في القيام بهذه المهمة مراعاة لظروف خاصة ، وهي حالة التفويض وحالة الضرورة في كل من الدستور اللبناني والدستور المصري ، وحالة الاستعجال في الدستور اللبناني .

٦٧ - تفويض رئيس الجمهورية في التشريع :

قد تعرض ظروف استثنائية تدعو إلى أن يفوض المجلس النيابي رئيس الجمهورية في سن القوانين في شأن مسائل معينة ، كما هي الحال بالنسبة إلى القوانين الخاصة بفرض رسوم أو ضرائب ، حيث تُلغى المصلحة بكتان مضمونها قبل إعلانها لمنع التهرب منها .

وقد نصت المادة ١٠٨ من الدستور المصري في هذا الصدد على أن لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية وبناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون . ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها ، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض ، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون .

ويتضح من هذا أن التفويض يجوز إذا توافرت فيه شروط ثلاثة : ١- فيجب أن يكون هذا التفويض عند الضرورة وفي أحوال استثنائية تبرره . ٢- ويجب أن تبين في هذا التفويض الموضوعات التي يجوز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات لها قوة القانون ، كما تحدد فيه الأسس التي تراعى في تنظيم هذه الموضوعات . ٣- ويجب أن يكون هذا التفويض موقوتاً بمدة محدودة . ٤- ويجب أن تعرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض ، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون .

وعلى الرغم من أن الدستور اللبناني لم يرد فيه نص يحيز هذا التفويض ، فقد جرى العرف الدستوري على قيام مجلس النواب بتفويض الحكومة في

إصدار « مراسم اشتراعية » ، في مسائل معينة ولمدة محددة .

٦٨ - تشريع الضرورة :

يجوز لرئيس الجمهورية أن يسن قوانين في غيبة المجلس النيابي إذا نشأت حينذاك حالة ضرورة تدعو إلى الإسراع في اتخاذ تدابير عن طريق التشريع لا تحتمل التأخير . فقيام حالة الضرورة في وقت تكون السلطة التشريعية فيه في عطلا أو غير قائمة هو الذي يبرر الخروج على الأصل الذي يجعل الاختصاص بسن القوانين لهذه السلطة .

وقد نصت المادة ١٤٧ من الدستور المصري في هذا المعنى على ما يأتي :

« إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون .. ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدرها إذا كان المجلس قائماً ، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته . فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك . وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون ، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر » .

ومن ثم يشترط لكي يباشر رئيس الجمهورية هذا الحق ما يأتي :

١ - فيجب أن توجد ضرورة تدعو إلى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير .

وتقدير هذه الضرورة يستقل به رئيس الجمهورية .

٢ - ويجب أن تطرأ هذه الضرورة في غيبة مجلس الشعب .

٣ - ويجب أن تعرض القرارات التي أصدرها رئيس الجمهورية على مجلس

الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدرها إذا كان المجلس قائماً ،

وتعرض في أول اجتماع له في حالة حله أو وقف جلساته . فإذا لم تعرض زال

بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك .

وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون ، إلا

إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر .

٤ - ويجب ألا تكون هذه القرارات مخالفة للدستور . وهذا شرط تملبه القواعد العامة ، وإن لم يرد ذكره في النص المذكور . إذ أن القانون الذي تسنه السلطة التشريعية ، وهي السلطة الأصلية في هذا الشأن ، لا يجوز أن يأتي مخالفاً للدستور . وعليه فمن باب الأولى لا يجوز أن يخالف الدستور قرار له قوة القانون يصدر من رئيس الجمهورية في حالة يحل فيها محل هذه السلطة استثناء .

ولم يرد في الدستور اللبناني نص في هذا الخصوص . غير أن الفقه يرى أنه يجوز للسلطة التنفيذية في لبنان أن تصدر ما تدعو إليه الضرورة من تشريعات لاتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، بشرط مراعاة القيود الواجبة في هذا الشأن على نحو ما ذكرنا في الدستور المصري .

٢٩ - التشريع في حالة الاستعجال :

نصت المادة ٥٨ من الدستور اللبناني على أن كل مشروع تقرر الحكومة كونه مستعجلاً بموافقة مجلس الوزراء مشيرة إلى ذلك بمرسوم الإحالة يمكن لرئيس الجمهورية بعد مضي أربعين يوماً من طرحه على المجلس دون أن يبت به أن يصدر مرسوماً قاضياً بتنفيذه بعد موافقة مجلس الوزراء .

فهذا النص يعطي للحكومة الحق في أن تسن قانوناً لم ينته مجلس النواب من نظره وإقراره بعد إذا قدرت أن له صفة الاستعجال . وقد استعمل رئيس الجمهورية اللبنانية هذه الرخصة في حالات عديدة ، منها المرسوم رقم ١٣٩٥٥ الصادر في ٢٦ - ٩ - ١٩٦٣ والذي قضى بوضع مشروع قانون الضمان الاجتماعي موضع التنفيذ ، والمرسوم رقم ١٧٣٨٦ الصادر في ٢ - ٩ - ١٩٦٨ والذي قضى بوضع مشروع قانون عقود العمل الجماعية والوساطة والتحكيم موضع التنفيذ .

ولا شك في أن هذا الحكم يخول السلطة التنفيذية سلطة خطيرة تخالف المألوف في المجال الدستوري ، نظراً إلى ما ينطوي عليه من انتزاع سلطة التشريع من الهيئة الأصلية . ولذلك انتقده الفقه ، ولم يرد مثيل له في الدستور المصري .

٧٠ - ثالثاً : التشريع الفرعي : اللائحة :

التشريع الفرعي هو عبارة عن القرارات الإدارية التنظيمية التي تصدرها السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص المخول لها في الدستور . فهي تسن هذا التشريع بما لها من اختصاص أصيل ، وليس على أساس أنها تحمل في ذلك محل السلطة التشريعية . ويطلق على هذا التشريع في مصر اسم « اللائحة le règlement » تمييزاً له عن التشريع العادي الذي يراد به « القانون » . ويطلق عليه في لبنان مراسيم تنظيمية ، أو مراسيم عامة ، أو أنظمة إدارية . واللوائح على أنواع ثلاثة ، هي اللوائح التنفيذية ، واللوائح التنظيمية ، ولوائح الضبط :

(١) اللوائح التنفيذية : هي ما تسنه السلطة التنفيذية من تشريع لتنفيذ القوانين .

ذلك أن القوانين التي تسنها السلطة التشريعية كثيراً ما يقتصر فيها على وضع القواعد العامة ، وتترك النواحي التفصيلية والجزئيات التي تنظم تنفيذها للسلطة التنفيذية . فهذه السلطة بحكم وظيفتها في تنفيذ القوانين واتصالها المستمر بالجمهور تكون أقدر من السلطة التشريعية على تعرف التفاصيل الخاصة بالتنفيذ وفقاً لضرورات العمل وظروفه ، فضلاً عما في ذلك من ضمان السرعة في التنفيذ وتخليص القوانين من كثير من التفاصيل الجزئية والتخفيف من أعباء السلطة التشريعية .

ولهذا يجب أن تقيد اللوائح التنفيذية بالفرض المقصود منها ، وهو تنفيذ القوانين . فلا يجوز أن تتضمن تعديلاً أو إلغاء لقاعدة من القواعد الواردة في هذه القوانين .

وقد نصت المادة ٥١ من الدستور اللبناني على أن رئيس الجمهورية يؤمن تنفيذ القوانين . كما نصت المادة ١٤٤ من الدستور المصري على أنه « يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها ، وله أن يفوض غيره في إصدارها ، ويجوز

ان يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه .
ومن هذا فالأصل في مصر أن يكون صدور اللوائح التنفيذية من رئيس
الجمهورية ، ويجوز له أن يفوض غيره في إصدارها ، كما يجوز أن يعين
القانون من يصدرها كالوزير المختص .

(٢) اللوائح التنظيمية : هي ما تسنه السلطة التنفيذية من تشريع لتنظيم
المصالح والمرافق العامة . ذلك أن السلطة التنفيذية هي التي تتولى إدارة هذه
المصالح والمرافق ، فهي بحكم وظيفتها هذه تستطيع أن تختار التنظيم الملائم
لسير العمل فيها .

وحق السلطة التنفيذية في إصدار هذه اللوائح مستمد في لبنان من
المادة ٥١ من الدستور اللبناني التي تنص على أن لرئيس الجمهورية السلطة
التنظيمية . وقد نصت عليه صراحة المادة ١٤٦ من الدستور المصري التي
تقول : « يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق
والمصالح العامة » .

وسواء في لبنان أو في مصر فإن حق إصدار هذه اللوائح قاصر على
رئيس الجمهورية ، فلا يجوز له أن يفوض غيره في إصدارها .

(٣) لوائح الضبط : هي التي تضعها السلطة التنفيذية لحفظ الأمن وتوفير
السكينة وصيانة الصحة العامة . فهي من هذا تورد قبوداً تشريعية على
الحريات الفردية يقتضيها الصالح العام . ومن أمثلتها لوائح المرور ، ولوائح
المحال المقلقة للراحة والضارة بالصحة والخطرة ، واللوائح الخاصة بمراقبة
الأغذية والبيع المتجولين ومنع انتشار الأوبئة .

ولم يرد في الدستور اللبناني نص يخول السلطة التنفيذية حق إصدار هذه
اللوائح . ولكن الفقه يسلّم بوجود هذا الحق استناداً إلى العرف ، لا سيما
وأنه يدخل في نطاق الوظيفة الإدارية للسلطة التنفيذية . أما الدستور
المصري فقد نصت المادة ١٤٥ منه على أنه « يصدر رئيس الجمهورية لوائح
الضبط » .

المبحث الثالث

نفاذ التشريع

٧٠ - من التشريع ونفاذه :

إذا تم سن التشريع على النحو السالف الذكر من السلطة المختصة، سواء كان دستورياً أو قانوناً أو لائحة ، فإنه يوجد قانوناً . ولكن هذا الوجود القانوني لا يكفي لكي يصبح التشريع نافذاً ، أي لكي يعمل به ، بل يجب لذلك أن يمر بمرحلة التنفيذ . ويتحقق هذا التنفيذ بتوافر أمرين : الأول هو إصدار التشريع كي يصبح رجال السلطة التنفيذية مكلفين بتنفيذه . والثاني هو نشره كي يعلم الناس به وبموعد نفاذه .

٧١ - إصدار التشريع :

الإصدار *la promulgation* عمل يقصد به تسجيل سن التشريع ووضع موضع التنفيذ بتكليف رجال السلطة التنفيذية بتنفيذه باعتباره تشريعاً من تشريعات الدولة . وهو من اختصاص السلطة التنفيذية ممثلة في شخص رئيسها . وقد نصت المادة ١١٢ من الدستور المصري على أن لرئيس الجمهورية حق إصدار القوانين .

ويعتبر الإصدار عملاً تنفيذياً لا عملاً تشريعياً، إذ هو بداية وضع التشريع موضع التنفيذ . ويبدو هذا التمييز واضحاً إذا كان سن التشريع من اختصاص سلطة غير السلطة التنفيذية ، كما هي الحال بالنسبة إلى الدستور أو القوانين العادية . إذ بعد أن يتم سن التشريع في هذه الحالة ، تتولى السلطة التنفيذية إصداره لكي تسجل وجوده القانوني وتكلف رجالها بالقيام على تنفيذه . أما حين يكون سن التشريع من اختصاص السلطة التنفيذية ، كما هي الحال بالنسبة إلى التشريع الفرعي ، فإنه يختلط بالأصدار ، إذ تقوم بهما سلطة واحدة ، فيتبان في وقت واحد .

ولم يحدد الدستور المصري ميعادا لإصدار القوانين . غير أن المفروض أن يقع الإصدار فور تمام سن التشريع . فهو واجب على رئيس الجمهورية بمجرد الانتهاء من سن التشريع حتى لا يتعطل تنفيذ القوانين .

أما الدستور اللبناني فقد نصت المادة ٥٦ منه على أن « رئيس الجمهورية ينشر القوانين التي تمت عليها الموافقة النهائية في خلال شهر بعد إحالتها الى الحكومة . أما القوانين التي يتخذ المجلس قراراً خاصاً بوجوب استعجال نشرها فيجب عليه أن ينشرها في خلال خمسة أيام » . فهذه المدة المحددة للنشر لا بد أن يتم إصدار القانون خلالها بطبيعة الحال . أي أنه يجب ، وفقاً للدستور اللبناني ، أن يصدر القانون في خلال شهر من إحالته إلى الحكومة ، وذلك فيما عدا الحالات التي يقرر مجلس النواب فيها وجوب استعجال النشر ، حيث يجب حينئذ أن يتم الإصدار في خلال خمسة أيام من هذه الإحالة .



٧٢ - نشر التشريع :

النشر la publication إجراء يقصد به إعلان التشريع للناس وتحديد موعد العمل به . فلا يكفي الإصدار لتام نفاذ التشريع ، بل يجب كذلك أن ينشر . ذلك أن إلزام الناس بالقواعد القانونية يقتضي عقلاً وعدالة علمهم بها حتى يوجهوا سلوكهم على مقتضاها .

وبظراً إلى تعذر إعلان التشريع لجميع الناس ، فقد اكتفى الشارع في هذا الشأن بأن هيا وسيلة معينة للعلم به ، وهي النشر . فهذه الوسيلة هي التي يعتد بها في تمام نفاذ التشريع ، ولو كانت لم تؤد فعلاً إلى الإحاطة به . والوسيلة القانونية المعمول عليها لنشر التشريع هي نشره في الجريدة الرسمية للدولة . فهذا النشر واجب لنفاذ التشريع أياً كان نوعه ، أي سواء كان تشريعاً أساسياً أو عادياً أو فرعياً .

ولا تغني عن هذا النشر أية وسيلة أخرى لإعلان التشريع ، ولو كانت

أجدي من الجريدة الرسمية في سبيل العلم به ، كالنشر في الصحف أو في إعلانات توضع في أماكن عامة أو بطريق الإذاعة . بل إن العلم الفعلي بالتشريع بأية طريقة أخرى لا يجعله نافذاً ما دام لم ينشر في الجريدة الرسمية . وهذه القاعدة التي تجعل من النشر في الجريدة الرسمية الوسيلة القانونية الوحيدة للنشر قاعدة مطلقة في القانون المصري .

أما القانون اللبناني فقد أورد استثناء على هذه القاعدة « في حالة الضرورة الناتجة عن ظروف خاصة » ، حيث أجاز النشر في هذه الحالة بوسيلة من وسائل الإعلان الأخرى (م ٣/١ من المرسوم الاشتراعي رقم ٩ بتاريخ ٢١ - ١١ - ١٩٣٩ ، المضافة بالمرسوم الاشتراعي رقم ١٦ بتاريخ ١٣ - ٤ - ١٩٤٣) .

ويجب أن يتم نشر التشريع في خلال مدة معينة ، حتى لا يتعطل تنفيذ التشريع بتأخير النشر .

وقد نصت المادة ١٨٨ من الدستور المصري على أن « تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها » . والمقصود بالقوانين في هذا النص التشريعات أيًا كان نوعها .

أما الدستور اللبناني فقد جعل مدة النشر تبدأ من يوم إحالة القانون إلى الحكومة . حيث نصت المادة ٥٦ منه على أن « رئيس الجمهورية ينشر القوانين التي تمت عليها الموافقة النهائية في خلال شهر بعد إحالتها إلى الحكومة . أما القوانين التي يتخذ المجلس قراراً خاصاً بوجوب استعجال نشرها فيجب عليه أن ينشرها في خلال خمسة أيام » .

والغالب أن يحدد ميعاد لنفاذ التشريع بعد نشره في الجريدة الرسمية ، وذلك حتى تتاح للناس فرصة كافية للعلم به .

وقد نص القانون اللبناني في هذا الصدد على اعتبار التشريعات نافذة « في اليوم الثامن الذي يلي نشرها في الجريدة الرسمية » ، ما لم يكن هناك نص مخالف « (م ١/١ من المرسوم الاشتراعي رقم ٩ بتاريخ ٢١ - ١١ - ١٩٣٩) .

ومن هذا فإنه يمكن مد هذا الميعاد أو تقصيره بنص خاص في التشريع بحسب ما تدعو إليه الحاجة .

ونص الدستور المصري في المادة ١٨٨ على ان القوانين « يعمل بها بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشرها إلا إذا حددت لذلك ميعاداً آخر » . ومن هذا فإنه يمكن مد هذا الميعاد أو تقصيره بنص خاص في التشريع بحسب ما تدعو إليه الحاجة .

المبحث الرابع

الرقابة القضائية على صحة التشريع

٧٣ - الرقابة على صحة التشريع من حيث الشكل ومن حيث الموضوع :

رأينا أن التشريعات تدرج في القوة . فأعلاها التشريع الأساسي ، وهو الدستور . ثم يليه في القوة التشريع العادي ، وهو يشمل القوانين العادية . ثم يلي هذا في القوة التشريع الفرعي ، وهو يشمل اللوائح . وقلنا إن مقتضى هذا التدرج في القوة أن التشريع الأدنى يجب ألا يخالف التشريع الأعلى منه . والمخالفة قد تكون من حيث الشكل ، وقد تكون من حيث الموضوع . ويقصد بالمخالفة من حيث الشكل أن يسن التشريع بواسطة سلطة غير مختصة أو يسن وفقاً لإجراءات غير صحيحة ، أو يوضع موضع التنفيذ دون أن يتم إصداره أو دون أن ينشر أو قبل فوات الميعاد المحدد لبدء العمل به . ويقصد بالمخالفة من حيث الموضوع أن يأتي التشريع الأدنى متعارضاً في أحكامه كلها أو بعضها مع قواعد التشريع الأعلى .

وسنعرض الآن لمدى رقابة القضاء على صحة التشريع من هاتين الناحيتين . حيث نتكلم في الرقابة على صحة التشريع الفرعي ، أي قانونية اللوائح

ودستوريتها ، ثم في الرقابة على صحة التشريع العادي ، أي دستورية القوانين . أما التشريع الآسامي ، وهو الدستور ، فهو أعلى التشريعات ، ولا يتصور أن تثار مسألة الرقابة بالنسبة إليه .

٧٤ - الرقابة على قانونية اللوائح ودستوريتها :

من المسلم به فقهاً وقضاءً أن للمحاكم سلطة الرقابة على صحة التشريعات الفرعية ، وهي اللوائح على اختلاف أنواعها ، سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع . فلها أن تراقب قانونية اللوائح أو دستوريتها ، وذلك بالثبوت من عدم مخالفتها للقوانين العادية أو للدستور قبل أن تطبقها .

ولهذا فإن المحاكم العادية يجوز لها ، بل ويجب عليها ، أن تمتنع من تلقاء نفسها عن تطبيق اللوائح التي تكون مخالفة للقوانين العادية أو للدستور . فلا يلزم لذلك أن يتمسك صاحب المصلحة من الخصوم بعدم صحة اللائحة ، لأن مثل هذه المخالفة تعني انعدام اللائحة فلا يكون لها وجود قانوني . غير أن سلطة المحاكم العادية تقتصر في هذا الشأن على مجرد الامتناع عن تطبيق مثل هذه اللوائح ، فهي لا تملك إلغائها ، وذلك مراعاة لمبدأ الفصل بين السلطات .

أما القضاء الإداري فإن له ، سواء في لبنان أو في مصر ، أن يحكم بإلغاء اللوائح المخالفة للقانون أو للدستور إذا طلب منه ذلك صاحب المصلحة . فالمادة ٥٢ من المرسوم الاشتراعي رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٩ بتنظيم مجلس الشورى في لبنان ، تخول هذا المجلس حق إلغاء اللوائح المخالفة للقانون أو الدستور بنصها على حقه في النظر في طلبات الإبطال بسبب تجاوز حد السلطة للمراسيم والقرارات ذات الصفة الإدارية ، سواء أكانت تتعلق بالأفراد أو بالأنظمة الصادرة عن السلطة الإدارية . وفي مصر استقر قضاء محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة على أن الطعن بمخالفة اللائحة للقانون أو الدستور أمام هذه المحكمة يكون بأحد طريقتين : الأولى هو الطريق المباشر ،

وهو طلب إلغاء اللائحة بدعوى مستقلة ترفع في الميعاد المحدد لرفع دعاوى الإلغاء وهو ستون يوماً من تاريخ نشر اللائحة في الجريدة الرسمية . والثاني هو الطريق غير المباشر ، وهو طلب عدم الأخذ باللائحة في أي وقت عند الطعن في القرار الإداري الفردي الذي يصدر بناء على هذه اللائحة^(١) .

٧٥ - الرقابة على دستورية القوانين في الشرائع الحديثة :

تجب التفرقة في هذا الشأن بين الرقابة على صحة القوانين من حيث الشكل ، والرقابة على صحتها من حيث الموضوع .

(١) ففيما يتعلق بالرقابة على صحة القوانين من حيث الشكل من المسلم به أن للمحاكم هذه السلطة . وذلك بأن تمتنع عن تطبيق القانون الذي لحقه عيب في الشكل على خلاف ما تقضي به أحكام الدستور . كأن يقر المجلس النيابي قانوناً دون أخذ الرأي عليه بالطريق المرسوم ، أو يقره بغير الأغلبية الخاصة المطلوبة في شأنه ، أو يوضع القانون موضع التنفيذ دون أن يتم إصداره أو دون أن ينشر . إذ يعتبر القانون في مثل هذه الحالات منعماً فلا يكون له وجود قانوني .

(٢) أما فيما يتعلق بالرقابة على صحة القوانين من حيث الموضوع فأمر متنازع فيه في الفقه والقضاء ، كما أنه يختلف باختلاف الشرائع .

ومن الواضح أن هذه المشكلة لا تثور إذا كان الدستور مرناً . إذ أن مثل هذا الدستور يمكن تعديله بتشريع عادي ، فإذا صدر قانون يخالف في حكمه قواعد هذا الدستور كان هذا جائزاً حيث يعتبر تعديلاً للدستور ذاته بالطريقة المقررة .

إنما يثور بحث دستورية القوانين حين يكون الدستور جامداً ، إذ أن مثل هذا الدستور لا يمكن تعديله بتشريع عادي . فإذا صدر قانون يخالف

(١) محكمة القضاء الإداري في ٥ فبراير ١٩٥٢ ، الهامة ٣٣ - ١٠٥٩ - ٤٦٢ .

في أحكامه لقواعد الدستور كان هذا تعديلاً للدستور بغير الطريقة المقررة .
كان يصدر قانون يفرق ، فيما يتعلق بالحقوق والواجبات العامة ، بين
المواطنين على أساس الأصل أو الدين ، مخالفاً بذلك ما تقتضي به المادة ٤٠
من الدستور المصري التي تنص على أن المواطنين لدى القانون سواء ، وهم
متساوون في الحقوق والواجبات العامة ، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب
الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة . أو يصدر قانون يميز تسليم
اللاجئين السياسيين ، مخالفاً بذلك ما تقتضي به المادة ٥٣ من الدستور المصري
التي تنص على أن تسليم اللاجئين السياسيين محظور . وهناك اتجاهان في
هذا الشأن :

فقد ذهب رأي إلى أنه ليس للمحاكم أن تراقب دستورية القوانين من
حيث الموضوع . وذلك بحجة احترام مبدأ الفصل بين السلطات . إذ أنه
وفقاً لهذا المبدأ تختص السلطة التشريعية بسن القوانين ، وتقتصر وظيفة
السلطة القضائية على تطبيقها . فإذا أجزأت المحاكم أن تراقب دستورية
القوانين التي تطبقها أدى هذا إلى الإخلال بذلك المبدأ ، لأنه يجعل من
السلطة القضائية مهيمناً على السلطة التشريعية ، مع أن كلا منها مستقلة عن
الأخرى .

وأخذت بهذا الرأي دساتير بعض الدول ، كاللستور البلجيكي . كما استقر
عليه القضاء الفرنسي ، وإن كان يعارضه جانب من الفقه الفرنسي .
بينما ذهب رأي آخر إلى تخويل المحاكم سلطة النظر في دستورية القوانين ،
حتى تثبت من عدم مخالفتها للدستور ، بحيث تمتنع عن تطبيقها إذا كانت
مخالفة له ، وذلك استناداً إلى الحجج الآتية :

حيث أن وظيفة المحاكم هي تطبيق القانون بمعناه الشامل . فهي تلتزم
بتطبيق جميع القواعد القانونية السارية في الدولة ، سواء وردت هذه القواعد
في الدستور أو في قوانين عادية أو في لوائح . ومقتضى هذا أنه نظراً إلى
تدرج هذه التشريعات في القوة ، إذا تعارض قانون عادي مع أحكام الدستور

وجب على المحكمة أن تمتنع عن تطبيق هذا القانون وإلا خالفت في عملها أحكام الدستور .

وإذا كان من المسلم به أن للمحاكم الحق في رقابة قانونية اللوائح ودستويتها، بأن تمتنع عن تطبيقها إذا كانت مخالفة للقانون أو للدستور ، فليس ثمة ما يدعو إلى التفرقة في هذا الشأن بين القوانين واللوائح ، إذ ليست الرقابة في الحالين سوى نتيجة منطقية وحتمية لتدرج التشريعات في القوة . فإذا وجدت المحاكم نفسها أمام تشريعات متعارضين امتنعت عن تطبيق التشريع الأدنى احتراماً للتشريع الأعلى .

وليس في تحويل المحاكم هذا الحق ما يعتبر إخلالاً بمبدأ الفصل بين السلطات كما يدعى أنصار الرأي الآخر ، بل إنه على العكس من ذلك يعتبر من مقتضيات هذا المبدأ . ذلك أن وظيفة السلطة القضائية هي تطبيق القانون بمعناه الشامل على النحو الذي ذكرناه ، فإذا حرمانها من الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور كان معنى ذلك أننا نحول السلطة التشريعية الحق في أن تفرض عليها مثل هذه القوانين فتجبرها بذلك على تطبيقها ، وهو ما يخل باستقلالها في تطبيق القواعد القانونية جميعاً وعلى رأسها الدستور . فالسلطان تخضعاً لأحكام الدستور ، وإذا خالفت السلطة التشريعية هذه الأحكام ، فلا ينبغي أن تشترك معها السلطة القضائية في هذه المخالفة .

ومن ثم فوفقاً لهذا الرأي يقتصر حق المحاكم في رقابة دستورية القوانين على مجرد الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور . فهي لا تلغي هذه القوانين ، إذ أن إلغاء القوانين كسبها من اختصاص السلطة التشريعية . وبذلك يكون الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور قاصراً على القضية المعروضة ، حيث يبطل مثل هذا القانون قائماً .

ويمتاز هذا الرأي بأنه يكفل احترام سيادة الدستور ومبدأ الفصل بين السلطات في آن واحد . فهو يكفل احترام أحكام الدستور التي تعلو فوق جميع القوانين وتخضع لها سائر السلطات ، وذلك بتحويل المحاكم سلطة

الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة لهذه الأحكام . ويحقق استقلال السلطة القضائية في أداء وظيفتها ، وهي تطبيق جميع القوانين وعلى رأسها الدستور ، مما يقتضى عند تعارض التشريعات تغليب التشريع الأعلى ، حيث يؤدي ذلك إلى الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور . ويحافظ على استقلال السلطة التشريعية كذلك في أداء وظيفتها ، إذ يجعل سلطة المحاكم في هذا الشأن قاصرة على مجرد الامتناع عن تطبيق هذه القوانين ، فهي لا تملك إلغائها ، لأن هذا الإلغاء من اختصاص السلطة التشريعية . ولذلك فهو الرأي السائد في أغلب الدول في الوقت الحاضر ، كالولايات المتحدة الأمريكية والنرويج وكندا والبرتغال واليونان .

وهناك دساتير قليلة تخول المحاكم سلطة إلغاء القوانين المخالفة للدستور ، كدستور إيطاليا ودستور تشكسلافيا ودستور النمسا .

٧٦ - الرقابة على دستورية القوانين في مصر :

يصدق في القانون المصري ما قلناه في الفقرة السابقة فيما يتعلق بالرقابة على دستورية القوانين من حيث الشكل .

أما في خصوص الرقابة على دستورية القوانين من حيث الموضوع فلم يعرض دستور سنة ١٩٢٣ ولا الدساتير التالية له لهذه المسألة . فأدى هذا إلى اختلاف في الرأي على الأقل في نطاق القضاء العادي . حيث ذهب قلة قليلة من الفقه في الماضي إلى إنكار حق المحاكم في الرقابة على دستورية القوانين ما دام أن الدستور لم يخولها هذه السلطة . وذهب جمهور الفقه إلى أن للمحاكم هذا الحق بحكم وظيفتها في تطبيق جميع القوانين ما دام أن الدستور لم يحرم عليها ذلك ، بحيث يمكن أن يقال إن إجماع الفقه المصري الآن يكاد ينعقد على إثبات هذا الحق للمحاكم . أما القضاء العادي فقد ترددت أحكامه ، وهي قليلة في هذا الموضوع ، بين الاعتراف للمحاكم بهذا الحق وإنكاره عليها ، إلا أن الاتجاه العام الذي يستفاد من هذه الأحكام هو أن المحاكم العادية لا تعطى نفسها هذا الحق .

ولما أنشئ مجلس الدولة أتيح لهيئة القضاء الإداري أن يعرض عليها هذا الأمر ، فانتقلت إلى إثبات حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين ، وذلك بأن يمتنع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور ، فهو لا يملك إلغاء هذه القوانين ما دام أن ليس في الدستور نص صريح يخوله هذه السلطة . واستندت في قضائها هذا إلى أن الدستور هو القانون الأعلى الذي يسمو على جميع القوانين وتخضع له الدولة في تشريعها وقضائها . وأنه عند سكوت الدستور عن التعرض للرقابة القضائية يتعين على المحاكم بمقتضى الأصول الدستورية أن تمارس وظيفتها القضائية في تطبيق جميع القواعد القانونية أيا كان مصدرها ، حيث يجب عليها بحكم هذه الوظيفة أن تطبق القانون الأعلى في المرتبة وتستبعد القانون الأدنى إذا تعارض معه ، فإذا تعارض قانون مع الدستور وجب طرح القانون وتطبيق الدستور باعتباره القانون الأعلى الأحق بالاتباع . وأن الاستفادة من مبدأ الفصل بين السلطات أن السلطات التشريعية والقضائية كل منهما مستقلة عن الأخرى ، فلا يجوز للسلطة القضائية أن تحكم بإلغاء قانون باطل وإلا بسطت سيطرتها على السلطة التشريعية ، ولا يجوز للسلطة التشريعية أن تفرض على السلطة القضائية تطبيق قانون يتعارض مع النصوص والمبادئ الدستورية فترغمها بذلك على مخالفة الدستور ، ومن ثم تفقد السلطة القضائية استقلالها . وهذه هي ذات الحجج التي يستند إليها ذلك الرأي في أغلب الشرائع الحديثة كما قدمنا . وقد استقر قضاء هذه المحكمة على هذا الرأي^(١) .

وأخيراً أنشأ الشارع المصري المحكمة العليا بمقتضى القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، وجعل من اختصاصها دون غيرها الفصل في دستورية القوانين إذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام إحدى المحاكم . فتحدد المحكمة التي أثير أمامها الدفع ميعاداً للخصوم لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا ، ويوقف

(١) انظر بصفة خاصة في هذا الصدد حكيم شهبين لهيئة القضاء الإداري : اولها في ١٠ فبراير سنة ١٩٤٨ ، مجلة التشريع والقضاء ١ - ٢٠٧ - ٢٨٤ . والثاني في ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٢ ، الهامة ٣٣ - ٦٨ - ٥٣ .

الفصل في الدعوى الأصلية حتى تفصل المحكمة العليا في الدفع (م ٤) .
وبذلك قطع الشارع المصري بمقتضى هذا القانون في إثبات حق القضاء ،
بمثلا في المحكمة العليا ، في الرقابة على دستورية القوانين .

٧٧ - الرقابة على دستورية القوانين في لبنان :

يصدق في القانون اللبناني ما قلناه في القانون المصري فيما يتعلق بالرقابة
على دستورية القوانين من حيث الشكل .

اما في خصوص الرقابة على دستورية القوانين من حيث الموضوع فلم
يعرض الدستور اللبناني لهذه المسألة . ولكن تقنين أصول المحاكم المدنية
ينص في مادته الثانية على انه « لا يجوز للمحاكم النظر في صحة أعمال السلطة
الاشتراكية ... من جهة انطباق القوانين على الدستور ... » . وهذا يعني
أن المحاكم اللبنانية ، سواء كانت عادية أم إدارية ، ليس لها الحق في الرقابة
على دستورية القوانين من حيث اتفاق أحكامها الموضوعية مع أحكام الدستور .

المبحث الخامس

التقنين

٧٨ - تعريف :

التقنين Le code تشريع يجمع أكثر القواعد المتعلقة بفرع معين من
فروع القانون في مدونة واحدة مرتبة ومبوبة ، كالتقنين المدني والتقنين
التجاري وتقنين المرافعات . ويطلق اصطلاح التقنين كذلك على عملية
التجميع ذاتها La codification . وكان يستعمل اصطلاح المجموعة بالنسبة
إلى المدونة ذاتها ، فيقال مثلا المجموعة المدنية . ومع ذلك فإنه من الناحية
الرسمية تحمل المدونة عنوان القانون مقترنا باسم الفرع الذي تنتمي إليه
القواعد الواردة فيها ، فالتقنين المدني مثلا يحمل عنوان القانون المدني ،
وتقنين المرافعات يحمل عنوان قانون المرافعات .

والتقنين بهذا المعنى الاصطلاحي هو التشريع الذي يتم تجميع قواعده
بواسطة الهيئة المختصة بالتشريع ، فهو تجميع رسمي تقوم به السلطة التشريعية
في الدولة . ومن ثم لا يعتبر تقنياً أي تجميع غير رسمي للقواعد القانونية غير

المقننة المتعلقة بفرع من فروع القانون يقوم به فقيه أو كاتب أو هيئة علمية . حيث يعتبر مثل هذا التجميع مجرد عمل فقهي لا يصدق عليه وصف التقنين . وليس من المستطاع أن يجمع التقنين كل القواعد المتعلقة بفرع من فروع القانون ، ولهذا قلنا إنه تشريع يجمع أكثر هذه القواعد ، بمعنى أنه يضم الكتلة الرئيسية منها . إذ يوجد دائماً إلى جانب التقنين في فرع معين قواعد أخرى تدخل في نطاق هذا الفرع ولا يتضمنها التقنين . وهذه القواعد قد توجد في تقنين آخر ، أو تصدر بها قوانين خاصة ، أو تستمد من مصدر آخر غير التشريع . فمثلاً يوجد إلى جانب التقنين المدني في مصر قواعد مدنية أخرى وردت في تقنين المرافعات ، أو صدرت بها قوانين خاصة كقانون حق المؤلف وقانون الشهر العقاري وقانون إيجار الأماكن وقانون الإصلاح الزراعي ، أو تستمد من مصدر آخر غير التشريع كالعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية .

٧٩ - مزايا التقنين :

عرضنا فيما تقدم^(١) لأهمية التشريع ومزاياها الكبيرة باعتبارها مصدراً رسمياً للقانون . ومن البديهي أن هذه الأهمية والمزايا تتوفر للتقنين باعتبارها تشريعاً . وإنما يراد من الإشارة إلى مزايا التقنين بوجه خاص تلك المزايا التي يحققها تجميع القواعد القانونية على النحو الذي يجري في التقنين . وتتلخص هذه المزايا فيما يأتي :

١ - يؤدي تجميع أكثر القوائد المتعلقة بفرع من فروع القانون في مدونة واحدة إلى سهولة التعرف على هذه القواعد . إذ يصبح من اليسير على الباحث سواء كان قاضياً أو فقيهاً أو أي شخص آخر ، أن يتبين القاعدة التي يتقضاها . وبذلك تخف عنه مؤونة البحث عن هذه القاعدة في تشريعات عدة متناثرة

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٦١ .

قد يصعب عليه الإحاطة بها فلا يتبين ما كان يجب عليه أن يلم به في عمله .
٢ - ويتصل بهذه الميزة أن هذا التجميع ينطوي على تبويب القواعد القانونية وترتيبها على أساس علمي منطقي . وبذلك يمكن أن توضع كل قاعدة في مكانها الصحيح من حيث طبيعتها القانونية . وهذا من شأنه أن يلقي الضوء أمام الباحث في سبيل الوصول إلى الحلول الصحيحة . ولذلك فإن الجهود العلمية التي تبذل في وضع التقنين تفوق إلى حد كبير ما يبذل من جهود في وضع التشريعات الخاصة بموضوعات معينة .

٣ - وبالإضافة إلى ذلك فإن هذا التجميع يساعد على ملافاة التناقض بين القواعد القانونية المختلفة . ذلك أن التشريعات الخاصة تضعها لجان متباينة في أوقات مختلفة ، وقد يحصل أن إحدى هذه اللجان لا تدخل في حسابها جميع التشريعات التي سبق أن صدرت ولها صلة بالموضوع الذي تنظمه ، أو لا تتوفر على دراسة هذه التشريعات بالقدر الكافي ، فيزيد هذا من احتمال التعارض بين هذه التشريعات وما تضعه اللجنة من قواعد . أما التقنين فإنه يجعل أكثر القواعد المتعلقة بفرع معين تحت نظر القائمين به ، يدرسونها وينسقون فيما بينها ، كما تبذل فيه من الجهود الكبيرة ما يجدر بما له من أهمية وخطر ، وهذان العاملان من شأنهما أن يقللا من احتمال التعارض بين هذه القواعد .

٨٠ - نقد التقنين والرد عليه :

على الرغم من المزايا الضخمة التي تتوفر للتقنين ، سواء بوصفه تشريعاً أو باعتباره تجميعاً ، فقد وجه إليه النقد بعض من الفقهاء على رأسهم الفقيه الألماني الكبير سافيني Savigny . فهؤلاء يرون أن القانون حدث اجتماعي ينبعث من ضمير الجماعة ويتطور من تلقاء ذاته تبعاً لتغير أحوال المجتمع وظروفه ، ومن ثم يجب ألا تصب قواعده في نصوص تشريعية تضيف عليه من الجهود ما يقعد به عن مسايرة التطور . وهذا العيب الذي يوجه إلى كل تشريع يكون أكثر ضرراً في التقنين منه في التشريعات العادية . ذلك أن

الشارع لا يحجم عن التدخل لتعديل التشريع العادي كلما دعت الحاجة إلى ذلك . أما التقنين فإنه نظراً إلى ضخامته وإلى الجهد الكبير الذي بذل في وضعه وتنسيقه وتبويبه يكسب قدرأ من المهابة والتقدير يجعل الإقدام على تعديله محوطاً بالحذر الشديد ، فلا يتدخل الشارع لتعديله إلا عند الضرورة القصوى .

وقد وجه هذا النقد عقب صدور التقنينات الفرنسية في أوائل القرن التاسع عشر ، إذ تعتبر هذه التقنينات أول عمل تشريعي ضخم تقوم به دولة على هذا النحو في العصر الحديث . ونظراً إلى ما امتازت به هذه التقنينات من منطوق في الترتيب ودقة في الصياغة ووضوح في العبارة فقد ظفرت بقدر كبير من الإعجاب والتقدير . حتى ساد في الفقه الفرنسي حينذاك الاعتقاد بأن هذه التقنينات قد أحاطت بكل شيء ، فأخذ الفقهاء في البداية يفسرون نصوصها تفسيراً حرفياً يلتزمون فيه حدود النص ويتحرون نية واضعيه ، ولذلك سمي هذا الاتجاه الفقهي « مدرسة الشرح على المتون » أو « مدرسة التزام النص » . وقد أعطى هذا المسلك من جانب الفقه الفرنسي حجة خصوم التقنين ، إذ رأوا أن التقنين في ظل هذا الاتجاه يصيب القانون يجمود في تفسيره فضلاً عما في نصوصه من جمود .

ولكن الواقع أثبت عدم سلامة هذا النقد . ذلك أنه إذا كان التقنين يصيب القانون بشيء من الجمود في السنوات الأولى التي تلي وضعه ، بحيث لا يكون من السهل المسارعة إلى تعديله على النحو الذي يحصل بالنسبة إلى التشريعات العادية ، فإن هذا الوضع لا يستمر مدة طويلة . فحين يسفر التطبيق العملي عن نقص في التقنين أو عيب فيه نرى القضاة والفقهاء يسارعون إلى التوسع في تفسير النصوص بما يتلاءم مع تطور الظروف في المجتمع . ويساعدهم على سلوك هذه السبيل أن التقنين يقتصر في الغالب على إيراد الأصول الكلية دون الدخول في التفاصيل مما يفتح الباب للاجتهاد بغية الوصول إلى حلول تواجه الأوضاع الجديدة في الحياة العملية . وآية

ذلك أن الفقه الفرنسي ما لبث أن تكشف له فساد خطته الأولى في تفسير النصوص تفسيراً حرفياً ، فعدل عن هذه الحطة من زمن بعيد وأخذ يساند القضاء في الوصول إلى حلول تواجهه التطور الكبير في المجتمع الفرنسي . بحيث يمكن أن يقال إن القانون الفرنسي استطاع في ظل التقنين وعلى يد القضاء والفقه أن يسير التطور ويفي بمحاجات المجتمع المتجددة . وبذلك اتضح جلياً أن التقنين ليس من شأنه أن يحول دون أن يحتفظ القانون بمرونته وقدرته على مسايرة التطور .

وإننا لندرى اليوم أن الشارع لا يألو جهداً في التدخل لسد نقص في التقنين أو تعديل أحكام فيه كلما دعت الحاجة إلى ذلك . وكثيراً ما ينتهي الأمر بمضي الزمن وتغير الظروف في المجتمع إلى إعادة النظر في التقنين واستبدال غيره به يكون أوفى بالحاجة وأكثر ملاءمة للتطور وهذا ما فعله الشارع اللبناني في عهد الانتداب الفرنسي وعهد الاستقلال ، وما فعله الشارع المصري على أثر إلغاء المحاكم المختلطة في سنة ١٩٤٩ .

٨١ - انتشار حركة التقنين في العصر الحديث :

عرف التقنين من قديم . من ذلك أن القانون الروماني قنن مرتين : الأولى في أول مراحلها في مجموعة الألواح الاثني عشر التي وضعت في منتصف القرن الخامس قبل الميلاد . والثانية في المرحلة الأخيرة من تكوينه في مجموعات جوستينيان المشهورة التي وضعت في القرن السادس الميلادي . وهذا التقنين الأخير هو أهم تقنين وضع في الشرائع القديمة .

وبقيت الشريعة الإسلامية غير مقننة إلى أن قام الأتراك في عهد الدولة العثمانية بتجميع أحكامها المتعلقة بالمعاملات في مجلة الأحكام العدلية التي صدرت في سنة ١٨٦٩ والسنوات التالية ، وهي المعروفة باسم المجلة . وقد كانت مطبقة في تركيا وغيرها من البلاد التي كانت تابعة للدولة العثمانية فيما عدا مصر وظلت مطبقة إلى وقت قريب في بعض البلاد العربية كسوريا والعراق ولبنان وليبيا ، وما زالت مطبقة حتى الآن في البعض الآخر كالكويت .

كذلك صدرت عدة تقنينات في عهد القانون الفرنسي القديم .

ولكن حركة التقنين الحديثة زادت واتسع نطاقها على أثر صدور التقنين المدني الفرنسي المعروف بتقنين نابليون سنة ١٨٠٤ وما تلاه من تقنينات أخرى في أغلب فروع القانون . حيث أخذ مشرعو البلاد الأخرى ينسجون على منوال هذه التقنينات سواء في البلاد الغربية أو الشرقية .

٨٢ - حركة التقنين في لبنان :

بدأت حركة التقنين في لبنان وقت أن كان خاضعاً للدولة العثمانية منذ أواسط القرن الماضي . ففي هذا العهد وضعت الدولة العثمانية عدداً وافراً من التقنينات امتد تطبيقها إلى لبنان . وقد استمد فريق منها من التقنينات الغربية ولا سيما الفرنسية . واستمد الفريق الآخر من الشريعة الإسلامية وفقاً للمذهب الحنفي أساساً .

وفي عهد الانتداب الفرنسي أخذ الشارع اللبناني يعيد النظر في التقنينات العثمانية ، فبدأت التقنينات الجديدة في الصدور منذ سنة ١٩٣٠ ، واستمر ذلك إلى عهد الاستقلال . فصدر أولاً تقنين الملكية العقارية في سنة ١٩٣٠ ، ثم تقنين الموجبات والعقود في سنة ١٩٣٢ . وقد حل هذان التقنينان محل مجلة الأحكام العدلية التي صدرت في العهد العثماني على دفعات متتابعة ابتداء من سنة ١٨٦٩ إلى سنة ١٨٧٦ ، وكانت عبارة عن التقنين المدني متضمناً أحكام المعاملات المالية التي استمدت من الشريعة الإسلامية وفقاً للمذهب الحنفي أساساً . أما تقنين العائلة العثماني الصادر في سنة ١٩١٧ والمعروف باسم « قانون حقوق العائلة » فإنه يتضمن أحكام الزواج والفرقة للمسلمين والمسيحيين والموسويين بحسب شريعة كل من هذه الطوائف ، وأحكامه الشرعية تطبق الآن على المسلمين في لبنان بموجب قانون تنظيم المحاكم الشرعية الصادر في سنة ١٩٤٢ ، بينما أحكامه الأخرى الخاصة بالمسيحيين والموسويين لا تطبق عليهم .

وبعد ذلك صدر تقنين أصول المحاكم المدنية في سنة ١٩٣٣ ، وتقنين

التجارة في سنة ١٩٤٢ ، وتقنين العقوبات في سنة ١٩٤٣ ، وتقنين العمل في سنة ١٩٣٦ ، وتقنين التجارة البحرية في سنة ١٩٤٧ ، وتقنين أصول المحاكم الجزائية في سنة ١٩٤٨ ، وتقنين الطيران في سنة ١٩٤٩ ، وتقنين الضمان الاجتماعي في سنة ١٩٦٣ .

٨٣ - حركة التقنين في مصر :

لم تظهر حركة التقنين في مصر في العصر الحديث إلا في عهد الإصلاح القضائي الذي بدأ بإنشاء المحاكم المختلطة في سنة ١٨٧٥ وإنشاء المحاكم الوطنية في سنة ١٨٨٣ . فعلى الرغم من أن مصر كانت تابعة للدولة العثمانية ، لم تطبق فيها مجلة الأحكام العدلية ، نظراً إلى ما كانت تتمتع به مصر من استقلال تشريعي وقضائي .

وقد جاء التقنين في مصر تابعاً لحركة إنشاء المحاكم . فلما أرادت مصر أن تصلح نظام الامتيازات الأجنبية أنشأت المحاكم المختلطة في سنة ١٨٧٥ ، وكلفت الحكومة المصرية أحد المحامين الفرنسيين المقيمين في مصر بوضع ستة تقنينات على غرار التقنينات الفرنسية كي تطبقها هذه المحاكم على الجاليات الأجنبية . فتم بذلك وضع التقنين المدني ، والتقنين التجاري ، والتقنين البحري ، وتقنين المرافعات ، وتقنين العقوبات ، وتقنين تحقيق الجنايات . ثم أنشئت المحاكم الوطنية في سنة ١٨٨٣ ، فوضعت لها ستة تقنينات أخرى على غرار التقنينات المختلطة .

وقد أظهر العمل ما في هذه التقنينات جميعاً من نقص وعيوب كثيرة . فقد وضعت بسرعة غير مألوفة في ظروف خاصة ، ونقلت بأكملها تقريباً من قانون أجنبي وابدت بطريقة يغلب عليها الاختصار المخل في كثير من المواضع ، فهي لا تختلف عن التقنينات الفرنسية إلا اختلافاً يسيراً يرجع في الغالب إلى اقتباس أحكام قليلة من الشريعة الإسلامية . ومن ثم لم يكن هناك سد من تنقيحها ومراجعتها مراجعة شاملة . وكان أول ما نقح من التقنينات الوطنية

هو تقنين العقوبات وتقنين تحقيق الجنايات في سنة ١٩٠٤ ، ثم نقح هذان التقنينان ثانية في سنة ١٩٣٧ عقب اتفاقية مونترال للتوحيد بين القانون الوطني والقانون المختلط في هذا الخصوص . وعندما أريد إلغاء المختلطة بدأت حركة تنقيح شاملة ترتب عليها إلغاء معظم التقنينات الوطنية والمختلطة وإصدار تقنينات جديدة موحدة . فصدر التقنين المدني الجديد في ١٦ يولية سنة ١٩٤٨ ، وصدر تقنين المرافعات الجديد في ٢٩ يونية سنة ١٩٤٩ ، على أن يعمل بها ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وهو تاريخ إلغاء المحاكم المختلطة . وصدر تقنين الاجراءات الجنائية الجديد في ٣ سبتمبر سنة ١٩٥٠ بدلاً من تقنين تحقيق الجنايات . ثم عدل تقنين المرافعات مرة أخرى ، فصدر تقنين المرافعات المدنية والتجارية الحالي بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ . كما أفرد للاثبات قانون مستقل يجمع بين القواعد الموضوعية والاجرائية ، فصدر قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ . اما بقية التقنينات فلا يزال العمل جارياً في مراجعتها وتنقيحها .

الفرع الثاني

المصادر الاحتياطية

٨٤ - الحاجة إلى مصادر احتياطية :

رأينا أن التشريع هو المصدر الرسمي العام للقاعدة القانونية ، بحيث يشمل اختصاصه جميع المسائل بحسب الأصل . لكن الشارع لا يسهه أن يحيط في التشريع بجميع القواعد اللازمة لتنظيم الروابط والأوضاع الموجودة أو التي يمكن تستجد في المجتمع . فالنقص في التشريع فطري بحكم طبيعة الأشياء . ولذلك كان لا بد من وجود مصادر أخرى احتياطية يتلصق فيها القاضي القاعدة التي ينشدها حينما تعوزه قاعدة في التشريع .

والمصادر الاحتياطية هي الدين في مسائل الأحوال الشخصية ، والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية في مسائل المعاملات المالية . وسنعرض لها على

التوالي ، مع ملاحظة ما قلناه من أن اعتبار الشريعة الاسلامية مصدراً احتياطياً في مسائل المعاملات المالية يقتصر على القانون المصري دون القانون اللبناني .

المبحث الاول

الدين

٨٥ - تطور مركز الدين كمصدر رسمي للقانون في مختلف الشرائع بوجدهم:

الدين وحي من عند الله سبحانه وتعالى ينزله على نبي من أنبيائه ، فيلقي به إلى الناس من العقائد والقواعد ما يرشدهم في معاشهم وفي معادهم . فهو يشمل واجب الإنسان نحو ربه ، وواجبه نحو نفسه ، وواجبه نحو الناس . والذي يعيننا من الدين في هذا المقام ، كمصدر رسمي للقانون، هو مجموعة القواعد الدينية التي تستمد من الدين مباشرة ويؤخذ الناس بها بمقتضى جزاء دنيوي يوقع عند مخالفتها . إذ في هذه الحالة فحسب نكون بصدد قواعد قانونية مصدرها الرسمي هو الدين . أما القواعد الدينية التي يقتصر الجزاء فيها على استنكار الضمير أو يكون الجزاء فيها أخروبياً فلا تدخل في نطاق القانون .

وقد خضع الدين كمصدر رسمي للقانون بهذا المعنى لتطور محسوس . فقد كان له شأن كبير في المجتمعات القديمة إلى جانب العرف ، بينما طغى عليه التشريع في أغلب المجتمعات الحديثة ، وإن كان دوره يختلف في الدول الغربية عنه في الدول الشرقية .

والأديان السماوية ثلاثة ، هي اليهودية والمسيحية والإسلام . وقد عرض الإسلام واليهودية لأمر الدنيا بالقدر الذي عرضا به لأمر الآخرة ، فتضمننا إلى جانب ما يتعلق بالعقيدة والأخلاق قواعد تنظم الروابط الاجتماعية ، وبذلك كان كل منها ديناً وقانوناً . أما المسيحية فقد تناولت بصفة أساسية

ما يتعلق بالمقيدة والأخلاق ، ولم تعرض للروابط الاجتماعية إلا بقدر يسير . ويرجع ذلك إلى ظروف العصر الذي نزل فيه الدين المسيحي ، فقد جاء في وقت تسود فيه شريعة موسى وشريعة الرومان ، ومن ثم لم تكن هناك حاجة إلى مزيد من القواعد الدنيوية ، وإنما كانت الحاجة إلى الهداية الروحية والمبادئ الأخلاقية .

وسنخص كل من الدين المسيحي والدين الإسلامي بكلمة موجزة في المعنى الذي نعالجه في هذا المقام :

٨٦ - (١) الدين المسيحي :

انتشر الدين المسيحي في البلاد الغربية . وعلى الرغم من أنه لم يتضمن من القواعد المنظمة للروابط الاجتماعية إلا القليل النادر ، فقد وضع رجال الكنيسة كثيراً من القواعد القانونية في شؤون مختلفة تتصل بالزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والعقود ، تأثروا فيها بروح الدين المسيحي والقانون الروماني ومبادئ القانون الطبيعي . وتكون من ذلك ما يعرف بالقانون الكنسي . فهو قانون ليس مصدره المباشر الدين المسيحي ، وإنما هو من عمل رجال الكنيسة ، وقد خضعت له البلاد الغربية والبلاد الشرقية المسيحية في القرون الوسطى عهداً طويلاً ، وساعد على ذلك ضعف السلطة الزمنية وتمكن الكنيسة من بسط سلطانها ، فكان حينئذ مصدراً رسمياً للقانون في هذه البلاد . ولما استردت السلطة الزمنية في البلاد الغربية نفوذها تقوض سلطان الكنيسة بفعالها عن الدولة فصلاً تاماً ، فزالت قوة القانون الكنسي كمصدر رسمي ، وأصبح مصدراً تاريخياً لفريق من القواعد القانونية وعلى الأخص ما يتعلق بالزواج . أما في البلاد الشرقية فقد ظل القانون الكنسي حتى اليوم مصدراً رسمياً في مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالمسيحيين . وسنرى أن هذا القانون يعتبر مصدراً رسمياً في القانون اللبناني والقانون المصري لبعض مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالمسيحيين كغيره من الديانات الموجودة في لبنان ومصر .

٨٧ - (٢) الدين الاسلامي :

أما الدين الإسلامي فقد انتشر في البلاد الشرقية . وقد نزل ديناً ودولة ، فلم يقتصر على ما يتعلق بالعقيدة والأخلاق والعبادات ، بسبل تناول كذلك الروابط الاجتماعية في إفاضة وإسهاب ، سواء ما يتعلق منها بالأحوال الشخصية أو بالمعاملات المالية . حيث تضمن قواعد كثيرة خاصة بالزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والعقود والحدود أي الجرائم والعقوبات ، وغير ذلك من روابط الأسرة والروابط المالية والقوانين الجنائية . وقد وردت هذه القواعد في المصدرين الأساسيين للشريعة الإسلامية ، وهما الكتاب والسنة ، فهي أحكام جاءت في القرآن أو في أحاديث جرى بها قول رسول الله ﷺ . ثم أضاف الفقه إلى هذين المصدرين اثنين آخرين ، هما الإجماع والقياس ، حيث تولى شرح هذه الأحكام واستنبط منها ومن روحها ومعقولها ، وبذلك استوت الشريعة الإسلامية نظاماً قانونياً كاملاً يضارع أرقى النظم القانونية في العالم ، بل ويفوقها في نواح كثيرة . وكان المفروض أن يظل هذا النظام سائداً في البلاد الإسلامية بسد حاجاتها ويسير التطور فيها . غير أن باب الاجتهاد قد أقفل لغير سبب معقول ، فأدى هذا إلى جمود ذلك النظام بوقوفه عند الحدود التي كانت له في عصوره الأولى .

وقد ظلت الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً للقانون في جميع المسائل في البلاد الإسلامية إلى ما بعد منتصف القرن الماضي . وما تزال كذلك في قليل من البلاد الإسلامية كالمملكة العربية السعودية والجمهورية اليمنية . أما في أكثر البلاد الإسلامية ، ومن بينها مصر ، قد نشطت حركة التشريع ، حيث اقتبست قواعده من القوانين الغربية ومن الشريعة الإسلامية ، وبذلك تخلف مركز الشريعة بين المصادر الرسمية ، وإن كانت ما تزال هي المرجع الأساسي في مسائل الأحوال الشخصية .

٨٨ - الدين كمصدر رسمي للقانون المصري :

تطور مركز الدين كمصدر رسمي للقانون المصري بدرجة كبيرة .

فمنذ الفتح الإسلامي إلى عهد محمد علي كانت الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي للقانون المصري بوجه عام ، حيث كانت تطبق على جميع الأشخاص وفي كل المسائل سواء تعلقت بالأحوال الشخصية أو المعاملات المالية. واستثنى من تطبيقها غير المسلمين فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ، إذ كانوا يخضعون في هذه المسائل لشرائعهم الدينية .

ومنذ عهد محمد علي إلى عهد إسماعيل بدأ تغلغل القانون الفرنسي في مصر ، حيث وضعت بعض تشريعات مستمدة من هذا القانون ، فبدىء بقانون التجارة وبعض قواعد القانون الجنائي . وترتب على ذلك أن أخذ نفوذ الشريعة الإسلامية يقل بقدر ما يصدر من هذه التشريعات .

ولما أنشئت المحاكم المختلطة في سنة ١٨٧٥ ، ثم المحاكم الوطنية في سنة ١٨٨٣ ، صدرت التقنينات المختلفة التي تقدم ذكرها ، وهي التقنين المدني والتقنين التجاري والتقنين البحري وتقنين المرافعات وتقنين العقوبات وتقنين تحقيق الجنايات . وقد نقلت هذه التقنينات عن القانون الفرنسي باقتضاب ، فيما عدا بعض أحكام قليلة استمدت من الشريعة الإسلامية كالشفعة والبيع في مرض الموت والغبن وبعض مسائل في البيع والإيجار . واعتبر صدور هذه التقنينات ناسخاً لأحكام الشريعة الإسلامية فيما تم تقنينه ، فلم تعد الشريعة مصدراً رسمياً للقانون في هذا النطاق ، وصارت مصدراً تاريخياً للقواعد التشريعية التي استمدت منها .

وقد أغفلت هذه التقنينات التعرض لنوعين من المسائل : النوع الأول مسائل الأحوال الشخصية بوجه عام ، والنوع الثاني المسائل المتعلقة بالوقف والهبة والحكر ، وهذه تدخل في نطاق المعاملات المالية . وبذلك أصبح دور الشريعة الإسلامية قاصراً على كونها مصدراً رسمياً في هذه المسائل التي أغفلتها التقنينات . واستثنى من تطبيقها غير المسلمين فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية كما كان مفرراً من قبل ، فهم يخضعون في هذا الخصوص لشرائعهم الدينية .

وقد تضمن التقنين الحالي تنظيماً للهبة والحكر باعتبارهما من مسائل المعاملات المالية . وبذلك أصبحت المسائل التي أغفلتها التقنينات قاصرة على الوقف ، ومسائل الأحوال الشخصية . وسنتبين إلى أي حد يعتبر الدين الآن مصدراً رسمياً في هذه المسائل في القانون المصري .

٨٩ - أولاً : الوقف :

يقصد بمسائل الوقف « المنازعات والمسائل المتعلقة بإنشاء الوقف أو بصحته أو بالاستحقاق فيه أو بتفسير شروطه أو بالولاية عليه أو بحصوله في مرض الموت » (م ١٦ / ١ من قانون نظام القضاء) . وقد كانت هذه المسائل قبل صدور التقنينات الأولى خاضعة للشريعة الإسلامية بالنسبة إلى المسلمين وغير المسلمين ، وظلت كذلك بعد صدور هذه التقنينات ، لأن نظام الوقف نشأ في الفقه الإسلامي ، كما أنه لا يتصل بالعقيدة الدينية .

ثم أصدر الشارع القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف . وقد استمدت قواعد هذا القانون من الشريعة الإسلامية ، فأصبحت هذه الشريعة مصدراً تاريخياً لتلك القواعد التشريعية ، ولكنها بقيت مع هذا مصدراً احتياطياً يرجع إليه في المسائل التي لم يتناولها التشريع . فقد جاء في المذكرة التفسيرية « أن هذا القانون ليس شاملاً لكل أحكام الوقف ، وأنه فيما عدا الأحكام الواردة به يجب الرجوع إلى الراجح من مذهب الإمام أبي حنيفة » .

٩٠ - ثانياً : مسائل الأحوال الشخصية :

كان المقصود بالأحوال الشخصية وتحديد ما يدخل فيها من مسائل محل خلاف في الفقه والقضاء .

وقد عرضت محكمة النقض لهذا البيان فقالت إن « المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية ، ككون

الإنسان ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرملًا أو مطلقاً أو أباً أو ابناً شرعياً، أو كونه تام الأهلية أو ناقصاً لصغر سن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية . أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية ، فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية . وإذا فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها هي من الأحوال العينية لتعلقها بالمال وباستحقاقه وعدم استحقاقه . غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف والهبة والوصية ، وكلها من عقود التبرعات ، تقوم غالباً على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة ، فالجاء هذا الى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كما يخرجها عن اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي قد تحوي عنصراً دينياً ذا أثر في تقرير حكمها ، (١) .

كما عرضت له المادتان ١٣ و ١٤ من قانون نظام القضاء (رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩) ، وهما بصدد تحديد ولاية المحاكم على مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة إلى الأجانب . فقالت المادة ١٣ : « تشمل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم ، أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ، والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين ، والطلاق والتطليق والتفريق ، والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها ، والعلاقة بين الأصول والفروع ، والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار ، وتصحيح النسب والتبني ، والولاية والوصاية والقيامة والحجر والاذن بالإدارة والغيبة ، وباعتبار المفقود ميتاً ، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة الى ما بعد الموت » . وقالت المادة ١٤ : « تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك » (٢) .

(١) نقض مدني في ٢١ يولية سنة ١٩٣٤ ، مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ٤٥٤ رقم ٢٠٠ .
(٢) وهذان النصان مأخوذان من المادة ١٠ من اتفاق مونترو .

وفي ضوء هذا البيان نتكلم في الهبة ، ثم في الأهلية والولاية على المال ، ثم في الميراث والوصية ، ثم في المسائل المتعلقة بالأسرة .

٩١ - (١) الهبة :

الهبة عقد يتصرف بقتضاه الواهب في مال له دون عوض (م ٤٨٦ / ١ مدني) . وقد كانت معتبرة من الأحوال الشخصية ، ولكنها لا تعتبر الآن كذلك ، حيث عني التقنين المدني الحالي بإيراد أحكامها كاملة باعتبارها عقداً من العقود المالية . وقد استمد الشارع أحكامها الموضوعية من الشريعة الإسلامية ، فأصبحت هذه الشريعة مصدراً تاريخياً لهذه الأحكام .

وما دامت الهبة أصبحت الآن من مسائل المعاملات المالية ، فلا تعتبر الشريعة الإسلامية بالنسبة إليها مصدراً رسمياً احتياطياً يلي التشريع مباشرة ، وإنما تأتي الشريعة بعد التشريع والعرف .

٩٢ - (٢) الأهلية والولاية على المال :

الأهلية هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية لحساب نفسه ، أما الولاية على المال فصلاحيه الشخص لمباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر لا تتوافر له الأهلية لمباشرتها أو يوجد مانع من مباشرته إياها . وتعتبر الأهلية والولاية على المال من مسائل الأحوال الشخصية التي أغفلتها التقنينات الأولى ، فظلنا على ما كنا عليه بحكومتين بالشرائع الدينية . حيث يخضع المسلمون للشريعة الإسلامية ، ويخضع غير المسلمين لشرائعهم الدينية . ولكن نظراً إلى عدم اتصال هذين الموضوعين بصميم الناحية الدينية ، فقد وحد الشارع القواعد المتعلقة بهما بالنسبة إلى المصريين جميعاً على اختلاف دياناتهم . فأصدر قانون المجالس الحسبية في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ ، ثم استبدل به القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالمحاكم الحسبية ، ثم استبدل بهذا الأخير فيما يتعلق بأحكام الموضوعية القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢

الخاص بأحكام الولاية على المال . وهذا بالإضافة إلى القواعد التي وردت في هذا الخصوص في التقنين المدني الحالي .

وقد استمدت هذه القواعد التشريعية الموحدة من الشريعة الإسلامية ، فأصبحت هذه الشريعة مصدراً مادياً أو تاريخياً لتلك القواعد . وتعتبر هذه الشريعة كذلك مصدراً رسمياً احتياطياً يلي التشريع في المسائل التي لا يوجد بشأنها قاعدة في التشريع ، وذلك بالنسبة إلى جميع المصريين سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين .

٩٣ - (٣) الميراث والوصية :

لم تعرض التقنيات المصرية للميراث والوصية باعتبارهما من مسائل الأحوال الشخصية كما قلنا ، وبذلك ظل الوضع بالنسبة إليهما كما كان عليه من قبل . فالأصل أن الشريعة الإسلامية هي القانون الواجب التطبيق في شأن الميراث والوصية على جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين باعتبارها الشريعة العامة . ولكن يباح لغير المسلمين استثناء ، أن يحتكموا إلى شرائعهم الدينية في هذا الشأن ، وذلك بشرطين : الأول هو اتحاد الخصوم في الدين والملة ، والثاني هو اتفاق ذوي الشأن الذين يعتبرون ورثة في حكم الشريعة الإسلامية على الخضوع لشريعتهم الدينية .

ويتضح من هذا أن الشريعة الإسلامية في خصوص الميراث والوصية هي الشريعة العامة ، وأن اختصاص الشرائع الدينية الأخرى في هذا الشأن اختصاص استثنائي ، لأنه رهين بتراضي ذوي الشأن من غير المسلمين على الاحتكام لشريعتهم الدينية إذا اتحدوا في الدين والملة^(١) . وقد أصدر الشارع في هذا المعنى القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ ببيان القانون الواجب التطبيق في مسائل الموارث والوصايا ، حيث نص في مادة وحيدة فيه على ما يأتي :

(١) انظر في هذا المعنى : نقض مدني في اول إبريل سنة ١٩٤٣ ، مجموعة القواعد

القانونية ج ٤ ص ٧٤ رقم ٣٧ .

« قوانين الموارث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيها هي قانون البلد فيما يتعلق بالموارث والوصايا ، على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته في حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفي » .

وقد أصدر الشارع القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن الموارث ، والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية ، واستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية ، فأصبحت هذه الشريعة مصدراً مادياً أو تاريخياً لهذه الأحكام ، ولكنها بقيت مصدراً رسمياً احتياطياً يرجع إليه في المسائل التي لا يوجد بشأنها قاعدة في هذين التشريعين .

وعلى هذا النحو تكون الشريعة العامة في الميراث والوصية هي هذان القانونان وما يكملها من أحكام الشريعة الإسلامية . وهذا هو المعنى الذي عبر عنه القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ المشار إليه بقوله إن « قوانين الموارث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيها هي قانون البلد فيما يتعلق بالموارث والوصايا » . كما نصت المادة ١ / ٨٧٥ مدني على أن « تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة اليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها » . ونصت المادة ٩١٥ مدني على أنه « تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها » .

فالشريعة العامة بهذا المعنى هي التي تسري على جميع المصريين في خصوص الميراث والوصية ، سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين . وإنما يساح استثناء لغير المسلمين أن يحتكوا إلى شرائعهم الدينية بالشروط التي تقدم ذكرها .

٩٤ - (٤) المسائل المتعلقة بالاسرة :

يراد بهذه المسائل ذلك الفريق من مسائل الأحوال الشخصية الذي يتصل

بصم الناحية الدينية ، كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين المتبادلة ، والطلاق والتطليق والتفريق ، والحضانة والنفقة .

وقد تركت هذه المسائل عند وضع التقنينات المصرية خاضعة للشرائع الدينية كما كان الحال من قبل . فالمسلمون يخضعون في هذا الخصوص لأحكام الشريعة الإسلامية . أما غير المسلمين فيجب أن نفرق في شأنهم بين حالتين : الحالة الأولى حين يتحد الخصوم في الدين والملة ، وحينئذ يخضعون للقواعد الدينية الخاصة بهم ، بحيث لا يحل لهم التراضي على الاحتكام إلى شريعة دينية أخرى ولو كانت هي الشريعة الإسلامية . ففي هذه الحالة يكون اختصاص الشريعة الدينية الخاصة بالخصوم ملزماً لهم ، وليس رهيناً باتفاقهم ، نظراً إلى أن الأمر يتعلق بمسائل وثيقة الاتصال بالناحية الدينية كما قلنا . والحالة الثانية حين يختلف الخصوم في الدين أو الملة ، وحينئذ تطبق عليهم الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة .

وقد أصدر الشارع القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، حيث أورد فيها قواعد جزئية خاصة ببعض المسائل المتعلقة بالأسرة بالنسبة إلى المسلمين ، كالمهر والنسب والحضانة والنفقة والطلاق والتطليق والتفريق . فأصبح المصدر الرسمي لهذه القواعد هو التشريع ، وصارت الشريعة الإسلامية مصدراً مادياً أو تاريخياً لها ، ولكنها بقيت مصدراً رسمياً احتياطياً يرجع إليه في الحالات التي لا يوجد بشأنها قاعدة تشريعية . ويسرى هذا على المسلمين ، كما يسرى على غير المسلمين إذا اختلف الخصوم في الدين أو الملة .

أما غير المسلمين إذا اتحد الخصوم في الدين والملة فلا توجد بالنسبة إليهم قواعد تشريعية خاصة بالمسائل المتعلقة بالأسرة ، ولذلك يخضعون في هذا الشأن للقواعد الدينية الخاصة بهم كما قلنا .

٩٥ - خلاصة جملة فيما يتعلق بمركز الدين كمصدر رسمي للقانون المصري :
يخلص مما تقدم أنه بعد صدور التقنينات المصرية الأولى بقي الدين مصدراً

رسمياً للقانون المصري في مسائل الوقف والأحوال الشخصية .
ثم صدرت عدة تشريعات تناولت فريقاً من هذه المسائل ، منها ما هو
موحد بالنسبة إلى المصريين جميعاً ، ومنها ما هو غير موحد ، فترتب على ذلك
أن ضاق نطاق الدين كمصدر رسمي بقدر ما وضع من قواعد تشريعية .
وقد تبين لنا أن الشريعة الإسلامية هي الشريعة العامة في كل ما لم يتناوله
التشريع بالتنظيم ، وذلك بالنسبة إلى جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين .
أما الشرائع الدينية غير الإسلامية فاختصاصها استثنائي مقيد ، سواء من حيث
الأشخاص أو من حيث الموضوع . فهذه الشرائع لا تطبق إلا على غير المسلمين
إذا اتحد الخصوم في الدين والملة ، كما أنها لا تطبق في هذا النطاق على وجه
الإلزام إلا في المسائل المتعلقة بالأسرة ، أما في مسائل الميراث والوصية فإن
تطبيقها يكون رهيناً باتفاق الخصوم على الاحتكام إليها .
وقد كانت المحاكم الشرعية هي الجهة ذات الولاية العامة في مسائل الأحوال
الشخصية بالنسبة إلى المصريين جميعاً مسلمين وغير مسلمين . فكانت تختص
بالنظر في مسائل الوقف ، ومسائل الأحوال الشخصية التي لم يتم توحيد
قواعدها . وكانت المجالس المالية تختص بالنظر في هذه المسائل الأخيرة بالنسبة
إلى غير المسلمين بالشروط والقيود التي ذكرناها . ثم ألغى الشارع المحاكم
الشرعية والمجالس المالية وأحال اختصاصها إلى المحاكم العادية ، وذلك بمقتضى
القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

ولم يترتب على هذا الإلغاء تغيير في الوضع السابق من حيث المصادر التي
يرجع إليها في مسائل الأحوال الشخصية . إذ أن المحاكم العادية التي آل إليها
الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة إلى المصريين جميعاً ما زالت
تقضي في هذه المسائل بمقتضى الشريعة الإسلامية أو الشرائع الدينية الأخرى
تبعاً لديانة الخصوم في الحدود التي رأيناها . فقد نصت المادة السادسة من
قانون الإلغاء المشار إليه على أن « تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة
بالأحوال الشخصية والوقف والتي كانت أصلاً من اختصاص المحاكم الشرعية

طبقا لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة (١) -
اما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين
المتحدثي الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا
القانون فتصدر الأحكام في نطاق النظام العام طبقا لشريعتهم .

ومن ثم يكون المقصود بكون الدين مصدرا رسميا للقانون المصري أن
الشرعية الإسلامية هي الشرعية العامة التي يرجع اليها طبقا لأرجح الأقوال
من مذهب ابي حنيفة في كل ما لم يتناوله التشريع بالتنظيم من مسائل
الوقف والأحوال الشخصية ، وان الشرائع الدينية الأخرى لها اختصاص
استثنائي مقيد حيث يرجع اليها في الحدود التي ذكرناها .

وانا لنأمل أن يتوحد قانون الأحوال الشخصية بالنسبة الى المصريين جميعا
كما توحد القضاء (٢) . وهناك الآن لجان تعمل للوصول الى هذه الغاية .
وإذا كان للشرعية الإسلامية هذا الدور في نطاق الأحوال الشخصية والوقف ،
فسنرى انها في غير هذا النطاق تنفرد بكونها مصدرا رسميا احتياطيا يرجع
إليه في القانون المصري إذا لم توجد قاعدة في التشريع أو العرف .

(١) تنص هذه المادة على أن « تصدر الأحكام طبقا للعدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال
من مذهب ابي حنيفة ، ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد
خاصة فيجب أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد » .

(٢) ويكفي للتدليل على ضرورة وضع قانون للأحوال الشخصية يشمل القواعد التي تسري
على المسلمين وغير المسلمين من المصريين ان نعرف ان الطوائف غير الإسلامية في مصر ست
عشرة طائفة ، وان اكثر القواعد الدينية التي تطبق عليها غير مدون ، وليس من اليسر ان
يبتدي اليها عامة المتقاضين ، وهي مبعثرة في مظانها بين متون الكتب السماوية وشروح وتأويلات
لبعض المهتمين من رجال الكهنوت ، مبعثرة في كتب لاتينية أو يونانية أو عبرية أو مريانية أو
أرمنية أو قبطية لا يفهمها غالبية المتقاضين (المذكورة الإيضاحية لقانون الغاء المحاكم الشرعية
والمحاسن الملية) .

٩٦ - الدين كمصدر رسمي للقانون اللبناني^(١) :

تطور مركز الدين كمصدر رسمي للقانون اللبناني بذات الدرجة تقريبا التي تطور بها في القانون المصري ، وان كنا سنجد اختلافا كبيرا في هذا النطاق بين القانونين بسبب ظروف لبنان الخاصة ومركز الطوائف فيه .
فقبل صدور التقنينات العثمانية في اواسط القرن الماضي كانت الشريعة الاسلامية هي المصدر الرسمي للقانون اللبناني بوجه عام ، حيث كانت تطبق على جميع الاشخاص وفي ككل المسائل سواء تعلقت بالأحوال الشخصية او المعاملات المالية . واستثنى من تطبيقها غير المسلمين فيما يتعلق بمسائل الاحوال الشخصية المتصلة بالعقيدة الدينية ، اذ كانوا يخضعون في هذه المسائل لشرائعهم الدينية .

وبعد صدور التقنينات العثمانية في اواسط القرن الماضي وامتداد تطبيقها الى لبنان اعتبر صدور هذه التقنينات ناسخا لاحكام الشريعة الاسلامية فيما تم تقنينه ، فلم تعد الشريعة مصدرا رسميا للقانون في هذا النطاق ، وصارت مصدرا تاريخيا للقواعد التشريعية التي استمدت منها .

وقد اغفلت هذه التقنينات التعرض لنوعين من المسائل : النوع الاول مسائل الاحوال الشخصية بوجه عام ، والنوع الثاني المسائل المتعلقة بالوقف ، وهذه تدخل في نطاق المعاملات المالية . وبذلك اصبح دور الشريعة قاصرا على كونها مصدرا رسميا في هذه المسائل التي اغفلتها التقنينات العثمانية . واستثنى من تطبيقها غير المسلمين فيما يتعلق باحوالهم الشخصية المرتبطة

(١) راجع في هذا الموضوع : صبحي الحمصاني ، الاوضاع التشريعية في البلاد العربية ، ماضيها وحاضرها ، الطبعة الثالثة سنة ١٩٦٥ - البادي، الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والوارث والوصية ، الطبعة الزابعة سنة ١٩٦٧ . انور الخطيب ، الاحوال الشخصية سنة ١٩٦١ - الاهلية المدنية في الشرع الاسلامي والقوانين اللبنانية ، الطبعة الاولى سنة ١٩٦٥ - حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، وبخاصة القانون اللبناني والمصري ، سنة ١٩٦٧ ، فقرة ١٤٧ وما بعدها .

بالعقيدة الدينية كما كانت مقررا من قبل ، فهم يخضعون في هذا الخصوص لشرائعهم الدينية . ففي خصوص هذا الاستثناء لم يكن يختلف الوضع حينذاك في لبنان عما كان عليه في مصر عقب صدور التقنينات الاولى .

وفي عهد الانتداب الفرنسي فقدت الشريعة الاسلامية ما كان لها من مركز الصدارة بين الشرائع الدينية . فلم تعد المحاكم الشرعية تعتبر هي المحاكم ذات الولاية العامة في مسائل الاحوال الشخصية ومسائل الوقف ، بل صارت على قدم المساواة مع غيرها من المحاكم المذهبية لغير المسلمين في اعتبارها جميعا محاكم استثنائية ، وبذلك زال ما كان لها من اختصاص بنظر قضايا الاحوال الشخصية لغير المسلمين عند اختلافهم في الملة او عند تراضيمهم على قبول اختصاصها . وقد تأكد هذا الوضع في عهد الاستقلال بمقتضى قانون تنظيم القضاء الشرعي الصادر بتاريخ ١٦ تموز سنة ١٩٦٢ . كما اخرجت بعض مسائل الاحوال الشخصية لغير المسلمين ، واهمها الميراث والوصية ، من الخضوع لاحكام الشريعة الاسلامية ، فاصدر الشارع اللبناني قانون الوصية لغير المسلمين بتاريخ ٧ آذار سنة ١٩٢٩ ، وفي عهد الاستقلال اصدر قانون الارث لغير المحمديين بتاريخ ٢٣ حزيران سنة ١٩٥٩ .

كذلك في عهد الانتداب الفرنسي قسم المسلمون الى طوائف مستقلة ، فتعددت المحاكم وتعددت قواعد الشريعة المطبقة عليهم في مسائل الاحوال الشخصية . حيث قسمت المحاكم الشرعية الاصلية الى نوعين ، هما المحاكم السنية بالنسبة الى السنيين ، والمحاكم الجعفرية بالنسبة الى الشيعة ، وقامت الى جوارها المحاكم الدرزية بالنسبة الى الدروز ، وكل نوع من هذه المحاكم يطبق قواعد خاصة به . وبذلك اصبح الوضع الطائفي في لبناني اكثر تعقيدا ، ولم يعد التعدد في الشرائع الدينية قاصرا على غير المسلمين كما كان الحال في الماضي ، بل امتد كذلك الى المسلمين .

وفي عهد الانتداب الفرنسي ايضا بدأت « علمنة » (١) القانون في مسائل الاحوال الشخصية لغير المسلمين ، وذلك باصدار قواعد تشريعية مدنية او علمانية لا تستمد مباشرة من الدين، على نحو ما ذكرنا بالنسبة الى قانون الوصية لغير المسلمين الصادر بتاريخ ٧ آذار سنة ١٩٢٩ .

وفي عهد الاستقلال استمرت حركة علمانية القانون بالنسبة الى بعض مسائل الاحوال الشخصية لغير المسلمين ، فصدرت في هذه المسائل تشريعات مدنية، وذلك بقانون ٢ نيسان سنة ١٩٥١ الخاص بتحديد صلاحيات المراجع المذهبية المسيحية والاسرائيلية (٢) ، ثم بقانون الارث لغير المحمديين الصادر بتاريخ ٢٣ حزيران سنة ١٩٥٩ .

وقد ذكرنا فيما تقدم ان المسائل التي اغفلتها التقنيات العثمانية اقتصررت على الوقف ومسائل الاحوال الشخصية . ففي هذا النطاق فحسب ، كما كان الوضع في مصر عند صدور التقنيات الاولى، كانت ولاية الدين كمصدر رسمي للقانون اللبناني . وسنتبين الى اي حد يعتبر الدين الآن مصدرا رسميا في هذه المسائل في القانون اللبناني .

٩٧ - اولا : الوقف :

كانت مسائل الوقف في عهد الدولة العثمانية خاضعة للشريعة الاسلامية وفقا للمذهب الحنفي الذي كان مذهب الدولة الرسمي ، وكان هذا هو الوضع في لبنان باعتباره احدى ولايات هذه الدولة ، سواء بالنسبة الى المسلمين وغير المسلمين ، وظل كذلك بعد صدور التقنيات العثمانية ، لان نظام الوقف نشأ في الفقه الاسلامي ، كما انه لا يتصل بالعقيدة الدينية .

(١) « علمنة القانون » تعبير لبعض الفقهاء اللبنانيين في خصوص قانون لا تقوم احكامه على قواعد مستمدة مباشرة من الدين .

(٢) عدد هذا القانون الطوائف المسيحية والاسرائيلية في اثني عشرة طائفة (١٢) .

وقد بقيت احكام الوقف الموضوعية موحدة على هذا النحو بالنسبة الى الجميع ، مسلمين وغير مسلمين ، اذ هي احكام الشريعة الاسلامية وفقا للمذهب الحنفي ، وذلك على الرغم من تعدد المحاكم التي تقضي بهذه الاحكام تبعا لتعدد الطوائف .

غير ان ولاية الشريعة الاسلامية في مسائل الوقف كمصدر رسمي قد ضاق نطاقها قليلا بصدر قانون الاوقاف الذرية اللبناني في ١٠ آذار سنة ١٩٤٧ ، الذي يسري على اوقاف المسلمين وغير المسلمين . حيث اصبح المصدر الرسمي للقواعد الواردة في هذا القانون هو التشريع . وقد استحدث هذا القانون احكاما تخالف السائد في فقه الشريعة الاسلامية ، اذ قضى بعدم جواز تأييد الوقف الذري ، وعدم جوازه على اكثر من طبقتين (م ١/٨) . ومن ثم فان اعتبار الدين مصدرا رسميا في مسائل الوقف انما يصدق فيما عدا ما تناوله ذلك القانون من هذه المسائل .

٩٨ - ثانيا : مسائل الاحوال الشخصية :

لا يختلف تحديد هذه المسائل ، بحكم طبيعتها ، في القانون اللبناني عنه في القانون المصري . ومن ثم ففي ضوء البيان الذي قدمناه في القانون المصري ، نتكلم في الاهلية والولاية ، ثم في الميراث والوصية ، ثم في المسائل المتعلقة بالاسرة .

٩٩ - (١) الاهلية والولاية :

تخضع مسائل الاهلية والولاية من حيث المبدأ للدين ، اي للشرائع الدينية التي تختلف باختلاف الطوائف .

غير ان تشريعات كثيرة صدرت في بعض هذه المسائل ، تختلف قواعدها تبعا لاختلاف الطوائف على نحو ادى الى تعدد القواعد القانونية التي تحكم كل مسألة تعددا كبيرا . وعليه ففي خصوص القواعد التي تناولتها هذه التشريعات

يكون التشريع هو المصدر الرسمي .

والقواعد الواردة في هذه التشريعات ، منها قواعد موحدته بالنسبة الى جميع الطوائف ، وهي تلك التي وردت في تقنين الموجبات والعقود فيما يتعلق بسن الرشد وتصرفات عديمي الاهلية وناقصيها (م ٢١٥ - ٢١٨) ، وكذلك القواعد التي لا تزال سارية من « المجلة » فيما يتعلق بالمهجورين .

ومنها قواعد تسري على عدد من الطوائف دون غيرها . فهناك قواعد مشتركة بين طائفة السنة وطائفة الشيعة من المسلمين ، وهي التي وردت في قانون تنظيم القضاء الشرعي لسنة ١٩٦٢ فيما يتعلق بآدارة اموال فاقدى الاهلية واستثمارها (٣٨٨ - ٤٢٢) . وهناك قواعد مشتركة بين الطوائف غير الاسلامية ، وهي التي وردت في قانون ٢ نيسان لسنة ١٩٥١ فيما يتعلق بآدارة اموال القصر (م ٦) ، والتي وردت في قانون الارث لغير المحمديين لسنة ١٩٥٩ فيما يتعلق باحكام المفقود من الناحية المالية (م ٣٣ - ٣٨) .

ومنها قواعد قاصرة في الاصل على طائفة واحدة ، وهي التي وردت في « قانون العائلة » المطبق في الاصل على اهل السنة فيما يتعلق باثر الفقد على زواج المفقود (م ١٢٦ - ١٢٩) ، والتي وردت في قانون الاحوال الشخصية للطائفة الدرزية لسنة ١٩٤٨ فيما يتعلق بالولاية والوصاية وتصرفات الوصي والحجر ومفاعيله والمفقود والقيم عليه (م ٨١ - ١٣٦) .

١٠٠ - (٢) الميراث والوصية :

كانت قواعد الميراث والوصية موحدة بالنسبة الى الجميع ، مسلمين وغير مسلمين ، اذ كانت هي قواعد الشريعة الاسلامية وفقا للمذهب الحنفي . غير ان هذه القواعد اصبحت تختلف اليوم باختلاف الطوائف .

فبالنسبة الى الطوائف الاسلامية لا يزال الدين هو المصدر الرسمي في مسائل الميراث والوصية التي لم تصدر في شأنها تشريعات . فطائفة السنة تخضع في ذلك لاحكام الشريعة الاسلامية وفقا للمذهب الحنفي ، وطائفة الشيعة تخضع لاحكام الشريعة الاسلامية وفقا للمذهب الجعفري ، وهذا وذاك فيما عدا

الاحكام التي صدر بها تشريع ، وهي التي وردت في قانون تنظيم القضاء الشرعي لسنة ١٩٦٢ فيما يتعلق بتحرير التركات (م ٣٥٧ - ٣٨٧) . وطائفة الدروز تخضع لتقاليدھا الدرزية الخاصة كما قنتها قانون الاحوال الشخصية للطائفة الدرزية لسنة ١٩٤٨ (الفصل الثامن عشر في الوصية والارث : م ١٤٥ - ١٦٩) ، وللمذهب الحنفي فيما عدا ذلك .

وبالنسبة الى الطوائف غير الاسلامية لم يعد الدين مصدرا رسميا في مسائل الميراث والوصية على الاطلاق ، حيث أصبح قانون الارث لغير المعتمدين لسنة ١٩٥٩ هو التشريع الذي يعتبر المصدر الرسمي في هذه المسائل . وتخضع كل الطوائف غير الاسلامية لهذا القانون ، وهو قانون علماني لم يستمد مباشرة من الشرائع الدينية ، كما أن تطبيق احكامه ادخل في صلاحيات المحاكم المدنية العادية ، وبذلك خرجت مسائل الميراث والوصية من صلاحيات المحاكم الروحية او المذهبية غير الاسلامية . ويلاحظ ان هذا القانون يشمل احكام الارث والوصية ، ولذلك نسخ قانون الوصية السابق لسنة ١٩٢٩ (م ١٢٩ / ٢) .

١٠١ - (٣) المسائل المتعلقة بالاسرة :

يعتبر الدين في هذا المجال مصدرا رسميا فيما عدا المسائل التي صدرت في شأنها تشريعات .

واغلب التشريعات الصادرة في هذا الشأن تشريعات خاصة بالمسلمين وهي :

- (١) قانون العائلة العثماني الذي قضى الشارع اللبناني بتطبيقه على اهل السنة (م ٢٤٢ من قانون تنظيم القضاء الشرعي لسنة ١٩٦٢) . (٢) النصوص الواردة في قانون تنظيم القضاء الشرعي لسنة ١٩٦٢ في شأن التحكيم في دعاوى التفريق (م ٣٣٧ - ٣٤٧) وفي شأن كيفية اجراء عقد الزواج (م ٣٤٨ - ٣٥٦) ، وهي نصوص تطبق على طائفة السنة وطائفة الشيعة .
- (٣) النصوص المتعلقة بنظام الاسرة في قانون الاحوال الشخصية للطائفة الدرزية لسنة ١٩٤٨ (م ١ - ٨٠ وم ١٣٧ - ١٤٤) ، وهي تتضمن احكاما

في مختلف مسائل الأسرة . وهذه التشريعات بوجه عام مستمدة من احكام الشريعة الاسلامية ، ومن ثم تعتبر الشريعة هي المصدر التاريخي لها .
اما فيما يتعلق بغير المسلمين فان التشريعات الصادرة في هذا الشأن قليلة نظرا الى تعدد طوائفهم تعددا كبيرا ، فلا نكاد نجد نصوصاً تشريعية فيما يتعلق بنظام الأسرة عندهم سوى النصوص الخاصة باثبات بنوة الولد غير الشرعي الواردة في قانون الارث لغير المحمديين لسنة ١٩٥٩ ، وهي نصوص علمانية مأخوذة من القوانين الغربية ، احلها الشارغ اللبناني محل القواعد الدينية المختلفة التي كانت مطبقة من قبل .

المبحث الثاني

العرف

١٠٢ - عناصر الموضوع :

يقتضينا الكلام في العرف ان نعرف اولا معناه ، وكيف تطور مركزه في مختلف الشرائع بوجه عام ، وما يتصل بذلك من المزايا التي تنهص به والعيوب التي تؤخذ عليه . تم نعرض لأركانه كي نقف على الشروط التي يلزم توافرها لقيامه ، وهو ما يؤدي بنا الى التفرقة بينه وبين العادة الاتفاقية . ثم نتبين في ضوء ما تقدم اساس قوته الملزمة . واخيرا نحدد مدى الدور الذي يقوم به ، حيث يظهر مركزه بين المصادر الرسمية للقانون وخاصة القانون اللبناني والقانون المصري ، كما يتضح نصيبه في فروع القانون المختلفة .

المطلب الاول

التعريف بالعرف ومزاياه وعيوبه

١٠٣- تعريف. تطور مركز العرف كمصدر رسمي للقانون في مختلف الشرائع بوجه عام :

العرف La coutume ، كمصدر رسمي للقانون ، هو اعتياد الناس على سلوك معين في ناحيه من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة

يسود الاعتقاد بأنها ملزمة . ويطلق اصطلاح العرف كذلك على القواعد القانونية ذاتها التي تنشأ من اعتياد الناس على مثل هذا السلوك . فالاصطلاح ذاته يستعمل أحيانا بمعنى المصدر ، ويستعمل أحيانا أخرى بمعنى القواعد التي تستمد من هذا المصدر . والعرف بهذا المعنى هو أول مصدر رسمي للقانون ظهر في تاريخ المجتمع لبشري كما سبق أن قلنا . فهو المصدر الذي توحى به الفطرة في مجتمع بدائي . ولذلك كان له الشأن الأول في المجتمعات القديمة ، حيث تسيطر التقاليد ، ولا توجد من الضرورات الاجتماعية ما يدعو السلطة الحاكمة إلى التدخل لفرض قواعد قانونية . فإذا تقدمت المدنية وازدادت نواحي النشاط في المجتمع ، أصبح العرف قاصراً عن الوفاء بحاجة الجماعة إلى القواعد التي تنظم الحياة فيها ، وظهرت إلى جانبه مصادر أخرى تهذب منه وتحل محله ، وهي الدين والقانون الطبيعي وخاصة التشريع . وهذه هي الحال في الشرائع القديمة جميعها : فقد بدأ القانون الروماني مجموعة من القواعد العرفية . حتى إذا تقدمت المدنية الرومانية جمعت هذه القواعد في الألواح الأثني عشر المعروفة وأصبح التشريع إلى جانب العرف مصدراً رسمياً للقانون . وكان القضاء والفقهاء مصدرين رسميين كذلك في المكانة الأولى من الأهمية في نشوء القانون وتطوره .

وكان هذا أيضاً هو شأن الشريعة الإسلامية . فقد كانت الأمة العربية في عصر الجاهلية خاضعة لمجموعة من العادات اصطبغ بعضها بصبغة الدين الوثني ، وكانت قبائل متفرقة لا يجمعها سلطان واحد ، حتى تهيأ لها طريق الوحدة العربية بظهور الرسالة المحمدية . ولما بعث النبي صلى الله عليه وسلم رسولاً قل شأن العرف وقام الدين مصدراً رسمياً للقانون . ومع ذلك فقد بقي العرف مصدراً للقانون في الشريعة الإسلامية ، ولا يزال من المبادئ المقررة في هذه الشريعة أن العادة محكمة ، بمعنى أن يجعل حكمها لإثبات حكم شرعي .

كذلك بدأ القانون الانكليزي مجموعة من العادات التي تخضع لها القبائل الانكلوسكسونية ، ثم اقترنت بعادات القبائل النورماندية التي فتحت الجزيرة الانكليزية في القرن الحادي عشر . ولما تطورت المدنية الانكليزية صار القضاء

مصدراً رسمياً للقانون إلى جانب العرف. ثم قام التشريع مصدراً آخر فأصبح هو والقضاء المصدرين الرئيسيين في الشريعة الانجليزية في الوقت الحاضر . كما بدأ القانون الفرنسي القديم عرفاً ، ثم امتزج به القانون الروماني بعد الفتح الروماني ، ثم وجد قانون الكنيسة . وبعد ذلك انقسمت فرنسا إلى قسمين : القسم الشمالي يطبق العرف ، والقسم الجنوبي يطبق القانون الروماني . ولما قويت الملكية في فرنسا جمعت قواعد العرف وقام إلى جانبها التشريع كمصدر رسمي للقانون . وما زال التشريع يقوى حتى صدرت تقنينات نابليون فأصبح هو المصدر الرسمي الرئيسي في القانون الفرنسي .

ويتضح من هذه النظرة السريعة في الشرائع القديمة وما صار إليه الأمر في العصر الحديث أنه بقدر ما تتقدم الحياة الاجتماعية ويقوى سلطان الدولة تزداد أهمية التشريع في وضع القواعد القانونية . وقد أصبح التشريع أهم مصدر رسمي للقانون في أغلب الدول الحديثة ، وبقي العرف مصدراً احتياطياً يكمل ما في التشريع من نقص ، حيث يلتجأ إليه إذا لم تكن هناك قاعدة في التشريع .

المجلة الكويتية للعلوم الإسلامية

١٠٤ - مزايا العرف :

تقابل مزايا العرف عيوب التشريع :

فقد رأينا أن التشريع يؤخذ عليه أن قواعده قد تأتي غير ملائمة لظروف المجتمع ، وأنها إذا جاءت ملائمة لهذه الظروف حين وضعها ، فإن صحتها في نصوص مكتوبة يضمني عليها من الجمود ما يقف بها عن مسايرة التطور ، وقد يتمد الشارع عن تعديلها على النحو الذي يستجيب لمقتضيات هذا التطور^(١) .

أما العرف فإنه يتكون مما جرى الناس عليه في معاملاتهم الاقتصادية وأحوالهم الاجتماعية ، ومن ثم تتميز قواعده بأنها تعبر أصدق تعبير عما يرتضيه

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٦٢ .

أفراد المجتمع في تنظيم علاقاتهم ، فتكون بحكم نشأتها على هذا النحو ملائمة للظروف الاجتماعية . كما تؤدي هذه الطريقة ذاتها في نشوء القواعد العرفية إلى تطورها بتطور الظروف في المجتمع ، فتظل على وجه الدوام ملائمة لهذه الظروف .

١٠٥ - عيوب العرف :

تقابل عيوب العرف مزايا التشريع ، وهي كثيرة :

(١) فقد رأينا أن التشريع يمكن منه بسرعة وسهولة لمواجهة الأوضاع الجديدة في المجتمع ، كما يمكن المسارعة إلى تعديله كي يسير التطور في الحياة الاجتماعية . أما العرف فإنه يتكون من اعتياد الناس على سلوك معين حتى يتوفر له الاستقرار والثبات . فهو أداة بطيئة في تكوين القواعد القانونية ، بحيث يقصر عن تزويد الجماعة في العصر الحديث بما تحتاج إليه من قواعد لمواجهة حاجاتها المتجددة بالسرعة الواجبة .

(٢) ويمتاز التشريع بأنه يوضع في نصوص مكتوبة ، فتأتي قواعده في صياغة محكمة تكفل الاستقرار والأمن في التعامل وتساعد الأفراد على معرفة حقوقهم وواجباتهم . أما العرف فإن قواعده تتكون تدريجياً ، كما ينقصها الوضوح والتحديد ، ولذلك قد يصعب التثبت من وجود القاعدة ، أو التحقق من مضمونها ، مما ينافي الاستقرار والأمن في المعاملات .

(٣) ويعتبر التشريع أداة لتوحيد النظام في الدولة ، إذ أن قواعده تنفذ في كل إقليم الدولة ، فتكون عاملاً على تحقيق الوحدة القومية . بينما العرف أكثره محلي ، ولذلك فهو يؤدي إلى تعدد النظم في الدولة الواحدة ، الأمر الذي يفكك وحدتها ويعرقل تقدمها .

(٤) ويصلح التشريع أداة لتطوير المجتمع ، حيث يمكن من إدخال النظم والأخذ بالمبادئ التي ينادي بها المصلحون أو يقتبسونها من خارج بيئتهم^(١) .

(١) انظر فيما تقدم تفصيلاً لمزايا التشريع فقرة ٦١ .

أما العرف فإنه يمثل نزعة المحافظة على القديم بما تنطوي عليه من حب التقاليد والحرص على المؤلف ، بحيث لا يكون التخلص منه أمراً يسيراً . ولذلك فهو لا يتيح الفرصة للأخذ بالأفكار الجديدة التي يرى فيها المصلحون خيراً للجماعة إلا بعد زمن طويل .

على أن هذه المقارنة بين العرف والتشريع ، إن كانت تدل دلالة واضحة على تخلف مرتبة العرف بالنسبة إلى التشريع في أغلب القوانين الحديثة ، فإنها لا تعني إمكان الاستغناء عن العرف كمصدر رسمي للقانون . إذ أن النقص في التشريع أمر لا سبيل إلى ملافاته بحكم طبيعة الأشياء كما قدمنا ، ولهذا فإن العرف مصدر لا غنى عنه ، حيث يكمل ما في التشريع من نقص ، كما يعاونه في تحديد المعايير التي يعجز عن تناولها بسبب ما لها من طابع خاص يوجب تركها للظروف أو البيئة . وسنرى تفصيلاً لذلك عند الكلام في الوظائف التي يقوم بها العرف .

المطلب الثاني

أركان العرف

١٠٦ - أركان العرف :

رأينا أن العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة . ويتضح من هذا التعريف أن العرف يقوم على ركنين : ركن مادي ، وهو اعتياد الناس على سلوك معين . وركن معنوي ، وهو اعتقاد الناس بأن القاعدة التي نشأت من هذا السلوك قاعدة ملزمة .

١٠٧ - الركن المادي : الاعتياد :

قوام الركن المادي للعرف هو اعتياد الناس على نوع من السلوك في خصوص أمر من أمور حياتهم الاجتماعية . حيث تنشأ بينهم عادة نتيجة اتباعهم

لسلوك معين واطراد العمل به . فهي عادة لا تفرضها سلطة معينة كما هي الحال بالنسبة إلى التشريع ، ولا توحى بها جهة معينة كما هي الحال بالنسبة إلى القواعد التي يستقر عليها القضاء أو الفقه ، وإنما تنشأ مما يختطه الأفراد لأنفسهم من قواعد في ضوء الظروف المحيطة بهم . فقد يحصل أن عدداً قليلاً من الأشخاص يسلكون طريقة معينة في تنظيم أمر يعنيهم بوحى من عقولهم وعلى هدى الظروف التي تحيط بهم ، ثم يتكرر هذا المسلك من غيرهم بحكم غريزة حب التقليد ، والميل إلى ما هو مألوف ، وإيثاره على غير المعروف . وهكذا تطرد العادة وتستقر ، حتى تصبح ثابتة ويرسخ أثرها في النفوس . ومن ثم يشترط في العادة usage التي يقوم عليها الركن المادي للعرف ما يأتي :

(١) فيجب أن تكون العادة عامة . ويرجع هذا الشرط إلى خاصة التجريد والعموم التي تثبت لكل قاعدة قانونية ، حيث يجب في العرف أن يكون عاماً بهذا المعنى . ومن هذا ينبغي ألا تكون العادة قاصرة على أشخاص معينين بالذات ، وإنما تتوجه إلى الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم . كما ينبغي أن يسود اتباعها لدى الأغلبية من الأفراد في النطاق الذي تنطبق فيه . فقد تكون شاملة لكل إقليم الدولة . وقد تقتصر على جهة معينة من هذا الإقليم ، فيكون العرف حينئذ محلياً . وقد تقتصر على طائفة محدودة من الأشخاص يزاولون مهنة معينة كالتجار والمزارعين ، فيكون العرف حينئذ مهنياً أو طائفيماً . بل إنها قد تقتصر على شخص واحد كرئيس الدولة حين يعتاد على إصدار نوع خاص من القرارات ، إذ ينشأ في هذه الحالة عرف يخوله إصدار مثل هذه القرارات . ففي كل هذه الصور لا يتحتم أن يتبع العادة جميع الأفراد الذين يعنيهم حكمها في النطاق الذي نشأت فيه ، بل يكفي أن يسود اتباعها لدى الأغلبية منهم .

٢ - ويجب أن تكون العادة قديمة . بمعنى أن يكون قد مضى على نشوئها مدة هي من الطول بحيث تدل على رسوخ أثرها في النفوس وقيام عرف

مستقر على أساسها . وليست هناك مدة محددة في هذا الشأن ، فهي تختلف باختلاف نوع السلوك ومدى تكراره في حياة الأفراد، ولذلك يقدرها القاضي بحسب الظروف .

٣ - ويجب أن نكون العادة ثابتة . ويراد بذلك أن يطرد اتباعها بطريقة منتظمة على نحو يتوفر فيه معنى الاستقرار . فلا يتبعها الناس في أوقات ويعدلون عنها في أوقات أخرى . على أن هذا لا يعني أن عدول بعض الأشخاص عن اتباعها يكفي لنفي الثبات عنها . فالعبرة في هذا الشأن بغلبة اتباعها في أكثر الحالات . وهذه مسألة يقدرها القاضي كما هي الحال في شرط القدم ، إذ أن قدم العادة وثباتها أمران يساهمان في استقرار العرف .

٤ - ويشترط أخيراً ألا تكون العادة مخالفة للنظام العام أو الآداب في المجتمع . إذ أن العرف الذي ينطوي على هذه المخالفة لا يكون قانوناً (١) .

ويصدق هذا الشرط على إطلاقه بالنسبة إلى العرف المحلي ، وكذلك العرف المهني أو الطائفي . فلا يصح أن يتعارض مثل هذا العرف مع ما استقر في الجماعة بأسرها من مبادئ متعلقة بالنظام العام والآداب ، سواء كانت هذه المبادئ مقررة بنصوص تشريعية أم لم تكن كذلك .

أما فيما يتعلق بالعرف الشامل لجميع الناس في كل إقليم الدولة فلا يتصور

(١) وتطبيقاً لذلك فإن القوانين الخاصة بالنظام القضائي في شبه جزيرة سيناء وواحدية وواحدة والداخلية والخارجية البحرية، تعتمد بالعرف الموجود في هذه الجهات وتجعل له الأفضلية على التشريع ولكنها تشترط في الأخذ به أن يكون مطابقاً للعدالة والآداب والحقوق الطبيعية . كذلك نصت المادة ٩ من الدستور اللبناني على أن «حرية الاعتقاد مطلقة ، والدولة بتأديتها فروض الاجلال لله تعالى تحترم جميع الأديان والمذاهب وتكفل حرية إقامة الشعائر الدينية تحت حمايتها ، على ألا يكون في ذلك إخلال في النظام العام ، وهي تضمن أيضاً للأهلين على اختلاف ملهم احترام نظام الأحوال الشخصية والمصالح الدينية» .

أن يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب إلا إذا كان يتعارض مع نص تشريعي أمر ، إذ في هذه الحالة لا تجوز مخالفة التشريع بعرف شامل . وفيما عدا هذه الحالة يكون العرف الشامل ، وقد تكون في ضمير الجماعة بأسرها ، قد ساهم في تحديد مضمون فكرة النظام العام والآداب ، وهي فكرة مرنة متطورة كما سبق أن رأينا ، مما لا يتصور معه اشتراط موافقة مثل هذا العرف للنظام العام والآداب في الجماعة .

١٠٨ - الركن المعنوي : عقيدة الالتزام :

لا يكفي لقيام العرف أن تكون العادة بالشروط التي ذكرناها ، بل يجب كذلك أن يتوفر الركن المعنوي للعرف ، بمعنى أن يتولد الاعتقاد لدى الناس بأن هذه العادة ملزمة باعتبارها قاعدة قانونية لها جزاء مادي توقعه السلطة العامة جبراً على من يخالفها ، شأنها في ذلك شأن القاعدة التشريعية سواء بسواء .

ويتكون هذا الاعتقاد تدريجياً ، حتى يأتي الوقت الذي يصبح فيه أمراً محققاً . ولذلك فإنه في مرحلة هذا التكوين قد يختلف الشراح والمحاكم في أن عادة معينة قد أصبحت عرفاً ، كما أن البعض قد يراها مجرد عادة لا ترقى إلى مرتبة العرف ثم يعود بعد ذلك فيعتبرها عرفاً . فإذا جاء الوقت الذي يسود الاعتقاد فيه بأن هذه العادة أصبحت ملزمة ، صارت عرفاً لا سبيل إلى الجدل فيه .

فالذي يميز العرف عن العادة بالمعنى الذي قدمناه هو هذا الركن المعنوي . فطالما لم يقم في ذهن الناس اعتقاد بأن عادة معينة أصبحت ملزمة ، فإن هذه العادة لا تعتبر عرفاً ، أي لا تكون قانوناً ملزماً (١) .

(١) قد يقع خلط أحياناً بين العرف والعادة . وقد ساعد على هذا الخلط ان الشارع نفسه استعمل أحياناً لفظ العادة بمعنى العرف الملزم، واستعمل أحياناً أخرى لفظ العرف بمعنى العادة التي لم ترق بعد الى مرتبة العرف .

ويلاحظ أن هناك فريقاً من العادات ينشأ بين الناس على سبيل المجاملة ،
كتبادل الهدايا في مناسبات معينة وتبادل الزيارات والتهنئة والمواساة ونحو
ذلك . ومثل هذه العادات لا تعيننا في هذا المقام ، إذ لا صلة لها بالعلاقات
القانونية بين الناس ، فهي من قبيل المجاملات التي لا يتصور شعور الناس
بالإلزام إزاءها .

أما العادة بالمعنى المقصود في هذا المقام فهي التي تتصل بالعلاقات القانونية
بين الأفراد بحيث يقوم عليها الركن المادي للعرف كما قلنا . وقد رأينا أنها
تنشأ من اتباع الأفراد لها في معاملاتهم ، ولذلك يقال لها العادة الاتفاقية .
وسنفرق الآن بينها وبين العرف ، ثم نتبين النتائج التي تترتب على هذه التفرقة .

١٠٩ - التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية :

إن الذي يميز العرف عن العادة هو أن العرف يجتمع له الركنان المادي
والمعنوي ، أما العادة فلا يتوفر لها سوى الركن المادي . فالعرف تثبت له
قوة الإلزام باعتباره قاعدة قانونية ، بينما تفتقر العادة إلى هذه القوة . ومؤدى
هذا أن العرف ينطبق فيلتزم به الأفراد إذا توافرت شروط انطباقه كما هو
الشان في أية قاعدة قانونية ، دون أن يتوقف ذلك على إرادتهم . أما العادة
فلا تكون لها هذه القوة الذاتية في الإلزام ، لأنها ليست قاعدة قانونية ،
ومن ثم لا يلتزم بها الأفراد إلا حين يريدون ذلك باشتراطها في معاملاتهم
صراحة أو ضمناً ، وحينئذ تستمد قوتها الملزمة من اتفاق المتعاقدين على العمل
بمقتضاها . ولهذا جرى الاصطلاح على تسميتها بالمادة *l'usage*
conventiomnel

= ولكن التعبير الصحيح الذي يجمع عليه الفقه ان لفظ العرف *coutume* يطلق على القاعدة
القانونية الملزمة ، وأن لفظ العادة *usage* يطلق على القاعدة التي لم ترق بعد الى مرتبة العرف
لافتقارها الى عنصر الإلزام . ويؤيد ذلك ان الشارع المصري استعمل لفظ العرف عندما عدد
المصادر الرسمية للقانون في المادة الاولى من التقنين المدني .

ومن أمثلة العادة ما تجري به العادة بين تجار الفاكه عند البيع بسعر المائة حبة ، من احتساب المائة مائة وعشرة أو مائة وعشرين إلى غير ذلك بحسب نوع المبيع واختلاف المناطق . وما تجري به العادة في بعض المحال العامة كالفنادق والمطاعم والمقاهي من قيام العملاء بدفع وهبة (بقشيش) بنسبة معينة من قيمة الحساب إلى القائمين بالخدمة في هذه المحال . وإن كانت هذه العادة قد بدأت تتحول إلى عرف . وما تجري به العادة في مصر من أنه إذا اشترك شخصان ، فقدم أحدهما رأس المال وتعهده الثاني بإدارة الأعمال ، فإن توزيع الأرباح بينهما يكون بنسبة الثلثين للشريك الذي قدم رأس المال وبنسبة الثلث للشريك الذي قام بإدارة الأعمال .

ويلاحظ أن القواعد التي ينشئها العرف ، كغيرها من القواعد القانونية ، قد تكون قواعد أمرة ، وقد تكون قواعد مكلة . ومن أمثلة القواعد العرفية الأمرة الحقوق التي كانت ثابتة للأجانب في مصر بمقتضى العرف قبل إلغاء الامتيازات الأجنبية . وكذلك حق الزوجة في بعض البلاد ، كفرنسا ، في أن تسمى بلقب زوجها . ومن أمثلة القواعد العرفية المكلة اعتبار أثاث المنزل مملوكاً للزوجة بين المسلمين في مصر . وكذلك العرف الموجود في شبه جزيرة سيناء والواحات .

وقد رأينا أن القاعدة القانونية المكلة هي التي يجوز إبرام تصرف بها يخالف حكمها ، فهي تكون ملزمة للأفراد إذ لم تتجه إرادتهم حين التصرف إلى ما يخالف الحكم الذي تقرره . ومن هذا يتبين الفارق بين العادة الاتفاقية والقاعدة العرفية المكلة . فالعادة الاتفاقية لا تلزم المتعاقدين إلا إذا اتفقا على الأخذ بها صراحة أو ضمناً ، ولهذا قلنا إنها تستمد قوتها الملزمة من اتفاقها على العمل بمقتضاها . بينما القاعدة المكلة لا تلزم المتعاقدين إلا إذا لم يتفقا على ما يخالف حكمها ، إذ أن عدم وجود مثل هذا الاتفاق هو شرط انطباق تلك القاعدة كما سبق أن فصلنا^(١) . فإذا وجد اتفاق بين المتعاقدين ينظم المسألة

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٤٩ .

التي تعنيها ، سواء كان هذا الاتفاق صريحاً أو كان ضمناً يستفاد من ظروف التعاقد ، وجب الأخذ بهذا الاتفاق في جميع الأحوال . وإذا لم يوجد هذا الاتفاق فإن العادة لا يؤخذ بها ، أما القاعدة المكملة فيجب تطبيقها .

وهناك حالات يحيل فيها الشارع بمقتضى النص على العادة الاتفاقية ، فيرفعها بذلك إلى مرتبة العرف الملزم ، حيث تصبح كلقاعدة المكملة يجب تطبيقها ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف حكمها . ففي هذه الحالة لا يكون تطبيق العادة رهيناً بإرادة الطرفين المتعاقدين ، وإنما تطبق إذا لم يتفقا على خلاف ما تقضي به سواء اتجهت إرادتهما إلى الأخذ بها أو لم تتجه إلى شيء من ذلك ، شأنها في هذا شأن القاعدة القانونية المكملة . إذ أن العادة حينئذ لا تستمد قوتها الملزمة من إرادة الطرفين المتعاقدين ، بل تستمد هذه القوة من نص القانون .

ومن أمثلة هذه الحالات ما نصت عليه المادة ٢٣٢ مدني مصري من أنه « لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية » . وما نصت عليه المادة ٤٣٢ مدني مصري من أنه « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » . وما نصت عليه المادة ١٠١٩ مدني مصري من أنه « تخضع حقوق الاتفاق للقواعد المقررة في سند إنشائها ولما جرى به عرف الجهة والأحكام الآتية » . ويلاحظ أن المقصود بالعرف في هاتين المادتين الأخيرتين هو العادة الاتفاقية .

١١٠ - نتائج التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية :

تقوم التفرقة التي ذكرناها بين العرف والعادة الاتفاقية على أساس أن العرف قاعدة قانونية ، بينما العادة مجرد قاعدة ألفها الناس في التعامل ، فلا

تكون ملزمة لهم إلا باعتبارها شرطاً يرد صراحة أو ضمناً في التعاقد .
ويترتب على هذه التفرقة نتائج هامة نذكر منها ما يأتي :

١ - فما دام أن العرف قانون فيجب على القاضي أن يطبقه من تلقاء نفسه في الدعوى المرفوعة أمامه . إذ أن تطبيق القانون من واجب القاضي ، فلا يلزم أن يطلب منه ذلك من له مصلحة من الخصوم . أما العادة الاتفاقية فتعتبر شرطاً من شروط العقد ، ولذلك ينبغي أن يتمسك بها من له مصلحة من الخصوم حتى يطبقها القاضي .

٢ - ويرتبط بهذه النتيجة أن الخصم لا يكون عليه أن يثبت العرف ، إذ أن تطبيق القانون من عمل القاضي وحده ، والقاضي مفروض فيه أن يكون على علم بالقانون فلا يكلف أحد بإثباته . ولهذا يجب على القاضي أن يتحرى وجود العرف كما يتحرى وجود التشريع ، إذ أن من واجبه أن يبحث من تلقاء نفسه عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق . أما العادة الاتفاقية فلأنها شرط من شروط العقد لا يفترض علم القاضي بها . ولهذا يجب على من يتمسك بها أن يثبت وجودها ، كما يثبت اتجاه إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بها .

٣ - ويطبق العرف سواء علم به الخصوم أو لم يعلموا به ، حيث لا يجوز الاعتذار بجهد أحكام القانون . أما العادة فإنها لا تطبق إلا على أساس انصراف إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بها ، وهذا يقتضى بطبيعة الحال أن يكونا على علم بها ، فإذا جهلها أحدهما أو كلاهما فلا تطبق ، إذ لا يمكن في هذه الحالة أن تكون إرادتها قد انصرفت إلى التقييد بها .

٤ - ويخضع تطبيق العرف لرقابة محكمة النقض أو التمييز ، إذ أن وظيفة هذه المحكمة هي مراقبة صحة تطبيق القانون . أما العادة فهي من قبيل الواقع الذي يكون التقدير فيه لقاضي الموضوع دون معقب ، فلا يخضع القاضي لرقابة محكمة النقض أو التمييز في تقدير وجودها أو انصراف إرادة المتعاقدين إلى التقييد بها . وسنفصل هذه المسألة في الفقرة التالية .

١١١ - الاثبات ورقابة محكمة النقض أو التمييز فيما يتعلق بالعرف والعادة الاتفاقية :

لكي يتضح ما هنالك من فارق في هذا الشأن بين العرف والعادة الاتفاقية يجدر أن نشير إلى التفرقة بين القانون والواقع في الدعوى . فالادعاء بحق أمام القضاء يثير البحث في عنصرين : الأول هو وقائع الدعوى ، وهذه يطالب المدعي بإثباتها ، والإثبات هنا يتناول مسائل موضوعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ، فلا يخضع في هذا التقدير لرقابة محكمة النقض أو التمييز . والثاني هو القانون الذي يطبق على ما ثبت لدى القاضي من وقائع ، وهذا التطبيق من عمل القاضي وحده ، فلا يكلف الخصم بإثبات في هذا الخصوص ، ويخضع القاضي في هذا التطبيق لرقابة محكمة النقض أو التمييز . فمثلاً إذا رفع المشتري على البائع دعوى بتسليم المبيع ، كان على المشتري أن يثبت عقد البيع ، وهذه مسألة موضوعية يقرها القاضي أو ينفيها بحسب ما يتوافر لديه من الأدلة دون أن يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض . فإذا ثبت عقد البيع لدى القاضي وجب عليه أن يطبق القاعدة القانونية التي تفرض على البائع التزاماً بتسليم المبيع ، وهذه القاعدة لا يكلف الخصم بإثباتها ، ويخضع القاضي في تطبيقها لرقابة محكمة النقض أو التمييز .

وتطبيقاً لهذا قلنا إن الخصم لا يكون عليه أن يثبت العرف لأنه قانون ، والقاضي مفروض فيه أن يكون على علم بالقانون ، ومن واجبه أن يطبقه على ما ثبت لديه من وقائع الدعوى ، لا فرق في ذلك بين قاعدة تشريعية وقاعدة من قواعد العرف ، فهو يتحرى وجود العرف كما يتحرى وجود التشريع . أما العادة الاتفاقية فلأنها شرط من شروط العقد تعتبر من قبيل الواقع ، فيكون على الخصم الذي يتمسك بها أن يثبتها كما يفعل في سائر شروط العقد الصريحة أو الضمنية ، فهو يثبت وجودها ، كما يثبت اتجاه إرادة المتعاقدين إلى التقيد بها .

على أن ثمة اعتبار عملي يفرق بين العرف والتشريع في هذا الخصوص .

فالتشريع نصوص مدونة يسهل التعرف عليها. أما العرف فقانون غير مكتوب، وقد يكون من العسير على القاضي أن يحيط به ولا سيما إذا كان عرفاً محلياً أو طائفيًا يختلف باختلاف الجهات والمهن، ولهذا فإن من مصلحة الطرف الذي يتمسك به أن يقوم بإثباته، كما أن القاضي يستطيع أن يطلب منه هذا الإثبات. ولكن ليس من شأن هذا الإثبات أن يجعل العرف في منزلة الواقعة التي تفتقر إلى الإثبات، إذ يظل على الرغم من ذلك قانوناً لا يطالب الخصم بإثباته. وآية ذلك أن القاضي إذا كان يلم بالعرف فإنه يأخذ به من تلقاء نفسه، وإذا لم يكن ملماً به كان في وسعه أن يأخذ به متى اقتنع بوجوده بأية وسيلة وفي أية حالة كانت عليها الدعوى، دون أن يتقيد في هذا بالأوضاع التي يخضع لها إثبات الوقائع.

كذلك قلنا تطبيقاً لما تقدم إن تطبيق العرف يخضع لرقابة محكمة النقض أو التمييز لأنه قانون، أما العادة الاتفاقية فهي من قبيل الواقع الذي يكون التقدير فيه لقاضي الموضوع دون معقب، فلا يخضع القاضي لرقابة محكمة النقض أو التمييز في تقدير وجودها أو انصراف إرادة المتعاقدين إلى التقيد بها. وقد أدى الاعتبار العملي الذي ذكرناه إلى وجود خلاف في الفقه حول مدى خضوع القاضي لرقابة محكمة النقض في التثبت من وجود العرف وفي تطبيقه. فذهب رأي إلى أن التثبت من قيام العرف يترك أمره لقاضي الموضوع، فلا يخضع فيه لرقابة محكمة النقض أو التمييز، أما تطبيق العرف بعد أن ثبت قيامه فيخضع لرقابة محكمة النقض أو التمييز. وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأي، فقضت بأن تقدير قيام العرف من سلطة محكمة الموضوع دون رقابة لمحكمة النقض عليها^(١). ولكن الرأي الذي نراه صواباً، وهو رأي جمهور الفقه، أن قاضي الموضوع يخضع لرقابة محكمة النقض أو التمييز سواء في التثبت من قيام العرف أو في تطبيقه له. وهذا

(١) نقض مدني في ١٨ أبريل سنة ١٩٥٧، الهامات ٣٨ - ٥٤٣ - ٢٤٢.

هو النظر السليم الذي يتفق مع كون العرف قانوناً . وقد قيل لتبرير عدم رقابة محكمة النقض أو التمييز لأمر التثبيت من وجود العرف، إن هذه الرقابة تؤدي بمحكمة النقض أو التمييز إلى البحث في الوقائع الاجتماعية التي ساهمت في تكوين العرف . مع أن قاضي الموضوع لا يخضع لسلطة هذه المحكمة في تقديره للوقائع . ويلاحظ على هذا التبرير أن الوقائع التي يمتنع على محكمة النقض أو التمييز أن تخوض فيها هي وقائع النزاع في الدعوى المعروضة عليها ، وهي الوقائع التي يجري تطبيق القانون عليها ، أما الوقائع الاجتماعية التي أدت إلى قيام العرف فهي بعيدة عن هذا النطاق . وقد قلنا إن الصعوبة العملية التي يتعرض لها قاضي الموضوع في تفصي وجود العرف ، إذا كانت تبيح له أن يطالب الخصم بإثباته ، فليس من شأنها أن تؤدي إلى تجاهل الاعتبارات القانونية التي تخول محكمة النقض أو التمييز أن تبسط رقابتها في هذا الشأن . ولا وجه لأن نفرق فيما يتعلق بهذا الرقابة بين التثبيت من وجود العرف وتطبيقه ، إذ أن رقابة محكمة النقض أو التمييز على صحة تطبيق العرف ، وقد أصبحت أمراً مسلماً ، تقتضي حتماً أن تتحقق ابتداء من وجود هذا العرف . فلها أن تعقب على قاضي الموضوع إذا طبق عرفاً غير قائم . كما أن لها أن تعقب عليه إذا أغفل عرفاً قائماً ، سواء تمسك به الخصم أو لم يتمسك^(١) ، وسواء نجح في إثباته أو لم ينجح ، وسواء فطن القاضي إليه أو لم يفتن .

المطلب الثالث

اساس القوة الملزمة للعرف

١١٢ - يستمد العرف قوته الملزمة من ارادة الجماعة ؛

منذ أن صارت للتشريع الغلبة على العرف بين المصادر الرسمية للقانون ناز

(١) قارن حكم محكمة النقض المصرية المشار اليه (١٨ ابريل سنة ١٩٥٧) .

البحث في أساس القوة الملزمة للعرف لمعرفة مركزه بالنسبة إلى التشريع من حيث قدرته على خلق القواعد القانونية .

فذهب رأي قديم إلى ان اساس القوة الملزمة للعرف هو إرادة الشارع الضمنية . فما دام الشارع لا يعترض على العرف الذي يتكون في المجتمع فإن هذا يعني انه قد رضي به رضاه ضمنيا . وبذلك يستمد العرف قوته الملزمة من إرادة الشارع الضمنية ، بينما يستمد التشريع هذه القوة من إرادة الشارع الصريحة . ويلاحظ على هذا الرأي أن العرف سابق في وجوده على التشريع . كما ان إرادة الشارع في حقيقتها ليست إلا تعبيراً عن ارادة الجماعة . فسواء كان الشارع هيئة معينة ، او حتى فرداً واحداً ، فإنه ليس سوى اداة تستخدمها الجماعة للتعبير عن ارادتها في نصوص تشريعية .

وذهب رأي آخر الى ان العرف يستمد قوته الملزمة من الضمير الجماعي . وذلك استناداً الى أنه سابق في وجوده على التشريع ، بدليل ما كان عليه الحال في الجماعات القديمة . فهو ينشأ ويتطور في ضمير الجماعة نتيجة لعوامل مختلفة ، دون ان تتدخل في خلقه وتطوره سلطة خارجية .

وهناك من يرى ان اساس القوة الملزمة للعرف هو قضاء المحاكم . فإذا اطردت احكام المحاكم واستقرت على قاعدة معينة أصبحت هذه القاعدة عرفاً ملزماً . اي ان هذه الأحكام هي التي تخلق العرف وتعطيه القوة الملزمة . ولا يقدر في هذا القول أن يكون القضاء في أخذه بقاعدة عرفية قد استلهم الاتجاهات والأفكار السائدة في الجماعة ، إذ أنه باطراده واستقراره على هذه القاعدة هو الذي يخضع عليها وصف القاعدة القانونية الملزمة . ويؤخذ على هذا النظر أن العرف يتكون مما يختطه افراد المجتمع فيما بينهم ويحرون على اتباعه الى ان يرسخ اثره في نفوسهم ويتولد لديهم الاعتقاد بأنه ملزم لهم . وإذا كان للقضاء فضل لا ينكر في تحديد مضمون العرف ، وفي تأكيد قوته الملزمة ، فإن هذا لا يعني انه ينشئ العرف او يعطيه هذه القوة . وحتى في الحالات التي يهيء فيها القضاء لقيام عرف باستقراره على معنى واحد ، فإن العرف

لا يوجد حينئذ إلا بعد ان يجري الناس على اتباعه ويقوم الاعتقاد لديهم بأنه ملزم . فالعرف قانون ملزم قبل ان تطبقه المحاكم ، وما تطبيق المحاكم لقواعده إلا تقرير لصفحتها القانونية .

كما يذهب رأي آخر في الفقه الحديث الى ان العرف يستمد قوته الملزمة من الضرورة الاجتماعية التي تفرضه وتحتم وجوده لتنظيم المجتمع . فالثبات اللازم للروابط بين الأفراد يقضي بأن تكون القاعدة العرفية ملزمة . كما ان الأخذ بهذه القاعدة يتفق مع غرائز الإنسان الطبيعية التي تتمثل في احترام العرف الثابت . هذا الى انها بحسب شروطها ترضي المصالح المتعارضة التي كثيرا ما يقصر التشريع عن التوفيق بينها . ويلاحظ على هذا الرأي ان ضرورة العرف لتنظيم المجتمع إنما هي التي تبرر اعتباره مصدرا للقواعد القانونية ، وليست هي التي تعطيه القوة الملزمة .

وفي ضوء هذا كله ننتهي الى أن الرأي الذي نعتقد في سلامته هو الذي يذهب الى أن العرف يستمد قوته الملزمة من إرادة الجماعة . فثمة واقعة ثابتة لا جدال فيها ، وهي أن العرف كان المصدر الرسمي للقانون في الأزمنة القديمة ، فهو سابق في وجوده على الدين والتشريع ، ولهذا قلنا إنه أول مصدر رسمي للقانون ظهر في تاريخ المجتمع البشري . كما أن العرف يتكون من اعتياد الناس تدريجياً على سلوك معين يختطونه لأنفسهم في تصرفاتهم حتى يسود بينهم ويستقر أثره في نفوسهم . وهذان الأمران يدلان دلالة واضحة على أن العرف يستند في قوته الملزمة الى الإرادة الجماعية لأفراد المجتمع . فهو بهذا تعبير مباشر عن إرادة الجماعة ، بينما التشريع تعبير غير مباشر عن هذه الإرادة ، إذ أن إرادة الشارع تستمد قوتها كما قلنا من إرادة الجماعة . فأساس القوة الملزمة للعرف هو بعينه أساس القوة الملزمة لأية قاعدة قانونية أخرى . فالقاعدة القانونية أيا كان مصدرها إنما تستمد قوتها الملزمة من إرادة الجماعة . وليست المصادر الرسمية للقواعد القانونية إلا وسائل للتعبير عن هذه الإرادة . وإذا كان الشارع المصري في المادة الأولى من التقنين المدني يعترف بالعرف

كمصدر رسمي للقانون ، فإنه لا يضيف بهذا الاعتراف أمراً جديداً فيما يتعلق بالقوة الملزمة للعرف ، إذ أن هذه القوة تتوفر للعرف دون حاجة إلى ذلك الاعتراف . غاية الأمر أن الشارع في هذا النص حدد مرتبة العرف باعتباره مصدراً احتياطياً يكمل ما في التشريع من نقص ، بحيث لا يلتجأ إليه إلا إذا لم تكن هناك قاعدة في التشريع . وسنرى أن للعرف وظائف أخرى غير ذلك يصرح بها الشارع في النص في حالات معينة .

المطلب الرابع

دور العرف في القانون المصري والقانون اللبناني

١١٣ - مكانة العرف في القوانين الحديثة :

يتبين لنا مما تقدم أن العرف في الأزمنة القديمة كان المصدر الرسمي للقانون الذي لا يزاحمه مصدر آخر . ثم ظهر الدين بعد ذلك فأخذ يهذب منه ويحل محله . ولما سارت المجتمعات في طريق التقدم وزاد النشاط فيها وتعددت الروابط الاجتماعية ظهر التشريع كأداة ضرورية للوفاء بحاجة الجماعة إلى القواعد اللازمة في هذا الشأن . وما زالت تزداد أهمية التشريع حتى احتل مكان الصدارة بين مصادر القانون في أغلب القوانين الحديثة ، بل إنه أخذ يطفى على ما عداه من مصادر إلى حد كبير .

ومع ذلك فقد بقي العرف مصدراً لا غنى عنه في هذه القوانين . فهو وإن أصبح في المرتبة الثانية بعد التشريع ، إلا أن وجوده كمصدر احتياطي يكمل ما في التشريع من نقص أمر حتمي . فقد رأينا أن النقص في التشريع لا تمكن ملافاته ، وذلك بحكم طبيعة الأشياء التي تجعل إحاطة الشارع بكل شيء أمراً متعذراً ، وبحكم التطور الذي لا يقف عند حد فيؤدي إلى خلق صور من العلاقات لم تخطر للشارع على بال .

وهذا هو شأن العرف في القانون المصري والقانون اللبناني ، فضلاً عن وظائف أخرى نعرض لها فيما يلي .

١١٤ - مركز العرف بالنسبة الى التشريع في القانون المصري والقانون اللبناني :

الوظيفة الأساسية للعرف هي تكملة النقص الموجود في التشريع . وعلى هذا النحو يأتي العرف في المرتبة الثانية بعد التشريع ، فإذا لم يجد القاضي قاعدة تشريعية يطبقها على النزاع المعروض عليه التجأ الى العرف . يضاف الى ذلك أن الشارع قد يعرض لمسألة معينة ، فيستعين في القاعدة التي يضعها بالعرف لتحقيق أغراض مختلفة ، كتنظيم هذه المسألة من أساسها ، أو تحديد بعض المعايير المرنة في شأنها ، أو تفسير نية المتعاقدين . كما ان الشارع قد يرى في بعض الحالات ان القاعدة العرفية اكثر ملاءمة من القاعدة التشريعية ، فيضع هذه الاخيرة ولكنه يجعل للقاعدة العرفية الأفضلية عليها ان وجدت . وهذا يثير البحث في مدى قدرة العرف على مخالفة أو إلغاء التشريع .

فهذه وظائف ثلاث للعرف نعرض لها فيما يلي ، فتكلم في العرف المكمل للتشريع ، ثم في العرف المعاون له ، ثم في العرف المخالف له .

١١٥ - العرف المكمل للتشريع :

يأتي العرف في المرتبة الثانية بعد التشريع لإكمال ما فيه من نقص . وتقول المادة الأولى من التقنين المدني المصري في هذا المعنى: « فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف .. » . كما تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا التقنين: « الواقع ان العرف هو المصدر الذي يلي التشريع في المرتبة ، فمن الواجب ان يلجأ إليه القاضي مباشرة إذا 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 إلى جانب التشريع مصدراً تكليلاً 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) . وعلى هذا النحو يعتبر العرف في القانون المصري مصدراً رسمياً تكميلياً يلجأ إليه القاضي إذا أعوزته قاعدة في التشريع . وعلى الرغم من إطلاق العبارة الواردة في المذكرة الإيضاحية فإن العرف لا يعتبر مصدراً لقواعد القانون الجنائي ، حيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص . أما في سائر فروع القانون الأخرى فيعتبر العرف مصدراً رسمياً، وإن كان نصيبه يختلف باختلاف هذه الفروع كما سنرى .

ولا يختلف القانون اللبناني في هذا عن القانون المصري، رغم عدم وجود نص فيه يحدد مرتبة العرف بين المصادر الرسمية للقانون . فمما لا شك فيه أن العرف في القانون اللبناني يعتبر مصدراً رسمياً تكميلياً يلجأ إليه القاضي إذا لم يجد قاعدة في التشريع .

١١٦ - العرف المعاين للتشريع :

قد يعرض الشارع لمسألة معينة ، فيستعين في القاعدة التي يضعها بالعرف لتحقيق أغراض يكون العرف بالنسبة إليها أكثر ملاءمة من التشريع أو اقدر على تحقيقها ، كما يتضح مما يأتي :

١ - فهناك حالات يترك فيها الشارع للعرف تنظيم المسألة التي يعرض لها في النص .

من ذلك ما تنص عليه المادة ٢٣٣ مدني مصرى من ان «الفوائد التجارية التي تسري على الحساب الجاري يختلف سعرها القانوني باختلاف الجهات ، ويتبع في طريقة حساب الفوائد المركبة في الحساب الجاري ما يقضي به العرف التجاري» . ففي هذا النص ترك الشارع تحديد طريقة حساب الفوائد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ص ١٨٧ و ١٨٨ .

المركية في الحساب الجارى للعرف التجارى .
٢ - وفي حالات اخرى يستعين الشارع بالعرف في تحديد بعض المعايير
المرنة التي يتخذها في القاعدة المنصوص عليها .

من ذلك ما تنص عليه المادة ١٤٨ فقرة ثانية مدني مصري من انه « لا
يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول ايضا ما هو من
مستزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » .
فالالتزامات التي تترتب على العقد باعتبارها من مستزماته ، ولو لم ترد فيه ،
يستعين الشارع في تحديدها بالعرف . وتنص المادة ٣٧١ موجبات وعقود
لبناني في هذا المعنى كذلك على انه « يجب ايضا على القاضي ان يعتمد من
تلقاء نفسه بالبند المرعية عرفاً ، وان كانت لم تذكر صراحة في العقد » .
وما تنص عليه المادة ٤٣٢ مدني مصري من انه « يشمل التسليم ملحقات
الشيء المبيع وكل ما اعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما
تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة الجهة وقصد المتعاقدين » . فتحديد
ملحقات الشيء وما اعد بصفة دائمة لاستعماله يستعين الشارع فيه بالعرف

وما تنص عليه المادة ٤٤٢ موجبات وعقود لبناني والمادة ٤٤٨ مدني
مصري من انه « لا يضمن البائع عيباً جري العرف على التسامح فيه » .
فالبائع يلتزم نحو المشتري بضمان ما في المبيع من عيوب خفية تنقص من قيمته
او نفعه ، وذلك فيما عدا العيوب البسيطة ، وهذه يستعان في تحديدها بالعرف .
(٣) كما يستعين الشارع بالعرف في تفسير نية المتعاقدين .

من ذلك ما تنص عليه المادة ١٥٠ فقرة ثانية مدني مصري من انه « اذا
كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النسبة المشتركة للمتعاقدين
دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة
التعامل ، وبما ينبغي ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف
الجارى في المعاملات » .

وما تنص عليه المادة ٩٥ مدني مصري من أنه « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة » .

ويلاحظ أن الإحالة في هذين النصين واردة على عادة اتفاقية لم ترق إلى مرتبة العرف الملزم ، إلا أن الشارع بهذه الإحالة الصريحة رفعها إلى مرتبة العرف ، فأصبحت كالقاعدة المكملة يجب تطبيقها ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف حكمها (١) .

١١٧ - مدى قدرة العرف على مخالفة التشريع أو إلغائه :

رأينا أن القاعدة ، في القانون اللبناني والقانون المصري ، أن العرف لا يطبق في مسألة معينة إلا إذا لم يوجد نص تشريعي في هذه المسألة . ومقتضى هذا أنه لا يجوز أن يخالف العرف التشريع أو يلغيه .

ويؤيد هذا فيما يتعلق بعدم جواز إلغاء العرف للتشريع ما نصت عليه المادة الثانية من التقنين المدني المصري من أنه « لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ... » . كما تقول المذكرة الإيضاحية في هذا المعنى : « وغنى عن البيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق » (٢) .

أما فيما يتعلق بعدم جواز مخالفة العرف للتشريع فإن الشارع قد يرى في بعض الحالات أن يضع قاعدة مكملة ، ولكنه يفضل عليها القاعدة العرفية إن وجدت .

(١) انظر ما قلناه في هذا المعنى فيما تقدم فقرة ١٠٩ .

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

من ذلك ما تنص عليه المادة ٤٥٦ فقرة أولى مدني مصري من أن
« يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد
اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » .

وما تنص عليه المادة ٤٥٧ فقرة أولى مدني مصري من أنه « يكون الثمن
مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف
يقضي بغير ذلك » .

وما تنص عليه المادة ٤٦٣ مدن مصري من أنه « إذا لم يعين الاتفاق أو
العرف مكاناً أو زماناً لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان
الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل
من زمن » .

وما تنص عليه المادة ٤١٣ موجبات وعقود لبناني والمادة ٤٦٤ مدني
مصري من أن « نفقات تسليم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق
يقضي بغير ذلك » .

وما تنص عليه المادة ٦٥٦ مدني مصري في خصوص عقد المقاوله من
أنه « يستحق دفع الأجرة عند تسليم العمل ، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق
بغير ذلك » .

ففي مثل هذه الحالات يؤخذ بالاتفاق إن وجد ، فإن لم يوجد تطبق
القاعدة العرفية إن وجدت رغم وجود القاعدة التشريعية . ويلاحظ أنه إذا
كانت القاعدة العرفية يؤخذ بها في هذه الحالات رغم مخالفتها للقاعدة
التشريعية ، فإن هذا لا يعني أنها تلغى القاعدة التشريعية ، بل يقتصر أثرها
على استبعاد تطبيقها . إذ أن التشريع لا يجوز إلغاؤه إلا بتشريع مثله كما
قلنا ، كما لا يجوز أن يلغى العرف التشريعي لأنه أدنى منه مرتبة .

وفي غير هذه الحالات الاستثنائية التي أشارت النصوص فيها بترجيح
العرف على بعض القواعد التشريعية المكتملة ، لا يجوز أن ينشأ عرف يخالف
التشريع .

فالقاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز أن يخالف العرف التشريع قاعدة مطلقة بالنسبة إلى القواعد التشريعية الآمرة ، ولا يرد عليها استثناء بالنسبة إلى القواعد التشريعية المكملة إلا في الحالات التي وردت في مثل النصوص التي ذكرناها .

وقد حسب البعض أن القاعدة لا تنطبق بالنسبة إلى القواعد التشريعية المكملة ، حيث يجوز أن ينشأ عرف يخالف هذه القواعد حتى في غير الحالات المنصوص عليها . لكن يلاحظ على هذا الرأي أنه يخالف القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة الأولى من التقنين المدني المصري . فإذا وجدت في المسألة الواحدة قاعدة تشريعية وأخرى عرفية طبقت الأولى دون الثانية . كما حسب البعض أن القاعدة لا تنطبق في القانون التجاري بالنسبة إلى القواعد المكملة . لكننا نلاحظ هنا أن المقصود في نطاق هذا القانون هو العادات الاتفاقية التي لم تبلغ بعد مرتبة العرف الملزم ، وهذه يؤخذ بها على أساس كونها شرطاً ضمنياً في العقد يستخلص الاتفاق عليه من ظروف التعاقد ، حيث يجوز الاتفاق على ما يخالف القاعدة المكملة .

كذلك يرى البعض أن القاعدة لا تنطبق بالنسبة إلى القواعد التشريعية الآمرة فضلاً عن القواعد المكملة ، إذا كانت القواعد الآمرة لا تتصل بمصالح الدولة الأساسية ، ولا سيما فيما يتعلق بالعرف التجاري . وذلك استناداً إلى ما تنص عليه المادة ٢٣٢ مدني مصري من أنه « لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية » . فهذا النص يميز أن يخالف العرف التجاري نصاً آمراً في القانون المدني لا يتصل بمصالح الدولة الأساسية . ولذلك رأى فريق الاعتراف بهذه القدرة للعرف التجاري ، ورأى فريق آخر أن هذه القدرة تثبت للعرف المدني كذلك أسوة بالعرف التجاري . ويؤخذ على هذا الرأي أن النص المذكور لا يورد استثناء على القاعدة . ذلك أن الأخذ بقاعدة عرفية في

القانون التجاري رغم مخالفتها لقاعدة تشريعية أمرة في القانون المدني لا يعني تغليب العرف على التشريع ، إذ لكل من القاعدتين نطاقها الذي تنطبق فيه . فالقانون المدني ، باعتباره الشريعة العامة في علاقات القانون الخاص ، لا تنطبق قواعده في خصوص مسألة تدخل في نطاق القانون التجاري إلا إذا لم تكن هناك قاعدة تجارية تحكم هذه المسألة . بحيث إذا وجدت قاعدة في القانون التجاري تبين حكم هذه المسألة وجب تطبيقها ، سواء كانت قاعدة تشريعية أو قاعدة عرفية ، لأن شرط انطباق القاعدة المدنية لا يتوافر في هذه الحالة . وبذلك لا يصح أن يستخلص من جواز تطبيق القاعدة العرفية التجارية بالرغم من مخالفتها للقاعدة التشريعية المدنية الأمرة أن العرف يمكن أن يخالف التشريع الأمر . فلا يجوز للعرف التجاري أن يخالف التشريع التجاري الأمر ، ولا يجوز للعرف المدني أن يخالف التشريع المدني الأمر . وهذا هو ما تقضي به القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة الأولى من التقنين المدني المصري . كما يفرضه ما عرفناه من أن العرف لا يجوز أن يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، إذ أن المسائل التي تنظمها القواعد التشريعية الأمرة تتعلق بالنظام العام أو الآداب .

وعلى هذا النحو يجب أن يفهم نص المادة ١/٤ من قانون التجارة اللبناني التي تقول : « على القاضي عند تحديد مفاعيل العمل التجاري أن يطبق العرف المتوطد ، إلا إذا ظهر أن المتعاقدين قصدوا مخالفة أحكام العرف ، أو كان العرف متعارضاً مع النصوص الاشتراعية الإلزامية » . فتقديم النصوص الأمرة بمقتضى هذا النص على العرف إنما يراد به تغليب القواعد التشريعية التجارية الأمرة على العرف التجاري إذا قام تعارض بينهما . أما إذا كان التعارض قائماً بين قاعدة تشريعية مدنية أمره وعرف تجاري فيجب تغليب العرف التجاري على اعتبار أن شرط انطباق القاعدة المدنية لا يتوافر في هذه الحالة كما ذكرنا . وقد أشارت المادة الثانية من قانون التجارة اللبناني صراحة إلى هذا الاعتبار فيما قضت به من أنه « إذا انتفى النص في هذا القانون فتطبق على المواد التجارية أحكام القانون العام ، على أن تطبيقها لا يكون إلا على

نسبة اتفاقها مع المبادئ المختصة بالقانون التجاري ، . فالقانون العام في هذا النص يقصد به القانون المدني باعتباره الشريعة العامة في علاقات القانون الخاص . وبمقتضى هذا النص فإنه في القانون اللبناني يجب تغليب العرف التجاري على القاعدة المدنية الآمرة وفقاً لما فصلناه .

ومن هذا كله ننتهي إلى ما قلناه من أن العرف لا يجوز أن يلغى التشريع . كما لا يجوز أن يخالف التشريع إلا في الحالات المنصوص عليها فيما يتعلق ببعض القواعد التشريعية المكتملة .

١١٨ - نصيب العرف في فروع القانون المختلفة :

رأينا أن العرف يعتبر مصدراً رسمياً تكميلياً يلجأ إليه القاضي إذا لم يجد قاعدة تشريعية . غير أن نصيبه في إنتاج القواعد القانونية لإكمال النقص الموجود في تشريع يختلف باختلاف فروع القانون :

١ - ففي القانون المدني نجد القواعد العرفية قليلة . ويرجع ذلك إلى وفرة القواعد التشريعية في هذا النطاق من زمن بعيد ، ومبادرة الشارع إلى التدخل لمواجهة التطورات الجديدة في المجتمع .

ومن أمثلة القواعد العرفية المدنية ما قلناه من اعتبار أثاث المنزل مملوكاً للزوجة بين المسلمين ، وهو افتراض يقوم على أساس ما جرت به العادة الغالبة من قيام الزوجة المسلمة بتأثيث المنزل عند الزواج ، بحيث يجوز نقضه بالدليل العكسي .

٢ - وفي القانون التجاري يظهر أكبر دور للعرف في إنتاج القواعد القانونية في نطاق القانون الخاص . حيث تختلف طرائق التعامل باختلاف نوع التجارة ، كما قد تختلف باختلاف الجهات ، ولذلك يترك الشارع كثيراً من المسائل التفصيلية للعرف . وعلى هذا النحو لا تكفي النصوص التشريعية لمواجهة حاجات التجارة ، ويتكفل العرف بتنظيم ما لم يتناوله التشريع . ومن أمثلة القواعد العرفية التجارية افتراض التضامن بين المدينين ، بحيث

يكون للدائن في المعاملات التجارية عند تعدد المدينين أن يطالب أي مدين بكل الدين ، وذلك على خلاف ما هو مقرر في القواعد المدنية التي تقضي بأن التضامن لا يفترض، بل يجب أن يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون (١/٢٤م موجبات وعقود لبناني و م ٢٧٩ مدني مصري) ، وقد أصبحت هذه القاعدة العرفية اليوم قاعدة تشريعية في القانون اللبناني (م ٢/٢٤م موجبات وعقود و م ٢٥٦ تجاري) . ومن الأمثلة كذلك جواز تقاضي فوائد عن متجمد الفوائد ، أو تقاضي فوائد تزيد في مجموعها على رأس المال ، وذلك في بعض الحالات كما هو الشأن بالنسبة الى الحساب الجاري ، وذلك على خلاف ما هو مقرر في القواعد المدنية في مصر التي تحرم ذلك (م ٢٣٢ مدني مصري) . ومن الأمثلة أيضاً جواز أن يتعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه لحساب شخصين مختلفين ، وذلك على خلاف ما هو مقرر في القواعد المدنية في مصر التي تحرم ذلك (م ١٠٨ مدني مصري) .

٣ - وفي القانون الدولي العام يعتبر العرف أهم مصدر لقواعد هذا القانون . وذلك نظر إلى عدم وجود هيئة تشريعية دولية تملك سن قوانين تلزم الدول على النحو الموجود بالنسبة إلى القانون الداخلي . وقد سبق أن تكلمنا في هذا المعنى (١) .

٤ - وفي القانون الدستوري يعتبر العرف من مصادر القواعد الدستورية . ومن أمثلة القواعد العرفية الدستورية ما جرى عليه العرف الدستوري في لبنان من قيام مجلس النواب بتفويض الحكومة في اصدار «مراسم اشتراعية» في مسائل معينة ولمدة محددة (٢) . وفي مصر في ظل دستور سنة ١٩٢٣ ثبتت للسلطة التنفيذية بمقتضى العرف الحق في اصدار لوائح الضبط ، إذ لم يكن يتضمن ذلك الدستور نصاً يخول هذا الحق . وقد نص الدستور

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٢ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٦٧ .

المصري الحالي على هذا الحق فأصبح قاعدة تشريعية (م ١٢٢) .

٥ - وفي القانون الإداري يعتبر العرف من مصادر القواعد الإدارية .
ومن أمثلة القواعد العرفية الإدارية ما قضت به محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة المصري من أنه إذا كانت هناك لائحة لا تزال مشروعاً لم يقن، ورغم ذلك التزمتها الجامعة وطبقتها باطراد ، فإنها تصبح قاعدة تنظيمية عامة تعتبر مخالفتها مخالفة قانونية ، ذلك أن المخالفة القانونية ليست مقصورة على مخالفة نص في قانون أو لائحة ، بل هي تشمل مخالفة كل قاعدة جرت عليها الإدارة والتزمتها واتخذتها منهجاً لها (١) .

٦ - أما في القانون الجنائي فلا يعتبر العرف ، كما قلنا ، مصدراً للقواعد الجنائية . ذلك أن من المبادئ الأساسية في قانون العقوبات تلك القاعدة التي تقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي (م ١ و ٦ عقوبات لبناني) .
وتحرص الدساتير عادة على إيراد هذا المبدأ (م ٨ من الدستور اللبناني و م ٢٥ من الدستور المصري) لاتصاله اتصالاً وثيقاً بالحرية الفردية .

غير أنه إذا كان العرف لا ينشئ جريمة ولا يحدد عقوبة فإنه ، حيث يكون هناك نص تشريعي يعاقب على جريمة معينة ، قد يعاون في تحديد معيار يجعله النص أساساً لتوافر أركان هذه الجريمة . مثل ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه « إذا كانت لائحة السيارات لم تنص على أنه يجب على سائق السيارة أن يلزم السير على يمين الطريق فإن العرف جرى على ذلك واستقر نظام المرور عليه بحيث إذا خولف هذا العرف كان حقاً على المخالف أن يؤخذ بمقتضى المادة ٢٨ من لائحة السيارات التي تحظر قيادة السيارات بسرعة أو بكيفية ينجم عنها بحسب ظروف الأحوال خطر ما على حياة الجمهور وممتلكاته » (٢) .

(١) محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة في ٤ مايو سنة ١٩٥٠، الهاماة ٣١ - ٢٣٥ - ٧٢ .

(٢) نقض جنائي في ٦ أبريل سنة ١٩٤٨ ، الهاماة ٢٩ - ٧١٧ - ٣٦٦ .

المبحث الثالث

مبادئ الشريعة الإسلامية في القانون المصري

١١٩ - دور الشريعة الإسلامية كصدر احتياطي في مسائل المعاملات المالية في القانون المصري :

رأينا أن الدين يعتبر مصدراً رسمياً يرجع إليه في مسائل الأحوال الشخصية بعد التشريع . فحيث لا يوجد نص تشريعي في خصوص إحدى هذه المسائل يرجع إلى الدين الذي يعتبر بهذه المثابة مصدراً احتياطياً في هذه الحالة . غير أنه يلاحظ مانو هنا به فيما تقدم من أن دور الدين في هذا المجال كمصدر احتياطي يختلف في أهميته عن الدور الذي تقوم به المصادر الاحتياطية الأخرى في مجال المعاملات المالية . ذلك أن الجزء الأكبر من مسائل الأحوال الشخصية ما زال متروكاً لحكم الدين ، بينما في نطاق المعاملات المالية تقوم المصادر الاحتياطية بدور ضئيل . والدين في مجال الأحوال الشخصية هو الشريعة الإسلامية بالنسبة إلى المسلمين ، والشرائع الدينية الأخرى بالنسبة إلى غير المسلمين . وهذا مع ملاحظة ما قلناه من أن الشريعة الإسلامية في هذا المجال في القانون المصري هي الشريعة العامة بالنسبة إلى جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين . بحيث أن اختصاص الشرائع غير الإسلامية اختصاص استثنائي مقيد ، سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع ، وذلك في الحدود التي بينها فيما تقدم .

وفضلاً عن هذا الدور الذي تقوم به الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية في القانون المصري ، فإنها في هذا القانون كذلك تعتبر مصدراً احتياطياً في مسائل المعاملات المالية يرجع إليه بعد العرف . فقد نصت المادة الأولى من التقنين المدني المصري في فقرتها الثانية على ما يأتي : « فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ

القانون الطبيعي وقواعد العدالة . وهذا تجديد استحدثه الشارع المصري في التقنين المدني الحالي ، إذ كان دور الشريعة الإسلامية من قبل كمصدر رسمي للقانون قاصراً على مسائل الأحوال الشخصية .

ولكي نتبين المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية في هذا الصدد يحسن أن نلقي ضوءاً على المراحل التي مر بها هذا النص في مشروع التقنين المدني المصري . فقد كانت المادة الأولى من المشروع التمهيدي لهذا التقنين تجعل دور الشريعة الإسلامية قاصراً على كونه مصدراً يستلهمه القاضي للاستئناس فحسب ، فلا يكون عليه أن يتقيد به ، كما هو الشأن بالنسبة إلى الفقه والقضاء . فبعد أن ذكرت المصادر الرسمية التي يستقى منها القاضي القاعدة القانونية ، أضافت في فقرتها الثالثة ما يأتي : « ويستلهم في ذلك الأحكام التي أقرها القضاء والفقه مصرياً كان أو أجنبياً وكذلك يستلهم مبادئ الشريعة الإسلامية » (١) . وفي لجنة المراجعة أجرى تعديل في هذه المادة يجعل مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً ملزماً ويوضع في الترتيب قبل مبادئ القانون الطبيعي

(١) وجاء في المذكرة الإيضاحية تعليقاً على هذا النص ما يأتي : « على أن المصادر المتقدمة جميعاً مصادر ملزمة بمعنى أن القاضي يلزم بتطبيق القواعد التي تستقي منها وفقاً للترتيب المتقدم . وقد شفع المشروع تلك المصادر ببيان العناصر التي يستأنس بها في استخلاص هذه القواعد وتقصي مفهومها دون أن يكون لها قوة في الإلزام . فنصت الفقرة الثالثة على أن القاضي يستلهم في هذا الشأن الأحكام التي أقرها القضاء والفقه مصرياً كان أو أجنبياً وكذلك مبادئ الشريعة الإسلامية . والإشارة إلى القضاء والفقه بهذا التعميم لا تعدو أن تكون تقنيناً لما جرت عليه أحكام المحاكم المصرية منذ عهد بعيد . فهي تستشهد بأراء المصريين والأجانب من الفقهاء والقضاء الوطني والأجنبي على حد سواء . أما التنويه بمبادئ الشريعة الإسلامية فهو تجديد قصد به قضاء حق هذه الشريعة لا بوصفها مصدراً تاريخياً لشتى من قواعد المشروع فحسب ، بل بوصفها مثلاً فريداً من مثل للصياغة الفنية الرفيعة . وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد ظفرت بمكانة بارزة في فقه القانون المقارن وسبقت أرقى التقنينات الحديثة إلى الكشف عن نظرية التعسف في استعمال الحق وغيرها من النظريات الخلقية النزعة فما أحرأها أن تكون مصدراً يستلهمه القضاء المصري ولا سيما أن أكثر أحكام المشروع يمكن تخريجهم على أحكام الشريعة في مذاهبها المختلفة دون عناء » (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ١٨٩) .

وقواعد العدالة حتى يجد مجالاً عند التطبيق ، فأصبحت الفقرة الثانية من هذه المادة تجري على النحو الآتي: « فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تقييد بمذهب معين . فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » .

وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفت من هذه الفقرة عبارة « الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تقييد بمذهب معين » ، لأن حكمها مفهوم في حدود فكرة الملاءمة ، ولم تر اللجنة محلاً للإشارة إلى عدم التقييد بمذهب باعتبار أن الرجوع سيكون إلى المبادئ وهي لا تختلف باختلاف المذاهب (١) .

ويتبين من هذا أن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي في نطاق المعاملات المالية في القانون المصري يقصد به الرجوع إلى المبادئ العامة في هذه الشريعة ، وهي عبارة عن الأصول الكلية التي لا تختلف باختلاف المذاهب . فلا يرجع إلى الحلول التفصيلية أو الأحكام الجزئية التي تختلف في المذاهب ، بل ويختلف فيها فقهاء المذهب الواحد .

كما أن الأخذ بهذه المبادئ يجب أن يراعى فيه التنسيق بينها وبين المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الوضعي في مجلته ، بحيث لا يجوز الأخذ بحكم في الشريعة الإسلامية يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ حتى لا يفقد القانون الوضعي ما يجب أن يتوفر له من تجانس بين أحكامه المختلفة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ١٩٠ - ١٩٢ .

الفرع الثالث

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

١٢٠ - عدم كفاية المصادر الرسمية وواجب القاضي في أن يفصل في كل نزاع يعرض عليه :

هذان أمران يجب التنويه بهما في هذا المقام منذ البداية لأنها يساعدان على معرفة حقيقة المقصود بإحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

فالمصادر الرسمية للقانون في مسائل المعاملات المالية هي كما عرفنا التشريع، ثم العرف ، ثم تأتي بعد ذلك في القانون المصري مبادئ الشريعة الإسلامية . وهذه المصادر قد تقصر عن تزويد القاضي بالقاعدة القانونية التي ينشدها لكي يطبقها على النزاع المعروض أمامه . وهذا القصور أمر طبيعي تفرضه طبيعة الأشياء التي تجعل إحاطة هذه المصادر بكل شيء أمراً متعذراً ، ويؤدي إليه التطور الذي من شأنه أن يخلق في حياة المجتمع صوراً ومعايير وقيماً لم تكن في الحسبان .

ومن ناحية أخرى فثمة قاعدة أساسية تقضي بأنه لا يجوز للقاضي أن يمتنع عن القضاء فيما يعرض عليه من دعاوى بحجة عدم وجود قاعدة قانونية يمكن تطبيقها، فإن امتنع عد امتناعه نكولاً عن أداء العدالة *déni de justice* . وهذا النكول جريمة يعاقب عليها القانون المصري ، إذ تنص المادة ١٢٢ من تقنين العقوبات المصري على أنه « إذا امتنع أحد القضاة في غير الأحوال المذكورة عن الحكم يعاقب بالعزل وبغرامة لا تزيد على عشرين جنياً مصرياً . ويعد ممتنعاً عن الحكم كل قاض أبى أو توقف عن إصدار حكم بعد تقديم طلب إليه في هذا الشأن بالشروط المبينة في قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية ولو احتج بعدم وجود نص في القانون أو بأن النص غير صريح أو بأي وجه آخر . كما تنص المادة ٣ من تقنين اصول المحاكمات المدنية اللبناني على انه « لا يجوز لأية محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو نقصانه ، وإلا عدت

متخلفة عن احقاق الحق . ويمكن أن يعد أيضاً التأخر غير المشروع عن
اصدار الحكم تخلفاً عن احقاق الحق .

وإزاء ذلك القصور في المصادر الرسمية من ناحية ، وواجب القضاء الذي
يقع على عاتق القاضي من ناحية أخرى ، كان حتماً أن تتساح للقاضي الوسيلة
للفصل في النزاع المعروض أمامه إذا أعوزته قاعدة في هذه المصادر . وتتمثل
هذه الوسيلة في أن الشارع يحيل القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد
العدالة . ولهذا نتبين فيما يلي معنى هذه المبادئ والقواعد . وفي ضوء هذا
المعنى نستطيع أن نقف على حقيقة المقصود من إحالة القاضي إليها .

١٢١ - معنى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة :

مرت فكرة القانون الطبيعي في مختلف العصور بمراحل مختلفة من حيث
مدلولها . فقد أريد بهذا القانون أنه قانون كامن في طبيعة الروابط الاجتماعية ،
فهو قانون أزلي ككل القوانين التي تهيمن على الظواهر الطبيعية ، بحيث
لا يختلف بتغير الزمان والمكان ، ويستطيع الإنسان أن يصل إليه من طريق
العقل .

وفي البداية كان ينظر إلى هذا القانون باعتباره قانوناً شاملاً يتضمن
المبادئ الأساسية التي تسيطر على النظام القانوني بأكمله ، كما يتضمن القواعد
التفصيلية التي تتفرع على هذه المبادئ . فوفقاً لهذا النظر تكون هذه المبادئ
والقواعد ثابتة لا تختلف بتغير الزمان والمكان .

وبعد ذلك ظهرت فكرة القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة . بمعنى أن
هذا القانون عبارة عن المثل الأعلى الذي يهتدى به الشارع فيما ينتهي إليه من
حلول وضعية قد تختلف باختلاف الزمان والمكان في ضوء حاجات المجتمع
وظروفه . وبذلك أضحت القانون الطبيعي تبعاً لهذا الاتجاه شاملاً لمجموعة
قليلة من المبادئ التي تمثل الأسس المشتركة بين جميع الأمم وفي مختلف العصور ،
وشاملاً كذلك للقواعد التي يضعها الشارع في ضوء المبادئ مراعيها فيها

ظروف الزمان والمكان .

وفي مرحلة أخيرة أصبح ينظر إلى القانون الطبيعي على أنه فحسب مجموعة المبادئ القليلة المشتركة بين الأمم في مختلف العصور ، يهتدى بها الشارع في كل بلد ، وإن كان يصل في ضوئها إلى قواعد وضعية تراعى فيها ظروف البيئة ، ومن ثم تختلف باختلاف الزمان والمكان .

ومن هنا وجدت فكرة العدالة إلى جانب فكرة القانون الطبيعي . فهذا القانون عبارة عن المبادئ التي تكون المثل الأعلى الذي لا يتغير ، فهي مشتركة بين جميع الأمم ، ويجب على الشارع في كل بلد وفي كل عصر أن يترسما ويعمل على هداها . أما العدالة فهي التي تتكفل بتطبيق هذه المبادئ في حلول تراعى فيها ظروف كل حالة على حدة .

ويخلص من هذا أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا تعتبر مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية بالمعنى الصحيح . فهي لا تمد القاضي بقاعدة مجردة وعامة كما هو شأن التشريع أو العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية ، وإنما تلهمه إلى حل يطبقه على النزاع المعروض عليه إذا لم يجد قاعدة في هذه المصادر . ولهذا لم نذكرها في عداد المصادر الرسمية ، على خلاف ما ذهب إليه كثير من الفقهاء .

١٢٢ - المقصود بأحوال القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد

العدالة :

رأينا أن المادة الأولى من التقنين المدني المصري تقول في فقرتها الثانية : « فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » . فهذه المادة تحيل القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إذا لم يجد نصاً في التشريع ولا قاعدة في العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية .

وقد اتضح مما تقدم أن هذه المبادئ والقواعد لا تعتبر مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية بالمعنى الصحيح ، وذلك على الرغم من الإحالة عليها في النص الذي يعدد مصادر هذه القاعدة . وآية ذلك ما ذكرته المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني المصري في هذا الخصوص من أن عبارة «مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة» وما شاكلها من عبارات أخرى في التقنينات الأجنبية «لا ترد القاضي إلى ضابط يقيني» ، وإنما هي تلزمه أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء»^(١) .

ومن ثم فإن إحالة القاضي إلى هذه المبادئ والقواعد إنما يقصد بها تكليفه بأن يجتهد برأيه للوصول إلى حل يطبقه على المسألة المعروضة أمامه . ولذلك فإن عبارة التقنين المدني السويسري قد تكون أكثر توفيقاً في التعبير عن هذا المعنى . فقد نصت المادة الأولى منه على أن القاضي حين لا يجد نصاً في

(١) فقد جاء في هذه المذكرة الإيضاحية تعليقاً على الشق الخاص بالإحالة إلى مبادئ القانون البقي وقواعد العدالة ما يأتي : «وهذا الشق لا يستحدث جديداً ، وإنما ينقل العبارة الواردة في المادة ٥٢ من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة دون تغيير . ولم يشأ المشروع أن يحارى التقنين المدني السويسري فيأذن للقاضي بأن يطبق في هذه الحالة ما كان يضع هو من القواعد لو عهد إليه بأمر التشريع (فقرة ٢ من المادة ١) بعد أن أخذ على هذه الصيغة من ناحية الشكل أنها تحول القضاء حق إنشاء الأحكام القانونية مع أن عمله ينحصر في تطبيق هذه الأحكام فحسب . ولم يشأ المشروع كذلك أن يحيل القاضي إلى المبادئ العامة في قانون الدولة (م ٣ من التقنين المدني الإيطالي الجديد) أو إلى مبادئ القانون العامة فحسب (م ١ من التقنين الصيني) بل احتفظ بعبارة القانون الطبيعي وقواعد العدالة . وإذا كانت عبارة التقنينات الحديثة تفضل هاتين العبارتين من بعض الوجوه بسبب ما يؤخذ عليها عادة من الإبهام إلا أن الواقع أن هذه العبارات جميعاً لا ترد القاضي إلى ضابط يقيني وإنما هي تلزمه أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء . وهي تقتضيه في اجتهاده هذا أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتي خاص فتحيله إلى مبادئ أو قواعد كلية تنسبها ثلثة إلى القانون الطبيعي وثارة إلى العدالة وثارة إلى قانون الدولة أو إلى القانون بوجه عام دون نعت أو تخصيص» (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ١٨٨) .

التشريع أو عرفاً يحكم وفق ما كان يضعه هو من قواعد لو عهد إليه بأمر التشريع .

فإذا لم يجد القاضي نصاً في التشريع ولا قاعدة في العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإنه يستلهم مبادئ العدل المجرد التي تتضمنها فكرة القانون الطبيعي مراعيًا في ذلك الظروف والملابسات الخاصة بالحالة المعروضة أمامه . فهو ليس بصدد تقرير قاعدة مجردة وعامة تقوم على أساس العدل بمعناه القانوني ، وهو الذي يؤخذ فيه بالوضع الغالب ، وإنما يبحث للوصول إلى حل يراعى فيه جانب العدالة التي ينظر فيها إلى ظروف كل حالة بعينها^(١).

ويجب ألا يصدر القاضي في اجتهاده هذا عن معتقداته الذاتية ، وإنما يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة تراعى فيها المبادئ التي تسود النظام القانوني بأكمله .

ومها تواترت الأحكام في مسألة معينة على نمط واحد استناداً إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، فإن هذا لا يؤدي إلى خلق قاعدة قانونية . ولهذا قلنا إن هذه المبادئ والقواعد لا تعتبر مصدراً رسمياً بالمعنى الصحيح . وغنى عن البيان أن استلهم القاضي لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إنما يقتصر على الحالة التي لا يوجد فيها حكم في التشريع أو العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية . فإذا وجد حكم في أي من هذه المصادر وجب على القاضي أن يطبقه ، حتى لو بدا له حكماً ظالماً تأباه العدالة . كما أن غموض نص تشريعي أو إبهامه لا يبيح للقاضي أن يعدل عنه إلى هذه المبادئ والقواعد ، بل يجب عليه أن يعمل على تجلية النص للوصول إلى الحكم الذي يقرره من طريق التفسير .

وهذا الذي ذكرناه كله يصدق في القانون اللبناني بطبيعة الحال ، بالرغم

(١) أنظر ما قلناه في التفرقة بين العدل والعدالة فيما تقدم فقرة ١١ .

من عدم ورود نص في هذا القانون على غرار النص المصري ، إذ أن الأمر لا يعدو أن يكون اجتهاداً من جانب القاضي إذا لم يجد قاعدة في المصادر الرسمية ، على أن يكون هذا الاجتهاد في حدود ضوابط موضوعية على النحو الذي فصلناه . فإذا لم يجد القاضي اللبني قاعدة في التشريع ولا في العرف فعليه أن يجتهد رأيه وفقاً لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

وقد استطاع القضاء المصري في كنف مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة أن يقوم بدور جليل في استحداث أحكام لمواجهة أوضاع يقصر التشريع والعرف عن تنظيمها ^(١) . من ذلك أنه على أساس هذه المبادئ والقواعد كفل حماية الملكية المعنوية، وهي الملكية الأدبية والفنية والصناعية، كحق المؤلف إن كان عالماً أو كاتباً في مصنفاة العلمية أو الأدبية ، وإن كان فناناً في مبتكراته الفنية ، وحق المخترع في مخترعاته الصناعية ، وحق التاجر في الاسم التجاري والعلامة التجارية ، وذلك قبل أن تصدر القوانين التي تنظم هذه الحماية ^(٢) . ومن ذلك أيضاً أنه أخذ بفكرة التعسف في استعمال الحق قبل أن يصدر التقنين المدني الحالي الذي ينص عليها في المادة الخامسة منه ، وذلك لتقرير مسؤولية الشخص عما يسببه استعماله لحقه من ضرر للغير ، كأن يبني شخص حائطاً عالياً في ملكه لكي يحجب النور والهواء عن جاره ^(٣) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني في هذا المعنى ما يأتي : « ففي كنف مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة طبقت المحاكم المبادئ العامة في القانون المصري وأخذت ببعض أحكام الشريعة الإسلامية واتبعت بعض القواعد المقررة في تشريعات اجنبية أو معاهدات دولية بل وعمدت إلى استحداث أحكام افتتحتها طبيعة الروابط الاجتماعية دون أن يكون لها سند في سوابق التشريع أو العرف » (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ص ١٨٩) .

(٢) راجع في هذا الخصوص كتابنا في حق الملكية فقرة ١٩٥ .

(٣) انظر في هذا الخصوص كتابنا في مصادر الالتزام فقرة ١٣٥ وما بعدها .

الفصل الثاني

المصادر التفسيرية للقانون اللبناني والقانون المصري

١٢٣ - المصادر التفسيرية والرابطة الوثيقة فيما بينها :

يراد بالمصدر التفسيري المرجع الذي يساعد على تجلية ما في القاعدة القانونية من غموض وتوضيح ما فيها من إبهام . فهو مصدر للاستئناس يسترشد به القاضي في التعرف على حقيقة القواعد التي يستمدّها من مصادرها الرسمية دون أن تكون له قوة ملزمة .

والمصادر التفسيرية للقانون اللبناني والقانون المصري اثنان ، هما الفقه والقضاء . فالفقه هو الجانب العلمي للقانون ، حيث ينظر الفقيه إلى الروابط الاجتماعية نظرة شاملة ، فيعرض الأصول الكلية للقواعد القانونية كي يصل في ضوءها إلى الجزئيات ، ويراعى في بحثه وتنقيح ألوان النشاط المستحدثة في الحياة الاجتماعية والاتجاهات الجديدة فيأخذ بأسباب التطور . والقضاء هو الجانب العملي للقانون ، حيث يطبق القاضي القواعد القانونية على ما يرفع إليه من أفضية ، فيجعل من القانون مادة حية تنمو وتتطور بحيث يصطبغ بطابع العصر الذي وجد فيه .

ومن هذا كان لا بد من التعاون بين الفقه والقضاء . فكل منهما يكمل الآخر . إذ يسترشد القاضي برأي الفقيه فيهتدي بما يرسمه له ، ويستفيد الفقيه من تجارب القاضي فيتجه بفقهه الوجهة التي تتفق مع مقتضيات الحياة العملية .

وعلى هذا النحو فإن الفقه والقضاء هما اللذان ينيران الطريق أمام الشارع ويدفعانه إلى التدخل لتعديل التشريع كي يسير التطور الجديد في المجتمع .

وكثيراً ما تكون آراء الفقهاء وأحكام القضاء هي المصادر المادية التي يستمد منها الشارع ما يضعه من قواعد قانونية .
وتبين فيما يلي مركز الفقه والقضاء قديماً وحديثاً ، كي نخلص إلى تحديد هذا المركز في القانون اللبناني والقانون المصري .

الفرع الاول

الفقه

١٢٤ - تعريف . تطور الفقه :

الفقه *la doctrine* ، كمصدر للقانون ، هو مجموع الآراء التي يقول بها فقهاء القانون . فهو يقوم على استنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية ، مع مناقشة هذه الأحكام ليتبين ما في القانون من نقص أو عيب . ويطلق اصطلاح الفقه كذلك على مجموع الفقهاء الذين تخصصوا في البحث في القانون .

وقد تطور مركز الفقه كمصدر للقانون . فقد كان مصدراً رسمياً في القوانين القديمة ، ثم اصبح مصدراً تفسيرياً في معظم القوانين الحديثة . ولذلك نعرض لهاتين الناحيتين .

١٢٥ - الفقه مصدر رسمي في القوانين القديمة :

ساهم الفقه في تكوين القانون الروماني ، حيث مر بأدوار ثلاثة : ففي الدور الأول كان علم القانون حكراً لرجال الدين ، فهم الذين يقدمون للأفراد صيغ الدعاوى والتصرفات . وفي الدور الثاني أخذ الناس يتعلمون القانون بطرق عملية من طريق استفتاءات يوجهونها إلى رجال القانون ، وأصبحت هذه الفتاوى تؤدي علناً بدون أجر ، إذ كان يدرسها رجال من وجوه اللقوم الأثرياء ولا يبتغون من وراء اشتغالهم بالفقه سوى الوصول إلى المناصب الكبيرة

في الدولة . وفي الدور الثالث سلك الفقه الروماني طريقه العلمي ، فدونت المؤلفات القانونية إلى جانب الفتاوى العملية ، واعتبر الفقه مصدراً رسمياً للقانون الروماني ، حيث أصبح لآراء بعض الفقهاء قوة القانون . كذلك ساهم الفقه في تكوين الشريعة الإسلامية ، حيث مر بمرحلتين ثلاثتين : العهد الأول هو عهد النبي ﷺ ، إذ كان الدين حينذاك هو المرجع الوحيد للشريعة الإسلامية ، ومن ثم كان للشريعة مصدران هما الكتاب والسنة ، فلم يكن للفقه مجال والرسول موجود بين الناس ينزل عليه إلهام ويتلقى عنه المسلمون أمور دينهم ودنياهم .

والعهد الثاني هو الذي يبدأ بالخلفاء الراشدين حتى ظهور ائمة المذاهب الفقهية وتدوين الفقه في الكتب ، حيث وضع الفقهاء أسس الفقه الإسلامي ، وانقسموا في ذلك إلى مدرستين هما أهل الحديث وأهل الرأي . فأهل الحديث لا يكادون يفتنون إلا به ولا يخرجون على آثار السلف الصالح إلا بالقدر الذي تحتمه الضرورة . وأهل الرأي يميلون إلى الاجتهاد والرأي ، فيحكمون العقل ويحددون حتى تتمشى الشريعة مع المذنبات المختلفة والتطورات الجديدة . وقد أخذت هاتان المدرستان في التقارب إلى حد كبير ، وبفضلها أصبح للفقه نصيب وافر في تكوين الشريعة الإسلامية . فقد كان للشريعة في عهد الرسول مصدران هما الكتاب والسنة ، ثم زادهما الفقه في العهد الثاني مصدرين آخرين هما الإجماع والقياس ، وهما المصدران اللذان يضيفان على الشريعة الإسلامية مرونتها ومسارقتها للتطور . وقد بدا الإجماع مقصوراً على صحابة الرسول ، ثم امتد إلى التابعين فتابعيهم ، حتى صار أخيراً إجماع المجتهدين من أمة محمد في عصر من العصور . فإذا اجتمع هؤلاء على حكم كانت له قوة القانون ، ولا خلاف في هذا بين المدرستين . أما القياس فيراد به في هذا المقام الرأي والاجتهاد ، وقد اختلفت المدرستان في الأخذ به إلى حد كبير ، فأهل الرأي يكثرون من القياس والتفريع والاستنباط ويفرضون الفروض المختلفة ، وأهل الحديث لا يلجأون إلى القياس إلا نادراً ولا يفرضون من الفروض إلا ما وقع .

والعهد الثالث هو الذي يبدأ من وقت تدوين الفقه حتى اليوم . وقد كان للفقه في أول هذا العهد النصيب الأوفى في تكوين الشريعة الإسلامية ، حيث ظهرت مذاهب كثيرة أهمها المذاهب الأربعة المعروفة . وأئمتها أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد ابن حنبل . ويرجع إلى هؤلاء الأئمة وتلاميذهم فضل تسجيل فقه من تقدمهم على أسس منطقية ، بحيث يمكن أن يستخلص منه ما استقر عليه الرأي في الفقه والقضاء فيتعين الأخذ به باعتباره إجماعاً . وبالإضافة إلى ذلك فقد قاموا بأعمال إنشائية في الفقه ، فوضعوا التعريفات التفصيلية ، ورأوا استلزام قواعد العدالة والمصلحة العامة باسم الاستحسان عند أبي حنيفة والمصالح المرسلة عند مالك ، ووضعوا مبادئ علم أصول الفقه . والواقع من الأمر أن هذه المذاهب لا تعتبر في حقيقتها مدارس مختلفة في الفقه ، فقد كانت متفقة إلى حد كبير في المبادئ الرئيسية ، ويكاد ينحصر الخلاف بينها في بعض الفروع التفصيلية . ومراعاة لهذا الاعتبار رأينا أن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية كمصدراً احتياطي للقانون المصري في نطاق المعاملات المالية إنما يراد به الرجوع إلى المبادئ العامة التي لا تختلف باختلاف المذاهب دون الاعتداد بالحلول التفصيلية أو الأحكام الجزئية التي تختلف فيها المذاهب بل ويختلف فيها فقهاء المذاهب الواحد (١) .

وعلى هذا النحو كان الفقه في أول ذلك العهد مصدراً رسمياً للشريعة الإسلامية ، وكانت حركة الاجتهاد على أشدها مما جعل القياس مصدراً يعتمد به إلى جانب المصادر الثلاثة الأخرى . وبعد ذلك أقفل باب الاجتهاد ، فوقف الفقه عند الحدود التي كانت له حينذاك .

١٢٦ - الفقه مصدر تفسيري في القوانين الحديثة :

لم يعد للفقه في القوانين الحديثة ما كان له من قوة القانون في القوانين

(١) أنظر فيما تقدم فقرة ١١٩ .

القديمة. فهو الآن مصدر تفسيري للقانون، بمعنى أن القاضي يرجع إليه للاستئناس فحسب ، فلا يتقيد برأي فقيه مها ارتفعت مكانته العلمية ، ولا حتى برأي انمقد عليه إجماع الفقهاء .

على أنه إذا كانت آراء الفقهاء مجردة من القوة الملزمة ، فإن لها دوراً لا يمكن إنكاره أو الانتقاص من قيمته ، سواء في إرشاد القاضي أو في التحضير للعمل الذي يقوم به الشارع . فهي توجه القاضي بشرحها لأحكام القانون وتفسيرها ، وتقدم مادة قيمة إلى الشارع يستطيع بواسطتها أن يتبين ما في القانون من نقص أو عيب .

١٢٧ - الفقه مصدر تفسيري في القانون اللبناني والقانون المصري :

شأن الفقه في القانون اللبناني والقانون المصري هو شأنه في القوانين الحديثة . فدوره يقتصر على كونه مصدراً تفسيرياً يستأنس به القاضي في استخلاص القواعد القانونية وتقصي مفهومها دون أن تكون له قوة الإلزام^(١) . ولذلك لم يذكره الشارع المصري في عداد المصادر الرسمية التي نصت عليها المادة الأولى من التقنين المدني .

على أنه وفقاً لما قلناه في خصوص القوانين الحديثة يقوم الفقه اللبناني والمصري بدور له وزنه . فلا شك في أن القاضي في لبنان ومصر يتأثر برأي ذهب إليه جمهور الفقهاء أو انمقد عليه إجماعهم ، وقد يصل في ذلك إلى حد الإشارة إليه في حكمه . بل إنه يستعين كذلك بالفقه الأجنبي في القوانين التي

(١) وقد كانت المادة الأولى من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري تتضمن فقرة ثلاثة تنص في هذا المعنى على أن القاضي يستلهم « الأحكام التي أقرها القضاء والفقه مصرياً كان أو اجنبياً » . وجاء في المذكرة الإيضاحية تعليقا على هذه الفقرة أنها تتضمن العناصر التي يستأنس بها القاضي في استخلاص القواعد وتقصي مفهومها دون أن تكون لها قوة الإلزام . ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفته هذه الفقرة لأن في القواعد العامة ما يفني عن حكمها (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ١٨٣ و ١٨٩ و ١٩٠ و ١٩٢) .

استمد منها الشارع القاعدة القانونية ، كالفقه الفرنسي . هذا إلى أن الفقه
 يشترك مع القضاء في توجيه الشارع بإظهاره ما في القانون من نقص أو عيب ،
 فهو يعتبر من المصادر المادية التي يستقي منها الشارع أحكام القواعد القانونية .
 ويلاحظ أن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي في مسائل
 الأحوال الشخصية عند عدم وجود تشريع في القانون اللبناني والمصري ، أو
 في مسائل المعاملات المالية عند عدم وجود تشريع أو عرف في القانون
 المصري ، يتضمن الرجوع إلى الفقه الإسلامي . غير أن الرجوع إلى هذا الفقه
 إنما يعني الرجوع إلى الشريعة الإسلامية باعتبار هذا الفقه جزءاً منها . وهذا
 مع ملاحظة أن الفقه الإسلامي الذي نعنيه هنا هو الفقه الذي وقف عند حد
 قفل باب الاجتهاد . أما فقهاء الشريعة المعاصرون فجميعهم مقلدون ، وإن
 كان لهم فضل كبير في كتابة بعض موضوعات الفقه الإسلامي في أسلوب
 عصري سهل فهمه .



١٢٨ - تعريف . تطور مركز القضاء:

القضاء La jurisprudence ، كمصدر للقانون ، هو مجموع الأحكام
 التي تصدرها المحاكم^(١) . فهو يقوم على تطبيق الأحكام القانونية على الأفضية
 التي ترفع إلى المحاكم للفصل فيها . ويطلق اصطلاح القضاء كذلك على السلطة
 القضائية ، أي المحاكم التي تتولى الفصل فيما يرفع إليها من أفضية .
 وقد تطور مركز القضاء كمصدر للقانون . فقد كان مصدراً رسمياً في
 القوانين القديمة ، وما زال كذلك في بعض القوانين حتى اليوم ، ولكنه

(١) ويجري الفقهاء اللبنانيون على التعبير عن القضاء بهذا المعنى باصطلاح « الاجتهاد » .

أصبح مصدراً تفسيرياً في أغلب القوانين الحديثة . ولذلك نعرض لهاتين
الناحيتين .

١٢٩ - القضاء مصدر رسمي في القوانين القديمة :

قام القضاء بدور كبير في إنشاء قواعد القانون الروماني ، فكان بذلك
مصدراً رسمياً لهذا القانون . وقد بدأ ذلك منذ أن تولى «البريتور» الروماني
شؤون القضاء . وكانت الوسيلة إلى ذلك « المنشورات القضائية » . إذ كان
البريتور يتولى القضاء سنة واحدة ، وعند ولايته القضاء يعلن للناس منشوراً
يضمنه القواعد القانونية التي اعتزم اتباعها في قضاؤه ، وكثير من هذه القواعد
كانت تدخل تعديلات على القانون الروماني بما يتفق مع مقتضيات العدالة .
وكان كل بريتور يستبقى من منشورات سلفه ما أظهر العمل صلاحيته للتطبيق
ويزيد عليه ما يرى إضافته ، حتى تكون من هذا كله ما سمي « المنشور
الدائم » . وقد بقي هذا المنشور إلى عهد الامبراطورية ، ثم جمع تجميعاً
رسمياً عرف باسم « القانون البريتوري » . ومن ثم فقد كان هذا القانون
من صنع القضاء ، إذ بقي منفصلاً عن القانون المدني ، ثم أصبح في عهد
جوستنيان جزءاً من القانون الروماني .

وفي الشريعة الإسلامية مر القضاء بعودة ثلاثة كتلك التي رأيناها في
خصوص الفقه : العهد الأول هو عهد النبي ﷺ ، حيث كان للشريعة مصدران
هما الكتاب والسنة ، فلم يكن القضاء مصدراً رسمياً حينذاك . وقد كان
النبي أول قاض في الإسلام ، وكان قضاؤه ملزماً باعتباره سنة ، فهو في
هذا النطاق شارع يبين القاعدة القانونية الواجبة التطبيق .

والعهد الثاني هو الذي يبدأ بالخلفاء الراشدين حتى ظهور أئمة المذاهب
الفقهية وتدوين الفقه في الكتب . حيث كان للقضاء أثره في تكوين الشريعة
الإسلامية ، إذ كان هو والفقه يمتزجان ، فكان القاضي فقيهاً والفقيه قاضياً ،
ومن ثم لم يكن من اليسير تمييز القضاء عن الفقه في ذلك العهد . وعلى هذا

النحو كان أكثر القضاة مجتهدين ، وكانوا يستعينون في قضائهم بالفقهاء ، كما كان القاضي يأخذ بقضاء سلفه ، وكان الفقهاء يأخذون عن القضاة فتاواهم . والمهد الثالث هو الذي يبدأ من وقت تدوين الفقه حتى اليوم . وفي أول هذا المهد قل شأن القضاء وارتفع شأن الفقه ارتفاعاً عظيماً وفق ما ذكرناه عند الكلام في الفقه . وبذلك تركزت حركة الاجتهاد في الفقيه ، فلم يعد للقضاء دور في تكوين الشريعة الإسلامية . وقد رأينا أن باب الاجتهاد أقفل بعد ذلك ، فوقف الفقه عند الحدود التي كانت له في أول ذلك المهد .

وفي القانون الانجليزي يظهر أكبر دور للقضاء في تكوين القانون . فهذا القانون له مصدران هما العرف والقضاء . بل إن القضاء ، حيث توجد العادات ، هو الذي جمع شتات هذه العادات القديمة وصاغها قانوناً قابلاً للتطبيق . ففي أول مراحل هذا القانون أقام القضاء مبادئ القانون الانجليزي المعروف باسم للقانون العام Common Law على أساس العادات القديمة . ثم أنشئ فريق آخر من المحاكم تطبق قواعد العدالة في أحكامها للتخفيف من شدة القانون العام وشكلياته ، فخلقت بذلك «قانون العدالة» ، وهو كله من صنع هذه المحاكم . وفي أواخر القرن التاسع عشر أدمج هذان الفريقان من المحاكم ، وصار القضاء يطبق قانوناً واحداً يشمل القانون العام وقانون العدالة ، وبذلك تم توحيد القانون الانجليزي الذي يعتبر من صنع القضاء .

١٣٠ - القضاء، مصدر رسمي في القوانين الانجلوسكسونية :

ما زال القضاء في الوقت الحاضر من أهم المصادر الرسمية في القانون الانجليزي وغيره من القوانين الأنجلوسكسونية . كما هي الحال في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية والهند وأستراليا وجنوب أفريقيا .

ففي إنجلترا تأخذ المحاكم بالسوابق القضائية باعتبارها قانوناً ملزماً . حيث يوجد على رأس هذه المحاكم مجلس اللوردات وهو الهيئة القضائية العليا ، ثم محاكم الاستئناف ، ثم محاكم أول درجة ، ثم المحاكم الدنيا . وتقضي القاعدة

بأن يكون قضاء مجلس اللوردات ملزماً لسائر المحاكم الانجليزية بما فيها مجلس اللوردات ذاته ، بمعنى أن يعتبر هذا القضاء قانوناً يجب تطبيقه في القضايا المماثلة ، فلا يجوز العدول عنه إلا بسن قانون . ويكون قضاء محكمة الاستئناف ملزماً لها وللمحاكم الأقل منها درجة باعتباره قانوناً كذلك يجب تطبيقه في القضايا المماثلة ، وكذلك أحكام المحاكم الابتدائية بالنسبة إليها وإلى المحاكم الدنيا . أما أحكام المحاكم الدنيا فلا تكون ملزمة .

١٣١ - القضاء مصدر تفسيري في اغلب القوانين الحديثة :

اصبح القضاء مصدراً تفسيرياً في أغلب القوانين الحديثة ، وهي القوانين التي تغلب عليها النزعة الرومانية . كما هي الحال في البلاد اللاتينية ، كفرنسا وبلجيكا وإيطاليا ، وكما هي الحال في البلاد الجرمانية ، كألمانيا والنمسا وهولندا وسويسرا .

فالقضاء في هذه القوانين شأنه شأن الفقه ، كلاهما يعتبر مصدراً تفسيرياً يرجع إليه للأمتناس فحسب . فلا تلتزم المحاكم بما سبق أن أصدرته من أحكام ، ولا بما أصدرته المحاكم الأخرى ولو كانت أعلى منها درجة .

وقد ذهب رأي يقول به بعض الفقه الفرنسي إلى اعتبار القضاء مصدراً رسمياً للقواعد القانونية . وذلك في الحالات التي لا يجد فيها القاضي قاعدة في المصادر الأخرى ، حيث تضطر المحاكم حتى لا تنكل عن أداء العدالة إلى الاجتهاد للوصول إلى حل يطبق على النزاع ، ثم تتواتر الأحكام وتستقر على الأخذ بهذا الحل في الحالات المماثلة ، فتوجد بذلك القاعدة القانونية . ويساعد على هذا الاستقرار وجود محكمة النقض أو التمييز رقيباً على أحكام المحاكم ، بحيث يصبح ما تقره في هذا الشأن قاعدة تتوحد على أساسها هذه الأحكام . ويؤخذ على هذا الرأي أنه يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات . ذلك أن وظيفة المحاكم تقتصر على تطبيق القواعد القانونية ، أما إنشاء هذه القواعد فأمره موكول إلى سلطات أو مصادر أخرى غير السلطة القضائية .

وفضلاً عن ذلك فإن ما تستقر عليه المحاكم في أمر لم ترد في شأنه قاعدة في المصادر الرسمية لا يعتبر ملازماً من الناحية القانونية . بحيث تستطيع أية محكمة أن تقضي بما يخالفه ولو كانت أقل المحاكم درجة . وإذا كانت المحاكم تأخذ نفسها بالمباديء التي استقر عليها القضاء ، ولا سيما ما أقرته محكمة النقض أو التمييز من هذه المباديء ، فإن ذلك مرده إلى ما لهذا القضاء من قيمة أدبية . حيث تبقى المحاكم على هذا القضاء إما اقتناعاً به ، وإما خشية من أن ينقض حكمها من المحكمة العليا إذا هي خالفته . لكن يبقى مع ذلك لمحاكمة النقض أو التمييز أن تعدل عن قضائها السابق ، كما يكون لأية محكمة أخرى أقل درجة منها أن تخرج على هذا القضاء ، وقد يؤدي ذلك إلى تغيير اتجاه القضاء عما كان عليه من قبل . هذا إلى أنه مهما توفر لأحكام القضاء من قيمة أدبية تحمل المحاكم من الناحية العملية على الأخذ بها في الحالات المماثلة ، فليس من شأن هذه الأحكام أن تخلق قاعدة مجردة وعامة بالمعنى القانوني الصحيح . حيث لا تتوفر لها قوة الإلزام إلا في الحالات الخاصة التي صدرت في شأنها .

ولهذا كان الرأي السائد أنه في غير القوانين الانجلوسكسونية التي تأخذ بنظام السوابق القضائية فتجعل لها قوة القانون يعتبر القضاء مصدراً تفسيرياً كالفقه سواء بسواء .

١٣٢ - القضاء مصدر تفسيري في القانون اللبناني والقانون المصري :

انعقد الاجماع في ضوء ما ذكرناه الآن على أن القضاء في القانون اللبناني والقانون المصري مصدر تفسيري ، كما هي الحال في أغلب القوانين الحديثة . فللمحاكم أن تستأنس به ، فتأخذ أو تدعه^(١) . ولذلك لم يذكره الشارع

(١) وقد كانت المادة الأولى من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري تتضمن فقرة ثالثة في هذا المعنى ولكنها حذفت لأن في القواعد العامة ما يعني عن حكمها (انظر تفصيلاً لذلك فيما تقدم فقرة ١٢٧ من الهامش) .

المصري في عداد المصادر الرسمية التي نصت عليها المادة الأولى من التقنين المدني .

وهناك حالة خاصة في القانون المصري يتعين فيها على محكمة الموضوع أن تتقيد بقضاء محكمة النقض. فإذا كان الحكم قد نقض خطأ في تطبيق القانون، فإن محكمة النقض تحيل القضية إلى محكمة أخرى للحكم فيها من جديد ، وفي هذه الحالة يتحتم على المحكمة التي أحيلت إليها القضية أن تتبع حكم محكمة النقض في المسألة القانونية التي فصلت فيها هذه المحكمة (م ٢/٢٦٩ مرافعات مصري) . ويلاحظ هنا أن حكم محكمة النقض لا يكون ملزماً إلا في هذه القضية بالذات دون غيرها فيجوز لأية محكمة أن تخالف هذا الحكم في أية قضية أخرى بمائلة .

وإذا كان القضاء يعتبر في القانون اللبناني والقانون المصري مجرد مصدر تفسيري، فإن له أثره الواضح سواء في إرشاد القاضي أو في إثارة الطريق أمام الفقيه أو التحضير للعمل الذي يقوم به الشارع . حيث يمتد به القاضي في القضايا المائلة ولا سيما إذا كان قضاء مستقراً ، ويزود الفقيه بمادة حية يغذيها التطبيق العملي ، ويضع تحت نظر الشارع ما أظهره التطبيق العملي في القانون من قصور أو عيب . وتعتبر أحكام القضاء المصري من المصادر التاريخية للتقنينات المصرية الحالية التي عمل بها من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فقد حرص الشارع في هذه التقنينات على الاستفادة من تجارب القضاء المصري طوال سبعين عاماً كان يفسر فيها نصوص القانون القديم ويطبقها ويلبس نواحي القصور فيها ، فاستقى فريقاً غير قليل من القواعد القانونية من المادة التي جاءت ثمرة لاجتهاد القضاء .

١٣٣ - وظيفة محكمة النقض أو التمييز وأثرها في توحيد أحكام القضاء:

يحسن أن نشير في ختام هذا الموضوع إلى وظيفة محكمة النقض أو التمييز،

نظرا إلى ما لها من اثر فعال في إرساء المبادئ التي تستقر عليها أحكام القضاء .

فقد قلنا فيما تقدم ان الادعاء بحق أمام القضاء يقتضي النظر في أمرين : الأول هو وقائع الدعوى ، وهذه مسائل موضوعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع وفقاً لما ثبت لديه ، فلا يخضع في هذا التقدير لرقابة محكمة النقض والتمييز . والثاني هو القانون الذي يطبق على ما ثبت لدى القاضي من وقائع ، وهذا التطبيق يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض أو التمييز^(١) .

ويتضح من هذا أن وظيفة محكمة النقض أو التمييز تنحصر في مراقبة صحة تطبيق القانون . فهي لا تتعرض لواقع الدعوى فتبحث فيما إذا كانت ثابتة أم غير ثابتة ، بل تسلم بهذه الوقائع كما أثبتها قاضي الموضوع ، وتقتصر مهمتها على النظر فيما إذا كان هذا القاضي قد طبق القانون على تلك الوقائع تطبيقاً صحيحاً . فإذا رفع إليها طعن في حكم ، ورأت أن القانون قد طبق تطبيقاً صحيحاً على وقائع النزاع ، رفضت الطعن . وإذا تبين لها أن هناك خطأ في تطبيق القانون قبلت الطعن ونقضت الحكم . وفي هذه الحالة الأصل في القانون المصري ، فيما عدا استثناءات قليلة ، ان تحيل محكمة النقض الدعوى الى محكمة أخرى للحكم فيها من جديد . أما في القانون اللبناني فالأصل أن تتصدى محكمة التمييز عند نقض الحكم للفصل في الدعوى .

وبمقتضى هذه السلطة في مراقبة صحة تطبيق القانون تستطيع محكمة النقض أو التمييز أن توحد أحكام القضاء في تفسير القانون وتطبيقه . إذ أن القيمة الأدبية لما يصدر عن محكمة النقض أو التمييز من أحكام باعتبارها المحكمة العليا ، وخشية القضاة من أن تنقض أحكامهم إذا خالفوها ، تجعلهم من الناحية العملية يتقيدون بما قررته . فبنسبة من ذلك ما يسمى بأحكام

(١) انظر ما ذكرناه من امثلة للواقع وللانقاص في تقديم فقرة ١١١ .

المبادئ *décisions de principes* ، ويراد بها أحكام القضاء التي تقرر مبادئ قانونية في خصوص مسائل لم ترد في شأنها قاعدة قانونية أو كان حكم القانون فيها محل خلاف أو شك ، بحيث يستقر عليها القضاء وتصبح معبرة عن الاتجاه السائد فيه . وأحكام المبادئ هذه هي التي تقصد أساساً من اعتبار القضاء مصدراً تفسيريّاً للقانون ، أو مصدراً مادياً له . وإن كان ليس من شأنها أن تخلق قواعد قانونية مجردة وعمامة كما سبق أن فصلنا .



الباب الرابع

تطبيق القاعدة القانونية

١٣٤ - السلطة القائمة على تطبيق القانون :

إذا وجدت القاعدة القانونية ، من أي مصدر كانت ، وأصبحت نافذة ، صارت واجبة التطبيق . فيجب على الأشخاص المخاطبين بحكمها أن يوجهوا سلوكهم على مقتضاها . فإذا وقع منهم ما يخالف حكمها أو ثار بينهم نزاع في مضمون هذا الحكم تولت السلطة المختصة تطبيقها .

والسلطة المختصة بتطبيق القانون هي السلطة القضائية ممثلة في المحاكم . ونظراً إلى خطورة الدور الذي تقوم به هذه السلطة للفصل في الأقضية التي ترفع اليها تعني الدساتير عادة بتقرير القواعد التي تكفل استقلالها في أداء وظيفتها بما يضمن توفير حرية التقدير للقضاة ، فلا يكون ثمة سلطان عليهم في ذلك إلا للقانون وضمائمهم . وقد نصت المادة ١٥٢ من الدستور المصري في هذا المعنى على أن « القضاة مستقلون ، لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضايا أو في شئون العدالة » .

كما نصت المادة ١٥٦ من هذا الدستور على أن « القضاة غير قابلين للعزل ، وذلك على الوجه المبين في القانون » . كذلك نصت المادة ٢٠ من الدستور اللبناني على أن « القضاة مستقلون في اجراء وظيفتهم » . كما نصت المادة الأولى من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانية على أن « المحاكم مستقلة كل الاستقلال ، تجاه جميع السلطات ، في تحقيق الدعاوى والحكم فيها » .

وهناك جهتان للقضاء في مصر :

الأولى جهة القضاء العادي ، وهي الجهة صاحبة الولاية العامة ، ويشمل اختصاصها المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية والمواد الجنائية . وتنقسم هذه الجهة الى فرعين : الأول يشمل المحاكم المدنية ، وهي على ثلاثة انواع كل منها طبقة . فادناها المحاكم الجزئية ، ثم المحاكم الابتدائية ، ثم محاكم الاستئناف . والثاني يشمل المحاكم الجنائية او الجزائية ، وهي على ثلاثة انواع كل منها طبقة . فادناها محاكم المخالفات والجنح ، ثم محاكم الجنح المسانفة ، ثم محاكم الجنايات . وعلى رأس هذه المحاكم جميعها ، سواء كانت مدنية او جنائية ، توجد محكمة النقض .

والثانية جهة القضاء الإداري في مجلس الدولة ، ويشمل اختصاصها المواد الإدارية . وتشمل ثلاثة أنواع من المحاكم الإدارية كل منها طبقة . فادناها المحاكم الإدارية ، ثم محكمة القضاء الإداري ، ثم المحكمة لإدارية العليا . وهناك المحكمة العليا ، واهم ما تختص بنظره دستورية القوانين إذا دفع بعدم الدستورية أمام اية محكمة تنظر الدعوى ، وتفسير النصوص القانونية بحيث يكون قرارها الصادر بالتفسير ملزماً ، وتنازع الاختصاص .

وفي لبنان ثلاث جهات للقضاء^(١) .

الأولى جهة القضاء العادي ، وهي الجهة صاحبة الولاية العامة ، ويشمل اختصاصها المواد المدنية والتجارية والجزائية . وتشمل هذه الجهة ثلاثة انواع من المحاكم كل منها طبقة . فادناها القاضي المنفرد ، وهو الذي يقابل المحاكم الجزئية في مصر ، ويختص بنظر القضايا المدنية والتجارية التي لا تتجاوز قيمتها نصاباً معيناً ، والقضايا الأخرى التي يعينها القانون ، كما ينظر في جميع القضايا الجزائية التي من نوع المخالفة او الجنحة ما عدا ما استثني بنص خاص .

(١) انظر في هذا الموضوع : صبحي محمصاني ، الأوضاع التشريعية في الدول العربية ، الطبعة الثالثة ١٩٦٥ ص ٢٧٣ - ٢٨٧ . حسن كبره . المدخل الى القانون ١٩٦٧ فقرة

ثم الغرف الابتدائية ، وهي التي تقابل المحاكم الابتدائية في مصر ، وتنظر في القضايا التي تجاوز اختصاص القاضي المنفرد . ثم محاكم الاستئناف ، وهي تنظر ابتداء في قضايا الجنايات وبعض الجناح الهامة التي يدخلها الشارع استثناء في اختصاصها ، وتنظر استئنافياً في الاحكام الصادرة من محاكم الدرجة الأدنى في القضايا التي تكون على درجة من الاهمية وفقاً لما يحدده القانون . وعلى رأس هذه المحاكم توجد محكمة التمييز .

والثانية جهة القضاء الإداري التي تتمثل في مجلس شورى الدولة ، والمحكمة الادارية الخاصة . ويعتبر مجلس شورى الدولة هو المحكمة الادارية الاصلية التي تختص بنظر المواد الادارية . أما المحكمة الادارية الخاصة فتتنظر في قضايا ادارية محددة يعينها القانون ، وتستأنف احكامها أمام مجلس شورى الدولة .

والثالثة جهة القضاء الطائفي . وهذه الجهة تتعدد محاكمها بتعداد الطوائف . فبالنسبة إلى المسلمين توجد المحاكم الشرعية ، وتشمل المحاكم السنية لطائفة السنة ، والمحاكم الجعفرية لطائفة الشيعة ، وكل من الفئتين على درجتين ، هما المحاكم الشرعية البدائية ثم المحكمة العليا . كما توجد المحاكم المذهبية الدرزية لطائفة الدرروز ، وهي أيضاً على درجتين ، هما قاضي المذهب المنفرد للبداية ثم محكمة الاستئناف العليا . وبالنسبة إلى غير المسلمين توجد محاكم روحية أو مذهبية متعددة بتعدد الطوائف الدينية غير الإسلامية المعترف بها . وجميع هذه المحاكم الطائفية محاكم استثنائية ، غير ان محاكم الطوائف الاسلامية تمتاز على المحاكم المذهبية غير الاسلامية بصفتها الحكومية أو الرسمية .

١٣٥ - نطاق تطبيق القانون وتفسيره . تقسيم :

إذا وقعت مخالفة لحكم من أحكام القانون أو ثار نزاع في خصوص مضمون هذا الحكم ، فإن تطبيق القانون في هذه الحالة أو تلك يقتضي تحديد النطاق

الذي تنطبق فيه القاعدة القانونية ، كما يقتضي الوقوف على حقيقة مضمون هذه القاعدة من طريق التفسير .

ومن هذا نقسم كلامنا في تطبيق القاعدة القانونية إلى فصلين : الأول في نطاق تطبيق القانون . والثاني في تفسير القانون .

الفصل الأول

نطاق تطبيق القانون

١٣٦ - النواحي المختلفة في تحديد نطاق تطبيق القانون :

يتحدد نطاق تطبيق القاعدة القانونية من النواحي الآتية :
فأولاً يتحدد هذا النطاق من حيث الأشخاص المخاطبين بحكم القاعدة القانونية . وذلك لمعرفة ما إذا كانت القاعدة تسرى في حق هؤلاء جميعاً ، أم أن بعضاً منهم قد لا تسرى في حقه إذا كان يجهلها .
وثانياً يتحدد هذا النطاق من حيث المكان . وذلك لتبين الحالات القانونية التي يحكمها قانون الدولة بالنظر إلى نطاق تطبيق قوانين الدول الأخرى .
وثالثاً يتحدد هذا النطاق من حيث الزمان . وذلك لتحديد الزمن الذي تسرى فيه القاعدة القانونية ، وبيان الحل الذي يتبع في حالة التنازع الناشئ عن استبدال بعض القواعد القانونية بغيرها .
وسنتناول هذه الموضوعات على التوالي .

الفرع الأول

نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص المخاطبين بأحكامه

١٣٨ - مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون :

متى وجدت القاعدة القانونية وأصبحت نافذة فإنها تسرى على جميع

الأشخاص المخاطبين بها ، سواء منهم من علم بها ومن جهلها . إذ من المبادئ المسلمة أن أحداً لا يعذر بجهله القانون *Nul n'est censé ignorer la loi* . فلا يقبل من أحد أن يدعى بجهله قاعدة قانونية معينة لكي يحول دون تطبيقها عليه حين يكون هذا التطبيق واجباً .

ولسنا هنا بصدد قرينة على علم الناس بالقانون كما يقول البعض ، إذ أن القرينة يجوز دحضها بالدليل العكسي ، مع أنه لا يجوز لأحد أن يثبت جهله بالقانون . فالحقيقة أننا بصدد مبدأ أو قاعدة موضوعية لا سبيل إلى مناقشتها كما هو الشأن في كل قاعدة قانونية تتوفر الشروط اللازمة لتطبيقها . ومن الواضح أن هذا المبدأ لا يتفق مع الحقيقة الواقعة بصورة كاملة ، إذ لا يعقل أن يكون الناس جميعاً على علم بالقانون لا بجهله فريق منهم . إلا أنه يستند مع ذلك إلى اعتبارات تملئها العدالة ويوجبها الصالح العام للمجتمع بأسره . فالعدالة بين الناس تقتضي المساواة بينهم في المعاملة ، فلا يقتصر تطبيق القانون على فريق منهم بينما يعفى الفريق الآخر من تطبيقه بدعوى الجهل به ، بل يكونون بمنزلة سواء فيخضعون جميعاً لأحكام القانون . وهذه المساواة بين الناس أمام القانون ضرورة يحتمها نظام المجتمع . فلو أتيح للأشخاص أن يدعوا الجهل بقاعدة قانونية كي يعفوا من الخضوع لها لترتب على ذلك أن يلجأ إلى هذا الادعاء كل من تقتضي مصلحته عدم تطبيق القاعدة عليه ، مما يؤدي إلى عدم تطبيق القانون في كثير من الحالات ، فتسود الفوضى ويعجز القانون عن أداء وظيفته الأساسية وهي إقامة النظام وكفالة الاستقرار في المجتمع .

١٣٨ - مريان المبدأ بالنسبة إلى كل القواعد القانونية :

يسري مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون بالنسبة إلى كل القواعد القانونية أياً كان مصدرها ، وبصرف النظر عن مدى سلطان إرادة الأفراد إزاءها .

فهذا المبدأ يسرى بالنسبة إلى كل القواعد القانونية سواء كان مصدرها التشريع أو الدين أو العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية .
كذلك يسرى هذا المبدأ بالنسبة إلى القواعد الآمرة والقواعد المكملة على السواء .

وقد ذهب فريق من الفقهاء إلى قصر الأخذ بهذا المبدأ على القواعد الآمرة دون القواعد المكملة . بل إن منهم من يقصر الأخذ به على بعض القواعد الآمرة كالقوانين الجنائية على وجه الخصوص . فوفقاً لهذا النظر يجوز الاعتذار بجهل القواعد المكملة وكذلك القواعد الآمرة غير الجنائية .
وتلك تفرقة تأبأها طبيعة القواعد القانونية باعتبارها قواعد ملزمة يجب تطبيقها إذا توافرت الشروط اللازمة لذلك ، حيث لا فارق في هذا الإلزام بين القواعد الآمرة بعضها والبعض الآخر ، ولا بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة .

كما أنها تفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة تؤدي إلى خلق فراغ وضعت من أجله هذه القواعد الأخيرة . ذلك أن هدف الشارع من إيراد القواعد المكملة هو وضع نموذج للتعاقد ينطبق إذا لم تتجه إرادة المتعاقدين إلى تنظيم يخلفه . فهي لا تمثل الإرادة المفترضة للمتعاقدين عند سكوتها عن الأخذ بتنظيم يخالف حكمها حتى يمكن أن يقال إن هذا السكوت يفترض معه العلم بها ، بل إنها تمثل إرادة الشارع ، ولهذا رأينا أنها تنطبق في حالة سكوت المتعاقدين ولو كانا يجهلانا (١) . ولو أننا أجزنا الإعفاء من تطبيقها عند الجهل بها لأدى ذلك إلى قصور هذه القواعد عن تأدية الوظيفة التي وضعت من أجلها .

وفضلاً عن هذا فليس هناك من القواعد القانونية ما يتعارض مع الأخذ بذلك المبدأ على إطلاقه . حيث يبدو أن الذي دفع هذا الفريق إلى القول

(١) أنظر فيما تقدم فقرة ٤٩ .

بهذه التفرقة هو الإعتقاد بأن جواز طلب إبطال العقد لغلط في القانون يتعارض مع المبدأ، وهو اعتقاد غير صحيح، ولذلك نعرض له في الفقرة التالية.

١٣٩ - الغلط في القانون الذي يجيز ابطال العقد ليس استثناء من المبدأ :

الغلط وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته ويكون هو الدافع إلى التعاقد . وهو عيب في الإرادة يجيز لمن وقع فيه أن يطلب إبطال العقد إذا توافرت شروط معينة أهمها أن يكون الغلط جوهرياً بأن يبلغ في تقدير المتعاقد حداً من الجسامة لو تكشف له لامتنع عن إبرام العقد. ويكون له هذا الأثر سواء كان غلطاً في الواقع أو غلطاً في القانون (م ٢٠٦ موجبات وعقود لبناني وم ١٢٢ مدني مصري) . ومثل الغلط في الواقع أن يشتري شخص آنية يعتقد أنها من فضة خالصة ، ثم يتبين أنها من نحاس مطلي بالفضة . ومثل الغلط في القانون أن يبيع وارث حصته في الشركة وهو يحسب أنه يرث ثمن الشركة ، ثم يتضح له أنه يرث الربع . فهذا غلط في القاعدة القانونية التي تحدد نصيب الوارث في الشركة، وهو يتناول قيمة الشيء محل الالتزام ، فيجيز للوارث أن يطلب إبطال البيع .

ولأن هذا الغلط في القانون ينطوي في حقيقته على جهل بالقاعدة القانونية، فإن الاستناد إليه في طلب إبطال العقد يعتبر استناداً إلى الجهل بالقانون . وقد أدى هذا بفريق كبير من الفقهاء إلى الظن بأن جواز طلب إبطال العقد في هذه الحالة يتعارض مع مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون . فذهبوا إلى أن هذا المبدأ لا ينطبق إلا بالنسبة إلى القواعد القانونية الآمرة نظراً إلى تعلقها بالنظام العام ، ومن ثم فإن هذه القواعد لا يجوز طلب الإبطال لغلط فيها . أما القواعد المكملة فلا ينطبق المبدأ في شأنها لأنها لا تتعلق بالنظام العام ، وبالتالي يجوز طلب الإبطال لغلط فيها .

وهذا الزعم غير صحيح ، إذ لا تعارض بين الأمرين . ذلك أن المبدأ يراد به أن أحداً لا يستطيع أن يحتج بجهله قاعدة قانونية معينة كي يستبعد

تطبيقها عليه . وليس في ذلك ما يتعارض مع أن يكون للمتعاقد الحق في طلب إبطال العقد لغلط في قاعدة قانونية معينة ما دام أن هذا الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد . فإبطال العقد لا يعني استبعاد تطبيق قاعدة قانونية ، ولا الهروب من حكم هذه القاعدة . ففي المثل الذي ذكرناه نجد أن الوارث الذي يطلب الإبطال لا يريد استبعاد تطبيق قاعدة الميراث التي تقضي بأن يرث ربع التركة ، بل إنه على العكس من ذلك يريد أن تكون هذه القاعدة محل اعتبار ، حيث يطلب إبطال العقد الذي تم على أساس لا يتفق مع حكمها (١) .

ومن ثم فحيث يكون إبطال العقد مؤدياً إلى استبعاد تطبيق القاعدة القانونية التي انصب عليها الغلط فإن هذا الإبطال لا يجوز . مثل ذلك أنه لا يحق للمقرض طلب إبطال عقد القرض الذي يتفق فيه على فائدة تجاوز الحد الأقصى المقرر للفائدة الاتفاقية استناداً إلى جهله بحكم القاعدة التي تفرض هذا الحد ، بل يبقى العقد مع انقاص الفائدة إلى الحد الأقصى الذي ينص عليه القانون .

مركزية كميونسي

١٤٠ - الاستثناء من المبدأ :

يخلص مما تقدم أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون مبدأ عام يصدق بالنسبة إلى كل القواعد القانونية أياً كان مصدرها ، وسواء كانت أمرة أو مكملة ، وأن جواز طلب إبطال العقد لغلط في القانون لا يتعارض مع هذا المبدأ .

غير أن ثمة حالة استثنائية يجوز فيها الاعتذار بجهل القانون ، سواء في القانون اللبناني أو القانون المصري . وذلك عندما تقوم قوة قاهرة تؤدي إلى عزل جزء من إقليم الدولة عزلاً تاماً بحيث يستحيل معه وصول الجريدة

(١) أنظر في هذا المعنى كتابنا في مصادر الالتزام فقرة ١٦٥ .

الرسمية إلى هذا الجزء ، وهي الجريمة التي تنشر فيها التشريعات . كما لو حدث هذا العزل بسبب قيام ثورة أو نشوب حرب أو حصول فيضان . وهذا الاستثناء قاصر على القواعد التشريعية ، لأنها القواعد التي تنشر في الجريمة الرسمية بحيث تعتبر معلومة للناس بهذا النشر (١) .

ويضيف القانون اللبناني إلى هذه الحالة الاستثنائية حالات أخرى يقتصر حكمها عليه ، حيث يجعل الغلط في هذه الحالات مانعاً من العقاب . إذ تنص المادة ٢٢٣ من تقنين العقوبات اللبناني على أنه لا يمكن لأحد أن يحتج بجهله الشريعة الجزائية أو تأويله إياها تأويلاً مغلوطاً فيه - غير أنه يعد مانعاً للعقاب : ١ - الجهل أو الغلط الواقع على شريعة مدنية أو إدارية يتوقف عليها فرض العقوبة . ٢ - الجهل بشريعة جديدة إذا اقتوف الجرم في خلال الأيام الثلاثة التي تلت نشرها . ٣ - جهل الأجنبي الذي قدم لبنان منذ ثلاثة أيام على الأكثر بوجود جريمة مخالفة للقوانين الوضعية لا تعاقب عليها شرائع بلاده أو شرائع البلاد التي كان مقيماً فيها .

ويتعلق الاستثناء الأول في هذا النص بحالة الجهل بقاعدة مدنية أو إدارية يتوقف عليها فرض العقوبة ، حيث يقوم هذا الجهل عذراً يمنع من العقاب . ويبدو أن الشارع اللبناني في تقريره هذا الاستثناء يأخذ بالرأي الذي يذهب إلى قصر تطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون على القوانين المتعلقة بالنظام العام وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بالمسائل الجنائية . وقد بينا أن هذه التفرقة بين أنواع القواعد القانونية تأبأها طبيعة هذه القواعد باعتبارها جميعها قواعد ملزمة يجب تطبيقها إذا توافرت الشروط اللازمة لذلك ، حيث لا فارق في هذا الشأن بين القواعد الجنائية وقواعد أخرى آمرة ، ولا بين القواعد الآمرة والقواعد المكلمة (٢) .

(١) أنظر فيما تقدم فقرة ٧٢ .

(٢) أنظر فيما تقدم فقرة ١٣٨ .

ويتعلق الاستثناء الثاني المذكور في النص بحالة الجهل بقانون جنائي جديد يستحدث جريمة أو يشدد عقوبة إذا ارتكبت الجريمة في خلال الثلاثة أيام التي تلي نشر القانون ، فيعتبر هذا الجهل عذراً مانعاً من العقاب . غير انه يلاحظ ان حكم هذا الاستثناء لا ينطبق في الواقع إلا نادراً ، إذ القاعدة في القانون اللبناني ان نصوص التشريعات يبدأ نفاذها في اليوم الثامن الذي يلي نشرها في الجريدة الرسمية ما لم يكن هناك نص مخالف كما سبق ان رأينا^(١) ، ومن ثم لا ينطبق الاستثناء إلا حين ينص على نفاذ التشريع من يوم النشر .

ويتعلق الاستثناء الثالث المذكور في النص بحالة الأجنبي الذي لم يمض على قدومه إلى لبنان أكثر من ثلاثة أيام ، ويرتكب في خلال هذه الفترة فعلاً يجهل انه جريمة وفقاً للقانون اللبناني ، فيكون هذا الجهل عذراً مانعاً من العقاب ، إذا كان قانون بلده أو قانون البلد الذي كان مقيماً فيه لا يعاقب على هذا الفعل .

الفصل الثاني

نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

١٤١ - إقليمية التطبيق وشخصية التطبيق :

لا تثار صعوبة في تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان لو أننا تصورنا الدولة منعزلة عن غيرها من الدول ، بحيث لا يوجد في إقليمها إلا من ينتمون إليها يجنسيتهم ، ولا يوجد أحد من المنتمين إليها خارج إقليمها ، ولا تنشأ علاقات بين الوطنيين والأجانب . إذ في هذه الحالة يسري قانون الدولة

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٧٢ .

وحده داخل إقليمها ، ولا يطبق خارج هذا الإقليم .

غير أن مثل هذا الفرض لا وجود له اليوم . حيث توجد طائفة من الأجانب في إقليم كل دولة ، فتنشأ علاقات بينهم وبين الدولة التي يوجدون على إقليمها ، أو بينهم وبين الوطنيين . كما أن الاتصال بين الدول أدى إلى نشوء علاقات على نطاق واسع بين الأشخاص في مختلف هذه الدول .

ولهذا تعرض مسألة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان لمعرفة مدى سريان قانون الدولة على هذه العلاقات .

ويتراوح الحل في هذه المسألة بين مبدئين : الأول مبدأ إقليمية التطبيق ، وهو الذي يطلق عليه مبدأ إقليمية القوانين *principe de la territorialité des lois* . ويراد به أن يطبق قانون الدولة على كل ما يقع داخل حدود إقليمها ، بحيث يسري على جميع الأشخاص القاطنين في إقليم الدولة سواء كانوا وطنيين أو أجناب ، ولا يطبق على ما يقع خارج حدود هذا الإقليم ولو بالنسبة إلى الوطنيين . والثاني مبدأ شخصية التطبيق ، وهو الذي يطلق عليه مبدأ شخصية القوانين *principe de la personnalité des lois* . ويقصد به أن يطبق قانون الدولة على جميع الأشخاص المنتمين إليها حتى لو كانوا خارج حدود إقليمها ، ولا يطبق على الأجناب ولو كانوا مقيمين على إقليمها .

ويقوم مبدأ إقليمية التطبيق على أساس ما للدولة من سيادة تامة على إقليمها ، فلها أن تفرض النظام الذي تريده على جميع القاطنين في هذا الإقليم . بينما يقوم مبدأ شخصية التطبيق على أساس أن الدولة تمثل جماعة من الأشخاص لا يعتبر الإقليم بالنسبة إليهم سوى محل إقامة ، فهم الذين وضعت القوانين في الأصل من أجلهم ، ومن ثم يجب أن يخضعوا لها أينما كانوا .

ولو أن مبدأ إقليمية التطبيق أخذ به على إطلاقه لما قام تنازع بين قوانين دول مختلفة . غير أن الاتصال الدولي ، سواء في النطاق الدولي بين الدول أو في النطاق الخاص بين أشخاص من دول مختلفة ، أدى إلى نشوء أوضاع

وعلاقات لا يلائمها الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه ، بحيث تدعو الحاجة في مثل هذه الحالات إلى السماح بتطبيق القانون الأجنبي . ومن ناحية أخرى فإن الأخذ بهذا المبدأ الأخير على إطلاقه يتعارض مع ما للدولة من سيادة على إقليمها ويسمح للأجنبي أن يخالف القواعد التي تتعلق بالنظام العام والآداب في الدولة ، مما يتعين معه أن يحتفظ لقانون الدولة بنطاق معين يطبق فيه دون غيره من قوانين الدول الأخرى .

وهكذا تم الأخذ بالمبدأين معاً ، كل منهما في نطاق معين ، فنشأ التنازع بين قوانين دول مختلفة .

وقد تفاوت مدى الأخذ بكل من المبدأين باختلاف الدول والعصور . ولكن السائد اليوم في أغلب الدول الحديثة أن مبدأ إقليمية التطبيق هو الأصل ، ومبدأ شخصية التطبيق هو الاستثناء .

١٤٢ - تطبيق القانون في لبنان ومصر :

الأصل في القانون اللبناني والقانون المصري ، كما هو الشأن في أغلب القوانين الحديثة ، أن يطبق القانون تطبيقاً إقليمياً . غير أن هذا الأصل ترد عليه استثناءات تختلف طبيعتها ويتفاوت مداها بحسب نوع القواعد القانونية .

وقبل أن نعرض لتفصيل ذلك يجدر أن نشير إلى أن تطبيق القانونين اللبناني والمصري تطبيقاً إقليمياً لم يقدر له أن يسود دائماً على النحو الذي نراه في غيرها من قوانين الدول الحديثة . ذلك أن التطبيق الإقليمي على نحو سليم يقتضي وحدة القانون الذي يطبق داخل حدود الدولة ، كما يقتضي وحدة الهيئة القضائية التي تتولى تطبيق هذا القانون . ومع ذلك فإنه نظراً إلى ظروف لبنان ومصر الخاصة تعددت القوانين التي تطبق على القاطنين في أرض الدولة ، كما تعددت الهيئات القضائية التي تطبق هذه القوانين . ويرجع ذلك إلى عاملين ، هما الامتيازات الأجنبية والامتيازات الطائفية .

وقد ألغيت الامتيازات الأجنبية في لبنان سنة ١٩٤٦ ، وألغيت في مصر سنة ١٩٤٩ .

أما الامتيازات الطائفية فما تزال قائمة حتى اليوم ، نظراً الى اختلاف الدين بين المواطنين ، الأمر الذي أدى إلى تعدد القوانين التي تطبق في بعض مسائل الأحوال الشخصية بتعدد الطوائف ، وكذلك تعدد الهيئات القضائية التي تطبق هذه القوانين. فالمسلمون يخضعون في هذا الشأن للشريعة الإسلامية ، وغير المسلمين يخضعون لشرائعهم المالية . غير أن مدى هذه الامتيازات الطائفية أصبح في مصر أقل مما هو عليه في لبنان ، كما يتضح من التفصيل الذي عرضناه عند الكلام في الدين كمصدر رسمي للقانون (١) . ففي مصر تحقق أخيراً توحيد الجهة القضائية في هذا الخصوص ، حيث ألغى الشارع المصري المعاكم الشرعية والمجالس المالية واحال اختصاصها إلى المعاكم العادية ، وذلك بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، كما تم توحيد فريق من قواعد الأحوال الشخصية بالنسبة الى المصريين جميعاً منذ سنة ١٩٥٢ وذلك فيما يتعلق بالأهلية والولاية على المال . أما في لبنان فما يزال تعدد الهيئات القضائية في هذا الخصوص قائماً تبعاً لتعدد الأديان والمذاهب كما سبق ان ذكرنا، وليس هناك من قواعد موحدة في هذا الشأن سوى القليل من قواعد الأهلية .

ونعود بعد ذلك الى تفصيل ما قلناه من أن الأصل هو ان يطبق القانونان اللبناني والمصري تطبيقاً إقليمياً ، وان هناك استثناءات ترد على هذا الأصل. حيث يقتضي الأمر أن تبين ذلك في نطاق القانون العام الداخلي ، ثم في نطاق القانون الخاص ، ثم نعرض أخيراً لاستثناء مقتضى قواعد القانون الدولي العام .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٨٨ - ١٠١

المبحث الاول

القانون العام

١٤٣ - مبدأ إقليمية التطبيق :

يسود في نطاق القانون العام الداخلي مبدأ إقليمية تطبيق القانون اللبناني والقانون المصري ، إذ أن قواعد هذا القانون تتصل اتصالاً وثيقاً بسيادة الدولة وأمنها وسلامتها ، ومن ثم تتعلق جميعها ببرنامج العام . ولذلك لا يرد في هذا النطاق من الاستثناءات إلا ما يقتضيه أمن الدولة وسلامتها . وإذا كان هناك تفريق في المعاملة بين الوطنيين والأجانب في هذا المجال ، وهو ما نجده في جميع الدول ، فإنه لا يخل بمبدأ إقليمية التطبيق ، إذ أن قانون الدولة هو الذي يسري على الأجانب . ويتضح ذلك من التطبيقات الآتية :

(١) فلا يسري القانون الدستوري إلا في داخل الدولة فيما يتعلق بتحديد نظام الحكم فيها وبيان السلطات العامة واختصاص كل منها وعلاقاتها بعضها ببعض الآخر .

أما في خصوص ما يقرره هذا القانون للأفراد من حريات عامة وحقوق وواجبات قبل الدولة ، فإن الأجانب في جميع الدول لا يتمتعون بالحقوق ذاتها التي يتمتع بها الوطنيون ، ولا يلتزمون بالواجبات ذاتها التي يلتزم بها الوطنيون . فمثلاً يقتصر حق الانتخاب وحق الترشيح للهيئات النيابية على الوطنيين دون الأجانب . ويقتصر حق تولي الوظائف العامة بحسب الأصل على الوطنيين . ويقتصر واجب أداء الخدمة العسكرية على الوطنيين . وإنما يلاحظ أن قانون الدولة بما يتضمنه من قيود في هذا الشأن هو الذي يسري ، فهو وحده الذي يحدد ما يتمتع به الأجانب من حقوق ويلتزمون به من واجبات .

(٢) ويطبق القانون الإداري تطبيقاً إقليمياً. إذ أنه ينظم نشاط السلطة التنفيذية في قيامها بوظيفتها الإدارية. وهناك قواعد خاصة بالموظفين الأجانب، إنما يقرر هذه القواعد قانون الدولة، فهو القانون الذي يحكم العلاقة بين الموظف الأجنبي والدولة، ولهذا قلنا إن هذه التفرقة في المعاملة بين الوطنيين والأجانب ليس من شأنها أن تخل ببدأ إقليمية التطبيق في هذا المجال. كما أنه إذ ارتبط أجنبي مع الدولة بعقد إداري فإن هذه العلاقة يحكمها قانون الدولة بصرف النظر عما يقرره قانون دولة الأجنبي.

(٣) ويطبق القانون المالي تطبيقاً إقليمياً. إذ أنه ينظم مالية الدولة من حيث إيراداتها ومصروفاتها. فإذا مارس الأجنبي نشاطاً يخضع لضريبة معينة التزم بدفع هذه الضريبة وفقاً لقانون الدولة.

(٤) والأصل فيما يتعلق بقانون العقوبات هو إقليمية التطبيق. وقد نصت المادة ١٥/١ من تقنين العقوبات اللبناني في هذا الصدد على أن «تطبق الشريعة اللبنانية على جميع الجرائم المقررة في الأرض اللبنانية». كما نصت المادة الأولى من تقنين العقوبات المصري على أن «تسري أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في القطر المصري جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه». فمن يرتكب جريمة في لبنان أو مصر يسري عليه قانون العقوبات اللبناني أو المصري، ولو كان أجنبياً. ومن يرتكب جريمة في الخارج لا يسري عليه القانون اللبناني أو المصري، ولو كان لبنانياً أو مصرية.

غير أنه استثناء من هذا المبدأ يسري القانون اللبناني أو المصري على بعض الجرائم التي ترتكب في الخارج مراعاة لاعتبارات معينة:

١ - من ذلك أن حق الدولة اللبنانية أو المصرية في المحافظة على أمنها وكيانها يخولها العقاب على الجرائم التي ترتكب في الخارج، سواء صدرت من وطنيين أو أجانب، إذا كانت تخل بأمن حكومتها أو تعتبر تزويراً في أوراقها الرسمية أو اختتامها أو تزييفها في نقودها (م ١٩ عقوبات لبناني وم ٢ بند ثانياً عقوبات مصري).

٢ - ومن ذلك ان الضرورة تقضي بأن تعاقب الدولة المصرية كل من يرتكب من رعاياها في الخارج فعلاً يعتبر في القانون المصري جنائية أو جنحة إذا عاد إلى مصر وكان الفعل معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذي ارتكب فيه (م ٣ عقوبات مصري) ، حتى لا تكون العودة وسيلة إلى الهرب من العقاب ، ولكي لا تضطر الدولة إلى تسليم رعاياها . ويقرب من ذلك ان قانون العقوبات اللبناني يطبق على كل لبناني يرتكب في الخارج جنائية أو جنحة يعاقب عليها هذا القانون، وذلك ولو فقد مرتكبها أو كسب الجنسية اللبنانية بعد هذا الارتكاب (م ٢٠ عقوبات لبناني) . كما يطبق هذا القانون على الجرائم التي يقترفها المواطنون اللبنانيون في الخارج أثناء ممارستهم وظائفهم أو في معرض ممارستهم لها (م ٢١ عقوبات لبناني) .

٣ - ومن ذلك ان هناك حالات تكون مصر فيها أولى من غيرها من الدول بالعقاب على بعض الجرائم التي ترتكب في الخارج ، سواء صدرت من مصريين أو أجانب . وذلك إذا كان الفعل الذي ارتكب في الخارج يعمل من صدر منه فاعلاً أو شريكاً في جريمة وقعت كلها أو بعضها في مصر (م ٢ بند أولاً عقوبات مصري) .

المبحث الثاني

القانون الخاص

١٤٤ - تنازع القوانين من حيث المكان :

إن أهم استثناء يرد على مبدأ إقليمية تطبيق القانون اللبناني أو المصري هو ذلك الذي ينشأ عن الأخذ بقواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان . ذلك أن العلاقات القانونية في نطاق القانون الخاص لا تتعلق بسيادة الدولة وكيانها والنظام العام فيها على النحو الذي

نراه في نطاق القانون العام. لذلك اقتضى قيام هذه العلاقات في المجال الدولي، بأن تكون ذات عنصر أجنبي، إلى الخروج على مبدأ إقليمية التطبيق، حيث يسمح بأن يطبق في الدولة قانون أجنبي لدولة أخرى. وقد رأينا أن قواعد تنازع القوانين من حيث المكان، ويقال لها كذلك قواعد تنازع الاختصاص التشريعي، أو قواعد الإسناد، تتكفل ببيان القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي (١).

وقد تعين هذه القواعد قانوناً أجنبياً يطبق على ما يقع في داخل لبنان أو مصر، ويعتبر تطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة خروجاً على مبدأ إقليمية تطبيق القانون اللبناني أو المصري. كما قد يؤدي الأخذ بهذه القواعد في بلد أجنبي إلى تطبيق القانون اللبناني أو المصري على ما يقع خارج لبنان أو مصر، ويكون هذا أيضاً خروجاً على مبدأ إقليمية تطبيق القانون اللبناني أو المصري.

فمثلاً فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية تقضي قواعد الاسناد اللبنانية والمصرية بأنها تخضع بوجه عام لقانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بحسبته. فإذا نشأ نزاع في لبنان أو مصر بين زوجين أجنبيين يتعلق بالشروط الموضوعية لصحة زواجهما طبق قانون جنسيتها. وإذا تم زواج في الخارج بين لبنانيين أو مصريين فإنه يخضع من حيث الشروط الموضوعية لصحته للقانون اللبناني أو المصري. وفي كلا هذين الحالين يرد استثناء على مبدأ إقليمية تطبيق القانون اللبناني أو المصري.

ويلاحظ أن هذا الاستثناء مقيد بعدم المساس بالنظام العام والآداب. فالسماح بتطبيق قانون أجنبي وفقاً لما يقضي به قواعد الاسناد المصرية يشترط فيه ألا تكون القواعد الأجنبية الواجبة التطبيق مخالفة للنظام العام والآداب في مصر. وقد نصت المادة ٢٨ مدني مصري في هذا المعنى على أنه « لا يجوز

(١) أنظر فيما تقدم فقرة ٤٦.

تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في مصر ، . فمثلاً إذا كانت القاعدة الأجنبية تحرم الطلاق على الزوج المسلم ، أو تحمل زواج المسلمة من غير المسلم ، فلا يجوز تطبيقها ، بل يطبق القانون اللبناني أو المصري وهو الشريعة الإسلامية .

المبحث الثالث

للقانون الدولي العام

١٤٥ - امتيازات وحصانات رؤساء الدول الأجنبية والممثلين الدبلوماسيين:

يتعلق الأمر هنا باستثناء يرد على مبدأ إقليمية التطبيق بمقتضى مبادئ القانون الدولي العام . فقد جرى العرف الدولي على أن يتمتع رؤساء الدول الأجنبية وممثلوها الدبلوماسيون بامتيازات وحصانات تعتبر خروجاً على مبدأ إقليمية التطبيق . من ذلك أنه لا يجوز التعرض لدورهم ولا لهفوظاتهم أو وثائقهم . ويعفون من أداء الضرائب والرسوم والتفتيش . ولا تسري عليهم أحكام قانون الجنسية . ولا يخضعون للقضاء الجنائي إطلاقاً^(١) . ولا يخضعون للقضاء المدني أو الإداري في حدود معينة . ففي هذا النطاق لا يخضع هؤلاء لقانون الدولة التي ينتقلون إليها أو يباشرون أعمالهم فيها .

النوع الثالث

نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان

١٤٦ - تقسيم :

يظل القانون يسري على ما يقع بعد نفاذه إلى يوم إلغائه . فإذا أعقبه

(١) وقد نصت المادة ٢٢ من تقنين العقوبات اللبناني في هذا المعنى على أنه «لا تطبق الشريعة اللبنانية في الأرض اللبنانية على الجرائم التي يقرها موظفو السلك الخارجي والقناصل الأجانب ما تتمتعوا بالحصانة التي يخولهم إياها القانون الدولي العام» .

قانون جديد سرى هذا القانون على ما يقع بعد نفاذه . غير أنه مع ذلك قد تنشأ صعوبات في تحديد مدى سريان كل من هذين القانونين على بعض الأوضاع القانونية ، حيث يقوم بينها تنازع على حكم هذه الأوضاع .
ولذلك نتكلم أولاً في إلغاء القانون ، ثم في تنازع القوانين من حيث الزمان .

المبحث الاول

إلغاء القانون

١٤٧ - تعريف :

إلغاء القاعدة القانونية أو نسخها هو رفع قوتها الملزمة بإنهاء سريانها ، سواء كان ذلك لاستبدال قاعدة أخرى بها أو للاستغناء عنها . فيزول عنها وصف القاعدة القانونية من وقت هذا الإلغاء .
ويرد الإلغاء على جميع القواعد القانونية أياً كان مصدرها . وتختلف السلطة التي تملكه باختلاف المصدر الذي نشأت عنه القاعدة القانونية . كما أنه لا يتم بطريقة واحدة .
ومن هذا نتكلم في السلطة التي تملك الإلغاء ، ثم في أنواع الإلغاء .

المطلب الاول

السلطة التي تملك الإلغاء

١٤٨ - إلغاء القواعد التشريعية :

القاعدة أن السلطة التي تملك إلغاء القاعدة القانونية هي تلك التي تملك إنشائها ، أو سلطة أعلى منها إذ أن من يملك الأكثر يملك الأقل .

وقد رأينا أن التشريع يعتبر هو المصدر الأصلي العام الذي تستمد منه القواعد القانونية ، بحيث لا يلتجأ إلى مصدر آخر إلا إذا لم تكن هناك قاعدة تشريعية .

ويترتب على ذلك أن القاعدة التشريعية لا تُلغى إلا بقاعدة تشريعية . وقد نصت المادة الثانية من التقنين المدني المصري في هذا المعنى على أنه « لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ... » .

ونظراً إلى تدرج التشريعات في القوة لا تُلغى القاعدة التشريعية إلا بقاعدة تشريعية من درجتها، أو من درجة أعلى منها . فقد رأينا أن التشريع على درجات ثلاثة ، مما لا يجوز معه أن يأتي التشريع الأدنى مخالفاً للتشريع الأعلى منه . وكما يراعى هذا التدرج في إنشاء القاعدة التشريعية ، تنبغي مراعاته كذلك في إلغائها . فالتشريع الأساسي لا يلغى إلا بتشريع أساسي . والتشريع العادي لا يلغى إلا بتشريع عادي أو بتشريع أساسي . والتشريع الفرعي يلغى بتشريع فرعي أو بتشريع عادي أو بتشريع أساسي .

كما يترتب على ذلك أن القاعدة التشريعية لا يلغىها العرف ، إذ هو أدنى مرتبة منها ، كما أن نص المادة الثانية من التقنين المدني المصري الذي ذكرناه قاطع في هذا المعنى . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري في هذا الصدد ما يأتي : « وغني عن البيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعي بمقتضى عرف لاحق » (١) .

وعليه ، فليس صحيحاً ما يراه البعض من إمكان إلغاء التشريع عن طريق إهمال تطبيقه مدة طويلة . فإذا صح ما يقال من أن هذا الإهمال يؤدي إلى نشوء عرف سلبى يخالف للتشريع ، فإن هذا العرف لا يلغى التشريع . وقد رأينا أن العرف لا يجوز أن يخالف التشريع ، سواء كانت القاعدة التشريعية أمرة أو مكلّة ، وأنه في الحالات الاستثنائية التي يمكن أن ينشأ فيها عرف

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

مخالف لبعض القواعد التشريعية المكلة بقتضى نصوص خاصة فإن هذا العرف لا يلغى القاعدة التشريعية (١) . ومن ثم فإن القاعدة التشريعية ، سواء كانت أمرة أو مكلة ، لا يمكن إلغاؤها بواسطة قاعدة عرفية .

١٤٩ - إلغاء القواعد غير التشريعية :

تلغى القاعدة الدينية بقاعدة تشريعية . فقد رأينا أن الدين يعتبر مصدراً رسمياً يلي التشريع في مسائل الأحوال الشخصية . فإذا كانت القاعدة الدينية هي المطبقة في هذا المجال ، ثم تدخل الشارع فاستبدل بها قاعدة تشريعية ، فإن هذه الأخيرة تلغى القاعدة الدينية . ومن الواضح أن هذا الإلغاء لا يرفع عن القاعدة الدينية صفتها الدينية ، فهذه الصفة تبقى لها ، وإنما يرد الإلغاء عليها باعتبارها قاعدة من قواعد القانون الوضعي فيرفع عنها قوتها الملزمة . وتلغى القاعدة العرفية بقاعدة عرفية أخرى تخالفها . فإذا كان هناك عرف قائم ، تم تطورت الظروف فنشأ عرف يخالفه ، فإن هذا يعني أن العرف اللاحق قد لغى العرف الذي كان قائماً من قبل . كل تلغى القاعدة العرفية بقاعدة تشريعية ، إذ أن التشريع مقدم على العرف في التطبيق ، بحيث لا يلتجأ إلى العرف إذا لم تكن هناك قاعدة تشريعية كما رأينا . فإذا وضعت قاعدة تشريعية في مسألة معينة امتنع تطبيق العرف فيها ، إذ تكون القاعدة التشريعية قد ألغت هذا العرف .

وتلغى القاعدة المستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية بقاعدة تشريعية أو عرفية في نطاق المعاملات المالية في القانون المصري ، إذ أن التشريع والعرف مقدمان في التطبيق على القواعد المستمدة من هذه المبادئ كما قدمنا . فإذا كانت هناك مسألة تحكمها قاعدة مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية لعدم وجود تشريع أو عرف في خصوص هذه المسألة ، ثم وضعت قاعدة

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١١٧ .

تشريعية أو نشأت قاعدة عرفية تحكمها ، فإن القاعدة المستمدة من مبادئ الشريعة تكون قد أُلغيت باعتبارها قاعدة من قواعد القانون الوضعي المصري .

المطلب الثاني

انواع الالغاء

١٥٠ - الالغاء الصريح والالغاء الضمني :

نصت المادة الثانية من التقنين المدني المصري في هذا الصدد على أنه لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع .

وإذا كان هذا النص يتناول فحسب إلغاء القواعد التشريعية ، فإن الإلغاء كما رأينا لا يقتصر على هذه القواعد ، بل يصح أن يرد على جميع القواعد القانونية أياً كان مصدرها .

ويتضح من النص أن الإلغاء قد يكون صريحاً ، وقد يكون ضمناً .
وسنعرض لهذين النوعين على التوالي .

١٥١ - (١) الالغاء الصريح :

لا يتحقق الإلغاء الصريح *L'abrogation expresse* إلا بواسطة التشريع ، إذ أن التشريع هو الذي يتصور فيه التصريح بالإلغاء .

والغالب أن يكون الإلغاء الصريح بصدور تشريع ينص فيه على إلغاء تشريع سابق معين ، أو ينص فيه على إلغاء ما يخالفه من قواعد . ومن أمثلة النص على إلغاء تشريع سابق ما نصت عليه المادة ٨٥٢ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني من إلغاء قانون أصول المحاكمات العثماني ، والقانون العثماني الخاص بالمحاكم الصلحية ، وقانون الإجراء العثماني . وما نصت عليه

المادة الأولى من القانون المصري الخاص بإصدار التقنين المدني الحالي من إلغاء التقنين المدني الوطني والتقنين المدني المختلط والاستعاضة عنها بالتقنين المدني المرافق لهذا القانون . ومن أمثلة النص على إلغاء ما يخالف قواعد التشريع ما نصت عليه المادة ١١٠٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني من إلغاء جميع أحكام «المجلة» وغيرها من النصوص الاشتراعية التي تخالف هذا التقنين أو لا تتفق مع أحكامه .

وإذا نص في التشريع على إلغاء ما يخالفه من قواعد فإن الإلغاء حينئذ يشمل جميع ما يخالف هذا التشريع من قواعد ، سواء كانت قواعد تشريعية أو غير تشريعية .

ويعتبر من قبيل الإلغاء الصريح أن يتضمن التشريع نصاً على أن يعمل به مدة معينة ، أو إلى أن يتحقق أمر معين . فإذا انقضت تلك المدة أو تحقق هذا الأمر أصبح التشريع ملغياً . ومن أمثلة الإلغاء بفوات المدة المعينة لسريان التشريع القواعد الخاصة بالتسمير الجبري لبعض السلع والتي ينص فيها على سريانها لمدة معينة . ومن أمثلة الإلغاء بتحقيق أمر معين ما نصت عليه المادة الأولى من المرسوم الاشتراعي اللبناني الصادر في ٥ كانون الثاني سنة ١٩٤٠ من إعطاء القاضي ، بصفة مؤقتة وحتى انتهاء الحرب ، سلطة منح المستأجر مهلة للإخلاء لا تتجاوز الستة أشهر .

١٥٢ - (٢) الإلغاء الضمني :

الإلغاء الضمني *l'abrogation tacite* هو الذي لا ينص عليه صراحة ، وإنما يستخلص من تعارض قاعدة جديدة مع قاعدة قديمة . أو من تنظيم تشريع جديد لموضوع سبق أن نظمه تشريع قديم . فهو يقع في الصورتين الآتيتين :

١٥٣ - الصورة الأولى : تعارض بين قاعدة جديدة وقاعدة قديمة :

إذا تعارضت قاعدة قانونية جديدة مع قاعدة قانونية قديمة ، أفاد هذا

ضمناً نسخ القاعدة القديمة لتعذر تطبيق القاعدتين معاً . فإذا كانت القاعدة الجديدة قاعدة تشريعية دل هذا التعارض على أن الشارع أراد أن يلغي ضمناً القاعدة القديمة .

وتصدق هذه الصورة للإلغاء الضمني في الواقع على جميع القواعد القانونية أياً كان مصدرها . فهو يتحقق إذا قام تعارض بين قاعدة تشريعية جديدة وقاعدة تشريعية قديمة . أو بين قاعدة تشريعية جديدة وقاعدة قديمة دينية أو عرفية أو مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية . أو بين قاعدة عرفية جديدة وقاعدة قديمة عرفية أو مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية .

ويكون الإلغاء حينئذ في حدود ما هنالك من تعارض بين القاعدة الجديدة والقاعدة القديمة . فهو يقع بالقدر الذي يرفع التناظر بين القاعدتين . فإذا كان التعارض تاماً بين هاتين القاعدتين نسخت القاعدة القديمة بأكملها . ويتحقق ذلك إذا كانت القاعدتان كلتاهما عامة ، أو كلتا كلتاهما خاصة . إذ في كلا الحالين يكون الحكم الذي تضمنته القاعدتان المتعارضتان ذا صفة واحدة من حيث كونه عاماً أو خاصاً ، فلا يمكن رفع ما بينهما من تناقض إلا بإلغاء إحداها كلية .

أما إذا كان التعارض جزئياً فلا يقع الإلغاء إلا في حدود القدر الذي يوجد فيه التعارض بين القاعدتين . ويتحقق ذلك إذا كانت إحدى القاعدتين عامة والأخرى خاصة . إذ في هذه الحالة تتضمن إحدى القاعدتين حكماً عاماً ، وتتضمن الأخرى حكماً خاصاً يتناول مسألة جزئية تدخل في نطاق الحكم العام ولكنها تخالفه ، فينسخ من الحكم العام ما يقابل هذه المسألة الجزئية ، ويبقى ما عدا هذه المسألة من الحكم العام حيث لا تعارض في شأنه . وذلك سواء صدرت القاعدتان وقت واحد ، أو كانتا متعاقبتين .

فإذا كانت القاعدة القديمة عامة ، والقاعدة الجديدة خاصة ، فلا تلغى القاعدة القديمة بأكملها ، وإنما يلغى منها ما اختصت به القاعدة الخاصة . حيث تحد القاعدة الجديدة الخاصة بقدر ما جاءت به من نطاق القاعدة القديمة العامة ، فتكون استثناءً وارداً عليها .

مثل ذلك في القانون اللبناني ان قانون المراجعة العثماني الصادر في ٩ رجب سنة ١٣٠٩ هجرية يتضمن قاعدة تجعل الحد الأقصى للفائدة ٩٪ لجميع الديون المدنية والتجارية (م ٣) ، ثم صدر قانون الرهونات العقارية رقم ١٣٢٩ في ٢٠ آذار سنة ١٩٢٢ ففضى يحوّاز رفع الحد الأقصى للفائدة إلى ١٢٪ في شأن الديون المضمونة برهون عقارية (م ١٠١) . فالقاعدة في قانون المراجعة تتضمن حكماً عاماً يتناول سعر الفائدة بالنسبة إلى الديون جميعها ، بينما تتضمن القاعدة في قانون الرهونات العقارية حكماً خاصاً مخالفاً بالنسبة إلى سعر الفائدة المضمونة برهون عقارية . ويترتب على ذلك إلغاء الحكم العام الوارد في قانون المراجعة في شأن سعر الفائدة للديون المضمونة برهون عقارية فحسب ، وبقاء هذا الحكم في شأن سعر الفائدة للديون الأخرى . وبذلك أصبحت القاعدة الخاصة استثناءً وارداً على القاعدة العامة .

ومثل ذلك في القانون المصري أن التقنين المدني القديم كان يتضمن قاعدة تقضي بأن الملكية تنتقل بمجرد العقد في الأموال منقولة كانت أو عقارية ، ثم صدر قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ ، ومن بعده قانون الشهر العقاري سنة ١٩٤٦ ، ففضياً بأن الملكية في العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل . فلانت القاعدة في التقنين القديم تتضمن حكماً عاماً يتناول الأموال جميعاً سواء كانت منقولة أو عقارية ، بينما تتضمن القاعدة الجديدة في قانون التسجيل وقانون الشهر العقاري حكماً خاصاً مخالفاً بالنسبة إلى العقارات . فترتب على ذلك إلغاء الحكم العام الوارد في التقنين القديم في شأن العقارات فحسب ، وبقي هذا الحكم في شأن المنقولات . وبذلك أصبحت القاعدة الخاصة استثناءً وارداً على القاعدة العامة .

وإذا كانت القاعدة القديمة خاصة ، والقاعدة الجديدة عامة ، فلا تلغى القاعدة الخاصة ، لان الحكم الخاص لا يلغى ضمناً إلا بحكم خاص مثله يتعارض معه . فالقاعدة العامة لا تلغى القاعدة الخاصة ، وإنما تظل القاعدة الخاصة باعتبارها استثناء يرد على القاعدة العامة .

مثل ذلك في القانون اللبناني ان قانون الرهونات العقارية المذكور الصادر في سنة ١٩٢٢ يحمل الحد الأقصى للفائدة ١٢ ٪ للديون المضمونة برهون عقارية . ثم جاء بعد ذلك قانون ٢٤ حزيران سنة ١٩٣٩ الخاص بجريمة المراباة والذي اعتبر دين مراباة كل قرض مالي عقد لغايات غير تجارية بفائدة تزيد على ٩ ٪ ، وقد أضاف الشارع إلى هذه القاعدة العامة في شأن القروض المدنية عبارة « مع مراعاة الأحكام القانونية التي تحدد معدل الفائدة في الرهونات العقارية » (م ١) . ولو ان الشارع لم يذكر هذه العبارة لما تغير الحكم . فالحكم الوارد في قانون الرهونات العقارية حكم خاص لا يلغيه الحكم العام الوارد في القانون المتعلق بجريمة المراباة . وبذلك يظل الحكم الخاص استثناء وارداً على الحكم العام .

ومثل ذلك في القانون المصري ان قانون الشهر العقاري الصادر في سنة ١٩٤٦ يتضمن قاعدة تقضي بأن الملكية في العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل . ثم جاء التقنين المدني الحالي بعد ذلك فأورد قاعدة عامة تقضي بأن الملكية تنتقل بمجرد التعاقد ، وأضاف في نهايتها عبارة « وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » (م ٢٠٤ مدني) . ولو ان الشارع لم يذكر هذه العبارة لما تغير الحكم . فالحكم الوارد في قانون الشهر العقاري حكم خاص لا يلغيه الحكم العام الوارد في التقنين المدني . وبذلك يظل الحكم الخاص استثناء وارداً على الحكم العام .

١٥٤ - الصورة الثانية : تنظيم للموضوع من جديد :

إذا صدر تشريع ينظم من جديد موضوعاً سبق أن قرر قواعده تشريع قديم ، فإنه يستخلص من إعادة تنظيم هذا الموضوع أن القواعد الجديدة قد نسخت القواعد القديمة كلها حتى تلك التي لا تتعارض معها^(١) . وتقول

(١) ولكن إعادة تنظيم الأحكام العلمة للموضوع لا تؤدي إلى إلغاء الأحكام الخاصة القديمة =

المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري في هذا المعنى إن من صور النسخ الضمني « أن يصدر تشريع جديد ينظم تنظيمًا كاملاً وضماً من الأوضاع أفرد له تشريع سابق . وفي هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخاً جملة وتفصيلاً ولو انتفى التعارض بين بعض نصوص هذا التشريع والتشريع الذي تلاه ، (١) .

فالمفروض في هذه الصورة أن يتعلق التعارض بين التشريع الجديد والتشريع السابق بالمبدأ الذي أسس عليه هذا الأخير ، ولذلك يتناول النسخ أحكام التشريع السابق جميعها .

والغالب أن ينص الشارع صراحة في التشريع الجديد على إلغاء التشريع السابق . غير الحكم لا يتغير لو أنه سكوت عن هذا الإلغاء الصريح ، حيث يكون الإلغاء ضمناً بالنسبة إلى التشريع السابق بأكمله . فمثلاً في القانون اللبناني نص الشارع في قانون الإرث لغير المهملين الصادر في سنة ١٩٥٩ والذي شمل أحكام الإرث والوصية على إلغاء الأحكام السابقة في شأن الوصية والتي يقصد بها تلك التي وردت في قانون الوصية الصادر في سنة ١٩٢٩ . وفي

في هذا الموضوع إلغاء ضمناً . ولذلك فإن التقنين المدني المصري الحالي قد أعيد فيه تنظيم الموضوعات المختلفة التي شملها ، ومع ذلك لم يترتب عليه إلغاء ضمنى القوانين الخاصة السابقة عليه والتي تضمنت أحكاماً خاصة في بعض هذه الموضوعات ، كقانون تجزئة الضمان الصادر في سنة ١٩٤٢ وقانون إبحار الأماكن الصادر في سنة ١٩٤٧ . إذ أن هذا التقنين قد نظم من جديد الموضوعات التي شملها في أحكامها العامة ، مما لا يؤدي إلى نسخ الأحكام الخاصة القديمة في خصوص بعض هذه الموضوعات .

وتأيداً لذلك فإن المادة الأولى من قانون إصدار هذا التقنين كانت تتضمن في المشروع فقرة ثانية تنص على أن « يلغى كل نص يخالف أحكام القانون المدني المرافق لهذا القانون » . ولكن حذفت هذه الفقرة في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وذلك « بقصد الإبقاء على التشريعات الخاصة التي صدرت استثناء من القانون المدني منشئة أوضاعاً دائمة أو موقوتة حتى لا ينصرف النص في عومه إلى إلغاء هذه الأوضاع الأمر الذي لا يدخل في قصد الشرع » (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ١٦٨ - ١٧٠) .

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

القانون المصري نص الشارع في قانون تنظيم الجامعات ، وقانون الشهر العقاري ، وقانون إيجار الأماكن ، على إلغاء التشريعات السابقة التي كانت تنظم هذه الموضوعات . ولو ان الشارع سكت عن ذلك لألغيت التشريعات السابقة ضمناً .

المبحث الثاني

تنازع القوانين من حيث الزمان

١٥٥ - وضع المسألة :

يقوم تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان ، بحسب الأصل ، على مبدأين أساسيين : الأول أن القانون يسري على الوقائع التي تحدث من يوم نفاذه إلى يوم إلقائه ، وهذا ما يعبر عنه بالأثر المباشر أو الفوري أو الحال للقانون *effet immediat* . والثاني أن القانون لا يسري على الوقائع التي تحدث قبل نفاذه ، وهذا ما يعبر عنه بعدم رجعية القوانين أو بعدم سريان القوانين على الماضي ، أو بعدم استناد القوانين إلى الماضي *la non - rétro-activité des lois* .

فإذا ألغيت قاعدة قانونية وحلت محلها قاعدة قانونية أخرى ، سرت القاعدة الجديدة على ما يقع من يوم نفاذها ، وامتنع سريانها على ما وقع قبل هذا النفاذ ، كما يقف سريان القاعدة القديمة . وعلى هذا النحو يتحدد بحسب الأصل ، نطاق تطبيق هاتين القاعدتين من حيث الزمان .

ولا تثار صعوبة في تحديد هذا النطاق إذا تعلق الأمر بأوضاع قانونية نشأت وترتبت آثارها جميعاً في ظل قانون معين . حيث لا يتصور في هذه الحالة أن يقوم تنازع على حكم هذه الأوضاع بين قاعدة وأخرى ، فما نشأ من أوضاع وترتبت آثاره في ظل القاعدة القديمة يخضع لها ، وتلك التي نشأت

وتترتب آثارها في ظل القاعدة الجديدة تخضع لها . كأن يتعاقد شخصان ، وينفذ كل منها التزاماته ، فتتنقض الرابطة العقدية بينها ، ويحدث هذا كله في ظل قواعد لم تتغير ، إذ أن هذه القواعد هي التي تطبق . أو يرتكب شخص جريمة ، فتم محاكمته ، وينفذ الحكم الصادر ضده ، دون أن تتغير القواعد التي تحكم كل هذا .

لكن تثار الصعوبة في هذا الخصوص بالنسبة إلى أوضاع قانونية تمتد في ظل قانونين مختلفين . فهناك أوضاع يستغرق تكوينها زمناً طويلاً ، كالتقادم والوصية ، فيبدأ تكوينها في ظل قانون ويتم في ظل قانون آخر . وهناك أوضاع يستغرق ترتيب آثارها زمناً طويلاً ، كمقد القرض بفائدة والزواج والجريمة والتقاضي ، فتنشأ في ظل قانون وتترتب آثارها أو تنقضي في ظل قانون آخر . وهناك أوضاع تتعلق بصلاحية في الشخص ، كالأهلية ، فتتوفر للشخص في ظل قانون وتمعدل أحكامها في ظل قانون آخر . ففي مثل هذه الحالات يثور التساؤل لمعرفة ما يسري عليه القانون القديم وما يسري عليه القانون الجديد ، بغية تحديد نطاق تطبيق كل منهما ، كما يتضح من الأمثلة الآتية :

فإذا كان القانون يميز للشخص أن يكسب ملكية الشيء بالتقادم إذا حازه مدة خمس عشرة سنة بشروط معينة ، فعاز شخص عقاراً مملوكاً لغيره مدة عشر سنوات ، ثم صدر قانون جديد يطيل المدة أو يقصرها أو يغير من شروط التقادم الأخرى ، فالى أي حد يسري هذا القانون على مركز الحائز ؟ .

وإذا أبرمت وصية لوارث في ظل قانون يجعل نفاذها رهيناً بإجازة الورثة ، ثم صدر قبل وفاة الموصي قانون جديد يقضي بنفاذ الوصية في ثلث التركة بغير إجازة الورثة ، فهل يسري هذا القانون الجديد على الوصية التي أبرمت قبل نفاذه ؟ .

وإذا تم قرض بفائدة سعرها ٨ ٪ في ظل قانون يميز هذا السعر ، ثم

صدر قانون جديد يجعل الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ٧ ٪ ، فما أثر هذا القانون على الفوائد التي لم تستحق إلا بعد نفاذه ؟ .

وإذا كان القانون ينحول الزوج حق الطلاق دون حاجة إلى حكم من القاضي ، ثم صدر قانون جديد أثناء قيام الزوجية يحرم الطلاق إلا بحكم من القاضي ، فهل يسري هذا القانون على من تزوجوا قبل نفاذه ؟ .

وإذا ارتكب شخص جريمة ، ثم صدر قانون جديد أثناء نظر الدعوى أو بعد صدور الحكم بالمعقوبة وقبل تمام تنفيذها يعمو الجريمة أو يخفف العقوبة أو يشدها ، فما أثر هذا القانون على مركز ذلك الشخص ؟ .

وإذا رفعت دعوى أمام المحكمة المختصة بنظرها وفقاً للإجراءات التي يتطلبها القانون ، ثم صدر قانون جديد أثناء نظر الدعوى يجعلها من اختصاص محكمة أخرى أو يتطلب في شأنها إجراءات غير التي كانت مقررة ، فما مدى سريان هذا القانون على تلك الدعوى ؟ .

وإذا كان القانون يجعل سن الرشد ثنائي عشرة سنة ، ثم صدر قانون جديد يرفع هذه السن إلى إحدى وعشرين سنة ، فما مركز الأشخاص الذين بلغوا الرشد في ظل القانون القديم ولم يبلغوا وقت نفاذ القانون الجديد السن المقررة في هذا القانون ؟ ، وما حكم التصرفات التي عقدها هؤلاء في ظل القانون القديم ؟ .

وفضلاً عن الصعوبة التي توجد في مثل هذه الحالات فإن من المسلم به أن المبدأين اللذين يسيطران في هذا الخصوص ، وهما مبدأ الأثر المباشر للقانون ومبدأ عدم رجعية القوانين ، لا يحريان على إطلاقها ، بل ترد عليها بعض الاستثناءات .

وقد كان مبدأ عدم رجعية القوانين هو المبدأ الأول الذي وجد من قديم كآساس لحل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان . ولكن نظراً إلى عدم كفاية ذلك المبدأ لمواجهة هذه المشكلة ظهرت نظريات فقهية تهدف إلى إيجاد الأسس والضوابط التي تتبع في هذا الشأن . كما عني الشارع بإيراد حلول

لبعض صور التنازع .

ولهذا تتكلم أولاً في مبدأ عدم رجعية القوانين . ثم تتناول النظريات
الفقهية التي ظهرت في هذا الشأن كي نخلص إلى ما يصح الأخذ به منها ونحدد
القواعد التي يجب أن تتبع . ونعرض أخيراً للحلول التشريعية التي عاجلت
بعض صور التنازع .

المطلب الاول

مبدأ عدم رجعية القوانين

١٥٦ - ضرورة مبدأ عدم رجعية القوانين :

مبدأ عدم رجعية القوانين ، أو عدم سريان القوانين على الماضي ، مبدأ
أساسي يعتبر من قديم هو الاصل في حل مشكلة تنازع القوانين من حيث
الزمان . وهو يقوم على أساس من المنطق والعدالة والمصلحة العامة .

حيث يقضي المنطق بعدم سريان القانون على الوقائع التي حصلت في
الماضي قبل نفاذه ، بحيث يقتصر سريانه على الوقائع المستقبلية التي تحصل بعد
هذا النفاذ . إذ أن القانون خطاب موجه إلى الاشخاص يتناول ما يجب أن
يكون عليه سلوكهم في خصوص أمر معين ، فلا يتصور أن يفرض هذا
السلوك بالنسبة إلى وقائع مضت وانتهى أمرها قبل أن يوجه هذا الخطاب ،
وإنما يكون ذلك بالنسبة إلى ما يقع منها في المستقبل .

وتأبى العدالة أن يسري القانون على أفعال أو تصرفات سابقة على نفاذه .
فليس من العدل أن يأتي الأفراد أفعالاً مباحة ، ثم يصدر قانون يفرض عقوبة
تسري على ما وقع من هذه الأفعال قبل نفاذه . أو يبرم الأفراد تصرفات
تخولهم حقوقاً معينة وفقاً لأحكام القانون القائم ، ثم يصدر قانون جديد يعدل
من هذه الأحكام ويسري على ما تم قبله من تصرفات .

وتوجب المصلحة العامة للجماعة ألا يسري القانون على الماضي حتى تتحقق ثقة الناس في القانون ويتوفر الاستقرار الواجب للمعاملات ، وبدون ذلك تهدر هذه الثقة ، فلا يطمئن الناس إلى أفعال يأتونها رغم كونها مباحة ولا إلى تصرفات يبرمونها وفقاً للقواعد القائمة ، الأمر الذي يبعث القلق ويؤدي إلى تعطيل الأعمال وتقويض النظام في المجتمع .

ومن هذا يبدو جلياً أن المبدأ ضروري لكفالة حريات الأفراد ، وضمان الثقة في القانون ، وتوفير الاستقرار والنظام في المجتمع .

١٥٧ - النص على المبدأ ومدى قوته :

نظراً إلى الاعتبارات التي تقضي بضرورة الأخذ بمبدأ عدم رجعية القوانين ، تحرص أغلب الدول الحديثة على النص عليه في تقنيناتها ، بل إن الكثير منها ينص عليه في الدستور .

وقد ورد النص على هذا المبدأ في مصر منذ صدور التقنينات الأولى ، وذلك في لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ولائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، كما نصت عليه الدساتير المختلفة . فنصت المادة ١٨٧ من الدستور الحالي على أنه « لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها . ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب » .

وهذا المبدأ قائم في القانون اللبناني رغم عدم النص عليه ، إذ هو مبدأ مسلم في جميع القوانين دون حاجة إلى نص يقرره .

ويتقيد القاضي بهذا المبدأ ، فلا يجوز له مطلقاً ان يخرج عليه . أما الشارع فتختلف سلطته في المواد الجنائية عنها في المواد الأخرى .

ففي المواد الجنائية يتقيد الشارع كذلك بالمبدأ ، فلا يملك النص في تشريع يقرر جريمة جديدة أو يشدد عقوبة سابقة على سريان هذا التشريع على ما ارتكب من أفعال قبل نفاذه ، وذلك لضمان الحرية الشخصية للأفراد .

ولذلك فان الدستور المصري ، بالإضافة إلى ما يفيدته نص المادة ١٨٧ المذكور في هذا المعنى ، نصت المادة ٢/٦٦ من هذا الدستور على انه « لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون » . وهذا ما يمكن استخلاصه من نص الدستور اللبناني على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في المادة الثامنة منه التي تقول انه « لا يمكن تحديد جرم أو تعيين عقوبة إلا بمقتضى القانون » . كما نص عليه كل من تقنين العقوبات المصري (م ١/٥) وتقنين العقوبات اللبناني (م ١ و ٦) : وسرى انه استثناء من هذا المبدأ تسري القوانين الجنائية بأثر رجعي إذا كانت أصلح للمتهم .

أما في غير المواد الجنائية فيجوز للشارع أن يخرج على المبدأ ، فينص صراحة على أن يكون للقانون أثر رجعي ، إذ ان مصلحة الجماعة قد تقتضي ذلك في بعض الحالات . ونظراً إلى أن هذا الخروج رخصة استثنائية لا يستخدمها الشارع إلا إذا اقتضتها مصلحة الجماعة ، فإن الدستور المصري (م ٨٧) يوجب أن ينص على الرجعية صراحة ، فلا يصح أن تستفاد ضمناً . ويوجب أن يرد هذا النص في تشريع عادي بالنسبة إلى أحكام هذا التشريع ، فلا يصح أن يرد في تشريع فرعي . ويوجب أن يوافق على هذا النص أغلبية أعضاء مجلس الشعب ، فلا تكفي أغلبية الأعضاء الحاضرين في الجلسة إذا كانت دون أغلبية أعضاء المجلس .

١٥٨ - الحاجة إلى بيان حدود تطبيق المبدأ :

يتضح مما قدمناه في بياننا لوضع المسألة منذ البداية أن هناك أوضاعاً قانونية تمتد في ظل قانونين متعاقبين ، سواء فيما يتعلق بتكوينها أو ترتيب آثارها أو توفر ما تتطلبه من صلاحية في الشخص . ولا يكفي أن يرد مبدأ عدم رجعية القوانين على النحو الذي رأيناه لحل مشاكل تنازع القوانين في مثل هذه الحالات . إذ يبقى بعد ذلك أن نعرف إلى أي حد يسري القانون

القديم على هذه الأوضاع ، ومتى يسري عليها القانون الجديد .
وقد يعرض الشارع لبعض صور التنازع فيورد الحلول التي تتبع في شأنها
كما سنرى . وقد يضع عند صدور قانون معين أحكاماً انتقالية لعلاج ما قد
يثار من تنازع في شأن تطبيق أحكام هذا القانون .
وإذا سكت الشارع عن إيراد مثل هذه الأحكام الانتقالية ، ولم يكن
هناك نص يبين حل التنازع في المسألة المعروضة ، وقعت على عاتق القاضي
مهمة الاجتهاد للوصول الى حل يطبقه . وكان طبيعياً أن ينهض الفقه لمعاونة
القضاء في هذه المهمة ، ولكنه لم يكن رائداً للقضاء في هذا المجال ، بل
وجه جل همه إلى تأصيل ما جرى عليه القضاء .

المطلب الثاني

النظريات الفقهية في تنازع القوانين من حيث الزمان

١٥٩ - نظريتان رئيسيتان :

ظهرت في الفقه نظريات متعددة في حل تنازع القوانين من حيث الزمان .
وعلى الرغم من ذلك لم يوفق الفقه إلى وضع نظرية تحيط بهذه المشكلة على
نحو ترسم فيه حدوداً منضبطة يمكن الوقوف عندها في جميع الصور . ويرجع
ذلك إلى أن هذه المشكلة بحكم طبيعتها تختلف فيها وجهات النظر من ناحية ،
وتتدخل فيها اعتبارات المصلحة والعدالة من ناحية أخرى ، بحيث تؤدي هذه
الاعتبارات إلى الخروج في بعض الصور على المبدأ الذي تتضمنه النظرية .
وسنرى أن هذه الاعتبارات هي التي جعلت الشارع لا يتقيد بالنظريات الفقهية
في بعض الحلول التشريعية التي وضعها لفريق من صور التنازع .
وسنعرض من بين هذه النظريات اثنتين رئيسيتين : الأولى هي النظرية
التقليدية . والثانية هي النظرية الحديثة .

اولا : النظرية التقليدية

١٦٠ - تمهيد :

النظرية التقليدية نظرية قديمة. وهي تقوم على مبدأ عدم رجعية القوانين، مع ضبط حدود تطبيقه بالترقية بين الحق المكتسب وبمجرد الأمل ، وإيراد استثناءات عليه .

وقد سادت هذه النظرية في الفقه والقضاء الفرنسيين طوال القرن الماضي ، كما تأثر بها الفقه والقضاء في مصر ولبنان ، ولا يزال القضاء يجري على استعمال الاصطلاحات التي جاء بها أنصارها .

ولكن تبين منذ أواخر القرن الماضي وأوائل القرن الحالي أن هذه النظرية تقصر عن مواجهة مشكلة التنازع بين القوانين في هذا النطاق ، لعدم سلامة التفرقة التي تقول بها ، ولما تنطوي عليه من خلط بين الأثر الرجعي للقانون وأثره الفوري أو المباشر . ومع ذلك ، فإنه نظراً إلى صعوبة المشكلة ، فإن النظرية الحديثة التي قامت للافاة هذه العيوب لم تنجح تماماً في استبعاد النظرية التقليدية من نطاق التطبيق العملي رغم هجر الفقه لها .

١٦١ - التفرقة بين الحق المكتسب وبمجرد الأمل في تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين :

يعتمد أنصار النظرية التقليدية في حل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان على مبدأ عدم رجعية القوانين . ولبيان حدود تطبيق هذا المبدأ يفرقون بين الحق المكتسب *droit acquis* وبمجرد الأمل *simple expectative* . حيث ذهبوا إلى أن القانون الجديد يكون ذا أثر رجعي ، فيمتنع تطبيقه ، إذا كان من شأن هذا التطبيق المساس بحق مكتسب في ظل القانون القديم . ولا يكون للقانون الجديد هذا الأثر ، فيجب تطبيقه ، إذا لم يكن من شأن هذا التطبيق سوى المساس بمجرد أمل .

فقوام هذه النظرية في بيان ما يسري عليه كل من القانونين المتعاقبين عند التنازع هو التفرقة بين الحق المكتسب وبمجرد الأمل . فالحق المكتسب يعتبر تطبيق القانون الجديد عليه سريانا على الماضي ، فيخضع للقانون القديم . أما مجرد الأمل فلا يعتبر تطبيق القانون الجديد عليه سريانا على الماضي ، فيخضع لهذا القانون .

غير أن أنصار النظرية لم يتفقوا على معيار للتفرقة بين الحق المكتسب وبمجرد الأمل ، الأمر الذي أضعف الفكرة الأساسية التي تقوم عليها النظرية وجعلها هدفا للنقد كما سنرى . فعرف البعض الحق المكتسب بأنه الحق الذي دخل في ذمة الشخص نهائياً بحيث لا يمكن نزعه منه إلا برضاه . وعرفه البعض الآخر بأنه الحق الذي يملك صاحبه المطالبة به والدفاع عنه أمام القضاء . وعرفه فريق ثالث بأنه الحق الذي يقوم على سند قانوني . أما مجرد الأمل فهو أمنية لدى الشخص أن يكسب حقاً قد تتحقق وقد لا تتحقق .

ومن الأمثلة التي يضر بها هؤلاء لتوضيح هذه التفرقة ما يأتي :

فمثلاً فيما يتعلق بالميراث لا يكون للورثة أثناء حياة المورث سوى مجرد أمل في الإرث ، أما عند وفاته فيصبح للورثة حق مكتسب في الإرث . فإذا صدر قانون جديد يعدل أنصباة الورثة ، وكان نافذاً قبل وفاة المورث ، فإنه لا يمس سوى مجرد أمل للورثة في الإرث ، ولذلك يسري على التركة ، إذ لا يعتبر تطبيقه على التركة في هذه الحالة سريانا على الماضي . أما إذا صدر هذا القانون وصار نافذاً بعد وفاة المورث ، فإنه يمس حقاً مكتسباً للورثة في الإرث ، ولذلك لا يسري على التركة ، إذ يعتبر تطبيقه على التركة في هذه الحالة سريانا على الماضي .

وكذلك الحال فيما يتعلق بالوصية . ففي أثناء حياة الموصي لا يكون للموصى له سوى مجرد أمل في الحصول على المال الموصى به ، أما عند وفاة الموصي فيصبح للموصى له حق مكتسب في هذا المال . فإذا صدر قانون جديد يعدل القدر الذي تنفذ فيه الوصية بغير إجازة الورثة ، بأن جعل هذا القدر ثلث التركة

بعد أن كان النصف ، وكان نافذاً قبل وفاة الموصي ، فإنه لا يمس سوى مجرد أمل للموصى له ، ولذلك يسري على الوصية. أما إذا صدر هذا القانون وصار نافذاً بعد وفاة الموصي ، فإنه يمس حقاً مكتسباً للموصى له في نصف أموال الشركة لو أن الوصية كانت بالنصف ، ولذلك لا يسري على الوصية . وفي التقادم المكسب الذي لم تكتمل مدته لا يكون للحائز سوى مجرد أمل أن يكسب الحق الذي يحوزه ، أما عند انقضاء هذه المدة فيكون له أن يكسب هذا الحق . فإذا حاز شخص قطعة أرض بملوكة لغيره ، وكانت المدة المقررة لكسب ملكيتها بالتقادم هي خمس عشرة سنة ، ثم صدر قانون جديد قبل انقضاء هذه المدة يطيلها إلى عشرين سنة ، فإنه يسري على ذلك الحائز لأنه لم يكن له سوى مجرد أمل في أن يكسب ملكية هذه الأرض . أما إذا صدر هذا القانون بعد انقضاء المدة فلا يسري على ذلك الحائز ، لأن تطبيقه في هذه الحالة يمس حقاً مكتسباً للحائز .

وإذا أبرم عقد في ظل القانون القديم ، ثم امتدت آثاره إلى ما بعد نفاذ القانون الجديد الذي يعدل من شروطه أو من آثاره ، فلا يسري عليه هذا القانون سواء فيما يتعلق بالشروط أو الآثار ، حتى لا يمس الحقوق المكتسبة المتولدة عنه ، بل بظل خاضعاً للقانون الذي نشأ في ظله .

١٦٢ - استثناءات من مبدأ عدم رجعية القوانين :

يتضح مما تقدم أن عدم رجعية القوانين في النظرية التقليدية يراد به عدم تطبيق القانون الجديد على ما تم في ظل القانون القديم إذا كان من شأن هذا التطبيق المساس بحقوق مكتسبة . ولكن أنصار النظرية يوردون على هذا المبدأ بعض استثناءات يجوز فيها أن يكون للقانون الجديد أثر رجعي رغم ما في ذلك من مساس بحقوق مكتسبة . وهذه الاستثناءات هي :

١ - النص الصريح على الرجعية : فمبدأ عدم رجعية القوانين يقيّد القاضي ، فلا يجوز له مطلقاً أن يخرج عليه . أما الشارع فيجوز له في غير

المواد الجنائية أن يخرج على المبدأ، فينص على أن يكون للقانون أثر رجعي. وقد رأينا أن هذا الخروج رخصة استثنائية لا تستخدم إلا إذا اقتضتها مصلحة الجماعة ، ولذلك يجب أن ينص على الرجعية صراحة (١) .

٢ - القوانين الجنائية الأصلح للمتهم : فالقوانين الجنائية الجديدة تسري بأثر رجعي على ما ارتكب من أفعال قبل نفاذها إذا كانت أصلح للمتهم ، بأن كانت تمحو الجريمة أو تخفف العقوبة. وهذا استثناء من مبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية لا ينافي الحرية الفردية . كما أن مصلحة الجماعة لا تدعو إلى مؤاخذة الشخص عن فعل أصبح مباحاً ، أو معاقبته بعقوبة أشد مما يستحقه الفعل المنسوب إليه .

وسنرى أن هذا الاستثناء مقرر في كل من القانون اللبناني والقانون المصري ، حيث نتبين فيما بعد مدى استفادة المتهم من مثل تلك القوانين .

٣ - القوانين التفسيرية : فهذه القوانين هي التي يصدرها الشارع لبيان المعنى المقصود من تشريع سابق على أثر ما ظهر في العمل من خلاف حول حقيقة المعنى الذي قصده الشارع من هذا التشريع أو ما اتجهت إليه المحاكم من الأخذ بما يخالف هذا المعنى .

ويعتبر القانون التفسيري بحكم طبيعته جزءاً متمماً للتشريع المراد تفسيره ، ولذلك فهو يسري على ما وقع قبل صدوره في ظل هذا التشريع استثناء من مبدأ عدم الرجعية ، فيلتزم القضاء بتطبيقه على الدعاوى التي ما زالت منظورة أمامه . أما الدعاوى التي سبق الفصل فيها نهائياً قبل نفاذ القانون التفسيري فيمتنع تطبيقه عليها ، حتى لو كان قد فصل فيها على أساس الأخذ بتفسير يخالف ما جاء به ، مراعاة لحجية الأمر المقضى .

٤ - القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب : فإذا صدر قانون جديد يتعلق بالنظام العام أو الآداب فإنه يسري على الماضي ، استثناء من مبدأ

(١) أنظر فيما تقدم فقرة ١٥٧ .

عدم الرجعية ، فيمس الحقوق المكتسبة . حيث لا يجوز لشخص أن يتمسك بحق كسبه إذا كان هذا الحق أصبح مخالفاً للنظام العام أو الآداب .
ومن تطبيقات هذا الاستثناء عند أنصار النظرية القوانين الخاصة بتحديد سن الرشد . فإذا صدر قانون يرفع هذه السن فإنه يسري على كل شخص لم يبلغ السن المقررة فيه وقت نفاذه ، فيعتبر قاصراً ، حتى لو كان قد سبق اعتباره رشيداً في حكم القانون القديم .

وكذلك الحال فيما يتعلق بالقوانين التي تنظم الطلاق . فإذا صدر قانون يفرض على الزوج أن يستصدر حكماً من القاضي بالطلاق بعد أن كان الطلاق بإرادة الزوج وحده فإنه يسري على من هم أزواج وقت نفاذه رغم أنهم تزوجوا في ظل القانون القديم الذي كان يجعل الطلاق بإرادة الزوج وحده .
غير أن بعض أنصار النظرية يقصرون حكم هذا الاستثناء على فريق من القواعد المتعلقة بالنظام العام . فهم يفرقون في هذا النطاق بين نوعين من هذه القواعد : النوع الأول يشمل القواعد التي يراد بها حماية مصلحة عامة ، كالقانون الذي يفرض سعراً إلزامياً للعملة الورقية ، وهذه يكون لها أثر رجعي فتسري على العقود السابقة التي لم يتم تنفيذها بعد . والنوع الثاني يشمل القواعد التي يراد بها حماية مصلحة خاصة ، كالقانون الذي يخفض الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ، وهذا لا يكون لها أثر رجعي فتظل العقود السابقة التي نشأت في ظل القانون القديم خاضعة له .

١٦٣ - نقد النظرية التقليدية :

يخلص مما تقدم أنه وفقاً للنظرية التقليدية في تنازع القوانين من حيث الزمان يقوم حل هذا التنازع على أساس مبدأ عدم رجعية القوانين ، وأن الرجعية تتحقق إذا كان هناك مساس بحق مكتسب ، وأن ثمة استثناءات ترد على ذلك المبدأ فيجوز فيها أن يكون للقانون أثر رجعي .
وقد وجه الفقه الحديث نقداً شديداً إلى هذه النظرية من وجوه ثلاثة ،

هي غموض معيار التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، وعدم صلاحيته ،
والخلط بين الأثر الرجعي للقانون وأثره المباشر .

فالمعيار الذي تقوم عليه النظرية ، وهو الحق المكتسب ، معيار غير
منضبط ، مما أدى إلى اختلاف أنصار النظرية في تعريفه وفقاً لما قدمنا .
كما أن هذا المعيار ، على فرض وضوحه ، لا يصلح لحل كل حالات تنازع
القوانين . فهناك حالات لا يوجد فيها حق مكتسب ، ومع ذلك يعتبر تطبيق
القانون الجديد عليها سريالاً على الماضي . فالمرکز القانوني الذي يستغرق
تكوينه زمناً لا يخول حقاً مكتسباً إلا عند تمام التكوين ، ومع ذلك إذا
أدرکه قانون جديد وهو في دور التكوين فلا يسري على ما تم من عناصر
هذا التكوين حتى لا يكون له أثر رجعي . فمثلاً إذا صدر في أثناء سريان
التقادم قانون جديد يلغي سبباً للوقف فلا يترتب عليه إهدار ما تم من وقف
قبل نفاذه ، وذلك على الرغم من عدم وجود حق مكتسب ، إذ أن عدم سريان
هذا القانون على الماضي يقتضي إلغاء سبب الوقف من وقت نفاذه فحسب .
كذلك إذا أبرمت وصية ثم صدر قانون قبل وفاة الموصي يغير من شروطها
الشكلية ، فلا يسري عليها ذلك القانون فيما يتعلق بهذه الشروط ، وذلك على
الرغم من أن الموصى له لم يستحق الوصية بعد عند نفاذه لعدم وفاة الموصي .
هذا إلى ما تنطوي عليه النظرية من خلط بين الأثر الرجعي للقانون وأثره
الفوري أو المباشر . فهناك حالات يعتبر تطبيق القانون الجديد فيها بأثر
رجعي وفقاً للنظرية ، مع أنه لا توجد رجعية ، وإنما الحقيقة أن هذا القانون
يطبق بأثر مباشر حيث يسري على ما يقع بعد نفاذه . ومن أمثلة هذه
الحالات ما رأيناه من تطبيقات لحكم الاستثناء الذي يرد على مبدأ عدم
الرجعية إذا كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام أو الآداب . فإذا صدر
قانون يرفع سن الرشد فإنه يسري على كل شخص لم يبلغ السن المقررة فيه
وقت نفاذه ، فيعتبر قاصراً حتى لو كان قد سبق اعتباره رشيداً في حكم
القانون القديم . ويرى أنصار النظرية أن هذا يعتبر سريالاً على الماضي استثناء

من مبدأ عدم الرجعية . والحقيقة ان القانون الجديد يطبق في هذه الحالة بأثر مباشر ، فهو لا يسرى على ما وقع قبل نفاذه ، حيث لا يعود الشخص قاصراً إلا من وقت هذا النفاذ ، ولا أثر لهذا القانون على الفترة السابقة التي كانت الشخص خلالها رشيداً . ولو صح أن هذا القانون يطبق بأثر رجعي لاعتبر هذا الشخص قاصراً خلال تلك الفترة ، بحيث يترتب على ذلك أن تصبح تصرفاته أثناءها باطلة أو قابلة للإبطال ، مع أنها تظل صحيحة . كذلك إذا صدر قانون يفرض على الزوج الذي يريد الطلاق أن يستصدر حكماً من القاضي بذلك ، بعد أن كان الطلاق بإرادة الزوج وحده ، فإنه يسري على من هم أزواج وقت نفاذه رغم أنهم تزوجوا في ظل القانون القديم . ولا يعتبر هذا سرياناً على الماضي كما يقول أنصار النظرية ، وإنما هو تطبيق للقانون الجديد بأثر مباشر ، فلا يكون له أثر على ما تم قبل نفاذه . ولو صح ان هذا القانون يطبق بأثر رجعي لترتب على ذلك إهدار ما تم من طلاق وقع قبل نفاذه بإرادة الزوج وحده ، مع أن هذا الطلاق يظل صحيحاً .

ثانياً - النظرية الحديثة

١٦٤ - التفرقة بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون :

في ضوء ما ذكرناه من مأخذ على النظرية التقليدية أعرض عنها الفقه الحديث واتجه الى نظرية حديثة عنيت بتحديد المعنى الحقيقي للأثر الرجعي وفرقت بينه وبين الأثر المباشر للقانون . فحل تنازع القوانين من حيث الزمان في هذه النظرية يقوم على مبدأين ، هما عدم رجعية القانون الجديد ، والأثر الفوري أو المباشر لهذا القانون ، مع إيراد استثناءات على كل منها . وأول من اتجه من الفقهاء هذا الاتجاه الجديد هو الفقيه الفرنسي فاريل سوميير Varelles Sommières في مقال له في المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ بعنوان « نظرية جديدة في رجعية القوانين » .

وكان للفقير الفرنسي روبيه Robier فضل كبير في عرض هذه النظرية وتفصيلها في كتابه من جزئين عن « تنازع القوانين في الزمان » ، وهو يعتبر من خير ما كتب في الفقه الفرنسي في هذا الموضوع . وسنعرض النظرية وفقاً لآراء هذا الفقيه ، وإن كانت تختلف في بعض التفاصيل عن آراء غيره من الفقهاء الذين ينتصرون للنظرية .

وستتناول أولاً في هذه النظرية مبدأ عدم رجعية القانون وما يرد عليه من استثناءات ، ثم مبدأ الأثر المباشر أو الفوري للقانون وما يرد عليه من استثناءات .

(١) عدم رجعية القانون

١٦٥ - المبدأ وحدود تطبيقه :

القاعدة هي عدم رجعية القانون ، فلا يسري القانون على ما وقع في الماضي قبل نفاذه .

ويؤثر الاستاذ روبيه اصطلاح المراكز القانونية Situations juridiques للتعبير عن الأوضاع والحالات القانونية التي توضع القوانين لتنظيمها ، إذ يراه من السعة بحيث يشمل كل هذه الأوضاع على اختلاف صورها (١) ، كمرکز الزوج ومرکز المالك ومرکز المنتفع ومرکز المرتهن ومرکز الدائن أو المدين ومرکز البائع أو المشتري ومرکز المؤجر أو المستأجر .

وتظهر الصعوبة في بيان حدود تطبيق قاعدة عدم الرجعية بالنسبة إلى المراكز القانونية التي يستغرق تكوينها أو انقضاؤها أو ترتب آثارها فترة من الزمن إذا ما صدر قانون جديد خلال هذه الفترة . حيث تجب معرفة مدى أثر القانون الجديد على هذه المراكز .

(١) روبيه ، ج ١ ، فقرة ٤٢ .

ولبيان هذا الأثر تجب التفرقة بين القواعد المتعلقة بتكوين أو انقضاء المراكز القانونية ، وتلك التي تتعلق بآثار هذه المراكز .

١٦٦ - (١) القواعد المتعلقة بتكوين أو انقضاء المراكز القانونية :

من المراكز القانونية ما لا يستغرق تكوينه أو انقضائه زمناً . كأن يتوفى المورث فيصبح الوارث مالكا لأموال التركة بمجرد الوفاة ، إذ يتحدد مركز للوارث فور هذه الوفاة . أو يتفق البائع والمشتري على بيع منقول فينشأ العقد وتنتقل الملكية إلى المشتري بمجرد توافق الإرادتين ، إذ يتكون مركز المشتري عند تمام هذا التوافق دون الاعتداد بما سبقه من مفاوضات . أو ينزل الدائن عن حقه فينقضي الدين بمجرد النزول ، إذ ينقضي مركز الدائن في اللحظة التي يتم فيها هذا النزول .

ومن هذه المراكز ما يستغرق تكوينه أو انقضائه فترة من الزمن . فبعضها يتطلب لتكوينه أو انقضائه حالة واقعية تظل مدة معينة . كما هي الحال في التقادم المكسب للحقوق العينية ، حيث يقوم على حيازة تظل مدة معينة ، فلا يكسب الحائز الحق ، وبالتالي لا يتكون مركزه القانوني ، إلا بعد فوات هذه المدة . وكما هي الحال في التقادم المسقط للحقوق العينية أو الديون ، حيث يقوم على سكوت صاحب الحق أو الدائن عن استعمال حقه أو اقتضاء دينه مدة معينة ، فلا ينقضي الحق أو الدين ، وبالتالي لا ينقضي مركز صاحب الحق أو الدائن ، إلا بانتهاء هذه المدة . وبعضها يتطلب لتكوينه أو انقضائه اجتماع عدة عناصر في أوقات مختلفة . كما هي الحال في الوصية ، حيث لا يستحق الموصى له الوصية ، وبالتالي لا يتكون مركزه القانوني ، إلا بتوافر عنصرين ، هما وجود وصية صحيحة ووفاء الموصي ، وهذان لا يتمان في وقت واحد .

(١) وسواء بالنسبة إلى هذا النوع من المراكز القانونية أو ذلك ، فإن ما تم تكوينه أو انقضائه منها في ظل القانون القديم لا يطبق عليه القانون الجديد الذي يغير من شروط التكوين أو الانقضاء ، إذ أن تطبيقه في هذه الحالة يعني سريانه على الماضي .

فمثلاً فيما يتعلق بتكوين المراكز القانونية ، لو أن تصرفاً أبرم صحيحاً في ورقة عرفية طبقاً لأحكام القانون القائم ، ثم صدر قانون جديد يتطلب الرسمية في إبرام هذا التصرف ، فلا يسري هذا القانون على ذلك التصرف الذي تم في ظل القانون القديم .

وإذا بلغ شخص سن الثامنة عشرة فأصبح رشيداً في ظل قانون يجعل هذه السن سن الرشد ، ثم أبرم تصرفاً صحيحاً باعتباره كامل الأهلية ، وبعد ذلك صدر قانون جديد يرفع سن الرشد إلى إحدى وعشرين سنة ، فإن هذا التصرف يظل مع ذلك صحيحاً فلا يسري عليه القانون الجديد .

وإذا كسب الحائز الملكية بالتقادم بعد اكتمال مدته ، ثم صدر قانون جديد يطيل هذه المدة ، فلا يسري هذا القانون مركز الحائز الذي أصبح مالكا قبل نفاذه .

وإذا استحق الموصى له الوصية بعد وفاة الموصي ، ثم صدر قانون يغير من أحكام الوصية ، فلا يسري هذا القانون مركز الموصى له .
وفيما يتعلق بانقضاء المراكز القانونية ، إذا طلق شخص زوجته بطريقة معينة يميزها القانون القائم ، ثم صدر قانون جديد يحرم الطلاق بهذه الطريقة ، فلا يطبق هذا القانون على حالات الطلاق التي تمت قبل نفاذه وانقضى بمقتضاها مركز كل من الزوجين .

وإذا انقضى حق عيني أو دين بالتقادم المسقط بعد اكتمال مدته وفقاً لأحكام القانون القائم ، ثم صدر قانون جديد يطيل هذه المدة ، فلا يسري هذا القانون على المالك الذي خلص له ملكه بسقوط الحق العيني الذي كان يثقله أو الشخص الذي كان مديناً ثم برئت ذمته بسقوط دينه ، إذ أن المركز القانوني الذي كان لهذا الشخص أو ذلك قد انقضى في ظل القانون القديم .

(٢) أما إذا كانت المراكز القانونية يستغرق تكوينها أو انقضاؤها زمناً ، وبدأ هذا التكوين أو الانقضاء في ظل القانون القديم ، ثم صدر قانون جديد

يعدل من شروطه قبل تمامه ، فإن هذا القانون يسري على تلك المراكز ، إذ ليس في هذا التطبيق ما يعتبر سرياناً على الماضي ما دام أن تلك المراكز لم يتم بعد تكوينها أو انقضاءها .

غير أنه إذا كانت بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء التي تمت في القانون القديم قد توفرت لها في ذاتها قيمة قانونية معينة ، فلا يطبق عليها القانون الجديد ، وإلا كان ذا أثر رجعي .

فمثلاً يتكون مركز الموصى له باجتماع عنصرين كما قلنا ، هما وجود وصية صحيحة ووفاء الموصي . فإذا صدر بعد إبرام الوصية صحيحة وقبل وفاة الموصي قانون جديد يعدل من شروط هذا الإبرام ، كان يتطلب شكلاً معيناً لإبرام الوصية لم يكن مطلوباً من قبل أو يعدل من القواعد الخاصة بأهلية الإيصاء ، فلا أثر له على صحة إبرام الوصية التي تمت قبل نفاذه . إذ أن إبرام الوصية يخضع من حيث صحته للقانون القائم وقت تمامه ، نظراً إلى ما له في ذاته من قيمة قانونية . أما إذا كان القانون الجديد يعدل من القدر الذي تنفذ فيه الوصية بغير إجازة الورثة ، كأن يجعله ربع التركة بعد أن كان الثلث ، فإنه يسري على الوصية التي أبرمت قبل نفاذه ، ما دام أن الموصى له لم يموت إلا بعد هذا النفاذ ، وذلك بأثر مباشر ، إذ أن مركز الموصى له لا يتعدد إلا بموت الموصي .

كذلك يتطلب التقادم لاكتماله أن تمضي مدة معينة ، بحيث لا ينشأ المركز القانوني في التقادم المكسب أو ينقضي في التقادم المسقط إلا بانتهاء هذه المدة . فإذا صدر قانون جديد أثناء سريان المدة فلا يسري على ما تم قبل نفاذه من عناصر التكوين أو الانقضاء إذا كانت لها في ذاتها قيمة قانونية معينة . فإذا كان القانون الجديد يغير من القواعد الخاصة بوقف التقادم أو انقطاعه ، فلا يسري على ما تم من وقف أو قطع في ظل القانون القديم . أما إذا كان القانون الجديد يعدل مدة التقادم فإنه يطبق ، دون أن يعتبر ذلك سرياناً على الماضي ، إذ أن المدة السارية لم تكتمل في ظل القانون القديم .

١٦٧ - (٢) القواعد المتعلقة بآثار المراكز القانونية :

إذا ترتبت آثار المركز القانوني جميعها في ظل القانون القديم فإنها تخضع له ، فلا يسري عليها القانون الذي يصدر بعد ذلك معدلاً لها .
فمثلاً إذا كانت الملكية تنتقل في العقار بمجرد التعاقد وفقاً لأحكام القانون القائم ، ثم صدر قانون جديد يجعل هذا الانتقال رهيناً بتمام التسجيل ، فلا يسري هذا القانون على انتقال الملكية الذي تم قبل نفاذه بمقتضى عقد لم يسجل .

وإذا أبرم عقد قرض بمبلغ من النقود ، واتفق فيه على فائدة بسعر معين وفقاً لأحكام القانون القائم ، وترتبت آثاره جميعها بحيث انقضى في ظل هذا القانون ، ثم صدر بعد ذلك قانون جديد يخفض الحد الأقصى لهذا السعر ، فلا يسري هذا القانون الجديد تلك الآثار .

أما الآثار التي يستغرق ترتبها زمناً ، ولم تكن كلها أو بعضها قد ترتبت في ظل القانون القديم ، فما تم منها في ظل هذا القانون يخضع له ، فلا يسري عليه القانون الجديد الذي يعدل منها حتى لا يكون له أثر رجعي ، وما تم منها تحت سلطان القانون الجديد يخضع له بما له من أثر مباشر .

فمثلاً إذا وقع طلاق في ظل قانون معين ، ثم صدر قانون جديد يعدل من القواعد المتعلقة بآثاره كالنفقة أو الحضانة ، فلا يسري هذا القانون على ما تم من هذه الآثار في ظل القانون القديم ، ولكنه يسري على ما يترتب منها تحت سلطانه .

وعليه فالمعنى الذي يخلص من كل ما تقدم لعدم رجعية القانون في النظرية الحديثة أن القانون لا يسري على ما تم تكوينه أو انقضاؤه من المراكز القانونية قبل نفاذه ، ولا على ما تم من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء إذا توفرت لهذه العناصر قيمة قانونية معينة ، ولا على ما ترتب من آثار المراكز القانونية .

١٦٨ - استثناءات من مبدأ عدم رجعية القانون :

وأينا أن النظرية التقليدية ترد فيها على مبدأ عدم رجعية القوانين

استثناءات أربعة .

أما النظرية الحديثة فيرد فيها على هذا المبدأ اثنان فحسب من هذه الاستثناءات ، هي النص الصريح على الرجعية ، والقوانين التفسيرية ، وذلك على التفصيل الذي رأيناه فيما تقدم^(١). ففي هذين الاستثناءين تتفق النظريتان. ولا تسلم النظرية الحديثة بالاستثناءين الآخرين :

ففيما يتعلق باستثناء القوانين الجنائية الأصلح للتمهم يرى الأستاذ روبييه أنه لا يعتبر استثناء من مبدأ عدم الرجعية . ذلك أن تطبيق القانون الأصلح للتمهم على ما وقع قبل نفاذه من أفعال إنما يكون بمقتضى ماله من أثر مباشر ، إذ أن المركز القانوني المترتب على الفعل الذي ارتكبه لا يتم تكوينه بمجرد ارتكاب الفعل ، بل لا بد من صدور حكم قضائي ، حيث يعتبر الحكم هنا منشأ لهذا المركز وليس مقررأله . فإذا صدر قانون جديد بعد ارتكاب الفعل وقبل صدور الحكم يحو الجريمة أو يخفف العقوبة فإنه يسري بماله من أثر مباشر ، لأن المركز القانوني للتمهم يتكون باجتماع عنصرين ، وقع أحدهما في ظل القانون القديم ، بينما تم الثاني في ظل القانون الجديد ، ومن ثم يخضع المركز لهذا القانون^(٢) .

وفي خصوص استثناء القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب لا تقر النظرية الحديثة كذلك أن يكون لهذه القوانين أثر رجعي . إذ أن تعلق هذه القوانين بالنظام العام أو الآداب لا يعتبر مبرراً كافياً لإعادة النظر في شرعية الأفعال والتصرفات السابقة ، أو لتعديل ما ترتب على هذه الأفعال

(١) أنظر فيما تقدم فقرة ١٦٢ .

(٢) أما القوانين الجنائية التي تنشىء جريمة جديدة أو تشدد العقوبة على جريمة مقررة، فيرى الأستاذ روبييه أنها إذا طبقت على أفعال سابقة كان ذلك سرياناً على الماضي . ذلك أن القانون الجديد لا يكون رجعياً إذا منع تكوين مركز قانوني لم يكتمل أو ضيق من آثاره ، كما هو الشأن في القوانين الجنائية الأصلح للتمهم . ولكنه يكون رجعياً إذا ترتب على العنصر الذي وقع من هذا المركز في الماضي آثاراً لم يكن ينتجها من قبل أو آثاراً أشد مما كان ينتجها (روبييه ، ج ٢ ، فقرة ١٢٩) .

والتصرفات من آثار ، فهذا من شأنه أن يهدر الحريات ويبعث الاضطراب في المعاملات ، لا سيما وأن من المسلم به أن أهم القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب ، وهي القوانين الجنائية ، لا يجوز كقاعدة عامة أن يكون لها أثر رجعي .

(٢) الاثر المباشر للقانون

١٦٩ - مبدأ الأثر المباشر بكل مبدأ عدم الرجعية :

يرى أنصار النظرية الحديثة أن مبدأ عدم رجعية القانون لا يكفي وحده لحل مشكلة التنازع بين القوانين من حيث الزمان . فمبدأ عدم الرجعية يعني أن القانون الجديد لا يسري على ما تم تكوينه أو انقضاؤه من المراكز القانونية قبل نفاذه ، ولا على ما تم من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، ولا على ما ترتب من آثار المراكز القانونية ، حيث تخضع هذه المسائل جميعها للقانون القديم الذي تمت تحت سلطانه . ومن ثم فإن هذا المبدأ لا يكفي لبيان أي القانونين يطبق على ما يقع بعد نفاذ القانون الجديد لاستكمال تكوين المراكز القانونية أو انقضاؤها الذي بدأ في ظل القانون القديم ، أو على ما يتم بعد هذا النفاذ من آثار ترتبت على مراكز قانونية تكونت أو بدأ تكوينها في ظل هذا القانون .

فإذا طبق القانون الجديد على هذه الحالات ، فإنه بذلك يسري على ما وقع بعد نفاذه بمقتضى ما له من أثر مباشر . وحين يطبق القانون القديم على فريق من هذه الحالات ، فإنه بذلك يسري على ما وقع بعد إلغائه بمقتضى ما يسمى بالأثر المستمر له . ويرى أنصار النظرية أن المبدأ العام هو تطبيق القانون الجديد بما له من أثر مباشر ، والاستثناء هو تطبيق القانون القديم بما له من أثر مستمر . ولهذا نعرض فيما يلي للمبدأ ، ثم للاستثناء الذي يرد عليه .

١٧٠ - مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد وحدود تطبيقه :

القاعدة أن يسري القانون بما له من أثر مباشر على كل ما يقع بعد نفاذه . ويتحدد نطاق هذا السريان في ضوء ما رأيناه في خصوص مبدأ عدم الرجعية . فمن البديهي أن يطبق القانون الجديد على المراكز القانونية التي يبدأ تكوينها بعد نفاذه .

ويطبق القانون الجديد كذلك على ما يقع بعد نفاذه من عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية التي بدأ تكوينها أو انقضاؤها في ظل القانون القديم . فقد رأينا أن القانون الجديد يسري على تكوين أو انقضاء المراكز القانونية التي بدأت في ظل القانون القديم ولم يتم إلا تحت سلطان القانون الجديد، وذلك فيما عدا عناصر التكوين والانقضاء التي تكون لها قيمة قانونية وتتم في ظل القانون القديم ، حيث تخضع هذه العناصر للقانون القديم الذي تمت تحت سلطانه (١) .

كما يطبق القانون الجديد على الآثار التي تترتب بعد نفاذه على المراكز القانونية التي تكونت أو بدأ تكوينها في ظل القانون القديم . ويرى الأستاذ روبييه أن العلة في تقرير مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد على هذا النحو هي ما يقتضيه النظام في الدولة من وحدة القانون الذي يطبق على المراكز القانونية التي من طبيعة واحدة . إذ أن الأخذ بالآثر المستمر للقانون القديم يؤدي إلى خضوع هذه المراكز المتماثلة لقوانين متباينة (٢) .

وسنفصل حدود تطبيق هذا المبدأ فيما يلي :

١٧١ - (١) اتمام ما بدأ في الماضي من تكوين أو انقضاء المراكز القانونية :

رأينا أن القانون الجديد يسري بمقتضى أثره المباشر على ما يقع بعد نفاذه

(١) أنظر فيما تقدم فقرة ١٦٦ .

(٢) روبييه ، ج ١ ، فقرة ٢٦ .

من عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية الذي بدأ في ظل القانون القديم . أما العناصر التي تمت في ظل القانون القديم فتخضع له ، حيث لا يسري عليها القانون الجديد وفقاً لمبدأ عدم الرجعية .
وعليه فطبقاً لما ذكرناه فيما تقدم لا يتكون مركز الموصي له ، أي لا يستحق الوصية ، إلا باجتماع عنصرين ، هما وجود وصية صحيحة ووفاء الموصي . فإذا صدر بعد إبرام الوصية وقبل وفاة الموصي قانون جديد يعدل من القدر الذي تنفذ فيه الوصية في حق الورثة بغير إجازتهم ، كأن يجعله ربع التركة بعد أن كان الثلث ، فإنه يسري على الوصية في هذا الخصوص بما له من أثر مباشر ، لأن العنصر الذي يتوقف عليه استحقاق الوصية وهو وفاة الموصي قد وقع بعد نفاذه . أما إذا كان هذا القانون يعدل من شروط إبرام الوصية ، كأن يتطلب شكلاً معيناً لإبرامها لم يكن مطلوباً من قبل أو يعدل من القواعد الخاصة بأهلية الإيصاء ، فلا يسري على الوصية في هذا الخصوص ، لأن العنصر الذي يتعلق بوجود وصية صحيحة قد تم في ظل القانون القديم فيخضع له .

وفي التقادم لا يتكون المركز القانوني إلا بمضي مدة معينة . فإذا صدر أثناء سريان التقادم قانون جديد يطيل المدة فإنه يسري على هذا التقادم لأن عنصر المدة لم يكتمل إلا بعد نفاذه . أما إذا كان القانون الجديد يعدل من القواعد الخاصة بوقف التقادم أو انقطاعه فإنه يسري على ما يحدث من وقف أو انقطاع بعد نفاذه ، ولكنه لا يسري على ما تم من وقف أو قطع في ظل القانون القديم باعتبارها عنصرين قد تما تحت سلطان هذا القانون فيخضعان له (١) .

١٧٢ - (٢) آثار المراكز القانونية التي تكونت أو بدأ تكوينها في ظل القانون القديم :

يسري القانون الجديد ، بحسب الأصل ، بمقتضى أثره المباشر على الآثار

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٦٦ .

التي تتم في ظله وتكون مترتبة على مراكز قانونية تكونت او بدأ تكوينها في ظل القانون القديم . أما الآثار التي ترتبت تحت سلطان القانون القديم فقد رأينا أن القانون الجديد لا يسري عليها طبقاً لمبدأ عدم الرجعية ، وإنما تخضع للقانون القديم الذي تمت في ظله (١) .

وعليه فالقانون الجديد الذي يعدل من القواعد المتعلقة بآثار الطلاق ، كالنفقة والحضانة ، يسري على ما يستحق من نفقة أو يتم من حضانة بعد نفاذه . ولكنه لا يسري على ما استحق من نفقة أو تم من حضانة قبل نفاذه ، حيث تخضع هذه وتلك للقانون القديم الذي تمت أو استحققت في ظله كما قدمنا (٢) .

والقانون الجديد الذي يعدل من آثار الملكية ، كان يحرم المالك من بعض السلطات التي كانت مخرولة إياه من قبل ، يسري على الملكيات القائمة وقت نفاذه ، ولكنه لا يسري ما باشره المالك من سلطات في الماضي . وعليه فالمعنى الذي يخلص مما تقدم لمبدأ الأثر المباشر للقانون في النظرية الحديثة ، أن القانون الجديد يسري على المراكز القانونية التي يبدأ تكوينها بعد نفاذه ، وعلى ما يقع بعد نفاذه من عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية التي بدأ تكوينها أو انقضاؤها في ظل القانون القديم . وعلى الآثار التي تترتب بعد نفاذه على المراكز القانونية التي تكونت أو بدأ تكوينها في ظل هذا القانون .

١٧٣ - استثناء من مبدأ الأثر المباشر : الأثر المستمر للقانون القديم :
تورد النظرية الحديثة على مبدأ الأثر المباشر للقانون استثناء يتعلق بالمراكز العقيدية التي تكونت في ظل القانون القديم ولا تزال جارية بعد نفاذ القانون الجديد . حيث يرى الأستاذ روبييه ألا تخضع هذه المراكز للأثر المباشر للقانون الجديد ، وإنما تظل محكومة بالقانون القديم الذي تكونت في ظله . وبذلك يستمر تطبيق القانون القديم على آثار تلك المراكز التي تترتب بعد

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٦٧ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ١٦٧ .

إلغائه وعلى طرق انحلالها . ففي هذا النطاق يحل الأثر المستمر للقانون القديم استثناء محل الأثر المباشر للقانون الجديد .

وأساس هذا الاستثناء هو انتفاء العلة في تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد . فقد رأينا أن هذه العلة هي ما يقتضيه النظام في الدولة من وحدة القانون الذي يطبق على المراكز القانونية التي من طبيعة واحدة ، حتى لا تخضع هذه المراكز المتماثلة لقوانين متباينة . في حين أن المراكز العقدية تختلف تبعاً لما تتجه إليه إرادة الأفراد في تنظيمها ، حيث يؤخذ في هذا المجال مبدأ سلطان الإرادة ، فيكون للأفراد أن ينظموا علاقاتهم العقدية بحسب ما يروق لهم . وبذلك لا يكون هناك ما يدعو إلى الأخذ في هذا النطاق بمبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد .

ومن ثم يتحدد نطاق هذا الاستثناء في ضوء الأساس الذي يقوم عليه . فحيث يستقل القانون بتنظيم المراكز القانونية مباشرة ، رغم استنادها إلى عقد من العقود ، يتعين تطبيق القانون الجديد بما له من أثر مباشر . وحيث يكون لإرادة الأفراد سلطان في تنظيم هذه المراكز يستمر تطبيق القانون القديم عليها طبقاً لحكم الاستثناء .

ولتحديد نطاق الاستثناء على هذا النحو يفرق الأستاذ روبييه بين النظام القانوني *le statut légal* والمركز العقدي *la situation contractuelle* .

(١) فالنظام القانوني يراد به المركز القانوني الذي يستقل القانون بتنظيمه مباشرة نظراً إلى أن أحكامه تهم الكافة ، رغم أنه لا ينشأ إلا بناء على عقد من العقود ، فلا يكون لإرادة الأفراد دور في تنظيمه ، وإنما يقتصر هذا الدور على قبول الدخول في المركز القانوني طبقاً للوضع الذي ينظمه القانون . فمثل هذا المركز القانوني يكون موحداً بالنسبة إلى الجميع ، فتتوفر بالنسبة إليه العلة في تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد ، ومن ثم يجب أن يطبق عليه هذا القانون .

مثل ذلك الزواج ، فهو نظام قانوني موحد ، يفرض القانون أحكامه ، حيث ينفرد فيه ببيان حقوق كل من الزوجين وواجباتها وطريقة انحلاله ، ويقتصر الدور الذي تقوم به إرادة كل من الزوجين على قبول الزواج . فإذا صدر قانون جديد يعدل من القواعد المنظمة للزواج فإنه يسري بما له من أثر مباشر على كل زواج قائم وقت نفاذه ، رغم أن علاقة الزوجية قد نشأت بمقتضى عقد أبرم في ظل القانون القديم .

وكذلك الشأن فيما يتعلق بالملكية وغيرها من الحقوق للمنية . إذ يكون لصاحب كل من هذه الحقوق مركز قانوني موحد بالنسبة الى الجميع ، يفرض القانون أحكامه ، فيحدد السلطات التي تثبت لصاحب الحق ويبين الحقوق والواجبات التي تتصل بهذه السلطات وطريقة إنقضاء الحق ، ويقتصر الدور الذي تقوم به إرادة الشخص على التصرف لإنشاء الحق أو نقله أو انقضائه . فإذا صدر قانون جديد يعدل مثلاً من أحكام الملكية فإنه يسري بما له من أثر مباشر على كل مالك ولو كان قد كسب حقه في ظل القانون القديم .

(٢) أما المركز العقدي فيراد به المركز القانوني الذي يترك القانون تنظيمه لإرادة الأفراد نظراً إلى أن أحكامه تهم المتعاقدين دون غيرهم ، حيث يؤخذ بمبدأ سلطان الإرادة سواء في إنشاء العقد أو في تحديد آثاره . فمثل هذا المركز تختلف أحكامه بحسب ما تتجه إليه إرادة الأفراد في تنظيمه ، فتنتفي بالنسبة إليه العلة في تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد ، ومن ثم يستمر تطبيق القانون القديم على آثاره التي تترتب بعد إنعائه وعلى طرق انحلاله ، حتى لو جاء القانون الجديد بقواعد آمرة تتعلق بالنظام العام أو الآداب . مثل ذلك عقد قرض مبلغ من النقود يتفق فيه على فائدة بسعر يبيزه القانون الذي صدر العقدي ظله وهو ٨ ٪ . إذ يكون كل من المقرض والمقترض في مركز عقدي تختلف أحكامه من عقد إلى آخر . فإذا صدر قانون جديد يخفض الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ، كأن يجعله ٧ ٪ بعد أن كان ٨ ٪ ، فلا يسري على ذلك العقد الذي أبرم في ظل القانون القديم ،

بحيث تظل الفوائد التي تستحق بعد نفاذ القانون الجديد واجبة الدفع طبقاً للسعر المتفق عليه والذي كان جائزاً وفقاً لأحكام القانون القديم . وذلك على الرغم من أن تخفيض الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية يتعلق بالنظام العام .

فخلاصة هذا الاستثناء أن القانون القديم يستمر تطبيقه بعد إلغائه على آثار المراكز العقديّة التي تترتب بعد هذا الإلغاء وعلى طرق انحلالها ، حتى لو كان القانون الجديد الذي عدل من هذه الآثار أو الطرق تتعلق قواعده بالنظام العام أو الآداب .

١٧٤ - مزايا النظرية الحديثة وعيوبها :

تمتاز النظرية الحديثة بما جاءت به من تفرقة واضحة بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون الجديد . وهي تفرقة أغفلتها النظرية التقليدية ، على خطرهما ، فأدى بها ذلك إلى الخلط بين هذين الأثرين كما سبق أن رأينا .

كذلك فإنه فيما يتعلق بالمراكز القانونية التي يدرّكها القانون الجديد وما تزال في دور التكوين أو الانقضاء ، تمتاز النظرية الحديثة بالتمييز بين عناصر هذا التكوين أو الانقضاء التي تمت في ظل القانون القديم وكانت لها قيمة قانونية وتلك التي لم تتم إلا بعد نفاذ القانون الجديد . حيث ساعد هذا التمييز على تبرير عدم سريان القانون الجديد على الفريق الأول من هذه العناصر وفقاً لمبدأ عدم الرجعية . وهو ما لم يتيسر الوصول إليه بمقتضى النظرية التقليدية ، لأن هذا الفريق من عناصر التكوين أو الانقضاء لا يولد حقاً مكتسباً بالنسبة إلى المركز القانوني بأكمله في منطلق هذه النظرية .

غير أن النظرية الحديثة يؤخذ عليها ، وهي تحدد نطاق الاستثناء الذي يتعلق بالآثار المستمر للقانون القديم ، ما جاءت به من تفرقة بين النظام القانوني والمركز العقدي . فهي تفرقة غير دقيقة ، بحيث يكون من شأنها أن تشير خلافاً في كثير من الحالات حول معرفة ما إذا كنا بصدد نظام قانوني

أو مركز عقدي محض، إذ أن تدخل الشارع في تنظيم المراكز العقدية بمقتضى قواعد أمره ليس بدرجة واحدة، كما أن القاعدة التي يوردها الشارع في هذا الخصوص قد يختلف الرأي فيها حول ما إذا كان يراد بها وضع نظام لهم الكافة بصفة عامة أم أنها تتناول أمراً بهم أطراف العقد دون غيرهم.

وقد أدى عدم دقة هذه التفرقة التي قال بها الأستاذ روبييه ببعض أنصار النظرية الحديثة إلى الأخذ بمعيار آخر لتحديد نطاق هذا الاستثناء، وهو فكرة النظام العام. حيث قالوا إنه إذا كانت قواعد القانون الجديد تتعلق بالنظام العام، فإن القانون القديم لا يستمر تطبيقه على آثار العقود الجارية التي تترتب بعد إلغائه ولا على طرق انحلالها، وإنما يطبق القانون الجديد بما له من أثر مباشر.

ولكن البعض من هؤلاء لا يأخذون بفكرة النظام العام في هذا الصدد بمعناها العادي الذي يشمل القواعد القانونية الأمره جميعها، وإنما يقصرونها على معنى أضيق من ذلك. فهم يقصرون تطبيق القانون الجديد في هذا النطاق بما له من أثر مباشر على الحالات التي تكون فيها قواعد ذات أهمية وخطر بالغا بحيث ترتبط بالنظام العام للجماعة بأسرها. وهو ما يعبر عنه البعض بأن المقصود في هذا الصدد هو قواعد النظام العام التي يقصد بها حماية مصلحة عامة، دون غيرها من قواعد النظام العام التي تحمي مصالح خاصة. غير أن هذه التفرقة بين قواعد النظام العام يؤخذ عليها أنها تفرقة غير دقيقة، فهي تستهدف لذات النقد الذي وجه إلى التفرقة بين النظام القانوني والمركز العقدي. حيث يتعذر التمييز بين قواعد النظام العام بحسب ما لها من أهمية وخطر. كما يتعذر الفصل في هذه القواعد بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، إذ أن القواعد التي يبدو أنها تحمي مصلحة خاصة لا بد من أن تكون مستندة في تقدير الشارع إلى اعتبار يتصل بالصالح العام.

ولهذا فإننا نعتقد في صواب الرأي الذي يأخذ في هذا الصدد بمعيار النظام العام على إطلاقه، فيذهب إلى أن القانون الجديد يطبق بما له من أثر مباشر

إذا كانت قواعد أمرة أي متعلقة بالنظام العام ، ومن ثم يقتصر حكم الاستثناء ، وهو استمرار سريان القانون القديم ، على حالة ما إذا كانت قواعد القانون الجديد قواعد مكملة . وينهض بهذا الرأي أن المعيار الذي يقول به يتفق مع العلة في تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد والأساس الذي يقوم عليه الاستثناء . ذلك أن القواعد الآمرة تتناول مسائل يستقل القانون بتنظيمها ، لأن الشارع يقدر أنها يجب أن تكون على نحو معين بالنسبة إلى الجميع ، ومن ثم فإن تحقيق النظام في الدولة يقتضي تطبيقها على جميع العقود . أما القواعد المكملة فتتناول مسائل يؤخذ في شأنها مبدأ سلطان الإرادة ، فتختلف أحكامها بحسب ما تتجه إليه إرادة الأفراد في تنظيمها ، ومن ثم فلا يكون هناك ما يدعو إلى توحيد القواعد التي تنطبق عليها عند سكوت المتعاقدين عن تنظيمها .

المطلب الثالث

المبادئ العامة في تنازع القوانين من حيث الزمان

١٢٥ - المبادئ العامة في حل تنازع القوانين من حيث الزمان :

نستطيع بعد أن عرضنا لمبدأ عدم رجعية القوانين بصفة عامة ، ثم النظريتين الرئيسيتين اللتين يقول بهما الفقه لحل التنازع بين القوانين من حيث الزمان وما أبدينا في شأنها من تقدير أو نقد ، أن نخلص في ضوء ما قدمناه إلى المبادئ العامة التي نراها صالحة في هذا الصدد .

فهنالك مبدأان يحكمان هذا الموضوع : الأول مبدأ عدم رجعية القانون . والثاني مبدأ الأثر المباشر للقانون . ويرد على المبدأين بعض الاستثناءات . وسنتناول هذه الضوابط مع الإشارة إلى تطبيقاتها فيما عدا المسائل التي وردت في شأنها حلول تشريعية ، حيث نعرض لهذه المسائل في مطلب مستقل .

أولاً : عدم رجعية القوانين

١٧٦ - معنى مبدأ عدم رجعية القانون وحدود تطبيقه :

القاعدة هي عدم رجعية القانون ، بمعنى أن القانون لا يسري على ما وقع في الماضي قبل نفاذه .
ويتحدد نطاق تطبيق هذه القاعدة على النحو الذي رأيناه في النظرية الحديثة . فعدم رجعية القانون مقتضاه أن القانون لا يسري على تكوين أو انقضاء المراكز القانونية الذي تم قبل نفاذه ، ولا على عناصر هذا التكوين أو الانقضاء التي تمت قبل نفاذه وتوفرت لها قيمة قانونية معينة ، ولا على آثار المراكز القانونية التي ترتبت قبل نفاذه . وهذا على التفصيل الذي تقدم ذكره (١) .

١٧٧ - تطبيقات لمبدأ عدم الرجعية :

نكتفي هنا بالإحالة إلى التطبيقات التي تقدم ذكرها عند الكلام في مبدأ عدم رجعية القانون في النظرية الحديثة (٢) .

ثانياً : استثناءان من مبدأ عدم رجعية القانون

١٧٨ - استثناءان من مبدأ عدم الرجعية :

يرد على مبدأ رجعية القانون الاستثناءان الآتيان :

١ - النص الصريح على الرجعية : وقد سبق أن تكلمنا في ذلك عند الكلام في مبدأ عدم رجعية القوانين بصفة عامة . كما رأينا أن النظرية التقليدية والنظرية الحديثة تتفقان في الأخذ بهذا الاستثناء . ولذلك نكتفي

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٦٥ - ١٦٧ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ١٦٦ و ١٦٧ .

بما ذكرناه فيما تقدم (١) .

والواقع أن هذا الاستثناء يصح أن يرد على جميع القواعد التي تحكم موضوع التنازع في الزمان . حيث يستطيع الشارع ، في غير القوانين الجنائية التي تقرر جريمة جديدة أو تشدد عقوبة سابقة ، أن يخرج بمقتضى النص الصريح على هذه القواعد . فله أن ينص على رجعية القانون الجديد . أو ينص على استمرار سريان القانون القديم حين يجب الأخذ بمبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد . أو ينص على سريان القانون الجديد حين يجب الأخذ بالأثر المستمر للقانون القديم .

(٢) القوانين الجنائية الأصلح للمتهم : وقد سبق أن رأينا أن النظرية التقليدية تأخذ بهذا الاستثناء (٢) . ولكن النظرية الحديثة ترى أن تطبيق القانون الأصلح للمتهم على ما وقع قبل نفاذه من أفعال لا يعتبر استثناء ، وإنما يكون بمقتضى ما لهذا القانون من أثر مباشر ، إذ أن المركز القانوني المترتب على الفعل الذي ارتكبه المتهم لا يتم تكوينه بمجرد ارتكاب الفعل ، بل لا بد من صدور حكم قضائي ، حيث يعتبر الحكم هنا منشأ لهذا المركز وليس مقررأ له (٣) .

ولكننا نعتقد أننا بصدد استثناء حقيقي لمبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية . وقد نص الشارع على هذا الاستثناء ، ولذلك نرجى بيان حكمه إلى حين الكلام في صور التنازع التي وردت في شأنها حلول تشريعية .

١٧٩ - القوانين التفسيرية ليست استثناء من مبدأ عدم الرجعية :

عرفنا فيما تقدم أن القوانين التفسيرية هي تلك التي يصدرها الشارع لبيان

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٧ و ١٦٢ و ١٦٨ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ١٦٢ .

(٣) انظر فيما تقدم فقرة ١٦٨ .

المعنى المقصود من تشريع سابق على أثر ما ظهر في العمل من خلاف حول حقيقة المعنى الذي قصده الشارع من هذا التشريع أو ما اتجهت إليه المحاكم من الأخذ بما يخالف هذا المعنى .

ورأينا أن النظرية التقليدية والنظرية الحديثة تتفقان في اعتبار سريان القانون التفسيري على ما وقع قبل صدوره في ظل التشريع المراد تفسيره استثناء من مبدأ عدم الرجعية^(١) .

ولكن الرأي السائد ، وهو الصحيح ، أننا لسنا بصدد استثناء من مبدأ عدم الرجعية . ذلك أن القانون التفسيري ، بحكم طبيعته ، يعتبر جزءاً متمماً للتشريع المراد تفسيره ، ما دام يأتي بتفسير حقيقي وليس بقواعد جديدة . فهو بهذه المثابة لا يأتي بقواعد جديدة ، وإنما يوضح القواعد القديمة . وليس في الرجوع عن تفسير سابق ما ينطوي على رجعية ، إذ أن القاضي وهو يأخذ بالتفسير الجديد إنما يطبق القواعد السابقة ذاتها .

غير أنه إذا كان القانون التفسيري يتضمن في حقيقته قواعد جديدة جاء بها الشارع تحت ستار التفسير ، فإننا نكون بصدد رجعية مقررة بمقتضى النص . وفي هذه الحالة يتعين أن تتوافر الشروط المقررة في الدستور للنص على الرجعية وفقاً لما فصلناه فيما تقدم . بحيث تستطيع المحاكم أن تمتنع عن تطبيق ذلك القانون إذا لم تتوافر هذه الشروط .

ثالثاً : الأثر المباشر للقانون

١٨٠ - معنى مبدأ الأثر المباشر للقانون وحدود تطبيقه :

القاعدة أن يسري القانون بما له من أثر مباشر على كل ما يقع بعد نفاذه . ويتحدد نطاق تطبيق هذه القاعدة في ضوء ما ذكرناه في خصوص مبدأ

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٦٢ و ١٦٨ .

عدم الرجعية ، وهو ما تقول به النظرية الحديثة . فسيان القانون بما له من أثر مباشر على ما يقع بعد نفاذه مقتضاه أن القانون الجديد يسري على المراكز القانونية التي بدأ تكوينها بعد نفاذه ، وعلى ما يقع بعد نفاذه من عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية التي بدأ تكوينها أو انقضاؤها في ظل القانون القديم ، وعلى الآثار التي تترتب بعد نفاذه على المراكز القانونية التي تكونت أو بدأ تكوينها في ظل القانون القديم . وهذا على التفصيل الذي تقدم ذكره (١) .

١٨١ - تطبيقات لمبدأ الأثر المباشر للقانون :

نحيل إلى التطبيقات التي تقدم ذكرها عند الكلام في مبدأ الأثر المباشر للقانون في النظرية الحديثة .

ونضيف إلى هذه التطبيقات ما يأتي :

١٨٢ - القانون العام :

تسري القواعد القانونية التي تدخل في نطاق القانون العام بما لها من أثر مباشر على كل ما يقع بعد نفاذها ، ولو كان مترتباً على مركز قانوني نشأ قبل هذا النفاذ .

فالقانون الجديد ينظم علاقة الموظف بالدولة على نحو جديد يسري فور نفاذه على جميع الموظفين الذين التحقوا بخدمة الدولة قبل هذا النفاذ . كان يتضمن هذا القانون قواعد جديدة فيما يتعلق بالمرتبات أو نظام الترقية أو المعاش .

وقوانين الإجراءات الجنائية تسري على كل ما يقع بعد نفاذها ، سواء تعلق الأمر بالأختصاص أو بإجراءات المحاكمة أو بتنفيذ العقوبة ، ولو كانت

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٧٠ - ١٧٢ .

ذلك مترتباً على فعل ارتكب قبل هذا النفاذ . أما الإجراءات التي تمت قبل هذا النفاذ فلا تمسها تلك القوانين ، بل تبقى خاضعة للقانون القديم الذي تمت في ظله .

إنما يلاحظ أن القوانين الجنائية التي تقرر جريمة جديدة أو تشدد عقوبة سابقة لا تسري إلا على الأفعال التي تقع بعد نفاذها (م ١ عقوبات لبناني و م ٥ عقوبات مصري) . حيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص . وقد رأينا أن الدستور نص على هذه القاعدة (م ٢/٦٦ من الدستور المصري) ، وأن الشارع نفسه لا يملك الخروج عليها (م ١٨٧ من الدستور المصري) (١) . كما يلاحظ أن القوانين الجنائية الأصلح للمتهم ، وهي التي تمحو الجريمة أو تخفف العقوبة ، تسري بأثر رجعي كما سبق أن ذكرنا .

١٨٣ - (٢) القانون الخاص :

(١) تسري القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية بما لها من أثر مباشر على كل ما يقع بعد نفاذها ، ولو كان مترتباً على مركز قانوني نشأ قبل هذا النفاذ . فالقانون الجديد الذي يرفع سن الرشد يسري على كل شخص لم يبلغ السن المقررة فيه وقت نفاذه ، فيعتبر قاصراً حتى لو كان قد سبق اعتباره رشيداً في حكم القانون القديم .

والقانون الذي يفرض على الزوج الذي يريد الطلاق أن يستصدر حكماً من القاضي بذلك بعد أن كان الطلاق بإرادة الزوج وحده ، يسري على من هم أزواج وقت نفاذه رغم أنهم تزوجوا في ظل القانون القديم . والقانون الذي يعدل من القواعد المتعلقة بآثار الطلاق ، كالنفقة أو الحضانة ، يسري على ما يستحق من نفقة أو يتم من حضانة بعد نفاذه . ولكنه لا يسري على ما استحق من نفقة أو تم من حضانة قبل هذا النفاذ .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٧ .

(ب) كذلك تسري القوانين المتعلقة بالحقوق العينية من وقت نفاذها بأثر مباشر على جميع أصحاب هذه الحقوق .

فالقانون الجديد الذي يعدل من أحكام الملكية ، كأن يفرض قيوداً جديدة للملكية أو يحرم المالك من بعض السلطات التي كانت مخولة إياه من قبل ، يسري على الملكيات القائمة وقت نفاذه .

وإذا كان المركز القانوني لصاحب الحق قد أدركه القانون الجديد وهو في دور التكوين أو الانقضاء ، فإن هذا القانون يسري على ما يتم بعد نفاذه من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، ولكنه لا يسري على ما تم قبل ذلك النفاذ من هذه العناصر ، وقد سبق أن رأينا أمثلة لذلك في حالتي الوصية والتقادم (١) .

(ح) وتسري القوانين المتعلقة بإبرام التصرفات على ما يبرم بعد نفاذها ، وذلك سواء تعلق بشروط الانعقاد أو الصحة .

فالقانون الذي يعدل من شروط إبرام العقد ، كأن يتطلب شكلاً معيناً لإبرامه لم يكن مقررأ من قبل أو يعدل من القواعد الخاصة بالأهلية اللازمة لإبرامه ، يسري على كل عقد يبرم بعد نفاذه . ولكنه لا يسري على ما أبرم قبل هذا النفاذ ، حيث يسري القانون القديم الذي أبرم العقد في ظله .

فاذا صدر قانون جديد يتطلب في خصوص عقد معين أن ينقذ بورقة رسمية ، بعد أن كان يجوز إبرامه بورقة عرفية ، فإنه يسري على كل عقد يبرم بعد نفاذه ، ولكنه لا يمس العقود التي أبرمت صحيحة قبل نفاذه بورقة عرفية وفقاً لحكم القانون القديم .

وإذا صدر قانون جديد يرفع سن الرشد ، فعاد الشخص قاصراً بمقتضى هذا القانون بعد أن كان رشيداً وفقاً لحكم القانون القديم ، فإن القانون الجديد يسري على ما يبرمه هذا الشخص من تصرفات بعد نفاذه ، ولكنه لا يمس

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٧١ .

التصرفات التي أبرمت صحيحة قبل هذا النفاذ في ظل القانون القديم .
وسنعود إلى هذه الصورة عند الكلام في الحلول التشريعية لبعض صور التنازع .
(د) وفيما يتعلق بالقوانين الخاصة بأدلة الإثبات تجب التفرقة بين نوعين
من هذه القوانين (١) .

النوع الأول يشمل القوانين المتعلقة بالأدلة التي يكون مفروضاً فيها أن
تتوفر في الوقت الذي نشأت فيه الواقعة المراد إثباتها ، وهذه تسري على
إثبات الوقائع التي تحدث بعد نفاذها . أما الوقائع السابقة على هذا النفاذ
فتخضع في إثباتها للقانون الذي وقعت في ظله ، ولو كان يجري إثباتها في
ظل القانون الجديد الذي يعدل من قواعد الإثبات .

وعليه فالأدلة التي تعد مقدماً ، أي تعد عند نشوء الواقعة المراد إثباتها
وقبل وقوع أي نزاع ، وهي الكتابة ، يخضع الإثبات بها للقانون الذي
نشأت في ظله الواقعة التي يجري إثباتها (م ٩ مدني مصري و م ١٣١ أصول
محاكمات مدنية لبناني) . فإذا صدر قانون جديد يرفع نصاب البينة مثلاً من
عشرة جنيهات إلى عشرين جنيهاً ، فإن التصرفات القانونية التي تتراوح قيمتها
بين هذين الحدين وتكون قد نشأت تحت سلطان القانون القديم تظل محكومة
به فتجب الكتابة في إثباتها . وسنعود إلى هذه الصورة عند الكلام في الحلول
التشريعية لبعض صور التنازع ، حيث نص القانون المصري على هذا الحكم .
وتأخذ القرائن القانونية حكم الأدلة التي تعد مقدماً (٢) . فالشارع في
هذه القرائن يستمد من واقعة معينة دليلاً لصالح المدعي يفنيه عن الإثبات .
وبذلك يعتبر هذا الدليل أنه قد أعد وقت قيام هذه الواقعة ، ويكون
الفارق بينه وبين الحالة السابقة أن الدليل بدل أن يعد بواسطة الأفراد قد

(١) راجع في هذا الخصوص كتابنا في الإثبات فقرة ٥٣ .

(٢) انظر في هذا المعنى : المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدي لتتوين المدني المصري في
مجموعة الأعمال ج ١ ص ٢٢٦ في الهامش .

تكفل القانون بإعداده . ومن ثم تخضع هذه القرائن لحكم القانون المطبق وقت قيام الواقعة التي تستمد منها القرينة . وقد نصت على هذا الحكم المادة ١٩ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري فقالت : « تسري في شأن القرائن القانونية النصوص المعمول بها في الوقت الذي تم فيه العمل أو الحادث الذي تترتب عليه القرينة القانونية » . ولكن خذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليها (١) . فإذا أقام قانون جديد قرينة لم ينص عليها القانون القديم ، فإن الوقائع التي تقوم عليها هذه القرينة وتكون قد حدثت في ظل القانون القديم لا تكون لها حتماً ذات القوة في الدلالة ، وإنما يخضع تقديرها لحكم القانون القديم . مثل ذلك القرينة المنصوص عليها في المادة ٩١٧ مدني مصري ، حيث اعتبر الشارع احتفاظ المورث بحيازة العين التي تصرف فيها إلى أحد ورثته وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته قرينة على أن التصرف وصية . فقد استحدثها التقنين المدني الحالي ، ومن ثم لا تسري على التصرفات التي أبرمت قبل نفاذه (٢) .

وقد ذهب رأي إلى أن الأصل في قواعد الإثبات هو سريانها على جميع الوقائع التي يجري إثباتها بعد نفاذها حتى لو كانت قد حدثت قبل هذا النفاذ . ولكن هذا الزعم غير صحيح على إطلاقه . فهو لا يصدق إلا على الأدلة التي لا يكون مفروضاً فيها أن تتوفر في الوقت الذي نشأت فيه الواقعة التي يجري إثباتها، وهي التي يشملها النوع الثاني من القوانين التي نحن بصدددها . إذ أن تطلب توفر الدليل في الوقت الذي نشأت فيه الواقعة المراد إثباتها ، سواء كان ذلك من طريق الكتابة أو من طريق استخلاص قرينة قانونية ، يؤدي إلى نشوء مركز قانوني من حيث الإثبات في الوقت الذي كان يجب فيه توافر هذا الدليل . ومن ثم يخضع هذا المركز للقانون القائم وقت نشوئه . والنوع الثاني يشمل القوانين المتعلقة بالأدلة التي لا يكون مفروضاً فيها

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري المرجع السابق ، ص ٢٢٧ .

(٢) راجع في هذا الخصوص : كتابنا في حق الملكية ، الطبعة الثانية فقرة ٥٣٩ .

أن تتوفر في الوقت الذي نشأت فيه الواقعة المراد إثباتها ، وهذه تسري على الوقائع التي يجري اثباتها بعد نفاذها ولو كانت قد حدثت قبل هذا النفاذ . حيث يتعلق الأمر بأدلة تتوفر أثناء سير الخصومة . كما هو الشأن في الدليل الذي يستفاد من تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب أو امتناعه عن الاجابة بغير مبرر قانوني (م ٢١٨ و ٢١٩ أصول محاكمات مدنية لبناني و م ١١٣ من قانون الاثبات المصري) .

(هـ) أما القوانين المتعلقة بآثار العقود الجارية ، وهي العقود التي نشأت في ظل القانون القديم وما زالت تنتج آثارها بعد نفاذ القانون الجديد ، فيفرق في شأنها بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة . حيث تسري القواعد الآمرة بأثر مباشر على هذه الآثار نظراً إلى تعلقها بالنظام العام ، بينما لا تسري القواعد المكملة استثناء فتظل الآثار خاضعة للقانون القديم الذي نشأ العقد تحت سلطانه . ولذلك نتكلم عنها فيما يلي ونحن نعرض للآثر المستمر للقانون القديم

رابعاً - استثناء من مبدأ الاثر المباشر

الآثر المستمر للقانون القديم

١٨٤ - معنى الاثر المستمر للقانون القديم وحدود تطبيقه :

الأصل ، كما رأينا ، أن يسري القانون الجديد بما له من أثر مباشر على الآثار التي تترتب بعد نفاذه على المراكز القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم وعلى طرق انحلالها .

ولكن استثناء من هذا الأصل يظل القانون القديم يسري على ما يترتب بعد إلغائه من آثار العقود التي نشأت تحت سلطانه وعلى طرق انحلالها . فهذا هو الأثر المستمر للقانون القديم^(١) .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٧٣ و ١٧٤ .

غير أن هذا الاستثناء ليس مطلقاً ، وإنما يتحدد نطاقه في ضوء الأساس الذي يقوم عليه ، وهو انتفاء العلة من تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد وفقاً لما فصلناه فيما تقدم . وقد سبق أن عرضنا للمعايير التي اتخذت لتحديد هذا النطاق عند مناقشتنا لعيوب النظرية الحديثة ، و انتهينا إلى تفضيل معيار النظام العام والآداب على إطلاقه (١) .

فإذا كانت قواعد القانون الجديد قواعد أمره فإنها تسري على الآثار المستقبلية لهذه العقود الجارية وعلى طرق انحلالها . أما إذا كانت قواعد مكملتها فلا تسري ، وإنما يظل القانون القديم سارياً . فهذا هو النطاق الذي يؤخذ فيه بالأثر المستمر للقانون القديم .

وقد أخذ المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري بهذا الرأي ، حيث كان ينص في المادة السابعة منه على أنه « إذا نسخ قانون جديد قانوناً سابقاً عليه فإن القانون المنسوخ يظل مع ذلك سارياً على الروابط والحالات القانونية التي نشأت تحت سلطانه وكانت مترتبة على إرادة المتعاقدين ما لم يوجد نص يقضي بغير هذا أو كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام أو الآداب » (٢) . وهو الرأي الذي يؤيده أغلب الفقه . كما أخذت تستقر عليه أحكام محكمة النقض المصرية (٣) .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٧٣ و ١٧٤ .

(٢) عدل هذا النص في لجنة المراجعة فأصبح يجري على النحو الآتي : « لا يعمل بالنصوص التشريعية إلا من وقت صيرورتها نافذة فلا تسري على ما سبق من الوقائع إلا إذا وجد نص في التشريع الجديد يقضي بغير ذلك أو كان التشريع الجديد متعلقاً بالنظام العام أو الآداب » . ثم حذف في لجنة مجلس الشيوخ لوورد حكمه في الدستور (مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني ، ج ١ ، ص ٢١٤ - ٢١٦) .

(٣) نقض مدني مصري في ٢١ مايو ١٩٥٣ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ٤ - ١٠٢٨ - ١٦١ . وفي ١٦ فبراير ١٩٥٦ ، نفس المجموعة ٧ - ٢٤١ - ٣٣ . وفي ٢٥ ديسمبر ١٩٥٨ ، نفس المجموعة ٩ - ٨٤٩ - ١١٠ .

على أساس ما انتهينا إليه الآن في ضوء معيار النظام العام والآداب من التفرقة في هذا الصدد بين ما إذا كانت قواعد القانون الجديد آمرة وما إذا كانت مكلّة ، نسوق التطبيقات الآتية :

أولاً : تطبيقات يؤخذ فيها بمبدأ الأمر المستمر للقانون القديم :

(١) كان التقنين المدني المصري القديم لا يلزم المؤجر بالقيام بأية ترميمات في العين المؤجرة إلا إذا اتفق على ذلك (م ٢٧٠ / ٤٥٣ مدني قديم) . ثم جاء التقنين الحالي ففرض على المؤجر أن يقوم بجميع الترميمات الضرورية ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك (م ٥٦٧ مدني) . فهذه القاعدة الجديدة التي بمقتضاها يلزم المؤجر بالقيام بالترميمات الضرورية على خلاف ما كان مقرراً من قبل قاعدة مكلّة ، إذ أنها لا تتعلق بالنظام العام ، ولذلك لا يسري على عقود الإيجار التي أبرمت في ظل القانون القديم ، وإنما تظل تلك العقود محكومة بهذا القانون .

(٢) إذا فرضنا أن عقد بيع أبرم في ظل قانون يجعل نفقات العقد على المشتري ، ثم صدر قانون جديد يجعل هذه النفقات مناصفة بين الطرفين ، فإن القانون القديم يظل يحكم العقد الذي أبرم في ظله ، لأن هذه القاعدة الجديدة قاعدة مكلّة ، إذ أنها لا تتعلق بالنظام العام .

ثانياً : تطبيقات يؤخذ فيها بمبدأ الأمر المباشر للقانون الجديد :

(١) الفائدة الاتفاقية: كان التقنين المدني المصري القديم يجعل الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ٨ ٪ ، بمعنى أنه لا يجوز الاتفاق على سعر للفوائد يزيد عن ذلك (١٢٥ / ١٨٥ مدني قديم) . ثم خفض التقنين المدني الحالي هذا السعر إلى ٧ ٪ (م ٢٢٧ مدني) .

والإشكال هنا لا يتعلق بالفوائد التي تستحق عن المدة السابقة على نفاذ القانون الجديد ، فهذه تخضع للقانون القديم الذي استحدثت في ظله ، فلا يسري عليها القانون الجديد طبقاً لمبدأ عدم الرجعية .

إنما يثور الإشكال بالنسبة إلى الفوائد التي تستحق بعد نفاذ القانون الجديد. ويلاحظ في ضوء ما عرضناه من خلاف في هذا الصدد أنه طبقاً للنظرية الحديثة (رأي الاستاذ روبييه) لا تسري القاعدة الجديدة على هذه الفوائد، وإنما يسري القانون القديم بما له من أثر مستمر ، لأن هذه القاعدة تتعلق بمرکز عقدي لا بنظام قانوني. وكذلك يكون الحل طبقاً للرأي الذي رأيناه يأخذ بمقياس النظام العام على نحو مقيد ، حيث يقصر تطبيق القانون الجديد على الحالة التي تكون فيها قواعده ذات أهمية بالغة لارتباطها بالنظام العام للجماعة بأسرها ، فينتهي إلى أن القاعدة الخاصة بسعر الفائدة الاتفاقية لا ترقى إلى هذا المستوى . وهو ما يعبر عنه البعض بالفرقة بين قواعد النظام العام التي يراد بها حماية مصلحة عامة وتلك التي تحمي مصالح خاصة ، فيرى أن القاعدة المذكورة من قبيل هذا النوع الأخير من قواعد النظام العام ، ولذلك لا تسري القاعدة الجديدة في هذا النطاق .

ولكن الرأي الصحيح الذي انتهينا إليه ، وهو الأخذ بمقياس النظام العام والآداب على إطلاقه ، بحيث تسري القاعدة الجديدة إذا كانت آمرة بما لها من أثر مباشر ، يؤدي إلى سريان السعر الجديد للفائدة الاتفاقية وهو ٧ ٪ . على الفوائد التي تستحق من تاريخ نفاذ التقنين المدني الحالي ، وهو ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، نظراً إلى تعلق القاعدة بالنظام العام . أما الفوائد التي استحققت قبل هذا التاريخ فيسري عليها السعر القديم .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري في هذا المعنى ما يأتي : « وبدیهي أن أثر هذا التخفيض لا يستند إلى الماضي . فسيظل السعر المقرر بمقتضى النصوص الحالية (التقنين المدني القديم) قائماً إلى تاريخ العمل بأحكام التقنين الجديد . أما بعد هذا التاريخ فتطبق الأحكام الخاصة بالسعر الجديد ، حتى بالنسبة للعقود التي تمت من قبل ، اتفاقية كانت الفوائد أو قاضونية » (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني ، ج ٢ ص ٥٨٤ .

وهذا كما قلنا هو الرأي الذي يؤيده أغلب الفقه ، والذي أخذت تستقر عليه أحكام محكمة النقض المصرية (١) .

(٢) الظروف الطارئة : كانت القاعدة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين قاعدة مطلقة في التقنين المدني المصري القديم ، بمعنى أنه لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين . ولكن الشارع في التقنين الحالي استحدث قيماً على هذه القاعدة ، إذ جعل للقاضي سلطة تعديل العقد إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسخ توقعها وترتب عليها أن صار تنفيذ العقد مرهقاً للمدين إلى حد يهدده بخسارة فادحة ، ونص على بطلان كل اتفاق على خلاف ذلك (م ١٤٧ / ٢ مدني مصري) .

فهذه القاعدة الجديدة تتعلق بالنظام العام ، حيث جعلها الشارع قاعدة أمرة . ويثور بالنسبة إليها ذات الخلاف الذي أشرنا إليه في خصوص التطبيق السابق . ولكن الحل الصحيح وفقاً لما قلناه أنه فيما يتعلق بالعقود التي أبرمت في ظل التقنين القديم وتراخي تنفيذها إلى ما بعد نفاذ التقنين الحالي ، تسري القاعدة الجديدة على وقائع التنفيذ التي تتم بعد هذا النفاذ ، أما الوقائع التي تمت قبل هذا النفاذ فلا تمسها تلك القاعدة .

(٣) والقانون الذي يفرض سعراً إلزامياً للعملة الورقية يسري بما له من أثر مباشر على العقود التي أبرمت في ظل القانون القديم ولم يتم تنفيذها إلا بعد نفاذ القانون الجديد . فإذا كانت هناك عقود أبرمت في ظل القانون القديم واتفق فيها على الدفع بالذهب ، فإن المدين في هذه العقود الذي يقوم بالوفاء في ظل القانون الجديد يحق له أن يفي بالعملة الورقية ، رغم شرط الدفع بالذهب الوارد في العقد والذي كان صحيحاً وفقاً لأحكام القانون القديم . إذ أن القاعدة التي تفرض سعراً إلزامياً للعملة الورقية تتعلق بالنظام العام .

(١) نقض مدني في ٢١ مايو ١٩٥٣ المشار إليه . وفي ١٦ فبراير ١٩٥٦ المشار إليه .
وفي ٢٥ ديسمبر ١٩٥٨ المشار إليه .

المطلب الرابع

الحلول التشريعية لبعض صور التنازع في الزمان

١٨٦ - إحصاء هذه الصور :

وضع الشارع المصري قواعد حل تنازع القوانين من حيث الزمان بالنسبة إلى بعض الصور الهامة . وقد توزعت هذه القواعد في تقنينات مختلفة بحسب طبيعة القوانين التي يقوم التنازع بينها .

فعرض في التقنين المدني لحل التنازع بين القوانين المتعلقة بالأهلية ، والتقدم ، وبعض أدلة الإثبات .

وعرض في تقنين المرافعات المدنية والتجارية لحل التنازع بين القوانين المتعلقة بالمرافعات .

وعرض في تقنين العقوبات لحل التنازع بين القوانين المتعلقة بالعقوبات ، أي التي تبين الجرائم والعقوبات المقررة لها .

وسنعرض لهذه القواعد بهذا الترتيب . وسنرى ان القواعد التي نص عليها القانون المصري في شأن الأهلية والتقدم وبعض أدلة الإثبات ، وكذلك القواعد المتعلقة بالمرافعات ، تسري في القانون اللبناني وفقاً للمبادئ العامة ، كما يقول بها الفقه والقضاء اللبنانيين . وأن القواعد المتعلقة بالعقوبات قد نص عليها كذلك تقنين العقوبات اللبناني .

١٨٧ - القوانين المتعلقة بالأهلية :

نصت المادة ٦ من التقنين المدني المصري في هذا الصدد على ما يأتي :
« ١ - النصوص المتعلقة بالأهلية تسري على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص . وإذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة ، فإن

ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة .

وبين هذا النص الحل الذي يتبع في حالة التنازع بين قانونين متعاقبين فيما يتعلق بالأهلية . حيث يتناول المسألين اللتين يشور البحث في شأنهما في هذه الحالة : الأولى تتعلق بمركز الشخص من حيث الأهلية ، والثانية تتعلق بالتصرفات التي صدرت منه في ظل القانون القديم .

١ - الأهلية : فيما يتعلق بمركز الشخص من حيث الأهلية يسري القانون الجديد على جميع الأشخاص . فإذا كان هذا القانون قد رفع سن الرشد فان كل شخص لم يبلغ السن المقررة فيه عند نفاذه يعتبر قاصراً من وقت هذا النفاذ حتى لو كان قد سبق اعتباره رشيداً في ظل القانون القديم . وإذا كان القانون قد خفض سن الرشد فان كل شخص بلغ السن المقررة فيه عند نفاذه يعتبر رشيداً من وقت هذا النفاذ حتى لو لم يبلغ السن المقررة في القانون القديم فكان يعتبر قاصراً في ظل هذا القانون .

وهذا الحل الذي تقضي به الفقرة الأولى من النص المذكور يتفق بشطريه مع فقه النظرية التقليدية . ففي حالة رفع سن الرشد يسري القانون الجديد على أساس تعلق قواعده بالنظام العام ، وفي حالة تخفيض سن الرشد يسري هذا القانون على أساس عدم وجود حق مكتسب . كما أنه يتفق في حالة تخفيض سن الرشد مع فقه النظرية الحديثة ، وذلك على أساس أن مركز القاصر لم يكن قد انقضى في ظل القانون القديم ، فيسري عليه القانون الجديد بما له من أثر مباشر حيث يقرر انقضاءه من وقت نفاذه . أما في حالة رفع سن الرشد فان الحل لا يتفق مع ما يراه الاستاذ روبييه من أن الشخص إذا بلغ سن الرشد في ظل القانون القديم يكون مركزه باعتباره قاصراً قد انقضى ، ومن ثم لا يجوز تطبيق القانون الجديد عليه وإعادة قاصراً ، إذ أن مبدأ عدم الرجعية يحول دون سريان القانون على انقضاء المراكز القانونية الذي تم قبل نفاذه .

ولكننا نعتقد أن هذا الحل الذي ورد في النص هو الحل السليم على

أساس أن القانون الجديد يسري في الحالين بمقتضى أثره المباشر . ففي حالة رفع سن الرشد يسري القانون الجديد بأثر مباشر على مركز الشخص باعتباره رشيداً ، فيعيده قاصراً إذا لم يكن قد بلغ السن المقررة فيه وقت نفاذه ، إذ أنه يملك إعادة النظر في المراكز القائمة وقت نفاذه بما له من أثر مباشر بالنسبة إلى المستقبل . وفي حالة تخفيض سن الرشد يسري القانون الجديد بأثر مباشر على مركز الشخص باعتباره قاصراً ، إذ أن هذا المركز لم يكن قد انقضى في ظل القانون القديم ، فيسري عليه القانون الجديد بما له من أثر مباشر حيث يقرر انقضاءه من وقت نفاذه .

ومن ثم فإن هذا الحل الذي نص عليه القانون المصري يسرى كذلك في القانون اللبناني ، إذ أنه الحل الذي تنهض به المبادئ العامة في هذا الصدد .

٢ - التصرفات : فيما يتعلق بالتصرفات التي أبرمها الشخص في ظل القانون القديم تناولت الفقرة الثانية من النص المذكور حالة ما إذا كان الشخص رشيداً في ظل القانون القديم ثم عاد قاصراً وفقاً للقانون الجديد الذي يرفع سن الرشد، فقضت بأن ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة . ومعنى ذلك أن القانون الجديد لا يسرى على التصرفات التي أبرمها هذا الشخص في ظل القانون القديم ، بل تظل هذه التصرفات محكومة بالقانون الذي تمت في ظله . فإذا كان هذا الشخص قد أبرم في ظل القانون القديم تصرفاً صحيحاً باعتباره كامل الأهلية ، فإن التصرف يظل صحيحاً كما كان وفقاً لحكم هذا القانون .

أما الحالة الأخرى التي يصبح فيها الشخص رشيداً وفقاً للقانون الجديد الذي يخفض سن الرشد بعد أن كان قاصراً في ظل القانون القديم ، فلم يتناولها النص لوضوح حكمها ، وهو ذات الحكم المقرر في الحالة الأولى . حيث لا يسري القانون الجديد على التصرفات التي أبرمها هذا الشخص في ظل القانون القديم . فإذا كان هذا الشخص قد أبرم في ظل القانون القديم تصرفاً غير صحيح باعتباره ناقص الأهلية ، فإن التصرف يظل باطلاً أو قابلاً للإبطال كما كان وفقاً لحكم هذا القانون .

ويتفق هذا الحل مع مبدأ عدم الرجعية في كل من النظريتين التقليدية والحديثة . فأساسه في النظرية التقليدية أن القانون الجديد لا يجوز أن يمس حقاً مكتسباً . وأساسه في النظرية الحديثة أن القانون الجديد لا يمس تكوين المراكز القانونية الذي تم في ظل القانون القديم . وهذا التصور الأخير هو الذي نراه صالحاً وفقاً لما ذكرناه في المبادئ العامة التي انتهينا إليها (١) . ولذلك فإن هذا الحل يسري في القانون اللبناني وفقاً للمبادئ العامة .

١٨٨ - القوانين المتعلقة بالتقادم :

من الواضح أنه إذا صدر قانون جديد يتعلق بالتقادم ، سواء كان التقادم مكسباً أو مسقطاً ، فلا يسري هذا القانون على التقادم الذي اكتمل بانقضاء مدته في ظل القانون القديم ، وذلك طبقاً لمبدأ عدم الرجعية . ومن الواضح كذلك أن القانون الجديد يسري على التقادم الذي يبدأ سريانه بعد نفاذه ، وذلك طبقاً لمبدأ الأثر المباشر للقانون .

إنما تثار الصعوبة إذا كان التقادم قد بدأ في ظل القانون القديم ولم يكن قد اكتمل عند نفاذ القانون الجديد . حيث يتعلق الأمر في هذه الحالة بمركز قانوني أدركه القانون الجديد وهو في دور التكوين أو الانقضاء ، فيسري ذلك القانون على ما تم بعد نفاذه من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء بمقتضى أثره المباشر ، ولكنه لا يسري على ما تم قبل هذا النفاذ وفقاً لمبدأ عدم الرجعية .

وقد تكفلت المادتان ٧ و ٨ من التقنين المدني المصري ببيان الحلول التي التي تتبع في هذه الحالة . وسنعرض منها أولاً الحلول التي يقضي بها مبدأ عدم الرجعية ، ثم الحلول التي يقضي بها مبدأ الأثر المباشر .

أولاً : عدم رجعية القانون الجديد : نصت المادة ٧ / ٢ مدني مصري

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٧٦ .

في هذا الصدد على ما يأتي : « على أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة » .

ذلك أنه وفقاً لمبدأ عدم الرجعية لا يسري القانون الجديد كما قلنا على ما تم قبل نفاذه من عناصر تكوين أو انقضاء المركز القانوني ، بل تظل هذه العناصر محكومة بالقانون القديم . ولذلك يخضع التقادم للقانون القديم من حيث البدء والوقف والانقطاع ، وذلك عن المدة السابقة على نفاذ القانون الجديد . فإذا كان التقادم قد بدأ صحيحاً وفقاً للقانون القديم ظل كذلك من حيث بدء المدة . وإذا كانت المدة قد وقفت لسبب يقره هذا القانون أسقطت مدة الوقف من الحساب . وإذا كانت المدة قد انقطعت بسبب يقره هذا القانون أسقطت المدة السابقة على الانقطاع .

وعليه فإن هذا الحل يسري في القانون اللبناني وفقاً للمبادئ العامة .
ثانياً : الأثر المباشر للقانون الجديد : نصت المادة ٧ / ١ مدني مصري في هذا الصدد على ما يأتي : « تسري النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل » .

ولبيان حكم هذا النص نفرق بين مدة التقادم وشروط التقادم الأخرى :
(١) شروط التقادم : القاعدة أن يسري القانون الجديد الذي يعدل من شروط التقادم بما له من أثر مباشر على كل تقادم لم يكتمل . من ذلك أن يعدل القانون الجديد في الأحكام المتعلقة بقابلية الحق للتقادم أو أسباب الوقف أو الانقطاع . فالقانون الذي يجعل مالا معينا غير قابل لأن يكسب بالتقادم بعد أن كان قابلا له يسري على كل تقادم لم يكتمل في شأن هذا المال . والقانون الذي يعدل من أسباب وقف التقادم أو انقطاعه يسري على كل وقف أو قطع يحدث بعد نفاذه لتقادم لم يكتمل ، بحيث لا يقع هذا أو ذاك إلا بالأسباب التي أتى بها ذلك القانون .

(٢) مدة التقادم : القاعدة ، كما هو الحكم بالنسبة إلى شروط التقادم الأخرى ،

أن يسري القانون الجديد الذي يعدل من مدة التقادم بما له من أثر مباشر على كل تقادم لم يكتمل .

ولا صعوبة في تطبيق هذه القاعدة إذا كان القانون الجديد يطيل المدة ، إذ يجب الأخذ بالمدة الجديدة مع احتساب ما مضى منها في ظل القانون القديم . فإذا كانت المدة المقررة للتقادم في القانون القديم خمس عشرة سنة ، ومضى منها في ظل هذا القانون عشر سنوات ، ثم صدر قانون جديد يطيلها إلى عشرين سنة ، فلا يتم التقادم إلا بمضي عشر سنوات أخرى تضاف إلى المدة التي مضت حتى تكتمل العشرون سنة التي يتطلبها القانون الجديد .

إنما تظهر الصعوبة إذا كان القانون الجديد يتمصر المدة . وقد كان الحل في هذه الحالة محل خلاف فحسمه الشارع المصري . ذلك أن القاعدة كما قلنا أن يسري القانون الجديد في هذه الحالة بما له من أثر مباشر . ومقتضى هذا أن يؤخذ بالمدة الجديدة مع احتساب ما انقضى من المدة السارية . غير أن هذا من شأنه أن يؤدي إلى نتائج غير مقبولة ، مما جعل الشارع لا يتقيد بتلك القاعدة ، بغية الوصول إلى حلول أدنى إلى تحقيق العدالة والاستقرار^(١) .

حيث تجب التفرقة في هذا الشأن بين صورتين :

الصورة الأولى أن يكون الباقي من المدة التي يتطلبها القانون القديم أطول من المدة التي قررها القانون الجديد . وحينئذ يصرف النظر عما انقضى من المدة في ظل القانون القديم ، ويبدأ سريان المدة الجديدة من وقت نفاذ القانون الجديد . وقد نصت المادة ٨ / ١ مدني مصري على هذا الحل فقالت : « 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 » . فإذا كانت مدة التقادم وفقاً للقانون القديم خمس عشرة سنة ، وبعد مضي

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمادة ٨ مدني في مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني

ثلاث سنوات من بدء سريان التقادم صدر قانون جديد يقصر المدة إلى عشر سنوات، فإن الباقي من المدة السابقة وهو اثنتا عشرة سنة يكون أطول من المدة التي قررها للقانون الجديد ، فيصرف النظر عن مدة الثلاث سنوات التي انقضت ، وتبدأ من وقت نفاذ القانون الجديد المدة التي يحددها هذا القانون وهي عشر سنوات ، حيث يتم التقادم بانتهاء هذه المدة الجديدة . ويمتاز هذا الحل بأنه أقرب إلى العدالة ، حيث يتخذ مسلماً وسطاً بين المدة القديمة والمدة الجديدة .

والصورة الثانية أن يكون الباقي من المدة التي يتطلبها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها القانون الجديد . وحينئذ لا يسري القانون الجديد ، بل يستمر التقادم إلى أن تنتهي مدته وفقاً للقانون القديم . ففي هذه الصورة يؤخذ بالأثر المستمر للقانون القديم . وقد نصت المادة ٨ / ٢ مدني مصري على هذا الحل فقالت : « أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي » . فإذا كانت مدة التقادم وفقاً للقانون القديم خمس عشرة سنة ، وبعد مضي عشر سنوات من بدء سريان التقادم صدر قانون جديد يقصر المدة إلى عشر سنوات، فإن الباقي من المدة السارية وهو خمس سنوات يكون أقصر من المدة التي قررها القانون الجديد، فيستمر التقادم خمس سنوات من وقت نفاذ القانون الجديد ، حيث يتم بانقضاء هذا الباقي وفقاً للقانون القديم . وقد أخذ الشارع بهذا الحل على خلاف ما أخذ به في الصورة الأولى ، لأن صرف النظر عما انقضى من المدة في ظل القانون القديم والأخذ بالمدة الجديدة يؤدي إلى إطالة المدة عما كانت عليه في القانون القديم مع أن الشارع يريد تقصيرها . كذلك لم يأخذ الشارع بالقاعدة العامة في الأثر المباشر للقانون الجديد ، لأن الأخذ بالمدة الجديدة مع احتساب ما انقضى من المدة في ظل القانون القديم يؤدي إلى اعتبار التقادم مكتملاً فور نفاذ القانون الجديد ، فيكون في هذا مفاجأة لمن يسري التقادم ضده ويحرمه من فرصة المطالبة بحقه .

وهذه الحلول ، سواء فيما يتعلق بمدة التقادم أو الشروط الأخرى ، تسري كذلك في القانون اللبناني على أساس المبادئ العامة والاعتبارات التي ذكرناها .

١٨٩ - القوانين المتعلقة بالأدلة المعدة للاثبات :

نصت المادة ٩ مدني مصري في هذا الصدد على أن « تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدماً النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده » . ونصت المادة ١٣١ أصول محاكمات مدنية لبناني على أن « تراعى في قبول البينة على عمل قانوني احكام القانون المرعى في وقت انشاء هذا العمل » .

وقد سبق أن عرضنا لهذه الصورة من التنازع عند الكلام في تطبيقات الأثر المباشر للقانون فيما يتعلق بالقوانين الخاصة بأدلة الإثبات . حيث فرقنا في هذا الشأن بين نوعين من هذه القوانين : النوع الأول يشمل القوانين المتعلقة بالأدلة التي يكون مفروضاً فيها أن تتوفر في الوقت الذي نشأت فيه الواقعة المراد إثباتها ، وهذه تسري على إثبات الوقائع التي تحدث بعد نفاذها ، أما الوقائع السابقة على هذا النفاذ فتخضع في إثباتها للقانون الذي وقعت في ظله . وقد رأينا أن الأدلة التي تعد مقدماً ، وهي الكتابة ، تعتبر من هذا القبيل ، ومن ثم يخضع الإثبات بها للقانون الذي نشأت في ظله الواقعة التي يجري إثباتها ، وهو ما قرره النصاب المذكوران . إذ أن تطلب توفر الدليل في الوقت الذي نشأت فيه الواقعة المراد اثباتها يؤدي الى نشوء مركز قانوني من حيث الإثبات في الوقت الذي كان يجب فيه توافر هذا الدليل ، ومن ثم يخضع هذا المركز القانوني للقانون القائم وقت نشوئه .

والنوع الثاني يشمل القوانين المتعلقة بالأدلة التي لا يكون مفروضاً فيها أن تتوفر في الوقت الذي نشأت فيه الواقعة المراد اثباتها ، وهذه تسري على الوقائع التي يجري إثباتها بعد نفاذها ولو كانت قد حدثت قبل هذا النفاذ . حيث يتعلق الأمر بأدلة تتوفر أثناء سير الخصومة .

ونكتفي بالإحالة إلى ما تقدم من تفصيل في هذا الخصوص^(١).

١٩٠ - قوانين المرافعات :

نص تقنين المرافعات المدنية والتجارية المصري في المادتين الأولى والثانية منه على الحلول التي تتبع عند التنازع بين قوانين المرافعات . وسنعرض منها أولاً الحلول التي يقضي بها مبدأ عدم الرجعية ، ثم الحلول التي يقضي بها مبدأ الأثر المباشر :

أولاً : عدم رجعية القانون الجديد : نصت المادة ١/٢ مرافعات مصري في هذا الصدد على ما يأتي : « كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحاً في ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً ما لم ينص على غير ذلك » .

فبمقتضى مبدأ عدم الرجعية يخضع كل إجراء من إجراءات المرافعات للقانون الذي تم تحت سلطانه . فإذا اتخذ إجراء صحيح وفقاً للأوضاع التي يتطلبها القانون القائم وقت مباشرته فإنه يبقى صحيحاً ، ولو صدر بعد ذلك قانون جديد يستلزم أوضاعاً أخرى لصحة هذا الإجراء . إذ أن تطبيق القانون الجديد على هذا الإجراء يعتبر سرياً على الماضي . وهذا الحل يؤيده الفقه اللبناني ، إذ أنه تطبيق للمبادئ العامة .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على تطبيق خاص لعدم الرجعية فقالت : « ولا يجري ما يستحدث من مواعيد السقوط إلا من تاريخ العمل بالقانون الذي استحدثها » . فإذا استحدث القانون الجديد ميعاداً للسقوط فإن المدة التي يقوم عليها هذا الميعاد لا يبدأ سريانها إلا من وقت نفاذ ذلك القانون .

ثانياً : الأثر المباشر للقانون الجديد : نصت المادة الأولى مرافعات مصري في هذا الصدد على ما يأتي : « تسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن فصل فيه

(١) أنظر فيما تقدم فقرة ١٨٣ .

من الدعاوى أو ما لم يكن تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها ...»
فبمقتضى مبدأ الأثر المباشر تسرى قوانين المرافعات من وقت نفاذها على
الدعاوى التي رفعت في ظل القانون القديم ولم يصدر فيها قبل هذا النفاذ حكم
في الموضوع ، سواء كان هذا الحكم نهائياً أو غير نهائي . فإذا كانت الدعوى
لا تزال منظورة أمام القضاء ، ثم صدر قانون جديد يجعلها من اختصاص محكمة
أخرى غير التي تنظرها ، وجب أن تحال إلى تلك المحكمة الأخرى التي
أصبحت مختصة . وإذا صدر قانون جديد يعدل في الإجراءات التي تتبع في
الدعوى فإنه يسرى على كل إجراء لم يتم قبل نفاذه .

غير أن الشارع المصري بعد أن قرر مبدأ الأثر المباشر على هذا النحو في
صدر المادة المذكورة ، أورد عليه الاستثناءات الثلاثة الآتية ، حيث أخذ
فيها بالأثر المستمر للقانون القديم . وهذه الاستثناءات يقول بها الفقه والقضاء
في فرنسا وفي لبنان :

(١) « القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد إقفال
باب المرافعة في الدعوى » . فإذا رفعت دعوى أمام المحكمة المختصة ،
وأخذت المحكمة في نظرها إلى أن قفلت باب المرافعة فيها تمهيدا لإصدار
الحكم ، ثم صدر قانون جديد يجعلها من اختصاص محكمة أخرى ، فإن
المحكمة التي كانت تنظرها تستمر ولايتها رغم ذلك فتصدر الحكم فيها (١) .
وعلة هذا الاستثناء أن المصلحة العامة ومصصلحة الخصوم أنفسهم تقتضيان ألا
ينظر من جديد في نزاع تم بحته وأصبح صالحا للفصل فيه .

(٢) « القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل
بها » . فإذا بدأ ميعاد من مواعيد المرافعات ، سواء كان ميعادا للطعن

(١) والقرض في هذا ألا يكون القانون الجديد قد ألغى المحكمة التي تنظر الدعوى . فإذا
ألغيت هذه المحكمة فلا ينطبق حكم الاستثناء ، إذ أن الإلغاء يتحقق فور نفاذ القانون الجديد ،
فتنتقل الدعوى التي كانت منظورة أمامها إلى المحكمة التي حددها هذا القانون .

كالطعن بالاستئناف أو كان ميعاد سقوطه ، ثم صدر قبل تمامه قانون جديد يعدل منه بأن يطيله أو يقصره ، فلا يسرى عليه القانون الجديد ، بل يظل خاضعا للقانون القديم الذي بدا في ظله إلى أن ينتهي وفقا لحكمه . وهذا الحل يخالف ما أخذ به الشارع في التقنين المدني فيما يتعلق بمدد التقادم ، وذلك رغبة في تبسيط طريقة حساب المواعيد .

(٣) « القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين ملغية أو منسثة لطريق من تلك الطرق » . فإذا صدر قانون يلغى طريقا للطعن كان مقرا من قبل ، أو ينشئ طريقا لم يكن مقرا من قبل ، فلا يسرى هذا القانون على الأحكام التي صدرت قبل نفاذه . ومن ثم إذا صدر حكم في ظل قانون يجيز الطعن فيه مثلا بالاستئناف ، ثم جاء قانون جديد يجعله غير قابل للاستئناف ، فلا يسرى هذا القانون الجديد ، بل يبقى الحكم قابلا للاستئناف وفقا للقانون الذي صدر في ظله . وكذلك يكون الحل في الصورة العكسية .

غير أنه يلاحظ أننا لا نكون بصدد استثناء حقيقي في هذا المقام إلا إذا كان الحكم الصادر قبل نفاذ القانون الجديد غير نهائي . حيث يتعلق الأمر في هذه الحالة بمركز قانوني لم يتم تكوينه بعد ، فيكون استمرار سريان القانون القديم عليه استثناء من مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد . أما إذا كان الحكم قد أصبح نهائيا قبل نفاذ القانون الجديد ، فإن عدم سريان هذا القانون عليه لا يكون من قبيل الاستثناء ، بل يعتبر تطبيقا لمبدأ عدم الرجعية . إذ نكون في هذه الحالة بصدد مركز قانوني تم تكوينه في ظل القانون القديم .

١٩١ - قوانين العقوبات :

رأينا أن مبدأ عدم الرجعية يقيد القاضي ولا يقيد الشارع . غير أن سلطة الشارع في الخروج على هذا المبدأ تقتصر على المواد غير الجنائية .
فالقاعدة هي عدم رجعية قوانين العقوبات ، وهي القوانين التي تبين

الجرائم والعقوبات المقررة لها . وذلك لضمان الحرية الشخصية للأفراد، بحيث لا يجوز مطلقاً أن يصدر قانون يعاقب على أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها. وقد رأينا ان الدستور المصري ينص على هذه القاعدة (م ٦٦/٢ و ١٨٧) . كما يمكن استخلاصها من المادة الثامنة من الدستور اللبناني التي تنص على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات . كذلك نص عليها كل من تقنين العقوبات المصري (م ١/٥) وتقنين العقوبات اللبناني (م ٦٠)^(١) .

غير أن هناك استثناء يرد على هذه القاعدة فيما يتعلق بقوانين العقوبات الأصلح للمتهم ، وهو استثناء لا ينافي الحرية الفردية ، إذ أن مصلحة الجماعة لا تدعو إلى مؤاخذة الشخص عن فعل أصبح مباحاً أو معاقبته بعقوبة أشد مما يستحقه الفعل المنسوب إليه .

وقد نص تقنين العقوبات اللبناني ، وكذلك تقنين العقوبات المصري على هذا الاستثناء . فنتكلم فيه أولاً، ثم نستبعد من حكمة قوانين العقوبات المؤقتة . أولاً : قوانين العقوبات الأصلح للمتهم : نصت المادة ٥/٢ و ٣ عقوبات مصري على حكم سريان هذه القوانين في الزمان فقالت : «ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم فهو الذي يتبع دون غيره - وإذا صدر قانون بعد حكم نهائي يجعل الفعل الذي حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه بوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية» .

كما نصت المادة ١/٢ عقوبات لبناني على انه «لا يقع جرم بعقوبة أو تدبير احترازي أو إصلاحي إذا ألغاه قانون جديد. ولا يبقى للأحكام الجزائية التي قضى بها أي مفعول». ونصت المادة ٣ على أن «كل قانون يعدل شروط التجريم تعديلاً ينفع المدعى عليه يطبق على الأفعال المقررة قبل نفاذه ما لم يكن قد صدر بشأنها حكم مبرم» . ونصت المادة ٨ على ان «كل قانون جديد يلغى عقوبة أو يقضي بعقوبة أخف يطبق على الجرائم المقررة قبل نفاذه ما لم يكن

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٧ .

قد صدر بشأنها حكم مبرم^(١) .

فقوانين العقوبات الأصلح للمتهم هي التي تمحو الجريمة أو تخفف العقوبة .
ولبيان مدى سريانها على الماضي لصالح المتهم تجب التفرقة بين الحالتين الآتيتين :
الحالة الأولى إذا صدر قانون جديد يمحو الجريمة ، أي يجعل الفعل الذي ارتكبه المتهم مباحاً فلا يعاقب عليه بعد أن كان معتبراً جريمة . وفي هذه الحالة يسري القانون الجديد بأثر رجعي ، فيستفيد منه المتهم ، لا فرق في ذلك بين أن يكون هذا القانون قد أصبح نافذاً قبل صدور حكم نهائي أو مبرم ضد المتهم أو بعد صدور الحكم . فإذا لم يكن قد صدر حكم نهائي تحكم المحكمة بالبراءة . وإذا كان قد صدر حكم نهائي يقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية ، إذ أن تطبيق القانون الجديد حينئذ لا يقتضي إصدار حكم جديد ، ومن ثم لا يتعارض هذا التطبيق مع حجية الأمر المقضي .

والحالة الثانية إذا صدر قانون جديد يخفف العقوبة التي كانت مقررة للجريمة في القانون القديم . وفي هذه الحالة نفرق بين فرضين :

الفرض الأول أن يصبح القانون الجديد نافذاً قبل صدور حكم نهائي أو مبرم ضد المتهم ، أي قبل صدور حكم لم يعد قابلاً للطعن فيه . وحينئذ يسري القانون الجديد بأثر رجعي ، فيستفيد منه المتهم ، حيث تحكم المحكمة بالعقوبة المخففة .

والفرض الثاني أن يصبح القانون الجديد نافذاً بعد صدور حكم نهائي أو مبرم ضد المتهم . وحينئذ لا يسري القانون الجديد ، فلا يستفيد المتهم من تخفيف العقوبة ، إذ أن التخفيف عن المتهم في هذا الفرض طبقاً للقانون الجديد

(١) وإذا عدلت مدة التقادم أو مرور الزمن التي تسقط بها الجريمة أو العقوبة، فإن القانون اللبناني يقضي باعتبار المدة «وفقاً للقانون القديم» ، على ألا يتجاوز مداها المدة التي عينها القانون الجديد محسوبة من يوم نفاذه» (م ٥ و ١١ عقوبات لبناني) . ومعنى هذا ان القانون القديم هو الذي يطبق ، الا إذا كان القانون الجديد أصلح للمجرم فيستفيد من حكمه .

يتطلب حكماً جديداً يقرر هذا التخفيف، وهو أمر لم يعد جائزاً لأنه يتعارض مع حجية الأمر المقضي .

ثانياً : قوانين العقوبات المؤقتة : نصت المادة ٥/٤ عقوبات مصري في خصوص هذه القوانين على ما يأتي : « غير أنه في حالة قيام إجراءات الدعوى أو صدور حكم بالإدانة فيها ، وكان ذلك عن فعل وقع مخالفاً لقانون ينهي عن ارتكابه في فترة محددة ، فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير في الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها » .

ونصت المادة ٢/٢ عقوبات لبناني « على أن كل جرم اقترف خرقاً لقانون مؤقت في خلال مدة تطبيقه لا تقف ملاحقته وقمعه بعد انقضاء المدة المذكورة » .

فلاستثناء الخاص بالقوانين الأصلح للمتهم لا يسري حكمه بالنسبة إلى قوانين العقوبات المؤقتة . ويراد بهذه القوانين تلك التي ينص فيها على سريانها مدة محددة ، بحيث تُلغى ضمناً بانقضاء هذه المدة بغير حاجة إلى صدور قانون بإلغائها . كأن يصدر قانون يفرض حداً أقصى لأسعار بعض السلع ، ويقرر عقوبات توقع على من يخالفه ، ويحدد تاريخاً معيناً ينتهي فيه العمل به .

فإذا وقعت جريمة طبقاً لأحكام قانون مؤقت ، ثم انتهت الفترة المحددة للعمل به ، فأصبح الفعل مباحاً أو صدر قانون آخر يخفف العقوبة التي كانت مقررة له ، فلا يستفيد المتهم من ذلك ، بل يطبق عليه القانون الذي ارتكبت الجريمة تحت سلطانه . وذلك بشرط أن يكون إنتهاء الفترة المحددة لسريان القانون بعد قيام إجراءات الدعوى ضد المتهم . لا فارق في هذا بين أن يكون قد صدر حكم نهائي ضد المتهم أو لم يكن قد صدر حكم ، إذ في الحالة الأولى ينفذ الحكم ، وفي الحالة الثانية يستمر السير في الدعوى .

وهناك رأي يذهب إلى أن القوانين المؤقتة في حكم هذا النص لا تقتصر على القوانين التي ينص فيها على سريانها فترة محددة ، بل تشمل كذلك القوانين الاستثنائية التي تصدر في حالة الطوارئ ولو لم يكن منصوصاً فيها على مدة

معينة لسريانها ، كالأوامر العسكرية التي تصدر أثناء قيام الأحكام العرفية ، حيث يكون سريانها رهيناً بالظروف الاستثنائية المؤقتة التي صدرت فيها . ولكن محكمة النقض المصرية لا تأخذ بهذا الرأي ، بل تقصر الحكم على القوانين المؤقتة التي ينص فيها على سريانها مدة محددة (١) .
والعلة في عدم إجراء حكم الاستثناء على القوانين المؤقتة أنه ليس من المقبول أن يستفيد المتهم من مضي المدة التي يحددها القانون لسريانه .

الفصل الثاني

تفسير القانون

١٩٢ - معنى التفسير وتحديد مجاله :

التفسير هو التعرف من ألفاظ النص أو فحواه على حقيقة الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية بحيث تتضح منه حدود الحالة الواقعية التي وضعت القاعدة من أجلها .

ويبدو من هذا أن التفسير لا يرد إلا على المصدر الذي يأتي باللفظ والمعنى معاً . فهو يتناول القواعد التشريعية ، لأن هذه القواعد تأتي في نصوص مكتوبة صادرة في صورة رسمية من السلطة المختصة . كما يتناول القواعد الدينية الواردة في الكتب السماوية كالقرآن ، أو في أحاديث الرسل ، لأن هذه القواعد تكون في أحاديث مكتوبة .

أما القواعد العرفية فإنها لا ترد في ألفاظ محددة . فاذا أريد تطبيقها وجب لذلك تقصي و-دها ، وهذا التقصي يؤدي بطبيعة الحال إلى الوقوف

(١) نقض جنائي مصري في ٢٨ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٧ ص ٦٣

على معناها . وبذلك فان التحري عن وجود القاعدة العرفية يتضمن في الوقت ذاته التعرف على حقيقة الحكم الذي تتضمنه ، فلا يبقى بعد ذلك ثمة مجال للتفسير .

وليس هنا مجال البحث في تفسير القواعد الدينية ، إذ أن تفسير هذه القواعد يخضع لأصول معينة تختص بها الدراسات الدينية ، ومن ثم يقتصر بحثنا في هذا المقام على تفسير القواعد التشريعية .

١٩٣ - أنواع التفسير .

التفسير ، بحسب الجهة التي تقوم به ، على أنواع ثلاثة ، هي التفسير التشريعي والتفسير الفقهي والتفسير القضائي .

فالتفسير التشريعي يتولاه الشارع نفسه ، ولذلك يتميز بطابع خاص يخالف المؤلف في التفسير ، حيث تكون له قوة القانون . ولذلك نفرده فرعاً خاصاً .

أما التفسير الفقهي فيقوم به الفقه ، والتفسير القضائي يقوم به القضاء ، وهما يتفقان في الأسس ، ولا يختلفان إلا من حيث الظروف التي يصدر فيها كل منهما . ولذلك نعرض لهما معاً .

الفرع الاول

التفسير التشريعي

١٩٤ - معنى التفسير التشريعي والسلطة التي تقوم به :

التفسير التشريعي هو الذي يتولاه الشارع . فقد يثور خلاف حول حقيقة الحكم الذي يتضمنه تشريع معين ، أو تقضي المحاكم بما يخالف المعنى الذي قصده الشارع من هذا الحكم . وفي هذه الحالة أو تلك قد يرى الشارع التدخل لبيان المعنى المقصود من التشريع .

والأصل أن يصدر التفسير التشريعي من السلطة ذاتها التي وضعت التشريع المراد تفسيره . غير أن الضرورات العملية قد تقتضي أن تفوض السلطة التي وضعت التشريع سلطة أخرى في القيام بهذا التفسير .

ومن أمثلة التفسير التشريعي في القانون اللبناني القانون الصادر في ٨ حزيران سنة ١٩٤٥ الذي أعاد صياغة نص المادة ٥٠٢ من تقنين أصول المحاكمات المدنية بما يوضح المقصود بتنفيذ الحكم الغيابي بأنه المطالبة بإبلاغه ودفع الرسوم عنه .

ومن أمثله في القانون المصري المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ الذي صدر تفسيراً لمرسوم ٢ اغسطس سنة ١٩١٤ الخاص بفرض سعر إلزامي للعملة الورقية ، حيث أوضح ان بطلان شرط الدفع بالذهب المنصوص عليه في هذا المرسوم الأخير لا يقتصر على المعاملات الداخلية ، بل يشمل كذلك المعاملات الدولية .

ومن أمثلة التفسير التشريعي الذي يصدر من سلطة غير التي وضعت التشريع المراد تفسيره التفسيرات التشريعية التي خول القانون المصري المحكمة العليا سلطة إصدارها بمقتضى القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، إذ جعل من اختصاصها تفسير القوانين بحيث يكون لقرارها في هذا الشأن قوة ملزمة (م ٤) . وكذلك التفسيرات التشريعية التي يصدرها مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعي لتفسير أحكام قانون الإصلاح الزراعي المصري بمقتضى التفويض الوارد في هذا القانون ، حيث « تعتبر قراراته في هذا الشأن تفسيراً تشريعياً ملزماً ، وتنشر في الجريدة الرسمية » (م ١٢ مكررة) .

١٩٥ - مدى القوة الملزمة للتفسير التشريعي :

يعتبر التفسير التشريعي جزءاً متمماً للتشريع المراد تفسيره . ولهذا رأينا أنه يسري على الوقائع التي حصلت قبل صدوره ما دام أنها قد حدثت في ظل التشريع المراد تفسيره . ومن ثم تكون له ذات القوة الملزمة التي للتشريع

المراد تفسيره ، فيتقيد به القاضي عند تطبيق هذا التشريع .
غير أنه يحتمل أن تتجاوز السلطة التي تتولى التفسير التشريعي نطاق
التفسير ، فتضع قواعد جديدة تحت ستار هذا التفسير . وهذا يقتضي التفرقة
بين حالتين :

الأولى ، إذا صدر التفسير التشريعي من سلطة تملك تعديل التشريع المراد
تفسيره ، وحينئذ يكون التفسير ملزماً ، حتى لو جاء متمضناً لقواعد
جديدة ، بحيث ينطوي على تعديل التشريع المراد تفسيره ، إذ أن السلطة
التي أصدرته تملك هذا التعديل .

والثانية ، إذا صدر التفسير التشريعي من سلطة قامت بمقتضى تفويض
من السلطة المختصة بوضع التشريع المراد تفسيره . وحينئذ يجب على السلطة
المفوضة أن تراعي الغرض المقصود من المهمة الموكولة إليها ، بحيث يكون ما
يصدر عنها من قبيل التفسير الذي تحتمله النصوص المراد تفسيرها . فإن
تجاوزت ذلك النطاق ، بحيث يعتبر ما صدر عنها في حقيقته تعديلاً للأحكام
الواردة في هذه النصوص ، فلا يكون لما أصدرته قوة ملزمة ، ويستطيع
القاضي أن يمتنع عن تطبيقه بمقتضى ما له من حق الرقابة على صحة
التشريعات .

الفرع الثاني

التفسير الفقهي والتفسير القضائي

١٩٦ - مقارنة بين التفسير الفقهي والتفسير القضائي :

يقصد بالتفسير الفقهي ذلك الذي يقوم به الفقهاء عند دراستهم للقانون ،
ويقصد بالتفسير القضائي ذلك الذي يتولاه القضاة حين يطبقون القانون على
ما يرفع إليهم من أفضية . والتفسير بنوعيه هذين هو الذي يقصد من لفظ
التفسير إذا أطلق ، وهو الذي يتناوله البحث في مذاهب التفسير وطرقه .

ويتفق هذان النوعان من التفسير سواء فيما يتعلق بالمذهب الذي يعتنقه المفسر أو الطرق التي يسلكها في التفسير . فهما لا يختلفان إلا في الظروف التي يصدر فيها كل منهما . ذلك أن القضاة يفسرون القانون لتبين الحكم الذي يطبقونه على المنازعات المعروضة عليهم ، فهم يتأثرون في ذلك بالظروف الواقعية التي تحيط بهذه المنازعات ، ويدخلون في حسابهم ما يؤدي إليه الحل الذي يرونه من نتائج عملية . أما الفقهاء فهم يفسرون القانون بطريقة مجردة ، دون أن تكون تحت نظرهم حالات واقعية يراد الفصل فيها ، فلا ينظرون فيما يرونه إلى ما يترتب عليه من نتائج عملية ، ولهذا يغلب على تفسيرهم الطابع النظري .

على أن هذا لا يعني انعدام الصلة بين الفقه والقضاء . فهناك تعاون وثيق يقوم بينهما في تفسير القانون ، وهو تعاون تفرضه طبيعة الأشياء . حيث يستفيد كل منهما من عمل الآخر . فالفقيه ينير الطريق أمام القاضي ، وهذا يزود الفقيه بصور عملية لم تخطر له ، وبذلك يجمع التفسير في الناحيتين بين الأصول النظرية والاعتبارات العملية . وكثيراً ما يحمل أحدهما الآخر على العدول عن رأيه .

وسنعرض فيما يلي للمذاهب العامة في التفسير ، ثم لطرق التفسير .

المبحث الأول

مذاهب التفسير

١٩٧ - تعدد مذاهب التفسير :

اختلفت مذاهب التفسير باختلاف النظرة إلى حقيقة الدور الذي يقوم به الشارع في وضع القواعد القانونية . فقد أدى هذا الاختلاف إلى تباين وجهات النظر فيما يجب البحث عنه عند التفسير لتحديد المعنى المقصود من النص .

حيث ظهرت مدارس في هذا الصدد ، أهمها مدرسة الشراح على المتون
والمدرسة التاريخية والمدرسة العلمية . وسنعرض لهذه المدارس ، ثم نتبين ما
يؤخذ به منها في تفسير القانون المصري والقانون اللبناني .

المطلب الاول

مدرسة الشرح على المتون

١٩٨ - مذهب مدرسة الشرح على المتون :

ظهرت مدرسة الشرح على المتون أو مدرسة التزام النص عقب وضوح
التقنيات الفرنسية في بداية القرن التاسع عشر . فقد ظفرت هذه التقنيات
بقدر كبير من التقدير باعتبارها أول عمل تشريعي ضخم من نوعه ظهر في
العصر الحديث ، حتى ساد الاعتقاد حينذاك أنها أحاطت بكل شيء . فأدى
هذا إلى ظهور تلك المدرسة التي بالغ فقهاؤها في تقديس النصوص ، حتى
جروا على شرحها نصاً نصاً بحسب الترتيب الذي وردت به في التقنين ،
وبذلك عرفت باسم مدرسة الشرح على المتون أو مدرسة التزام النص .

ويصدر مذهب هذه المدرسة عن فكرتها في أصل القانون وتكوينه . فهي
ترد القانون إلى مشيئة الشارع ، وبذلك تعتبر التشريع هو المصدر الوحيد
لللقانون . وبناء على ذلك يذهب فقهاؤها إلى أن التفسير يجب أن يتجه أولاً
إلى التعرف على إرادة الشارع الحقيقية وقت وضع النصوص . ويستدل على
هذه الإرادة من ألفاظ النص مع قواعد اللغة والمنطق . وإذا كان النص غامضاً
وجب استجلاء هذه الإرادة بتقريب النصوص بعضها من البعض الآخر ،
وكذلك الاستعانة بعناصر خارجية كحكمة التشريع والاعمال التحضيرية
للنص ومصادره التاريخية .

فإذا لم توجد إرادة حقيقية للشارع في خصوص مسألة معينة ، نظراً إلى
عدم وجود نص ينطبق مباشرة على هذه المسألة ، وجب الإلتجاء إلى إرادة

الشارع المفترضة . ويراد بهذه الإرادة تلك التي يفترضها المفسر لدى الشارع لو أنه عرض لتلك المسألة ، وذلك في ضوء مسلك الشارع في النصوص الموجودة بالنسبة إلى المسائل الأخرى .

فتفسير النصوص في فقه هذه المدرسة هو البحث عن إرادة الشارع الحقيقية أو المفترضة وقت وضع النصوص ، حتى لو تغيرت الظروف الاجتماعية تغيراً كبيراً وقت تطبيق النصوص عما كانت عليه وقت وضعها . إذ بهذا ينتفي التحكم ويتحقق الاستقرار والثبات ، فإذا تغيرت ظروف المجتمع كان الأولى أن يعدل التشريع ، لا أن يقوم المفسر مقام الشارع .

١٩٩ - نقد مدرسة الشرح على المتون:

تعرض مذهب مدرسة الشرح على المتون لنقد شديد . فقد أدت نظرتها الشكلية إلى القانون ، باعتبار التشريع هو مصدره الوحيد ، إلى التثبيت بالنصوص والإسراف في استعمال طرق الاستدلال اللفظي والمنطقي ، الأمر الذي ترتب عليه الوصول إلى نتائج غير مقبولة لا تتفق مع ظروف الحياة الواقعية . كما أن افتراضها إرادة للشارع وقت وضع النصوص ، حيث لا توجد إرادة حقيقية ، بالنسبة إلى ما يستجد في الحياة العملية من صور جديدة جعل فقهاؤها ينسبون إلى الشارع إرادة مفتعلة في وقت بعيد رغم تغير الظروف ، وهذا من شأنه أن يطبع القانون بطابع الجمود ويعتمد به عن التطور .

المطلب الثاني

المدرسة التاريخية

٢٠٠ - مذهب المدرسة التاريخية :

ظهرت المدرسة التاريخية أو الاجتماعية في ألمانيا ، ويقوم مذهبها في التفسير على أساس نظرتها إلى أصل القانون . فهي ترى أن القانون ليس من صنع

إرادة واعية مدبرة ، وإنما هو خلق البيئة وثمرتها التطور ، حيث ينشأ القانون في المجتمع نتيجة تفاعل عوامل مختلفة ويتطور بتطور الظروف الإجتماعية ، ويكون دور الشارع عند وضع القواعد القانونية قاصرا على تسجيل ما خلقت البيئة . ومن ثم فإن القواعد التي يضعها الشارع تنفصل عن إرادة واضعها ، فتتصل بالحياة الإجتماعية وتتفاعل معها وتتطور بتطور ظروفها . وبناء على ذلك لا ينبغي أن تفسر النصوص التشريعية وفقا لإرادة الشارع الحقيقية أو المفترضة وقت وضعها ، بل يجب أن تفسر وفقا لإرادته المحتملة ، وهي الإرادة التي كان يتجه إليها الشارع لو أنه وجد في الظروف القائمة وقت التفسير . وعلى هذا النحو يتحقق للتشريع من المرونة ما يجعله قابلا للتطور لمواجهة الظروف الإجتماعية المتغيرة .

٢٠١ - تقدير المدرسة التاريخية :

تتميز المدرسة التاريخية بما تؤدي إليه من إعطاء النصوص مرونة تجعلها صالحة لمسايرة التطور في المجتمع . ولكن يؤخذ عليها أنها تخرج بالتفسير عن معناه الصحيح ، وهو التعرف على حقيقة الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية . فهي تتيح لمن يتصدى للتفسير أن يبدل برأيه الشخصي بحسب نظرتة إلى الظروف القائمة في المجتمع ، وبذلك يصبح التفسير أداة لتعديل النصوص أو خلق قواعد جديدة ، وهو ما يخرج عن مهمة المفسر . وهذا من شأنه أن يهيء المجال للتحكم ، بحيث يحول دون الثبات الواجب توافقا لاستقرار التعامل .

المطلب الثالث

المدرسة العلمية

٢٠٢ - مذهب المدرسة العلمية :

زعيم المدرسة العلمية أو مدرسة البحث العلمي الحر هو الفقيه الفرنسي جيني

Gény^(١) . وقد جاءت هذه المدرسة تعارض كلا من المذهبين السابقين في إطلاقها . فهي ترى أن التفسير يجب أن يتجه إلى التعرف على إرادة الشارع الحقيقية وقت وضع النص ، وذلك على اعتبار أن التشريع عمل قامت به إرادة واعية تهدف إلى تحقيق غاية معينة ، فلا ينظر إلى الإرادة المحتملة التي قد يتجه إليها لو أنه وجد في الظروف القائمة وقت التفسير كما تقول المدرسة التاريخية . فإذا لم توجد إرادة حقيقية للشارع في خصوص مسألة معينة ، نظراً إلى عدم وجود نص يتناول هذه المسألة، وجب أن يتلمس المفسر القاعدة التي ينشدها في المصادر الرسمية الأخرى ، فلا يلجأ إلى إرادة مفترضة ينسبها إلى الشارع كما تقول مدرسة الشرح على لمتون . فإذا لم يجد المفسر قاعدة في هذه المصادر الأخرى سلك كما يقول جني سبيل البحث العلمي الحر ، ويقصد به الرجوع إلى المصادر المادية للقانون بما تشتمل عليه من حقائق طبيعية وتاريخية وعقلية ومثالية كي يستلهم منها الحل الذي يطبق على تلك المسألة .

٢٠٣ - تقدير المدرسة العلمية :

تمتاز هذه المدرسة بسلامة الأساس الذي تقوم عليه ، بحيث تبرأ من الميوب التي تؤخذ على المدرستين الأخرين. فهي تعتد بإرادة الشارع الحقيقية، وتتجه إلى المصادر الرسمية غير التشريعية حيث لا توجد قاعدة في التشريع ، وبذلك توفر للقانون من الثبات ما ينأى به عن التحكم ويضمن الاستقرار الواجب للتعامل . فإذا لم توجد قاعدة في هذه المصادر جميعها كان لا مناص من استلهاً المادة الأولية للقانون من طريق الاجتهاد .

غير أنه يلاحظ أننا يجب ألا نبالغ في الإعتداد بإرادة الشارع الحقيقية وقت وضع النص . حيث يحذر أن تأخذ في الاعتبار الفكرة التي دفعت الشارع إلى وضع النص . كما يحذر أن نطبق النص على جميع الصور التي

(١) لهذا الفقيه كتاب من جزئين في طرق تفسير القانون الخاص الوضعي ومصادره .

يصدق عليها ولو كانت لم تخطر للشارع على بال . هذا إلى أن سلوك سبيل البحث العلمي الحر يجب أن يكون في ظل ضوابط معينة ، فلا يكون المفسر مطلق الحرية في الإجتهد ، وإنما ينبغي عليه أن يراعى الروح المسامة التي تسود التشريع .

المطلب الرابع

التفسير في القانون المصري والقانون اللبناني

٢٠٤ - مذهب التفسير في القانون المصري :

لا يأخذ الشارع المصري بمذهب مدرسة الشرح على المتون في حصر المصادر الرسمية للقانون في التشريع وحده^(١) . فقد رأينا أن المادة الأولى من التقنين المدني المصري توجه القاضي أولاً إلى تطبيق النصوص التشريعية ، فإذا لم يوجد نص تشريعي أحالته إلى مصادر القانون الأخرى . ومن ثم فلا مجال للبحث عما يسمى الإرادة المفترضة للشارع .

كذلك لا يأخذ الشارع المصري بمذهب المدرسة التاريخية أو الاجتماعية في تفسير النصوص وفقاً لإرادة الشارع المحتملة لو أنه وجد في الظروف القائمة وقت التفسير . فقد نصت المادة الأولى من التقنين المدني المصري في فقرتها الأولى على سريان النصوص التشريعية على المسائل التي تناولها في لفظها أو في فحواها . حيث آثر الشارع المصري الاعتداء بعبارة النص أو روحه

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية في هذا المعنى تعليقاً على الفقرة الأولى من المادة الأولى من التقنين المدني ما يأتي : « ليس للتشريع في حكم هذه الفقرة ذلك السلطان الجامع المانع الذي آمن به فقهاء الشرح على المتون في مطلع القرن التاسع عشر . وإنما هو أهم مصادر القانون دون منازع ولا سباً في ظل نظام التقنين . لذلك يخلق بالقاضي أن يتلمس الحكم الذي يطبق على النزاع في نصوص التشريع أولاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ١ ص ١٨٧) .

بدلاً من الإشارة إلى إرادة أو نية الشارع. وجاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي :

«ونصوص التشريع تسرى على جميع المسائل التي ينسحب عليها حكمه سواء استخلص هذا الحكم من عبارة النص أم من روحه. وليس أدعى إلى إسلاس تطبيق القواعد التشريعية وتيسير أسباب المرونة لها من تقصي روح النص إما بالرجوع إلى مصادره التاريخية أو أعماله التحضيرية وإما باستنباط لوازمه أو بالكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالاته بطرق التفسير المختلفة. والإشارة إلى روح النص أو فحواه أفضل في هذا المقام من إشارة المادة ٣ من التقنين المدني الإيطالي الصادر في سنة ١٩٣٨ إلى نية المشرع، فهذه النية أمر مستقر يفترض وجوده في الغالب، وقد لا يطابق الحقيقة في كثير من الأحيان، وقد لا يتاح الوقوف عليه في أحيان أخرى.

فالواقع أن النص متى خرج من يد واضعيه اتصل بالحياة وتفاعل معها وأصبح للظروف الاجتماعية في تحديد نطاقه ومراميه شأن يماز في خطره تلك النية التي تقدم ذكرها (١)» .

إنما يأخذ الشارع المصري بمذهب المدرسة العلمية مع مراعاة الاعتبارات والضوابط التي ذكرناها في تعقيباتنا على هذا المذهب. ذلك أن التقيد في تطبيق النصوص التشريعية بما تؤدي إليه ألفاظها أو فحواها مقتضاه الاعتداد بإرادة الشارع الحقيقية مع مراعاة الفكرة التي دفعته إلى وضع النص. والأخذ بفحوى النص أو روحه من شأنه أن يؤدي إلى تطبيق النص على صور جديدة تتوفر فيها علة الحكم ولو لم تخطر على ذهن الشارع.

٢٠٥ - مذهب التفسير في القانون اللبناني :

لم ترد في القانون اللبناني نصوص تهدي إلى المذهب الذي يجب اتباعه في

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المرجع السابق .

التفسير . فلم يرد نص يحدد المصادر الرسمية التي يلجأ اليها القاضي اذا لم يجد قاعدة في التشريع، ويبين ما يرجع اليه القاضي اذا أعوزته قاعدة في المصادر الرسمية . ومع ذلك فقد رأينا أن القاضي في القانون اللبناني يتعين عليه أن يرجع أولاً إلى التشريع باعتباره المصدر الأصلي، فإذا لم يجد قاعدة في التشريع لجأ إلى العرف، فإذا لم يجد قاعدة في العرف حكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة^(١) . ومن ثم فلا مجال للبحث عن ارادة مفترضة أو محتمة للشارع .

ومفاد هذا ان مذهب التفسير في القانون اللبناني هو مذهب المدرسة العلمية الذي يمتد فيه بالارادة الحقيقية للشارع، مع مراعاة الاعتبارات والضوابط التي ذكرناها، بحيث يؤخذ في الاعتبار الفكرة التي دفعت الشارع إلى وضع النص . وهذا هو ما رأيناه في القانون المصري .

المبحث الثاني

طرق التفسير

٢٠٦ - طرق داخلية وطرق خارجية :

يقصد بطرق التفسير الوسائل التي يتخذها المفسر لفهم المعاني التي يسدل عليها النص التشريعي .

وهذه الطرق إما طرق داخلية يرجع فيها إلى النص ذاته ، أو طرق خارجية يلجأ فيها إلى عناصر خارجة عن النص :

(١) طرق التفسير الداخلية : تعتمد هذه الطرق في فهم معنى النص على الدلالة المستفادة من صيغته ، سواء كان طريق هذه الدلالة هو المنطوق اللفظي

(١) أنظر فيما تقدم فقرة ٥٨ و ١٢٢ .

للنص ، أم كان طريقها هو المفهوم الذي يؤخذ من فحوى النص . فهي من هذا تتطلب الوقوف على مقتضى الأساليب في اللغة العربية ، وطرق الدلالة فيها ، وما تدل عليه ألفاظها مفردة ومركبة .

وقد عنى علماء أصول الفقه الإسلامي بوضع عدة قواعد أصولية لغوية استمدوها من استقراء الأساليب العربية وعباراتها ومفرداتها ، وذلك للتوصل إلى فهم الأحكام من النصوص الشرعية فيها صحيحاً ، وإيضاح ما فيه خفاء من هذه النصوص ، ورفع ما قد يظهر بينها من تعارض . فهي قواعد لفهم العبارات العربية فيها صحيحاً . ولهذا نستعين بها في هذا المقام بالقدر الذي يتطلبه تفسير النصوص الوضعية . إذ أنها بهذه المثابة توصل إلى فهم مواد أي قانون وضع باللغة العربية . وهذا مع ملاحظة أن المفسر للقانون الوضعي ، وهو يفسر نصوصاً من وضع أناس ليسوا معصومين من الخطأ ، يتمتع بقدر من الحرية لا يتوفر لمن يفسر قواعد الشريعة الإسلامية التي تستمد من كتاب الله أو من سنة رسوله .

(٢) طرق التفسير الخارجية : تعتمد هذه الطرق في فهم معنى النص على عناصر خارجة عنه ، وذلك حينما لا تكون صيغة النص دالة على المراد منه . وأهم هذه الطرق ما يأتي :

١ - حكمة التشريع : يراد بحكمة التشريع الباعث على وضع الحكم الذي يتضمنه هذا التشريع . فهي الغاية المقصودة من الحكم ، أي المصلحة التي قصد الشارع تحقيقها أو المفسدة التي قصد دفعها . وكثيراً ما يفيد الوقوف على هذه الغاية في تعرف معنى النص إذا لم تكن ألفاظه واضحة الدلالة على معنى معين كما سنرى .

٢ - الأعمال التحضيرية : هذه هي مجموعة الوثائق التي تبين المراحل التي مر بها النص عند وضعه . فهي تشمل مشروع النص والمناقشات التي دارت حوله في اللجان الفنية التي قامت بوضعه والمجالس التشريعية التي تولت إقراره . كما تشمل المذكرة الإيضاحية التي تكتب تعليقاً على مشروع النص ،

فتوضح معناه والحكمة المقصودة منه . وهذه كلها تعين إلى حد كبير على فهم معنى النص والوقوف على حقيقة الحكم الذي يتضمنه .

على أنه يلاحظ أن المذكرة الإيضاحية لا تلزم المفسر، سواء كان قاضياً أو فقيهاً . إذ لا تعتبر جزءاً من التشريع . وقد يخطئ؛ واضعها في إيضاح معنى النص ، فيضمنها آراء لا تتفق مع حقيقة الحكم المنصوص عليه . كما أنها قد تصبح غير معبرة عن معنى النص بسبب ما أدخل على مشروعته من تعديلات بعد وضعها . ولذلك تجب مراعاة الحذر في الاعتماد، عليها، بحيث تراعى إلى جانبها كل المراحل التي مر بها النص والمناقشات التي دارت في كل منها .

٣ - المصادر التاريخية : يراد بالمصدر التاريخي الأصل التاريخي الذي استقى منه الشارع الحكم المنصوص عليه . فقد يكون هذا المصدر قانون دولة أجنبية أو قضاءها أو فقهاها . وقد يكون القانون القديم في الدولة أو القضاء أو الفقه فيها . والرجوع إلى المصدر التاريخي للنص يساعد المفسر في معرفة المعنى المقصود .

ولذلك فالنصوص المأخوذة من الشريعة الإسلامية يرجع في فهم معناها إلى الفقه الإسلامي . والنصوص المأخوذة من القانون القديم يرجع في تفسيرها إلى القضاء والفقه الوطنيين في ظل هذا القانون . والنصوص المأخوذة من القانون الفرنسي يستعان في الكشف عن معناها بالقضاء والفقه الفرنسيين .

٤ - النص الفرنسي : كانت التقنينات المصرية الأولى التي صدرت في أواخر القرن الماضي من وضع أشخاص من الأجانب ، ولذلك وضعت أولاً باللغة الفرنسية ثم ترجمت إلى اللغة العربية . وجرى العمل بعد ذلك في العهود الماضية على اتباع هذه الطريقة في وضع القوانين نظراً إلى اشتراك أشخاص من الأجانب في وضعها . وقد تار الخلاف حينذاك حول ما إذا كان النص الذي يتبع هو النص العربي أم النص الفرنسي عند اختلافها . فمن فضل النص العربي استند إلى أنه النص الرسمي ، ومن فضل النص الفرنسي راعى أنه الأصل الذي يعتبر النص العربي ترجمة له . والواقع أن كون النص الفرنسي هو الأصل

ينهض بالرجوع إليه للوقوف على المعنى المقصود من النص العربي إذا أشكل .
وفي العهد الأخير لم يعد هناك وجود لمثل هذه الطريقة الشاذة في وضع
القوانين المصرية . فمنذ زمن غير قصير أصبحت مشروعات القوانين تعد بواسطة
لجان عربية خالصة ، وصارت اللغة العربية هي الأصل . ومن ثم فإن الأصل
العربي للنص المصري هو الذي يجب التعويل عليه دون غيره في الكشف عن
حقيقة المعنى المقصود .

أما في لبنان فإن الوضع بمائل ما كانت عليه الحال في مصر في العهد
الماضية . حيث يوضع القانون أولاً باللغة الفرنسية ، ثم يترجم إلى اللغة
العربية . وفي غير قليل من المواضع تأتي الترجمة غير دقيقة ، فيتمين الرجوع
إلى النص الفرنسي للوقوف على حقيقة الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية .
وأنا لنأمل أن يصبح الوضع في لبنان على نحو ما صار إليه في مصر ،
فتعد مشروعات القوانين بواسطة لجان عربية خالصة ، ويصبح الأصل العربي
للنص هو الذي يجب التعويل عليه دون غيره في الكشف عن حقيقة المعنى
المقصود .

فليس من السائع قانوناً ولا عقلاً أن يضع الشارع نصاً بلغة ويتطلب من
المخاطبين به أن يفهموا الفاظه وعباراته على مقتضى أساليب وأوضاع لغة أخرى .
قشة مبدل اساسي يعتبر من الأوليات البديهية للعدالة ، وهو أن القانون
لا يكون حجة على الناس إذا وضع بغير لغتهم أو كان طريق فهمه غير طريق
فهم اللغة التي وضع بها ، إذ أن شرط صحة التكليف بالقانون هو قدرة
المخاطبين على فهمه .

٢٠٧ - الدلالات :

الدلالات هي ما تؤديه الألفاظ من معان . وهذه الدلالات تختلف طرقها .
وقد نصت المادة الأولى من التقنين المدني المصري في فقرتها الأولى في هذا
الصدد على ما يأتي : «تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي

تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها .
ذلك أن الحكم الوارد في النص قد تدل عليه ألفاظه أي عبارته ، وقد يدل عليه فحواه أي روحه ومعقوله .

ومقتضى هذا أن تفسير النص أو فهم معناه إما أن يكون طريقه عبارة النص أو إشارته أو دلالاته أو اقتضائه . وكل ما يفهم من النص من المعاني بأي طريق من هذه الطرق يكون من مدلولات النص ويجب العمل به . إذ إن المكلف بنص قانوني يجب عليه أن يعمل بكل ما يدل عليه هذا النص بأي طريق من طرق الدلالة ، بحيث إذا اقتصر على العمل بمدلول النص من طريق وأهم العمل بمدلوله من طريق آخر فقد يعطل النص من بعض الوجوه . وقد رأينا أن المذكرة الإيضاحية تقول في هذا المعنى تعليقا على الفقرة الأولى من المادة الأولى من التقنين المدني المصري إن «نصوص التشريع تسري على جميع المسائل التي ينسحب عليها حكمه سواء استخلص هذا الحكم من عبارة النص أم من روحه . وليس أدعى إلى إسلاس تطبيق القواعد التشريعية وتيسير أسباب المرونه لها من تقصي روح النص إما بالرجوع إلى مصادره التاريخية أو أعماله التحضيرية وإما باستنباط لوازمه أو بالكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالاته بطرق التفسير المختلفة» (١) .

وعليه فالحكم المستفاد من النص قد يكون ثابتا من عبارته أي ألفاظه ، وقد يكون ثابتا من فحواه أي إشارته أو دلالاته أو اقتضائه .
ومن هذا تتكلم في دلالة عبارة النص ، ثم في دلالة فحوى النص .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، المرجع السابق .

المطلب الاول

دلالة عبارة النص

٢٠٨ - تعريف . تنوع النص باعتبار مدى وضوح دلالة العبارة :

عبارة النص هي صيغته المكونة من ألفاظه أي من مفرداته وجمله. ودلالة عبارة النص هي دلالة النص على المعنى الذي يتبادر فهمه من صيغته ويكون هو المقصود من سياقه . ويطلق على هذا المعنى الذي تدل عليه عبارة النص المعنى الحرفي للنص ، أو المعنى الصريح ، أو منطوق النص .

ومن أمثلة ذلك ما يدل عليه نص المادة ١٠٥ مدني مصري إذ تقول : «إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل» . فهذا النص يدل على أن الأصيل هو المتعاقد الذي تضاف إليه آثار عقد يبرمه النائب في حدود النيابة . هذا الحكم هو المعنى المفهوم من عبارة النص والمقصود من سياقه .

وما تنص عليه المادة ١٤٠/١ مدني مصري إذ تقول : «يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات» . فيفهم من عبارة هذا النص أن الحق في إبطال العقد لا يجوز التمسك به بعد مضي ثلاث سنوات ، لأن هذا هو المتبادر من ألفاظه والمقصود من سياقه .

ويتنوع النص التشريعي باعتبار مدى وضوح دلالة العبارة على المراد منه . فهو إما أن يكون واضح الدلالة على المراد منه ، أو يكون غامضاً بمعنى أن يكون غير واضح الدلالة على المراد منه ، أو يكون معيياً . وتتكلم في هذه الحالات الثلاث :

٣٠٩ - اولا : النص الواضح الدلالة :

النص الواضح الدلالة هو ما دل على المراد منه بذات صيغته من غير توقف على نص خارجي .

وتفاوت مراتب الرضوح في دلالة العبارة على أساس احتمال التأويل وعدم احتمالها^(١). والتأويل في اصطلاح الأصوليين هو صرف اللفظ عن ظاهره بدليل. إذ القاعدة أنه إذا كان النص واضح الدلالة وجب العمل بما هو واضح الدلالة عليه ، ولا يصح تأويل ما يحتمل التأويل منه إلا بدليل .

(١) والنص الذي لا يحتمل التأويل هو ما دل بذاته على معناه المفصل تفصيلاً لا يبقى معه احتمال للتأويل . فمثل هذا المعنى يجب العمل به كما فصل دون غيره .

من ذلك أن تكون الصيغة دالة بذاتها دلالة واضحة على معنى مفصل وفيها ما ينفي احتمال إرادة غير هذا المعنى . كما هي الحال في النصوص التي تصاغ عن طريق إحلال الكم محل الكيف ، وذلك بالتعبير برقم معين أو بنسبة معينة عن المعنى الذي يتضمنه جوهر القاعدة القانونية . مثل ذلك ما تنص عليه المادة ٢١٥ موجبات وعقود لبناني ، إذ تقول : « كل شخص أتم الثامنة عشرة من عمره هو أهل للالتزام » . فهذا النص يدل على أن الشخص

(١) قسم علماء أصول الفقه الإسلامي النص الواضح الدلالة بحسب مراتب وضوحه إلى أربعة أقسام : فالحكم أوضح النصوص دلالة ، ويليه المفسر ، ثم النص ، ثم الظاهر ، وتظهر ثمرة هذا التفاوت عند التعارض ، حيث يقدم الأسبق في المرتبة . ويتفق الحكم والمفسر في أن كلا منها يدل بذات صيغته على معناه من غير توقف على أمر خارجي ولا يقبل التأويل . وإنما يختلفان في أن الحكم لا يقبل النسخ في عهد الرسول ، لأن الحكم المستفاد منه إما حكم أساسي من قواعد الدين لا يقبل التبديل كعبادة الله وحده والإيمان برسله وكتبه ، أو من أمهات الفضائل التي لا تختلف باختلاف الأحوال كبر الوالدين والعدل ، أو حكم فرعي جزئي ولكن دل الشارع على تأييد تشريعه كقوله صلى الله عليه وسلم « الجهاد ماض إلى يوم القيامة » . بينما المفسر يقبل النسخ في عهد الرسول . أما بعد عهد الرسول فلا فارق بينها ، حيث تعتبر الأحكام الشرعية التي جاءت في القرآن والسنة كلها محكمة لا تقبل نسخاً . ويتفق النص والظاهر في أن كلا منهما يدل بذات صيغته على معناه من غير توقف على أمر خارجي ، ويقبل التأويل ، كما يقبل النسخ متى كان من الأحكام الفرعية الجزئية التي تتغير بتغير المصالح وتقبل النسخ . ولكنها يختلفان في أن اللفظ في النص يدل على المعنى المقصود أصالة من سياقه ، أما اللفظ في الظاهر فإنه يدل على معنى لم يقصد أصالة من السياق .

يصبح رشيداً إذا بلغ سن الثامنة عشرة . وهذا العدد من السنين لا يحتمل زيادة ولا نقصاً . وما تنص عليه المادة ١/٨٥٤ مدني مصري إذ تقول : « يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس » . فهذا النص يدل على أن للمتقاسم أن يطلب نقض القسمة الاتفاقية إذا لحقه غبن يزيد على خمس النصيب الذي كان يستحقه . ونسبة الخمس هذه لا تحتمل التأويل . ومن هذا القبيل أيضاً النصوص الخاصة بتحديد سعر الفائدة ، أو مدد التقادم ، أو العقوبات على جرائم معينة .

ومن ذلك أن تكون الصيغة قد وردت بجملة غير مفصلة ولكن الشارع ألحقها ببيان أزال إجمالها وفصل معناها حتى صارت لا تحتمل التأويل . مثل ذلك ما تنص عليه المادة ١/١٢٧ و ٢ مدني مصري إذ تقول : « ١ - يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس ٢٠ - وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً حده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال » .

ففي الفقرة الأولى من هذه المادة وصف الشارع الرهبة التي يقوم عليها الإكراه بأنها التي تقوم على أساس ، وهذا وصف يحمل فصل الشارع المعنى المقصود منه في الفقرة الثانية على النحو المذكور بحيث أصبح لا يحتمل التأويل .

وما تنص عليه المادة ١/٢٣٨ مدني مصري ، إذ تقول : « إذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ، ويكفي لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر » . فلكي يستطيع الدائن أن يطلب عدم نفاذ التصرف بعوض الذي يصدر من المدين إضراراً به اشترط الشارع في صدر هذا النص أن يكون هذا التصرف منطوياً على غش وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ، ثم فصل بعد ذلك ما يقصد بالغش في هذا المقام ، حيث أبان أنه العلم

باعتبار الدين . وما تنص عليه المادة ٧٨٤ مدني مصري ، إذ تقول: « استبرأ
ذمة الكفيل بقدر ما أضعه الدائن بخطئه من الضمانات . ٢ - ويقصد
بالضمان في هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة ،
وكل تأمين مقرر بحكم القانون » . فقد ذكر الشارع لفظ الضمانات في الفقرة
الأولى من هذه المادة ، ثم فصل المعنى المقصود من هذه الضمانات في الفقرة
الثانية .

(٢) والنص الذي يحتمل التأويل هو ما دل بذاته على معنى معين وليس
فيه ما ينفي احتمال التأويل . وفي هذه الحالة يجب العمل بالمعنى الظاهر من
النص ما لم يتم دليل يقتضي العمل بغير هذا المعنى . إذ القاعدة عدم صرف
اللفظ عن ظاهره إلا إذا اقتضى ذلك دليل :

ومن وجوه التأويل تخصيص العام : فإذا ورد في النص لفظ عام دل ذلك
على ثبوت الحكم المنصوص عليه لكل ما يصدق عليه من الحالات ، إلا إذا
قام دليل على تخصيص الحكم ببعضها ، فإذا لم يتم دليل على التخصيص وجب
حمل اللفظ على عمومه وإثبات الحكم لجميع ما يصدق عليه من الحالات . وإن
قام دليل على التخصيص وجب حمل اللفظ على ما بقي من حالاته بعد
التخصيص .

مثل ذلك ما تنص عليه المادة ١٣١ مدني مصري ، إذ تقول: « ١ - يجوز
أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً . ٢ - غير أن التعامل في تركة إنسان
على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضاه ، إلا في الأحوال التي نص عليها
القانون » . فالقاعدة العامة بمقتضى الفقرة الأولى من هذه المادة ، هي جواز
التعامل في المال المستقبلي . غير أن هذا الحكم العام يجري تخصيصه ، أي ترد
عليه استثناءات ، بمقتضى الفقرة الثانية من هذه المادة وبمقتضى نصوص أخرى ،
فاستثناء من هذا الحكم يكون التعامل في التركة المستقبلة باطلاً إلا في الأحوال
التي نص عليها القانون (م ٢/١٣١ مدني مصري) ، وتقع هبة الأموال المستقبلة

باطلة (م ٤٩٢ مدني مصري) ، ويقع باطلا رهن المال المستقبل (م ١٠٣٣/٢ مدني مصري) .

ومثل ذلك أيضاً ما تنص عليه المادة ٥٠٤ مدني مصري ، إذ تقول :
« الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ،
إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال
بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . فالقاعدة العامة المنصوص عليها في صدر
هذه المادة تقضي بأن الملكية أو أي حق عيني آخر تنتقل بمجرد التعاقد .
غير أن هذا الحكم العام يجري تخصيصه بمقتضى العبارة الأخيرة من النص ،
حيث لا تنتقل الملكية أو أي حق عيني آخر في العقار إلا بالتسجيل ، ومن
ثم لا يصدق الحكم العام إلا بالنسبة إلى المنقول .

ويلاحظ أن تخصيص العام ينطوي في الوقت ذاته على إلغاء جزئي للقاعدة
العامة بقدر ما جاءت به القاعدة الخاصة . حيث يستوى في اعتقادنا ، سواء
فيما يتعلق بتخصيص العام أو بالإلغاء الجزئي ، أن تصدر هاتان القاعدتان في
وقت واحد أو تكونا متعاقبتين^(١) . وقد سبق أن أشرنا إلى هذا المعنى عند
الكلام في الإلغاء الضمني^(٢) .

ومن وجوه التأويل كذلك تقييد المطلق . فإذا ورد في النص لفظ مطلق
ظل يفهم على إطلاقه إلا إذا قام الدليل على تقييده . فإن قام هذا الدليل
كان صارفاً له عن إطلاقه ومبيناً المراد منه .

مثل ذلك قوله تعالى في القرآن الكريم : « من بعد وصية يوصى بها أو
دين » . فقد جاءت الوصية مطلقة ، ولكنها قيدت بالحديث الذي دل على أن

(١) أما في اصطلاح الأصوليين من رجال الفقه الإسلامي فإن تخصيص العام هو تبين أن
الحكم العام هو من بدء تشريعه حكم لبعض أفراد . فإذا شرع الحكم العام ابتداءً متعلقاً بكل
أفراد ، ثم قضت الصلحة بقصر الحكم على بعض أفراد ، كان هذا نسخاً جزئياً لأنه إبطال
للعمل بحكم العام بالنسبة إلى بعض أفراد . ومن هذا يتجهون إلى أن التخصيص لا بد أن يكون
بدليل مقارن لتشريع العام ، فإذا كان متأخراً عنه فهو نسخ جزئي له .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ١٨٢ .

الوصية لا تنفذ في أكثر من الثلث ، فصار المراد في الآية الوصية التي في حدود ثلث التركة .

وهذا هو ما نص عليه الشارع الوضعي المصري . حيث نصت المادة ٨٩٨ مدني مصري على ما يأتي : «يتولى المصفي بعد تسوية ديون التركة تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف» . فقد جاءت الوصايا في هذا النص مطلقة ، ولكنها قيدت بمقتضى المادة ٣٧ من قانون الوصية المصري التي تقضي بأن الوصية لا تنفذ فيما زاد على ثلث التركة إلا إذا أجازها الورثة ، فصار المراد في المادة الأولى الوصايا التي في حدود ثلث التركة .

٢١٠ - ثانياً : النص الغامض :

النص الغامض هو النص غير الواضح الدلالة ، فهو ما لا يدل على المراد منه بذات صيغته ، بل يتوقف فهم هذا المراد على أمر خارجي ، أي أمر خارج عن عبارته . وفي هذه الحالة يلجأ إلى طرق التفسير المختلفة للوقوف على المعنى المقصود من النص .

وينقسم النص غير الواضح الدلالة بحسب سبب غموضه إلى خفي ، ومشكل ، ومجمل^(١) . وستتناول هذه الأنواع الثلاثة :

(١) الخفي : هو اللفظ الذي يدل على معناه دلالة ظاهرة ، ولكن في انطباق معناه على بعض الأفراد نوع غموض وخفاء تحتاج إزالته إلى نظر وتأمل ، فيعتبر اللفظ خفياً بالنسبة إلى هذا البعض .

(١) قسم علماء أصول الفقه الإسلامي النص غير الواضح الدلالة بحسب سبب غموضه إلى خفي ، ومشكل ، ومجمل ، ومتشابه . ويراد بالمتشابه اللفظ الذي لا تدل صيغته بذاتها على المراد منه ، ولا توجد عناصر خارجية تبينه ، وإنما استأثر الشارع بعلمه فلم يفسره . فهو لفظ خفي معناه ولا سبيل إلى إدراكه . مثل ذلك الحروف المقطعة في أوائل بعض السور مثل ال م ، أو حم . والمتشابه بهذا المعنى لا يوجد في الآيات والأحاديث الواردة لبيان الأحكام الشرعية ، ولذلك لم نعرض له في المتن .

مثل ذلك قوله ^{عليه السلام} «لا يرث القاتل» . فمعنى هذا النص واضح ، لكن في انطباقه على بعض الأفراد نوع غموض ، كالقاتل خطأ . ولذلك اختلفت أئمة الفقه الإسلامي ، فالحنفية يعتبرون القاتل خطأ قاتلاً في حكم هذا النص فيمنعونه من الميراث ، بينما لا يعتبره المالكية كذلك فلا يمنعونه من الميراث . وقد أخذ قانون الموارث المصري في هذا الشأن بمذهب مالك^(١) ، فلم يعتبر القتل الخطأ مانعاً من الإرث ، حيث صرح في المادة الخامسة منه بأن القتل المانع من الإرث هو القتل العمد . وهذا الحل هو الذي يتفق مع علة الحكم .

ومثل ذلك أيضاً خفاء لفظ المنقول عند تطبيقه على التيار الكهربائي لمعرفة ما إذا كان من يختلس هذا التيار يعتبر سارقاً . فقد عرفت المادة ٣١١ عقوبات مصري السارق بأنه من اختلس منقولاً مملوكاً لغيره . فثار التساؤل عما إذا كان التيار الكهربائي يعتبر منقولاً ، وانتهت محكمة النقض إلى اعتباره كذلك ، إذ أن له قيمة مالية ويمكن ضبطه وحيازته ونقله من حيز إلى آخر^(٢) .

(٢) المشكل : هو اللفظ الذي لا يدل بصيغته على المراد منه ، بل لا بد من عناصر خارجية تبين هذا المراد . فالفارق بينه وبين الخفى أن الخفاء في الخفى ليس من ذات اللفظ ، ولكن من الاشتباه في انطباق معناه على بعض الأفراد ، أما الخفاء في المشكل فمن ذات اللفظ .

وقد ينشأ الإشكال في النص من لفظ مشترك فيه ، وهو اللفظ الذي وضع لأكثر من معنى وليس في صيغته دلالة على معنى معين مما وضع له . فإن كان له معنى لغوي ، وآخر اصطلاحي قانوني ، وجب حمله على معناه الاصطلاحي ، إلا إذا تبين أن المقصود هو المعنى اللغوي بأن وجد دليل يصرف اللفظ عن معناه القانوني . مثل ذلك لفظ الوفاء ، ولفظ التسجيل ، ولفظ القيد ، فهذه

(١) انظر المذكرة التفسيرية لقانون الموارث المصري تعليقا على المادة الخامسة منه .

(٢) نقض جنائي مصري في ١٧ ديسمبر ١٩٤٥ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص

ألفاظ لها في النصوص القانونية. معان اصطلاحية . كذلك لفظ الزنا ، فهذا اللفظ يراد به في اللغة كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة بغير زواج شرعي صحيح ، ويراد به في الاصطلاح القانوني العلاقة التي يكون أحد طرفيها متزوجا ، ومن ثم يؤخذ بمعناه الاصطلاحى إلا إذا قام الدليل على أن المقصود به هو المعنى اللغوي . وتطبيقا لذلك يفهم الزنا بمعناه الاصطلاحى في خصوص جريمة الزنا المنصوص عليها في المواد من ٢٧٣ إلى ٢٧٧ عقوبات مصري ، ويفهم بمعناه اللغوي في خصوص إرث ولد الزنا المنصوص عليه في المادة ٤٧ من قانون الموارث المصري .

وإذا كانت اللفظ مشتركا بين أكثر من معنى لغوي ، وليس له معنى اصطلاحى ، وجب الاجتهاد في التفسير لتعديد المعنى المراد منه ، وذلك بالرجوع إلى أمارات تكشف عن هذا المعنى ولأ سيما حكمة التشريع ومقصد الشارع. مثل ذلك أن قانون العقوبات يعتبر الليل ظرفاً مشدداً لعقوبة السرقة التي ترتكب ليلاً . فثار التساؤل عما إذا كان معنى الليل في هذا الصدد هو الفترة بين غروب الشمس وشروقها ، أم هو الفترة التي يخيم فيها الظلام . فذهب رأي إلى أن المقصود هو المعنى الأول . بينما ذهب رأي آخر إلى أن المقصود هو المعنى الثاني ، وذلك استناداً إلى حكمة التشريع ، وهي أن الليل يجعل السرقة أشد خطراً نظراً إلى أنه ظرف يسهل للسارق ارتكاب الجريمة ويجعل من الصعب على المجرم الهرب منه .

وقد ينشأ الإشكال من مقابلة النصوص بعضها ببعض ، حيث يكون كل منها على حدته ظاهر الدلالة على معناه ولا إشكال فيه ، ولكن الجمع بينها يكشف عن تعارض . وحينئذ يجب أن تؤول هذه النصوص تأويلاً صحيحاً يوفق بينها ويزيل ما في ظاهرها من اختلاف، وذلك في ضوء النصوص الأخرى وحكمة التشريع والقواعد العامة وغير ذلك من الأمارات . فإذا تعذر التوفيق تعين إهدار أحد النصين وإعمال الآخر على هدى ما تؤدي إليه طرق التفسير . والفرض في كل هذا أن يكون التعارض بين نصوص تشريع واحد.

فإن كان التعارض بين نصوص تشريعات مختلفة تتساوى في القوة ، فإن اللاحق منها يلغى السابق . وإذا كان التعارض بين تشريعات تختلف في الدرجة ، فإن التشريع الأدنى يجب ألا يخالف التشريع الأعلى (١) ، فإن كان التشريع الأعلى هو الأسبق في وجوده على التشريع الأدنى اعتبرت القاعدة الواردة في التشريع الأدنى غير صحيحة وللمحاكم أن تمتنع عن تطبيقها ، وإن كان التشريع الأعلى لاحقاً في وجوده على التشريع الأدنى اعتبرت القاعدة الواردة في التشريع الأدنى ملغية .

(٣) الجمل : هو اللفظ الذي ينطوي في معناه على عدة أحوال جمعت فيه ولا يمكن معرفتها إلا ببيان ، فهو لا يدل بصيغته على المراد منه ، ولا يقترن بأمارات توصل إلى فهم هذا المراد . فمثل هذا اللفظ لا سبيل إلى بيان المراد منه إلا بتفسير يصدر من الشارع . فإذا صدر من الشارع بيان واف صار الجمل واضح الدلالة لا يحتمل التأويل . وإذا صدر من الشارع بيان غير واف صار الجمل مشكلاً وفتح الباب للبحث والاجتهاد لإزالة إشكاله .

مثل ذلك عبارة الأحوال الشخصية التي كانت واردة في المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية المصرية . فقد كان المقصود بها وتحديد ما يدخل فيها من مسائل محل خلاف في الفقه والقضاء . ثم فصلها الشارع المصري في المادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة الملحق نصها باتفاق مونترو . ولما ألغيت المحاكم المختلطة نص قانون نظام القضاء المصري (رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩) على هذا التفصيل في المادتين ١٣ و ١٤ منه .

٢١١ - ثالثاً : النص المغيب :

النص المغيب هو الذي ينطوي على خطأ مادي أو قانوني . فإذا وجد مثل هذا المغيب أو ذاك وجب تصحيحه على هدى القواعد العامة في القانون وغير

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٦٤ وما بعدها .

ذلك من الأمارات التي يستعان بها في التفسير .
ويتحقق الخطأ المادي إما بإحلال لفظ في النص محل آخر ، أو بإغفال لفظ كان يجب ذكره .

ومن أمثلة الخطأ المادي بإحلال لفظ في النص محل آخر ما ورد في المادة ٢/٢٢٧ من التقنين المدني المصري التي تنص على أن « كل عمولة أو منفعة ، أيا كان نوعها ، اشترطها الدائن إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض ، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة » . فهذا النص مأخوذ من المادة ١٢٥ من التقنين القديم المعدلة بالمرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨ ، وقد حصل تحريف لفظي في نقل لفظ « منفعة » الوارد في نهاية هذا النص ، إذ أن الصحيح هو لفظ « نفقة » طبقاً للأصل الذي أخذ منه حتى يستقيم المعنى .

ومن أمثلة الخطأ المادي بإغفال لفظ كان يجب ذكره ما ورد في المادة ١/٦٧٦ من التقنين المدني المصري التي تنص على أن « تسري أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين الجوابين ومندوبي التأمين وغيرهم من الوسطاء ... » . فلم يقصد الشارع في هذا النص أن يكون المثلون التجاريون جوابين ، بل قصد سريان أحكام عقد العمل على الممثلين التجاريين وعلى الجوابين . ولكن سقط سهواً حرف الواو بين كلمتي التجاريين والجوابين ، وقد كان مشروع النص خالياً من هذا الخطأ .

والمقصود بالخطأ القانوني في هذا المقام الخطأ الواضح غير المقصود الذي تدل عليه القواعد العامة ، بحيث لا يوجد أدنى شك في وجوب تصحيحه . مثل ذلك ما ورد في المادة ١٠٨٨ من التقنين المدني المصري التي تنص على أنه « لا يجوز أخذ حق اختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجائز بيعها بالمراد العيني » . إذا أن تملك المدين للعقار في حكم هذا النص شرط لازم لأخذ حق اختصاص على هذا العقار ، فلا يعقل

أن يطلب توافر هذا الشرط في وقت لاحق لأخذ الحق وهو وقت القيد ،
ومن ثم يكون المقصود هو اشتراط الملكية وقت أخذ الاختصاص .

المطلب الثاني

دلالة فحوى النص

٢١٢ - المقصود بفحوى النص :

رأينا أن المادة الأولى من التقنين المدني المصري تنص في فقرتها الأولى على
أن « تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص
في لفظها أو في فحواها » .

والمقصود بفحوى النص في حكم هذه المادة كل ما يتناوله النص من غير
طريق عبارته أي ألفاظه^(١) . فهو يشمل ما يتناوله النص من طريق إشارته
أو دلالاته أو اقتضائه . وتتناول هذه الطرق الثلاثة .

٢١٣ - أولاً : إشارة النص :

المراد بما يفهم من إشارة النص المعنى الذي لا يتبادر فهمه من ألفاظه
ولا يقصد من سياقه ، ولكنه لازم للمعنى المتبادر من ألفاظه ، فهو مدلول
اللفظ بطريق اللزوم . أي أنه معنى لا يستفاد من العبارة ذاتها ، ولكنه
يجيء نتيجة لازمة للمعنى المستفاد من العبارة .

مثل ذلك أن المادة ١٠٣٣ / ١ من التقنين المدني المصري تنص على أنه
« إذا كان الراهن غير مالك العقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً

(١) يطلق علماء أصول الفقه الإسلامي فحوى الخطاب على الحكم الذي يؤخذ من النص
بطريق الدلالة . ولكن فحوى النص في حكم المادة الأولى من التقنين المدني المصري لا يقتصر على
ذلك ، بل يقصد به كل ما يتناوله النص من غير طريق العبارة كما قلنا .

إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية .. ، فهذا النص يتناول رهن ملك الغير ، فيدل بمبارته على أن إقرار المالك يصح عقد الرهن ، ويدل بإشارته على أن هذا العقد يعتبر قائماً وليس باطلاً بطلاناً مطلقاً ، لأن الإقرار لا يرد على عقد باطل .

ويجب التدقيق في الاستدلال بطريق الإشارة ، بحيث يقتصر على ما يكون لازماً لمعنى من معاني النص لزوماً حتمياً ، لأن هذا هو الذي يكون النص دالاً عليه . فلا يصح تحميل النص معاني بعيدة لا تلازم بينها وبين معنى فيه .

٢١٤ - ثانياً : دلالة النص :

يرى جمهور علماء أصول الفقه الإسلامي أن دلالة النص هي ثبوت حكم المنطوق للسكوت عنه الموافق له في العلة سواء كان مساوياً له في العلة أو أولى منه . وهذه المساواة أو الأولوية تتبادر إلى الفهم بمجرد فهم اللغة من غير حاجة إلى اجتهاد أو قياس . ولذلك يسمي بعضهم دلالة النص بالقياس الجلي .

وعلى هذا الأساس يفرق جمهور هؤلاء الفقهاء بين دلالة النص بهذا المعنى والقياس ، باعتبار أن مساواة المقيس للمقيس عليه لا تفهم بمجرد فهم اللغة بل لا بد من اجتهاد في استنباط العلة في حكم المقيس عليه وفي معرفة تحققها في المقيس .

كما يرى هؤلاء أن القياس في الشريعة الإسلامية يعتبر مصدراً رسمياً للقواعد العملية . فهو بهذا يتميز عن دلالة النص بالمعنى المذكور باعتبارها من طرق الدلالة .

ولكننا لا نعتقد أن القياس مصدر رسمي مستقل للقاعدة القانونية . فهو لا يعدو أن يكون طريقاً من طرق الدلالة أو التفسير لمعرفة العلة في حكم الحالة المنصوص عليها وإعطاء هذا الحكم لحالة أخرى تشترك معها في العلة .

ولا وجه لأن نفرق بين قياس يظهر فيه الاشتراك في العلة بمجرد فهم اللفظ وقياس لا يعرف فيه هذا الاشتراك إلا بالاجتهاد والاستنباط ، فجوهر الاستدلال واحد في الحالين ، وهو التحقق من أن الحالة المسكوت عنها تشترك مع الحالة المنصوص عليها في علة الحكم .
بعد أن وضع هذا تتناول دلالة النص بمعناها الكامل ، حيث تشمل مفهوم النص سواء كان موافقاً أو مخالفاً .

فلتراد بما يفهم من دلالة النص المعنى الذي يفيد ثبوت حكم الواقعة المنصوص عليها لواقعة أخرى غير منصوص عليها لاشتراك الواقعتين في علة الحكم ، وثبوت نقيض هذا الحكم لواقعة أخرى غير منصوص عليها لانتفاء قيد من القيود المعتبرة في الحكم .
ذلك أن مفهوم النص وفقاً لهذه الدلالة إما أن يكون مفهوم موافقة ، أو مفهوم مخالفة :

٢١٥ - (١) مفهوم الموافقة :

يراد بمفهوم الموافقة ثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه الموافق له في العلة سواء كان مساوياً له في العلة أو أولى منه . فإذا كان النص تدل عبارته على حكم في واقعة معينة لعلته بني عليها هذا الحكم ، ووجدت واقعة أخرى تساوي هذه الواقعة في علة الحكم أو هي أولى منها لكون العلة أكثر توافقاً فيها ، فإن الحكم الثابت للواقعة المنصوص عليها يثبت كذلك للواقعة غير المنصوص عليها .

ويتضح من هذا أن قياس الواقعة المسكوت عنها على الواقعة المنصوص عليها إما أن يكون على أساس مساواتها في علة الحكم ، أو على أساس كون الواقعة المسكوت عنها أولى بإثبات الحكم لها لأن العلة فيها أظهر . فهناك إذاً نوعان من القياس نعرض لهما ، ثم نشير إلى حالات لا يصح الاستدلال فيها بطريق القياس .

١ - القياس العادي : وهو عبارة عن إعطاء واقعة لا نص على حكمها الحكم الذي ورد به النص في واقعة أخرى لتساوي الواقعتين في علة هذا الحكم . إذ أن الحكم يوجد حيث توجد علة .

مثل ذلك أن المادة ٢٢٧ من التقنين المدني المصري القديم كانت تنص على أن « المحررات الغير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل إنكار الكتابة أو الإمضاء » . ففي هذا النص جعل الشارع الورقة العرفية حجة على المتعاقدين إذا لم ينكر ما هو منسوب إليه فيها من خط أو إمضاء . وعلة ذلك الحكم أن عدم الإنكار في هذه الحالة يدل على صدور الورقة من المتعاقدين . ولكن الشارع لم يتعرض لحجية الورقة العرفية التي تحمل ختم المتعاقدين أو بصمته ، فأمكن قياس هذه الحالة على الحالة المنصوص عليها لاتحاد العلة ، إذ أن عدم إنكار المتعاقدين للختم أو البصمة المنسوبة إليه يدل كذلك على صدور الورقة منه فتكون حجة عليه . وقد نص قانون الإثبات المصري العالي على هذه الصور جميعها للتوقيع .

ومثل ذلك أيضاً أن حديث رسول الله ﷺ ينص على أنه « لا يرث القاتل » . ففي هذا النص ورد حكم واقعة قتل الوارث مورثه ، وهو منع القاتل من الإرث ، لعله هي أن قتله فيه استعجال للشيء قبل أوانه فيرد عليه قصده ويعاقب بحرمانه . ولم يرد مثل هذا النص في خصوص قتل الموصى له للموصي ، فأمكن أن يقاس بقتل الوارث مورثه ويمنع القاتل للموصي من استحقاق الموصى به له ، لأن العلة ذاتها متوافرة فيه . وقد نص الشارع الوضعي المصري على الحكم في الحالتين ، حيث تناول واقعة قتل الوارث مورثه في قانون الموارث (م ٥) وتناول واقعة قتل الموصي له للموصي في قانون الوصية (م ١٧) .

٢ - القياس من باب أولي : وهو عبارة عن إعطاء واقعة لا نص على حكمها الحكم الذي ورد به النص في واقعة أخرى لأن علة هذا الحكم أكثر توافراً في الأولى فيثبت لها الحكم من باب أولي .

مثل ذلك أن المادة ٢٣٧ من تقنين العقوبات المصري تنص على أن « من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزني بها يعاقب بالحبس بدلاً من العقوبات المقررة في المادتين ٢٣٤ و ٢٣٦ » . ففي هذا النص يخفف الشارع عقوبة الزوج القاتل من عقوبة الجناية إلى عقوبة الجنحة . فلو أن الزوج لم يقتل ، ولكنه ضرب زوجته هي ومن يزني بها فأحدث عاهة مستديمة هي في الأصل جنائية ، فإنه يمكن قياس العاهة على القتل فتخفف عقوبتها إلى عقوبة الجنحة لأنها أولى من القتل بالتخفيف .

ومثل ذلك أيضاً أن المادة ٢٧٤ من تقنين العقوبات المصري تنص على أن « المرأة المتزوجة التي ثبت زناها بحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين ، لكن لزوجها أن يوقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت » . فإذا كان للزوج بمقتضى هذا النص أن يقف تنفيذ الحكم بعدم صدوره على زوجته ، فإن له من باب أولى أن يطلب وقف سير إجراءات الدعوى ضدها قبل صدور الحكم عليها .

٣ - حالات لا يصح الاستدلال فيها بطريق القياس :

هناك حالات لا يصح الالتجاء فيها إلى القياس بنوعيه هذين كطريق للدلالة ، وهي الحالات التي تقتضي فيها طبيعة القاعدة القانونية بعدم مد الحكم الوارد في النص إلى غير الواقعة المنصوص عليها رغم كونها مساوية لها في العلة أو حتى أولى منها . ويعبر الفقه عادة عن ذلك بقوله إن القياس توسع في التفسير لا يلتجأ إليه في الحالات التي يجب أن يكون التفسير فيها ضيقاً . والحقيقة في نظرنا أن امتناع الأخذ بالقياس في هذه الحالات ليس مرده إلى أن القياس توسع في التفسير ، فقد قلنا إن كل ما يفهم من النص من المعاني بأي طريق من طرق الدلالة يكون من مدلولات النص ويجب العمل به ، وهذا أمر تقرره بوضوح المسادة الأولى من التقنين المدني المصري في فقرتها

الأولى كما قدمنا (١) . إنما يرجع امتناع الأخذ بالقياس في هذه الحالات إلى طبيعة القاعدة القانونية ذاتها . وأم هذه الحالات اثنتان :

الحالة الأولى هي القوانين الجنائية حينما يكون القياس في غير صالح المتهم . فثمة قاعدة أساسية سبق أن عرضنا لها ، وهي التي تقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، وذلك لضمان الحرية الشخصية للأفراد (٢) . ومقتضى هذه القاعدة أنه إذا ورد في النص فعل معين يعتبره الشارع جريمة ويقرر له عقوبة ، ثم وجد فعل آخر مساو له في علة الحكم أو هو أولى منه ، فلا يجوز مع ذلك إعطاء الفعل الآخر الحكم المنصوص عليه باعتباره جريمة أو تقرير عقوبة له ما دام ذلك في غير صالح المتهم . حيث لا يصح الاستدلال في هذا النطاق بمفهوم النص ، بل يتعين أن تكون الدلالة في خصوص الجرائم والعقوبات هي دلالة منطوق النص أي عبارته ، نظراً إلى أن الأمر يتعلق بحريات الأفراد .

ويلاحظ في هذه الحالة ما قلناه من أن امتناع القياس إنما يكون حيث يضر بمصلحة المتهم . فإذا كان القياس في صالح المتهم جاز الالتجاء إليه وفقاً للقواعد العامة في التفسير ، وقد رأينا مثلين لذلك فيما ذكرناه الآن .

الحالة الثانية في غير المواد الجنائية حينما يكون الحكم الوارد في النص حكماً استثنائياً خرج فيه الشارع على القواعد العامة . إذ أن طبيعة الحكم الاستثنائي تفيد أن الشارع أراد أن يقصره على الواقعة المذكورة في النص ، ولذلك خص هذه الواقعة بالذكر وأفرد لها ذلك الحكم الاستثنائي وترك ما عداها للقاعدة العامة .

٢١٦ - (٢) مفهوم المخالفة :

يراد بمفهوم المخالفة ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه لانتفاء قيد من القيود المعتبرة في الحكم . فإذا كان النص تدل عبارته على حكم في

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٢٠٧ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٧ .

واقعة مقيدة بقيد ، ووجدت واقعة أخرى تماثلها ولكن ينتفي فيها هذا القيد ، فإن الحكم الثابت للواقعة المنصوص عليها يثبت عكسه للواقعة الأخرى .

مثل ذلك أن المادة ٩٣ فقرة أولى من التقنين المدني المصري تنص على أنه « إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد » . فهذا النص يدل بعبارته على حكم الإيجاب الذي عين فيه ميعاد للقبول ، حيث يكون هذا الإيجاب ملازماً أثناء مدة الميعاد ، فلا يجوز للموجب أن يعدل عنه خلال هذه المدة . ويدل هذا النص بمفهومه المخالف على أن الإيجاب الذي ينتفي فيه القيد المنصوص عليه ، وهو الإيجاب الذي لم يعين فيه ميعاد للقبول ، لا يكون ملازماً ، فيجوز للموجب أن يعدل عنه في أي وقت قبل صدور القبول .

ومثل ذلك أن المادة ٦٠٤ من التقنين المدني المصري تنص على أنه « إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختياراً أو جبراً إلى شخص آخر ، فلا يكون الأيجار نافذاً في حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية » . حيث يدل هذا النص بمفهومه المخالف على أن الإيجار يكون نافذاً في حق من انتقلت إليه الملكية إذا كان له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية .

على أنه يجب الاحتياط والحذر في الاستدلال بمفهوم المخالفة ، فلا يلتجأ إليه إلا إذا كانت دلالة النص على تقيض حكمه في الحالة المسكوت عنها قوية جداً ، وذلك نظراً إلى ما ينطوي عليه هذا الطريق من خطورة قد تؤدي إلى الخطأ . فقد يكون المقصود من النص هو إثبات الحكم المنصوص عليه للحالة الواردة فيه على سبيل التمثيل أو حسماً لما يحتمل أو يثور في شأنها من خلاف ، دون أن يكون في ذلك ما يدل على ثبوت نقيض هذا الحكم لحالة أخرى ينتفي فيها القيد المذكور في النص أو يقترن بها قيد آخر . مثل

ذلك أن المادة ٢/٤٢١ من التقنين المدني المصري تنص على أنه « يعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع ... ». فلا يصح أن يفهم من هذا أن البيع بشرط آخر يكون بيعاً باتاً .

٢١٧ - ثالثاً - اقتضاء النص :

المراد بما يفهم من اقتضاء النص المعنى الذي لا يستقيم الكلام إلا بتقديره ، فصيغة النص ليس فيها لفظ يدل عليه ، ولكن صحتها واستقامة معناها تقتضيه . فدلالة الاقتضاء هي دلالة النص على أمر لا يستقيم المعنى إلا بتقديره ، أي دلالة على أمر يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته .

مثل ذلك ما يدل عليه قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ... » . فهذا النص يدل اقتضاء على مقدر محذوف ، حيث يجب أن يفهم على معنى « حرم عليكم زواج أمهاتكم وبناتكم » ، لأن إسناد التحريم إلى ذات الأمهات والبنات لا يستقيم ، فصحة الإسناد تقتضي هذا المقدر .

٢١٨ - تدرج الدلالات في القوة :

اتضح لنا مما تقدم أن تفسير النص أو فهم معناه إما أن يكون طريقه عبارة النص أو إشارته أو دلالة أو اقتضائه . وكل معنى يفهم من النص بطريق من هذه الطرق الأربعة يكون من مدلولات النص ويجب العمل به . وتدرج الدلالات الاستفادة من هذه الطرق في القوة . ويظهر أثر ذلك عند التعارض . فدلالة العبارة أقوى ، ويليهما دلالة الإشارة ، ثم دلالة النص ، وأخيراً دلالة الاقتضاء .

فدلالة العبارة أقوى من دلالة الإشارة ، لأن الأولى تفيد معنى يتبادر ففهمه من ألفاظ النص ويكون هو المقصود من سياقه ، أما الثانية فتفيد معنى لا يتبادر ففهمه من الألفاظ ولا يقصد من السياق ولكنه لازم للمعنى المتبادر

من الألفاظ . وكل من هاتين الدالتين أقوى من دلالة النص ، سواء كانت مفهوم النص هو مفهوم الموافقة أو مفهوم المخالفة ، لأن كل منها مدلول النص بصيغته وألفاظه ، أما دلالة النص فمدلول النص بمفهومه ومعقوله . وكل من هذه الدلالات الثلاثة أقوى من دلالة الاقتضاء ، لأن كلاً منها مدلول النص بحالته ، أما دلالة الاقتضاء فتنتطوي على تصحيح النص بإضافة ما يكفل صدقه واستقامة معناه . ولهذا التفاوت يرجح عند التعارض المفهوم من العبارة على المفهوم من الإشارة ، ويرجح المفهوم من أيهما على المفهوم من الدلالة ، ويرجح المفهوم من أي من هذه الدلالات الثلاثة على المفهوم من الاقتضاء .





سازمان اسناد و کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران

القسم الثاني

نظرية الحق

الأستاذ الدكتور محمد بن عبد الوهاب

تقتضي دراستنا لنظرية الحق أن نبدأ بالتعريف بالحق من حيث مدلوله وتحليله وبيان أنواعه . ثم نتبين بعد ذلك العناصر أو الأركان التي يقوم عليها الحق . ثم نعرض للمصادر التي بواسطتها يكسب الحق ، وما يتصل بهذه المصادر . وأخيراً نتكلم في استعمال الحق كي نتعرف الحدود التي يمارس في نطاقها .

ومن هذا نقسم كلامنا في تلك النظرية إلى ابواب خمسة :

- الباب الأول : التعريف بالحق .
- الباب الثاني : أنواع الحقوق .
- الباب الثالث : أركان الحق .
- الباب الرابع : مصادر الحق وما يتصل بها .
- الباب الخامس : استعمال الحق .



مجلس شورى
مشاوره
اسلامى
جمهورى
ایران

البَابُ الْأَوَّلُ

التعريف بالحق

٢٢٠ - مذاهب مختلفة في تعريف الحق :

اختلفت آراء الفقهاء في تعريف الحق اختلافاً كبيراً حتى ظهرت بينهم مذاهب متعددة في هذا الشأن . ويرجع ذلك إلى اختلاف وجهات النظر فيما يعتبر العنصر الجوهرى في الحق^(١).

(١) هناك قلة من الفقهاء ينكرون فكرة الحق . وأشهر هؤلاء الفقيه الفرنسى الكبير ديجى Duguit . فهو ينكر وجود الحق مستقلاً بذاته عن مصدره ، لأن فكرته تقوم على كونه سلطة إرادية ، وهذا يستتبع أن يكون لإرادة ما الغلبة والسيطرة على أخرى ، وهو ما يخالف الواقع لأن الارادات كلها متساوية . فالحقيقة في نظره أن ما يسمى بالحق ليس الا مركزاً قانونياً *situation juridique* خاصاً يضع القانون فيه الشخص دون ان يكون لارادته دخل في ذلك . فهو يستبدل بالحق « المركز القانونى الايجابى » ، ويستبدل بالواجب « المركز القانونى السلبى » . وميزة هذا التصوير عنده أن صاحب المركز القانونى لا يبدو أنه في مركز أعلى أو أدنى من غيره .

ويلاحظ على هذا النظر أن تصوير صاحبه لفكرة الحق تصوير غير صحيح لم يقل به أحد . فحتى الذين يعرفون الحق بأنه قدرة أو سلطة ارادية لا يفكرون مطلقاً في أن تكون لارادة صاحب الحق الغلبة أو السيطرة على ارادة أخرى بحيث تكون لها سلطة اخضاعها ، إذ ان الارادات الفردية كلها متساوية في جوهرها . هذا الى أن صاحب ذلك الرأى لا يجادل في الأحكام القانونية التي تترتب على الحق، وإنما هو ينكر تصويراً معيناً لفكرة الحق لم يقل به أحد غيره . وبذلك ينحصر الخلاف بينه وبين جمهور الفقه في المفاضلة بين اصطلاح المركز القانونى الايجابى واصطلاح الحق .

لهذا لم يقدر لهذه النظرة أن تؤثر على فكرة الحق التي تعتبر مبدأ تقليدياً ومسلماً في فقه القانون .

(١) فمن الفقهاء من عرف الحق بأنه قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون الشخص . وقد عرف هذا المذهب بالمذهب الشخصي على اعتبار أن تعريف الحق ينظر فيه إلى شخص صاحبه ، فيكون الجوهرى فيه ما لدى هذا الشخص من قدرة إرادية يعترف بها القانون للقيام بأعمال معينة في نطاق معلوم . إذ أن القانون في تنظيمه لعلاقات الأفراد إنما يرسم لكل شخص نطاقاً محدداً تعمل فيه إرادته ، وفي هذا النطاق يوجد الحق . وأشهر من قال بهذا المذهب الفقيهان الألمانيان ويندشايد Windscheid وسافيني Savigny .

ويلاحظ على هذا المذهب أنه يخلط بين ما يجب توافره لثبوت الحق وما يلزم غالباً لمباشرته . فمن المسلم أن لعديمي الإرادة حقوقاً ، كالصي غير المميز والمجنون ، إذ أن كلا منها فاقد الإرادة ، ومع ذلك فإن لكل منها حقوقاً يعترف بها القانون . وقد قيل في الرد على هذا النقد إن القانون يتكفل في هذه الحالة بتعويض النقص الموجود في الإرادة فيخول الولي أو الوصي أو القيم ، ممن تتوفر لديهم القدرة الإرادية ، سلطة القيام بما يمتنع على صاحب الحق أن يقوم به . فيعمل النائب من هؤلاء باسم الأصيل ، بحيث تنصرف آثار عمله إلى شخص صاحب الحق . لكن يؤخذ على هذا الرد أن الحق في هذه الحالة إنما يثبت للأصيل ، وقد لا يكون له نائب دون أن يقدر ذلك في ثبوت الحق له ، فالقدرة الإرادية تطلب في الغالب لمباشرة الحق ، وليس لثبوتها ، إذ ليست هي جوهر الحق . وهناك صور لا تقتضي مباشرة الحق فيها توافر الإرادة . فالمجنون وهو عديم الإرادة قانوناً ، إنما يباشر حقه في الملكية إذا سكن المنزل المملوك له .

(٢) وعلى أساس هذا النقد ظهر مذهب آخر يعرف فيه الحق بأنه مصلحة يحميها القانون . وقد عرف هذا المذهب بالمذهب الموضوعي على اعتبار أن تعريف الحق ينظر فيه إلى موضوعه ، فيكون الجوهرى فيه هو المصلحة المقصودة منه . وصاحب هذا المذهب هو الفقيه الألماني إهرنج Ihering . حيث لاحظ على النظرية الشخصية ما قلناه من أن الحق يثبت لعديمي الإرادة

كالصبي غير المميز والمجنون ، وذلك على الرغم من قيام الولي أو الوصي أو القيم مباشرة الحق ، إذ أن المصلحة المقصودة من تقرير الحق هي مصلحة الصبي أو المجنون . فصاحب الحق هو من يدعى المصلحة أو المنفعة المقصودة من ورائه ، ومن هذا ينتهي إهرنج إلى أن جوهر الحق هو المصلحة ، ثم يضيف إلى هذا العنصر الجوهرى عنصراً شكلياً هو حماية القانون ، فيعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون .

ويؤخذ على هذا المذهب أن المنفعة أو المصلحة التي يراد تحقيقها من وراء تقرير الحق ليست هي جوهر الحق ، وإنما هي الغاية أو الهدف المقصود منه . ولا يكفي في تعريف الحق أن يقتصر على بيان الهدف منه ، بل يجب أن يشمل على تحديد لجوهره . فليست المزايا المقصودة من تقرير حق الشخص في الحرية هي الحق ذاته ، وليست المنافع المادية التي يمكن للمالك أن يحصل عليها من الشيء المملوك له هو حق الملكية ذاته . وليست الفائدة التي يحصل عليها الدائن من الأداء الذي يلتزم به المدين هي حق الدائنية ذاته .

(٣) وقد عمد فريق من الفقهاء في تعريف الحق إلى الجمع بين فكري القدرة الإرادية والمصلحة ، ولذلك أطلق على هذا الرأي المذهب المختلط . غير أنهم اختلفوا في تغليب أحد العنصرين على الآخر . حيث يغلب البعض منهم دور الإرادة على دور المصلحة ، فيعرف الحق بأنه قدرة إرادية يعترف بها القانون للشخص ويكفل حمايتها في سبيل تحقيق مصلحة معينة . بينما يغلب البعض الآخر دور المصلحة على دور الإرادة ، فيعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون بتحويله صاحبها سلطة القيام بالأعمال اللازمة لتحقيق هذه المصلحة .

وإذا كان قد تبين من مناقشة المذهبين السابقين أن جوهر الحق ليس هو القدرة الإرادية ، وليس هو المصلحة المقصودة من الحق ، فإن الجمع بين هذين العنصرين يعيبه أنه لا يتضمن تحديداً لجوهر الحق ، شأنه في ذلك شأن المذهبين السابقين .

(٤) وفي ضوء هذه الملاحظات على المذاهب الثلاثة السابقة ظهر رأي

حديث يقول به الفقيه البلجيكي دابان Dabin . فهو يعرف الحق بأنه ميزة يخولها القانون الشخص ويضمنها بوسائله ، بمقتضاها يتصرف في قيمة معترف بشبوتها له ، إما باعتبارها مملوكة له أو باعتبارها مستعققة له . وقد انتهى إلى هذا التعريف على أساس تحليل الحق إلى عناصر أربعة :

فأول هذه العناصر وأهمها هو ثبوت appartenance قيمة لشخص يقرره القانون. وهذا الثبوت ليس مرتبطاً بالانتفاع ، فقد يكون الحق لشخص ويخول الانتفاع لشخص آخر ، كما هي الحال بالنسبة إلى الملكية المحملة بتكليف أو قيد يجعل الانتفاع قانوناً لشخص آخر ، ولذلك فإن الحق ليس هو المصلحة بمعنى الانتفاع كما ذهب امرنج .

والعنصر الثاني هو التسلط maitrise. وهذا هو الوجه الآخر للحق على اعتبار ان ثبوت القيمة للشخص هو الوجه الأول . وهذان الوجهان متلازمان ، لأن ثبوت القيمة للشخص يؤدي حتماً إلى التسلط . ويحدد دابان معنى التسلط بأنه القدرة على التصرف بحرية في الشيء موضوع الحق . ولا يراد بالتصرف هنا مباشرة الحق ، فالولي أو الوصي يباشر حق الصغير ولكنه لا يتصرف فيه . ويختلف مدى القدرة على التصرف باختلاف الحق . فمثلاً في حق الملكية على شيء مادي تكون هذه القدرة كاملة ، حيث يستطيع المالك أن يأتي أي عمل من أعمال الاستعمال أو الاستغلال أو التصرف المادي أو القانوني ، كما يستطيع أن يترك الشيء دون استعمال أو استغلال . وفي حق الدائنية تكون هذه القدرة وسطاً ، إذ يكون للدائن أن يطالب بحقه أو لا يطالب ، كما يكون له ان ينزل عن حقه أو يحوله إلى شخص آخر ، ولكن ليس له المساس بشخص المدين . وفي الحقوق التي يكون محلها الإنسان نفسه تكون هذه القدرة في أضيق الحدود ، ففي حق الحياة مثلاً يكون تصرف الشخص قاصراً على المحافظة على حياته . ويتحقق التسلط بهذا المعنى ولو وجد مانع مادي يحول دون التصرف ، فالجنون والوصي غير المميز يتوفر لهما التسلط بالرغم من أنها لا يستطيعان التصرف فعلاً .

ويرى دابان أن هذين العنصرين يكونان الحق في مواجهة صاحبه، أما في مواجهة الغير فيجب أن يتوافر عنصر ثالث لقيام الحق، هو وجوب احترام الناس جميعاً للحق واستطاعة صاحب الحق أن يمتضي هذا الاحترام . إذ أن الحق يفترض تعدد الأشخاص ، فإلى جانب العلاقة التي تقوم بين صاحب الحق وموضوعه بناء على ثبوت الحق لصاحبه توجد كذلك علاقة أخرى بين صاحب وغيره من الناس على أساس هذا الثبوت بحيث يتوفر الاحترام اللازم للحق على النحو المذكور .

أما العنصر الرابع فهو الحماية القانونية، حيث يرى دابان أن الحق لا يوجد في نطاق القانون الوضعي إلا بتوفر هذه الحماية ، وذلك بأن يخول صاحب الحق دعوى يستطيع بها أن يقتضي احترام الغير لحقه .

٢٢١ - تعريف الحق :

ننتهي في ضوء ما تقدم إلى تعريف الحق بأنه ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون ، فيكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون ، بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية . ويراعى أننا لم نقتصر في هذا التعريف على بيان جوهر الحق، بل أضفنا ما يعتبر من مقتضياته ، وكذلك الغاية من تقريره .

فجوهر الحق هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون . بمعنى أن هذا الثبوت الذي يعترف به القانون للشخص يعتبر العنصر الأساسي الذي يقوم عليه الحق . ولا يقتصر المراد بالقيمة هنا على ما له قيمة مالية، بل يشمل كذلك ما له قيمة أدبية أو معنوية لا تقدر بالمال . فقد تكون القيمة التي يعترف بها القانون للشخص مما لا يقدر بالمال . فحق الشخص في الحياة وحقه في الحرية وحقه في أن يشترك في حكم بلده وحقه في أن ينسب إليه نتاج ذهنه العلمي أو الأدبي أو الفني ، كل هذه حقوق ترد على قيم أدبية أو معنوية لا تقدر بالمال . وقد تكون القيمة مالية . فحق الملكية يرد على شيء

مادي معين يمكن تقويته بالنقود ، وحق الدائنية يرد على عمل يلتزم المدين بأدائه للدائن ويمكن تقويته بالنقود .

وسواء كانت القيمة مالية أو غير مالية فإن ثبوتها للشخص لا يكون إلا بناء على اعتراف من القانون ، إذ ليس للشخص من حقوق إلا ما يخوله إياه القانون . فالقانون هو مصدر كل الحقوق ، بحيث لا يمكن أن ينشأ حق لا يستند إلى قاعدة في القانون .

وثبوت قيمة معينة للشخص مقتضاه أن يكون لهذا الشخص من السلطات ما يمكنه من الحصول على المزايا التي ترجى من هذه القيمة . ويختلف مدى هذه السلطات باختلاف مضمون الحق . فالحق في حرية الرأي يقتضي أن يكون للشخص سلطة اعلان رأيه على الناس . وحق الانتخاب يتطلب أن يكون للشخص سلطة التصويت في الانتخاب . وحق الملكية يخول المالك سلطة استعمال الشيء المملوك له واستغلاله والتصرف فيه . وحق الدائنية يخول الدائن سلطة مطالبة المدين بإداء ما التزم به . وهذه السلطات يكلفها القانون لصاحب الحق ، حيث يمنحه من الحماية ما يستطيع به حمل الغير على احترام حقه بدفع كل اعتداء يقع عليه . فهذا أيضاً هو مقتضى ما يقرره القانون من ثبوت قيمة معينة للشخص ، حيث لا جدوى من حق لا يقوم القانون على حمايته . والقانون ، إذ يقرر ثبوت قيمة معينة للشخص ، إنما يهدف من وراء ذلك إلى تحقيق مصلحة جديدة بالرعاية . فقد رأينا أن وظيفة القانون هي صون حريات الأفراد وتحقيق مصالحهم على نحو يكفل المحافظة على كيان المجتمع ويضمن له التقدم والارتقاء . ولذلك فإن المصالح التي يراها الشارع جديدة بالرعاية ، ويحرص بالتالي على تحقيقها ، هي تلك التي تتفق مع المصلحة العامة للجماعة .

الباب الثاني

أنواع الحقوق

٢٢٢ - تقسيمات الحقوق :

تعدد أنواع الحقوق على نحو يؤدي إلى تعدد تقسيماتها . فهناك تقسيمات متعددة تقوم على التمييز بين طوائف مختلفة من الحقوق تنفرد كل طائفة منها بخصائص معينة .

فالحقوق تنقسم أولاً إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية . وتنقسم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة وحقوق خاصة . وتنقسم الحقوق الخاصة إلى حقوق أسرة وحقوق مالية . وتنقسم الحقوق المالية إلى حقوق عينية وحقوق شخصية وحقوق معنوية .

وفي ضوء هذه التقسيمات نتكلم بإيجاز في الحقوق السياسية ، والحقوق العامة ، وحقوق الأسرة ، ثم نفصل الكلام في الحقوق المالية .

الفصل الأول

الحقوق السياسية

٢٢٣ - التعريف بالحقوق السياسية والتمييز بينها وبين الحقوق المدنية :

تنقسم الحقوق بصفة عامة إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية .

فالحقوق السياسية *droits politiques* هي تلك التي تنقرر للشخص لتمكينه من أن يساهم في إدارة شئون بلده . فهي تثبت للشخص باعتباره عضواً في دولة سياسية . ومن أمثلتها حق الانتخاب وحق الترشيح وحق تولي الوظائف العامة .

وإلى جانب ما تنطوي عليه هذه الحقوق من ميزات لصاحبها ، فإنها تتضمن كذلك معنى الواجب الذي يفرض على الشخص ألا يقعد عن المشاركة في إدارة شئون بلده . وقد نوهت المادة ٢١ من الدستور المصري بهذا المعنى فيما يتعلق بالوظائف العامة فقالت إن « الوظائف العامة تكليف للقائمين بها » . وهذا الطابع الخاص لتلك الحقوق جعلها تستأثر بمميزين :

الأول : أن الأصل فيها أن تكون قاصرة على الوطنيين ، إذ لا يساهم في حكم الدولة إلا من ينتمي إليها بجنسيته . ولكن يجوز استثناء من هذا الأصل أن يستعان بموظفين من الأجانب .

والثاني : أنها لا تثبت لجميع الوطنيين ، وإنما لمن تتوفر فيهم شروط خاصة ينص عليها القانون . فمثلاً من شروط الترشيح لعضوية مجلس الأمة المصري ما تنص عليه المادة ٥٠ من الدستور المصري من أنه « يجب ألا تقل سن عضو مجلس الأمة يوم الانتخاب عن ثلاثين سنة ميلادية » . ومن شروط تولي الوزارة في مصر ما تنص عليه المادة ١٣٧ من الدستور المصري من أنه « يشترط فيمن يعين وزيراً ، أن يكون مصرياً ، بالغاً من العمر ثلاثين سنة ميلادية على الأقل ، وأن يكون متمتعاً بكامل حقوقه المدنية والسياسية » .

أما الحقوق المدنية *droits civils* فهي الحقوق المقررة لحماية الشخص في كيانه وحرية وتمكينه من مزاولة نشاطه ، كحق الشخص في الحياة وحرية في العقيدة وحرية في التعاقد . وهذه الحقوق تكون للشخص بحكم وجوده . فهي بذلك تختلف عن الحقوق السياسية في أن الأصل فيها أن تثبت لكل شخص وفي أنها ضرورية لكل شخص . فالإنسان يمكنه أن يعيش دون أن يعطي صوته في الانتخاب أو أن يرشح نفسه لعضوية المجلس النيابي أو أن

يتولى وظيفة عامة ، ولكن لا يمكنه ذلك إذا فقد حريته أو لم يكن في استطاعته أن يبيع وأن يشتري .

الفصل الثاني

الحقوق العامة

أو حقوق الشخصية

٢٢٤ - التعريف بالحقوق العامة أو حقوق الشخصية :

تنقسم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة وحقوق خاصة .
فالحقوق العامة *droits publics* أو حقوق الشخصية *droits de la personnalité* هي مجموعة القيم التي تثبت للإنسان باعتبارها مقومات شخصيته .
فهي بهذه المثابة الحقوق التي تكفل للشخص حماية شخصيته في مظاهرها المختلفة ، كحق الشخص في الحياة وحقه في الحرية وحقه في أن ينسب إليه نتاج ذهنه العلمي أو الأدبي أو الفني .

وقد سميت هذه الحقوق بالحقوق العامة لكونها تثبت للناس كافة ، فلا يختص بها شخص دون غيره . وسميت بحقوق الشخصية لأنها تعتبر في حقيقتها مجموعة القيم التي بها يتوافر الإنسان على مقومات شخصيته ، إذ هي تهدف إلى حماية الشخصية في عناصرها المختلفة . كذلك سميت بالحقوق الطبيعية *droits naturels* أو بحقوق الإنسان *droits de l'homme* لكونها حقوق تفرضها الطبيعة البشرية ويقررها القانون الطبيعي ، بحيث تثبت للشخص بحكم كونه إنساناً .

وقد كان فلاسفة القرن الثامن عشر هم أول من سمى هذه الحقوق بحقوق

الإنسان أو بالحقوق الطبيعية ، طبقاً لنظرية العقد الاجتماعي التي يرون بها أن أساس الدولة هو الاتفاق الذي قبله الإنسان بمقتضاه أن ينزل عن جزء من حقوقه الطبيعية ، كي يتيسر له أن يعيش إلى جانب غيره في الجماعة ، وبذلك لا يكون للسلطان حق المساس بما بقي للإنسان من هذه الحقوق الطبيعية . ولئن كانت هذه النظرية مجرد نظرية فلسفية لا تستند إلى حقيقة تاريخية ، فإن هذا لا يقدح في أن تسمية هذه الحقوق بحقوق الإنسان تسمية تنطبق بطبيعة هذه الحقوق باعتبارها ملازمة للطبيعة البشرية . ولذلك عبر عنها الشارع المصري في المادة ٥٠ من التقنين المدني بأنها الحقوق الملازمة للشخصية . وأصبحت بهذه المثابة من الأفكار التي تجمع عليها الدول . حيث أصدرت هيئة الأمم المتحدة إعلاناً دولياً لحقوق الإنسان في سنة ١٩٤٨^(١) . ويتضمن هذا الإعلان حقوق الإنسان السياسية أو ما يسمى بالديموقراطية السياسية ، وحقوق الإنسان الاقتصادية أو ما يسمى بالديموقراطية الاجتماعية . وما زالت الجهود تبذل في سبيل إصدار ميثاق دولي في هذا الشأن يكون أوفى شمولاً وأقوى إلزاماً .

٢٢٥ - أنواع حقوق الشخصية :

ليست حقوق الشخصية سوى مجموعة القيم التي تكون شخصية الإنسان . وكلما تقدم المجتمع كلما زادت القيم التي يعترف بها القانون احتراماً لشخصية الإنسان . ومن ثم فليس من اليسير حصر الحقوق التي تدخل في هذا النطاق . غير أنه يمكن رد هذه الحقوق إلى طوائف ثلاثة تمثل كل منها مظهراً من

(١) كانت أول وثيقة في هذا الخصوص هي وثيقة إعلان حقوق الإنسان التي تمخضت عنها الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ . وقد قررت هذه الوثيقة حقوق الإنسان السياسية أو ما يسمى « بالديموقراطية السياسية » . ثم أصدرت هيئة الأمم المتحدة في سنة ١٩٤٨ وثيقة جديدة تسد ما كان في مبادئ الثورة الفرنسية من نقص أو تدارك ما أمكن الاتفاق عليه من هذا النقص . فقررت حقوق الإنسان الاقتصادية أو ما يسمى « بالديموقراطية الاجتماعية » .

مظاهر الشخصية . فمن هذه الحقوق ما يتعلق بالكيان المادي للشخص ، ومنها ما يتعلق بكيانه الأدبي أو المعنوي ، ومنها ما يتعلق بمزاولة نشاطه وهي الحريات الشخصية :

(١) الحقوق التي تتعلق بالكيان المادي والشخصي : فأول مظهر لشخصية الإنسان هو كيانه المادي . ولذلك يثبت له من الحقوق ما يكفل له حماية هذا الكيان ، كحقه في الحياة وحقه في سلامة جسمه . حيث يقابل هذين الحقين واجب عام يقع على عاتق جميع الأشخاص الآخرين بعدم الاعتداء عليه . وقد تضمن قانون العقوبات ما يعتبر جزاء على الإخلال بهذا الواجب ، كعقوبة القتل أو الضرب أو غير ذلك من ألوان الاعتداء على جسم الإنسان .

ويتفرع على ذلك أن الطبيب يمتنع عليه أن يجري جراحة للمريض إلا بعد الحصول على اذنه أو اذن ذويه ، وذلك ما لم تكن هناك ظروف تجعل الجراحة ضرورية وعاجلة بحيث يتعذر الحصول على هذا الاذن في الوقت المناسب . كما يتفرع على ذلك أنه لا يجوز اجبار انسان على الخضوع لفحص طبي أو علاج إلا في الحالات التي يوجب القانون فيها اتخاذ مثل هذا الاجراء للوقاية ضد بعض الأمراض .

وإذا كان القانون يكفل للشخص حقه في الحياة وحقه في سلامة جسمه فليس مؤدى ذلك أن يكون للشخص سلطة مطلقة على جسمه يتصرف فيه كيف يشاء . فالحق لا يثبت للشخص إلا بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية لكونها تتفق مع الصالح العام للمجتمع . ولا شك في أن إطلاق سلطة الشخص في التصرف في جسمه أمر يتعارض مع الصالح العام ، إذ أن سلامة الجسم هي التي تمكن الشخص من القيام بواجبه نحو المجتمع . ولذلك تعاقب بعض القوانين على الشروع في الانتحار ، كما يعاقب القانون على القتل ولو تم بناء على طلب المجني عليه أو بموافقة .

وقد نصت المادة الخامسة من التقنين المدني الإيطالي في هذا الصدد على أنه لا يجوز للشخص أن يتصرف في جسمه تصرفاً يؤدي إلى نقص دائم في كيانه

الجسدي أو يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب . ويؤيد الفقه الأخذ بهذه القاعدة ، لأنها تضع معياراً يتفق مع المبادئ العامة للتمييز بين التصرفات الجائزة والتصرفات غير الجائزة في هذا الخصوص .

وعليه يقع باطلاً كل تصرف يؤدي إلى نقص دائم في كيان الشخص الجسدي ، كأن ينزل الشخص لغيره عن إحدى عينيه حال حياته ، حيث يرد النزول في هذه الحالة على جزء غير متجدد من الجسم . ويلاحظ هنا أن التصرف لا يكون باطلاً إلا إذا كان منجزاً حال الحياة ووارداً على جزء متصل بالجسم . فإذا كان التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت ، كما لو أوصى الشخص بعينه لبنك من بنوك العيون أو أوصى بجثته لمعهد أبحاث علمية ، فإنه يجوز . وإذا ورد التصرف على جزء من الجسم بعد انفصاله عنه ، فإن التصرف يجوز ، حيث لا يعتبر التصرف في هذه الحالة منصباً على الجسم ، بل يتناول شيئاً يصح التعامل فيه .

أما إذا لم يكن التصرف مؤدياً إلى نقص دائم في الكيان الجسدي ، بأن كان وارداً على جزء متجدد من الجسم ، فإنه يقع صحيحاً ، كما في عقد الرضاعة وعقد نقل الدم .

كذلك يقع باطلاً كل تصرف يتعلق بجسم الإنسان ويكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، ولو لم يترتب عليه نقص دائم في الكيان الجسدي ، كالاتفاق على أن يعاشر رجل امرأة معاشرة غير شرعية ، إذ يعتبر هذا الاتفاق مخالفاً للآداب .

(٢) الحقوق التي تتعلق بالكيان الأدبي أو المعنوي للشخص: يعتبر الكيان الأدبي أو المعنوي للشخص من مظاهر شخصيته كذلك . فكما أن للشخصية مقوماتها المادية ، فلها كذلك مقوماتها الأدبية أو المعنوية ، بحيث يثبت للشخص من الحقوق ما يكفل له حماية هذه المقومات . ومن أظهر هذه المقومات أن لكل شخص شرفه وأسراره وأفكاره وما يميز عن غيره .

فالشخص الحق في الشرف . وهو عبارة عن حق الشخص في أن تحترم

سمعته واعتباره . فإذا وقع من الغير خدش لسمعة الشخص واعتباره كان للمعتدى عليه أن يطلب وقف الاعتداء والتمويض عما يكون قد لحقه من ضرر بل إن القانون فضلاً عن ذلك يعتبر مثل هذا الخدش جريمة في حق المجتمع ، حيث يعاقب قانون العقوبات المصري على جرائم القذف والبلاغ الكاذب والسب (م ٣٠٢ - ٣٠٨ عقوبات مصري) ، وهذه في قانون العقوبات اللبناني هي جرائم الدم والافتراء والقذف (م ٥٨٢ و ٤٠٢ و ٤٠٣ و ٥٨٤ عقوبات لبناني) .

وللشخص الحق في السرية . وهو حق الشخص في أن تظل أسرار حياته الخاصة بعيدة عن العلانية واستطلاع الغير . ومن ثم يمتنع على الغير أن يفشي أسرار شخص دون إذنه . وتطبيقاً لذلك يجب على من يطلع على هذه الأسرار بحكم وظيفته أو مهنته كالطبيب أو المحامي أو بحكم صلة القرابة كالزوج أن يمتنع عن إفشائها ، إلا في الأحوال التي يوجب أو يرخص القانون فيها بذلك (١) . كما ان القانون يعتبر إفشاء أصحاب المهن للأسرار التي يؤتمنون عليها جريمة يعاقب عليها جنائياً (م ٥٧٩ عقوبات لبناني و م ٣١٠ عقوبات

(١) وقد نصت المادة ٦٦ من قانون الاثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على انه « لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الاطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات ان يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته او زوال صلتها ما لم يكن ذكرها مقصوداً به فقط البات ارتكاب جنابة او جنحة . ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤديوا الشهادة عن تلك الواقعة او المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها لهم على أن لا يخجل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم » .

كما نصت المادة ٦٧ من هذا القانون على أنه لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشي بغير رضاه الآخر ما أبلغه إياه أثناء الزوجية ولو بعد انفصالهما إلا في حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جنابة أو جنحة وقعت منه على الآخر » . كذلك نصت المادة ٢٤٩ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني على انه « لا تقبل الشهادة من الزوج ... فيما يختص بزوجه ولو بعد انحلال الزواج ... ما لم يكن نص قانوني مخالف » . كما نصت المادة ٢٥١ من هذا التقنين على انه « يحق لكل شاهد بل من الواجب عليه ان يمتنع عن اداء الشهادة إذا كان السؤال الملقى عليه يؤدي به إلى إفشاء سر المهنة » .

مصري) . ومن الصور التي تدخل في نطاق حق الشخص في السرية حقه في سرية رسائله واتصالاته التليفونية ، فلا يجوز لأحد أن يطلع على خطابه أو برقيات أو أن يستمع إلى محادثاته التليفونية (م ٥٨١ عقوبات لبناني) .

وللشخص الحق على أفكاره ، وهو من قبيل الحقوق المعنوية . ويدخل في نطاق هذا الحق حقوق المؤلفين والمخترعين ، وهي التي يقال لها الحقوق الذهنية ، حيث ترد على نتاج ذهني ، فيكون لها ناحية أدبية ترتبط بالشخص ارتباطاً وثيقاً ، وناحية أخرى مالية . غير ان هذه الحقوق تقوم أساساً على اعتبار الخلق الذهني للمؤلف أو المخترع نابعاً من شخصيته ، فهي بهذه المثابة حقوق أدبية تهدف الى حماية الشخصية ، ولذلك تعتبر من حقوق الشخصية . وفي ضوء هذا الاعتبار فإن هذه الحقوق تخول صاحبها سلطة تقرير نشر نتاج ذهنه أو عدم نشره ، وتجعل له وحده الحق في أن ينسب إليه هذا النتاج على الدوام ، وفي إدخال ما يراه من تعديل أو تحوير فيه ، وفي سحبه من التداول بعد نشره . وسنعود الى دراسة هذا النوع من الحقوق فيما بعد .

وللشخص الحق في الاسم ، حتى يكون له ما يميز شخصيته عن غيره . وسنعرض فيما يلي لدراسة هذا الحق .

(٣) الحريات الشخصية : تعتبر هذه الحريات من حقوق الشخصية ، إذ أنها ترمي الى تمكين الشخص من مزاولة نشاطه . ومن أمثلتها حرية الانتقال ، وحرية العمل ، وحرية التعاقد ، وحرية الزواج ، وحرمة المسكن .

٢٢٦ - خصائص حقوق الشخصية :

رأينا أن حقوق الشخصية هي مجموعة القيم التي ثبتت للإنسان باعتبارها مقومات شخصيته . فهي بهذا الوصف تلازم الشخص لا تنفك عنه . ولذلك سماها الشارع المصري بالحقوق الملازمة للشخصية (م ٥٠ مدني مصري) ،

وسماها البعض بالحقوق اللصيقة بالشخصية . ومن ثم كانت حقوقاً غير مالية لأنها لا يمكن أن تقوم بالنقود .

ومقتضى هذا أن تخرج هذه الحقوق عن التعامل ، فلا يجوز التصرف فيها ، ولا برد التقادم عليها ، ولا تنتقل الى الورثة . فهذه خصائص تميز بها تلك الحقوق فتناولها فيما يلي :

(١) حقوق الشخصية لا يجوز التصرف فيها : هذه خاصة تتفرع على كون حقوق الشخصية حقوقاً غير مالية تلازم الشخصية . وقد عنى الشارع بالنص عليها بالنسبة إلى بعض حقوق الشخصية . فنصت المادة ٤٩ من التقنين المدني المصري على أنه « ليس لأحد النزول عن حرته الشخصية » . ونظراً الى ان حرية التعاقد تقتضي الاعتراف بالأهلية الكاملة لكل من تتوافر فيه شروطها ، فقد نصت المادة ٤٨ من التقنين المدني المصري على أنه « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها » . كما نصت المادة ٣٨ من القانون المصري رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف على بطلان كل تصرف في الحقوق الأدبية للمؤلف .

وتطبيقاً لهذا المبدأ فإنه إذا التزم شخص بالقيام بعمل معين وجب أن يكون هذا الالتزام مؤقتاً . إذ ان مثل هذا الالتزام يعتبر قيداً على الحرية الشخصية ، فلا يصح أن يكون مؤبداً ، لأنه ينطوي حينئذ على النزول عن هذه الحرية . وقد راعى الشارع هذا الاعتبار في نصوص كثيرة . منها ما نصت عليه المادة ٩١٠ موجبات وعقود لبناني والمادة ١/٥٢٩ مدني مصري من أنه « تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير معينة » . وما نصت عليه المادة ٢/٦٧٨ مدني مصري من أنه « إذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات جاز للعامل بعد خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن ينذر رب العمل الى ستة أشهر » . وما دام أن حقوق الشخصية لا يجوز التصرف فيها فإن هذا يستتبع عدم

جواز الحجز عليها ، لأن الحجز يؤدي إلى البيع الجبري . وتطبيقاً لذلك نصت المادة ١٥٧ من قانون الملكية التجارية والصناعية اللبناني والمادة ١٠ من القانون المصري الخاص بحماية حق المؤلف على أنه « لا يجوز الحجز على حق المؤلف » .

وإذا كان الأصل عدم حواز التصرف في حقوق الشخصية إلا أن هناك من الاتفاقات في هذا الشأن ما يعتبر جائزاً لكونه يحقق أغراضاً اجتماعية نافعة ولا ينطوي على مساس بالحق . من ذلك ما رأيناه من جواز التصرف في جزء متجدد من الجسم ما دام لا يؤدي إلى نقص دائم في الكيان الجسدي ، كما في عقد الرضاعة وعقد نقل الدم . ومن ذلك أيضاً بعض الاتفاقات التي تتعلق باسم الشخص ، كما لو أذن شخص لآخر باستعمال اسمه كاسم أدبي مستعار أو باستخدامه كاسم تجاري .

(٢) حقوق الشخصية لا يرد التقادم عليها : فهي تلازم شخصية الإنسان لا تتفك عنها ، ومن ثم لا تسقط ولا تكسب بالتقادم . فإذا عرف شخص بين الناس باسم غير اسمه الحقيقي ، فلا يفقد حقه على اسمه مهما طال المدة التي ظل فيها هذا الاسم مجهولاً . وإذا نشر مؤلف مصنفاً بدون اسم أو باسم مستعار كان له الحق في أن يعلن عن اسمه الحقيقي في أي وقت مهما طال الزمن . وإذا نشر مصنف باسم شخص غير مؤلفه الحقيقي فلا يكسب هذا الشخص الحق في نسبة المصنف إليه مهما مضى من زمن .

(٣) حقوق الشخصية لا تنتقل إلى الورثة : ما دام أن هذه الحقوق تلازم الشخصية فلا تنتقل عند وفاة صاحبها إلى الورثة . وإذا كان الحق الأدبي للمؤلف تنتقل بعض سلطاته إلى الورثة ، فإن هذه السلطات لا تمس دوام نسبة المصنف إلى المؤلف ، وإنما يراد بانتقالها أن يكون للورثة المحافظة على هذه النسبة وعلى بقاء المصنف بحالته التي أرادها المؤلف أو الورثة ودفع أي اعتداء يقع في هذا الشأن كما سنرى .

٢٢٧ - الاعتداء على حقوق الشخصية يؤدي إلى نشوء حق مالي في التعويض:

إذا اعتدي على حق من حقوق الشخصية كان لمن وقع عليه الاعتداء الحق في التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك ، سواء أكان هذا الضرر مادياً أو أدبياً . وهذا الحق المالي في التعويض مستقل عن حق الشخصية ذاته ، لأن مصدره العمل غير المشروع وهو الاعتداء الذي وقع . وقد نصت المادة ٥٠ من التقنين المدني المصري في هذا المعنى على أن « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة للشخصية ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » . كما تضمنت المادة ٥١ من ذلك التقنين تطبيقاً لهذا الحكم على الاسم ، فنصت على أن « لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » .

٢٢٨ - الحقوق الخاصة :

الحقوق الخاصة هي تلك التي لا تثبت إلا لمن يتوفر له سبب خاص لكسبها ، كحق الشخص في ملكية عين أو اقتضاء دين وكسلطة الأب على ولده . فهي تهدف إلى حماية المصالح الخاصة للشخص حتى يتمكن من مزاولة نشاطه .

وتختلف هذه الحقوق عن الحقوق العامة أو حقوق الشخصية في أنها حقوق يختص بها الشخص دون غيره ، بينما تثبت حقوق الشخصية للناس كافة على حد سواء .

الفصل الثالث

حقوق الأسرة

٢٢٩ - التعريف بحقوق الأسرة :

تنقسم الحقوق الخاصة إلى حقوق أسرة وحقوق مالية .

ويقصد بحقوق الأسرة *droits de famille* تلك التي تثبت للشخص باعتباره عضواً في أسرة معينة ، سواء كان ذلك بسبب الزواج أم النسب . ومن أمثلتها حق الزوج في طاعة زوجته له ، وحق الأب في تأديب ولده ، والحق في الإرث ، والحق في النفقة .

وتعتبر حقوق الأسرة من مسائل الأحوال الشخصية . وقد رأينا أن تقنين الموجبات والمعقود اللبناني وكذلك التقنين المدني المصري لا يتضمنان تنظيماً لهذه المسائل ، وإنما تتكفل بهذا التنظيم الشرائع الدينية والقوانين الخاصة التي صدرت في هذا الشأن ، وذلك على التفصيل الذي عرضنا له فيما تقدم (١) .

٢٣٠ - خصائص حقوق الأسرة :

الكثرة الغالبة من حقوق الأسرة حقوق غير مالية ، والقليل منها حقوق مالية كالحق في النفقة والحق في الإرث . وسواء بالنسبة إلى هذه الطائفة أو تلك فإن حقوق الأسرة جميعها تتميز بما لها من طابع أدبي يرجع إلى رابطة القرابة التي تجمع بين أعضاء الأسرة . فحتى الحقوق المالية في هذا النطاق

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٨٨ - ١٠١ .

تستند الى أساس أدبي يقوم على هذه القرابة ، ولعل هذا الطابع الأدبي هو الذي جعل فريقاً من الفقهاء يدرج حقوق الأسرة في عداد حقوق الشخصية .

وغني عن البيان ان الأسرة هي نواة المجتمع ودعامته الأساسية . ومن هنا فإن حقوق الأسرة تتميز كذلك بأنها تنطوي في الوقت ذاته على واجبات نحو أعضاء الأسرة الآخرين . فسلطة الأب على ولده تعطيه حق تأديبه وتربيته ، وتوجب عليه كذلك أن يقوم بواجب التأديب والتربية . وسلطة الزوج على زوجته تجعل له عليها حق الطاعة ، فيكون على الزوجة أن تقيم حيث يقيم زوجها ، وتوجب عليه كذلك أن يأويها ويهيء لها المقام اللائق . ولذلك فإن بعض الفقه يسمي حقوق الأسرة بالحقوق الوظيفية *droits-fonction* ، على اعتبار أن ما تخوله هذه الحقوق من سلطات إنما يراد بها تمكين الشخص من تادية وظيفة معينة لمصلحة أعضاء الأسرة الآخرين . وقد حدا هذا الاعتبار بفريق من الفقهاء الى إنكار وصف الحق بالنسبة الى هذه الحقوق ، بحجة أنها وظائف تؤدي ، لا لمصلحة من يقوم بها ، بل لمصلحة غيرهم من أعضاء الأسرة . والواقع أنها حقوق بالمعنى الصحيح ، حيث توجد من ورائها دائماً مصلحة لأصحابها ، غير ان وجود مصلحة من ورائها كذلك لأعضاء الأسرة الآخرين يجعل لهم الحق في اقتضاء مضمونها مما يجعل القيام بها واجباً في الوقت ذاته على أصحابها . فنحن هنا بصدد علاقة قانونية أحد طرفيها له حق يقترن به واجب يقع عليه ، وهذا الواجب يقابله حق للطرف الآخر . فتأديب الابن وتربيته حق للأب ، إذ لا شك في أن للأب من وراء ذلك مصلحة ذاتية في تهذيب الابن وتقويم أخلاقه وحسن تربيته ، والتأديب والتربية هما في الوقت ذاته واجب على الأب ، إذ انهما يحققان كذلك مصلحة للابن ، وهذا الواجب يقابله حق للابن في أن يقتضي من أبيه ما يكفل له التأديب والتربية .

الفصل الرابع

الحقوق المالية

٢٣١ - التعريف بالحقوق المالية :

الحقوق المالية *droits pécunières* هي التي يمكن تقويم محل الحق فيها بالنقود . فهي تكون الجانب الايجابي في ذمة الشخص المالية . إذ في هذه الذمة تظهر الحقوق التي للشخص والتكاليف التي عليه .

وترمي هذه الحقوق إلى حصول صاحبها على فائدة مادية . فالناحية الاقتصادية فيها محل الاعتبار الأول . وهي لذلك تختلف عن جميع الحقوق السابقة في أنها ، بحسب الاصل ، يجوز التصرف فيها ويرد التقادم عليها وتنتقل إلى ورثة صاحبها بعد وفاته .

وهذه الحقوق على أنواع ثلاثة : حقوق شخصية ، وحقوق عندية ، وحقوق معنوية . ويقوم هذا التقسيم على أساس طبيعة محل الحق . فالحق الشخصي محله عمل ، كما في حق المقرض قبل المقرض . والحق العيني محله شيء مادي ، كما في حق الملكية . والحق المعنوي محله شيء معنوي او غير مادي ، كما في حق المؤلف .

ونظراً إلى أن التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني اثارت جدلاً في الفقه من قديم وظفرت باهتمام كبير منه ، فإننا بعد تناول هذين الحقين ، نعرض لهذه التفرقة ومدى أهميتها ، ثم ننتهي بالكلام في الحق المعنوي .

الفرع الاول

الحق الشخصي

٢٣٢ - تعريف الحق الشخصي :

الحق الشخصي *droit personnel* حق يتمثل في رابطة قانونية بين شخصين ، بمقتضاها يقوم أحدهما وهو المدين قبل الآخر وهو الدائن بأداء مالي معين . فهذا الأداء المالي ، وهو دائماً عمل يقوم به المدين ، هو القيمة التي تثبت للدائن بمقتضى القانون ، فيؤدي هذا إلى قيام رابطة بين الدائن والمدين ، حيث يستطيع الدائن بمقتضاها أن يطالب المدين بالأداء الواجب عليه . كحق مشتري العقار قبل البائع الذي يلتزم بنقل الملكية ، وحق المستأجر قبل المؤجر الذي يلتزم بالتمكين من الانتفاع بالعين المؤجرة ، وحق شخص قبل آخر يلتزم بعدم البناء في مساحة معينة . وقد سمي هذا الحق بالحق الشخصي نظراً إلى أنه يتمثل في علاقة بين شخصين ، بحيث لا يستطيع صاحبه أن يباشره إلا بواسطة المدين . كما سمي بحق الدائنية *droit de créance* على اعتبار أن صاحبه دائن لشخص آخر بأداء معين .

ويطلق على الحق الشخصي كذلك اصطلاح الالتزام *obligation* . ويقال في تحليل استعمالها كترادفين إن رابطة الالتزام أو رابطة الدائنية التي تقوم بين الدائن والمدين ، إذا نظرنا إليها من ناحية الدائن كانت حقاً ، وإذا نظرنا إليها من ناحية المدين كانت التزاماً ، مع أن الالتزام هو الواجب الذي يقع على عاتق المدين والذي يقابل الحق الذي للدائن ، فكل منها يتميز عن الآخر وعن رابطة الالتزام هذه . وإذا كان لا بد من الاقتصار على أحد التعبيرين للدلالة على هذه الرابطة كان الأولى أن نعبّر بالحق الشخصي لأنه هو ما يهدف القانون إلى حمايته حين يلزم المدين بالوفاء . إلا أن التعبير عن هذه الرابطة

بلفظ الالتزام قد شاع استعماله إلى حد أن الشارع نفسه ، رغم إستخدامه للتعبيرين كمترادفين في عنوان القسم الأول من التقنين المدني المصري ، لم يستعمل للدلالة على هذه الرابطة في نصوص المواد سوى لفظ الالتزام .

والحق الشخصي يظهر في ذمة الدائن كعنصر إيجابي ، ويقابله التزام يظهر في ذمة المدين كعنصر سلبي . ومن ثم تجتمع في الحق الشخصي ثلاثة عناصر ، هي صاحب الحق وهو الدائن ، ومن عليه الحق وهو المدين ، ومحل الحق وهو الأداء الواجب على المدين . فصاحب الحق الشخصي لا يمكنه أن يباشر حقه كما قلنا إلا بواسطة المدين .

٢٣٣ - أنواع الحقوق الشخصية :

لا تقسّم الحقوق الشخصية تحت حصر . فهي تتنوع بحسب نوع الأداء الذي يلتزم به المدين . والقاعدة في هذا الشأن أن للأفراد الحرية في أن يتفقوا على ما يروق لهم من حقوق لتنظيم مصالحهم طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة . وحريرتهم في هذا لا يحدّها إلا أن يكون اتفاقهم غير مخالف للنظام العام والآداب .

والأداء الذي يلتزم به المدين في الحق الشخصي يكون دائماً عملاً يجب على المدين أن يقوم به ، سواء أكان هذا العمل إيجابياً أم سلبياً . والعمل الإيجابي قد يكون إعطاء شيء ، أو يكون عملاً آخر غير ذلك . والعمل السلبي هو الامتناع عن عمل معين . وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم الحقوق الشخصية أو الالتزامات إلى التزام باعطاء ، والتزام بعمل ، والتزام بامتناع عن عمل .

فالالتزام باعطاء هو الالتزام بنقل أو إنشاء حق عيني على شيء . ومن أمثلة الالتزام بنقل حق عيني التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري ، والتزام المشتري بدفع الثمن للبائع ، والتزام المستأجر بدفع الأجرة للمؤجر . ومن أمثلة الالتزام بإنشاء حق عيني التزام مالك العقار بإنشاء حق

ارتفاق على عقاره لمصلحة عقار آخر ، أو التزامه بإنشاء حق رهن على هذا العقار ضماناً للوفاء بدين في ذمته .

والالتزام بعمل هو الالتزام بالقيام بعمل إيجابي غير الاعطاء . ومن أمثله التزام المقاول ببناء منزل ، والتزام العامل بأداء عمله ، والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة وتمكين المستأجر من الانتفاع بها .

والالتزام بالامتناع عن عمل هو الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل معين كان يمكن القيام به . من ذلك مثلاً التزام بائع المحل التجاري بعدم فتح محل تجارة آخر من النوع ذاته في المنطقة التي يوجد فيها المحل المبيع منعاً للمنافسة ، والتزام الممثل نحو مدير المسرح الذي يعمل عنده بعدم التمثيل على مسرح آخر .

ويلاحظ ما قلناه من أنه في هذه الصور جميعها يكون محل الالتزام دائماً عملاً إيجابياً أو سلبياً . فحتى في الالتزام بإعطاء لا يكون محل الالتزام هو الشيء الذي يجب أن تنتقل ملكيته أو ينشأ عليه حق عيني آخر ، بل المحل هو العمل الذي يجب على المدين أن يقوم به كي يتم نقل الحق أو إنشاؤه . فمثلاً في عقد البيع ، إذا كان الشيء المبيع منقولاً معيناً بالذات ، فإن الملكية تنتقل بمجرد العقد ، ومعنى ذلك أن التزام البائع بنقل الملكية يتم تنفيذه حينئذ من تلقاء نفسه بحكم القانون . أما إذا كان الشيء المبيع منقولاً معيناً بالنوع فلا تنتقل الملكية إلا بالافراز ، ومن ثم يجب على البائع كي ينفذ التزامه بنقل الملكية أن يقوم بعمل معين هو الإفراز . وإذا كان المبيع عقاراً فلا تنتقل ملكيته إلى المشتري إلا بقيد عقد البيع في السجل العقاري (القانون اللبناني) أو بتسجيله في الشهر العقاري (القانون المصري) ، وفي هذه الحالة يجب على البائع كي ينفذ التزامه أن يساهم في إجراءات القيد أو التسجيل ، فمحل الالتزام هنا هو قيام البائع بنقل الملكية عن طريق المساهمة في هذه الإجراءات .

الفرع الثاني

الحق العيني

٢٣٤ - تعريف الحق العيني :

الحق العيني droit réel حق يتمثل في سلطة لشخص تنصب مباشرة على شيء مادي معين. فهذا الشيء هو مجال القيمة التي تثبت لصاحب الحق بمقتضى القانون ، فيؤدي هذا إلى وجود سلطة مباشرة للشخص على الشيء ، حيث يستطيع الشخص بمقتضاها أن يفيد من الشيء على نحو يختلف مداه بحسب مضمون الحق . كحق الملكية ، وحق الانتفاع ، وحق الرهن .

وما دام أن الحق العيني يتمثل في سلطة تنصب مباشرة على الشيء ، كان لصاحبه أن يباشره دون حاجة إلى وساطة شخص آخر .

والحق العيني يظهر في ذمة صاحبه ، ولكن الواجب العام الذي يقابل الحق والذي يقع على عاتق الناس جميعاً ويقتصر أمره على التزام الكافة باحترام الحق لا يظهر في ذمة شخص آخر . ومن ثم يوجد في الحق العيني عنصران بارزان ، هما صاحب الحق ، ومحل الحق (١) .

(١) نذكر بهذه المناسبة ان اغلبية الفقه التقليدي تصف الحق العيني بأنه حق مطلق والحق الشخصي بأنه حق نسبي ، ويتوسع البعض فيقسم الحقوق بصفة عامة الى حقوق مطلقة وحقوق نسبية . وهذا التقسيم وذلك الوصف يقومان عند هؤلاء الفقهاء على فكرة الاحتجاج بالحق . فالحق المطلق هو الحق الذي يحتج به على الناس كافة ، كحق الملكية والحقوق العامة والحقوق السياسية . والحق النسبي هو الحق الذي يحتج به في مواجهة شخص أو اشخاص معينين ، كالحق الشخصي .

وهذه الفكرة خاطئة . ومبثت الخطأ فيها انها تشعر بأن الواجب العام المفروض على جميع الناس باحترام حق الغير موجود بالنسبة الى فريق من الحقوق دون غيره ، مع أن هذا الواجب العام ، كما سبق ان رأينا (انظر فيما تقدم فقرة ٢) ، موجود بالنسبة الى كل انواع الحقوق ، وان الواجب الخاص إن وجد في بعض هذه الحقوق فالتما يوجد زيادة على الواجب العام . ومن =

٢٣٥ - أنواع الحقوق العينية :

تتفق الحقوق العينية جميعها في أنها تخول صاحبها سلطة مباشرة على شيء مادي ، ولكنها تختلف فيما يتعلق بمدى هذه السلطة . وبعبارة أخرى ، فإن محل الحق العيني هو دائماً شيء مادي ، أما مضمونه وهو السلطات التي يخولها صاحبه فيختلف من حق إلى آخر .
وتنقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية :

٢٣٦ - أولاً : الحقوق العينية الاصلية :

الحقوق العينية الأصلية هي الحقوق التي تقصد لذاتها ، فتقوم مستقلة ، بحيث لا تستند في وجودها إلى حق آخر . وهي تشمل الحقوق الآتية :

= ثم فجميع الحقوق سواء في إمكان الاحتجاج بها على جميع الناس . فكما يلتزم الغير باحترام حق الملكية يلتزم كذلك باحترام الحق الشخصي ، فلا يفعل ما من شأنه الاضرار بصاحبه .
ويزيد على ذلك أن في هذا الحق الأخير يكون لصاحبه أن يطالب شخصاً معيناً هو المدين بعمل معين ، وهذا هو الواجب الخاص الذي من أجله وصف الحق بأنه نسي .
ويتبين من هذا أن الاطلاق في الحق العيني ينصب على الواجب العام وان النسبية في الحق الشخصي تنصب على الواجب الخاص . وبذلك تتركز المقابلة بين الحقين على معيارين مختلفين ، فهي إذاً غير صحيحة .

على أن هذا الوصف قد يرد في الفقه مستنداً إلى فكرة أخرى . فيوصف الحق العيني بأنه مطلق بمعنى أنه يمكن لصاحبه ان يزاوله دون وساطة شخص ما ، ويوصف الحق الشخصي بأنه نسبي بمعنى انه لا يمكن ان يزاوله صاحبه إلا بوساطة شخص او اشخاص معينين . وهذه الفكرة صحيحة ، فهي وحدها التي يمكن التسليم بها ، وان كانت دلالة الوصف عليها غير واضحة .
وقد يوصف حق الملكية بأنه حق مطلق بمعنى انه يخول صاحبه سلطة مطلقة على الشيء محل الحق ، فيكون للمالك أن يفعل بملكه ما يشاء . وهذا المعنى تعوزه الدقة لعدم موافقته للنظرة الحديثة للحق باعتبار أن له وظيفة اجتماعية . فحقيقة الواقع في حق الملكية أن سلطة المالك تكون مقيدة بصالحه الخاص من ناحية وبالصالح العام للجماعة من ناحية أخرى .

وعليه فالأفضل ألا يؤخذ بهذا الوصف للحق أياً كان المعنى الذي يستند اليه . فهذا المعنى ينطوي في حالة على فكرة خاطئة ، ويستند في أخرى الى فكرة غير دقيقة . وحتى في الحالة التي يقوم فيها على فكرة صحيحة نجد غير كاف للدلالة عليها دلالة لفظية واضحة .

حق الملكية droit de propriété هو أوسع الحقوق العينية نطاقاً ، لأنه يخول صاحبه سلطة كاملة على الشيء . وقد نصت المادة ١١ من تقنين الملكية العقارية اللبناني (صدر به القرار رقم ٣٣٣٩ في ١٢ تشرين الثاني سنة ١٩٣٠) في هذا المعنى على أن « الملكية العقارية هي حق استعمال عقار ما والتمتع والتصرف به ضمن حدود القوانين والقرارات والانظمة » . وهذا التعريف في خصوص ملكية العقار يصدق كذلك على ملكية المنقول . كما نصت المادة ٨٠٢ من التقنين المدني المصري على أن « لمالك الشيء وحده ، في حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » . فهذه السلطات الثلاث ، وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف ، من شأنها أن تمكن المالك من الحصول على جميع المزايا التي يمكن استخلاصها من الشيء .

١ - فالإستعمال L'usage هو استخدام الشيء فيما هو قابل له للحصول على منفعه فيما عدا الثمار . كأن يسكن المالك داره ، أو يركب عربته .
٢ - والإستغلال La jouissance هو القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء .

والثمار هي ما ينتجه الشيء في مواعيد دورية منتظمة . وهي على أنواع ثلاثة : ثمار طبيعية ، وهي التي تتولد عن الشيء بفعل الطبيعة وحدها ، كالكلأ ونتاج المواشي . وثمار مستحدثة ، وهي التي يكون للانسان يد في إنتاجها ، كالمحصولات الزراعية . وثمار مدنية ، وهي ما يفله الشيء من دخل نقدي يلتزم به الغير في مقابل استفادته من منافع الشيء بموجب عقد ، كأجرة المنازل والأراضي المؤجرة وفوائد النقود المقرضة .

٣ - والتصرف La disposition في خصوص سلطة المالك على الشيء الذي يملكه يشمل نوعين من التصرفات : الأول هو التصرف المادي في الشيء ،

(١) راجع في هذا الموضوع كتابنا في حق الملكية الطبعة الثالثة ١٩٦٧ .

وهو عبارة عن الأعمال المادية التي تؤدي إلى استهلاك الشيء أو إعدامه أو التفسير فيه، كهدم المنزل أو إحداث تغيير فيه . والثاني هو التصرف القانوني في الحق ، وهو عبارة عن الأعمال القانونية التي يكون من شأنها أن تؤدي إلى زوال الحق كلياً أو جزئياً ، كنقل ملكية الشيء إلى شخص آخر أو ترتيب حق عيني آخر عليه للغير .

وتعتبر سلطة المالك في التصرف بنوعية هذين طابعاً خالصاً لحق الملكية يميزه عن غيره من الحقوق العينية .

٢٣٨ - (٢) الحقوق المتفرعة عن الملكية :

تخول هذه الحقوق صاحبها سلطة محدودة على شيء مملوك للغير . فحق الملكية يخول المالك سلطة كاملة على الشيء ، أما غيره من الحقوق العينية الأصلية فلا يخول صاحبه إلا بعض هذه السلطة . ولذلك فإن الحقوق العينية الأصلية ، فيما عدا حق الملكية ، تعتبر حقوقاً متفرعة عن الملكية . وتختلف هذه الحقوق المتفرعة عن الملكية باختلاف القوانين . ولذلك فإن هناك بعض الاختلاف في شأنها بين القانون المصري والقانون اللبناني ، مما يقتضي أن نعرضها في كل من هذين القانونين على حدة .

٢٣٩ - الحقوق المتفرعة عن الملكية في القانون المصري :

تشمل هذه الحقوق في القانون المصري الحقوق الآتية :

١ - حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى : حق الانتفاع droit d'usufruit حق يخول المنتفع استعمال شيء مملوك لغيره واستغلاله . حيث يثبت للمنتفع عنصران من عناصر الملكية ، وهي الاستعمال والاستغلال ، أما التصرف في الشيء فيبقى للمالك الذي يقال له في هذه الحالة مالك الرقبة . فمثلاً للمنتفع بمنزله أن يسكنه وأن يؤجره لغيره ، ولكن ليس له أن يتصرف فيه كأن يبيعه أو يرهنه ، إذ أن هذا من حق المالك فحسب .

ويلحق بحق الانتفاع حق الاستعمال وحق السكنى ، إذ هما عبارة عن صورتين للانتفاع على نطاق محدود .

فحق الاستعمال droit d'usage يخول صاحبه استعمال شيء مملوك لغيره . حيث يقتصر مضمونه على الاستعمال دون الاستغلال . فهو على هذا النحو أضيق نطاقاً من الانتفاع .

وحق السكنى droit d'habitation يخول صاحبه السكنى فحسب في مسكن مملوك لغيره . وبذلك يكون هذا الحق أضيق نطاقاً من حق الاستعمال ، لأنه يخول صاحبه استعمال الشيء على وجه معين ، هو الاستعمال بطريق السكنى . فإذا كان هناك محل يصلح لأن يكون مكتباً ومسكناً فإن من له حق استعماله يمكنه أن يستعمله في هذا الغرض أو ذاك ، أما من له حق السكنى فليس له إلا أن يسكنه .

وسواء بالنسبة إلى حق الاستعمال أو حق السكنى فإن نطاقهما يتحدد بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته الخاصة أنفسهم (م ٩٩٦ مدني مصري) ، فلا يجوز النزول عنها للغير إلا ببناء على شرط صريح أو مبرر قوي (م ٩٩٧ مدني مصري) .

وتتميز حقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى بأنها تنقضي حتماً بوفاة صاحبها ، حتى لو جاءت هذه الوفاة قبل انقضاء الأجل المعين للحق (م ٩٩٣ مدني مصري) .

٢ - حق المحكر : هو حق يخول المحكر الانتفاع بأرض للغير في مقابل أجره المثل ، وذلك بالبناء أو الفرس أو غيره . ويكون المحكر مالكا لما يحدته من بناء أو غراس أو غيره .

وقد استمد الشارع المصري أحكام هذا الحق من الشريعة الإسلامية ، ولكنه لا يجيز ترتيبه في ظل التقنين المدني الحالي إلا على أرض موقوفة (م ١/١٠١٢ مدني مصري) ، حينما تقضي بذلك ضرورة أو مصلحة (م ١٠٠٠ مدني مصري) . ويكون ذلك عادة إذا كان الوقف مخرباً ولا يكفي ريعه لإصلاحه ولا يمكن استبداله ، فيكون في تحكيره إصلاح له .

ولا يجوز التحكير إلا بإذن من المحكمة . ويجب أن يتم بعقد رسمي .
ولا يجوز أن تزيد مدته على ستين سنة (م ٩٩٩ مدني مصري) .
وعلى خلاف حق الانتفاع والاستعمال والسكنى ، فإن حق الحكر لا
ينقضي حتماً بوفاة المحكر . فإذا توفي المحكر قبل حلول الأجل المعين
للمحكر انتقل الحق إلى ورثته . ومع ذلك ينتهي هذا الحق بوفاة المحكر
قبل أن يبني أو يفرس ، ولو كان ذلك قبل حلول الأجل ، ما لم يطلب جميع
الورثة بقاء الحكر (م ١٠٠٨ مدني مصري) .

٣ - حقوق الارتفاق : حق الارتفاق droit de servitude حق يحد من
منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر . فهو حق من شأنه أن
يجعل أحد العقارين في خدمة الآخر ، بأن يكون لصاحب العقار المرتفق
أن يستعمل العقار المرتفق به على وجه معين . ومن أمثله حق المرور حيث
يكون لصاحب العقار المرتفق أن يمر في العقار المرتفق به ، وحق المثل حيث
يكون لصاحب العقار المرتفق أن يفتح نافذة مثلاً على ملك جاره دون مراعاة
المسافة القانونية .

وما دام أن حق الارتفاق يتقرر على عقار لمصلحة عقار آخر فإنه يرتبط
بالعقار لا بشخص مالكة ، حيث يبقى قائماً رغم تغير ملك هذا العقار
أو ذاك ، فيكون صاحبه هو من يملك العقار المرتفق . ولذلك فالأصل فيه
أن يبقى ما بقي العقاران المرتفق والمرتفق به ، إلا إذا كان هناك اتفاق على
توقيته بأجل معين فينتهي بانقضاء هذا الأجل (م ١٠٢٦ مدني مصري) .

٢٤٠ - الحقوق المتفرعة عن الملكية في القانون اللبناني :

نصت المادة ١٠ من تقنين الملكية العقارية اللبناني على الحقوق المتفرعة عن
الملكية ، فذكرت التصرف ، والسطحية ، والانتفاع ، وحق الأفضلية على
الأراضي الخالية المباحة ، والارتفاقات العقارية ، والوقف ، والاجارتين ،
والاجارة الطويلة ، والخيار الناتج عن الوعد بالبيع .

وأضاف الشارع اللبناني إلى هذه الحقوق حق المساقاة بمقتضى القرار رقم

١٢ الصادر في ١٦ كانون الثاني سنة ١٩٣٤ .

وقد ألغى الشارع اللبناني حق الاجارتين بمقتضى قانون تنظيم الوقف الذري الصادر في ١٠ آذار سنة ١٩٤٧ . وهذا الحق يتعلق الأمر فيه بعقد يقال له عقد الاجارتين ، وبموجبه يكسب الشخص حقاً عينياً على عقار موقوف يخوله استعمال العقار واستغلاله بصورة دائمة (م ١٨٠ ملكية عقارية لبناني) . وفي القانون المصري ينشأ عقد الاجارتين حق حكر على أرض موقوفة (م ١٩٠٣ مدني مصري) ، ولا يجوز أن تزيد مدته على ستين سنة (م ٩٩٩ مدني مصري) .

كذلك ألغى الشارع اللبناني حق الاجارة الطويلة أو حق المقاطعة بمقتضى القانون المذكور . وهذا الحق يتعلق الأمر فيه بعقد يقال له عقد الاجارة الطويلة ، وبموجبه يكسب الشخص حق احداث ما شاء من الأبنية والأغراس في عقار موقوف ، ولا يجوز أن يقع هذا العقد إلا بالمقاطعة ، أي بالبدل السنوي المقطوع (م ١٩٣ و ١٩٤ ملكية عقارية لبناني) .

والوقف لا يعتبر حقاً مستقلاً عن حق الملكية ، حيث تكون الأعيان الموقوفة مملوكة للوقف باعتباره شخصاً معنوياً أو اعتبارياً ، فهو ليس في حقيقته سوى صورة تنقيد فيها الملكية على النحو المعروف في نظام الوقف ، ومن ثم فلا يصح ذكره في عداد الحقوق العينية .

وحق الأفضلية على الأراضي الحالية المباحة يلاحظ في شأنه أن هذه هي الأراضي الموات ، وهي عبارة عن أراض أميرية تخص الدولة إلا أنها غير معينة ولا محددة . والمقصود بحق الأفضلية على هذه الأراضي أن من يشغلها أولاً من الأفراد ويقوم باحيائها تكون له الأفضلية في الانتفاع بها ، ومن ثم يثبت له عليها بإذن من الدولة حق التصرف . فهذه الأفضلية ليست في الواقع سوى تمهيد لكسب حق التصرف . ولهذا فلم يكن هناك داع لذكر حق الأفضلية مستقلاً عن حق التصرف .

ويخلص من هذا أن الحقوق المتفرعة عن الملكية في القانون اللبناني تشمل

حق التصرف ، وحق السطحية ، وحق الانتفاع ، وحق الارتفاق ، وحق الخيار الناتج عن الوعد بالبيع ، وحق المساقاة .

١ - حق التصرف : لا يرد هذا الحق إلا على الأراضي الأميرية (م ١٤ ملكية عقارية) ، ويقصد بها الأراضي المملوكة رقبته للدولة ، فهي الأراضي التي كانت خاضعة للنظام الاقطاعي القديم . وقد مر هذا الحق بتطور تاريخي محسوس حتى أصبح الآن أقرب ما يكون الى حق الملكية . حيث يخول صاحبه كل سلطات المالك من استعمال واستغلال وتصرف في الحق ، وذلك فيما عدا أن المتصرف لا يستطيع أن يرتب على الأرض وقفاً لأنه لا يملك الرقبة (م ١٨ ملكية عقارية) . وهناك فارقان عمليان آخران بين حق الملكية وحق التصرف بهذا المعنى : الأول أن حق التصرف يسقط بعدم الاستعمال (م ١٩ ملكية عقارية) ، وذلك على خلاف حق الملكية . والثاني أن حق التصرف ينتقل بالميراث وفقاً لأحكام قانون انتقال الأموال الأميرية ، بينما يخضع حق الملكية في انتقاله بهذا الطريق لأحكام الشريعة الإسلامية . وحق التصرف هذا لا يعرفه القانون المصري .

٢ - حق السطحية : هو الحق في إقامة أبنية أو منشآت أو أغراس على أرض مملوكة لشخص آخر (م ٢٨ ملكية عقارية) ، فيكون صاحبه مالكا لما أقامه على أرض الغير . وقد حرم تقنين الملكية العقارية انشاء حق سطحية من تاريخ صدوره (م ٣١) ، وبذلك ألغى هذا الحق وأصبح التنظيم الموجود قاصراً على ما كان قائماً من قبل . وهذا الحق هو الذي يعرف في الاصطلاح المصري بحق القرار ، ويسمى بالفرنسية *droit de superficie* . ولا وجود لهذا الحق في القانون المصري .

٣ - حق الانتفاع : وهو حق الانتفاع الذي رأيناه في القانون المصري . فهو يخول المنتفع استعمال شيء مملوك لغيره واستغلاله على التفصيل الذي قدمناه . وينقضي حتماً بوفاة صاحبه حتى لو جاءت هذه الوفاة قبل انقضاء الأجل المعين للحق (م ١/٣٢ ملكية عقارية) .

أما حق الاستعمال وحق السكنى فلم ينص عليها تقنين الملكية العقارية ، وإنما أشار إليها تقنين الموجبات والعقود ، حيث نص على أنها لا يخولان سلطة التأجير (م ٥٣٩ موجبات وعقود) . وقد رأينا أنها يلحقان بحق الانتفاع باعتبارهما صورتين للانتفاع على نطاق محدود . ومن ثم تسري عليها أحكام حق الانتفاع فيما عدا ما يتعارض مع مضمونها ، بحيث يتحدد نطاقها بقدر ما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته لخاصة أنفسهم ، فلا يجوز النزول عنها للغير إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي ، ولا يخولان سلطة التأجير .

٤ - حقوق الارتفاق : وهي الحقوق التي تحدثنا عنها في القانون المصري .

٥ - حق الخيار الناتج عن الوعد بالبيع : والمقصود أن الوعد ببيع عقار يكسب الموعد بموجبه حقاً عينياً (م ٢٢١ ملكية عقارية) . فإذا تم تسجيل هذا الوعد في السجل العقاري بطريق القيد الاحتياطي امتنع على الواعد أن يتصرف في العقار بنقل ملكيته إلى الغير أو بإنشاء أي حق عيني آخر عليه غير حق التأمين (الرهن) Hypothèque (م ٢٢٢ ملكية عقارية) . ولا يجوز أن تزيد مدة هذا الوعد على خمس عشرة سنة (م ٢٢٠ ملكية عقارية) . وفي القانون المصري لا ينشئ الوعد بالبيع إلا حقاً شخصياً ، سواء ورد على عقار أو منقول (١) .

٧ - حق المساقاة : يسمى هذا الحق بالفرنسية L'emphytéose . فتسميته بحق المساقاة ترجمة غير صحيحة للتسمية الفرنسية . إذ المقصود نوع من الإيجار طويل المدة ، يرد على العقارات ويخول المستأجر حقاً عينياً (م ١ من القرار رقم ١٢ الصادر في ١٦ كانون الثاني سنة ١٩٣٤) . فأولى أن يسمى حق الاجارة العينية ، حيث يخول صاحبه سلطة واسعة لا تتوافر

(١) وفي القانون اللبناني ينشئ الوعد ببيع منقول حقاً شخصياً ، أما الوعد ببيع عقار فينشئ حقاً عينياً كما ذكرنا في المتن .

للمستأجر العادي ، وذلك لتمكينه من إحداث أي تغيير في العقار ما دام لا يؤدي إلى إنقاص قيمته أو إلحاق أضرار جسيمة به . إذ إنه حق يتقرر بغية استصلاح أو تعمیر أو استثمار عقارات مهمة أو خربة ، ولذلك يكون لمدة طويلة لا تقل عن خمس عشرة سنة ، ولكن يجب ألا تزيد على تسع وتسعين سنة (م ١ من القرار المذكور) . فهو من هذا أشبه ما يكون بحق الحكر الذي عرضنا له في القانون المصري .

ويلاحظ أن هذا الحق يختلف عن المساقاة التي نظمها المجلد (م ١٤٤١-١٤٤٨) وأشار إليها تقنين الموجبات والعقود (م ٦٢٣) . فهذه المساقاة التي تعرفها الشريعة الإسلامية عبارة عن عقد يسلم بمقتضاه صاحب شجر أو زرع شجره أو زرعه إلى شخص يتعهد ويسقيه إلى أن يثمر لقاء قسم معين من المحصول . فهو نوع من الإيجار أو الشركة لا يخول الساقى إلا حقاً شخصياً .

٢٤١ - ثانياً : الحقوق العينية التبعية (١) :

الحقوق العينية التبعية هي الحقوق التي لا توجد مستقلة بذاتها ، وإنما تكون تابعة لحق شخص تضمن الوفاء به . ولهذا سميت بالتأمينات العينية . ذلك أن الحق الشخصي لا يتعلق بمال معين من أموال المدين ، فمحل عمله يقوم به المدين ، ولذلك لا يضمن الوفاء به إلا ما للدائن من حق الضمان العام على أموال المدين ، إذ القاعدة أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه . وهذا يعني أنه إذا لم يقم المدين بالوفاء الاختياري استطاع الدائن أن ينفذ بحقه على أي مال من أموال المدين كي يباع هذا المال جبراً ويقتضي الدائن حقه من الثمن . وحق الضمان الذي للدائن عام من ناحيتين :

الأولى : أن هذا الحق يشمل جميع أموال المدين وقت التنفيذ حتى ما كسبه منها بعد نشوء الدين . حيث يقتصر ضمان الدائن على ما عسى أن

(١) راجع في هذا الموضوع كتابنا في التأمينات العينية .

يكون لدى المدين من أموال وقت التنفيذ ، فلا يشمل ما قد يتصرف فيه المدين من أموال قبل هذا الوقت ، إذ أن الحق الشخصي لا ينصب على مال معين من أموال المدين كما قلنا . ومقتضى هذا أن يكون للمدين أن يتصرف في أي مال من أمواله دون أن يكون في استطاعة الدائن تتبع هذا المال والتنفيذ عليه بحقه .

والثانية : أن هذا الحق مقرر لجميع الدائنين على قدم المساواة ، فهم يتساوون فيه بصرف النظر عن تواريخ نشوء حقوقهم . ومقتضى هذا أنه إذا أعسر المدين ، بأن كانت أمواله غير كافية للوفاء بحقوق الدائنين جميعاً ، اقتسم هؤلاء تلك الأموال قسمة الغرماء ، حيث يأخذ كل منهم من ثمنها عند التنفيذ بنسبة دينه .

ويتضح من هذا أن الدائن العادي ، وهو صاحب الحق الشخصي ، يتعرض في استيفاء حقه لخطرين : الأول هو تصرف المدين في أمواله دون أن يكون في استطاعة الدائن تتبع هذا المال والتنفيذ عليه ، فقد يؤدي هذا إلى عدم تمكن الدائن من استيفاء حقه كله أو بعضه إذا لم يبق لدى المدين عند التنفيذ مال يكفي للوفاء . والثاني هو مزاحمة الدائنين الآخرين عند التنفيذ في حالة إعسار المدين .

لذلك هيا القانون للدائن عدة وسائل لتأمينه ضد هذين الخطرين ، أهمها الحقوق العينية التبعية . فالدائن الحريص يعمل على أن يكون له حق عيني تبعي ، أي تأمين عيني ، يكفل له الحصول على دينه ، إذ أن هذا الحق يؤمن الدائن ضد خطر تصرف المدين ، حيث يخول الدائن تتبع المال الذي ورد عليه الحق إذا تصرف فيه المدين في أي يد يكون للتنفيذ عليه . كما يؤمن الدائن ضد مزاحمة الدائنين الآخرين ، حيث يخوله التقدم في استيفاء حقه على غيره من الدائنين العاديين والدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية التاليين له في المرتبة .

تلك هي وظيفة الحقوق العينية التبعية . فبمقتضى الحق العيني التبعي لا يقتصر

ضمان حق الدائن على ذلك الضمان العام الذي يشترك فيه مع سائر الدائنين على قدم المساواة ، بل يكون له ضمان خاص على مال معين يكفل له استيفاء دينه على النحو الذي ذكرناه .

وتختلف الحقوق العينية التبعية باختلاف القوانين . ولذلك نجد بعض الاختلاف في شأنها بين القانون المصري والقانون اللبناني ، فنعرضها في كل منها .

٢٤٢ - الحقوق العينية التبعية في القانون المصري :

تتنوع هذه الحقوق في القانون المصري بحسب مصدرها : فمنها حقان ينشآن بالعقد ، وهما الرهن الرسمي والرهن الحيازي . وحق ينشأ بأمر من القاضي بناء على حكم ، وهو حق الاختصاص . وحقوق تنشأ بنص القانون ، وهي حقوق الامتياز . وتتناولها فيما يأتي :

١ - الرهن الرسمي : *Le droit d'hypothèque* حق الرهن الرسمي ، حق عيني تبعي يتقرر للدائن على عقار بواسطة عقد يتم بينه وبين الراهن ، فيكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء دينه من المقابل النقدي لذلك العقار في أي يد يكون .

فهذا النوع من الرهن ينشأ بموجب عقد رسمي . وطرفا العقد هما الدائن المرتهن والراهن . فالدائن المرتهن هو صاحب الحق الشخصي الذي يضمنه الرهن . والراهن قد يكون هو المدين في الحق الشخصي ، وقد يكون شخصاً آخر غير المدين يقدم عقاره لكي يرهن ضماناً لدين على غيره . ولا يرد هذا الرهن إلا على عقار . وفيه يبقى العقار المرهون في يد الراهن . ولا يحتج بالرهن على الغير إلا إذا تم شهره بطريق القيد . والغير يشمل الدائنين العاديين ، كما يشمل كل من كسب على العقار المرهون حقاً عينياً أصلياً أو تبعياً وقام بشهره بطريق التسجيل أو القيد . فإذا تم قيد الرهن كان للدائن أن يتقدم في استيفاء حقه من المقابل النقدي للعقار على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة أي أصحاب الحقوق العينية التبعية التي قيدت على العقار بعد قيد

رهنه . كما يكون له أن يتتبع العقار لينفذ عليه ويستوفي حقه على النحو المذكور ولو انتقلت ملكية العقار من الراهن الى الغير ما دام هذا الانتقال لاحقاً لقبول الرهن . فهذان هما حق التقدم وحق التتبع اللذان يثبتان للدائن المرتهن كغيره من أصحاب الحقوق العينية التبعية .

٢ - حق الاختصاص : حق الاختصاص Le droit d'affectation

حق عيني تبعية يتقرر للدائن على عقار للمدين بموجب أمر يصدر من القاضي بناء على حكم بالدين واجب التنفيذ ، فيكون للدائن بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة . في استيفاء دينه من المقابل النقدي لذلك العقار في أي يد يكون .

ويختلف هذا الحق عن الرهن الرسمي من حيث مصدره . فبينما ينشأ الرهن الرسمي بواسطة عقد يتم بين الدائن المرتهن والراهن ، يتقرر حق الاختصاص بمقتضى أمر يصدر من القاضي . إذ يجوز لكل دائن بيده حكم بالدين واجب التنفيذ أن يحصل من القاضي على أمر بالاختصاص على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين .

وفيما عدا هذا الاختلاف فيما يتعلق بالطريقة التي يكسب بها الحق ، فإن حق الاختصاص يسري عليه ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام ، ويكون للدائن الذي حصل على حق الاختصاص الحقوق ذاتها التي للدائن المرتهن رهناً رسمياً .

٣ - الرهن الحيازي : حق الرهن الحيازي Le droit de gage

عيني تبعية يتقرر للدائن بواسطة عقد بينه وبين الراهن على شيء يسلم إليه أو الى أجنبي ، فيكون له بمقتضاه أن يجبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء دينه من المقابل النقدي لذلك الشيء في أي يد يكون .

ويتفق هذا الحق مع الرهن الرسمي في أن مصدره العقد ، ولكن الحقين يختلفان من وجوه : ١ - فالرهن الرسمي يتقرر بمقتضى عقد رسمي ،

بينما يتقرر الرهن الحيازي بمقتضى عقد رضائي . ٢ - ولا يرد الرهن الرسمي إلا على عقار ، أما الرهن الحيازي فيرد على العقار والمنقول . ومن بين المنقولات التي يمكن أن يرد عليها الرهن الحيازي الديون أي الحقوق الشخصية . ٣ - وفي الرهن تبقى حيازة العقار المرهون للراهن ، بينما في الرهن الحيازي تنتقل حيازة الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان . ولذلك يلتزم الدائن أو الأجنبي الذي تسلم الشيء المرهون بالمحافظة عليه وإدارته واستثماره . ويكون الانتفاع بالشيء لحساب الراهن ، فما يحصل عليه الدائن أو الأجنبي من صافي الربح وما يستفيده من استعمال الشيء يخصم من الدين المضمون بالرهن . وانتقال الحيازة هذا إلى الدائن أو إلى أجنبي شرط لنفاذ الرهن في حق الغير ، وذلك بالإضافة إلى شروط أخرى تختلف باختلاف الشيء المرهون . فإذا كان الشيء عقاراً وجب قيد الرهن كما هي الحال في الرهن الرسمي وحق الاختصاص . وإذا كان الشيء منقولاً مادياً وجب أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ . وإذا كان المرهون ديناً عادياً وجب إعلان الرهن إلى المدين أو قبوله إياه . وإذا كان المرهون ديناً ثابتاً في سند رسمي وجب أن يكون هناك نزول يذكر فيه أنه تم على سبيل الضمان ويؤشر به على السند ويقيد في سجلات المؤسسة التي أصدرت السند ، وإذا كان الدين ثابتاً في سند إذني وجب تظهير السند بما يفيد أن القيمة للضمان ، وإذا كان الدين ثابتاً في سند لحامله وجب أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ كما هو الشأن بالنسبة إلى المنقول المادي . ٤ - وبالإضافة إلى حقي التقدم والتبعية اللذين يثبتان للدائن المرتهن رهناً رسمياً ، يثبت كذلك للدائن المرتهن رهناً حيازياً الحق في حبس الشيء المرهون في يده إلى حين استيفاء الدين . فإذا تصرف الراهن في الشيء المرهون كان للدائن المرتهن أن يمنع عن تسليمه إلى المتصرف إليه حتى يقضي له دينه .

(٤) حقوق الامتياز : حق الامتياز Le droit de privilège حق عيني تبعي يتقرر بمقتضى نص في القانون ضماناً للوفاء بدين معين مراعاة لصفته

على جميع أموال المدين ، أو على منقول أو عقار معين منها ، فيكون للدائن بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لهذه الأموال .

وهذا الحق لا يتقرر بعقد كالرهن، ولا بأمر من القاضي كحق الاختصاص، وإنما يتقرر بمقتضى نص في القانون . حيث قدر الشارع أن ثمة حقوق معينة تحتاج إلى رعاية خاصة فجعل لأصحابها حقوق امتياز لضمان الوفاء بها. وتقول المادة ١/١٣٠ مدني مصري في هذا المعنى: « الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته » . فهي أولوية تتقرر بمقتضى نص في القانون لمصلحة دائن يثبت له حق من نوع معين .

وتنقسم حقوق الامتياز من حيث الأموال التي ترد عنها إلى حقوق امتياز عامة ، وحقوق امتياز خاصة :

فحقوق الامتياز العامة ترد على جميع أموال المدين من منقول وعقار . وتختص هذه الحقوق بحكمين مختلفين فيها عن بقية الحقوق العينية التبعية . حيث أنها حقوق لا يجب شهرها ولو كان محلها عقاراً . كما أنها لا تخول صاحبها حق التبعية ، فإذا تصرف المدين في مال من أمواله فلا يجوز للدائن أن ينفذ عليه . فهي تخول الدائن فحسب حق التقدم في استيفاء دينه عند التنفيذ على ما يكون لدى المدين من أموال وقت هذا التنفيذ . ومن أمثلتها الامتياز المقرر لضمان ما هو مستحق عن ستة الأشهر الأخيرة من المبالغ المستحقة للخدم والكتابة والعمال وكل أجير آخر من أجورهم ورواتبهم ، والمبالغ المستحقة للموردين عما تم توريده للمدين من مأكلا وملبس ، والنفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه (م ١١٤١ مدني مصري) .

أما حقوق الامتياز الخاصة فتد على مال معين من أموال المدين ، سواء كان هذا المال منقولاً أم عقاراً. وهي تخول الدائن حق التقدم وحق التبعية. ومن أمثلة حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول الامتياز المقرر على المنقول ضماناً للمبالغ التي صرفت في حفظه وفيما يلزم له من ترميم (م ١١٤٠ مدني

مصري) ، وامتياز مؤجر العقار ضماناً لحقوقه الناشئة من عقد الإيجار على ما يكون موجوداً بالعين المؤجرة من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعي (م ١١٤٣ مدني مصري) ، وامتياز بائع المنقول على الشيء المبيع ضماناً للثمن وملحقاته (م ١١٤٥ مدني مصري) . ومن أمثلة حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار امتياز بائع العقار على العقار المبيع ضماناً للثمن وملحقاته (م ١١٤٧ مصري) ، وامتياز المقاولين والمهندسين المعماريين على المنشآت التي عهد إليهم في تشييدها أو ترميمها أو صيانتها ضماناً للمبالغ المستحقة لهم بسبب هذه الأعمال (م ١١٤٨ مدني مصري) .

ولا تخضع للشهر حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول . ولذلك لا يحتج بها على الغير الذي كسب حقاً على المنقول وانتقلت إليه حيازته وهو حسن النية لا يعلم بوجود الامتياز . وأما حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار فالقاعدة فيها ألا يحتج بها على الغير إلا إذا تم شهرها بطريق القيد (١) ، شأنها في ذلك شأن الرهن الرسمي .

٢٤٣ - الحقوق العينية التبعية في القانون اللبناني :

نصت المادة ١٠ من تقنين الملكية العقارية اللبناني على الحقوق العينية التبعية ، فذكرت الرهن ، والبيع بالوفاء ، والتأمين ، والامتياز . كما نصت المادة ٤٥٣ من تقنين أصول المحاكمات المدنية على التأمين الجبري بناء على حكم قضائي .

وتتنوع هذه الحقوق بحسب مصدرها : فمنها حقوق تنشأ بالعقد ، وهي الرهن والبيع بالوفاء والتأمين الرضائي . وحق ينشأ بناء على حكم ، وهو التأمين الجبري الناشئ عن حكم قضائي . وحقوق تنشأ بنص القانون ، وهي التأمين الجبري بحكم القانون وحقوق الامتياز . وتتناولها فيما يلي :

(١) يستثنى من ذلك حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة، إذ أن هذه الحقوق لا يجب فيها الشهر (م ٢/١١٣٤ مدني مصري) .

١ - الرهن : هو عبارة عن رهن حيازي . فهو حق عيني تبمي يتقرر للدائن بواسطة عقد بينه وبين الراهن على شيء يسلم اليه أو الى أجنبي يقال له العدل ، فيكون له بمقتضاه أن يحبس الشيء لحين استيفاء الدين ، وان يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء دينه من المقابل النقدي لذلك الشيء في أي يد يكون (م ١٠١ ملكية عقارية وم ١ و ٣ و ٤ و ١٦ من المرسوم الاشتراعي رقم ٤٦ بتاريخ ٢٠ تشرين الأول سنة ١٩٣٢ الخاص بعقد رهن المنقولات والملحق بتقنين الموجبات والعقود) . وهذا الحق يرد على العقار والمنقول ، ومن بين المنقولات التي يمكن أن يرد عليها الديون أي الحقوق الشخصية . واذا كان الشيء المرهون عقاراً وجب قيد الرهن في السجل العقاري .

وتنتقل حيازة الشيء المرهون الى الدائن أو الى أجنبي يعينه المتعاقدان ويقال له العدل . ولذلك يلتزم الدائن أو الأجنبي الذي تسلم الشيء المرهون بالمحافظة عليه وإدارته واستثماره . ويكون الانتفاع بالشيء لحساب الراهن ، فما يحصل عليه الدائن أو الأجنبي من صافي الربح وما يستفيد منه استعمال الشيء يخصم من الدين المضمون بالرهن . وبالإضافة الى حقي التقدم والتبعية اللذان يثبتان لصاحب الحق العيني ، يثبت كذلك للدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون في يده الى حين استيفاء الدين .

٢ - البيع بالوفاء : ويسميه القانون اللبناني كذلك « الرهن بطريق نقل الملكية » . وقد عرفته المادة ٩١ ملكية عقارية بأنه « بيع عقار شريطة أن يكون للبائع في أي وقت كان أو عند انقضاء المهلة المعينة حق استرداد المبيع مقابل رد الثمن وللمشتري حق استرداد الثمن عند رد المبيع » . ويلاحظ ان هذا البيع يختلف عن البيع الوفائي أو البيع مع اشتراط حق الاسترداد المنصوص عليه في المادة ٤٧٣ وما بعدها من تقنين الموجبات والعقود . فهذا النوع الأخير يكون بيعاً حقيقياً تنتقل فيه الملكية الى المشتري ،

إنما يشترط فيه استرداد المبيع مقابل رد الثمن في ميعاد معين، فإذا لم يستعمل البائع حقه في الاسترداد استقر الملك للمشتري (م ٤٧٦ موجبات وعقود). ويمكن أن يرد هذا النوع على المنقول والعقار .

أما البيع بالوفاء الذي نحن بصددده فهو في حقيقته رهن تنتقل الحيازة فيه الى المشتري ، ولا يرد إلا على العقار . وانتقال الملكية فيه الى المشتري أمر لا يتفق مع أحكامه ، وذلك على الرغم من تسمية الشارع اللبناني له بأنه رهن بطريق نقل الملكية . ويدل على ذلك أن من أحكامه ان غلة العقار تكون من حق البائع (م ٩٥ ملكية عقارية) ، وأنه إذا لم يرد البائع الثمن يحق للمشتري أن يطلب بيع العقار ليستوفي دينه من ثمنه (م ١٠٠ ملكية عقارية).

٣ - التامين : هو حق عيني تبعي يتقرر للدائن على عقار ، فيكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء دينه من المقابل النقدي لذلك العقار في أي يد يكون (م ١٢٠ و ١٢٧ و ١٤٥ ملكية عقارية) .

ولا يرد هذا التامين إلا على عقار . وفيه يبقى العقار المرهون في يد المدين الراهن . ويجب قيده في السجل العقاري . ويكون رضائياً أو جبرياً بحكم القانون (م ١٢٦ ملكية عقارية) او جبرياً بناء على حكم قضائي (م ٤٥٣ اصول محاكمات مدنية) .

١ - فالتامين الرضائي (مادة ١٢٨ ملكية) هو ما يسميه الشارع المصري الرهن الرسمي . حيث ينشأ بمقتضى عقد بين الدائن المرتهن والراهن .

٢ - والتامين الجبري بحكم القانون هو الذي ينشأ ويقيد في السجل العقاري حكماً ، أي بحكم القانون دون حاجة الى رضا صاحب العقار ، وذلك لضمان الوفاء بالديون التي نص عليها القانون في هذا الخصوص . وهذه الديون هي حقوق القصر والمهجورين فيتحمل بالتأمين أموال أوصياهم ، وحقوق المرأة المتزوجة فتتحمل بالتأمين عقارات الزوج ، وحقوق الدولة فتتحمل بالتأمين عقارات المدينين ، وحقوق البائع والمبادل والمقاسم فيتحمل بالتأمين العقار

المبيع او المبادل به او المقسوم ، وحقوق دائني التركة والموصي لهم فتتحمل بالتأمين عقارات التركة (م ١٣١ ملكية عقارية) .

٣ - والتأمين الجبري بناء على حكم قضائي (م ٤٥٣ اصول محاكمات مدنية) هو ما يسميه الشارع المصري حق الاختصاص . وهو يتقرر بمقتضى قرار يصدر من رئيس دائرة الاجراء ، إذ يجوز لكل دائن بيده حكم بالدين أن يحصل من رئيس هذه الدائرة على قرار بترتيب تأمين جبري على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين (م ٤٥٤ اصول محاكمات مدنية) . ويجوز الطعن في هذا القرار أمام المحكمة البدائية (م ٤٥٦ اصول المحاكمات المدنية) . ويقيد قرار رئيس دائرة الاجراء أو الحكم الذي أجاز انشاء التأمين في السجل العقاري (م ٤٥٧ اصول محاكمات مدنية) .

٤ - حقوق الامتياز: حق الامتياز ، كما في القانون المصري ، حق عيني تبعي يتقرر بمقتضى نص في القانون ضماناً للوفاء بدين معين مراعاة لصفته . وإنما تختلف حقوق الامتياز في القانون اللبناني عنها في القانون المصري في انه ليس من بينها حقوق امتياز عامة ترد على جميع أموال المدين ، وإنما هي جميعها حقوق امتياز خاصة ترد على مال معين من أموال المدين . كما انها لا تقيد في السجل العقاري إذا وردت على عقار (م ١١٩ ملكية عقارية) . ومن أمثلتها النفقات القضائية الناشئة عن بيع العقار (م ١١٨ ملكية عقارية) ، واجور العمال (م ٤٨ من قانون العمل اللبناني) .

٢٤٤ - الحقوق العينية وردت في القانون على سبيل الحصر :

رأينا أن الحقوق الشخصية لا تقع تحت حصر . فيجوز للأفراد أن يغيروا من أحكام الحقوق الشخصية التي نظمها القانون ، كما يمكنهم أن ينشئوا حقوقاً شخصية لم ينص عليها القانون ، ما دام ذلك في حدود النظام العام والآداب . أما الحقوق العينية فقد وردت في القانون على سبيل الحصر . حيث لا يجوز للأفراد أن ينشئوا حقوقاً عينية غير التي أحصاها القانون . ذلك أن نظام الملكية ، وهي أهم الحقوق العينية وأوسعها نطاقاً ، يتصل بالنظام العام

لتعلقه بالكيان الاقتصادي للمجتمع . ومن هذا لا يجرز الاتفاق على إنشاء حقوق عينية أصلية تقتطع من سلطات المالك على نحو لم ينظمه القانون ، لأن الشارع قد راعى في تحديده للحقوق المتفرعة عن الملكية ما يجب أن يكون عليه استغلال الأشياء في المجتمع . كما أن الحقوق العينية التبعية قد نظمها الشارع باعتبارها أساساً للائتمان ، وهذا يتصل اتصالاً وثيقاً بنظام المجتمع الاقتصادي .

وعليه فالقانون وحده هو الذي يحدد ما يمكن أن يكون للشخص من سلطة على الشيء ، لأن هذا يتصل بنظام المجتمع الاقتصادي ، ومن ثم يعتبر من النظام العام ، ومقتضى هذا أن تكون الحقوق العينية قد وردت في القانون على سبيل الحصر .

الفرع الثالث

التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني وأهميتها

٢٤٥ - أساس التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني :

رأينا أن الحق الشخصي يتمثل في علاقة بين شخصين ، بحيث لا يستطيع الدائن أن يباشره إلا بواسطة المدين ، ومن ثم تجتمع فيه ثلاثة عناصر أساسية هي صاحب الحق ومن عليه الحق ومحل الحق . أما الحق العيني فيتمثل في سلطة تنصب على شيء مادي العين ، حيث يستطيع صاحبه أن يباشره دون حاجة إلى وساطة أحد ، ومن ثم يوجد فيه عنصران أساسيان هما صاحب الحق ومحل الحق . وترجع هذه التفرقة بين الحقين إلى اختلاف المحل في كل منها عنه في الآخر ، فالحق الشخصي محله عمل يقوم به المدين ، أما الحق العيني فمحله شيء مادي معين .

٢٤٦ - محاولة هدم التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني والرد عليها :

هذه التفرقة التي ذكرنا ما بين الحق الشخصي والحق العيني صياغة تقليدية سائدة منذ عهد القانون الروماني حتى اليوم . وهي تفرقة أساسية في القانون المدني .

لكن بعض الفقهاء ، وعلى رأسهم الاستاذ بلانيول (١) ، حاول هدم هذه التفرقة بتقريب الحق العيني من الحق الشخصي . إذ يرى هؤلاء أن الحقوق جميعها عبارة عن روابط بين الأشخاص ، لأن القانون إنما ينظم الروابط بين الأشخاص . فالحق العيني كالحق الشخصي رابطة بين أشخاص ، ولا يمكن أن يقال إنه رابطة بين الشخص والشيء ، لأن هذه الرابطة لا تقوم إلا بين شخص وآخر . ويتضح ذلك إذا حللنا الحق العيني ، فإنا نجد فيه عناصر ثلاثة كالحق الشخصي ، هي صاحب الحق ومحل الحق ومن عليه الحق . وهذا العنصر الأخير الذي أغفله التعريف التقليدي للحق العيني هو الناس كافة ما عدا صاحب الحق ، وهم يلتزمون بالتزام سلبى محض هو أن يمتنعوا عن كل ما يعكر الحياة الهادئة التي يتمتع بها صاحب الحق . وعليه يكون الحق العيني رابطة ملزمة بين صاحب الحق ومن عداه من الناس . وهذه الرابطة التي تلزم كافة ما عدا صاحب الحق تتضح حينما يعتدي أحد على الحق العيني ، فحينئذ يتحدد من عليه الحق ويبدو أنه قد أخل بالتزام كان واقعاً عليه .

أما السلطة المباشرة على الشيء التي يقوم عليها التعريف التقليدي للحق العيني فهي ما يسميه القانون بالحيازة . والحيازة كما تكون للمالك ، وهو صاحب حق عيني ، تكون كذلك للسارق ، فكلاهما له سلطة فعلية على الشيء ، وإنما يفرق بينهما أن أحداً لا يلتزم باحترام حيازة السارق ، بينما يلتزم الناس باحترام حيازة المالك . ومرد هذه التفرقة إلى ما هنالك من علاقة ملزمة تربط كافة بالمالك ، بينما لا يوجد شيء من ذلك بالنسبة إلى السارق .

(١) بلانيول ، القانون المدني ج ١ ، فقرة ٢١٥٩ و ٢١٦٠ .

فطبيعة الحق لا تعتمد على استعمال الشيء، في ذاته ، وإنما على العلاقات التي تربط صاحب الحق بغيره من الناس .

وهذا النظر مردود من وجوه : ذلك أن الحق العيني لم يعرف بأنه رابطة بين الشخص والشيء محل الحق ، لأن الرابطة لا تقوم حقيقة إلا بين أشخاص ، وإنما قيل عنه إنه سلطة للشخص على الشيء . والالتزام المزعوم الذي يقع على عاتق الناس جميعاً باحترام الحق العيني ليس التزاماً محدداً يكون من شأنه أن يوجد رابطة معينة بين صاحب الحق وغيره من الناس ، وإنما هو الواجب العام الذي يقع على الكافة بالنسبة إلى أي حق والذي يوجب عليهم احترام هذا الحق . فهو من هذا موجود كذلك بالنسبة إلى الحق الشخصي . فلو أن أحداً جعل المدين في الحق الشخصي يخل بالتزامه كان مسؤولاً ووجب عليه التعويض . وإنما يوجد زيادة على هذا الواجب العام في الحق الشخصي واجب خاص يتمثل في الالتزام الذي يقع على عاتق شخص معين هو المدين والذي يفرض عليه أن يقوم بعمل معين أو إن يمتنع عن عمل معين ، وهذا الواجب الخاص لا وجود له في الحق العيني . ثم إن هذا الواجب العام لا يتصور إلزام الكافة به إلا بالنسبة إلى حق كامل قائم ، فهو لا يمكن إذا أن يكون من العناصر المكونة للحق العيني ، بينما التزام المدين في الحق الشخصي عنصر لا يقوم هذا الحق إلا به . وإذا كان الاعتداء على الحق العيني يؤدي إلى ظهور شخص معين يلتزم بالتعويض فإن هذا الشخص لا يكون مديناً في الحق العيني ، وإنما هو مدين في الحق في التعويض ، وهذا حق شخصي يترتب لصاحب الحق العيني المعتدى عليه وتتمثل فيه الحماية القانونية للحق العيني وغيره من الحقوق . وكون الناس يلتزمون باحترام حيازة المالك ولا يلتزمون باحترام حيازة السارق لا يرجع إلى نوع العلاقة التي تربط الحائز بالناس ، وإنما يرجع إلى أن القانون يعترف للمالك بسلطة على الشيء ولا يعترف بها للسارق ، وهذه السلطة القانونية هي الجوهر المميز للحق العيني . وفضلاً عن كل هذا فإن الواجب العام باحترام الحق العيني وغيره من الحقوق لا يعتبر عبثاً ولا يظهر

عنصراً في الذمة ، ولا حصر للواجبات العامة التي تقع على عاتق كل فرد ، أما التزام المدين في الحق الشخصي فواجب خاص يكون عبئاً عليه ويظهر عنصراً سلبياً في ذمته . ومقتضى هذا أن الحق العيني لا يمثله سوى عنصر إيجابي في ذمة صاحبه ، بينما الحق الشخصي يمثله عنصر إيجابي في ذمة الدائن يقابله عنصر سلبى في ذمة المدين .

٢٤٧ - بقاء التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني وأهميتها :

لم يكن من شأن المحاولة التي ناقشناها الآن أن تنال من أهمية التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني في قليل أو كثير . فقد وضح من مناقشتنا أنها تفرقة تتصل بجوهر كل من الحقين . ولهذا كانت لها أهميتها من وجوه كثيرة نذكر منها ما يأتي :

(١) ما دام الحق العيني سلطة مباشرة على شيء فإن وجود هذا الحق يستلزم حتماً توافر الأمرين الآتين :

الأول : أن يكون الشيء حالاً ، بمعنى ان يكون موجوداً . فإذا كان الشيء مستقبلاً ، أي لم يوجد وقت التعاقد ، كان الحق الذي يهد للحصول عليه حقاً شخصياً . ولذلك فإن العقود التي ترد على أشياء مستقبلية ، كبيع المحصول قبل ظهوره ، لا تنشأ سوى حقوقاً شخصية محلها عمل المدين وهو إعطاء شيء . حيث يكون حق المشتري قبل وجود الشيء المبيع حقاً شخصياً . فإذا وجد الشيء المبيع ، وهو ما يتحقق حينما ينفذ البائع التزامه ، أصبح حق المشتري حقاً عينياً .

والثاني : أن يكون الشيء معيناً بالذات . فإذا كان الشيء معيناً بالنوع كان الحق الذي يهد للحصول عليه حقاً شخصياً . فإذا باع تاجر خمسين أردباً من القمح من درجة معلومة كان حق المشتري حقاً شخصياً محلها عمل يلتزم به البائع هو أن يقوم بفرز المبيع وتسليمه إلى المشتري . فإذا تم فرز المبيع أصبح المشتري مالكا أي صاحب حق عيني ، لأنه إذ ذاك يتعين الشيء محل الحق بذاته . (٢) يترتب على كون الحق العيني سلطة مباشرة على شيء أن يكون في

استطاعة صاحبه أن يباشره على الشيء في أي يد يكون . فهو يتتبع الشيء محل الحق إذا انتقلت حيازته إلى شخص آخر ، حيث يتمسك بحقه ضد كل من يحوز الشيء . وهذا هو ما يقال له حق التتبع *droit de suite* . وهو يوجد بالنسبة إلى جميع الحقوق العينية ، الأصلية منها والتبعية . فالمالك الذي يخرج الشيء المملوك من يده ، كأن يصبح في يد غاصب أو سارق ، يمكنه أن يتتبع الشيء بمقتضى حقه العيني فيطالب به ضد من يحوزه . ولصاحب حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى أن يباشر حقه على الشيء ولو باع المالك الشيء إلى شخص آخر . ولصاحب حق الارتفاق أن يباشر حقه على العقار المرتفق به أياً كان الشخص الذي يحوزه . ولصاحب الحق العيني التبعية ، كالدائن المرتهن ، أن ينفذ على الشيء المحمل بالحق ولو كان المدين قد تصرف فيه إلى شخص آخر ، وقد رأينا ذلك فيما تقدم .

أما الحق الشخصي فلا يخول صاحبه حق التتبع ، إذ هو حق الدائن في مطالبة مدينه بعمل ، فهو إذاً لا ينصب مباشرة على شيء مملوك للمدين ، ومن هذا لا يمكن لصاحبه أن يتتبع ما يتصرف فيه المدين من أمواله . فإذا اشترى شخص من تاجر كمية من القطن دون تعيين للقطن المباع بذاته كان حق المشتري حقاً شخصياً ، فإذا باع التاجر ما لديه من قطن إلى شخص آخر فلا يكون للمشتري الأول أن يطالب المشتري الثاني بشيء ، إذ ليس له على القطن أي حق عيني ، وإنما يقتصر حقه على مطالبة البائع . وإذا اشترى شخص من آخر عقاراً كقطعة أرض فلا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا بالتسجيل أو القيد ، أما قبل تمام التسجيل فلا يكون للمشتري إلا حق شخصي محله عمل يلزم به البائع هو أن يقوم بنقل الملكية إلى المشتري ، فإذا فرضنا أن غاصباً استحوذ على العقار قبل التسجيل فلا يكون للمشتري أن يرجع على الغاصب بدعوى استحقاق العقار ، إذ ليس له حق عيني على العقار ، وإنما يقتصر حقه على مطالبة البائع .

(٣) ويترتب على ذلك أيضاً أن يأمن صاحب الحق العيني مزاحمة غيره

في حدود مضمون حقه ، فهو يفضل في هذه الحدود على غيره ممن يتمكن بحق يتعارض من مع مضمون حقه . وهذا هو ما يقال له حق التقدم أو الأولوية أو الأفضلية *droit de préférence* . وهو يوجد بالنسبة إلى جميع الحقوق العينية ، سواء كانت أصلية أو تبعية . فلو أن عقاراً بيع لشخصين مختلفين ، فسبق أحدهما إلى تسجيل أو قيد عقده ، فإنه يفضل على المشتري الآخر فيحصل على العقار لأن التسجيل يجعله مالكا أي صاحب حق عيني ، بينما يظل الآخر دائماً شخصياً ليس له أي حق على العقار يمكنه من مزاحة المشتري الأول . وإذا قام الدائنون بالتنفيذ بحقوقهم على عقار مرهون ، فبيع جبراً بالمزاد ، كان للدائن المرتهن أن يستوفي حقه من ثمن العقار قبل غيره من الدائنين الشخصيين .

أما الحق الشخصي فلا يخول صاحبه أفضلية ما ، لأن محله عمل يقوم به المدين . فإذا تعدد الدائنون الشخصيون كانوا جميعاً سواء بصرف النظر عن تواريخ نشوء حقوقهم ، فإذا أعسر المدين وبيعت أمواله اقتسم هؤلاء الدائنون ثمن هذه الأموال فيما بينهم قسمة غرماء . وإذا تعدد الدائنون أصحاب الحقوق العينية التبعية فالأولوية بينهم تكون بحسب الأسبقية في شهر حقوقهم أو ثبوت تاريخ هذه الحقوق . وإذا اجتمع دائنون من هؤلاء وهؤلاء فالأولوية تكون لصاحب الحق العيني إطلاقاً .

(٤) يختلف الحق العيني عن الحق الشخصي من ناحية المدة .

فحق الملكية ، وهو أهم الحقوق العينية وأوسعها نطاقاً ، الأصل فيه أن يكون مؤبداً ، بمعنى أنه لا يتحتم توقيته بزمن معين . وكذلك الحكم بالنسبة إلى حق الارتفاق . ويرجع ذلك إلى أن هذا الحق أو ذاك يتمثل في سلطة تنصب على شيء معين ، فيصح أن تظل هذه السلطة قائمة طالما كان الشيء محل الحق موجوداً . غير أن القانون يحتم التوقيت بالنسبة إلى الحقوق العينية الأصلية الأخرى . فحق الانتفاع ينتهي حتماً بموت المنتفع إن لم ينقض بانتهاه أجله قبل ذلك (م ٣٢ / ١ ملكية عقارية لبناني و م ٩٩٣ مدني مصري) ،

وحق الاستعمال وحق السكنى يسري عليها هذا الحكم أيضاً (م ٩٩٨ مدني مصري) ، وحق الحكر في القانون المصري لا يجوز أن يكون لمدة تزيد على ستين سنة (م ٩٩٩ مدني مصري) ، ومثله حق الإجارة العينية (المساقاة) في القانون اللبناني إذ يجب ألا تزيد مدته على تسع وتسعين سنة (م ١ من القرار رقم ١٢ الصادر في ١٦ كانون الثاني سنة ١٩٣٤) . وهذا التوقيت الذي يقضي به القانون يعتبر من النظام العام ، بحيث يقع الاتفاق على خلافه باطلاً . والعملة في ذلك أن من المرغوب فيه اقتصادياً ضم ما تفرق من عناصر الملكية ، كي تجتمع للمالك سلطاته كاملة على الشيء فيصبح في استطاعته أن يستغل ملكه على خير وجه .

وفيما يتعلق بالحقوق العينية التبعية فقد رأينا أنها لا توجد إلا مستندة الى حق شخصي تضمن الوفاء به ، وبذلك تكون تابعة له فيسري عليها حكمه . ومن ثم تكون هذه الحقوق مؤقتة كالحق الشخصي الذي تضمنه ، فتنقضي بانتهائه . فمثلاً حق الرهن الذي يعقد ضماناً لدين ينقضي بوفاء هذا الدين . أما الحقوق الشخصية فينحتم فيها أن تكون مؤقتة . وينطبق هذا بصفة مطلقة على هذه الحقوق جميعها . ذلك أنها تتمثل في رابطة بين شخصين تخول أحدهما مطالبة الآخر بعمل معين . والتزام المدين بهذا العمل يعتبر قيداً على حريته الشخصية ، تلك الحرية التي تعتبر من النظام العام ، ومن ثم لا يمكن لهذا القيد أن يرد عليها إلى الأبد ، بل يتعين أن يكون مؤقتاً ، أي لمدة محددة لا تستغرق حياة المدين ..

ومراعاة لهذا الاعتبار نصت المادة ١٣ من قانون العمل اللبناني (الصادر في ١٩٤٦/٩/٢٣) والمادة ٦٥٢ موجبات وعقود لبناني ، وكذلك المادة ٧٢ من قانون العمل المصري (القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩) على أنه إذا كان العقد غير محدد المدة جاز لكل من الطرفين إلغاؤه بعد إعلان الطرف الآخر . كما نصت المادة ٦٧٨ / ٢ مدني مصري على أنه « إذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات ، جاز للعامل

بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد فهذه النصوص وكثير غيرها ليست سوى تطبيقاً للقاعدة العامة التي توجب أن يكون الحق الشخصي لمدة معينة لا تستغرق حياة المدين .

(٥) يصح أن ترد الحيازة على الحقوق العينية الاصلية والحقوق العينية التبعية التي تستلزم حيازة الدائن للشيء المحمل بالحق كما هي الحال في الرهن الحيازة . ولذلك يجوز أن تكسب هذه الحقوق بالحيازة أو بالتقادم .

أما الحقوق الشخصية فلا ترد عليها الحيازة . ولذلك لا يجوز أن تكسب بالحيازة أو بالتقادم . ويستثنى من ذلك الدين الثابت في سند لحامله ، حيث يأخذ حكم المنقول المادي ، فيكسبه من يحوزة بمقتضى سبب صحيح إذا كان حسن النية وقت حيازته (م ٩٧٦ مدني مصرى و م ٣٠٧ أصول محاكمات مدنية لبناني) .

ويرجع هذا الفارق إلى أن الحق العيني يتمثل في سلطة على الشيء ، فهو من هذا يقبل الحيازة . بينما يتمثل الحق الشخصي في علاقة بين شخصين ، ومن ثم لا يقبل الحيازة .

الفرع الرابع

الحق المعنوي

٢٤٨ - تعريف الحق المعنوي :

يراد بالحق المعنوي الملكية المعنوية (١) . فهو حق يرد على شيء معنوي أو غير مادي . فهو إما أن يرد على نتاج ذهني أياً كان نوعه ، كحق المؤلف إن كان عالماً أو كاتباً في مصنفاة العلية أو الأدبية ، وإن كان فنانياً في

(١) راجع في تفصيل هذا الموضوع كتابنا في حق الملكية فقرة ١٩٠ - ٢٣٦ .

مبتكراته الفنية ، وحق المخترع في اختراعاته الصناعية . وإما أن يرد على قيمة من القيم التي تجتذب العملاء وتعتبر ثمرة للنشاط، وهي تدخل في المقومات المعنوية للمحل التجاري ، كحق التاجر في الإسم التجاري والعلامة التجارية وثقة العملاء . حيث ثبت لصاحب هذا الحق أبوة نتاجه الذهني أو ثمرة نشاطه ، فيكون له تبعاً لذلك أن يحتكر استغلال هذه الثمرة أو ذلك النتاج.

٢٤٩ - طبيعة الحق المعنوي والتفرقة بينه وبين الحق العيني :

يعتبر الحق المعنوي صورة خاصة للملكية ، حيث ترد الملكية هنا على شيء غير مادي ، وهذا هو الذي يفرق بين الحق المعنوي والحق العيني من حيث الطبيعة . فالملكية باعتبارها حقاً عينياً ترد على شيء مادي معين . أما الملكية باعتبارها حقاً معنوياً فتد على شيء غير مادي . ومقتضى هذا الفارق أن تختص الملكية المعنوية بأحكام تختلف عن أحكام الملكية العادية .

وينهض بهذا التكييف ، أي باعتبار الحق المعنوي حق ملكية ، أمران : الأول أن الشيء غير المادي الذي يرد عليه هذا الحق يكون ثمرة لعمل صاحب الحق الذهني أو لنشاطه ، فهو إما أن يكون نتاجاً ذهنياً أو قيمة من القيم التجارية التي تعتبر ثمرة للنشاط ، بحيث تثبت لصاحب الحق أبوة خالصة عليه . والثاني أن هذا الحق يخول صاحبه احتكار استغلال ذلك النتاج أو هذه القيمة ، سواء كان ذلك بالانتفاع أو بالتصرف .

وقد وجه الى هذا التكييف اعتراضان : الأول أن الملكية حق مؤبد ، بينما الحق المعنوي في أغلب صورته ليس مؤبداً . غير أن هذا الاعتراض مردود بأن التأبيد لا يعتبر خاصة جوهرية لحق الملكية . والثاني أن المالك له أن يستأثر باستعمال ملكه والإفادة منه ، أما صاحب الحق المعنوي فلا يستطيع في أغلب حالاته أن يستأثر بذلك . غير أن هذا الاعتراض يرد عليه بأن الفارق مرجعه الى طبيعة الحق المعنوي باعتباره وارداً على شيء معنوي لا

تتحقق الفائدة منه إلا بذيوعه بين الناس. ولهذا قلنا إننا بصدد صورة خاصة للملكية تنفرد بأحكام خاصة .

ويلاحظ أن محل الحق المعنوي هو النتاج الذهني أو القيمة المعنوية، وليس الجسم المادي الذي يظهر فيه ذلك النتاج أو هذه القيمة . فحق المؤلف مثلا يرد على المصنف ، أي الأفكار التي يبتكرها المؤلف ، وهي شيء معنوي أو غير مادي . أما الجسم المادي الذي تظهر فيه هذه الأفكار ، كصفحات الكتاب التي دون فيها المصنف، أو الحجر الذي نحت فيه التمثال، أو اللوحة التي رسمت عليها الصورة ، أو نحو ذلك ، فليس هو محل ذلك الحق .

٢٥٠ - أنواع الحقوق المعنوية :

تندرج تحت الملكية المعنوية طوائف مختلفة من الحقوق المعنوية تختلف في كنهها اختلافاً يؤدي الى تباين في القواعد التي تحكم كلا منها .

فهناك حقوق المؤلفين والمخترعين، وهي التي يقال لها الحقوق الذهنية، حيث ترد على نتاج ذهني ، فيكون لها ناحية أدبية ترتبط بالشخص ارتباطاً وثيقاً ، وناحية أخرى مالية .

ويعتبر من قبيل حقوق المؤلفين حق المرسل باعتباره مؤلفاً على ما جاء في الرسالة من أفكار لها قيمتها العلمية أو الأدبية أو التاريخية أو الإخبارية بحيث يكون هناك مبرر لنشرها . فهذا الحق يعتبر ملكية معنوية تثبت للمرسل رغم ملكية المرسل إليه للرسالة باعتبارها شيئاً مادياً .

وهناك الحقوق التي ترد على قيم تجارية معنوية ، وهي تدخل في العناصر المعنوية للمحل التجاري ، ويقال لها الحقوق المتعلقة بالعملاء .

وقد اصطلح على تسمية حقوق المؤلفين على مصنفتهم العلمية والأدبية والفنية بالملكية الأدبية والفنية . كما اصطلح على تسمية الحقوق المتعلقة بالاختراعات ، والرسوم والنماذج ، والعلامات والبيانات التجارية ، والأسماء التجارية بالملكية الصناعية .

٢٥١ - تاريخ الاتفاق الدولي والتشريع الداخلي لحماية الحقوق المعنوية :

نظمت التشريعات الوطنية لأغلب الدول الحديثة الحقوق المعنوية ، سواء كانت من قبيل الملكية الأدبية والفنية ، أو كانت من قبيل الملكية الصناعية . ولم يقتصر الأمر على ذلك ، بل ان الحاجة دعت إلى عقد إتفاقيات دولية في هذا الخصوص . ذلك أن انتشار الاختراعات في أنحاء العالم المختلفة وتداول المنتجات بين الدول وذيوع المصنفات العلمية والأدبية والفنية على نطاق عالمي شامل لا تحد منه حواجز أو حدود ، كل هذا جعل من الضروري أن تبرم إتفاقيات دولية تكفل حماية الحقوق المعنوية لأصحابها خارج نطاق دولهم ، فتلتزم بهذه الحماية كل دولة كانت طرفاً في هذه الإتفاقيات .

فعمدت إتفاقيات دولية في خصوص الملكية الصناعية ، أهمها إتفاقية باريس المبرمة في ٢٠ مارس سنة ١٨٨٣ والخاصة بحماية الملكية الصناعية في جميع نواحيها^(١) ، وإتفاقية مدريد المبرمة في ١٤ أبريل سنة ١٨٩١ والخاصة بوضع نظام دولي لتسجيل العلامات والبيانات التجارية ، وإتفاقية لاهاي المبرمة في ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٥ والخاصة بوضع نظام دولي لتسجيل الرسوم والنماذج الصناعية . وقد أدخلت تعديلات لاحقة على هذه الإتفاقيات .

كذلك عقدت إتفاقيات دولية في خصوص حقوق المؤلفين ، أهمها إتفاقية برن التي أبرمت في ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٦ الخاصة بحماية هذه الحقوق . وقد عدلت هذه الإتفاقية عدة مرات بما يوسع من نطاق الحماية ويجعلها تسير التطور في وسائل النشر ، فعدلت في مؤتمر باريس سنة ١٨٩٦ ، ثم في مؤتمر برلين سنة ١٩٠٨ ، ثم في مؤتمر روما سنة ١٩٢٨ ، وكان آخر هذه التعديلات ما تم في مؤتمر بروكسل الذي عقد في ٢٦ يونيو سنة ١٩٤٨ . وأخيراً قامت

(١) نصت المادة الأولى من هذه الإتفاقية على أن حماية الملكية الصناعية تشمل براءات الاختراع ، والرسوم والنماذج ، والعلامات الصناعية والتجارية ، والأسماء التجارية ، والبيانات المتعلقة بمصادر السلع ، ومكافحة المنافسة غير المشروعة .

مؤسسة اليونسكو التابعة لهيئة الأمم المتحدة بتنظيم عقد اتفاقية عالمية وقع عليها في جنيف في ٦ سبتمبر سنة ١٩٥٢ .
وقد أنشئت في باريس منذ سنة ١٨٧٨ الجمعية الأدبية والفنية الدولية للعمل على حماية حقوق المؤلفين في الدول المختلفة. وأسفرت جهود هذه الجمعية عن عقد اتفاقية برن المشار إليها . وبمقتضى هذه الاتفاقية أنشئ في برن مكتب الاتحاد الدولي لحماية المصنفات الأدبية والفنية ، وهو تابع للحكومة السويسرية .

وفي القانون اللبناني أصدر الشارع القرار رقم ٢٣٨٥ بتاريخ ١٧ كانون الثاني سنة ١٩٢٤ بنظام حقوق الملكية التجارية والصناعية . ورغم هذه التسمية المحدودة للقرار فإنه يشمل ، فضلاً عن تنظيم الملكية التجارية والصناعية ، تنظيم حقوق المؤلفين ، وهي التي يسميها القرار «الملكية الكتابية والفنية» . وأدخلت على هذا القرار تعديلات عديدة أهمها التعديل بمقتضى القانون الصادر في ٣١ كانون الثاني سنة ١٩٤٦ . وقد انضم لبنان إلى أهم الاتفاقيات الدولية المذكورة ، وهي اتفاقية برن المعدلة والخاصة بحماية حقوق المؤلفين (بمقتضى القرار رقم ١٤١ بتاريخ ٢٨ حزيران سنة ١٩٣٤) ، واتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية ، واتفاقية مدريد الخاصة بوضع نظام دولي لتسجيل العلامات والبيانات التجارية (بمقتضى القرار رقم ١٩٥٢ بتاريخ ١٩ تموز سنة ١٩٣٩) .

وفي القانون المصري أصدر الشارع القوانين التي تكفل حماية الملكية الصناعية . فأصدر القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بالعلامات والبيانات التجارية ، ثم القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، ثم القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ الخاص بالأسماء التجارية . وقد انضمت مصر بعد ذلك إلى الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية الملكية الصناعية التي تقدم ذكرها . حيث صدر القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٠ بالموافقة على هذه الاتفاقيات ، ثم أعقبه المرسوم الصادر في ٢١ مايو سنة ١٩٥١

الخاص بإصدار هذه الاتفاقيات والعمل بها . وبذلك أصبحت هذه الاتفاقيات مكملة للقوانين المصرية الخاصة بحماية الملكية الصناعية . وفيما يتعلق بحقوق المؤلفين أصدر الشارع القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف . وقد اهتمدى الشارع في هذا القانون بالمبادئ التي قررتها الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية حقوق المؤلفين . غير أنه مع ذلك لم تنضم مصر حتى الآن إلى الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية هذه الحقوق .
وسنقتصر في هذا المقام على الكلام في حق المؤلف .

٢٥٢ - حق المؤلف :

حق المؤلف droit d'auteur ، أو الملكية الأدبية الفنية ، هو عبارة عن مجموعة المزايا الأدبية والمالية التي تثبت للعالم أو الكاتب أو الفنان على مصنفه . وتتناول فيما يلي المصنفات التي يحمي القانون مؤلفيها ، ثم نحدد مضمون حق المؤلف .

٢٥٣ - أولاً : المصنفات التي يحمي القانون مؤلفيها :

نصت المادة الأولى فقرة أولى من القانون المصري رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف على أنه « يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات المتكورة في الآداب والفنون والعلوم أياً كان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض من تصنيفها » . ونصت المادة ١٣٧ من القرار اللبناني رقم ٢٣٨٥ بتاريخ ١٧ كانون الثاني سنة ١٩٢٤ بنظام حقوق الملكية التجارية والصناعية على « أن الشخص الذي يبتكر أثراً أدبياً أو فنياً له من مجرد ابتكاره حق الملكية المطلقة على هذا الأثر ... » .
ومن هذا نتبين ما هي المصنفات المتكورة ، وكيف يتحدد شخص المؤلف .

ليس المقصود بالمؤلف في هذا المقام ذلك المعنى الضيق الذي ينحصر فيمن يبسط أفكاره في كتاب، وإنما يعني كل من ينتج إنتاجاً ذهنياً أياً كان نوعه. فالعالم والكاتب والمثال والرسام والمصور والموسيقي والمحاضر والخطيب، كل من هؤلاء مؤلف ما دام ينطوي إنتاجه على قدر من الابتكار.

ويعتبر المخترع في حقيقته مؤلفاً، لأنه يقوم بإنتاج ذهني يؤدي إلى خلق جديد في عالم الصناعة. وكذلك يعتبر مؤلفاً من يضع العلامات والبيانات التجارية، أو يصمم الرسوم والنماذج الصناعية، ما دام ينطوي عمله على خلق جديد. لكن هؤلاء تتكفل بحمايتهم قوانين خاصة أخرى، حيث تعتبر أعمالهم مما يدخل في نطاق الملكية الصناعية.

ولا يقتصر معنى المصنف على الكتاب، بل ينصرف إلى كل نتاج ذهني أياً كانت طريقة التعبير عنه، حيث يستوى أن يكون هذا التعبير بطريق الكتابة أو الصوت أو الرسم أو الحركة (٢/٢ من القانون المصري المذكور وم ١٣٨ من القرار اللبناني المذكور).

ومناط ثبوت حق المؤلف أن يتضمن المصنف قدراً من الابتكار، بمعنى أن يتميز المصنف بطابع أصيل إما في الإنشاء أو في التعبير. أي يكون من شأن هذا الطابع أن يبرز شخصية المؤلف إما في مقومات الفكرة التي عرضها أو في الطريقة التي اتخذها لعرض هذه الفكرة. حيث يستوي لتوافر عنصر الابتكار أن يأتي المؤلف بأفكار جديدة، أو يقوم بترجمة مصنف إلى لغة أخرى أو بتحويله إلى لون آخر أو بتلخيصه أو بتحويله أو بتعديله أو بشرحه أو بالتعليق عليه بأية صورة تظهره في شكل جديد (م ١/٣ من القانون المصري المذكور وم ١٣٩ من القرار اللبناني المذكور).

ولا عبرة بأهمية المصنف. فمتى تحقق الابتكار أصبحت الحماية واجبة^(١)

(١) لا يقتصر الشارع، سواء في القانون اللبناني أو في القانون المصري، على كفالة الحماية =

حتى لو كان المصنف لا يقرؤه سوى العامة من الناس .
والأصل كذلك ألا عبءة بالعرض المقصود من التصنيف أو النشر . حيث
يستوي أن يكون الغرض علمياً أو أدبياً أو فنياً ، أو حتى غرضاً عملياً كما
هي الحال بالنسبة الى التقاويم الفلكية أو الجوية والكتالوجات التي تروج
لنوع معين من البضائع . إلا أن هناك استثناءات ترد على هذا الأصل ،
وذلك في الحالات الآتية :

١ - الوثائق الرسمية : لا تشمل الحماية مجموعات الوثائق الرسمية كنصوص
القوانين والمراسيم واللوائح والقرارات التنظيمية والاتفاقات الدولية والأحكام
القضائية وغير ذلك من الوثائق الرسمية . إذ أن الغرض الذي من أجله صدرت
هذه الوثائق ينأى بها عن أن تكون محلاً للملكية خاصة ، بل يقتضي أن
تؤول بمجرد نشرها الى الملك العام للناس جميعاً . وذلك ما لم تكن هذه
الوثائق قد جمعت وفقاً لترتيب خاص أو لخصت بحيث يظهر فيها أثر الجهود
الشخصي ، إذ تصبح في هذه الحالة جديرة بالحماية (م ٤ من القانون المصري
المذكور وم ١٤٢ من القرار اللبناني المذكور) .

٢ - المقالات والأخبار الصحفية : فيما يتعلق بالمقالات الصحفية العلمية
أو الأدبية أو الفنية ، وكذلك الروايات ونحوها ، لا يجوز للصحف الأخرى
أو النشرات الدورية أن تنقلها إلا بموافقة مؤلفيها . إنما يجوز لهذه الصحف
الأخرى أو النشرات أن تنشر خلاصات لتلك المصنفات بغير إذن مؤلفيها .
وفما يتعلق بالمقالات الصحفية الخاصة بمناقشات في أمور عامة تشغل الرأي
العام في وقت معين ، سواء أكانت هذه الأمور سياسية أو اقتصادية أو علمية
أو دينية ، يجوز للصحف الأخرى أو النشرات الدورية أن تنقلها ما دام لم

= المدنية لحق المؤلف بإعطائه الحق في التعويض ، بل انه يعزز هذه الحماية المدنية بحماية جنائية
(م ٤٧ من القانون المصري المذكور وم ١٦٩ - ١٧١ من القرار اللبناني المذكور وم ٧٢٠
- ٧٢٩ عقوبات لبناني) . غير أن الشارع اللبناني يوجب لمباشرة المؤلف حقه في المطالبة
بالتعويض ايداع المصنف قبيل رفع الدعوى (م ١٣٧ و ١٥٨ - ١٦٢ من القرار اللبناني
المذكور) .

يرد في الصحيفة المنقول عنها ما يحرم هذا النقل صراحة .
وسواء في هذه الحالة أو تلك فإنه يجب ذكر المصدر بصفة واضحة واسم
المؤلف إن كان قد وقع مؤلفه .

ولا تشمل الحماية الأخبار اليومية والحوادث المختلفة التي لها طابع الأخبار
العادية (م ١٤ من القانون المصري المذكور وم ١٤١ من القرار اللبناني المذكور).
٣ - المصنفات الشفوية : الأصل أن المصنفات الشفوية ، كالمحاضرات والخطب
والمواعظ ، تشملها الحماية . غير أنه يستثنى من هذا الأصل الخطب والمحاضرات
والأحاديث التي تلقى في الجلسات العلنية للهيئات والاجتماعات العامة وتكون
موجهة الى السكافة ، وكذلك المرافعات القضائية العلنية ، حيث يجوز أن تنشر
أو تذاع دون إذن صاحبها ، بشرط أن يكون ذلك على سبيل الاخبار
(م ١٥ من القانون المصري المذكور وم ١٤٢ من القرار اللبناني المذكور) .

٢٥٥ - (٢) تحديد شخص المؤلف :

الغالب أن يكون المصنف من تأليف مؤلف واحد . وقد يقوم أكثر من
شخص بوضع المصنف بناء على تكليف من شخص آخر ، وهو ما يقال له
المصنف الجماعي . وقد يكون المصنف مشتركاً :

١ - المصنف الذي يؤلفه مؤلف واحد : هذا هو الفرض الغالب . وللمؤلف
الحق في أن ينشر مصنفه باسمه . كما أن له أن ينشره باسم مستعار ، أو بدون
اسم . وقد أقام الشارع قرينة مقتضاها أن من ينشر المصنف منسوباً إليه
يعتبر هو المؤلف . ويجوز إثبات عكس هذه القرينة ، فإذا قام الدليل على
أن المؤلف الحقيقي شخص آخر غير الذي يحمل المصنف اسمه ثبتت لهذا
الشخص حقوق المؤلف (المادة الاولى من القانون المصري المذكور) .

٢ - المصنف الجماعي : المصنف الجماعي هو المصنف الذي يشترك في وضعه
جماعة بتوجيه شخص طبيعي أو اعتباري يتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه ،
ويندمج عمل المشتركين فيه في الهدف العام الذي قصد إليه هذا الشخص

الطبيعي أو الاعتباري ، بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة (م ٢٧ / ١ من القانون المصري المذكور) . مثل ذلك أن تعهد الدولة إلى نفر من الموظفين أو من غيرهم بوضع كتاب في قضية قومية تنشره باسمها وعلى نفقتها . أو تعهد شركة سينائية إلى نفر من الفنانين بعمل مصنف سينائي تتولى عرضه .

ويلاحظ أن الممول عليه ، وفقاً للأصول العامة في ثبوت وصف المؤلف وما يستتبعه من حقوق لشخص معين ، أن يكون هذا الشخص قد ساهم فعلاً في خلق ذهني جديد . بحيث ينبغي الاعتراف بوصف المؤلف للأفراد الذين ساهموا في وضع المصنف الجماعي دون غيرهم ، فلا يعطى هذا الوصف للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي وجههم إلى وضعه دون أن يساهم ذهنياً في إنتاجه .

ولذلك فإن الشارع اللبناني ، أخذاً بهذه الأصول العامة ، جعل استعمال الشخص الاعتباري الذي ينشر المصنف لحقوق المؤلف رهيناً بعدم إظهار المؤلف أو المؤلفين الحقيقيين أنفسهم (م ١٥٥ من القرار اللبناني المذكور) . أما الشارع المصري فإنه ، مراعاة لاعتبارات عملية ، قد خرج على هذه الأصول العامة ، فاعطى وصف المؤلف للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي وجه ابتكار المصنف ونظمه ، بحيث يكون له وحده الحق في مباشرة حقوق المؤلف (م ١٧ / ٢ من القانون المصري المذكور) .

٣ - المصنف المشترك : هو الذي يشترك في تأليفه شخصان أو أكثر . كأن يشترك أدريان في كتابة قصة روائية . أو يقوم نفر من العلماء بوضع كتاب علمي . والمعياري وجود مصنف مشترك أن تكون هناك جهود تساهم في الابتكار ، بحيث تستوحي فكرة مشتركة وتتجه في تناسق إلى إخراج المصنف .

وفي ضوء هذا المعيار تنقسم المصنفات المشتركة إلى نوعين :

النوع الأول من المصنفات المشتركة يختلط فيه إنتاج المؤلفين بحيث لا يمكن

فصل نصيب كل منهم وتمييزه على حدة . وفي هذه الحالة يعتبرون جميعاً أصحاب المصنف بالتساوي فيما بينهم ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لأي منهم أن ينفرد بمباشرة السلطات التي يخولها حق المؤلف ، بل يتعين أن يكون ذلك باتفاقهم جميعاً ، فإذا وقع بينهم خلاف في هذا الشأن تولت المحكمة الفصل فيه . على أنه يحق لكل منهم أن يرفع الدعاوى عند وقوع أي اعتداء على حق المؤلف (م ٢٥ من القانون المصري المذكور وم ١٤٤ و ١٥٠ من القرار اللبناني المذكور) .

والنوع الثاني من المصنفات المشتركة يمكن فيه فصل نصيب كل من المؤلفين المشتركين وتمييزه على حدة . كما هي الحال في مصنفات الموسيقى الغنائية والمصنفات السينمائية ، حيث يشترك الأديب الذي يضع الشطر الأدبي والموسيقي الذي يضع الشطر الموسيقي وغيرهما . وفي هذه الحالة يكون لكل من المؤلفين الحق في استغلال الجزء الذي ساهم به على حدة ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . غير أن هذا الاستغلال يجب ألا يكون من شأنه الإضرار باستغلال المصنف المشترك (م ٢٦ من القانون المصري المذكور) . ويحق لكل منهم أن يرفع الدعاوى عند وقوع أي اعتداء على حق المؤلف ، سواء تناول هذا الاعتداء المصنف في مجموعه أو اقتصر على شطر معين فيه .

والأصل هنا ، كما في الصورة السابقة ، أنه لا يجوز لأي من الشركاء أن ينفرد بمباشرة السلطات التي يخولها حق المؤلف على المصنف في مجموعه ، بل يتعين أن يكون ذلك باتفاقهم جميعاً .

غير أن الشارع اللبناني خرج على هذا الأصل بالنسبة إلى مصنفات الموسيقى الغنائية المشتركة ، حيث جعل لكل من مؤلف الشطر الأدبي ومؤلف الشطر الموسيقي أن ينفرد بمباشرة السلطات التي يخولها حق المؤلف على المصنف في مجموعه (م ١٥١ من القرار اللبناني المذكور) .

كذلك خرج الشارع المصري على هذا الأصل بالنسبة إلى المصنفات الموسيقية المشتركة والمصنفات السينمائية ونحوها ، حيث جعل الأفضلية لمؤلف الشطر الأكثر أهمية ، فخوله الحق في أن ينفرد بمباشرة السلطات التي يخولها

حق المؤلف على مجموع المصنف دون حاجة إلى موافقة صاحب الشطر الآخر .
وذلك مع حفظ حق مؤلف الشطر الثانوي في الحصول على نصيبه في الربح
وفي نشر هذا الشطر واستغلاله مستقلاً ، ما دام لا يكون هذا النشر أو
الاستغلال وسيلة لمزاحمة المصنف المشترك . ومن ثم ففي مصنفات الموسيقى
الغنائية تكون الأفضلية لمؤلف الشطر الموسيقي ، لأنه الشطر الأهم في هذه
الصورة (م ٢٩ من القانون المصري المذكور) . وفي المصنفات التي تنفذ
بمحركات أو استعراضات مصحوبة بالموسيقى ونحوها تكون الأفضلية لمؤلف
الشطر الموسيقي ، لأنه الشطر الأهم في هذه الصورة (م ٣٠ من القانون
المصري المذكور) . وفي المصنفات السينمائية أو المعدة للإذاعة اللاسلكية أو
التلفزيون تكون الأفضلية لمؤلف السيناريو ولمن قام بتحرير المصنف الأدبي
ولمؤلف الحوار والمخرج مجتمعين (م ٣٢ من القانون المصري المذكور) .

٢٥٦ - ثانياً : مضمون حق المؤلف :

نبدأ في هذا المقام بالتنويه بطبيعة حق المؤلف وفق ما ذكرناه فيما تقدم
وبتحليل هذا الحق . وفي ضوء هذا التحليل نتناول الحق الأدبي للمؤلف ، ثم
الحق المالي للمؤلف .

٢٥٧ - طبيعة حق المؤلف وتحليله :

انتبهنا فيما تقدم إلى أن الحق المعنوي أياً كان نوعه ليس إلا صورة خاصة
للملكية يرد فيها الحق على شيء معنوي . ومن ثم يعتبر حق المؤلف حق
ملكية .

وبتحليل هذا الحق يتبين أن له وجهين ، أحدهما أدبي ، والآخر مالي .
فهو يخول صاحبه مزايا أدبية يراد بها حماية المصنف باعتباره خلقاً ذهنياً
لصيقاً بشخصيته ، فتكون له أبوتة والهيمنة عليه . كما يخوله مزايا مالية تتيح
له الاستثمار بثمرة جهده المادية ، فيكون له احتكار استغلال مصنفه .

ولا يعني هذا أن للمؤلف حقين منفصلين . فحق المؤلف حق واحد يقوم أساساً على اعتبار الخلق الذهني للمؤلف مرآة لشخصيته وصدى لها ، فهو حق غير مالي يدخل في نطاق حقوق الشخصية . وإذا كان هذا الحق يعتبر أساساً حقاً أدبياً بهذا المعنى ، فليس في المنطق أو القانون ما يأبى أن تكون له ناحية أخرى مالية . فالحق الأدبي والحق المالي للمؤلف ليسا حقين منفصلين ، وإنما هما سلطتان متميزتان لحق واحد . وآية ذلك ما سنراه من أن لكل من هاتين السلطتين أثرها البالغ على الأخرى ، بحيث يسدو الفصل بينها تحكيمياً ومصطنعاً . وتغليب الطابع الأدبي لحق المؤلف إنما يستند إلى حقيقة تتجلى في أن أبوة المؤلف لمصنفه باعتباره خلقاً ذهنياً نابعاً من شخصيته تثبت له منذ وجود المصنف وتظل إلى الأبد . بينما لا ينشأ حق المؤلف المالي على مصنفه إلا من وقت النشر ، ويكون هذا الحق موقوتاً بمدة معينة ، بحيث ينتهي بانتهاء هذه المدة إذ يؤول المصنف إلى الملك العام للناس جميعاً . ولهذا نتكلم فيما يلي عن الحق الأدبي والحق المالي للمؤلف ، لا باعتبارهما حقين منفصلين ، بل باعتبارهما سلطتين متميزتين لحق واحد هو حق المؤلف .

٢٥٨ - (١) الحق الأدبي للمؤلف :

نتكلم في مضمون هذا الحق ، ثم في خصائصه :

٢٥٩ - ١ - مضمون الحق الأدبي :

تقوم الميزات التي تنطوي تحت هذا الحق على أساس وجوب حماية المصنف باعتباره خلقاً ذهنياً نابعاً من شخصية المؤلف . فهي تهدف إلى حماية شخصية المؤلف بحيث تعتبر في مجموعها من حقوق الشخصية . وفي ضوء هذا الاعتبار تثبت للمؤلف السلطات الآتية :

أ - تقرير نشر المصنف وتحديد طريقة هذا النشر : للمؤلف وحده

سلطة تقرير نشر مصنّفه أو عدم نشره (م ٥ / ١ من القانون المصري المذكور و م ١٤٥ من القرار اللبناني المذكور) . وسلطته في هذا الشأن مطلقة ، فهو الذي يقدر مدى صلاحية نتاجه الذهني للنشر وأثر هذا النشر على سمعته .

والمؤلف وحده كذلك سلطة تحديد الطريقة التي يتم بها نشر المصنّف . فإذا ارتضى المؤلف أن ينشر مصنّفه بطريقة معينة ، فلا يجوز للغير أن يعاود هذا النشر أو أن ينشر بطريقة أخرى بدون إذن من المؤلف . غير أن الشارع أورد على هذه السلطة قيوداً يملئها الصالح العام ، نذكر بعضاً منها في القانون المصري ، ثم في القانون اللبناني .

ففي القانون المصري « ليس للمؤلف بعد نشر مصنّفه أن يمنع إيقاعه أو تمثيله أو إلقاءه في اجتماع عائلي أو في جمعية أو منتدى خاص أو مدرسة ما دام لا يحصل في نظير ذلك رسم أو مقابل مالي (م ١١١ / ١ من القانون) . و« لموسيقى القوات العسكرية وغيرها من الفرق التابعة للدولة أو الأشخاص العامة الأخرى الحق في إيقاع المصنّفات من غير أن تلزم بدفع أي مقابل عن حق المؤلف ما دام لا يحصل في نظير ذلك رسم أو مقابل مالي » (م ١١١ / ٢ من القانون) .

و « إذا قام شخص بعمل نسخة واحدة من مصنّف تم نشره ، وذلك لاستعماله الشخصي المحض ، فلا يجوز للمؤلف أن يمنعه من ذلك » (م ١٢ من القانون) .

و « لا يجوز للمؤلف بعد نشر المصنّف حظر التحليلات والاقترابات القصيرة إذا قصد بها النقد أو المناقشة أو الإخبار ما دامت تشير إلى المصنّف واسم المؤلف إذا كان معروفاً » (م ١٣ من القانون) .

و « يجوز للصحف أو النشرات الدورية أن تنشر مقتبساً أو مختصراً أو بياناً موجزاً من المصنّفات أو الكتب أو الروايات أو القصص بغير إذن من مؤلفيها » (م ١٤ / ٢ من القانون) . ويجب حينئذ ذكر المصدر بصفة واضحة

واسم المؤلف إن كان قد وقع مؤلفه (م ١٤/٤ من القانون) .
و « في الكتب الدراسية وفي كتب الأدب والتاريخ والعلوم والفنون يباح نقل مقتطفات قصيرة من المصنفات التي سبق نشرها » (م ١٧/١ من القانون) .
ويباح في هذه الكتب كذلك « نقل المصنفات التي سبق نشرها في الفنون التخطيطية أو المجسمة أو الفوتوغرافية بشرط أن يقتصر النقل على ما يلزم لتوضيح المكتوب » (م ١٧/١ من القانون) . « ويجب في جميع الأحوال أن يذكر بوضوح المصادر المنقول عنها وأسماء المؤلفين » (م ١٧/٢ من القانون) .
« وللهيئات الرسمية المنوط بها الإذاعة اللاسلكية الحق في إذاعة المصنفات التي تعرض أو توقع في المسارح أو في أي مكان عام آخر ، وعلى مديري هذه الأمكنة تمكين هذه الهيئات من ترتيب الوسائل الفنية اللازمة لهذه الإذاعة » (م ٣٥/١ من القانون) . وقد أوجب الشارع « على هذه الهيئات إذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف ودفع تعويض عادل للمؤلف أو خلفه ولستغل المكان الذي يذاع منه المصنف إذا كان لذلك مقتضى » (م ٣٥/٢ من القانون) .
وفي القانون اللبناني يباح نشر المقتطفات المأخوذة من المصنفات الأدبية والفنية والعلمية لتأليف الكتب المدرسية بغير إذن من مؤلفيها (م ١٤٩ من القرار) .

كما يباح نشر الاقتباسات القصيرة بغير إذن المؤلف إذا قصد بها النقد أو الاستدلال (م ١٤٩ من القرار) .
ويجب في جميع هذه الأحوال ذكر المصدر الذي أخذ منه المقتطف أو المقتبس (م ١٤٩ من القرار) .

ب - نسبة المصنف إلى المؤلف : للمؤلف وحده الحق في أن ينسب إليه مصنفه على الدوام (م ٩/١ من القانون المصري المذكور) . وينبغي على ذلك أن يكون للمؤلف الحق في أن ينشر مصنفه حاملاً اسمه . كما يكون له أن ينشره باسم مستعار (م ٣/١ من القانون المصري المذكور) ، أو حتى بدون

اسم ، وفي هاتين الحالتين يظل له الحق في أن يعلن عن شخصيته في أي وقت
مهما طال الزمن .

ج - إدخال ما يراه المؤلف من تعديل أو تحوير في مصنفه : للمؤلف
وحده الحق في إدخال ما يرى من تعديل أو تحوير في مصنفه . فيكون له
وحده أن يحذف منه أو يغير فيه أو يحوله من لون من ألوان الأدب أو الفن
أو العلم إلى لون آخر أو يلخصه أو يشرحه أو يعلق عليه أو يترجمه إلى لغة
أخرى . ولا يجوز لغيره أن يباشر شيئاً من ذلك إلا بإذن منه أو بمن يخلفه
(م ١/٩٧ من القانون المصري المذكور وم ١٤٦ من القرار اللبناني) . (١)

د - سحب المصنف من التداول: للمؤلف أن يسحب مصنفه من التداول
بعد أن تم نشره . فقد يرى أن المصنف لم يعد يتلاءم مع المستوى الفكري
الذي وصل إليه ، أو الأفكار السائدة في المجتمع ، أو القيم المسلمة فيه ، أو
نحو ذلك بحيث أصبح ماساً بسمعته ، فيسحب من التداول ما قد يكون
باقياً من نسخه .

غير أنه في القانون المصري إذا كان المؤلف قد تصرف في حق الاستغلال
المالي للمصنف فإن استعماله لسطة السحب لا يتم إلا بحكم من المحكمة الابتدائية إذا
قررت أن هناك أسباباً خطيرة تدعو إلى ذلك، وفي هذه الحالة يجب على المؤلف
أن يعرض من آل إليه حق الاستغلال (م ٤٢ من القانون المصري المذكور) .

(١) غير أن الشارع المصري يرفع الحماية عن حق المؤلف بلفظة أجنبية في ترجمة مصنفه أو
الاذن بها إلى اللغة العربية بعد مضي خمس سنوات من تاريخ النشر (م ٨ من القانون) . فإذا لم
يقم هذا المؤلف بالترجمة إلى اللغة العربية أو يأذن بها في بحر خمس سنوات من تاريخ أول نشر
للمصنف الأصلي أو المترجم ، فإن هذه الترجمة تجوز دون حاجة إلى إذن منه ودون أن يكون له
الحق في أي تعويض . وهذا في الواقع قيد خطر يجاوز الغرض المقصود منه ، وهو رعاية مصلحة
البلاد كي لا تحرم من ثمار التفكير الإنساني في الأمم الأخرى لمدة طويلة . فقد كان يحسن إطالة
هذه المدة أو الاحتفاظ للمؤلف بحقه في تعويض عادل .

الحق الأدبي للمؤلف حق غير مالي يتصل بشخصية المؤلف ، وإن كان يتميز عن حقوق الشخصية البحتة في أنه يعتبر عنصراً في حق المؤلف الذي يرد على المصنف ذاته . ويترتب على ذلك أن تتحدد خصائصه في ضوء هذين الاعتبارين . فهو بمراعاة هذين الاعتبارين لا يجوز التصرف فيه ، كما يكون مؤبداً . وباعتباره عنصراً في حق المؤلف الذي يرد على المصنف يكون قابلاً للانتقال الى الورثة في حدود معينة . وتتناول هذه الخصائص فيما يلي :

أ - عدم قابلية الحق الأدبي للتصرف : لا يجوز التصرف في الحق الأدبي للمؤلف ، إذ أن طبيعته والهدف المقصود منه يجعلانه مما لا يجوز التعامل فيه . ولذلك نصت المادة ٣٨ من القانون المصري المذكور على أنه « يقع باطلاً كل تصرف في الحقوق المنصوص عليها في المواد ٥ فقرة أولى و ٧ فقرة أولى و ٩ من هذا القانون » . والحقوق المشار إليها في هذا النص هي على التوالي حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه ، وحقه في تعديله أو تحويره ، وحقه في نسبته إليه . كما تنطبق القاعدة ذاتها على حق المؤلف في سحب مصنفه من التداول . ومقتضى عدم جواز التصرف في الحق الأدبي أنه لا يجوز الحجز عليه (م ١٠ من القانون المصري المذكور وم ١٥٧ من القرار اللبناني المذكور) ، لأن الحجز يؤدي الى البيع الجبري .

ب - تأييد الحق الأدبي : ينبني على اعتبار الحق الأدبي من حقوق الشخصية أن يكون هذا الحق مؤبداً ، فلا يكون موقوتاً بمدة معينة . حيث ينشأ بمجرد وجود المصنف ويظل قائماً الى الأبد طول حياة المؤلف وبعد وفاته طالما كان هناك من له صفة في تمثيله . بل أن نسبة المصنف الى المؤلف تظل على الدوام لا تسقط أبداً .

كما يدخل في معنى التأييد أن الحق الأدبي لا يسقط بعدم الاستعمال . وقد رأينا تطبيقاً لذلك أنه إذا نشر المصنف باسم مستعار أو بدون اسم فإن

المؤلف يظل له رغم ذلك الحق في أن يعلن عن شخصيته في أي وقت مهما طال الزمن ، فإن فعل ذلك تعين أن ينسب المصنف إليه وحده .

٢ - انتقال الحق الأدبي الى الورثة : من الواضح أن نسبة المصنف الى المؤلف لا تنتقل الى الورثة ، فهي تظل للمؤلف على الدوام بعد وفاته ، غير أن بعض السلطات الأخرى التي يخولها هذا الحق تنتقل الى الورثة في حدود معينة تجعل الورثة بمثابة حراس على تراث مورثهم الفكري .

ففيما يتعلق بتقرير النشر يتقيد الخلف بالإرادة الصريحة التي ظهرت من جانب المؤلف . وإذا لم تظهر هذه الإرادة الصريحة قبل موت المؤلف انتقل حق تقرير النشر إلى الخلف (م ١/١٩ من القانون المصري المذكور و م ١٤٦ من القرار اللبناني المذكور) (١) .

وفيما يتعلق بالمحافظة على نسبة المصنف إلى المؤلف وعلى بقاء المصنف بحالته التي أرادها دون حذف أو تغيير ودفع أي اعتداء على هذا الحق أو ذلك يثبت للخلف سلطة كاملة (م ٢/١٩ من القانون المصري المذكور) ، إذ في هذا النطاق تتجلى مهمة الخلف في حماية فكرة المؤلف في كتبها وفي الشكل الذي أرادها لها .

أما فيما يتعلق بإدخال تعديل أو تحويل على المصنف فقد خول الشارع الخلف سلطة إدخال ما يرون من تعديل أو تحويل على المصنف (م ٢/١٩ من القانون المصري المذكور و م ١٥٢ من القرار اللبناني المذكور) . غير أن إثبات هذه السلطة الخطيرة للخلف يؤخذ عليه أنه يحاوز القدر الذي تقف عنده وظيفة الحق الأدبي ومهمة الخلف وفقاً لما تتطلبه هذه الوظيفة . ذلك

(١) غير أن هذه السلطة يرد عليها في القانون المصري قيد يقتضيه الصالح العام . فإذا أحجم الخلف في هذه الحالة عن نشر المصنف لمجزهم أو لعدم أهليتهم أو لغير ذلك من الأسباب ، أو لم يكن هناك وارث أو خلف للمؤلف ، كان لوزير التربية والتعليم أن يحل محل هؤلاء في مباشرة الحقوق الأدبية والمالية التي خولهم إياها القانون ، وذلك بعد استصدار أمر من رئيس محكمة القاهرة الابتدائية ومع تعويضهم تعويضاً عادلاً (م ٢٣ من القانون) .

أن هذا الحق الذي كان يخول المؤلف سلطات مطلقة يصبح في يد الورثة أداة تنحصر وظيفتها في تحقيق غرض معين ، هو حماية فكرة المؤلف ، بحيث يحافظون على المصنف من كل تشويه أو تحريف .
وأخيراً فيما يتعلق بسحب المصنف من التداول تكون العبرة بإرادة المؤلف . فإذا كان المؤلف قد أوصى بالسحب في ظرف معين نفذ الخلف هذه الرغبة . وإذا لم تكن ثمة وصية بذلك فليس للخلف أن يباشر هذه السلطة ، لأن إرادة المؤلف حينئذ أن يبقى مصنفه منشوراً .

٢٦١ - (٢) الحق المالي للمؤلف :

نتكلم في مضمون هذا الحق ، ثم في خصائصه .

٢٦٢ - مضمون الحق المالي :

للمؤلف وحده الحق في أن يستغل مصنفه ، ولا يجوز لغيره أن يباشر هذا الحق إلا بإذن كتابي منه (م ٢/٥ من القانون المصري المذكور) . فهذا الاستغلال قد يقوم به المؤلف نفسه ، أو يقوم به الغير الذي ينزل له المؤلف عن حقه في الاستغلال في نظير مقابل معين .

وكما تكون طريقة الاستغلال بنشر المصنف بحالته الأصلية ، قد تكون كذلك بترجمته أو تحويله من لون إلى لون أو تحويله ونشره في صورته الجديدة . ويستوي لثبوت حق المؤلف في الاستغلال أن يكون نشر المصنف بطريق الأداء العلني ، أو يكون بطريق عمل غماذج ، وذلك أياً كانت الوسيلة التي اتخذت في هذا الطريق أو ذاك (م ٦ من القانون المصري المذكور) .

والنشر بطريق الأداء العلني هو ، كما تقول المادة المشار إليها ، « نقل المصنف إلى الجمهور مباشرة بأية صورة وخاصة بإحدى الصور الآتية : التلاوة العلنية ، أو التوقيع الموسيقي ، أو التمثيل المسرحي ، أو العرض العلني ، أو الإذاعة اللاسلكية للكلم أو للصوت أو للصور ، أو العرض بواسطة الفانوس

السحري أو السينما أو نقل الإذاعة اللاسلكية بواسطة مكبر الصوت أو بواسطة لوحة التليفزيون بعد وضعها في مكان عام .

والنشر بعمل نماذج هو ، كما تقول المادة المشار إليها ، « نقل المصنف إلى الجمهور بطريقة غير مباشرة بنسخ صور منه تكون في متناول الجمهور . ويتم هذا بصفة خاصة عن طريق الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافي أو الصب في قوالب أو بأية طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة أو عن طريق النشر الفوتوغرافي أو السينمائي . »

٢٦٣ - ٢ - خصائص الحق المالي :

قلنا فيما تقدم إن الحق الأدبي والحق المالي للمؤلف ليسا في حقيقتهما حقين منفصلين ، وإنما هما سلطتان متميزتان لحق واحد . وتتميز الميزات التي ينطوي عليها الحق المالي بعدة خصائص ، يرجع بعضها في وجوده إلى الطابع المتغلب للحق الأدبي ، ويتأثر البعض الآخر في مداه بهذا الطابع . وتتناول هذه الخصائص فيما يلي :

أ - التصرف في الحق المالي : الحق المالي للمؤلف ، وهو عبارة عن حق الاستغلال المالي للمصنف ، يجوز التصرف فيه بنقله إلى شخص آخر (م ١/٣٧ من القانون المصري المذكور وم ١٥٧ من القرار اللبناني المذكور) ، شأنه في ذلك شأن جميع الحقوق المالية .

وقد يشمل التصرف الحق المالي بأكمله ، أو يكون تصرفاً جزئياً كان يكون قاصراً على بعض طرق الاستغلال أو موقوتاً بمدة معينة أو محدوداً بمكان معين . كما أنه قد يكون معاوضة أو تبرعاً ، وإذا كان معاوضة فقد يكون العوض فيه مبلغاً جزافياً أو نسبة معينة من الإيراد (م ٣٩ من القانون المصري المذكور وم ١٦٤ من القرار اللبناني المذكور) .

ويستوي لجواز التصرف أن يكون المؤلف قد أتم تأليف مصنفه ، أو يكون في سبيل إتمامه ، أو لم يكن قد بدأه بعد ، إذ القاعدة هي جواز

التعامل في الأشياء المستقبلية ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك .
غير أنه لا يجوز للمؤلف أن يتصرف في مجموع إنتاجه الفكري في المستقبل .
فقد نصت المادت ٤٠ من القانون المصري المذكور على أنه « يعتبر باطلاً
تصرف المؤلف في مجموع إنتاجه الفكري في المستقبل » . حيث راعى الشارع
أن مثل هذا التصرف يؤدي إلى تقييد حرية المؤلف لما ينطوي عليه من مساس
بحق يتصل بشخصيته .

وقد نصت المادة ٢/٣٧ من القانون المصري المذكور على الشروط اللازمة
لقيام التصرف ، فقالت إنه « يشترط لتام التصرف أن يكون مكتوباً وأن
يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محل التصرف مع بيان
مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه » . وذلك حتى لا توضع في العقد
شروط مجملة غامضة تكون مجحفة بالمؤلف . كما نصت المادة ١٦٣ من القرار
اللبناني المذكور على ان « كل تنازل يجب أن يكون كتابة ، وإلا يكون
باطلاً » . فالكتابة في هذين النصين شرط لانعقاد التصرف .

وإذا كان الحق الأدبي يبقى للمؤلف رغم تصرفه في الحق المالي ، إلا أن
هذا التصرف يؤدي إلى الحد من بعض السلطات التي يخولها الحق الأدبي .
وذلك فيما يتعلق بسلطة المؤلف في سحب مصنفه من التداول أو إحداث
تعديل فيه . إذ أن استعمال المؤلف لهذه السلطة بعد تصرفه في حق الاستغلال
يجب أن تدعو إليه أسباب خطيرة . ولذلك فإن القانون المصري يجعل تقدير
هذه الأسباب للقاضي ، بحيث لا يجوز للمؤلف سحب المصنف من التداول أو
إحداث تعديلات جوهرية فيه إلا إذا حصل على حكم بذلك من المحكمة
الابتدائية المختصة . فإذا رأت المحكمة ذلك وجب على المؤلف أن يعرض
المتصرف إليه تعويضاً عادلاً تقدره المحكمة . كما يجب أن يدفع هذا التعويض
مقديماً في غضون أجل تحدده المحكمة ، فإذا لم يتم ذلك زال كل أثر للحكم ،
بحيث يتمتع على المؤلف حينئذ أن يسحب مصنفه أو يعدل فيه (م ٤٢ من
القانون المصري المذكور) .

ب - عدم قابلية الحق المالي للحجز : نصت المادة ١٠ من القانون المصري المذكور على أنه « لا يجوز الحجز على حق المؤلف ، وإنما يجوز الحجز على نسخ المصنف الذي تم نشره . ولا يجوز الحجز على المصنفات التي يموت صاحبها قبل نشرها ما لم يثبت بصفة قاطعة أنه استهدف نشرها قبل وفاته » .

فلا يجوز الحجز على حق المؤلف حال حياته ، سواء كان هذا الحق هو الحق الأدبي أو حق الاستغلال المالي . ذلك أن الحق الأدبي حق غير مالي يتصل بشخصية المؤلف ، ومن ثم يكون غير قابل التصرف فيه أو الحجز عليه كما قدمنا . وحق الاستغلال ، رغم كونه حقاً مالياً يجوز التصرف فيه ، فإن الحجز عليه لا يكون مجدياً ، لأن الاستغلال لا يتحقق إلا بنشر المصنف على الجمهور ، وقد عرفنا أن سلطة تقرير النشر تثبت للمؤلف وحده باعتبارها إحدى عناصر الحق الأدبي فلا تقبل الانتقال إلى الغير . وينبغي على ذلك أن دائني المؤلف لا يجديهم توقيع الحجز على حق الاستغلال ، لأن من يرسو عليه المزداد لن يصبح في وسعه أن يقوم بالاستغلال إلا إذا قرر المؤلف نشر مصنفه .

أما إذا نشر المؤلف مصنفه فإنه يجوز الحجز على ما يكون موجوداً من نسخ . حيث لا يرد الحجز في هذه الحالة على حق الاستغلال ، وإنما يرد على أشياء مادية هي النسخ التي دون أو تمثل فيها المصنف .

وإذا مات المؤلف قبل أن يقرر نشر مصنفه فلا يجوز الحجز على حق الاستغلال المالي إلا إذا ثبت بصفة قاطعة أن المؤلف أراد النشر قبل وفاته . إذ أن الخلف في هذه الحالة لا يستطيعون أن يقرروا عدم النشر فيجعلوا الحجز غير مجد .

٢ - توقيت الحق المالي : الحق المالي للمؤلف حق مؤقت بطبيعته . فما جعل للمؤلف حق استغلال مصنفه إلا لكي يحصل على مقابل يكافئ الجهد الذهني الذي بذله وحتى يتوفر له الحافز الشخصي على الإنتاج . ويكفي في ذلك أن يكون احتكار الاستغلال للمؤلف طول حياته ولورثته بعد وفاته

لمدة معقولة . فبعد انقضاء هذه المدة يصبح المصنف جزءاً من الثروة الفكرية للمجتمع البشري ، وحينئذ يستطيع أي شخص أن يقوم بنشر المصنف دون حاجة إلى إذن بذلك من الورثة ودون الالتزام بدفع تعويض لهم .

والقاعدة العامة في هذا الصدد أن ينقضي حق الاستغلال المالي بمضي خمسين سنة على وفاة المؤلف (م ١/٢٠ من القانون المصري المذكور وم ١٤٣ من القرار اللبناني المذكور) (١) . وإذا كان المصنف مشتركاً تحسب هذه المدة من تاريخ وفاة آخر من بقي حياً من المشتركين في تأليفه (م ٢/٢٠ من القانون المصري المذكور وم ١٤٤ من القرار اللبناني المذكور) (٢) .

وترد على هذه القاعدة الاستثناءات الآتية :

الاستثناء الأول يتعلق بالمصنفات الفوتوغرافية والسينمائية التي لا تكون مصطبغة بطابع إنشائي بحيث يقتصر الأمر فيها على مجرد نقل المناظر الطبيعية (م ١/٢٠ من القانون المصري المذكور وم ١٥٣ من القرار اللبناني المذكور) (٣) . حيث تكون مدة الحماية فيها في القانون المصري خمس عشرة سنة فحسب ، وتحسب هذه المدة من تاريخ أول نشر للمصنف (م ١/٢٠) . أما في القانون اللبناني فهذه المدة خمسون سنة ، ولكنها تحسب من تاريخ النشر (م ١٥٣) .

(١) وتنطبق هذه القاعدة في القانون المصري ، فتحسب مدة الخمسين سنة من تاريخ وفاة المؤلف ، حتى لو كان المصنف لم ينشر الا بعد وفاته . أما في القانون اللبناني فالمصنف الذي لم ينشر الا بعد وفاة المؤلف ينقضي حق الاستغلال المالي فيه بمضي خمسين سنة من تاريخ النشر (م ١٥٣ من القرار اللبناني المذكور) .

(٢) وتنطبق هذه القاعدة في القانون المصري حتى لو كان المصنف المشترك لم ينشر الا بعد وفاة جميع المشتركين في تأليفه . أما في القانون اللبناني فتحسب المدة في هذه الحالة من تاريخ النشر (م ١٥٣ من القرار اللبناني المذكور) .

(٣) يعبر القانون اللبناني عن هذا الاستثناء « بالصور الشمسية أو المستحصلة بطريقة تشبه طريقة التصوير الشمسي » (م ١٥٣ من القرار اللبناني المذكور) .

والاستثناء الثاني يتعلق بنوعين آخرين من المصنفات تبدأ مدة الحماية بالنسبة إليها ، وهي خمسون سنة ، من تاريخ نشر المصنف : النوع الأول يشمل المصنفات المملوكة للأشخاص الاعتبارية (م ٢/٢٠ من القانون المصري المذكور و م ١٥٣ و ١٥٥ من القرار اللبناني المذكور) ، إذ أن طبيعة الشخص الاعتباري تأبى أن تسري عليه ذات القاعدة الخاصة بالشخص الطبيعي . والنوع الثاني يشمل المصنفات التي تنشر بدون إسم المؤلف أو بإسم مستعار . ففي هذه الحالة إذا ظل المؤلف مستتراً طوال مدة خمسين سنة من تاريخ نشر مصنفه انقضى حق الاستغلال بمضي هذه المدة . أما إذا كشف عن شخصيته قبل انتهاء هذه المدة فإن القاعدة العامة هي التي تنطبق حينئذ ، حيث تحسب المدة من تاريخ وفاته (م ٢١ من القانون المصري المذكور و م ١٥٣ و ١٥٥ من القرار اللبناني المذكور) .

وفي جميع الأحوال التي تحسب مدة الحماية فيها من تاريخ النشر تكون العبرة بتاريخ أول نشر للمصنف ، فلا يعتمد بتاريخ إعادة النشر . وإذا كان المصنف مكوناً من عدة أجزاء نشرت في أوقات مختلفة اعتبر كل جزء منها مصنفاً على حدة ، بحيث تحسب مدة الحماية بالنسبة إلى كل جزء مستقلاً عن غيره من الأجزاء (م ٢٤ من القانون المصري المذكور و م ١٨٧ من القرار اللبناني المذكور) .

د - انتقال الحق المالي الى الورثة: يثبت الحق المالي للمؤلف طول حياته ، وينتقل بعد وفاته إلى ورثته وفقاً للقواعد التي ينتقل بها أي مال آخر من أموال تركته مع مراعاة المدة التي يحددها القانون لقيام هذا الحق (م ١/١٨ من القانون المصري المذكور و م ١٤٣ من القرار اللبناني المذكور) . وكما ينتقل الحق بعد وفاة المؤلف بالميراث ، فإنه ينتقل كذلك بالوصية^(١) .

(١) وقد أجاز الشارع المصري للمؤلف ألا يتقيد بأحكام الوصية فيما يتعلق بالفقر الذي تجوز فيه الوصية (٢/١٨٢) . فيجوز للمؤلف في القانون المصري أن يوصي بحق استغلال مصنفه إلى =

وإذا كان المصنف مشتركاً ، ومات أحد المؤلفين المشتركين في تأليفه دون أن يكون له خلف من وارث أو موصى له ، فإن نصيبه يؤول إلى المشتركين الآخرين أو خلفهم ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك (م ١٨ / ١ من القانون المصري المذكور و م ١٤٤ من القرار اللبناني المذكور) .



== من شاء من الورثة أو من غيرهم ، وتنفذ وصيته كلها في حق الورثة ولو زادت قيمتها على القدر الذي تنفذ فيه الوصية من غير إجازة الورثة ، وهو ثلث التركة (انظر م ٣٧ من قانون الوصية المصري) .

الباب الثالث

أركان الحق

٢٦٤ - بيان أركان الحق :

تبين لنا من تعريف الحق أن جوهر الحق هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون . ومن ثم تكون الأركان التي يقوم عليها الحق ثلاثة : الأول هو الشخص الذي ثبت له تلك القيمة ، وهذا هو صاحب الحق . والثاني هو العمل أو الشيء الذي تتمثل فيه تلك القيمة ، وهذا هو محل الحق . والثالث هو الواقعة التي يعتبرها القانون منشئة لذلك الثبوت ، وهذه هي مصدر الحق . غير أن الحق إذا نشأ فإنه ينفصل عن مصدره ، ويصبح قوامه ركنين فحسب ، هما الشخص صاحب الحق ومحل الحق . ولهذا نقتصر في ذلك الباب على دراسة أشخاص الحق ، ومحل الحق . أما مصادر الحق وما يتصل بها فهي موضوع الباب التالي .

الفصل الأول

الأشخاص

٢٦٥ - تعريف :

الشخص في غير المجال القانوني هو الإنسان . أما الشخص *la personne ou sujet de droit* في نظر القانون فهو كل كائن صالح لأن تكون له حقوق

وعليه واجبات . فهو يشمل الإنسان ، ويقال له الشخص الطبيعي . كما يشمل جماعة من الأفراد أو مجموعة من الأموال يسبغ عليها القانون الشخصية القانونية فتصبح شخصاً اعتبارياً أو معنوياً *personne morale* . ولا يشترط لثبوت وصف الشخص لكائن معين أن تتوفر له صلاحية لكسب جميع الحقوق ، والالتزام بجميع الواجبات ، بل يكفي لذلك أن تتوفر الصلاحية لكسب حق واحد .

ومن ثم تكون الشخصية القانونية صلاحية كائن معين لأنه تكون له حقوق وعليه واجبات . فهي وصف لا يوجد إلا كاملاً ، بمعنى أنها تثبت للشخص ولو لم تتوفر له الصلاحية إلا لكسب حق واحد .

ومن هنا تتميز الشخصية عن أهلية الوجوب . فكلاهما صلاحية تتوفر للشخص لكسب الحقوق والتحمل بالواجبات ، حتى قيل إن أهلية الوجوب هي الشخصية ذاتها . ومن المسلم أن أهلية الوجوب يراد بها تلك الصلاحية ، وأنها بهذا المعنى لا توجد إلا لكائن تتوفر له الشخصية القانونية . غير أنها تختلفان في أن الشخصية تعبير عن وصف مجرد لا يقبل النقصان ، فهي توجد كاملة بصرف النظر عما يمكن للشخص أن يكسبه من حقوق . أما أهلية الوجوب فتعبر عن مدى ما تتوفر للشخص من صلاحية في هذا الخصوص . فبقدر ما يستطيع الشخص أن يكسبه من حقوق أو يتحمل به من واجبات تكون أهلية الوجوب لديه ، بحيث يمكن أن توجد كاملة أو ناقصة .

ويتبين من هذا أن الشخص في نظر القانون يشمل الشخص الطبيعي ، كما يشمل الشخص الاعتباري . فنتكلم عنها فيما يلي :

الفرع الأول

الشخص الطبيعي

٢٦٦ - تعريف :

الشخص الطبيعي هو الإنسان . وقديماً لم يكن للرقيق شخصية قانونية ، حيث كان لسيده عليه حق ملكية ، فهو والجماد في هذا سواء . أما اليوم فكل إنسان له شخصية قانونية .

والحيوان ليست له شخصية . والقوانين التي تفرض على الإنسان الرفق بالحيوان لا تخلق من هذا الالتزام حقاً للحيوان ، وإنما أساسها فكرة أخلاقية وهدفها مصلحة الإنسان نفسه .

وقد رأينا أن ثبوت الشخصية لكائن معين يكفي فيه أن تتوفر الصلاحية ولو لكسب حق واحد . ومن ثم تثبت الشخصية للإنسان بصرف النظر عما يمكن أن يكسبه من حقوق أو يلتزم به من واجبات . كما لا يشترط لثبوت الشخصية أن تتوفر للإنسان القدرة الإرادية لكسب حق أو للتحمل بواجب . فهي تثبت للطفل غير المميز والمجنون رغم كونها فاقدي الإرادة لانعدام التمييز . ومن هذا نقسم كلامنا في هذا الخصوص إلى ثلاثة مباحث ، نتناول فيها مدة الشخصية ، ثم خصائصها المميزة لها ، ثم أهلية الأداء التي تقوم على مدى ما يتوفر للشخص من قدرة إرادية لمباشرة التصرفات القانونية .

المبحث الأول

مدة الشخصية

٢٦٧ - أولاً : بدء الشخصية :

نصت المادة ٢٩ فقرة أولى من التقنين المدني المصري على أنه تبدأ شخصية

الإنسان بتمام ولادته حياً فيشترط لكي تبدأ شخصية الإنسان شرطان : الأول أن تتم ولادته . ويتحقق ذلك بانفصاله عن أمه انفصالاً تاماً ، فلا يكفى خروج جزء منه ولو كان أكثره . والثاني أن تتحقق حياته عند تمام الولادة ، ولو مات إثر ذلك مباشرة . فقبل تمام ولادة الإنسان لا تتأكد شخصيته . وإذا ولد ميتاً اعتبر كأنه لم يكن .

وهذا الحكم الذي يأخذ به القانون المصري يطابق الرأي السائد في الفقه الإسلامي ، وهو مذهب الأئمة الثلاثة : مالك والشافعي وأحمد . وبه أخذ قانون الموارث المصري (م ٤٣) وقانون الوصية المصري (م ٣٥) . وهو يخالف مذهب الإمام أبي حنيفة الذي جرى عليه العمل قبل ذلك ، وفيه تثبت الشخصية للمولود فيرث إذا خرج أكثره حياً ولو مات قبل أن يتم خروج باقيه .

أما القانون اللبناني فلم يرد فيه نص عام في هذا الشأن . ولكن قانون الإرث لغير المحمدين الصادر في سنة ١٩٥٩ يأخذ في نصوصه (م ٥ و ٤٠) بالحكم الذي اختاره القانون المصري ، كما يأخذ به المذهب الجعفري المطبق على طائفة الشيعة . بينما يطبق المذهب الحنفي الذي ذكرناه على طائفة السنة وطائفة الدروز (١) .

وعليه إذا ولد الجنين ميتاً لا تثبت له الشخصية ، سواء كان موته طبيعياً ، وهذا واضح ومتفق عليه ، أو كان بفعل فاعل ، وهذا مذهب الأئمة الثلاثة الذي أخذ به القانون المصري . فإذا ضرب رجل امرأة حبل فأسقطت جنيناً ميتاً اعتبر كأنه لم يكن . والحكم في هذه الحالة الأخيرة يخالف مذهب الإمام أبي حنيفة الذي يرى فيها أن الجنين قد ولد حياً حكماً فتثبت له الشخصية .

(١) أنور الخطيب ، الأحوال الشخصية (خصائص الشخص الطبيعي) ١٩٦١ ص ١٠ و ١١ . صبحي محمضاني ، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والموارث والوصية ، الطبعة الرابعة ١٩٦٧ ص ٣٤٢ و ٣٤٣ . حسن كبره ، المرجع السابق فقرة ٢٧٢ .

ويكفي أن يولد الجنين حياً حتى تثبت له الشخصية . ولكن القانون الفرنسي يشترط زيادة على ذلك أن يكون الجنين قابلاً للحياة ، أي أن تتوفر له جميع الأعضاء التي تجعل حياته أمراً ممكناً . وهذا شرط لا يتطلبه القانون المصري ولا القانون اللبناني ، وهما على حق في ذلك ، إذ يتعذر في كثير من الأحيان التثبت من هذه القابلية مما يؤدي إلى كثير من المنازعات . وتعلم حياة المولود بأعراض ظاهرة للحياة ، كالنبكاء والصراخ والشهيق . فإن لم يثبت شيء من ذلك كان للقاضي الرجوع إلى أهل الخبرة من الأطباء .

٢٦٨ - الجنين (الحمل المستكن) :

بعد أن ذكرت المادة ٢٩ من التقنين المدني المصري في فقرتها الأولى أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حياً ، أضافت في فقرتها الثانية قولها : « ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون » .

وقد كان السائد ، سواء في فقه الشريعة الإسلامية أو في فقه القانون الوضعي ، أن للجنين أهلية وجوب قاصرة على صلاحيته لكسب طائفة من الحقوق فحسب . فله الحق في ثبوت نسبه من أبيه ، وفي الميراث من مورثه (م ٤٢ - ٤٤ من قانون الموارث المصري) ، وفي استحقاق ما أوصي له به (٣٥ و ٣٦ من قانون الوصية المصري) ، وفي استحقاقه من غلة الوقف الذي هو من مستحقيه . ومفاد هذا أن الجنين لا يكون صالحاً لأن تتقرر في ذمته التزامات . وفيما يتعلق بالحقوق لا يكون صالحاً لأن يكسب منها إلا تلك التي تثبت لمن توجه إليه دون حاجة إلى صدور قبول منه . فالإقرار بالنسب والوصية والوقف من التصرفات الانفرادية التي تتم بإرادة واحدة ، والإرث واقعة قانونية بمقتضاها يتملك الوارث أموال التركة بقوة القانون . أما التصرفات التي يلزم لانعقادها قبول من توجه إليه فلا يكون الجنين أهلاً لكسب الحقوق منها ، لأن القبول لمن ليس أهلاً لا يكون إلا من الولي ، والولاية لا تكون إلا بعد الولادة . وبذلك لا تصح الهبة للجنين ، لأنها عقد

لا بد فيه من إيجاب وقبول . كذلك لا يصح البيع له ، لأنه بالإضافة إلى ذلك ، لا يكون صالحاً للالتزام .

ولكن القانون المصري رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال ينص على تعيين وصي للجنين . فقد نصت المادة ١/٢٨ منه على أنه « يجوز للأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر أو للحمل المستكن ، ويجوز ذلك أيضاً للمتبرع في الحالة المنصوص عليها في المادة ٣ » . ونصت المادة ٢٩ منه على أنه « إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصي مختار تعين المحكمة وصياً . ويبقى وصي الحمل المستكن وصياً على المولود ما لم تعين المحكمة غيره » . كما ينص قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أن الوصية للجنين يكون قبولها من له الولاية على ماله بعد إذن المحكمة الحسبية . فقد نصت المادة ١/٢٠ منه على أنه « تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي . فإذا كان الموصى له جنيناً أو قاصراً أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية أوردتها من له الولاية على ماله بعد إذن المحكمة الحسبية » .

وفي القانون اللبناني ، فضلاً عن حق الجنين في الميراث من مورثه وفي استحقاق ما أوصي له به ، فإن الهبة له تجوز . فقد نصت المادة ١٨ من تقنين الموجبات والعقود على أن « الهبات التي تمنح للجنة في الأرحام يجوز أن يطلبها الأشخاص الذين يمثلونهم » .

وعلى أساس هذه النصوص في القانون المصري والقانون اللبناني ذهب فريق من الفقه إلى أن الهبة تصح للجنين ، حيث يجوز أن يختار المتبرع للجنين وصياً له يقبل الهبة عنه . ومن ثم تتوفر للجنين الصلاحية لكسب ما هو نافع له فعملاً محضاً دون تفرقة بين ما يشترط القبول لثبوته وما لا يشترط . كما أن مقتضى هذا أن تتوفر للجنين كذلك الصلاحية لتحمل الالتزامات التي تنشأ عن إدارة أمواله أو بسببها . وهذا هو الرأي السليم . ولا يصح الاعتراض على هذا بأن وصي الجنين هو مجرد أمين للمحافظة على ماله ، فالنصوص التي

ذكرناها صريحة في أن لهذا الوصي الولاية على مال الجنين وله قبول الوصية أو ردها .

ويخلص من كل ما تقدم أن شخصية الانسان تبدأ من وقت الحمل ، وتكون للجنين أهلية وجوب قاصرة على صلاحيته لكسب الحقوق النافعة نفعاً محضاً وتحمل الالتزامات التي تنشأ عن إدارة أمواله أو بسببها . وإنما لا يتأكد وجود هذه الشخصية إلا من وقت تمام ولادة الانسان حياً . فثبتت الشخصية القانونية للجنين ليس من قبيل الاستثناء كما يفهم من ظاهر نص المادة ١/٢٩ مدني مصري التي تقدم ذكرها ، وإنما يكون متوقفاً على ولادته حياً . فإذا ولد الانسان حياً اعتبر شخصاً من وقت الحمل ، وإذا ولد ميتاً اعتبر كأنه لم يكن .

ويتفرع على ذلك أن ما يكسبه الجنين من حقوق يكون موقوفاً على شرط تمام ولادته حياً . فإذا ولد حياً استقرت له هذه الحقوق من وقت الحمل لا من وقت الميلاد ، وإذا ولد ميتاً اعتبر كأنه لم يكن ، وبالتالي لا يعتبر أنه قد استحق شيئاً مما تقرر له من حقوق .

٢٦٩ - ثانياً : نهاية الشخصية :

نصت المادة ٢٩ فقرة أولى من التقنين المدني المصري على أن شخصية الإنسان تنتهي بموته . فحياة الإنسان مناط شخصيته ، فإذا مات زالت عنه هذه الشخصية .

وقد ذهب فريق من الفقه الإسلامي وفقه القانون الوضعي إلى أن شخصية الإنسان قد تمتد استثناء بعد موته بطريقة اعتبارية ، فتبقى حياته مقدرة حتى تعتبر أمواله باقية على حكم ملكه إلى أن تسدد ديونه وتنفذ وصاياه . وهذا تصوير يقوم على مجاز لا تدعو إليه ضرورة ، ما دام يمكن تحقيق الغرض المقصود وهو حماية دائني التركة . فالرأي السليم في هذا الخصوص أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة فور موت المورث ، ولكن يتعلق الدين بها ، حيث

يكون للدائنين عليها حق أشبه بالرهن . وهذا هو الرأي الراجح في الفقه ، حيث تنهض به الأصول المنطقية والقانونية ، كما أنه الحل الذي يستفاد من نصوص التقنين المدني المصري في تصفية التركة ونصوص قانون الشهر العقاري المصري (١) وكذلك نصوص قانون الملكية العقارية اللبناني . ومقتضى هذا أن تنتهي شخصية الإنسان حتماً بموته ، فليس هناك ما يدعو إلى افتراض امتداد شخصية المورث بعد وفاته .

٢٧٠ - المفقود :

هناك حالة لا يعرف فيها إذا كان الشخص حياً فتظل له شخصيته ، أم ميتاً فتزول عنه هذه الشخصية ، وهي حالة المفقود . والمفقود هو الشخص الذي غاب عن محل إقامته وانقطعت أخباره فلا تعلم حياته ولا وفاته . وإذا كان الأصل أن شخصية الإنسان لا تنتهي إلا بالموت الحقيقي ، إلا أنه إذا طال غيبة المفقود فليس من المصلحة أن يترك أمره معلقاً دون أن يعرف مصير أمواله ومركز زوجته ولا سيما إذا غلب احتمال وفاته . لهذا يقضي بموت المفقود حكماً لا حقيقة على خلاف الأصل ، وبذلك تنتهي شخصيته .

وعدم تحقق حياة المفقود أو وفاته هو الذي يجعل دراسة حالته متصلة بدراسة الشخصية ، حتى تتبين ما إذا كنا سنعتبره أثناء فقدته حياً فتبقى له شخصيته أم ميتاً فتنتهي هذه الشخصية .

وفي القانون المصري نظم الشارع حالة المفقود في نصوص متفرقة وردت في عدة قوانين خاصة ، هي القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، والمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وقانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، والمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ في شأن أحكام الولاية على المال .

(١) أنظر في تفصيل ذلك كتابنا في حق الملكية فقرة ٤٨٦ - ٤٨٨ .

أما القانون اللبناني فلم يرد فيه تنظيم موحد في هذا الشأن ، وإنما تختلف الأحكام فيه باختلاف الطوائف . فهناك نصوص تشريعية وردت في قانون العائلة فيما يتعلق بالتفريق بين المفقود وزوجته بالنسبة إلى طائفة السنة ، ونصوص وردت في قانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية الصادر في سنة ١٩٤٨ بالنسبة إلى هذه الطائفة ، ونصوص وردت في قانون الأثر لغير المحمدين الصادر في سنة ١٩٥٩ بالنسبة إلى غير المسلمين . وفيما عدا ذلك لا توجد نصوص تشريعية ، فينطبق المذهب الحنفي بالنسبة إلى طائفة السنة فيما عدا الأحكام المتعلقة بالتفريق ، وينطبق المذهب الجعفري بالنسبة إلى طائفة الشيعة .

وسنعرض فيما يلي لإدارة أموال المفقود ، ومدى اعتباره حياً أو ميتاً أثناء الفقد ، ومتى يحكم بموته ، والاثر الذي يترتب على هذا الحكم ، وأخيراً الوضع في حالة ما إذا علمت حياة المفقود أو حضر حياً .

(١) إدارة أموال المفقود : إذا كان المفقود قد ترك وكيلًا لحفظ أمواله وإدارتها بقي هذا الوكيل قائماً على هذه الإدارة ، وإذا لم يترك وكيلًا أقامت المحكمة وكيلًا عنه يتولى شؤونه (م ١٢٧ من قانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية وم ٧٤ و٧٥ من قانون الولاية على المال المصري) .

(٢) مدى اعتبار المفقود حياً أو ميتاً: يعتبر المفقود حياً في حق الأحكام التي تضره ، وهي التي تتوقف على ثبوت موته . فلا يتزوج زوجته أحد ، إلا إذا حكم القاضي بالتطليق بناء على طلبها لتضررها من غيبته (م ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المصري وم ١٢٦ و١٢٧ من قانون العائلة العثماني وم ٤٥ من قانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية) ، وهذا ما لم تمنع التطليق قواعد الأحوال الشخصية التي تحكم الزواج^(١) . ولا يقسم ماله على ورثته ، ولا تفسخ اجارته (م ٥٧٦ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا) . ويعتبر

(١) انور الخطيب ، الاهلية المدنية في الشرع الاسلامي والقوانين اللبنانية ص ٣٤٢ .

مبتأ في حق الأحكام التي تنفعه وتضر غيره ، وهي المتوقفة على ثبوت حياته . فلا يرث من غيره ، ولا يحكم باستحقاقه الوصية إذا أوصي له بوصية ، بل يوقف نصيبه في الإرث وقسطه في الوصية إلى ظهور حياته أو الحكم بوفاته (م ٤٥) من قانون الموارث المصري وم ٥٧٧ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا) . وهذه في الجملة هي احكام الشريعة الإسلامية وفقاً للمذهب الحنفي .

(٣) الوقت الذي يحكم فيه بموت المفقود : وفقاً للمذهب الحنفي الذي يطبق على طائفة السنة في لبنان يحكم بموت المفقود إذا انقضت اقرانه في بلده ، فان تعذر الفحص عن الاقران وحكم القاضي بموته بعد مضي تسعين سنة من حين ولادته صح حكمه (م ٥٧٨ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا^(١)) . ووفقاً للمذهب الجعفري الذي يطبق على طائفة الشيعة في لبنان يحكم بموت المفقود بعد مائة سنة من تاريخ ولادته^(٢) .

أما في قانون الأحوال الشخصية اللبناني للطائفة الدرزية ، وقانون الارث اللبناني لغير المحمديين بالنسبة إلى غير المسلمين ، وكذلك القانون المصري ، فيفرق بين حالة ما اذا غاب المفقود في ظروف يغلب فيها الهلاك وحالة ما اذا كان هذا الغياب في ظروف لا يغلب فيها الهلاك .

فالحالة الأولى ، أن يكون المفقود قد غاب في ظروف يغلب فيها الهلاك ، كمن فقد عند وقوع حرب أو غرق أو حريق أو زلزال أو نحو ذلك من الكوارث .

ففي هذه الحالة في القانون المصري يحكم القاضي بموت المفقود بناء على طلب

(١) وقد كان هذا هو المعمول به في القانون المصري وفقاً للمذهب الحنفي . ثم أصدر الشارع المصري المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، حيث أخذ فيه بحكم آخر من مذهب الامام احمد بن حنبل يتفق مع الحاجات العملية ، وهو الحكم المذكور في المادة ٢١ منه فيما عدا ما يتعلق بأفراد القوات المسلحة . ثم أضاف الشارع إلى هذه المادة ، بمقتضى القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٥٨ ، الحكم الخاص بأفراد القوات المسلحة .

(٢) انور الخطيب ، المرجع السابق ص ٣٤٤ .

ذوي الشأن بعد مضي أربع سنوات على الأقل من وقت فقده . على أنه بالنسبة الى افراد القوات المسلحة الذين يفقدون أثناء العمليات الحربية يصدر وزير الحربية قراراً باعتبارهم موتى بعد مضي الأربع سنوات المذكورة، ويقوم هذا القرار مقام الحكم (م ١/٢١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، المعدلة بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨) .

وفي القانون اللبناني يحكم القاضي بموت المفقود بناء على طلب ذوي الشأن بعد مضي عشر سنوات من وقت فقده ، وذلك بالنسبة الى الطائفة الدرزية (م ١٣٤ من قانون الاحوال الشخصية للطائفة الدرزية لسنة ١٩٤٨)، والطوائف غير الإسلامية (م ١/٣٤ من قانون الإرث لغير المحمدين لسنة ١٩٥٩) . والحالة الثانية ، أن يكون المفقود قد غاب في ظروف لا يغلب فيها الهلاك ، كما إذا هجر موطنه إلى مكان غير معلوم أو سافر في مهمة وانقطعت أخباره .

ففي هذه الحالة في القانون المصري يترك أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها الى القاضي (م ٢/٢١ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩) . ولكنها من باب الأولى ، بالنسبة الى الحالة الأولى ، يجب ألا تقل عن أربع سنوات . فهي تكون أربع سنوات أو أكثر بحسب تقدير القاضي للظروف .

وفي القانون اللبناني يترك أمر تحديد هذه المدة الى القاضي بالنسبة الى الطائفة الدرزية (م ١٣٤ من قانون الاحوال الشخصية للطائفة الدرزية) ، بينما تحدد هذه المدة ببلوغ عمر المفقود مائة سنة بالنسبة الى الطوائف غير الإسلامية (م ٢/٣٤ من قانون الإرث لغير المحمدين) .

وفي الحالتين يجب على القاضي ، قبل أن يحكم بموت المفقود، ان يتحرى عنه في مكان وجوده بجميع الطرق الممكنة التي من شأنها ان توصل الى معرفة ان كان حياً أو ميتاً .

(٤) الاثر الذي يترتب على الحكم بموت المفقود : اذا حكم بموت المفقود فانه يعتبر في حكم الميت ، وبالتالي تنتهي شخصيته . والموت هنا حكمي ،

لأن موت المفقود غير متيقن، وقد يظهر بعد ذلك انه ما زال على قيد الحياة. وغني عن البيان أن الاحكام التي قدمناها لا تمنع كل ذي شأن، كالزوجة أو الورثة، من ان يدعي موت المفقود، حتى قبل انقضاء المدة المقررة للحكم بموته، فإن ثبتت الدعوى انتهت شخصية المفقود بموته حقيقة لاحكام. إذا انه حينئذ تنتهي حالة الفقد (م ٧٦ من قانون الولاية على المال المصري) بالعلم بموت المفقود.

ومتى حكم بموت المفقود اعتبر ميتاً بالنسبة إلى ماله من يوم الحكم، وبالنسبة إلى مال غيره من يوم الفقد. فتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم (م ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المصري وم ١٣٥ من قانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية وم ٣٦ من قانون الارث لغير المحمديين). ويرد القسط الموقوف له من تركة مورثه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت المورث (م ٤٥ من قانون الموارث المصري وم ٣٧ من قانون الارث لغير المحمديين اللبناني). ويرد الموصى به إلى ورثة الموصي (م ٥٧٩ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا).

وتعمد عند ذلك زوجته عدة الوفاة (م ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المصري وم ١٢٩ من قانون العائلة العثمانية في القانون اللبناني)، فيعمل لها الزواج من غيره، ما لم تمنع من ذلك قواعد الأحوال الشخصية.

(٥) ظهور حياة المفقود: إذا علمت حياة المفقود أو ظهر حياً، ففي القانون المصري تكون زوجته له إن كانت لم تتزوج، أو تزوجت ولم يدخل بها. أما إذا كانت قد تزوجت غيره ودخل بها غير عالم بحياة المفقود، فهي للزوج الثاني، ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول (م ٨ من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٢٠).

وفي القانون اللبناني طبقاً لقانون العائلة إذا حكم بوفاة شخص ثم تزوجت زوجته بشخص آخر، فإن تحققت حياة الزوج الأول يفسخ الزواج الثاني

١٢٥٠ من قانون العائلة) . أما إذا حكم القاضي للزوجة بالتطليق ، ثم تزوجت بشخص آخر ، فإن عودة المفقود لا تؤدي إلى فسخ الزواج الثاني (م ١٢٨ من قانون العائلة وم ٤٦ من قانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية) .

وفما يتعلق بالأموال ، إن كان ظهور حياة المفقود قبل الحكم بموته ، فإنه يرث من مات قبل ذلك من أقاربه ويستحق ما كان موصى له به .
وإن كان ظهوره حياً بعد الحكم بموته ، ففي القانون المصري طبقاً للمذهب الحنفي يكون الباقي من ماله في أيدي ورثته له ، ولا يطالب أحد منهم بما تصرف فيه (م ٥٨٠ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا) ، لأنه ملكه بحكم القاضي ، فإذا تصرف فيه فلا يجب عليه ضمانه . وكذلك الحكم بالنسبة إلى ما بقي في أيدي ورثة مورثه من نصيبه الذي رد إليهم (م ٤٥ من قانون الموارث المصري) .

وفي القانون اللبناني ينطبق حكم القانون المصري بالنسبة إلى طائفة السنة الخاضعة في هذا الشأن للمذهب الحنفي^(١) ، وبالنسبة إلى الطوائف غير الإسلامية في حالة ظهور حياة المفقود بعد مضي خمس سنوات من الحكم بموته (م ٢/٣٨ من قانون الإرث لغير المحمديين) . أما بالنسبة إلى طائفتي الدرور (م ١٣٦ من قانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية) والشيعية^(٢) فيرد للمفقود ما وزع من ماله على ورثته ، والنصيب المستحق له من إرث أو وصية . وكذلك الحكم بالنسبة إلى الطوائف غير الإسلامية في حالة ظهور حياة المفقود خلال خمس سنوات بعد الحكم بموته (م ٣٨ من قانون الإرث لغير المحمديين) . ويكون استرداد المال بعينه ، فإن لم يكن ذلك ممكناً تسترد قيمته .

(١) أنور الخطيب ، المرجع السابق ص ٣٤٥ .

(٢) أنور الخطيب ، المرجع السابق .

٢٧١ - ثالثاً : إثبات الولادة والوفاة :

رأينا أن الولادة تتأكد بها شخصية الإنسان ، وأن الوفاة تنتهي بها هذه الشخصية . ومقتضى هذا أن ثبوت الولادة والوفاة يؤدي الى تحقق الآثار القانونية التي تترتب على وجود الشخصية أو زوالها .

وفي القانون المصري نصت المادة ٣٠ من التقنين المدني في هذا الصدد على أنه « ١ - تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك . ٢ - فإذا لم يوجد هذا الدليل ، أو تبين عدم صحة ما أدرج في السجلات ، جاز الإثبات بأية طريقة أخرى » . ونصت المادة ٣١ على أن « دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها ، ينظمها قانون خاص » .

والقانون الخاص الذي تسري أحكامه في هذا الشأن في القانون المصري هو النانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ في شأن الأحوال المدنية . وبمقتضاه تختص مكاتب السجل المدني بتسجيل واقعات الأحوال المدنية من ولادة وزواج وطلاق ووفاة (م ٢) . ويعد في كل مكتب سجل لقيود كل واقعة من هذه الوقائع (م ٤) . ولكل شخص أن يستخرج صورة رسمية طبق الأصل من القيود والوثائق المتعلقة به أو بأصوله أو بفروعه أو بأزواجه ، ويجوز للسلطات العامة طلب صورة رسمية من أي قيد أو وثيقة ، كما يجوز إعطاء هذه الصورة لكل من يثبت لدى أمين السجل المدني أن له مصلحة فيها من غير هؤلاء (م ١٠) .

ويتم القيد في هذه السجلات بناء على تبليغ من الأشخاص الذين يفرض القانون عليهم واجب التبليغ . وقد عدد القانون هؤلاء الأشخاص ، سواء في حالة الولادة (م ١٧) أو في حالة الوفاة (م ٣١) ، كما نظم الإجراءات التي تتخذ في الحالتين للقيام بالتبليغ .

وفما يتعلق بحجية هذه السجلات في الإثبات نصت المادة ١١ من هذا القانون على أنه « تعتبر السجلات بما تحويه من بيانات والصور الرسمية المستخرجة منها حجة بصحتها ما لم يثبت عكسها أو بطلانها أو تزويرها بحكم » .

وعليه فالأصل أن شهادة الميلاد أو الوفاة ، وهي صورة رسمية تستخرج من السجل المدني ، أو البيانات المتعلقة بذلك في هذا السجل ، كافية لإثبات الولادة أو الوفاة (م ١١ المذكورة) . ولكن إذا لم توجد تلك البيانات لأي سبب من الأسباب ، أو تمكن ذوو الشأن من إثبات عدم صحة ما أدرج في هذا السجل ، جاز الإثبات بكافة الطرق (م ٣٩ مدني) . غير أنه في هذه الحالة يكون إثبات ما يتفرع على واقعة الولادة من نسب خاضعاً لقواعد الأحوال الشخصية ، فتتبع أحكام الشريعة الإسلامية في ثبوت النسب بالنسبة إلى المسلمين^(١) ، وتتبع أحكام الشرائع الدينية الأخرى بالنسبة إلى غير المسلمين في الحدود التي تقدم ذكرها عند الكلام في الدين كمصدر رسمي للقانون^(٢) . وفي القانون اللبناني ينظم هذا الموضوع القانون الصادر في ٧ كانون الأول سنة ١٩٥١ الخاص بقيد وثائق الأحوال الشخصية^(٣) . وبمقتضاه تسجل واقعات الأحوال الشخصية من ولادة وزواج وطلاق ووفاة في سجلات معدة لكل منها (م ٢) . ولكل شخص من أصحاب العلاقة ، أي بمن له مصلحة ، أن يستخرج صورة رسمية من الوثائق المسجلة (م ٨ معدلة بقانون ١٨ كانون الأول سنة ١٩٥٦) .

ويتم القيد في هذه السجلات بناء على تبليغ من الأشخاص الذين يفرض القانون عليهم واجب التبليغ . وقد عدد القانون هؤلاء الأشخاص ، سواء في حالة الولادة أو في حالة الوفاة (م ٢) ، كما نظم الإجراءات التي تتخذ في الحالتين للقيام بالتبليغ . ويلاحظ هنا أن التبليغ يتم بمقتضى وثيقة

(١) ومن هذه الأحكام ما نصت عليه المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المصري الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية من أنه « لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة » .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٩٤ .

(٣) انظر في شرح هذا القانون : أنور الخطيب ، الأحوال الشخصية ص ٤٤١ وما بعدها .

يقدمها من عليه واجب التبليغ مشتملة على البيانات اللازمة ، وهذه الوثيقة تسجل في سجل وارد وثائق الأحوال الشخصية إثباتاً للتاريخ ، ثم تدون بياناتها في السجل النهائي نقلاً عنها ، وتحفظ هذه الوثائق (م ٦) .
وفى يتعلق بحجية هذه السجلات في الإثبات ، فإن البيانات المدونة فيها نقلاً عن الوثيقة تكون كافية للإثبات . لكن إذا تمكن أصحاب الشأن من اثبات عدم صحة البيانات الواردة في الوثيقة ، أو لم توجد السجلات وجميع الوثائق المحفوظة لأي سبب من الأسباب ، جاز الإثبات بكافة الطرق^(١) .

المبحث الثاني

خصائص الشخصية

٢٧٢ - بيان هذه الخصائص :

نبدأ في هذا المقام بالكلام في الذمة المالية باعتبارها تعبيراً عن مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية ، إذ أنها بهذا المعنى لا توجد إلا مستندة إلى شخص . ثم تتناول حالة الشخص ، واسمه ، وموطنه . فهذه هي الخصائص المميزة للشخصية .

المطلب الأول

الذمة المالية

٢٧٣ - التعريف بالذمة المالية :

الذمة المالية *Le patrimoine* هي مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية .

(١) انور الخطيب ، المرجع السابق ص ٤٥٨ .

فالذمة المالية لا تشمل من حقوق الشخص وواجباته إلا ما كانت له قيمة مالية . ولها جانبان : جانب إيجابي L'actif يشمل الحقوق العينية والحقوق الشخصية والحقوق المعنوية في ناحتها المالية وما هو مالي من حقوق الأسرة . وجانب سلبى Le passif يشمل التكاليف العينية التي تكون للغير على عين مملوكة للشخص والإلتزامات الشخصية . ويلاحظ أن الحق الشخصي يتمثل في علاقة بين شخصين هما الدائن والمدين كما عرفنا ، ولذلك يكون عنصراً إيجابياً أي حقاً في ذمة الدائن ، ويكون عنصراً سلبياً أي التزاماً في ذمة المدين . ولا تشمل الذمة الحقوق السياسية وحقوق الشخصية وما هو أدبي من حقوق الأسرة والحقوق المعنوية في ناحتها الأدبية والواجب العام المفروض على الكافة باحترام حقوق الغير أياً كان نوعها والتكاليف العامة غير المالية كواجب أداء الخدمة العسكرية .

وقد ظهرت في خصوص فكرة الذمة المالية نظريات ثلاثة نعرض لها، كي نخلص إلى حقيقة الأمر فيما يتعلق بهذه الفكرة . وهي النظرية التقليدية التي يقال لها نظرية الشخصية، ونظرية ذمة التخصيص أو ذمة الغرض ، والنظرية الحديثة .

٢٧٤ - اولا : النظرية التقليدية : نظرية الشخصية :

تقوم هذه النظرية على أساس استخلاص فكرة الذمة المالية من فكرة الشخصية . فهي تربط بينها برباط وثيق ، ولذلك سميت بنظرية الشخصية . وهي تنسب إلى الفقيهين الفرنسيين أوبري ورو Aubry et Rau . وقد ظلت سائدة في الفقه إلى أوائل القرن الحالي .

فالذمة المالية في هذه النظرية هي مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية حاضرة ومستقبلية ، باعتبارها مجموعة قانونية أو معنوية . فهي توجد حتى ولو لم تكن هناك حقوق وواجبات ، ما دام يحتمل أن تنشأ حقوق وواجبات في المستقبل . حيث تكون للطفل الذي لم يتلق بعد حقاً

أو يتحمل بواجب . ومن هنا يعتبرها أصحاب النظرية ناحية من نواحي الشخصية ، فهي الجانب المالي للشخصية ، أي انها صلاحية الشخص لان تتعلق به حقوق وواجبات مالية .

وهذه الصياغة تطابق ما ذهب إليه رجال الفقه الإسلامي . فهم يعرفون الذمة بأنها وصف شرعي اعتباري يصير به الإنسان أهلاً للوجوب له والوجوب عليه ، أو أهلاً للالتزام والإلزام . فهي في نظرهم أمر مفترض وجوده شرعاً في الإنسان الحي ، وهذا الأمر يعتبر محلاً لجميع الحقوق والالتزامات .

إنما تختلف الذمة في النظرية التقليدية عنها في الفقه الإسلامي من ناحية المدى . فهي في النظرية التقليدية تقتصر على الصلاحية لكسب الحقوق والتحمل بالواجبات المالية ، أما في الفقه الإسلامي فهي صلاحية لكسب جميع الحقوق والتحمل بجميع الواجبات سواء كانت مالية أو غير مالية .

وتترتب على اعتبار الذمة في النظرية التقليدية ناحية من نواحي الشخصية النتائج الآتية :

(١) لا بد لكل ذمة مالية من أن تكون مستندة إلى شخص . فما دامت هي الجانب المالي للشخصية ، فلا يتصور أن تكون هنا ذمة لا تستند إلى شخص .

(٢) لكل شخص حتماً ذمة مالية ، حتى لو لم يكن له حق أو عليه واجب . فما دامت الشخصية موجودة ، فالشخص صالح لأن يكسب حقوقاً أو يلتزم بواجبات في المستقبل ، وبذلك تكون له ذمة ، إذ هي الجانب المالي للشخصية .

(٣) تلازم الذمة الشخصية منذ بدايتها حتى نهايتها ، فتكون مثلها واحدة لا تتعدد ولا تتجزأ ولا تنتقل من شخص إلى آخر . فوحدة الذمة نتيجة حتمية لكونها جانباً من جوانب الشخصية . فالشخص لا يكون له سوى ذمة واحدة ، لأنه لا يمكن أن تكون له إلا شخصية واحدة . وهذا الاعتبار لا يتصور معه أن تتجزأ الذمة أو تتعدد . كذلك لا يمكن أن

تنتقل ذمة الشخص إلى آخر ، لأنها ناحية من شخصيته التي لا يمكن أن تنتقل إلى غيره .

٢٧٥ - نقد نظرية الشخصية :

يلاحظ على هذه النظرية المآخذ الآتية :

(١) فاعتبار الذمة مجرد صلاحية لكسب الحقوق والتحمل بالواجبات لا يضيف شيئاً جديداً إلى معنى الشخصية ، فقد عرفنا أن الشخصية يراد بها هذه الصلاحية ذاتها . ولو أننا اكتفينا باعتبار الذمة مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية ، دون أن نربط بينها وبين الشخصية ، لأمكننا أن نتصور شخصاً بدون ذمة ، ومن ثم لا يتحتم أن يكون لكل شخص ذمة مالية .

(٢) وكون الذمة المالية لا بد من أن تستند إلى شخص لا يقتضي أن نأخذ بالتصوير الذي جاءت به النظرية ، بل يكفي للوصول إلى ذلك أن نعتبر الذمة مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية كما قلنا . فقد رأينا أن الشخص هو كل كائن صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات ، وهو ما يؤدي إلى ضرورة استناد الذمة بمعنى أنها مجموع من الحقوق والواجبات إلى شخص .

(٣) والقول إن الذمة لا تتعدد ولا تتجزأ إنما دعا إليه الربط بينها وبين الشخصية على نحو يخالف الواقع . فهو قول لا يتفق مع أحكام القانون ، حيث نجد حالات يخضع القانون فيها مجموعة معينة من أموال الشخص والتزاماته لنظام قانوني خاص يختلف عن القواعد القانونية العامة التي تخضع لها بقية أمواله والتزاماته . أي أن هذه حالات تتجزأ فيها ذمة الشخص تحقيقاً لأغراض معينة . وليس يكفي لدفع هذه الملاحظة ما قيل من أن المجموعات المالية التي توجد في مثل هذه الحالات داخل الذمة لا تكون ذمماً أخرى ، وإنما هي مجرد أنظمة أوجدها الشارع لحماية فريق من الأشخاص ،

وبذلك لا يتنافى وجودها مع وحدة الذمة . إذ ليس هناك ما يدعو إلى التثبيت بتصوير ينطوي على تجاهل لحقائق اجتماعية يقرها الشارع فيكفل لها التنظيم الذي يؤدي إلى تحقيق الأغراض المقصودة منها . ومن أمثلة تلك الحالات ما يأتي :

١ - فللقاصر في القانون المصري أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط (م ٦١ من قانون الولاية على المال المصري) . وللقاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلية التصرف فيما يكسبه من عمله الخاص ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزامه حدود المال الذي كسبه من هذا العمل (م ٦٣ من قانون الولاية على المال المصري) . ففي هاتين الحالتين نجد الأموال التي تخصص لنفقة القاصر ، أو التي يكسبها من عمله الخاص ، تكون مجموعة مستقلة لها نظامها القانوني الخاص . أي أنه توجد في نطاق الذمة المالية للقاصر مجموعة معينة من الأموال لا يصح الالتزام إلا في حدودها .

٢ - ولمالك السفينة الحق في تركها كي يقتضي أصحاب الديون التي نشأت بسبب السفينة وسفرها حقوقهم من ثمنها ومن أجرتها (م ٣٠ تجاري بحري مصري) . ففي هذه الحالة تبقى السفينة على ملك صاحبها ، ولكنها تخضع لنظام قانوني خاص يختلف عن النظام الذي يخضع له باقي أمواله ، حيث ينحصر ضمان الدائنين في السفينة والأجرة ، فلا يكون لهم التنفيذ على أموال المالك الأخرى .

٣ - وتعتبر التركة مجموعة من الأموال والالتزامات تخضع لنظام قانوني خاص يختلف عن النظام الذي تخضع له أموال الوارث الأخرى . فبمجرد موت المورث تنتقل أمواله والتزاماته إلى الوارث ، ولكن ضمان دائني المورث ينحصر في أموال التركة ، فلا يحق لهم التنفيذ على أموال الوارث الخاصة الأخرى ولو كانت أموال التركة لا تكفي للوفاء بديونهم ، ولا يسأل الوارث

عن ديون المورث إلا في حدود ما تلقاه من أموال التركة (١) . ومعنى ذلك أن التركة تكون مجموعة معينة من الأموال والالتزامات في نطاق الذمة المالية للوارث .

ففي هذه الحالات نجد مالا أو مجموعة من أموال الشخص مخصصة لغرض معين ، وهذا يؤدي إلى خضوعها لقواعد خاصة تكفل تحقيق هذا الغرض ، بحيث تختلف عن القواعد العامة التي تخص لها بقية أموال الشخص .

٤ - وما تقوله النظرية التقليدية من أن الذمة لا تنتقل من شخص إلى آخر إنما مرده كذلك ما قلناه من الربط بينها وبين الشخصية على نحو يخالف الواقع . فهذا القول يتعارض مع نظام الميراث . حيث تنتقل ذمة المورث ، أي حقوقه والتزاماته ، إلى الوارث كما ذكرنا . وقد رد على ذلك أنصار النظرية بقولهم إن شخصية الوارث تعتبر إمتداداً لشخصية المورث ، ومن ثم لا يتضمن الميراث انتقالاً للذمة من شخص إلى آخر ، حيث يعتبر المورث والوارث شخصاً واحداً . ولا يخفى ما ينطوي عليه هذا القول من افتراض يخالف الحقيقة . فشخصية الوارث ، سواء في القانون اللبناني أم في القانون المصري ، مستقلة عن شخصية المورث ، ولهذا رأينا أن ضمان دائني المورث ينحصر في أموال التركة .

٢٧٦ - ثانياً : نظرية ذمة التخصيص أو ذمة الغرض :

تفصل هذه النظرية فصلاً تاماً بين فكرة الذمة المالية وفكرة الشخصية القانونية ، وذلك على عكس ما تقول به النظرية التقليدية . فهي تجعل العبرة في وجود الذمة المالية بالغرض الذي يخصص له مجموع معين من الحقوق والالتزامات ، ولذلك سميت بنظرية ذمة التخصيص أو نظرية ذمة الغرض . وقد قال بها فريق من الفقهاء الألمان على رأسهم الفقيه برنز Brinz .

(١) انظر في تفصيل هذا كتابنا في حق الملكية فقرة ٤٨٥ - ٤٨٨ و ٤٩١ .

فالذمة المالية في هذه النظرية هي مجموع من الحقوق والالتزامات تخصص لغرض معين . فالذي يجمع بين عناصر هذا المجموع فيجعل منها ذمة مالية ، ليس ثبوتها لشخص معين ، وإنما تخصيصها لغرض معين . بحيث يصح أن توجد الذمة بهذا المعنى ولو لم تكن مستندة إلى شخص .

وقد أراد أصحاب النظرية بهذا التصوير الاستغناء بها عن فكرة الشخص الاعتباري أو المعنوي . فهم يقصرون الشخصية القانونية على الشخص الطبيعي ، وهو الإنسان . أما إعطاء هذه الشخصية لمجموعة من الأشخاص كالشركة أو الجمعية ، أو لمجموعة من الأموال كالمؤسسة ، بوصفها شخصاً اعتبارياً ، فهو في نظرهم مجرد افتراض يخالف الواقع ، لأنه يعني نسبة الحقوق والالتزامات التي تتعلق بنشاط الشركة أو الجمعية أو المؤسسة إلى شخص افتراضي لا وجود له . فالغاية التي يراد تحقيقها من إعطاء مثل هذه المجموعات من الأشخاص أو الأموال الشخصية القانونية هو أن نجعل من الحقوق والالتزامات التي تتعلق بنشاط هذه المجموعات ذمة مستقلة عن أعضائها أو المنتفعين بها ، ويجب لبلوغ تلك الغاية أن نسلم بأن هذه الحقوق والالتزامات تكون ذمة مستقلة تجمع بين عناصرها المختلفة وحدة الغرض الذي خصصت له دون أن تستند في وجودها إلى شخص ما .

ويترتب على هذا التصوير عكس النتائج التي رأيناها في النظرية التقليدية :
١ - فليس حتماً أن يكون هناك شخص تستند إليه الذمة . فقد توجد الذمة المالية دون أن تكون مستندة إلى شخص ، حيث يكفي لوجودها أن يكون هناك مجموع من الحقوق والالتزامات تخصص لغرض معين . وتلك أهم نتيجة أراد أصحاب النظرية أن يصلوا إليها للاستغناء عن فكرة الشخص الاعتباري كما ذكرنا .

٢ - وليس حتماً كذلك أن يكون لكل شخص ذمة . فما دام أن الذمة مجموع من الحقوق والالتزامات تخصص لغرض معين ، فيمكن أن يوجد شخص ليس له حق وليس عليه إلزام فلا تكون له ذمة .

٣ - وقد يكون للشخص أكثر من ذمة ، فتتعدد الذمم بتعدد الأغراض التي تخصص لها أمواله . وذلك كما في الحالات التي ذكرناها فيما تقدم عند نقد النظرية التقليدية كأمثله على تجزئة الذمة ، إذ يرى أنصار نظرية ذمة التخصيص أنه في مثل هذه الحالات تكون كل مجموعة من الحقوق والالتزامات ذمة مستقلة .

٤ - يمكن أن تنتقل الذمة من شخص إلى آخر بالمراث أو بالتصرف ، فيشمل هذا الانتقال في الحالين مجموع ما في الذمة من حقوق والتزامات .

٢٧٧ - نقد نظرية ذمة التخصيص :

يؤخذ على هذه النظرية ما ذهبت إليه من أن الذي يجمع بين عناصر مجموع معين من الحقوق والواجبات فيجعل منها ذمة مالية ، ليس ثبوتها لشخص معين ، وإنما تخصيصها لغرض معين ، بحيث يصح أن توجد الذمة دون أن تكون مستندة إلى شخص .

حيث تتعارض هذه الفكرة مع ما هو مسلم في القوانين العربية ، بل وفي القوانين الحديثة بوجه عام ، من أن الحقوق والالتزامات لا توجد إلا مستندة إلى شخص معين ، سواء كان هذا الشخص طبيعياً أو اعتبارياً . وسرى أن القانون اللبناني والقانون المصري يخلعان الشخصية الاعتبارية على الشركات والجمعيات والمؤسسات . وإذا كان أنصار النظرية قد لجأوا إلى هذه الفكرة للاستغناء بها عن فكرة الشخص الاعتباري ، فإن نظرية الشخصية الاعتبارية تفضل نظرية ذمة التخصيص من ناحيتين : الأولى أن نظرية ذمة التخصيص تقصر عن تفسير ما لا يتصل بالنشاط المالي ، بينما تستوعب نظرية الشخصية الاعتبارية كل ألوان النشاط التي تسمح بها طبيعة الشخص الاعتباري . والثانية أن الشخصية الاعتبارية لا تقوم على أساس الافتراض ، وإنما تستند إلى حقيقة واقعية كما سئى .

إذا كانت نظرية ذمة التخصيص منتقدة في فكرتها الأساسية ، وهي إمكان وجود ذمة لا تستند الى شخص ، فإنها قد أفادت في تمييز بعض عناصر ذمة الشخص بإخضاعها لنظام قانوني خاص يكفل تحقيق الغرض الذي خصصت له . فقد رأينا أن هناك حالات تتجزأ فيها ذمة الشخص تحقيقاً لأغراض معينة ، كما هو الشأن في حالة القاصر ومالك السفينة والتركة ، حيث يخضع مجموع من أموال الشخص والتزاماته لقواعد خاصة تختلف عن القواعد العامة التي تخضع لها بقية أمواله .

على أنه يلاحظ أن تجزئة الذمة على هذا النحو من التخصيص لا يتحقق بإرادة الأفراد ، وإنما يقرره القانون . فالشارع وحده هو الذي يقرر خضوع مجموع معين من أموال الشخص وإلتزاماته لنظام قانوني خاص تحقيقاً لغرض معين . إذ أن التخصيص بهذا المعنى يمس نظام الاثتان الذي يتصل اتصالاً وثيقاً بالنظام العام الاقتصادي ، ولذلك يجب أن يكون بيد الشارع لا بإرادة الأفراد . فلا يجوز مثلاً لشخص أن يعلن تخصيص مجموع من أمواله لغرض معين بحيث لا يجوز للدائنين في خارج هذا النطاق أن ينفذوا على تلك الأموال .

يرفض جمهور الفقه الحديث أن يربط بين فكرة الذمة المالية والشخصية على نحو ما جاء في النظرية التقليدية . فهو لا يعتبر الذمة ناحية من نواحي الشخصية . ولكنه يحتفظ من النظرية التقليدية بفكرة أن الذمة المالية مجموعة قانونية مستقلة عن العناصر التي تدخل فيها .

فالذمة المالية في النظرية الحديثة هي مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية حاضرة ومستقبلية ، باعتبارها مجموعة قانونية تفقد فيها عناصر ذاتيتها فلا تظهر إلا كقيم إيجابية أو سلبية . والتغيرات التي

تطراً على هذه العناصر فتزيد من العناصر الإيجابية أو السلبية أو تنقص منها ليس من شأنها أن تغير من طبيعة الذمة أو تحول دون بقائها كوحدة متميزة . فالحقوق والواجبات التي تدخل في الذمة قد تنتهي ويحل محلها حقوق وواجبات أخرى . والواجبات قد تزيد في قيمتها عن قيمة الحقوق ، فيطفي الجانب السلبي للذمة على جانبها الإيجابي . ومع ذلك تظل الذمة قائمة كمجموعة موحدة . وعليه فالذمة المالية بهذا التصوير ليست حقيقة مادية ، وإنما هي صياغة قانونية تقوم على كونها مجموعة معنوية . وقد أريد بهذه الصياغة تفسير فريق من القواعد القانونية ، أهمها حق الضمان العام للدائنين ، وانتقال التزامات المورث مع أمواله إلى الورثة . ومن ثم يجدر أن نتبين مدى لزوم تلك الصياغة للوصول إلى هذا التفسير :

(١) ففياً يتعلق بحق الضمان العام للدائنين ، يقول أنصار النظرية إنه يتعلق بالذمة في مجموعها ، فهو يتناولها باعتبارها مجموعة قانونية متميزة عن العناصر التي تدخل فيها ، فلا يرد على عنصر بعينه من هذه العناصر . وبذلك لا يقف ضمان الدائن عند أموال المدين الحاضرة التي تكون له وقت نشوء الدين ، بل يمتد إلى أمواله المستقبلية . ومعنى ذلك أن الدائنين يمكنهم أن ينفذوا بحقوقهم ليس فقط على ما يدخل في الذمة وقت نشوء هذه الحقوق ، بل وكذلك على ما يدخل فيها بعد ذلك . كما يكون للمدين أن يتصرف في أمواله دون أن يكون لدائنيه أن يعترضوا على ذلك ما دام لم يقع منه غش أو ما هو في حقه .

وقد لوحظ على هذا القول أن اعتبار الذمة محلاً للضمان العام ينطوي على تناقض . ذلك أن الذمة تشمل الحقوق والالتزامات ، ومن ثم لا يتصور أن تشترك التزامات الشخص مع حقوقه في ضمان التزاماته . ولذلك فإن كثيراً من أنصار النظرية يتفادون هذا النقد بقولهم إن محل الضمان العام هو الجانب الإيجابي من ذمة المدين .

ويتضح من هذا أن اعتبار الذمة مجموعة متميزة عن العناصر التي تدخل

فيها ، وكون حق الضمان العام الذي للدائنين ينصب على الذمة في مجموعها وليس على هذه العناصر بأعيانها، يترتب عليه في نظر أنصار النظرية أمران: الأول أن يكون للمدين أن يتصرف في أمواله دون أن يكون لدائنيه أن يعترضوا على تصرفاته. والثاني أن يكون للدائنين أن ينفذوا على جميع أموال المدين وقت التنفيذ حتى ما كسبه منها بعد نشوء الدين .

والواقع أن حق الضمان العام للدائنين ليس إلا تعبيراً عن القاعدة التي تقضي بأن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه (م ١/٢٣٤ مدني) . وهذا يعني أنه إذا لم يقم المدين بالوفاء الإختياري استطاع الدائن أن ينفذ بحقه على أي مال من أموال المدين كي يباع هذا المال جبراً ويقتضي الدائن حقه من الثمن . وحق الدائن في التنفيذ على هذا النحو لا يمتد إلى ما تصرف فيه المدين من أمواله قبل التنفيذ ، ولكنه يشمل كل ما يكون مملوكاً للمدين وقت التنفيذ ولو كان قد كسبه بعد نشوء الدين . ومرد هذا إلى طبيعة الحق الشخصي من ناحية ، وفكرة الإلزام على الوفاء التي ينطوي عليها عنصر المسؤولية في الإلتزام^(١) من ناحية أخرى . فقد رأينا أن الحق الشخصي محله عمل يقوم به المدين ، فهو لا يتعلق بمال معين من أموال المدين ، ومقتضى هذا أنه إذا تصرف المدين في مال من أمواله قبل التنفيذ فلا يستطيع الدائن أن يتبعه للتنفيذ عليه لأن حقه لا يرد عليه . كما أن عنصر المسؤولية في الإلتزام مؤداه أن يكون للدائن أن يجبر المدين على الوفاء إذا لم يقم بسبه بإختياره ، ومقتضى هذا أن يكون للدائن أن ينفذ على أي مال مملوك للمدين وقت التنفيذ ولو كان قد كسبه بعد نشوء الدين لأنه أصبح مملوكاً له وقت إجباره على الوفاء ، ولا يكون للدائن أن ينفذ على ما تصرف فيه المدين

(١) يتحلل الإلتزام ، وهو الحق الشخصي ، إلى عنصرين : الأول هو عنصر المديونية ، وهو الواجب القانوني الذي على المدين ، والذي مقتضاه أن يقوم المدين بأداء معين ، وهذا الواجب ينقضي بالوفاء الإختياري . والعنصر الثاني هو المسؤولية ، ومؤداه أن يكون للدائن ان يجبر المدين على الوفاء إذا لم يقم به من تلقاء نفسه ، وهذه المسؤولية تقع على المدين في ماله لا في جسمه .

قبل التنفيذ لأنه لم يعد مملوكاً له وقت إجباره على الوفاء .

ويتبين من هذا أن النتائج التي أراد أنصار النظرية الوصول إليها إنما تتحقق دون حاجة إلى تصوير الذمة على النحو الذي ذهبوا إليه ، وذلك في ضوء طبيعة الحق الشخصي الذي يرد على عمل يقوم به المدين وليس على مال معين من أمواله ، وفي ضوء مسؤولية المدين التي يقوم عليها حق الدائن في إجباره على الوفاء من الأموال المملوكة له وقت التنفيذ .

(٢) وفيما يتعلق بانتقال التزامات المورث مع أمواله إلى الورثة يقول أنصار النظرية إن اعتبار الذمة مجموعة مستقلة عن العناصر التي تدخل فيها هو الذي يفسر هذا الانتقال .

والواقع أنه لا يبدو واضحاً من الناحية المنطقية كيف يؤدي هذا الاعتبار إلى انتقال التزامات المورث إلى الورثة مع أمواله . إن تصوير الذمة على هذا النحو ليس من شأنه أن يفسر انتقال التزامات المورث إلى الورثة ، وإنما يقوم هذا الانتقال على أساس من اعتبارات العدالة ومقتضيات الائتمان . فهذه الاعتبارات والمقتضيات هي التي تدعو إلى تحميل الوارث بالتزامات المورث ما دام أنه يتلقى أموال الشركة بدون مقابل .

ولسنا في حاجة إلى هذا التصوير كأداة فنية للربط بين أموال المورث والتزاماته في هذا الانتقال كما يقول بعض أنصار النظرية . فالحل الراجح في الشريعة الإسلامية ، وهو الذي يأخذ به قانوننا الوضعي ، أن حقوق دائني المورث تتعلق بأموال الشركة . فهذه الأموال تنتقل إلى الورثة محملة بحق عيني تبقي لصالح هؤلاء الدائنين ، هو بمثابة رهن يقرره القانون لضمان الوفاء بديون الشركة . ومقتضى هذا أن يكون لهؤلاء الدائنين أن ينفذوا بحقوقهم على تلك الأموال دون أن يكون في استطاعة دائني الوارث مزاحمتهم في هذا المجال .

٢٨٠ - الذمة المالية مجرد تعبير عن مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية :

يخلص من كل ما تقدم أن الذمة المالية ليست جانباً من جوانب الشخصية . وليست قائمة على تخصيص عناصرها لغرض معين يكفي لوجودها ولم تكن مستندة إلى شخص . وليست مجموعة قانونية أو معنوية مستقلة عن العناصر التي تدخل فيها . فأبي تصوير أو صياغة من هذا القبيل لا يطابق الواقع ولا توجب ضرورة تدعو إلى تفسير بعض القواعد القانونية .

فالذمة المالية مجرد تعبير عن مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية . فهي تعبير عن حقيقة مادية ، بحيث يمكن أن تتصور شخصاً لا ذمة له إذا فرضنا أن ليس له حق أو عليه واجب ، ولا توجد الذمة إلا مستندة إلى شخص ، ويمكن أن تنتقل من شخص إلى آخر بالميراث أو الوصية ، كما يمكن أن تتجزأ إذا أخضع القانون مجموعاً معيناً منها لنظام خاص يختلف عن القواعد العامة التي تخضع لها بقية أموال الشخص .

المطلب الثاني

الحالة

٢٨١ - تعريف :

حالة état الشخص صفات معينة تتوفر له فيرتب عليها القانون آثاراً معينة . وهذه الصفات هي كون الشخص منتبياً إلى دولة معينة ، وإلى أسرة معينة ، وأحياناً إلى دين معين . حيث يتحدد مركز الشخص في ضوء هذه الصفات ، فتثبت له حقوق وتقع عليه واجبات في الحدود التي يقرها القانون . ونعرض الآن لعناصر الحالة ، وهي الجنسية التي تحدد حالة الشخص السياسية ، والأسرة التي تحدد حالته العائلية ، والدين الذي يحدد حالته الدينية .

تحدد الحالة السياسية للشخص بحسب جنسيته . والجنسية nationalité رابطة تبعية سياسية بين الشخص والدولة . فالوطني في دولة معينة هو الذي يتمتع بجنسيتها ، والأجنبي هو الذي لا يتمتع بهذه الجنسية .

وينطوي تحديد جنسية الشخص على أهمية بالغة فيما يتعلق بمركز الأجنبي بالنسبة إلى الوطنيين . إذ أن هناك حقوقاً وواجبات تقتصر على الوطنيين . فالأصل في الحقوق السياسية ، كحق الانتخاب وحق الترشح وحق تولي الوظائف ، أن تكون قاصرة على الوطنيين ، حيث لا يسام في إدارة شئون الدولة إلا من ينتمي إليها بجنسيته . ولكن يجوز استثناء من هذا الأصل أن يستعان بموظفين من الأجانب . وهناك بعض من الحقوق العامة يقتصر على الوطنيين ، كعدم جواز إبعاد الوطني عن أراضي الدولة . فالأجنبي يجوز إبعاده إذا كان في وجوده ما يهدد الأمن العام أو الآداب العامة ، كما يخضع في إقامته لشروط معينة يحددها القانون . ويعفى الأجانب من واجب أداء الخدمة العسكرية . وقد يحرم الأجانب من بعض الحقوق المدنية ، ففي كثير من الدول لا يجوز لهم تملك العقارات ولا سيم الأراضي الزراعية ، كما يحظر عليهم ممارسة مهن معينة كالطب والمحاماة .

على أن هناك حداً أدنى من الحقوق يجب على جميع الدول أن تكفله للأجانب ، وهو حد تفرضه قواعد القانون الدولي العام . إذ لا بد من أن تتوفر للأجنبي الحقوق المدنية التي تحميه في كيانه وحرية وتمكنه من مزاولته نشاطه الضروري المعتاد .

كذلك للجنسية أهميتها في بيان المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق في العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي . فقد رأينا أن القانون الدولي الخاص يعني بصفة أساسية ببيان هاتين المسألتين ، ولذلك تعتبر الجنسية

في هذا القانون من المسائل الأولية التي تساهم في تعيين الاختصاص القضائي أو التشريعي (١) .

والجنسية إما أصلية ، أو طارئة أي مكتسبة :

(١) فالجنسية الأصلية هي التي تثبت للشخص عند ميلاده . وهي تحدد إما على أساس النسب ، وهو ما يقال له حق الدم *jus sanguinis* ، وبه يأخذ الولد جنسية أبيه أو أمه ، وإما على أساس محل الميلاد ، وهو ما يقال له حق الإقليم *jus soli* ، وبه يكسب من يولد على إقليم معين جنسيته . والغالب أن يجمع الشارع بين الطريقتين بنسبة تختلف باختلاف البلاد .

والأساس الأول في القانونين اللبناني والمصري هو رابطة أو حق الدم ، حيث يتمتع بالجنسية اللبنانية من ولد لأب متمتع بهذه الجنسية (م ١/١ من قانون الجنسية اللبناني الصادر به القرار رقم ١٥ بتاريخ ١٩ كانون الثاني سنة ١٩٢٥) ، ويتمتع بجنسية الجمهورية العربية المتحدة من ولد لأب متمتع بهذه الجنسية (م ٢ من القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن جنسية الجمهورية العربية المتحدة) . أما الميلاد في الأراضي اللبنانية أو المصرية فلا يكفي وحده لثبوت الجنسية إلا في حالات خاصة ، مثلها ما يقضي به القانون اللبناني والمصري من إعطاء جنسية الدولة لمن يولد في أراضيها من أبوين مجهولين (م ٣/١ من قانون الجنسية اللبناني و م ٢ من قانون الجنسية في الجمهورية العربية المتحدة) .

(٢) أما الجنسية الطارئة أو المكتسبة فهي التي يكسبها الشخص في تاريخ لاحق لميلاده . وهي تكسب عادة بسبب الزواج أو بالتجنس . ففيما يتعلق بالزواج قد يترتب على زواج الأجنبية من أحد الوطنيين أن أن تكسب جنسيته ، كما هي الحال في كثير من البلاد . ويأخذ القانونان اللبناني والمصري بهذه الفكرة إذا توافرت شروط معينة (م ٥ من قانون

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٤٦ .

الجنسية اللبنانية المعدلة بقانون ١١ كانون الثاني سنة ١٩٦٠ و م ١٣ من قانون الجنسية في الجمهورية العربية المتحدة) .

ويراد بالتجنس منح الأجنبي جنسية الدولة بناء على طلبه إذا توافرت شروط معينة .

والغالب بالنسبة إلى من يكسب الجنسية بسبب الزواج أو بالتجنس ألا يتمتع فور كسبه بكل الحقوق التي تثبت للوطنيين ، فيحرم لمدة معينة بعد ذلك الكسب من التمتع ببعض هذه الحقوق وخاصة الحقوق السياسية .
والأصل أن لكل شخص جنسية وأن الجنسية لا تتعدد ، ومع ذلك فقد يحصل في بعض الحالات أن يكون الشخص عديم الجنسية أو يكون له أكثر من جنسية .

وقد يفقد الشخص الجنسية كعقوبة .

٢٨٣ (٢) الأسرة :

تحدد الحالة العائلية للشخص بحسب مركزه في أسرة معينة ، وأسرة famille الشخص هي مجموعة الأشخاص الذين تربطه بهم رابطة القرابة .
وتقول المادة ٣٤ فقرة أولى من التقنين المدني المصري في هذا المعنى :
« تتكون أسرة الشخص من ذوي قرابه » .

ورابطة القرابة التي تربط بين أفراد الأسرة تأتي إما من طريق النسب أو من طريق المصاهرة . فالقرابة على نوعين : قرابة نسب وقرابة مصاهرة .

٢٨٤ - قرابة النسب :

قرابة النسب هي التي يكون أساسها الدم ، فهي تقوم بين أفراد تربطهم رابطة الدم . وهي التي تقصد من لفظ القرابة إذا أطلق . وقريب الشخص هو الذي يشترك معه في أصل واحد ، ذكراً كان أو أنثى . وفي ذلك تقول المادة ٣٤ فقرة ثانية من التقنين المدني المصري : « ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك » .

وقرابة النسب إما قرابة مباشرة أو قرابة حواش .

فالقرابة المباشرة هي قرابة الولاد المنحصرة في عمود النسب ، أي قرابة الأصول والفروع . فهي ، كما تقول المادة ٣٥ فقرة أولى من التقنين المدني المصري ، « الصلة ما بين الأصول والفروع » . وفيها يتسلسل أحد الشخصين من الآخر . فالأب وأبو الأب وإن علا ، وأم الأب وإن علت ، والأم وأبو الأم وإن علا ، وأم الأم وإن علت ، والإبن وإبن الإبن وإن نزل ، كل من هؤلاء قريب مباشر .

أما قرابة الحواشي فهي الخارجة عن عمود النسب ، فلا يتسلسل فيها أحد القريبين من الآخر ، وإن كانا يشتركان في أصل واحد . وقد عرفت في المادة ٣٥ فقرة ثانية من التقنين المدني المصري فقالت : « هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك ، دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر » . فالأخ والأخت وفرعها وإن نزل من الحواشي ، والأصل المشترك هو الأب . والعم والعمة وفرعها وإن نزل من الحواشي ، والأصل المشترك هو الجد . وقد اتبع التقنين المدني المصري في تحديد درجة القرابة ذات الطريقة التي سار عليها القانون الروماني وأخذها عنه القانون الفرنسي . ومن ثم فهي تسري في القانون اللبناني رغم عدم وجود نص في شأنها .

ففي حساب درجة القرابة المباشرة نصت المادة ٣٦ من التقنين المدني المصري على أنه يراعى « اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل » . ومقتضى هذا أن يحسب كل فرع درجة ولا يحسب الأصل . فالإبن في قرابته للأب يعتبر في الدرجة الأولى ، لأننا أمام فرع واحد نحسبه ولا نحسب الأب لأنه الأصل . وإبن الإبن يعتبر في الدرجة الثانية ، لأننا إذا صعدنا من الفرع لأصله وجدنا أولاً ابن الإبن وهو فرع فيحسب درجة ، ثم الإبن وهو فرع فيحسب درجة كذلك ، ثم الجد وهو الأصل فلا يحسب ، وبذلك يجتمع لدينا درجتان ، فيكون إبن الإبن في الدرجة الثانية .

أما درجة قرابة الحواشي فقد نصت المادة ٣٦ من التقنين المدني المصري على أنه عند حسابها « تعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة ». ومقتضى هذا أن يحسب كل فرع من الناحيتين درجة ولا يحسب الأصل . فالأخ في الدرجة الثانية لأنه فرع في ناحية فيحسب درجة ، وأخوه فرع في الناحية الأخرى فيحسب درجة كذلك ، والأب لا يحسب لأنه الأصل . وابن العم في الدرجة الرابعة لأننا إذا صعدنا من الفرع لأصله في إحدى الناحيتين وجدنا أولاً ابن العم وهو فرع فيحسب درجة ، ثم أبوه وهو فرع فيحسب درجة كذلك ، ثم الجد فلا يحسب لأنه الأصل المشترك ، ثم ننزل من الأصل إلى الفرع في الناحية الأخرى فنجد الأب وهو فرع فيحسب درجة ، ثم ابنه وهو فرع فيحسب درجة كذلك . وبهذا يجتمع لدينا درجتان في كل ناحية ، فيكون ابن العم في الدرجة الرابعة .

٢٨٥ - قرابة المصاهرة :

قرابة المصاهرة هي التي يكون أساسها الزواج ، وهي تقوم بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر . وقد نصت المادة ٣٧ من التقنين المدني المصري في هذا الصدد على أن « أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر » . ويتضح من هذا النص أن قرابة المصاهرة تربط بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر ، فهي لا تقوم بين أقارب أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر . وفي حساب درجة هذه القرابة تكون العبرة بدرجة قرابة النسب بين أحد الزوجين وأقاربه . فأخ الزوجة يعتبر بالنسبة إليها من الحواشي في الدرجة الثانية ، والقرابة بينها قرابة نسب ، ويعتبر كذلك بالنسبة إلى الزوج من الحواشي في الدرجة الثانية ، ولكن القرابة هنا قرابة مصاهرة .

لا يوجد في القانون المصري غير قرابة النسب وقرابة المصاهرة .
فالقرابة الطبيعية parenté naturelle التي تنشأ من اتصال رجل بإمرأة
اتصالاً غير شرعي ينتج ولداً لا يعرفها القانون المصري . فليس للولد غير
الشرعي حقوق أسرة في القانون المصري ، سوى أن يثبت نسبه من أمه ،
فيرثها هي وقرابتها (م ٤٧ من قانون الموارث المصري) .
كذلك لا يوجد في القانون المصري نظام التبني adoption ، الذي
تترتب عليه بعض آثار البنوة (راجع م ٣٥٤ من كتاب الأحكام الشرعية
لقدرى باشا) .

ويلاحظ أن الشريعة الإسلامية تجيز ثبوت النسب بالإقرار وحده إذا لم
يكن فيه تحميل النسب على غير المقر ، وهو الإقرار بالبنوة أو بالأبوة^(١) .
فإذا أقر رجل ببنوة ولد ثبت نسبه منه إذا كان المقر له مجهول النسب وكان
في سن بحيث يولد مثله لمثل المقر وصدق المقر إن كان من أهل التصديق بأن
كان مميزاً^(٢) . وهذا هو ذات الحكم في إقرار ولد بأبوة رجل . وفي هاتين
الحالتين يكون الولد ابناً من جميع الوجوه ، فيثبت نسبه وتلزم نفقته وتربيته
ويرث (م ٣٥٠ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا) .

فالمقر له بهذا النسب يكون ولداً شرعياً . إذ الإقرار أحد أمور ثلاثة
يثبت النسب بها شرعاً ، وهي الفراش والإقرار والبينة . ومقتضى هذا أن
الإقرار بالنسب لا يعتبر نظاماً للتبني ، لأنه لا فرق بين ولد يثبت نسبه

(١) أما الإقرار الذي يكون فيه تحميل النسب على غير المقر ، فيكون بما عدا هاتين الحالتين ،
كإقرار رجل لآخر بأنه أخوه ، إذ يكون في هذا إقرار بنسب على أبيه . وهذا لا يثبت به
النسب ممن حمل عليه ، فلا يكون المقر له ابناً لأب المقر ، ولذلك لا يسري إلا في حق المقر
فحسب ولكن بشرط ألا يضر ذلك بغيره (راجع في تطبيق هذا المبدأ بالنسبة إلى الإرث :
م ٤١ و ٤٢ من قانون الموارث المصري) .

(٢) وذلك طبقاً للمذهب الحنفي الذي عليه العمل .

بالفراش أو بالبينة وآخر يثبت نسبه بالإقرار . كما أنه لا يعتبر اعترافاً بقراءة طبيعية ، لأنه لو ذكر رجل يقر ببنة ولد أنه ولده من الزنا ، فرغم توفر الشروط التي ذكرناها لا يثبت نسب المقر له لأن الزنا لا يصلح سبباً للنسب . وفي القانون اللبناني يصدق على الطوائف الإسلامية ما قلناه في القانون المصري .

أما بالنسبة الى الطوائف غير الإسلامية فقد أورد الشارع اللبناني في قانون الارث لغير المحمديين الصادر في ٢٣ حزيران سنة ١٩٥٩ تنظيمياً لثبوت بنوة الولد الطبيعي (م ٢٤ - ٣٠) . ذلك ان الولد غير الشرعي هو الذي يأتي من اتصال رجل بامرأة اتصالاً غير شرعي ، أي بغير زواج شرعي^(١) . وهذا الولد غير الشرعي ينقسم الى أنواع ثلاثة: النوع الأول هو الولد الطبيعي *l'enfant naturel* ، وهو الذي يولد من شخصين أعزبين ليس بينهما قرابة مانعة من الزواج . والنوع الثاني هو الولد الزنائي *l'enfant adultérin* ، وهو المولود من شخصين أحدهما أو كلاهما متزوج . والنوع الثالث هو الولد القرابي *l'enfant incestueux* ، وهو المولود من شخصين بينهما قرابة مانعة من الزواج . ولا يعترف القانون اللبناني المذكور إلا بالنوع الأول ، وهو الولد الطبيعي ، حيث يجعل له الحق في النفقة والتربية وحصه في الإرث (م ٢٢) . أما النوعين الآخرين فلا يعترف بهما القانون المذكور^(٢) . غير أنه بالنسبة الى النوع الثاني ، وهو الولد الزنائي ، جعل القانون له حق الإرث

(١) انظر في هذا الموضوع : انور الخطيب ، الأحوال الشخصية (خصائص الشخص الطبيعي) ، ص ٩٣ وما بعدها .

(٢) ومع ذلك فانه بالنسبة الى الولد الزنائي يصبح هذا الولد شرعياً بزواج والديه اللاحق بعد وفاة الزوج الآخر (انظر المادة ٨٤ من قانون الأحوال الشخصية) . وبالنسبة الى الولد القرابي يصبح هذا الولد شرعياً حكماً بصدور قرار التفييح من البطريرك . وإذا تعذر ان يصبح هذا الولد او ذاك ولداً شرعياً بأحد هذين الطريقين امكن ان يصبح شرعياً بمرسوم بابوي (انظر في كل هذا : انور الخطيب ، المرجع السابق ص ١١٠ - ١١٥) .

من أحد الوالدين إذا اعترف به ولم يكن متزوجاً (م ٣٢) . ويقاس عليه الولد القرابي إذا اعترف به أحد الوالدين دون أن يكشف هذا الاعتراف عن الوالد الآخر ، بحيث لا تنكشف علاقة القرابة المانعة من الزواج^(١) .

كذلك أورد قانون الإرث لغير المحمديين تنظيماً للتبني ، وهو نظام يهدف إلى إنشاء أسرة بأبوة سورية لمن ليس له ولد ولا يأمل أن يكون له ولد^(٢) . ويلاحظ أن التبني يرد على ولد معروف نسبه ، فله والدان أصليان تجب موافقتها على التبني ، أو الحي منهما ، ويكتفى بموافقة الأسقف إذا كان الأبوان متوفيين (م ١٠٤ من قانون الأحوال الشخصية) . ويترتب على التبني أن يحمل الولد اسم عائلة من تبناه (م ١٠٦ من قانون الأحوال الشخصية) ، وتجب على هذا الأخير نفقته (م ١٠٨ من قانون الأحوال الشخصية) ، ويثبت له حق الولد الشرعي في إرث من تبناه وفي وصيته (م ٢٣ من قانون الإرث لغير المحمديين) .

٢٨٧ - أهمية روابط الأسرة :

تترتب على روابط الأسرة ، سواء كان أساسها قرابة النسب أو علاقة الزوجية ، آثار هامة في تحديد حقوق الشخص وواجباته العائلية . فهناك حقوق غير مالية ، كولاية الأب على ابنه ، وحق التربية للابن ، وحق الطاعة للزوج على زوجته . وهناك حقوق مالية ، كالحق في الإرث ، والحق في النفقة . كذلك لهذه الروابط أهميتها في تطبيق فريق من الأحكام القانونية ، سواء كان أساسها قرابة النسب أو علاقة الزوجية أو قرابة المصاهرة . ومن الأمثلة على ذلك أن القانون يعتمد بها وبدرجة القرابة في رد القضاة (م ١١٩ و ١٢٠ أصول محاكمات مدنية لبناني وم ١٤٧ - ١٤٩ مرافعات مصري) والخبراء (م ١١٩ و ٢٨٢ أصول محاكمات مدنية لبناني وم ١٤١ من قانون الإثبات المصري)

(١) انور الخطيب ، المرجع السابق ، ص ١٠٩ .

(٢) انظر في هذا الموضوع ؛ انور الخطيب ، المرجع السابق ، ص ١١٦ وما بعدها .

رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨) ، وفي عدم جواز الأخذ بالشفعة (م ٢/٢٤٤ ملكية عقارية لبناني وم ٩٣٩ مدني مصري) ، وفي التعويض عن الضرر الأدبي (م ١٣٤ موجبات وعقود لبناني وم ٢/٢٢٢ مدني مصري) .

وللتفرقة بين القرابة المباشرة وقرابة الحواشي أهميتها فيما يتعلق بالنفقة التي تجب للأقارب وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية (راجع المواد ٣٩٥ - ٤١٩ من كتاب الأحكام الشرعية لقدري باشا^(١)) .

وقرابة المصاهرة محدودة في آثارها إذا قارناها بقرابة النسب . فقرابة النسب يترتب عليها الحق في النفقة لفريق من الأقارب ، وهم الأقارب المحرميون^(٢) . أما قرابة المصاهرة فلا تخول الحق في النفقة^(٣) . وكلتا القرابتين لها أثرها فيمن يحل الزواج منهن من النساء ، ولكن نطاق التحريم بسبب النسب أوسع مما هو عليه بسبب المصاهرة . وكلتاها يظهر أثرها كذلك في تطبيق فريق من الأحكام القانونية كما ذكرنا ، ولكن الأولى أبعد أثراً من الثانية .

٢٨٨ - (٣) الدين :

الأصل أن الدين لا تأثير له في حالة الشخص . وهذا هو الوضع في البلاد الغربية . وهو الأصل كذلك في القانون المصري والقانون اللبناني . حيث تنص المادة ٧ من الدستور اللبناني على أن « كل اللبنانيين سواء لدى القانون وهم يتمتعون بالسواء

(١) ويلاحظ ان هذه التفرقة بين القرابة المباشرة وقرابة الحواشي غير مأخوذ بها في الميراث . وإنما ينقسم الأقارب في هذا الصدد إلى اصحاب فروض وعصبة نسيين وذوي ارحام . فأصحاب الفروض هم الذين لهم سهام مقدرة في التركة بنص في القرآن او السنة او بالاجماع كالأب والجسد الصحيح والزوج والزوجة . والعصبة النسييون هم اقارب المتوفى من الذكور الذين لا تدخل بينهم وبين المتوفى في سلسلة النسب انثى كالابن وابن الابن والأب وابي الأب . وذوو الأرحام هم اقارب المتوفى الذين ليسوا من اصحاب الفروض ولا من العصبة النسيين كبن بنت وابن بنت الابن وابن الأخت .

(٢) وذلك وفقاً لمذهب ابي حنيفة المعمول به .

(٣) يلاحظ ان علاقة الزوج بزوجه ليست علاقة مصاهرة ، وإنما علاقة زوجية .

بالحقوق المدنية والسياسية ويتحملون الفرائض والواجبات العامة دون ما فرق بينهم . كما تنص المادة ٢٤ من الدستور المصري على ما يأتي : « المصريون لدى القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة ، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة » .
غير أنه في لبنان وفي الجمهورية العربية المتحدة ، كغيرهما من البلاد الشرقية ، يعتبر الدين عنصراً من عناصر الحالة . وذلك على سبيل الاستثناء ، وفي نطاق محدود يتعلق بفريق من الأحوال الشخصية . فقد رأينا أنه فيما يتعلق بفريق كبير من الأحوال الشخصية يخضع اللبنانيون والمصريون لشرائعهم الدينية المختلفة (١) .

هذا إلى أن الشريعة الإسلامية تقضي بأن اختلاف الدين مانع من الإرث . وقد نصت على ذلك المادة ٦ من قانون الموارث المصري فقالت إنه « لا توارث بين مسلم وغير مسلم ، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض » .
ويتبين من هذا أن حقوق اللبناني أو المصري المسلم فيما يتعلق بفريق من أحواله الشخصية تختلف عن حقوق اللبناني أو المصري غير المسلم ، وذلك بسبب اختلاف الدين .

المطلب الثالث

الاسم

٢٨٩ - معنى الاسم وتكوينه :

لكل شخص اسم يعرف به . إذ الاسم هو الوسيلة التي تميز الشخص عن غيره من الأشخاص . وهو بمعناه الضيق يقتصر على الاسم الشخصي *prénom* .

(١) أنظر فيما تقدم فقرة ٩٠ - ١٠١ .

وبمعناه الشامل يتضمن الإسم الشخصي وإسم الأسرة *nom patronymique* ou *nom de famille* . وهذا الأخير يقال له اللقب ، وهو ما يحري الغربيون على استعماله أكثر من استعمالهم الإسم الشخصي . أما في لبنان ومصر فالغالب هو استعمال الإسم الشخصي مضافاً إليه إسم الأب والجد ، وإن كان البعض يستعمل اللقب إلى جانب الإسم الشخصي . وهذا المعنى الشامل هو الذي يراد من اصطلاح الإسم إذا أطلق ، وهو الذي نعينه في هذه الدراسة .

وقد نصت المادة ٣٨ من التقنين المدني المصري على أنه « يكون لكل شخص إسم و لقب ، و لقب الشخص يلحق أولاده » . ويؤخذ من هذا النص أن القانون المصري يفرض على كل شخص أن يتخذ لنفسه لقباً إلى جانب إسمه الشخصي ، حتى يدرأ ما قد يشور من لبس في تمييز الشخص عن غيره بسبب تشابه الأسماء (١) . إلا أنه يلاحظ أن اتخاذ الألقاب لم ينتشر في مصر على النحو الموجود في البلاد الغربية ، بحيث يعتبر فرض اتخاذها نظاماً مستحدثاً . ومراعاة لهذا الاعتبار أضافت المادة ٣٩ من هذا التقنين أنه « ينظم بتشريع خاص كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها » . وبذلك أصبح ما يفرضه القانون من اتخاذ الألقاب رهيناً في نفاذه بصدر هذا التشريع الخاص الذي لم يصدر بعد .

ويكون لقب الشخص هو لقب أبيه ، حيث أن الأصل أن يلحق اللقب الشخص من طريق النسب . ومع ذلك فإنه في الشرائع التي تجيز التبني يأخذ الولد المتبنى لقب من تبناه . وقد رأينا هذا في القانون اللبناني بالنسبة إلى غير المسلمين (م ١٠٦ من قانون الأحوال الشخصية) (٢) .

ولقب الشخص لا يلحق الزوجة . وقد جرى العرف في بعض البلاد

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع نص المادة ٣٨ مدني مصري في مجموعة الأعمال التحضيرية

ج ١ ص ٣٣٨ .

(٢) أنظر فيما تقدم فقرة ٢٨٦ .

الغربية كفرنسا على أن تكسب الزوجة حق حمل لقب زوجها دون أن تفقد لقبها الأصلي^(١) . وذهب بعض الفقهاء اللبنانيين إلى أن هذا العرف موجود في لبنان^(٢) . ولكننا لا نعتقد وجوده في مجال المعاملات القانونية ، ولا سيما بالنسبة إلى المسلمين ، وإن كان هذا لا يستبعد وجوده أحيانا في مجال المعاملات^(٣) .

٢٩٠ - الطبيعة القانونية للاسم :

إن حق الشخص على اسمه ينطوي على معنى الواجب والحق في وقت واحد :
(١) واجب اتخاذ الاسم : فيجب على الشخص أن يتخذ لنفسه اسماً يميزه عن غيره من الأشخاص . إذ أن للجماعة مصلحة في ذلك ، حتى يستتب الأمن ويمتنع الخلط بين الأشخاص وتستقر المعاملات . فالإسم من هذه الزاوية بمثابة نظام إداري للأمن المدني تفرضه الدولة باعتباره الصورة الملزمة لتمييز الأشخاص . ولهذا رأينا أن المادة ٣٨ مدني مصري تفرض أن يكون لكل شخص إسم ولقب . كما توجب المادة ١٨ من قانون الأحوال المدنية المصري أن يشمل التبليغ عن المواليد إسم الطفل ولقبه . كذلك توجب المادة ٣ من قانون ٧ كانون الأول سنة ١٩٥١ اللبناني الخاص بقيد وثائق الأحوال الشخصية أن يذكر في الوثيقة المقدمة إسم الطفل وكنيته .
وما دام أن الإسم ترتبط به مصلحة الجماعة على هذا النحو ، فلا يجوز

(١) كان المشروع التمهيدي لنص المادة ٣٨ مدني مصري يجعل اللقب يلحق الأولاد والزوجة ، حيث يقول : « ولقب الشخص يلحق بحكم القانون أولاده كما يلحق زوجته في حياته وكذلك بعد مماته إلا إذا انفصمت عرى الزوجية قبل الوفاة فعندئذ تسترد الزوجة لقب أسرتها » . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عدل النص ، حيث حذف هذا الحكم بالنسبة إلى الزوجة ، لأن العرف لم يستقر على أن لقب الزوج يلحق الزوجة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٣٧ - ٣٣٩) .

(٢) البير فرحات ، مقدمة عامة على الآلة النسخة ص ٢٩٥ .

(٣) حسن كيرة ، المرجع السابق فقرة ٢٨٤ .

للشخص أن يغير فيه بمحض إرادته وحدها . فإذا أراد شخص أن يغير اسمه استناداً إلى ما اشتهر به أو إلى أي سبب آخر وجب اتخاذ إجراءات معينة يفرضها القانون حتى يتمكن من له مصلحة من أن يعترض على طلب التغيير ولكي يعلم الناس بالإسم الجديد . ولذلك فإن القانون المصري يجعل تغيير الإسم من اختصاص القضاء ، أما تصحيح الخطأ المادي فجعله من اختصاص الجهة الإدارية المختصة وهي مصلحة الأحوال المدنية (م ٣٦ من قانون الأحوال المدنية المصري) . ولم يعرض القانون اللبناني إلا لتصحيح الإسم ، حيث جعل النظر فيه من اختصاص القضاء (م ٢١ من المرسوم رقم ٨٨٣٧ بتاريخ ١٥ كانون الثاني سنة ١٩٣٢) ، وقياساً على ذلك يمكن القول بأن تغيير الإسم كذلك يكون من اختصاص القضاء (١) .

(٢) حق الشخص على إسمه : إذا كان للجماعة مصلحة توجب على الشخص أن يتخذ لنفسه إسماً ، فإن للشخص كذلك مصلحة في أن يتسمى بإسم معين . لذلك كان للشخص حق على إسمه باعتباره الوسيلة التي تميز شخصيته عن غيره . وقد ذهب البعض إلى اعتبار هذا الحق حق ملكية ، وهذا هو مذهب القضاء الفرنسي . ولكن يؤخذ على هذا الرأي أن الملكية حق مالي يجوز التعامل فيه ، بينما الحق في الإسم حق غير مالي لا يجوز التعامل فيه . والواقع أن الحق في الإسم يعتبر من حقوق الشخصية ، وهذا هو الرأي السائد . وينهض بهذا الاعتبار أن الإسم هو الوسيلة التي تمكن الشخص من تمييز ذاته وتعيين شخصيته وتلافي الخلط بينه وبين غيره في هذا المجال .

ويترتب على اعتبار الحق في الإسم من حقوق الشخصية أن تكون له الخصائص التي تميز بها هذه الحقوق . فلا يجوز التصرف فيه ، ولا يرد التقادم عليه ، وقد فصلنا ذلك فيما تقدم (٢) .

(١) أنور الخطيب ، المرجع السابق ص ١٥٥ . حسن كيرة ، المرجع السابق فقرة ٢٨٧ .

(٢) أنظر فيما تقدم فقرة ٢٢٦ .

ويتضح من هذا أن للإسم طبيعة مزدوجة ، فاتخاذها واجب مفروض على الشخص ، كما أن للشخص حق عليه يعتبر من حقوق الشخصية .

٢٩١ - حماية الاسم :

يترتب على كون الحق في الإسم من حقوق الشخصية أن يحميه القانون كما يحمي هذه الحقوق. فيكون لمن وقع اعتداء على إسمه أن يدفع هذا الاعتداء ولو لم يكن قد أصابه ضرر من جرائه ، كما يكون له أن يطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية . وقد نصت المادة ٥٠ من التقنين المدني المصري في هذا المعنى على أن « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » . كما تضمنت المادة ٥١ من ذلك التقنين تطبيقاً لهذا الحكم على الإسم ، فنصت على أن « لكل من نازعه الغير في استعمال إسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير إسمه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » .

ويتضح من هذا أن الاعتداء على الإسم قد يكون بالمنازعة في استعماله ، بمعنى أن يعترض الغير على حق الشخص في التسمي بالإسم الذي يحمله . فإذا لم يكن لهذه المنازعة ما يبررها كان لصاحب الإسم أن يطالب بوقفها ولو لم يترتب عليها ضرر . وإذا ترتب عليها ضرر كان لصاحب الإسم فضلاً عن ذلك أن يطالب بالتعويض عن هذا الضرر .

كما قد يكون الاعتداء بانتحال الغير إسم الشخص ، بمعنى أن يتسمى الغير بإسم الشخص ويستعمله دون حق أي دون أن يكون هذا الإسم هو إسمه . حيث يكون لصاحب الإسم أن يطلب وقف هذا الانتحال ولو لم يترتب عليه ضرر . وإذا ترتب عليه ضرر كان لصاحب الإسم فضلاً عن ذلك أن يطالب بالتعويض عن هذا الضرر .

٢٩٢ - اسم الشهرة والاسم المستعار :

قد يشتهر الشخص بإسم يطلقه عليه الجمهور غير إسمه الحقيقي ، وهذا هو إسم الشهرة surnom . وقد يطلق الشخص على نفسه في بعض نواحي نشاطه ، كالنشاط الأدبي أو الفني ، إسماً غير إسمه الحقيقي ، وهذا هو الإسم المستعار pseudonyme .

وسواء في هذه الحالة أو في تلك فإن الإسم الحقيقي للشخص لا يزول ، بحيث يتعين عليه أن يذكره حين يقتضي الأمر الإدلاء به . غير أن كلا من إسم الشهرة والإسم المستعار يعتبر من حيث الواقع وسيلة تميز الشخص عن غيره كما هي الحال بالنسبة إلى الإسم الحقيقي . فإسم الشهرة يميز الشخص في جميع أوجه نشاطه ، والإسم المستعار يميزه في نواح معينة من هذا النشاط . ولذلك فإن القانون يحمي حق الشخص في كل من هذين الإسمين ، فيكون له أن يدفع الاعتداء الواقع على أي منها وأن يطالب بالتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر ، سواء في حالة المنازعة أو الانتحال وفقاً لما قدمناه .

٢٩٣ - الاسم التجاري :

الإسم التجاري nom commercial هو الإسم الذي يتميز به محل تجاري . ويختلف حق التاجر على هذا الإسم في طبيعته عن حق الشخص على إسمه . فهو حق مالي ، ولذلك يجوز التصرف فيه باعتباره عنصراً من عناصر المثل التجاري . ومقتضى هذا الاعتبار أنه لا يجوز التصرف فيه مستقلاً عن المثل التجاري ، بل يكون هذا التصرف داخلاً في نطاق التصرف في المثل التجاري ذاته . وإذا حصل أن كان الإسم التجاري هو ذاته الإسم الخاص لصاحب المثل وجب على المتصرف إليه أن يضيف إلى الإسم التجاري ما يدرأ الخلط بينه وبين المتصرف الذي يبقى حاملاً للإسم ذاته ، كأن يضيف كلمة خلف أو خلفاء .

ويحمي القانون الإسم التجاري على الوجه الذي بيناه . فيكون لصاحبه

أن يطلب وقف الاعتداء عليه ، سواء تمثل هذا الاعتداء في منازعة الغير له في استعماله أو في انتحاله إياه ، كما يكون له أن يطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر .

المطلب الرابع

الموطن (المقام)

٢٩٤ - فكرة الموطن وأهميته وتقسيمه :

تقوم فكرة الموطن le domicile على أساس كونه مكاناً يخاطب فيه الشخص قانوناً في شأن مسألة معينة، بحيث يعتبر أن الخطاب قد وصل إلى علمه ولو لم يكن موجوداً في هذا المكان وقت توجيه هذا الخطاب إليه، وذلك نظراً إلى أنه يحيط علماً بما يحصل في هذا المكان مما يتعلق بشؤونه . فهو من هذا يعتبر المقر القانوني للشخص، بمعنى أن القانون يعتد به في مخاطبة الشخص في شأن مسألة قانونية معينة .

ويتضح من هذا أن الغرض من تعيين موطن للشخص هو تيسير الإتصال به على نحو يعتد به القانون إذا أريد مخاطبته في شأن أمر يتعلق بنشاطه القانوني . وتظهر أهمية ذلك في حالات كثيرة نذكر منها ما يأتي :

(١) فالقاعدة أن الوفاء بالالتزامات التي ليس محلها شيئاً معيناً بالذات يكون في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء (م ٢/٣٠٢ موجبات وعقود لبناني و م ٢/٣٤٧ مدني مصري) . فالدائن يسعى لإستيفاء حقه في موطن المدين .

(٢) والأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص ، كالإعلان أو الإنذار أو صحيفة الدعوى أو غيرها من الأوراق التي يكون لها أثر قانوني ، تسلم إلى

الشخص نفسه أو في موطنه (م ٣٥٥ أصول محاكمات مدنية لبناني وم ١٠ مرافعات مصري) .

(٣) وفي الدعاوى المتعلقة بحقوق شخصية أو بمنقولات يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه (م ١/٩٠ أصول محاكمات مدنية لبناني وم ٤٩ مرافعات مصري) .

(٤) ويكون شهر الاعسار في القانون المصري بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدني (م ٢٥٠ مدني مصري) .
(٥) وتتخذ إجراءات الإفلاس أمام المحكمة التي يقع في دائرتها موطن التاجر (م ١/٤٩٠ تجاري لبناني وم ١٩٧ تجاري مصري) .

وينقسم الموطن إلى نوعين : موطن عام وموطن خاص . فالموطن العام هو الذي يخاطب فيه الشخص قانوناً بصفة عامة ، حيث يعتد به القانون بالنسبة إلى نشاط الشخص وعلاقاته بوجه عام . أما الموطن الخاص فلا يخاطب فيه الشخص إلا في خصوص أعمال معينة ، حيث لا يعتد به القانون إلا بالنسبة إلى فريق معين من أوجه نشاط الشخص أو علاقاته دون غيره .

أولاً : الموطن العام

٢٩٥ - تحديد الموطن العام :

رأينا أن الموطن العام *le domicile général* هو الذي يخاطب فيه الشخص قانوناً بالنسبة إلى نشاطه وعلاقاته بوجه عام . فهو الذي يقصد من لفظ الموطن إذا أطلق .

والأصل أن يتحدد الموطن العام للشخص بإختياره . فالموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة . وإقامة الشخص تخضع بطبيعة الحال لإرادته ،

فهو يقيم حيث يريد . وبذلك تكون إرادة الشخص هي العامل الأول في تحديد الموطن .

ولكن القانون قد حدد الموطن العام استثناء لفريق من الأشخاص تحديداً ملازماً لا دخل لإرادتهم فيه ، وهذا هو ما يسميه الفقهاء بالموطن القانوني أو الإلزامي .

ومن هذا نتكلم عن القاعدة ، ثم عن الاستثناء :

٢٩٦ - القاعدة في تحديد الموطن العام :

عرفت المادة ٤٠ فقرة أولى من التقنين المدني المصري الموطن فقالت : « الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة » . وبعبارة أخرى ، هو محل الإقامة المعتادة للشخص . فالإقامة الفعلية هي أساس فكرة الموطن في القانون المصري . ولكنها الإقامة المعتادة ، أي التي يتوفر فيها معنى الثبات والاستقرار . ولا يفهم من ذلك أن الإقامة يجب أن تكون مستمرة لا تنقطع ، فقد يغيب الشخص عن موطنه مدداً تطول أو تقصر دون أن ينتفي معنى الاعتياد الذي يتطلبه القانون (١) .

ومن ثم تجب التفرقة بين الموطن ومحل الوجود *la résidence* . فهذا الأخير هو المكان الذي يحدد فيه الشخص سكنه لمدة محدودة . وبمجرد وجود الشخص أو سكنه في مكان لا يجعل منه موطناً ما دام أن إقامته فيه عرضية لا يتوفر فيها معنى الاعتياد والاستقرار . كأن يقيم الشخص فترة معينة في فندق يقع في بلد بعيد عن موطنه للقيام ببعض الأعمال ، أو يقيم في مسكن

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني المصري في هذا المعنى إنه « إذا كان المشروع قد جعل من الإقامة الفعلية أساساً للتصوير الذي اتبعه إلا أن عنصر الاستقرار ضروري لتوافر معنى التوطن . ولا يقصد بالاستقرار اتصال الإقامة دون انقطاع ، وإنما يقصد استمرارها على وجه يتحقق معه شرط الاعتياد ولو تخللتها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٤١ و ٣٤٢) .

بعيد عن موطنه لقضاء فترة الاصطيف .

ولم يرد في التقنين المدني المصري القديم تعريف للموطن ، وإنما ورد هذا التعريف في هامش المادة ٣ من تقنين المرافعات القديم ، وهو ينص على أن « الموطن هو المركز الشرعي المنسوب للإنسان الذي يقوم فيه باستيفاء ماله وإيفاء ما عليه ويعتبر وجوده فيه على الدوام وإن لم يكن حاضراً فيه في بعض الأحيان أو أغلبها وأنه لا يحهل ما يحصل فيه مما يتعلق بنفسه » . ويتبين من هذا التعريف أن الشخص قد لا يكون حاضراً في موطنه في أغلب الأحيان . وبذلك فهو لا يربط بين الإقامة والموطن كما فعل التقنين المصري الحالي ، فما يتطلبه في الموطن هو أن يقوم الشخص فيه باستيفاء ماله وإيفاء ما عليه وألا يحهل ما يحصل فيه . والموطن بهذا المعنى هو المركز الرئيسي للشخص . وهو ذات التصوير الذي أخذ به القانون الفرنسي (١٠٢ من التقنين المدني الفرنسي) .

ويتبين من هذا أن القانون المصري القديم والقانون الفرنسي قد صورا المواطن تصويراً حكياً لم يهتما فيه بالحقيقة الواقعة التي تقوم على الإقامة الفعلية للشخص ، لأن الشخص قد لا يكون مقيماً فعلاً في مركزه الرئيسي . ويتربط على هذا التصوير أن يكون لكل شخص موطن ، وأن الشخص لا يمكن أن يكون له إلا موطن واحد . ولقد حدا هذا بفريقي من الفقهاء إلى أن يأخذ بفكرة الجنسية في هذا المجال فيعتبر الموطن علاقة قانونية تربط الشخص بمكان معين .

وقد أدى هذا التصوير الحكمي للموطن ومجافاته للواقع إلى صعوبات عملية في التطبيق اضطرت القضاءين الفرنسي والمصري إلى القول بإمكان تعدد الموطن في بعض الحالات . ومن هذه الحالات ما ذهبت إليه المحاكم الفرنسية من إمكان مقاضاة شركات السكك الحديدية أمام المحاكم التي تقع في دائرتها المحطات الرئيسية للشركة ، وهي النظرية المعروفة بنظرية المحطات الرئيسية . وما قضت فيه كذلك بصحة الإعلانات التي يوجهها الغير إلى الشخص في المكان

الذي يظهر للناس فيه أنه موطنه ويجوز مقاضاته أمام محكمة هذا المكان إذا كان المدعي حسن النية، وهي النظرية المعروفة بنظرية الموطن الظاهر^(١). ومن هذه الحالات كذلك ما قضت فيه المحاكم المصرية بأنه يمكن أن يكون للشخص موطن آخر يشبه الموطن الأصلي^(٢)، ويجوز تعدد موطن التقاضي^(٣). أما التصوير الذي أخذ به التقنين المدني المصري الحالي فهو تصوير واقعي استجاب فيه الشارع للحاجات العملية .

وهذا التصوير الواقعي هو الذي نرجح الأخذ به في القانون اللبناني. حيث أن النصوص التي وردت في هذا القانون لا يتبين منها بوضوح التصوير الذي يقف عنده ، الأمر الذي أدى الى خلاف في الرأي حول ما إذا كان يأخذ بالتصوير الحكيم^(٤) أم بالتصوير الواقعي^(٥) . وينهض بذلك الترجيح أن المادتين ٩٠ و ٩١ من تقنين أصول المحاكمات المدنية تستعملان عبارة « المحل الذي يقيم فيه المدعى عليه » . كما أن المادتين ٩٢ و ٣٥٥ من هذا التقنين تستعملان عبارة « المقام الحقيقي » . وكذلك فإن المادة ٤٠ من قانون قيد وثائق الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ ٧ كانون الأول سنة ١٩٥١ تستعمل عبارة « الإقامة الدائمة »^(٦) .

فالموطن ، سواء في القانون المصري أم في القانون اللبناني ، هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة . ويترتب على ذلك نتيجتان :

الأولى أن الشخص قد يكون له أكثر من موطن . ويحصل ذلك إذا

-
- (١) نقض فرنسي عرائض في ١٥ مارس ١٩٢٥ ، دالوز الأسبوعي ١٩٢٥ ص ٣٦٩ .
 - (٢) استئناف مختلط في ١٢ مايو ١٩٣٦ ، مجلة التشريع والقضاء المختلط ٤٨ ص ٢٦٤ .
 - (٣) استئناف مختلط في ٢٠ فبراير ١٩٢٨ ، مجلة التشريع والقضاء المختلط ٤٠ ص ٢٠٩ .
 - (٤) خليل جريج ، أصول المحاكمات المدنية ١٩٦٠ ص ٢٣٥ . أنور الخطيب ، الأحوال الشخصية ص ٣٩٢ و ٤٠١ .
 - (٥) ادرار عيد ، أصول المحاكمات في القضايا المدنية والتجارية ج ١ ، ١٩٦٤ ، فقرة ١٨٣ .
 - (٦) حسن كيرة ، المرجع السابق فقرة ٢٩٢ .

توافرت للشخص إقامة معتادة في أكثر من مكان . كما في حالة الشخص الذي يوزع إقامته المعتادة بين مكانين أحدهما في الريف والآخر في إحدى المدن . وكذلك الشخص الذي له زوجتان يقيم مع كل منهما في مكان مستقل عن مكان الأخرى . وقد نصت على ذلك المادة ٤٠ فقرة ثانية من التقنين المدني المصري ، فقالت إنه « يجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن » . والثانية أن الشخص قد لا يكون له موطن . ويتحقق ذلك إذا لم يتوفر للشخص إقامة معتادة في مكان ما . كما في حالة البدو الرحل الذين لا يستقرون في مكان . أو الشخص الذي يترك موطنه سعياً إلى موطن جديد ولم يهتد إليه بعد . وقد نصت على ذلك المادة ٤٠ فقرة ثانية من التقنين المدني المصري ، فقالت إنه « يجوز ألا يكون للشخص موطن ما » .

ولم يبين الشارع ما يجب اتباعه كمبدأ عام إذا لم يكن للشخص موطن . وقد اقتصر الشارع المصري على بيان ما يتبع في بعض حالات نص عليها تقنين المرافعات ^(١) . وكذلك فعل الشارع اللبناني ^(٢) . ولذلك نرى أنه فيما عدا هذه الحالات يجب أن نعتد بمحل الوجود ، وهذا هو الرأي الذي يقول به فريق من الفقه ويأخذ به بعض التشريعات الأجنبية .

وهذا التصوير الذي يأخذ به القانون المصري والقانون اللبناني وما يؤدي

(١) نصت المادة ١٢/١٠ مرافعات مصري في خصوص اعلان أوراق المضرين على أنه « إذا كان موطن المعلن إليه غير معلوم وجب أن تشمل الورقة على آخر موطن معلوم له في الجمهورية العربية المتحدة أو في الخارج وتسلم صورتها للنيابة » . ونصت المادة ٦١ مرافعات مصري في خصوص اختصاص المحاكم على أنه « إذا لم يكن للمدعى عليه موطن ولا محل إقامة في الجمهورية ولم يتيسر تعيين المحكمة المختصة على موجب الأحكام المتقدمة يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي أو محل إقامته ، فإن لم يكن له موطن ومحل إقامة كان الاختصاص لمحكمة القاهرة » .

(٢) نصت المادة ٩٠ أصول محاكمات مدنية لبناني في خصوص اختصاص المحاكم على أنه « ترى الدعاوى الشخصية مبدئياً في محكمة المحل الذي يقيم فيه المدعى عليه . وإذا لم يكن له مقام معلوم فيكتفي بمنزله » .

إليه من نتائج هو الذي يساير الاتجاه الحديث في الفقه ، كما يتفق مع حكم القانون الألماني (م ٧ مدني ألماني) وحكم الشريعة الإسلامية . فقد عرفت المادة ٢١ من لائحة المحاكم الشرعية المصرية الموطن بأنه « البلد الذي يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيماً فيه عادة » ، وهذا التعريف مستمد من الفقه الإسلامي^(١) . وقد يغير الشخص موطنه ، ويتم له ذلك إذا ترك موطنه إلى مكان آخر يقيم فيه إقامة معتادة بحيث تنقطع إقامته في المكان الأول ويقصد عدم الرجوع إليه . ففي هذه الحالة يكون للشخص موطن واحد هو محل الإقامة الجديد . أما إذا توفرت الإقامة المعتادة للشخص في المكان الجديد دون أن ينقطع عن المكان الأول ، فإنه يصبح له موطنان في وقت واحد .

٢٩٧ - الموطن القانوني أو الانزامي :

رأينا أن الأصل أن يتحدد الموطن العام للشخص باختياره . غير أنه استثناء من هذا الأصل يحدد القانون الموطن العام لفريق من الأشخاص تحديداً ملزماً لا دخل لإرادتهم فيه . وهؤلاء هم فاقدو الأهلية وناقصوها ومن في حكمهم ، وهم القاصر والمهجور عليه والمفقود والغائب . فهؤلاء قد تولى القانون تحديد موطنهم ، ولذلك يسميه الفقهاء بالموطن القانوني *Le domicile légal* .

فقد قدر الشارع أن الأعمال القانونية التي تهم هؤلاء الأشخاص يقوم بها نائبون عنهم بسبب نقص أهليتهم أو بسبب غيابهم . فهم يخاطبون قانوناً في أشخاص نائبهم . ولذلك جعل القانون موطن الواحد منهم هو موطن من ينوب عنه . فالموطن القانوني للقاصر هو موطن وليه أو وصيه ، وموطن المهجور عليه هو موطن القيم عليه ، وموطن المفقود والغائب هو موطن وكيلها . وقد نصت المادة ٤٢ من التقنين المدني المصري على هذا الحكم فقالت

(١) راجع المذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدني المصري في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٤٢ و ٣٤٣ .

إن « موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً ». كما نصت المادة ٣٦٣ أصول محاكمات مدنية لبناني في خصوص إبلاغ الأوراق القضائية على انه « اذا كان الشخص المطلوب إبلاغه من فاقد الأهلية وله وكيل شرعي فيجري التبليغ الى هذا الوكيل ». والمقصود بفاقد الأهلية في هذا النص هم القصر والمحجور عليهم ، سواء كانوا عديمي الأهلية أم ناقصيها . ويقاس عليهم المفقود والغائب لاتحاد العلة .

وواضح أن القانون يأخذ في هذه الحالة بالتصوير الحكمي للموطن دون التصوير الواقعي ، لأن فكرة الموطن هنا لا تقوم على أساس الإقامة الفعلية للشخص .

ويظل الموطن القانوني للشخص قائماً بقيام السبب الذي من أجله حدد القانون هذا الموطن . فإذا زال هذا السبب ، كأن بلغ القاصر الرشد أو عاد الغائب ، زال الموطن القانوني للشخص وأصبح موطنه هو المكان الذي يقيم فيه عادة ، رجوعاً إلى الأصل العام .

ويلاحظ أن الأشخاص الذين يحدد القانون موطنهم تحديداً ملازمياً على النحو المذكور قد ورد ذكرهم في النص على سبيل الحصر . ولذلك لا يعتبر موطن الزوج موطناً قانونياً بالنسبة إلى الزوجة . فإذا كانت الزوجة قاصراً كان موطنها القانوني هو موطن وليها أو وصيها ، وإذا كانت رشيدة كان موطنها العام هو محل إقامتها المعتادة . وإذا كان الوضع العادي المألوف أن يكون موطن الزوجة هو موطن الزوج ، فإن ذلك يرجع إلى كون موطن الزوج هو محل الإقامة المعتادة للزوجة . وقد يحصل أن يكون للزوجة الرشيدة موطن يختلف عن موطن زوجها ، وذلك إذا كانت إقامتها المعتادة في غير موطن الزوج . كذلك لا يتحتم أن يكون موطن الخادم هو موطن مخدمه ، وإنما يتحقق ذلك إذا كانت الإقامة المعتادة للخادم في موطن مخدمه ، فإن كانت في مكان آخر كان هذا المكان الآخر هو موطن الخادم .

ثانياً : الموطن الخاص

٢٩٨ - تعريف :

الموطن الخاص domicile spécial هو الذي يخاطب فيه الشخص قانوناً في خصوص فريق معين من الأعمال . فهو يقتصر على ناحية معينة من نواحي نشاط الشخص . ومن ثم فهو يوجد إلى جانب الموطن العام للشخص . والمفروض أن الإقامة الفعلية ليست هي أساس الموطن الخاص ، وإنما هو يقوم على مباشرة أعمال معينة ، وبذلك يكون حكماً دائماً . وهذا الموطن الخاص قد يحدده القانون ، وهي الحال بالنسبة إلى موطن الأعمال ، وقد يحدده الشخص بإرادته ، وهي الحال بالنسبة إلى موطن ناقص الأهلية في شأن ما يعتبر أهلاً لمباشرة من تصرفات ، والموطن المختار . فهذه هي صور الموطن الخاص نتناولها فيما يلي .

٢٩٩ - (١) موطن الأعمال (الموطن التجاري أو الحرفي) :

موطن الأعمال أو الموطن التجاري أو الحرفي le domicile d'affaire ou domicile commercial هو المكان الذي يباشر فيه الشخص أعمالاً تجارية أو حرفية ، فيعتبر موطناً فيما يتعلق بإدارة هذه الأعمال . وقد نصت عليه المادة ٤١ من التقنين المدني المصري فقالت : «يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة» . والنص يشمل التجار والصناع وأصحاب الحرف ، وهو يعتبر تطبيقاً ظاهراً لفكرة تعدد الموطن .

وواضح أن الموطن هنا لا يعتبر قانوناً إلا بالنسبة إلى أعمال التجارة أو الصناعة أو الحرفة التي للشخص . أما فيما يتعلق بأعمال الشخص الأخرى فالمعول عليه قانوناً هو موطنه العام .

كما يلاحظ أن مثل هذا الموطن ، باعتباره مكان العمل ، لا يعتبر موطناً

إلا بالنسبة إلى التجار والصناع وأصحاب الحرف. فهو لا ينصرف إلى الموظفين، بحيث أن المكان الذي يؤدي فيه الموظف عمله لا يعتبر موطناً خاصاً له فيما يتعلق بشؤون الوظيفة .

ويؤخذ لفظ الحرفة في هذا المقام بمعنى الحرفة أو المهنة ، فهو في حكم النص المذكور لا يقتصر على أصحاب الحرف بالمعنى الضيق ، كالنجار والحداد ، بل يشمل كذلك أصحاب المهن ، كالمحامي والطبيب والمهندس ، حيث يكون لكل من هؤلاء موطن أعمال خاص بشؤون مهنته .

وبالرغم من عدم وجود نص في القانون اللبناني في شأن الموطن التجاري أو الحرفي ، يرى بعض الفقهاء اللبنانيين^(١) الأخذ بفكرته في هذا القانون ، نظراً إلى ما تنطوي عليه من فائدة .

٣٠٠ - (٢) موطن ناقص الأهلية بالنسبة إلى ما يعتبر أهلاً لمباشرته من تصرفات :

رأينا أن القانون يحدد الموطن العام لناقص الأهلية تحديداً ملازماً ، فيجعله موطن من ينوب عنه قانوناً^(٢) . والعلة في ذلك أن الأعمال القانونية التي تهم ناقص الأهلية يباشرها عنه نائبه ، ومن ثم فهو يخاطب قانوناً في شخص نائبه . وعليه فحيث تنتفي هذه العلة بالنسبة إلى بعض الأعمال القانونية يكون لناقص الأهلية موطن خاص فيما يتعلق بهذه الأعمال إلى جانب موطنه العام . ذلك أن ناقص الأهلية يستطيع أن يباشر بعض التصرفات القانونية ، فهو يعتبر كامل الأهلية بالنسبة إلى هذه التصرفات ، ولذلك لا تثبت لنائبه قانوناً سلطة تولى هذه التصرفات . ففي هذا النطاق يكون لناقص الأهلية موطن خاص ، قد يكون محل إقامته المعتادة بحسب الأصل ، أو يكون المكان الذي يباشر

(١) ألبير فرحات ، المرجع السابق ص ٣١٣ و ٣١٤ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٢٩٧ .

فيه تجارة إذا كان مأذوناً له في ذلك ، أو يكون المكان الذي يختاره لتنفيذ عمل قانوني معين هو أهل لمباشرته .

وتطبيقاً لهذا المبدأ نصت المادة ٤٢ فقرة ثانية من التقنين المدني المصري على أنه « يكون للقاصر الذي بلغ ثماني عشرة سنة ومن في حكمه موطن خاص ، بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها » . وما دعنا نعتبر هذا النص تطبيقاً لذلك المبدأ فإن حكمه ينطبق بطريق القياس في جميع الحالات الأخرى التي يثبت فيها للقاصر ومن في حكمه من المحجور عليهم أهلية كاملة لمباشرة أعمال وتصرفات معينة كما سنرى عند الكلام في الأهلية . ومن الواضح ان هذا المبدأ يسري في القانون اللبناني طبقاً للقواعد العامة ، حيث لا يعتبر النص الوارد في القانون المصري سوى مجرد تطبيق له .

٣٠١ - (٣) الموطن المختار :

الموطن المختار *le domicile d'élection ou domicile élu* هو المكان الذي يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين ، سواء كان ذلك بمقتضى عقد يبرمه مع شخص آخر ، أو كان بإرادته المنفردة . وقد نصت عليه المادة ٤٣ فقرة أولى من التقنين المدني المصري فقالت : « يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين » . كما ذكره تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني في مواضع متعددة (انظر م ٩٢ و ٣٥٥ و ٣٨٦ و ٣٨٧ و ٣٨٩) .

فإذا تعامل شخص مع آخر يقيم في مكان بعيد أمكنه أن يوفر على نفسه مؤونة الانتقال الشاق لمقاضاته في محكمة موطنه ، فيتفق معه على أن يكون الاختصاص بالنسبة إلى المنازعات المتعلقة بالعقد المبرم بينها لمحكمة قريبة ، وبذلك يكون قد اختار موطناً خاصاً للتقاضي . وهذه هي الصورة الكثيرة الوقوع في الحياة العملية . على أنه قد يختار المتعاقد مكان شخص يوجد في دائرة المحكمة التي يريد التقاضي أمامها ، فيختار موطناً له مكتب محاميه . وفي هذه الحالة يتضمن اختيار الموطن الخاص أمرين ، هما

تعيين المحكمة المختصة وإقامة وكيل ، فتختص المحكمة بالفصل فيما يقع من نزاع وتعلن للوكيل (المهامي) الأوراق التي توجه إلى الشخص في شأن هذا النزاع .
والموطن الذي يختار لتنفيذ عمل قانوني معين لا يكون هو موطن التنفيذ الاختياري فحسب ، بل يكون كذلك موطن التنفيذ الجبري . وقد نصت على ذلك المادة ٣٣ ؛ فقرة ثالثة من التقنين المدني المصري فقالت : «الموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى» . ولكن الاتفاق على موطن خاص للتنفيذ الجبري (للتقاضي) لا يجعل من هذا الموطن موطناً للتنفيذ الاختياري .

وفي القانون المصري تجب الكتابة في إثبات إختيار الموطن الخاص أياً كانت قيمة العمل الذي اختير الموطن من أجله . فقد نصت المادة ٣٣ فقرة ثانية من التقنين المدني المصري على أنه «لا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة» . وهذا حكم خرج فيه الشارع المصري على القواعد العامة في الإثبات ضماناً لاستقرار المعاملات . ومن ثم لا يسري في القانون اللبناني نظراً إلى عدم وجود نص يقرره ، فيبقى إثبات الموطن المختار خاضعاً للقواعد العامة .

والأصل أن يكون إتخاذ موطن مختار أمراً جوازياً للشخص . غير أن القانون قد يحتم إختيار موطن خاص . ومن ذلك ما تقضي به المادة ٣٠ من قانون الشهر العقاري المصري من أنه يجب على الدائن الذي يكون صاحب حق عيني عقاري تبقي شهر بطريق القيد أنه يعين موطناً مختاراً في دائرة المحكمة التي يقع في اختصاصها العقار محل الحق . وما تقضي به المادة ٢/٧٤ من تقنين المرافعات المصري من أنه «على الخصم الذي لا يكون له وكيل بالبلد الذي به مقر المحكمة أن يتخذ له موطناً فيه» . وما يقضي به تقنين أصول المعاملات المدنية اللبناني من أنه يجب على كل من المدعي والمدعى عليه أن يختار مقاماً في منطقة المحكمة إذا لم يكن مقيماً فيها (م ٣٨٦ و٣٨٧ و٣٨٩) .

ويقتصر الموطن المختار على العمل القانوني الذي اختير من أجله ، فقيام هذا العمل يكون المعول عليه قانوناً بالنسبة إلى أعمال الشخص الأخرى هو الموطن العام .

وهذا الاختيار في الواقع ليس سوى شرطاً مرتبطاً بالعمل الذي تم من أجله ، فهو يبقى إلى أن يتم تنفيذ هذا العمل . فإذا مات من اختار الموطن قبل تنفيذ العمل انتقل الموطن المختار إلى ورثته ، شأنه في ذلك العمل القانوني الذي ارتبط به . وهو يختلف في هذا عن الموطن العام الذي يعتبر من خصائص الشخصية ، فلا ينتقل من شخص إلى آخر .

المبحث الثالث

الأهلية^(١)

٣٠٢ - القواعد المنظمة للأهلية :

تعتبر الأهلية من مسائل الأحوال الشخصية التي تم توحيد قواعدها بالنسبة إلى جميع المصريين ، مسلمين وغير مسلمين . وقد أورد التقنين المدني المصري الأحكام الأساسية في الأهلية (م ٤٤-٤٨ مدني) . فضلاً عن ذلك فإن أحكام الأهلية المتعلقة بالولاية على المال ينظمها قانون خاص ، هو القانون

(١) الشيخ أحمد إبراهيم ، الأهلية وعوارضها والولاية في الشرع الاسلامي ، مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٣٥٢ وما بعدها وص ٥٠٧ وما بعدها والسنة الثانية ص ٣ وما بعدها . كتابنا في أصول القانون ، فقرة ٢٩٨ وما بعدها . حسن كيرة ، المدخل الى القانون . وبخاصة القانون اللبناني والمصري سنة ١٩٦٧ ، فقرة ٢٩٧ وما بعدها . صبحي محمصاني ، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والموارث والوصية ، الطبعة الرابعة ١٩٦٧ ، ص ٨٠ - ١٠٦ . أنور الخطيب ، الأهلية المدنية في الشرع الاسلامي والقوانين اللبنانية ، الطبعة الأولى ١٩٦٥ ، ص ٢١٥ - ٢١٩ ، وص ٢٤٥ - ٢٧٧ .

رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال .

وفي القانون اللبناني أورد تقنين الموجبات والمعقود بعض قواعد الأهلية (م ٢١٥ - ٢١٨) . وهذه القواعد تكلها القواعد الواردة في مجلة الأحكام العدلية فيما يتعلق بالحجر^(١) ، إذ أنها ما زالت تطبق في هذا الشأن بالقدر الذي لا يتعارض مع التشريعات اللاحقة ، حيث يسري هذا التطبيق على جميع الطوائف الدينية في لبنان ، فيما عدا ما يكون قد صدر من تشريعات خاصة ببعض الطوائف ، كما هي الحال بالنسبة الى الطائفة الدرزية التي صدر لها قانون خاص للاحوال الشخصية في ٢٤ شباط سنة ١٩٤٨ متضمناً بعض القواعد المتعلقة بالحجر والولاية على المال (م ٨١ - ١١٨) .

وسنتناول التعريف بالأهلية وتحديد نطاقها ، ثم أحكامها .

المطلب الاول

التعريف بالأهلية وتحديد نطاقها

٣٠٣ - أهلية الأداء :

تنصب دراستنا في هذا المقام على أهلية الأداء . فهي التي تقوم على مدى ما يتوفر للشخص من قدرة إرادية لمباشرة التصرفات القانونية . وهي التي ينصرف إليها لفظ الأهلية عند اطلاقه . ومن ثم يجب لبيان معناها أن نميز بينها وبين أهلية الوجوب .

فأهلية الوجوب *Capacité de jouissance* وصف في الشخص يقوم على

(١) يلاحظ أن الحجر في لغة المجلة هو عدم اكتمال الأهلية في لغة القانون المصري وتقنين الموجبات والمعقود اللبناني . وقد عرفته المادة ٩٤١ من المجلة بأنه «منع شخصي مخصوص عن تصرفه القولي» ، أي عن ابرام التصرفات القانونية .

مدى صلاحيته لكسب الحقوق والتحمل بالواجبات . وقد تتوفر لشخص بالنسبة إلى حق معين ولا تتوفر بالنسبة إلى حق آخر . وبقدر ما يستطيع الشخص أن يكسبه من حقوق ويتحمل به من واجبات تكون أهلية الوجوب لديه ، بحيث يمكن أن تكون كاملة أو ناقصة . وعلى هذا الأساس نفرق بينها وبين الشخصية . فكلاهما صلاحية تتوفر للشخص لكسب الحقوق والتحمل بالواجبات . ولكنهما يختلفان في أن الشخصية تعبير عن وصف مجرد لا يقبل النقصان ، فهي تثبت للشخص ولو لم يكن صالحاً إلا لكسب حق واحد. بينما أهلية الوجوب تعبير عن مدى ما يتوفر للشخص من صلاحية في هذا الخصوص . وسواء بالنسبة إلى هذه أو تلك فلا علاقة لهما بما يتوفر للشخص من قدرة إرادية ، فهما تثبتان لعدم الإرادة .

أما أهلية الأداء *Capacité d'exercice* فهي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعاً . أي أنها صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية ، كالبيع والإيجار والوصية وغير ذلك من التصرفات .

والتصرف القانوني *acte juridique* هو عمل الإرادة حين تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين . ولما كان التصرف القانوني قوامه الإرادة على هذا النحو، وكانت أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية، فإن مناط هذه الأهلية عند الشخص هو التمييز . ومعنى ذلك أن مدى أهلية الأداء عند الشخص يتحدد بحسب مدى قدرته على التمييز ، أي مدى قدرته على وزن التصرفات وتبين ما تطوي عليه من نفع أو ضرر . ومن هذا تختلف أهلية الأداء عن أهلية الوجوب في أن الأولى لا تتوفر إلا لشخص أصاب درجة من التمييز تنهض بقدرته على القيام بالتصرفات القانونية .

٣٠٤ - التمييز بين الأهلية وما يشتبه معها :

تجب التفرقة أولاً بين الأهلية والولاية على المال . فالأهلية هي صلاحية

الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعاً . وبعبارة أخرى هي صلاحيته للقيام بعمل ينتج أثره في حقه أي في ما له . أما الولاية فصلاحية للقيام بعمل ينتج أثره في حق شخص آخر أي في مال الغير . فمثلا الولي والوصي والقيم والوكيل عن الغائب ، كل هؤلاء لهم الولاية على مال القاصر والمهجور عليه والغائب . فإذا تولى الوصي عن القاصر القيام ببعض الأعمال القانونية ، فإن عمل الوصي ينتج أثره في ذمة القاصر ، ولا يقال إن الوصي يقوم بهذه الأعمال لأنه أهل لها ، وإنما يقال إن الوصي يقوم بهذه الأعمال لأن له الولاية على مال القاصر . ومن هذا تكون الأهلية صلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه ، بينما الولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير .

وترتكز الأهلية على التمييز ، فهي بذلك ترجع إلى اعتبار في الشخص نفسه . فإذا كان الشخص عديم الأهلية كان ذلك راجعاً إلى فقدان التمييز عنده ، وهذا الانعدام لا يمكن للشخص معه أن يباشر التصرف القانوني بنفسه ، ولكن يجوز لغيره أن يباشره نيابة عنه . ومن هذا تجب التفرقة بين حالة إنعدام الأهلية وحالات أخرى لا يجوز للشخص فيها أن يتصرف في المال سواء بنفسه أو بواسطة من ينوب عنه ، وذلك لاعتبارات خارجة عنه .

فقد يقف شخص مالا ، فيصبح هذا المال غير قابل للتصرف فيه . وعدم قابلية المال للتصرف صفة تلحق المال ولا تلحق الشخص . فالواقف لا يمكنه أن يتصرف في المال الذي وقفه ، لا لأنه غير أهل لذلك ، ولكن لأن المال الموقوف لا يجوز التصرف فيه ، وذلك نظراً إلى اعتبارات تتعلق بأغراض البر التي رصد هذا المال من أجلها .

وقد يشترط شخص على آخر في عقد هبة أو في وصية ألا يتصرف في المال الموهوب أو للموصى به خلال مدة معينة تحقيقاً لمصلحة مشروعة (م ٨٢٣ و ٨٢٤ مدني مصري) ، فيمتنع على الموهوب له أو الموصى له أن يتصرف في المال طوال هذه المدة . وهذا المنع من التصرف بمقتضى الشرط لا ينتقص من

أهلية المالك ، وإنما يراد به تحقيق مصلحة مشروعة خلال مدة معقولة من الزمان .

وقد يحرم القانون على الشخص أن يبرم تصرفاً معيناً . كما هو ممنوع على القضاة وأعضاء النيابة والمحامين وكتبة المحاكم والمحضرين أن يشتروا الحق المتنازع فيه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها (م ٣٨٠ موجبات وعقود لبناني وم ٤٧١ مدني مصري) ، وكما هو ممنوع على من ينوب عن غيره أن يشتري ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة (م ٣٧٨ موجبات وعقود لبناني وم ٤٧٩ مدني مصري) . فهذا المنع من التصرف لا أثر له على أهلية الشخص ، وإنما فرضه القانون لاعتبارات يراعيها الشارع ، وهي تأكيد نزاهة القضاء وصيانة سمعته في الصورة الأولى ، وحماية مصلحة الأصيل التي تتعارض مع مصلحة النائب في الصورة الثانية .

٣٠٥ - اقتصار الأهلية على التصرفات القانونية :

إن الأعمال التي تصدر من الشخص وتترتب عليها آثار قانونية قد تكون أعمالاً مادية ، وقد تكون أعمالاً أو تصرفات قانونية .

والأعمال المادية ذات الأثر القانوني قد يريدها الشخص ويريد الأثر المترتب عليها ، كما إذا صدر من الشخص عمل نافع أثرى به الغير على حسابه دون سبب بأن قام مثلاً بإصلاح حائط للجدار معرض للسقوط دون أن يكون ملزماً بذلك . وقد يريد الشخص العمل ولا يريد الأثر المترتب عليه ، كما إذا صدر منه عمل غير مشروع عن قصد منه بأن ارتكب جريمة عن عمد . وقد لا يريد الشخص العمل الصادر منه ولا يريد الأثر المترتب عليه ، كما إذا صدر منه عمل غير مشروع عن إهمال بأن صدم أحد المارة بسيارته . والحكم في جميع هذه الحالات واحد ، وهو أن الأثر الذي يترتب على العمل المادي إنما يقع بقوة القانون بصرف النظر عن إرادة الشخص الذي صدر منه هذا العمل . أما الأعمال أو التصرفات القانونية فهي أعمال الإرادة المحضة تتجه إلى

إحداث أثر قانوني . حيث تعتمد في وجودها وفي آثارها على إرادة الشخص .
فالآثار التي تنجم عنها إنما تترتب بسطوان الإرادة لا بقوة القانون . أي أن
هذه الآثار تقع لأن الإرادة قد اتجهت إليها .

وأهلية الأداء هي صلاحية الشخص لمباشرة الأعمال أو التصرفات القانونية ،
فهي تعتمد في وجودها وفي مداها على ما يتوفر للشخص من قدرة إرادية على
مباشرة هذه التصرفات . ولهذا قلنا إن مناط الأهلية هو التمييز .

وعليه فالأهلية لا ينظر إليها إلا في خصوص التصرفات القانونية . فهي
التي تبين مدى صلاحية الشخص لمباشرة هذه التصرفات . أما الأعمال المادية ،
كالعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ، فإنها لا تستند إلى أهلية عند
الشخص فيما يتعلق بترتيب آثارها . وليس صحيحاً أن يقال إن الشخص
أهل لكسب حق أو تحمل إلزام يترتب على هذه الأعمال ، لأن آثارها
تترتب عليها بوصفها مصادر للالتزام ، فهي آثار يرتبها القانون كيفما كانت
إرادة الشخص .

وما يقضي به القانون من وجوب توافر التمييز عند الشخص لمسئولته عن
أعماله غير المشروعة ، وعدم وجوب ذلك لالتزامه بالتعويض عن الإثراء دون
سبب ، إنما يتعلق بتحديد مدى أهلية الوجوب . فقد نصت المادة ١٦٤ من
التقنين المدني المصري على أنه « ١ - يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير
المشروعة متى صدرت منه وهو مميز . ٢ - ومع ذلك إذا وقع الضرر من
شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على
تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض
عادل ، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم » . وتتفق معها في الحكم المادة ١٢٢
من تقنين الموجبات والعقود اللبناني . ونصت المادة ١٧٩ من التقنين المصري
على أن « كل شخص ، ولو غير مميز ، يثري دون سبب مشروع على حساب
شخص آخر يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من
خسارة ، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد » . وبناء على هذه

النصوص ذهب البعض إلى أن أهلية الأداء وإنما تكون كذلك بالنسبة إلى الأعمال المادية ، فهي تتوافر بالنسبة إلى المسئول عن العمل غير المشروع إذا كان الشخص مميزاً ، وتتوافر بالنسبة إلى الالتزام بالتعويض عن الإثراء دون سبب ولو كان الشخص غير مميز . والواقع أن حكم هذه النصوص لا علاقة له بأهلية الأداء ، وإنما يتعلق الأمر بأهلية الوجوب كما قلنا . فأهلية الأداء لا تطلب إلا بالنسبة إلى الوقائع أو التصرفات القانونية ، تلك التي يكون قوامها إرادة محضة تتجه إلى أحداث أثر قانوني .

٣٠٦ - تقسيم التصرفات القانونية من حيث الأهلية :

تنقسم التصرفات القانونية من حيث الأهلية إلى أنواع ثلاثة :

١ - تصرفات نافعة كفعلاً محضاً ، وهي التي يثري من يباشرها دون أن يدفع مقابلاً . وتشمل أعمال الاغتناء ، كقبول الهبة .

٢ - تصرفات ضارة ضرراً محضاً ، وهي التي يفتقر من يباشرها دون أن يأخذ مقابلاً . وتشمل أعمال التبرع ، كهبة الشخص لماله وإبرائه لمدينه .

٣ - تصرفات دائرة بين النفع والضرر ، وهي التي تحتل بأصل وضعها الربح والخسارة . وتشمل أعمال التصرف وأعمال الإدارة . ويراد بأعمال التصرف تلك التي تنطوي على تقرير حق عيني للغير على الشيء ، كالبيع والرهن بالنسبة إلى الراهن . أما أعمال الإدارة فهي التي ترمي إلى استغلال الشيء دون المساس بأصله بحيث تتفق مع الاستعمال الذي أعد له الشيء من قبل ، كالإيجار بالنسبة إلى المؤجر . فإذا كانت تتضمن تغييراً أساسياً في الشيء أو تعديلاً في الغرض الذي أعد له كانت من أعمال الإدارة غير المعتادة ، كإعادة بناء منزل أو البناء في أرض زراعية لإعدادها للاستغلال الصناعي .

فإذا توفرت لدى الشخص أهلية كاملة كان صالحاً لمباشرة جميع هذه التصرفات ، فيكون أهلاً للاغتناء والإدارة والتصرف والتبرع . وإذا كان الشخص عديم الأهلية ، فإنه لا يصلح لمباشرة أي من هذه التصرفات . وإذا

كان الشخص ناقص الأهلية فإنه يصلح لمباشرة أعمال الاغتناء ، ولا يصلح لمباشرة أعمال التبرع ، وتخضع مباشرته للأعمال الدائرة بين النفع والضرر لأحكام تكفل حمايته .

ويلاحظ أن العبرة في التصرف الذي يدور بين النفع والضرر هي بأصل وضعه . فمثلاً إذا كان هذا التصرف بيعاً وصدر من صبي مميز ، فإنه يقع قابلاً للإبطال حتى لو كان ينطوي على ربح للقاصر ، كأن يكون قد تصرف في المبيع بأكثر من قيمته . فيتعين على القاضي أن يجيب طلب الإبطال حتى لو بدا له أن هذا الطلب ليس في مصلحة ناقص الأهلية . وهذه القاعدة مطلقة في القانون المصري . ولكن القانون اللبناني يفرق بين ما إذا كان التصرف خاضعاً لإجراء خاص أم غير خاضع لذلك كما سنرى .

٣٠٧ - الأصل في الشخص أن يكون كامل الأهلية :

تقول المادة ١٠٩ مدني مصري في هذا المعنى إن « كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون » . كما تقول المادة ٢١٥ موجبات وعقود لبناني إن « كل شخص أتم الثامنة عشرة من عمره هو أهل للالتزام ، ما لم يصرح بعدم أهليته في نص قانوني » . فهذا النص يجعل الأصل كمال الأهلية لدى الشخص ، بحيث لا يعتبر الشخص فاقد الأهلية أو ناقصها إلا بمقتضى نص في القانون .

ومن هذا يكون كمال الأهلية لدى المتعاقد هو الوضع الظاهر فيما يتعلق بعيب الإثبات . وعلى من يدعي عدم الأهلية أن يثبت ما يدعيه . فإذا قام الدليل على انعدام الأهلية أو نقصها كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال . ولا يقبل من الطرف الآخر أن يحتج بأنه كان يعتقد أن من تعاقد معه كامل الأهلية . لكن إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته فإن هذا منه يعتبر عملاً غير مشروع يؤدي إلى التزامه بالتعويض عن الضرر الذي يصيب الطرف الآخر . وتقول المادة ١١٩ مدني مصري في هذا المعنى إنه

« يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بالزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته (١) ». وهذا ما تمليه القواعد العامة ، ومن ثم يسري في القانون اللبناني . فهذه الطرق الاحتياطية من جانب ناقص الأهلية ، ولو أنها لا تهدر حقه في طلب إبطال العقد ، إلا أنها تؤدي إلى إلزامه بالتعويض. وقد يرى القاضي أن خير تعويض هو إبقاء العقد ، إذ أن القواعد العامة تجيز أن يتخذ التعويض هذه الصورة . ومعنى هذا أن إلزام ناقص الأهلية في هذه الحالة بما تعهد به يكون بمثابة تعويض عن الضرر الذي سببه عمله غير المشروع ، ولا يكون أساسه العقد . وواضح من النص أنه لا يكفي لانطباق حكمه أن يقتصر ناقص الأهلية على مجرد الكذب (٢) ، بأن يؤكد لمن يتعاقد معه أنه كامل الأهلية ، بل يجب أن يلجأ في هذا الشأن إلى طرق احتيالية ، كأن يقدم شهادة ميلاد مزورة ليثبت بها أنه بلغ الرشد .

٣٠٨ - أحكام الأهلية من النظام العام :

تتعلق أحكام الأهلية بالنظام العام . فلا يجوز الاتفاق على إعطاء شخص أهلية لا تتوافق له بحكم القانون ، أو حرمانه من أهلية يخولها له القانون . وهذا ما تقضي به المادة ٤٨ مدني مصري إذ تنص على أنه « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها » . فإذا اتفق شخص رشيد مع

(١) كان النص المقابل لهذه المادة في المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري لا يجيز للقاصر التمسك بنقص أهليته لإبطال العقد في هذه الحالة (م ١٦٥) ، ثم عدل عنه في لجنة مجلس الشيوخ إلى الحكم الوارد في المادة ١١٩ مدني لأن « المسألة تتعلق بتقرير الجزاء على التجاء القاصر إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته ولم تر اللجنة أن يكون الجزاء حرمان القاصر من حق طلب الإبطال وإنما آثرت أن تجري القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية وجعلت الجزاء قاصراً على الحكم بالتعويض » (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٣٣-١٣٨) .

(٢) نقض مدني في ٤ مايو سنة ١٩٤٤ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٤ ص ٣٥٢ رقم ١٢٨ .

آخر على النزول عن أهليته في التصرف في ماله كان هذا النزول باطلا . وإذا باع قاصر عقاراً وتعهد للمشتري بعدم المطالبة بإبطال هذا البيع بعد بلوغه الرشد كان هذا التعهد باطلا .

وتعلق أحكام الأهلية بالنظام العام أمر مسلم به في جميع القوانين ، دون حاجة إلى نص .

المطلب الثاني

أحكام الأهلية

٣٠٩ - العوامل التي تتأثر بها الأهلية :

وضع لنا مما تقدم أن أهلية الأداء هي قدرة الشخص على إجراء التصرفات القانونية ، ولهذا كان مناط الأهلية هو التمييز أو الإرادة . ففقد التمييز فاقد الأهلية ، ونقص التمييز ناقص الأهلية ، وكامل التمييز كامل الأهلية . ولما كان التمييز يكتمل تدريجياً لدى الإنسان بحسب السن فإن الأهلية تدرج هي أيضاً تبعاً لذلك . ومن هذا كان السن هو العامل الأول الذي تتأثر به الأهلية . وقد يبلغ الإنسان سن الرشد ، ولكن يطرأ عليه عارض يتأثر به التمييز عنده ، فيكون لهذا العارض أثره بالتالي على الأهلية . وقد يكون الإنسان رشيداً لم يصبه عارض يؤثر على أهليته ، ومع ذلك يقوم لديه مانع طبيعي أو مادي أو قانوني يحول دون مباشرة الأهلية .

فهذه إذاً عوامل ثلاثة تتأثر بها الأهلية نتناولها فيما يلي ، فنتكلم في تدرج الأهلية بحسب السن ، ثم في عوارض الأهلية ، ثم في موانع الأهلية .

أولاً - تدرج الأهلية بحسب السن

٣١٠ - أدوار السن بالنسبة إلى الأهلية :

تنقسم حياة الإنسان بالنسبة إلى الأهلية إلى ثلاثة أدوار : الدور الأول من وقت الولادة إلى سن التمييز ، وفيه يكون الصبي غير مميز . والثاني من سن التمييز إلى سن الرشد ، وفيه يكون الصبي مميزاً . وفي هذين الدورين يطلق على الصغير إصطلاح « القاصر » . والثالث من سن الرشد إلى الموت ، وفيه يكون الإنسان بالغاً رشيداً .

وقد ربط القانون في هذه الأدوار بين السن ودرجة الأهلية ، فاعتبر الصبي غير المميز عديم الأهلية ، والصبي المميز ناقص الأهلية ، والبالغ الرشيد كامل الأهلية . كما بين حكم التصرفات التي تصدر من الشخص في كل من هذه الأدوار من حيث الصحة والبطلان . وهذا كله بمقتضى قواعد موضوعية تقوم على قرائن ، وليس بمقتضى قرائن قانونية .

المجلة المصرية لسنة ١٩٤٣

٣١١ - (١) الصبي غير المميز :

يكون الصبي غير مميز من وقت ولادته إلى سن التمييز . ففي هذه الفترة يكون الصغير فاقد التمييز لضعف بنيته وقصور عقله ، فلا تكون له أهلية أداء مطلقاً . وقد عرفته المادة ٩٤٣ من المجلة بأنه « هو الذي لا يفهم البيع والشراء ، أي لا يعلم كون البيع سالباً للملك والشراء جالباً له ، ولا يميز القبن الفاحش ، مثل أن يغش في العشرة بخمسة ، من القبن اليسير » .

وقد حدد الشارع المصري سن التمييز بسبع سنين ، حيث نصت المادة ٢/٤٥ مدني مصري على أن « كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز » . وفي هذا التحديد ما يدرأ كل خلاف يمكن أن يثور حول بدء التمييز . أما الشارع اللبناني فلم يورد مثل هذا التحديد ، وبذلك يكون للقاضي في

القانون اللبناني تقدير وجود التمييز أو عدم وجوده في كل حالة على حدة دون تقييد بسن محددة (١) .

وتقول المادة ١/٤٥ مدني مصري : « لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن » . كما تقول المادة ١١٠ مدني مصري انه « ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة » . كذلك تنص المادة ١/٢١٦ موجبات وعقود لبناني على « ان تصرفات الشخص المجرّد كل التجرد من قوة التمييز (كالصغير والمجنون) تعد كأن لم تكن » .

وعليه فجميع تصرفات الصبي غير المميز تقع باطلة ، حتى لو كانت نافعة له نفعاً محضاً كقبول الهبة .

٣١٢ - (٢) الصبي المميز :

يكون الصبي مميزاً من سن التمييز إلى سن الرشد . ولا يقصد بوصفه مميزاً أنه أصاب تمييزاً كاملاً ، فهذا معناه بلوغ الرشد ، وإنما يقصد بهذا الوصف أن الصغير قد توفرت له بعض أسباب التمييز ، فهو لا يزال ناقص العقل ، ولذلك يكون ناقص الأهلية . وقد نصت على ذلك المادة ٤٦ مدني مصري بقولها « إن كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون » .

وفي القانون المصري تقول المادة ١١١ مدني في حكم تصرفات الصبي المميز ما يأتي : « ١ - إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى

(١) جورج سيوني ، النظرية العامة للموجبات والعقود ج ١ فقرة ٨٧ . اسماعيل غانم ، محاضرات في مصادر الموجبات ص ١٤٦ . حسن كيرة ، المدخل الى القانون ١٩٦٧ فقرة ٣٠٢ . قارن خليل جريج ، النظرية العامة للموجبات ج ٢ ص ١٥٠ ، وهو يرى أن تكون سن التمييز في القانون اللبناني السابعة .

كانت نافعة نفعاً محضاً ، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً . ٢ - أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد ، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون .

وفي القانون اللبناني تقول المادة ٩٦٧ من المجلة : « يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان في حقه نفع محض وإن لم يأذن به الولي ولم يجزه كقبول الهدية والهبة ، ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وإن أذنه بذلك وليه وأجازته كان يهدي لآخر شيئاً . وأما العقود الدائرة بين النفع والضرر في الأصل فتتعقد موقوفة على إجازة وليه ، ووليّه مخير في إعطاء الإجازة وعدمها ، فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها وإلا فلا ، مثلاً إذا باع الصغير المميز مالا بلا إذن يكون نفاذ ذلك البيع موقوفاً على إجازة وليه وإن كان قد باعه بأزيد من ثمنه لأن عقد البيع من العقود المترددة بين النفع والضرر في الأصل ، . وتقول المادة ٢/٢١٦ و ٣ موجبات وعقود لبنياني : « أما تصرفات الأشخاص الذين لا أهلية لهم لكنهم من ذوي التمييز ، فهي قابلة للإبطال (كالقاصر المميز) . ولا يجوز لمن تعاقد مع فاقد الأهلية أن يدلي بحجة الإبطال ، فهي من حقوق فاقد الأهلية نفسه أو وكيله أو ورثته - وإذا كان العقد الذي أنشأه القاصر المميز غير خاضع لصيغة خاصة فإن القاصر لا يمكنه الحصول على إبطاله إلا إذا أقام البرهان على وقوعه تحت الغبن . أما إذا كان من الواجب إجراء معاملة خاصة ، فالإبطال واقع من جراء ذلك ، دون أن يلزم المدعي بإثبات وجود الغبن . »

ويتبين من هذا أن الصبي المميز له أن يباشر التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، إذ تكون له أهلية أداء كاملة بالنسبة إليها . وليس له أن يباشر التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، إذ يكون عديم الأهلية بالنسبة إليها ، فإن باسرها وقعت باطلة . أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتكون له

بالنسبة إليها أهلية ناقصة ، إذ هو لا يملك مباشرتها ، وإنما يتولاها عنه الولي .
أو الوصي ، فإذا قام بها الصغير نفسه وقعت قابلة للإبطال . وهذا الإبطال
يطلبه الولي أو الوصي أو الصغير بعد بلوغه الرشد . ويصبح التصرف صحيحاً
بصفة نهائية بحيث لا يمكن طلب إبطاله إذا أجازته الصغير بعد بلوغه الرشد ،
أو أجازته الولي أو الوصي أو المحكمة بحسب ما خوله القانون لكل منهم من
سلطة القيام بالتصرف أو الإذن به .

ويلاحظ فيما يتعلق بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر ان القانون المصري
يحيى طلب إبطالها إذا صدرت من الصبي المميز دون تفرقة بين حالة وأخرى ،
نظراً إلى أصل وضعها كما ذكرنا .

أما في القانون اللبناني فإن الحكم الوارد في تقنين الموجبات والعقود في
هذا الشأن (م ٢/٢١٦ و ٣) قد نسخ الحكم الوارد في المجلد (م ٩٦٧) من
ناحيتين :

الأولى ان المجلد يجعل تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر موقوفاً
على إجازة الولي ، بينما يجعله تقنين الموجبات والعقود قابلاً للإبطال . ويختلف
الحلان في أن التصرف الموقوف لا يترتب عليه أي أثر إلى أن تلحقه الإجازة ،
فإذا أجاز كان للإجازة أثر رجعي ، بينما يترتب التصرف القابل للإبطال جميع
آثاره إلى أن يحكم بإبطاله ، فإذا حكم بإبطاله زالت جميع آثاره بأثر رجعي ،
فيصبح هو والتصرف الباطل سواء^(١) .

والثانية ان المجلد يجعل هذا التصرف موقوفاً على إجازة الولي دون تفرقة
بين حالة وأخرى ، نظراً إلى أصل وضعه . بينما يفرق تقنين الموجبات والعقود ،
كالقانون الفرنسي ، بين التصرفات التي يجب فيها إجراء معاملة خاصة وتلك
التي لا يجب فيها هذا الإجراء . والمقصود بالمعاملة الخاصة في هذا الشأن الإجراء

(١) أما التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، والتصرفات الضارة ضرراً محضاً ، فعكسها وفقاً لما
نصت عليه المجلد ، إذ ان أحكام المجلد في شأنها ما زالت باقية لم تنسخ ، حيث تقع التصرفات
النافعة صحيحة ، وتقع التصرفات الضارة باطلة كما ذكرنا في المتن .

الذي يتطلبه القانون لحماية القاصر، فيتعين على الوالي أو الوصي أن يتخذه إذا تولى إبرام التصرف بنفسه. إذ أن قواعد الولاية على المال لا تجيز للوالي أو الوصي أن يبرم عن القاصر بعض التصرفات إلا بإذن من المحكمة، كبيع العقار. فإذا كان التصرف يخضع لمثل هذا الاجراء لو أبرمه الوالي أو الوصي، فإن هذا التصرف إذا أبرمه القاصر بنفسه يجوز إبطاله دون نظر إلى ما إذا كان فيه غبن أم ليس فيه شيء من ذلك. أما إذا كان التصرف الذي أبرمه القاصر يجوز للوالي أو الوصي أن يبرمه دون اتخاذ أي إجراء خاص، أي دون الرجوع إلى المحكمة، فلا يجوز إبطاله إلا إذا كان منطوياً على غبن، ويكفي في ذلك الغبن اليسير^(١).

تلك هي القاعدة فيما يتعلق بمدى الأهلية التي تتوفر للوصي المميز. غير أن الشارع خرج على هذه القاعدة في حالات معينة. وأم هذه الحالات حالة القاصر المأذون، وهي حالة يشترك فيها القانونان اللبناني والمصري. ويضيف القانون المصري إلى هذه الحالة حالات أخرى:

أولاً: القاصر المأذون: يجيز القانون أن يؤذن للقاصر المميز ببعض التصرفات على خلاف القاعدة التي ذكرناها، فيكون كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفي التقاضي فيه (م ٢١٧ موجبات وعقود لبناني وم ٦٤ من قانون الولاية على المال المصري). ولا يحق للوالي أو الوصي أن يباشر تصرفاً يكون القاصر أهلاً لمباشرته، فحينما تتوفر الأهلية ترتفع الولاية.

والإذن في القانون اللبناني للقاصر المميز غير مقيد بسن معينة. كما أنه غير مقيد بنوع معين من التصرفات، فيجوز الإذن في ممارسة التجارة أو الصناعة (م ٢١٧ موجبات وعقود)، كما يجوز في غيرهما (أنظر م ٩٦٩ وما بعدها من المجلة). ويصدر الإذن من الأب أو وصيه المختار أو الوصي الذي نصبه الوصي المختار، وإلا فمن الجد الصحيح أو وصيه المختار أو الوصي

(١) خليل جريج، المرجع السابق، ج ٢ ص ١٥٥. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ١٥١. حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٠٣.

الذي نصبه الوصي المختار، وإلا فمن القاضي إذا امتنع أي من هؤلاء (م ٩٧٤ و ٩٧٥ مجلة) .

أما في القانون المصري فيؤذن للقاصر إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره في إدارة أمواله (م ١١٢ مدني) وفي الاتجار (م ٥٧ من قانون الولاية على المال). ويصدر الاذن في الإدارة من الولي باسناد لدى الموثق (م ٥٤ من قانون الولاية على المال) ، أو من المحكمة بعد سماع أقوال الوصي (م ٥٥ من قانون الولاية على المال) . ويصدر الاذن في الاتجار من المحكمة (م ٥٧ من قانون الولاية على المال) .

ويكون لمن أصدر الاذن ان يرجع فيه إذا أساء القاصر (م ٩٧٣ و ٩٧٧ مجلة وم ٥٤ من قانون الولاية على المال المصري) .

ثانياً : حالات خاصة بالقانون المصري :

١ - تكون للقاصر المميز أهلية الإدارة والتصرف في ماله الذي يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة لأغراض نفقته ، فلا تكون له أهلية التبرع بهذا المال. وقد حماه الشارع في هذا المجال، فلم يجعل التزامه المتعلق بهذه الأغراض صحيحاً إلا في حدود هذا المال فحسب (م ٦١ من قانون الولاية على المال) .

٢ - يملك القاصر المميز إبرام عقد العمل الفردي ، لكن يظل للمحكمة بناء على طلب الوصي أو ذي شأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة (م ٦٢ من قانون الولاية على المال) . كما تكون له في سن السادسة عشرة أهلية الإدارة والتصرف في أجره أو مرتبه أو كسبه من مهنته ، وقد حماه الشارع في هذا المجال أيضاً ، فلم يجعله مسئولاً عن ديونه المتعلقة بهذا النشاط إلا في حدود المال الذي كسبه من عمله، وذلك حتى لا يضر في أمواله الأخرى (م ٦٣ من قانون الولاية على المال) .

٣ - إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال ، سواء كان ذكراً أم كانت أنثى ، كان ذلك اذنًا في التصرف في المهر والنفقة ، ما لم تأمر

المحكمة بغير ذلك عند الاذن أو في قرار لاحق (م ٦٠ من قانون الولاية على المال) .

٤ - تجيز المادة الخامسة من قانون الوصية المصري وصية القاصر الذي يبلغ من العمر ثماني عشرة سنة شمسية ، على أن يكون ذلك بإذن المحكمة . ويبرر هذا الحكم ، رغم كون الوصية من التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، أن الوصية لا تلحق ضرراً بمال الموصي لأنها لا تنفذ إلا بعد وفاته ، وان المحكمة فيما لها من سلطة الاذن أو الرفض تقدر مدى سلامة التصرف .

٣١٣ - (٣) البالغ الرشيد :

في القانون المصري تقضي المادة ٤٤ مدني بأن « ١ - كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يجبر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . ٢ - وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة » . وتقضي المادة ١٨ من قانون الولاية على المال بأن «تنتهي الولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه » .

وفي القانون اللبناني تنص المادة ٢١٥ موجبات وعقود على أن « كل شخص أتم الثامنة عشرة من عمره هو أهل للالتزام ، ما لم يصرح بعدم أهليته في نص قانوني » . وتنص المادة ٩٨٢ مجلة على أنه « إذا بلغ الصبي غير رشيد فلا تدفع إليه أمواله ما لم يتحقق رشده ويمنع من التصرف كما في السابق » .

فسن الرشد في القانون المصري إحدى وعشرون سنة ، وفي القانون اللبناني ثماني عشرة سنة .

فإذا بلغ القاصر سن الرشد ، ولم يحكم قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، أصبح رشيداً ، فتكون له أهلية كاملة بحيث يستطيع مباشرة جميع التصرفات القانونية . أما إذا حكم قبل بلوغه هذه السن باستمرار

الولاية أو الوصاية عليه بسبب عارض من عوارض الأهلية فإنه يظل فاقد الأهلية أو ناقصها بحسب نوع العارض الذي أصابه .

ثانياً - عوارض الأهلية

٣١٤ - تعريف :

عوارض الأهلية هي أمور تعرض للشخص فتؤثر على التمييز عنده، وبالتالي على أهليته . وقد تقوم هذه العوارض لدى الشخص قبل بلوغه سن الرشد فتؤدي إلى الحكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه . وقد تطرأ بعد بلوغ الشخص الرشد فتعدم أهليته أو تنتقص منها. وهي إما عاهات تصيب العقل، وهي الجنون والعمه ، أو عاهات تقصد التدبير ، وهي السفه والغفلة .

وعوارض الأهلية كالسن من حيث ارتباطها بالتمييز عند الشخص وتأثيرها بالتالي على أهليته .

ولكنها في القانون المصري تختلف عن السن في أنها لا تعدم الأهلية أو تنقصها إلا بتوقيع الحجر . فإذا حجر على الشخص أصبح فاقد الأهلية أو ناقصها طالما كان الحجر قائماً . فلا تعود الأهلية إلى الشخص بزوال العارض ، وإنما تعود إليه برفع الحجر بناء على زوال العارض . حيث تنص المادة ١١٣ مدني مصري على أن « المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة، وترفع الحجر عنهم ، وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون». وهذا القانون هو قانون الولاية على المال المصري، إذ تنص المادة ٦٥ منه على أنه « يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعمه أو للسفه أو للغفلة ولا يرفع الحجر إلا بحكم وتقييم المحكمة على من يحجر عليه قيماً لإدارة أمواله وفقاً للأحكام المقررة في هذا القانون » .

أما في القانون اللبناني فإن الأمر يختلف تبعاً لنوع العارض . فالجنون

والمعتوه من المحجورين لذاتهم (م ٩٥٧ مجلة) ، فلا يتوقف حجرهم على صدور قرار من القاضي بذلك . بينما يشترط لاعتبار السفية ناقص الأهلية أن يصدر قرار بالحجر عليه (م ٩٥٨ مجلة) . وتدخل المجلة ذي الغفلة في عموم السفهاء (م ٩٤٦ مجلة) .

٣١٥ - (١) الجنون :

الجنون اضطراب في العقل يجعل الشخص فاقد التمييز ، وبالتالي فاقد الأهلية . وقد نصت على ذلك المادة ١/٤٥ مدني مصري فقالت إنه « لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون » . كما نصت المادة ٩٥٧ مجلة في القانون اللبناني على أن « الصغير والجنون محجورين لذاتهم » .

ومن ثم فإن تصرفات الجنون تقع باطلة . وتقول المادة ١١٤ مدني مصري في هذا الصدد : « ١ - يقع باطلاً تصرف الجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر . ٢ - أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها » . كما تقول المادة ١/٢١٦ موجبات وعقود لبناني : « ان تصرفات الشخص المجرد كل التجرد من قوة التمييز (كالصغير والجنون) تعد كأن لم تكن » .

لكن يشترط في القانون المصري لاعتبار الجنون فاقد الأهلية أن يكون قد صدر قرار بالحجر عليه . فتصرفه لا يكون باطلاً لفقدان الأهلية إلا إذا صدر بعد تسجيل الطلب المقدم لتوقيع الحجر (م ١٩٢٦ مرافعات مصري) ، فإذا لم يسجل هذا الطلب فبعد تسجيل الحكم بالحجر . أما التصرف الذي يصدر قبل تسجيل الطلب أو الحكم فلا يكون باطلاً لفقدان الأهلية إلا إذا كان من يتعامل مع المجنون سيء النية ، بأن كان يعلم بحالة الجنون ، أو كانت هذه الحالة شائعة بحيث يكون في وسعه أن يعلم بها (م ١١٤ مدني مصري) . وإذا قامت حالة الجنون عند الشخص قبل بلوغ سن الرشد حكمت المحكمة

باستمرار الولاية أو الوصاية عليه . وإذا طرأت حالة الجنون عند الشخص بعد بلوغه الرشد يجبر عليه وتقيم المحكمة قيماً لإدارة أمواله .

وطالما كان الشخص خاضعاً للولاية أو الوصاية أو محجوراً عليه بسبب الجنون فإنه يظل فاقد الأهلية ، فتقع جميع تصرفاته باطلة ، دون تفرقة بين ما يصدر منها في فترات الجنون وما يصدر في فترات الإفاقة . فلا تعود إليه أهليته إلا بقرار برفع الولاية أو الوصاية أو الحجر بناء على زوال حالة الجنون .

أما القانون اللبناني فإنه ، وفقاً لأحكام المجلد (م ٩٥٧) ، يعتبر المحنون محجوراً لذاته ، فلا تكون هناك حاجة إلى صدور قرار بالحجر . كما أنه يفرق طبقاً لهذه الأحكام بين الجنون المطبق وهو الذي يستوعب كل الأوقات ، والجنون غير المطبق وهو الجنون المتقطع الذي تتخلله فترات افاقة (م ٩٤٤ مجلد) . فالمجنون المطبق في حكم الصغير غير المميز (م ٩٧٩ مجلد) ، فتقع جميع تصرفاته باطلة . والمجنون غير المطبق لا تنعدم أهليته إلا في فترات الجنون ، أما في فترات الافاقة فتكون تصرفاته كتصرفات العاقل (م ٩٨٠ مجلد) .

٣١٦ - (٢) العته :

العته كالجنون خلل يصيب العقل، ولكنه يختلف عن الجنون في أن صاحبه لا يكون في حالة هياج ، فهو عبارة عن جنون هادي . وقد عرفت المجلد المعتوه بأنه « هو الذي اختل شعوره بحيث يكون فهمه قليلاً وكلامه مختلطاً وتدبيره فاسداً » (م ٩٤٥) .

والقانون المصري يعطي المعتوه حكم المجنون في جميع الأحكام ، فهو فاقد الأهلية كالمجنون ، وتقع تصرفاته باطلة . وهذا ظاهر من النصوص التي سقناها في الكلام عن المجنون .

أما القانون اللبناني فيعتبر المعتوه من المحجورين لذاتهم (م ٩٥٧ مجلد) ،

فلا تكون هناك حاجة إلى صدور قرار بالحجر ، كما يعطيه حكم الصبي المميز
(م ٩٧٨ مجلة) .

٣١٧ - (٣) السفه :

السفه هو تبذير المال على غير مقتضى العقل . فهو لا يصيب العقل ، بل يصيب التدبير ، إذ أنه في حقيقته خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف ما يوجبه العقل مع قيام العقل حقيقة . وقد عرفت المجلة السفه بأنه « هو الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبذر في مصارفه ويضيع أمواله ويتلفها بالاسراف . والذين لا يزالون يفتلون في أخذهم واعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بسبب بلاهتهم وخلو قلوبهم ، يعدون أيضاً من السفهاء » (م ٩٤٦) . ولذلك فإن السفه لا يجعل الشخص عديم الأهلية ، وإنما يجعله ناقصاً . وقد نصت على ذلك المادة ٤٦ مدني مصري فقالت ان « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفياً أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون » .

ولكن يشترط لاعتبار السفه ناقص الأهلية أن يكون قد صدر قرار بالحجر عليه ، وذلك سواء في القانون المصري أم في القانون اللبناني . فقبل الحجر تكون تصرفاته صحيحة . أما بعد الحجر فحكم تصرفاته هو حكم تصرفات الصبي المميز على النحو الذي ذكرناه ، ومع مراعاة الفارق في هذا بين القانون المصري والقانون اللبناني . وتقول المادة ١١٥ مدني مصري في هذا الصدد: « ١ - إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفه بعد تسجيل قرار الحجر ، سرى على هذا التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام . ٢ - أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » . وتقول المادة ٩٩٠ من المجلة إن « السفه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز » .

كما تقول المادة ٩٦١ مجلة انه « إذا حجر السفية والمديون من طرف الحاكم يشهد ويعلن الناس ببيان سببه » .

فتصرف السفية في القانون المصري لا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا صدر بعد تسجيل الطلب المقدم لتوقيع الحجر (م ١٠٢٦ مرافعات مصري) ، فإذا لم يسجل هذا الطلب فبعد تسجيل الحكم بالحجر. أما التصرف الذي يصدر قبل تسجيل الطلب أو الحكم فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ . والمقصود بالاستغلال هنا أن يكون الغير عالماً بحالة السفه فيعمل على الاستفادة منها ، وذلك بأن يدفع السفية إلى تصرفات يستغله بها كي يحصل على ميزات تجاوز الحد المعقول . ويراد بالتواطؤ أن يكون هناك حجر يتوقعه السفية ومن يتعاقد معه فيتواطآن على المبادرة إلى إبرام تصرف قبل توقيع الحجر للفرار من أثر هذا الحجر .

وتصرف السفية في القانون اللبناني لا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا صدر بعد اعلان قرار الحجر . أما التصرف الذي يصدر قبل اعلان القرار فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ ، اذ أن هذا الحل يسري في القانون اللبناني رغم عدم النص عليه وفقاً للقواعد العامة التي تقضي بأن الغش يفسد ما يقوم عليه (١) ، ولذلك فإن القضاء المصري كان يأخذ به قبل أن يرد النص عليه في القانون المصري . هذه هي القاعدة فيما يتعلق بمدى أهلية السفية . فإذا حجر عليه كانت تصرفاته النافعة نفعاً محضاً صحيحة ، وتصرفاته الضارة ضرراً محضاً باطلة ، وتصرفاته الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال ، شأنه في هذا شأن الصبي المميز على التفصيل الذي قدمناه . أما التصرفات التي تصدر منه قبل الحجر فلا تكون باطلة أو قابلة للإبطال الا اذا جاءت نتيجة استغلال أو تواطؤ . غير أن الشارع خرج على هذه القاعدة في الحالتين الآتيتين :

(١) في هذا المعنى : خليل جريج ، ج ٢ ص ١٥٩ . اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص

١٥١ . حسن كيرة ، المرجع السابق ، فقرة ٣٠٨ .

(١) خول القانون المصري السفية أهلية فيما يتعلق بأعمال الإدارة، وذلك بشرط أن يؤذن له في تسلم أمواله لإدارتها كما رأينا بالنسبة إلى القاصر المأذون له في ذلك . فقد نصت المادة ١١٦/٢ مدني مصري على أن « تكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه ، المأذون له بتسلم أمواله ، صحيحة في الحدود التي رسمها القانون » . وقد رسم قانون الولاية على المال المصري هذه الحدود ، حيث نصت المادة ٦٧ منه على أنه « يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وفي هذه الحالة تسري عليه الأحكام التي تسري في شأن القاصر المأذون » . ولم يرد في القانون اللبناني نص مقابل في هذا الشأن . ومع ذلك فإن السفية في هذا القانون تكون له أهلية الإدارة بمقتضى ما تنص عليه المادة ٩٩٠ من المجلة من أن « السفية المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز » . غير أنه فيما يتعلق بالاذن في ممارسة التجارة ، ازاء عدم وجود نص مباشر في هذا الشأن في القانون المصري أو في القانون اللبناني ، لا نرى جواز إعطاء هذا الاذن للسفيه قياساً على إمكان إعطائه للقاصر المميز لأن حالة السفه تتجافى مع ما تتطلبه التجارة من اعتدال وتدبير وبصر بحقيقة الأمور (١) .

(٢) أجاز القانون المصري للسفيه اثنين من التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، وهما الوقف والوصية ، بشرط أن تأذن له المحكمة في ذلك . وقد نصت على هذا المادة ١١٦/١ مدني فقالت إنه « يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً ، متى أذنت المحكمة في ذلك » . كما نصت على هذا الحكم بالنسبة إلى الوصية المادة الخامسة من قانون الوصية . وقد رأينا أن هذا الحكم يسري فيما يتعلق بالوصية بالنسبة إلى الصبي

(١) في هذا المعنى : حسن كيرة ، المرجع السابق ، فقرة ٣٠٨ .

المميز الذي بلغ الثامنة عشرة من عمره . ولكنه لا يسري بالنسبة إليه فيما يتعلق بالوقف .

ولم يرد في القانون اللبناني نص عام يجعل وصية السفه صحيحة بالنسبة إلى جميع الطوائف ، وإنما تصح هذه الوصية عند بعض الطوائف دون البعض الآخر^(١) . كذلك لم يرد في هذا القانون نص عام في شأن الوقف الصادر من السفه .

وفيما يتعلق بالاستثناءات الأخرى التي رأيناها في القانون المصري بالنسبة إلى الصبي المميز فإن الشارع المصري لم ينص عليها في خصوص السفه وذي الغفلة . ونعتقد أن السفه وذا الغفلة تثبت لهما بطريق القياس أهلية مباشرة التصرفات التي أجازها الشارع المصري في هذه الاستثناءات للصبي المميز في القانون المصري . فيكون للسفه أو لذي الغفلة في هذا القانون أن يتصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، وأن يبرم عقد العمل الفردي ، وأن يتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره إلا إذا قيدت المحكمة أهليته في ذلك ، وأن يتصرف في المهر والنفقة إذا أذنته المحكمة في الزواج .

وإذا حكم قبل بلوغ الشخص سن الرشد باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ظل الولي أو الوصي يباشر السلطة التي كانت له . وإذا طرأت حالة السفه عند الشخص بعد بلوغه الرشد يجبر عليه وتقيم المحكمة قسماً لإدارة أمواله .

٣١٨ - (٤) الغفلة :

ذو الغفلة هو الذي لا يهتدي إلى ما هو في صالحه حين يتصرف ، فيغبن في معاملاته . وبينما يعتبر القانون المصري الغفلة عارضاً مستقلاً عن السفه ،

(١) انظر : صبحي محصاني ، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والمواريث والوصية، الطبعة الرابعة ١٩٦٧ ص ١٧٦ و ١٧٧ . حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٠٨ .

فإن القانون اللبناني يعتبرها نوعاً من السفه ، حيث يدخل ذا الغفلة في عداد السفهاء ، كما هو واضح من نص المادة ٩٤٦ من المجلة التي تقدم ذكرها عند الكلام في السفه .

وسواء في القانون المصري أو في القانون اللبناني فإن حكم ذو الغفلة حكم السفه في كل شيء ، ولذلك ورد ذكره في النصوص التي رأيناها في الكلام عن السفه .

ثالثاً - موانع الأهلية

٣١٩ - تعريف :

إذا بلغ الشخص سن الرشد ، ولم يحكم قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، ولم يحجر عليه بعد بلوغه هذه السن لعارض من عوارض الأهلية التي تقدم ذكرها ، كان كامل الأهلية . غير أن ظروفاً قد تقوم لديه فتمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده ، ولهذا يقيم القانون من يتولى عنه مباشرة هذه التصرفات أو يساعده في مباشرتها . ففي ظروف ليس من شأنها أن تؤثر في أهلية الشخص ، إذ هو كامل الأهلية رغم وجودها ، وإنما هي تحول بينه وبين مباشرة التصرفات القانونية أو تجعل من المتعذر عليه أن ينفرد بمباشرتها .

وموانع الأهلية بهذا المعنى ثلاثة : مانعان ينص عليها كل من القانون اللبناني والقانون المصري ، أولهما مانع مادي هو الغيبة ، وثانيهما مانع قانوني هو الحكم بمقوبة جنائية . ويزيد القانون المصري مانعاً ثالثاً ، هو مانع طبيعي ، وهو وجود عاهة مزدوجة أو ضعف جسماني شديد .

في القانون المصري تقضي المادة ٧٤ من قانون الولاية على المال بأن « تقيم المحكمة وكيلاً عن الغائب كامل الأهلية في الأحوال الآتية متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه : (أولاً) إذا كان مفقوداً لا تعرف حياته أو مماته . (ثانياً) إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج الجمهورية المصرية ، واستحال عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو أن يشرف على من ينوبه في إدارتها » . .

ومن هذا يتضح أن الغائب في القانون المصري إما شخص لا تعرف حياته أو مماته وهو المفقود ، أو شخص تكون حياته محققة ولكن لا يعرف موطنه أو يكون موطنه خارج مصر بحيث يستحيل عليه أن يتولى شؤون نفسه . فهو شخص كامل الأهلية ، ولكن ظروفه تقضي بإقامة نائب يتولى شؤونه ، فإذا انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك أن تعطلت مصالحه أقامت المحكمة وكيلاً عنه يتولى شؤونه . وإذا كان قد ترك وكيلاً عاماً تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي ، وإلا عينت غيره (م ٧٥ من قانون الولاية على المال) .

وفي القانون اللبناني لم تتناول النصوص الموجودة في هذا الشأن (م ١٢٧ - ١٣٣ من قانون الأحوال الشخصية للطائفة الدرزية) ، وكذلك الفقه اللبناني^(١) ، سوى الغائب المفقود . فإذا ترك المفقود وكيلاً لحفظ أمواله وإدارتها فلا ينزل وكيله بفقده إلا إذا ظهرت خيانتة أو تقصيره ، وإذا لم يترك وكيلاً فعلى القاضي أن ينصب وكيلاً يحصي أمواله ويحفظها ويقوم عليها

(١) صبحي محمصاني ، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنقليات والمواريث والوصية ، الطبعة الرابعة ١٩٦٧ ص ٣٤٨ . انور الخطيب ، الأهلية المدنية في الشرع الاسلامي والقوانين اللبنانية ، ص ٣٥٠ - ٣٥٦ .

(م ١٢٧ من قانون الأحوال الشخصية المذكور) .
ومع ذلك فإننا نرى أن تنطبق هذه الأحكام كذلك في حالة الغائب غير
المفقود ، ما دام يستحيل عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو أن يشرف على من
ينيبه في إدارتها ، حتى لا تتعطل مصالحه وتتعرض للخطر (١) .
ولما كانت الغيبة مجرد مانع يعوق الغائب عن تولى شؤون نفسه فإنها تنتهي
بعودة الغائب ، أو بموته ، أو بالحكم باعتباره ميتاً (م ٧٦ من قانون الولاية
على المال المصري) .

٣٢١ - (٢) الحكم بعقوبة جنائية :

تقضي المادة ٢٥ عقوبات مصري بأن كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتماً
حرمان المحكوم عليه من إدارة أمواله مدة اعتقاله ، وعدم جواز تصرفه في
هذه الأموال إلا بإذن من المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته .
وتقضي المادة ٥٠ عقوبات لبناني بأن كل محكوم عليه بالأشغال الشاقة أو
بالاعتقال ، وهي نفس عقوبات الجنائية العادية بالإضافة إلى الإعدام ، يحرم
من إدارة أمواله أو التصرف فيها ، ولا يسلم إليه أي مبلغ من دخله فيما خلا
المبالغ التي تجيزها الشريعة أو أنظمة السجون .
فهذا الوضع بالنسبة إلى المحكوم عليه بعقوبة جنائية لا يرجع إلى نقص في
أهليته ، إذ هو كامل الأهلية ، وإنما هو عقوبة تبعية تكمل العقوبة الأصلية ،
ومن ثم كانت هذه العقوبة التبعية مانعاً قانونياً يحول بين المحكوم عليه وبين
مباشرة أهليته .

وفي القانون المصري يتولى أعمال الإدارة عن المحكوم عليه قيم . وهذا
القيم يختاره المحكوم عليه وتقره المحكمة المدنية المذكورة ، والاعينته المحكمة .
وهو في الحالين يكون تابعاً لهذه المحكمة في جميع ما يتعلق بقوامته . وعليه

(١) في هذا المعنى : حسن كيرة ، المرجع السابق ، فقرة ٣١٠ .

أن يقدم حساباً عن ادارته للمحكوم عليه بعد الافراج عنه . أما أعمال التصرف فلا تجوز من المحكوم عليه إلا بإذن من المحكمة المذكورة . فاذا لم يتوفر هذا الإذن وقع التصرف باطلاً (م ٢٥ عقوبات مصري) .

وفي القانون اللبناني يتولى أعمال الإدارة والتصرف عن المحكوم عليه وصي يعين وفقاً لقانون الأحوال الشخصية . وعليه أن يقدم حساباً عن مهمته للمحكوم عليه بعد الافراج عنه . وكل عمل من أعمال الإدارة أو التصرف يصدر من المحكوم عليه يقع باطلاً (م ٥٠ عقوبات لبناني) .

٣٢٢ -- (٣) العاهة المزدوجة أو العجز الجسماني الشديد في القانون المصري:

تنص المادة ١١٧ مدني مصري في هذا الصدد على أنه « ١ - إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك . ٢ - ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص التي تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد ، إذ صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة » . كما تنص المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال المصري على أنه « إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات المنصوص عليها في المادة ٣٩ . ويجوز لها ذلك أيضاً إذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد » .

فالشخص الذي يصاب بعاهتين من هذه العاهات الثلاثة ، وهي الصمم والبكم والعمى ، ويتعذر عليه بسبب ذلك أن يعبر عن إرادته ، أو يصاب بعجز جسماني شديد ، ويخشى بسبب ذلك من انفراده بمباشرة التصرف ، يجوز للمحكمة الحسبية أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات الهامة .

وهذه التصرفات هي التي نصت عليها المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال ، وهي التصرفات التي لا يجوز للوصي مباشرتها إلا بإذن من المحكمة .
والواقع أن هذا الشخص يكون كامل الأهلية ، لأن إرادته ما تزال سليمة رغم ما به من عاهة أو عجز جسائي ، ولكن يتعذر عليه أن يعبر عن إرادته تعبيراً صحيحاً أو يخشى من عدم قدرته على الانفراد بمباشرة التصرف . ولهذا كان الأصل في مهمة المساعد القضائي أن يعاون من تقرر مساعدته ، وذلك بالاشتراك معه في إبرام التصرفات المذكورة . ومن ثم فإن أحداً منهما لا ينفرد بإبرام هذه التصرفات ، وإنما تصدر منها معاً . فإذا امتنع المساعد عن الاشتراك في تصرف ، ورأت المحكمة أن هذا الامتناع في غير محله ، أذنت من تقرر مساعدته بالانفراد بإبرامه أو عينت شخصاً آخر للمساعدة في إبرامه وفقاً للتوجيهات التي تبينها في قرارها . وإذا امتنع من تقرر مساعدته عن القيام بتصرف معين ، وكان امتناعه هذا يعرض أمواله للخطر ، جاز للمحكمة ان تأمر بالانفراد المساعد بإجراء هذا التصرف (م ٧١ من القانون المذكور) .
وحيث ينفرد المساعد على هذا النحو بإبرام التصرف يكون نائباً عن تقرر مساعدته ، وليس مجرد معاون له كما هي مهمته الأصلية .
وإذا صدر ممن تقرر مساعدته تصرف من التصرفات التي تقرر المساعدة فيها بغير معاونة المساعد وقع هذا التصرف قابلاً للإبطال متى صدر بعد تسجيل الحكم بتقرير المساعدة .

الفرع الثاني

الشخص الاعتباري أو المعنوي

٣٢٣ - تعريف :

الشخص الاعتباري أو المعنوي la personne morale هو جماعة من

الأشخاص يضمهم تكوين يرمي إلى هدف معين ، أو مجموعة من الأموال
ترصد لتحقيق غرض معين ، يخلع القانون عليها الشخصية ، فتكون شخصاً
مستقلاً ومتميزاً عن الأشخاص الذين يساهمون في نشاطها أو يفيدون منها .
كالدولة ، والجمعية ، والشركة ، والمؤسسة .
وسنقسم كلامنا في هذا الموضوع إلى مبحثين ، ندرس في أولها النظرية
العامة للشخصية الاعتبارية ، وندرس في الثاني أنواع الشخص الاعتباري .

المبحث الأول

النظرية العامة للشخصية الاعتبارية

٣٢٤ - تقسيم :

ندرس في هذا المبحث فكرة الشخص الاعتباري وأهميتها وتاريخها ، ثم
طبيعة الشخص الاعتباري ، ثم الشخصية الاعتبارية .

المطلب الأول

فكرة الشخص الاعتباري وأهميتها وتاريخها

٣٢٥ - فكرة الشخص الاعتباري :

يختلف الشخص في نظر القانون عنه في لغة الفلسفة والأخلاق . فالشخص
في لغة الفلسفة والأخلاق كائن إنساني له عقل وإرادة ، أما في نظر القانون
فهو كائن يصلح لوجوب الحقوق له وعليه . ومناطق هذه الصلاحية ما لذلك
الكائن من قيمة اجتماعية تدعو إلى تحقيق مصالح جديرة بالرعاية ، ومن هنا
كان مدلول الشخص في نظر القانون أوسع منه في مجال الفلسفة والأخلاق .

فقد يكون الشخص في نظر القانون جماعة من الأشخاص يضمهم تكوين يرمي إلى هدف معين . وهذه الجماعة ، رغم تكوينها من عدة أشخاص ، تعتبر شخصاً واحداً متميزاً له كيانه المستقل عن الأشخاص الذين يدخلون في تكوينها . فيكون لها ذمة وجنسية واسم وموطن ، وتكسب حقوقاً وتلتزم بواجبات ، وتتقاضى لصالحها بواسطة من يمثلها . فالدولة مثلا تعتبر شخصاً مستقلاً عن شخصية أفراد الشعب ، والجمعية تعتبر شخصاً مستقلاً عن شخصيات الذين يكونونها أو ينضمون إليها أو يفيدون من نشاطها ، والشركة تعتبر شخصاً مستقلاً عن شخصيات الشركاء .

وقد يكون الشخص مجموعة من الأموال ترصد لتحقيق غرض معين . فالمستشفى مثلا أو الملجأ أو المعهد العلمي الذي ينشئه أحد الأشخاص ويرصده لغرض البر أو النفع العام تكون له شخصية يجمع نتائجها القانونية ، وهذه الشخصية تقوم على أساس المال والغرض منه ، فلسنا هنا بصدد جماعات من الأشخاص ، وإنما مجموعات من الأموال . وهذه المجموعات من الأموال يقال لها المؤسسات foundations .

٣٢٦ - أهمية فكرة الشخص الاعتباري :

قدر الشارع أن تكوين جماعات من الأشخاص أو رصد مجموعات من الأموال على النحو الذي قدمناه يؤدي إلى قيام نشاط قانوني يتصل بمصالح عدد كبير من الأفراد يتغيرون من وقت إلى آخر . كما أن طبيعة هذا النشاط والغرض المقصود من ورائه تقتضيان بقاءه على الدوام . ومن ثم كان لا بد من اتخاذ أداة تكفل أن ينسب هذا النشاط إلى ناحية موحدة تضمن له البقاء والاستمرار ، وهذه الأداة هي الشخصية الاعتبارية التي يخلقها القانون على تلك الجماعات من الأشخاص والمجموعات من الأموال .

لقد أصبحت هذه الجماعات من الأشخاص والمجموعات من الأموال إحدى الدعامات الأساسية التي يقوم عليها تقدم المجتمع ورفاهيته . فثمة أعمال

ضخمة تحتاج إلى جهد كبير ومال وفير وزمن طويل . والفرد وحده يقصر مجهوده وماله وعمره عن مواجهة ما تقتضيه هذه الأعمال، أما هذه التكوينات ففيها تتضافر الجهود ويتوافر المال ويمتد الأجل . لها كيائها المستقل ، فلا تتأثر بخروج عضو من أعضائها ولا بموته ولا بإفلاسه، وتكون أموالها متميزة تماماً عن أموال أعضائها أو منشئها ، نظراً إلى ما لها من ذمة مستقلة عن هؤلاء ، ولها أن تقاضي بواسطة من يمثلها ، كما ترفع عليها الدعاوى موجهة إلى من يمثلها ، إلى غير ذلك من نواحي النشاط القانوني التي تتركز في ناحية موحدة مستقلة عن الأشخاص الذين يساهمون في هذا النشاط أو يفيدون منه ، وهذا كله بفضل فكرة الشخصية الاعتبارية . فهي خير أداة من أدوات الصنعة القانونية تكفل الوحدة والاستمرار في النشاط القانوني لهذه التكوينات .

٣٢٧ - تاريخ فكرة الشخص الاعتباري :

عرف القانون الروماني الجماعات، كما عرف المؤسسات في مراحلها الأخيرة، فخلع عليها الشخصية الاعتبارية . ولم يعرف فقه الشريعة الإسلامية الشخصية الاعتبارية كنظرية عامة ، ولكنه تضمن أحكاماً فرعية كثيرة لجماعات من الأشخاص ومجموعات من الأموال تفيد صلاحيتها للوجوب لها وعليها . من ذلك أن بيت المال تجب له الجزية والحراج واللقطة وتركة من لا وارث له ، وتجب عليه نفقة الفقير الذي لا عائل له . وأن الوصية تجوز للمسجد أو المستشفى فيصبح مالكا للمعين الموصى بها . وأن جهة الوقف تملك المال الموقوف وتستدين وتختصم أمام القضاء . وهذا يعني أن الفقه الإسلامي يأخذ بفكرة الشخص الاعتباري، حيث يخلع الشخصية القانونية على مثل هذه التكوينات .

كذلك عرف القانون الفرنسي القديم الجماعات والمؤسسات فأعطاهما الشخصية الاعتبارية .

وقد كانت الأشخاص الاعتبارية في العهود القديمة عموماً تخضع في وجودها

لترخيص من السلطة العامة ، وكان يتوقف مدى حريتها في ذلك على النزعة التي تسود عهداً من العهود .

وفي عهد القانون الفرنسي الحالي كانت الجماعات في أول الأمر خاضعة في تكوينها وفي كسبها للشخصية الاعتبارية لترخيص خاص بذلك . ثم أخذ التطور مجراه حتى أصبح من حق كل جماعة وفقاً لقانون سنة ١٩٠١ أن تتكون دون ترخيص متى توفرت في هذا التكوين شروط خاصة ، وأن تكسب الشخصية القانونية دون ترخيص كذلك متى قامت بإجراءات شهر معينة . والشركات تكسب الشخصية بمقتضى القانون بمجرد تأليفها طبقاً للأوضاع المقررة . أما المؤسسات فلم تظفر بما ظفر به غيرها ، فلا بد لكي توجد وتكسب الشخصية القانونية أن يصدر ترخيص يعترف لها بإنها تقوم بخدمة عامة .

ولم ترد في التقنين المصري القديم نصوص عامة في الشخصية الاعتبارية ، ولكن الشركات اعتبرت أشخاصاً اعتبارية وفقاً لقواعد استخلصت من بعض نصوص التقنين التجاري وتقنين المرافعات القديم^(١) ، كما جرى القضاء المصري على الاعتراف بالشخصية الاعتبارية لكل جمعية منظمة لا ترمي إلى الحصول على ربح مادي^(٢) ، وذلك استناداً إلى المادة ٢١ من دستور سنة ١٩٢٣ التي كانت تنص على أن « للمصريين حق تكوين الجمعيات ، وكيفية استعمال هذا الحق يبينها القانون » . إذ أن تقرير هذا الحق بنص الدستور يجعل الاعتراف بالشخصية الاعتبارية للجمعيات أمراً ضرورياً ، كي تزاوِل الحقوق اللازمة للمحافظة على كيانها . أما المؤسسات فلم يكن يعترف لها القضاء بالشخصية الاعتبارية إلا إذا اتخذت شكل الوقف . والوقف نظام إسلامي له قواعده الخاصة التي لا تجعله يحيط بكل الأغراض والمزايا التي ترجى من وراء المؤسسة بالمعنى المعروف ، ومع ذلك فقد اعترف له القضاء بالشخصية الاعتبارية^(٣) .

(١) المادة ٤١ تجاري والمادتان ٨ و ٣٤ مرافعات قديم .

(٢) استئناف مصر في ٢٥ مايو ١٩٢٥ ، المحاماة ٥ - ٧٥٠ - ٦١٨ . استئناف

مختلط في ٩ فبراير ١٩٢٧ ، مجموعة التشريع للقضاء المختلط ٣٩ ص ٥٤١ .

(٣) نقض مدني ٢٦ أبريل ١٩٣٤ ، مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ٣٧٠ رقم ١٧٥ .

أما التقنين المدني المصري الحالي فقد عنى الشارع في الباب التمهيدي منه بالنص على القواعد العامة التي تحكم الأشخاص الاعتبارية (م ٥٣ مدني) ، كما عدد أنواع هذه الأشخاص (م ٥٢ مدني) ، وفصل الأحكام المتعلقة بالجمعيات والمؤسسات (م ٥٤ - ٨٠ مدني) . حيث اعترف هذا التقنين بالشخصية الاعتبارية لكل من الجمعيات والشركات والمؤسسات والأوقاف بمجرد تكوينها ، متى توفرت في هذا التكوين الشروط المقررة ، وروعت إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون . وبالإضافة إلى ذلك كانت هناك عدة قوانين خاصة تنظم بعض مسائل الجمعيات والمؤسسات . منها ما صدر قبل صدور التقنين المدني ، ومنها ما صدر بعد هذا التقنين .

ثم اتجه الرأي إلى إعادة النظر في الأحكام المتعلقة بالجمعيات والمؤسسات وجمعها في قانون واحد منفصل عن التقنين المدني . فصدر القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة . وقد ألغى هذا القانون المواد من ٥٤ إلى ٨٠ من التقنين المدني كما ألغى عدة قوانين خاصة تنظم بعض مسائل الجمعيات والمؤسسات . وأخيراً ظهرت الحاجة إلى تغيير أحكام هذا القانون ، وذلك في ضوء الظروف الجديدة للمجتمع المصري ، فضلاً عما اقتضاه نظام الإدارة المحلية من تعديلات ، وما أظهره التطبيق العملي من نقص^(١) . فألغى هذا القانون وحل محله القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، وهو القانون المطبق حالياً في القانون المصري في هذا الشأن . وبالإضافة إلى ذلك هناك الأحكام الخاصة ببعض الأشخاص الاعتبارية الأخرى كالشركات والوقف .

ولم ترد في القانون اللبناني نصوص عامة في الشخصية الاعتبارية ، شأنه في ذلك شأن القانون المصري القديم . وإنما جاءت فيه قوانين خاصة في شأن بعض الأشخاص الاعتبارية . ومن أهم هذه القوانين الخاصة قانون الجمعيات

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة .

العثماني الصادر بتاريخ ٢٩ رجب سنة ١٣٢٧ هجرية ، وقانون تصرف الأشخاص المعنويين بالأموال غير المنقولة الصادر بتاريخ ٢٢ ربيع الأول سنة ١٣٣١ هجرية ، وقانون الجمعيات التعاونية الصادر بالمرسوم رقم ١٧١٩٩ في ١٨ آب سنة ١٩٦٤ . وبالإضافة إلى ذلك هناك الأحكام الخاصة بالشركات .

المطلب الثاني

طبيعة الشخص الاعتباري

٣٢٨ - اتجاهات ثلاثة :

اختلف الفقه في طبيعة الشخصية الاعتبارية أو المعنوية . ويدور التساؤل في هذا الخلاف حول معرفة ما إذا كانت الشخصية الاعتبارية هي مجرد صياغة قانونية اتخذت للوصول إلى الغرض المقصود ، أم أن لها أساسها من الحقيقة والواقع . وبعبارة أخرى ، هل تعتبر الأشخاص الاعتبارية أشخاصاً من خلق القانون ، أم أنها اعتبرت كذلك لأنها قد توفرت لها مقومات الشخص القانوني .

وقد تنازعت هذه المسألة ثلاثة اتجاهات في الفقه : الأول يرى أنصاره أن الشخصية الاعتبارية افتراض يخالف الحقيقة . والثاني ينكر أنصاره وجود شخصية قانونية على الإطلاق . والثالث يذهب أنصاره إلى أننا بصدد شخصية حقيقية لا افتراض فيها . وهذا هو الاتجاه السائد .

وقد قيل إن هذا الخلاف الفقهي تترتب عليه نتيجة عملية هامة تتعلق بمدى سلطة الدولة حيال الأشخاص الاعتبارية . فاعتبار الشخص الاعتباري مجرد افتراض من خلق الشارع يؤدي إلى إطلاق سلطة الدولة إزاء الأشخاص الاعتبارية ، حيث لا توجد إلا إذا منحها القانون الشخصية ، وتنتهي إذا سلبها القانون شخصيتها ، ولا تتمتع إلا بالحقوق التي يحددها القانون . أما اعتبار الأشخاص الاعتبارية حقيقة واقعية فمقتضاه أن على الشارع الاعتراف

بهذه الشخصية لكل تكوين توفرت له العناصر اللازمة لثبوت الشخصية .
 والواقع أن تحديد مدى سلطة الدولة حيال الأشخاص الاعتبارية لا
 يرجع إلى طبيعة هذه الأشخاص ، وإنما يقوم على مدى الدور الذي تضطلع
 به الدولة ، وذلك بحسب ما إذا كان المذهب الذي يسود المجتمع هو المذهب
 الفردي أو المذهب الاشتراكي . ففي النظام الاشتراكي تظهر الأهمية البالغة
 لما تقوم به الدولة في سبيل حماية الشعب من التحكم والاستغلال ، حيث
 يزداد تدخلها في نشاط الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري على حد سواء
 بغية تحقيق هذه الحماية . فأياً كانت الطبيعة التي نسبها على الشخص الاعتباري
 أو التكيف الذي تخضعه عليه ، فإن للدولة أن تقيد الاعتراف به أو تحد
 من نشاطه على نحو معين إذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك .
 وسنعرض فيما يلي للاتجاهات الثلاثة التي أشرنا إليها في هذا الشأن ، ثم
 ننتهي إلى حقيقة الشخصية الاعتبارية .

٣٢٩ - الاتجاه الأول : نظرية الشخصية الافتراضية :

ذهب فريق من الفقهاء إلى أن الشخص الاعتباري هو مجرد افتراض
 قانوني يخالف الحقيقة ، فهو كائن خيالي خلقته إرادة الشارع وأسبغت عليه
 الشخصية القانونية . فعند هؤلاء أن الشخص الحقيقي هو الشخص الآدمي
 فحسب ، لأن الحقوق ليست سوى سلطة إرادية ، والإرادة لا تكون إلا
 للإنسان . فإذا خلع القانون الشخصية على كائن غير الإنسان كان ذلك من
 طريق الافتراض لا على أساس الحقيقة (١) .

وقد سادت هذه النظرية في فرنسا وقتاً طويلاً . ولكن يعيبها أمران :
 الأول أنها تخلط بين معنى الشخص في نظر القانون ومعناه في لغة الفلسفة

(١) أشهر من قال بهذا الرأي هو سافيني Savigny . وقد بسط رأيه هذا في كتاب
 القانون الروماني ج ٢ ص ٢٢٣ وما بعدها .

والأخلاق . وقد رأينا أن المعنيين يختلفان . فالشخص في مجال الفلسفة والأخلاق كائن إنساني له عقل وإرادة ، أما في نظر القانون فهو كائن اجتماعي يصلح للوجوب له وعليه^(١) . والثاني أنها تعتبر الحق سلطة إرادية . فقد رأينا أن القدرة الإرادية ليست هي جوهر الحق ، وإنما تلزم غالباً لمباشرة^(٢) . فإذا راعينا المعنى الصحيح للشخص في نظر القانون ، وتبيننا أن القدرة الإرادية ليست هي جوهر الحق ، أتضح لنا أن الاعتراف بالشخصية الاعتبارية لا ينطوي على أي افتراض .

٣٣٠ - الاتجاه الثاني : إنكار الشخصية :

وذهب آخرون إلى إنكار وجود شخصية قانونية لما يسمى بالشخص الاعتباري . فهم يرون الاستغناء عن الفكرة الافتراضية للشخص الاعتباري لكي تحمل محلها فكرة أخرى واقعية . وهم في هذا فريقان :

(١) نظرية ذمة التخصيص أو ذمة الغرض : حيث يذهب فريق من هؤلاء إلى القول بنظرية ذمة التخصيص أو ذمة الغرض التي عرضنا لها من قبل . وهي تقوم على اعتبار الإنسان هو وحده الشخص الحقيقي في نظر القانون ، وأن الشخص الاعتباري ليس إلا مجرد افتراض يخالف الواقع . ولذلك يرى أنصارها وجوب الاستغناء عن فكرة الشخص الاعتباري والوقوف عند الغرض المقصود من قيام جماعة من الأشخاص أو رصد مجموعة من الأموال . فالغاية العملية من الأخذ بفكرة الشخص الاعتباري هي أن يوجد مركز تستند إليه الحقوق والالتزامات التي تتعلق بنشاط هذه التكوينات بحيث تكون ذمة مستقلة عن أعضائها أو المنتفعين بها ، ويجب لبلوغ تلك الغاية أن نسلم بأن هذه الحقوق والالتزامات تكون ذمة مستقلة تجمع بين عناصرها المختلفة وحدة

(١) أنظر فيما تقدم فقرة ٢٢٥ .

(٢) أنظر فيما تقدم فقرة ٢٢٠ .

الفرض الذي خصصت له دون أن تستند في وجودها إلى شخص ما .
ويعيب هذه النظرية كذلك أنها تخلط بين معنى الشخص في نظر القانون
ومعناه في لغة الفلسفة والأخلاق . وقد سبق أن لاحظنا عليها أنها تتعارض
مع ما هو مسلم في القوانين الحديثة بوجه عام من أن الحقوق والالتزامات
لا توجد إلا مستندة إلى شخص . كما أن نظرية الشخصية الاعتبارية تفضلها
من حيث استيعابها لكل ألوان النشاط التي تسمح بها طبيعة الشخص
الاعتباري ، سواء كان هذا النشاط مالياً أو غير مالي^(١) .

(٢) نظرية الملكية المشتركة : ويذهب فريق آخر من هؤلاء إلى القول
بنظرية الملكية المشتركة أو الجماعية . وهي تقوم كسابقها على اعتبار الإنسان
هو وحده الشخص الحقيقي في نظر القانون ، وأن إعطاء الشخصية لغيره من
التكوينات الاجتماعية مجرد افتراض لا جدوى منه . فالوضع عند أصحاب
هذه النظرية يتكشف في حقيقته عن نوع من الملكية ، هي الملكية المشتركة
التي لا تخضع لنظام الملكية الفردية . فليس هناك شخص حتى ولو بطريقة
افتراضية ، وإنما هناك مال مشترك بملوك لمجموع من الأفراد . وكل فرد من
هؤلاء لا يمكنه أن ينفرد بالتعامل في هذا المال كما هي الحال في الملكية الفردية ،
مفرزة كانت أو شائعة ، وإنما يتعامل في شأنه بالاتفاق مع الآخرين ، أي
أن مجموع الأفراد هو الذي يملك هذا المال ويتعامل فيه^(٢) .

وهذه النظرية معيبة من وجوه : فيؤخذ عليها ما لوحظ على سابقها من
أنها تعتبر الإنسان هو وحده الشخص الحقيقي في نظر القانون . كما أنها نظرية
قاصرة ، إذ ترى في الشخص الاعتباري دائماً جماعة من الأفراد تنسب إليهم
الملكية المشتركة ، مع أنه قد يكون مجموعة من الأموال . يضاف إلى ذلك

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٢٧٧ .

(٢) أول من قال بهذه النظرية هو العلامة الألماني إهرنج Ihernig في كتابه روح القانون
الروماني ج ٤ ص ٦٣٠ . وقال بها كذلك بلانيول ، القانون المدني الفرنسي ج ١ ، الطبعة السادسة
فقرة ٣٠٠٧ وما بعدها .

أنها تهتم في نظرتها إلى الشخص الاعتباري بالمال وحده ، مع أن الدولة وهي أهم أشخاص القانون العام لا يميزها بصفة أساسية إلا ما لها من حقوق السلطة وما تسمى اليه من أغراض غير مادية ، بل إن هناك من أشخاص القانون الخاص من يسعى إلى تحقيق أغراضه بوسائل غير مادية كالجمعيات العلمية والفنية .
وقضلا عن كل هذا فإن ما تقول به النظرية من نسبة الملكية المشتركة إلى مجموع الأفراد ككل مستقل عن أي فرد منهم إنما هو بعينه فكرة الشخصية الاعتبارية التي تنكرها هذه النظرية .

٣٣١ - الاتجاه الثالث : الشخصية الحقيقية :

أما جمهور الفقه الحديث فيرى في الشخصية الاعتبارية حقيقة واقعية لا افتراض فيها . ولكن أنصار هذه النظرية يختلفون فيما بينهم حول بيان الأساس الذي تقوم عليه هذه الشخصية . فهناك ثلاثة مذاهب في هذا الشأن :
(١) المذهب الأول يصور الشخصية الاعتبارية على نسق الشخصية الطبيعية للإنسان ، حيث يوجد نظريتان في هذا المعنى :
الأولى هي النظرية العضوية . ويرى أنصارها أن الشخص الاعتباري يتفق في تكوينه مع الشخص الطبيعي ، فكل منها يتكون من تجمع خلايا متعددة ، وخلايا الشخص الاعتباري هم الأفراد الذين يدخلون في تكوينه .
ومن الواضح أن هذا تصوير مجازي يخالف الحقيقة والواقع .

والثانية هي نظرية الإرادة . ويرتكز أنصارها في تشبيه الشخص الاعتباري بالشخص الطبيعي على اعتبار أن الحق سلطة إرادية . فهم يرون أن الشخص الاعتباري شخص حقيقي له إرادته المشتركة الخاصة به التي يعبر عنها مديروه والتي تغاير الإرادات الفردية لأعضائه ، وله نشاطه المتميز عن النشاط الشخصي لهؤلاء الأعضاء . وعلى الشارع أن يعطي الشخصية لكل

بمجموع صالح لأن تكون له إرادته الخاصة ولأن يحمي مصالحه الخاصة (١) .
ويؤخذ على هذه النظرية أنها تركز على اعتبار أن الحق سلطة إرادية ،
مع أن القدرة الإرادية ليست هي جوهر الحق كما فصلنا فيما تقدم . هذا إلى
أن فكرة الإرادة المشتركة فكرة غير محددة ، وقد دفع إليها الخلط بين
معنى الشخص في نظر القانون ومعناه في مجال الفلسفة والأخلاق .

(٢) والمذهب الثاني يقول بنظرية المصلحة . ويرتكز أنصارها في تشبيه
الشخص الاعتباري بالشخص الطبيعي على اعتبار أن الحق مصلحة يحميها
القانون . فهم يرون أن أساس الشخصية هنا هي المصلحة المشتركة أو الجماعية
التي تتميز عن المصالح الفردية . إذ أن المصلحة هي جوهر الحق ، ومتى
وجدت كانت هناك حقوق ، وبالتالي كان على الشارع أن يعطي الشخصية
القانونية لأصحاب هذه المصلحة (٢) .

ويلاحظ على هذه النظرية ما سبق أن ذكرناه من أن المصلحة ليست هي
جوهر الحق ، وإنما هي الغاية أو الهدف المقصود منه (٣) . كما أن الربط بين
الشخصية والمصلحة يؤدي من الناحية المنطقية إلى أن الشخصية لا تثبت
لجماعات الأفراد أو مجموعات الأموال ككل مستقل ، ولكن للأفراد الذين
يكونون هذه الجماعات أو ينتفعون بهذه المجموعات ، وبذلك يفتقد الاعتراف
بالشخصية لهذه الجماعات أو المجموعات ككل مستقل مجرد إفتراض لا يتفق
مع الواقع .

(٣) والمذهب الثالث يقول بنظرية النظام القانوني institution التي
تؤدي إلى اعتبار الشخص الاعتباري شخصاً حقيقياً . وصاحبها هو الأستاذ

(١) قال بهذه النظرية الفقهاء الألمان جييريك وجلينك وزيتلمان . أنظر عرض هذا الرأي
في : ميشو ، نظرية الشخصية المعنوية وتطبيقها في القانون الفرنسي الطبعة الثالثة ، القسم الأول
فقرة ١ وما بعدها ، والقسم الثاني فقرة ١٦٧ وما بعدها .

(٢) قال بهذه النظرية ميشو ، المرجع السابق القسم الأول ، فقرة ٥ ، وما بعدها .

(٣) انظر فيما تقدم فقرة ٢٢٠ .

هريو ، وهو علم من أعلام القانون العام . ويسوق هذا الفقيه الفرنسي نظريته كـنظرية عامة لا تقتصر على بيان طبيعة الشخص الاعتباري ، وإنما تفسر الظواهر الاجتماعية بصفة عامة . فعنده أن مقومات النظام القانوني هي أن يوجد تنظيم يراد به الوصول الى غرض معين ، وأن يكون هناك أشخاص يستفيدون من وراء ذلك ، وأن يتخذ هذا التنظيم مظهراً خارجياً تم عنه الأفكار المشتركة للأعضاء الذين يهيمنون عليه . وهو حيناً يطبق فكرته على الشخص الاعتباري يراه ظاهرة اجتماعية حقيقية كغيره من الظواهر الاجتماعية الأخرى . فالشخص الاعتباري كائن اجتماعي له حياته القانونية الخاصة ، ومن ثم تكون شخصيته شخصية حقيقية .

ويلاحظ على هذه النظرية أنها نظرية يحوطها الغموض ، كما أن معيار الشخصية الاعتبارية فيها يفتقر إلى التحديد .

٣٣٢ - حقيقة الشخصية الاعتبارية :

مهما يكن من أمر الآراء التي بسطناها ، فالواقع أن الشخصية الاعتبارية تمثل حقيقة واقعية اجتماعية كان على الشارع أن يسلم بها ، فأصبحت حقيقة قانونية لا مجال فيها للافتراض . وإذا كان الشخص الاعتباري يختلف في تكوينه عن الشخص الطبيعي فإن هذا لا يعني القانون في قليل أو كثير . فقد رأينا أن للشخص في نظر القانون معنى يختلف عن معناه في نطاق الفلسفة والأخلاق . وقد كان الخلط بين هذين المعنيين من ناحية ، واعتبار الحق سلطة إرادية أو مصلحة من ناحية أخرى ، هما الأساسان اللذان تقوم عليهما معظم النظريات التي ظهرت في هذا الشأن . وقد وضع لنا أن أياً من القدرة الإرادية أو المصلحة لا يعتبر جوهر الحق . كما تبين لنا أن الشخص في نظر القانون هو كل كائن توفرت له قيمة اجتماعية بحيث يكون صالحاً لأن تثبت له حقوق وتقع عليه واجبات .

ولكن الشخص الاعتباري لا يعتبر كائناً توفرت له هذه الصلاحية إلا إذا

توفرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون ، أي توافرت له مقومات الشخص الاعتباري . ومعنى ذلك أن يكون هناك جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال ، وغرض يراد تحقيقه ، وتنظيم يكفل بلوغ هذا الغرض .

المطلب الثالث

الشخصية الاعتبارية

٣٣٣ - بيان :

نتناول في كلامنا عن الشخصية الاعتبارية النقاط ذاتها التي عرضنا لها في دراستنا للشخص الطبيعي . حيث نتبين أولاً حدود الشخصية الاعتبارية ، وذلك كي نقف على مدى أهلية الوجوب لدى الشخص الاعتباري ، أي مدى صلاحيته لكسب الحقوق والتحمل بالواجبات . ثم نتناول مدة الشخصية الاعتبارية ، أي كيف تكسب ومتى تنتهي . ثم ندرس خصائص الشخصية الاعتبارية ، وهي الذمة المالية والحالة والاسم والموطن . وأخيراً نعرض لأهلية الأداء لدى الشخص الاعتباري .

أولاً : حدود الشخصية الاعتبارية

٣٣٤ - مدى أهلية الوجوب لدى الشخص الاعتباري :

فرقنا فيما تقدم بين الشخصية وأهلية الوجوب . فكلتاها صلاحية تتوفر للشخص لكسب الحقوق وتحمل الواجبات . ولكنهما تختلفان في أن الشخصية تعبير عن وصف مجرد لا يقبل النقصان ، فهي تثبت للشخص ولو لم يكن صالحاً إلا لكسب حق واحد ، بينما أهلية الوجوب تعبير عن مدى ما يتوفر

للشخص من صلاحية في هذا الخصوص . فبقدر ما يستطيع الشخص أن يكسبه من حقوق أو يتحمل به من واجبات تكون أهلية الوجوب لديه . ومن الواضح في ضوء هذه التفرقة أن الشخص الاعتباري لا يختلف عن الشخص الطبيعي من حيث ثبوت الشخصية القانونية ، فكل منهما تتوفر له الصلاحية لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات . ولكنها يختلفان في مدى هذه الصلاحية ، أي أنها يختلفان في مدى أهلية الوجوب لدى كل منهما . فأهلية الوجوب لدى الشخص الاعتباري أضيق نطاقاً منها لدى الشخص الطبيعي . ويرجع ذلك إلى اعتبارين : الأول هو طبيعة الشخص الاعتباري ، إذ أنه ليس إنساناً . والثاني هو الغرض الذي من أجله وجد الشخص الاعتباري ، إذ أن هذا الغرض يقضي بمراعاة مبدأ التخصص . فهذان قيدان يردان على أهلية الوجوب لدى الشخص الاعتباري تتكلم عنهما فيما يلي :

٣٣٥ - (١) الحقوق والالتزامات الملازمة لطبيعة الانسان :

نظراً إلى أن الشخص الاعتباري ليس إنساناً فلا تثبت له وعليه الحقوق والالتزامات الملازمة لصفة الإنسان الطبيعية ، وإنما تثبت فحسب تلك الحقوق والالتزامات التي تسمح بها طبيعته . وقد نصت على ذلك المادة ٥٣ من التقنين المدني المصري فقالت إن « الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية ، وذلك في الحدود التي قررها القانون » .

فطبيعة الشخص الاعتباري لا تقبل أن تكون له حقوق أسرة . كذلك لا تسمح هذه الطبيعة بأن تثبت للشخص الاعتباري حقوق الشخصية التي تهدف إلى حماية الكيان المادي للشخص كالحق في سلامة الجسم . أما حقوق الشخصية التي تتعلق بالكيان الأدبي للشخص فإن طبيعة الشخص الاعتباري لا تأبى

ثبوتها له ، حيث يكون له الحق في سمعته والحق في اسمه .

وقد اختلف في شأن الحق الأدبي للمؤلف على مصنفه ، وهو من حقوق الشخصية التي تتعلق بالكيان الأدبي للشخص . ومن الواضح بحكم طبيعة الأشياء أن يكون المعول عليه في ثبوت وصف المؤلف لشخص معين هو مساهمة هذا الشخص فعلاً في خلق ذهني جديد ، ولا يتصور أن تتحقق هذه المساهمة إلا من جانب الإنسان ، إذ أنه الكائن الذي له عقل بحيث يمكن أن يكون له نتاج ذهني . ومقتضى هذا أن تتجافى طبيعة الشخص الاعتباري عن أن يكون له الحق الأدبي للمؤلف . ومع ذلك فقد رأينا أن الشارع المصري ، مراعاة لاعتبارات عملية ، يعتبر الشخص الاعتباري الذي وجه ابتكار المصنف الجماعي مؤلفاً فيخوله وحده الحق في مباشرة حقوق المؤلف على هذا المصنف (م ٢٧ من قانون حق المؤلف المصري) . ويراد بهذا المصنف ذلك الذي يشترك في وضعه شخصان أو أكثر بناء على تكليف من شخص آخر طبيعي أو اعتباري تحقيقاً لهدف معين يقصد إليه هذا الأخير ، بحيث يظهر المصنف باسمه وينشر تحت إدارته ولا يمكن فصل نصيب كل من المشتركين فيه وتمييزه على حدة^(١) .

ويرى البعض أن الحقوق السياسية لا تثبت للشخص الاعتباري ، لأنها تعتبر من الحقوق الملازمة لصفة الإنسان الطبيعية . ولكن الواقع أن طبيعة هذه الحقوق لا تحتم قصرها على الإنسان ، إذ هي تهدف إلى تمكين الشخص من أن يساهم في إدارة شئون بلده ، وكما تتحقق هذه المساهمة من جانب الفرد ، فإنه يتصور كذلك أن تكون من جانب بعض الكائنات المكونة من جماعات من الأشخاص . ولذلك فإن القوانين في بعض البلاد تعترف ببعض الحقوق السياسية لفريق من الأشخاص الاعتبارية .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٢٥٥ .

وقد عنى الشارع المصري بالنص في الفقرة الثالثة من المادة ٥٣ مدني على أن للشخص الاعتباري « حق التقاضي » ، إذ أن ثبوته مما تسمح به طبيعة الشخص الاعتباري . فيجوز أن يكون الشخص الاعتباري طرفاً في دعوى ، سواء كان مدعياً أو مدعى عليه . وتعلن الأوراق القضائية منه أو إليه في شخص من يمثله .

٣٣٦ - (٢) مبدأ التخصص :

يحد هذا المبدأ كذلك من أهلية الوجوب لدى الشخص الاعتباري . فالأصل بالنسبة إلى الشخص الطبيعي أن يباشر نشاطه في أي مجال يروق له ، فهو غير مقيد في سعيه في الحياة بأهداف معينة ما دام لا يخالف النظام العام أو الآداب ، حيث تتوفر له الصلاحية لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات عامة دون تحديد . أما الشخص الاعتباري فإنه يوجد لتحقيق غرض معين يتحدد بحسب ماله من قيمة اجتماعية ، ومن ثم ينحصر نشاطه في الحدود التي يقتضيها الغرض الذي وجد من أجله ، فلا يكون صالحاً لكسب حقوق أو تحمل التزامات إلا بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض . وهذا هو ما يراد بمبدأ التخصص ، وهو مبدأ عام يشمل كل أنواع الشخص الاعتباري .

وقد أورد الشارع المصري هذا المبدأ باعتباره مبدأ عاماً يسري على كل أنواع الشخص الاعتباري ، فنصت المادة ٢/٥٣ ب من التقنين المدني المصري على أن للشخص الاعتباري « أهلية في الحدود التي يعينها سند انشائه ، أو التي يقررها القانون » . إذ أن الغرض الذي وجد من أجله الشخص الاعتباري يتحدد بموجب سند انشائه من ناحية^(١) ، وبمقتضى أحكام القانون من ناحية أخرى . كما أورد الشارع المصري تطبيقات لهذا المبدأ تضمنها قانون الجمعيات

(١) أنظر في ذلك بالنسبة إلى الجمعيات المادة ١٢/٣ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة المصري رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ . وانظر بالنسبة إلى المؤسسات الخاصة المادة ٢/٢٠ ب من هذا القانون .

والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ ، سواء بالنسبة إلى الجمعيات (م ١٩ و ٥٧ و ٣/٩٢)^(١) أو المؤسسات (م ٢/٧٠ ب و ٧٩ و ٣/٩٢) . كذلك أورد الشارع اللبناني تطبيقات لهذا المبدأ تضمنها قانون الجمعيات العمومية (م ٨/٨ ثالثاً)^(٢) ، وقانون الجمعيات التعاونية (م ٧)^(٣) .

ثانياً : كسب الشخصية الاعتبارية وانتهائها

٣٣٧ - كسب الشخصية الاعتبارية :

إذا كان الشخص الاعتباري حقيقة اجتماعية يسلم بها الشارع ، فإنه في الوقت ذاته حقيقة قانونية تجعل كسب الشخصية الاعتبارية رهيناً بإرادة الشارع . فهو باعتباره كائناً اجتماعياً يختلف في تكوينه عن الشخص الطبيعي ، ولهذا قلنا إنه يجب ان تتوفر له مقومات الشخص الاعتباري . وعلى أساس هذه المقومات تتحدد قيمته الاجتماعية ويكون اعتراف الشارع به . فالشارع هو الذي يقدر مدى حاجة المجتمع إلى الاعتراف لكائن من هذا القبيل بالشخصية القانونية .

(١) نصت المادة ١٩ من هذا القانون على أنه «على الجمعية أن تنفق أموالها فيما يحقق أغراضها» . ونصت المادة ٥٧ على أنه «يجوز حل الجمعية بقرار مسبب من وزير الشؤون الاجتماعية بعد أخذ رأي الأئمة المختص إذا تصرفت في أموالها في غير الأوجه المحددة لها طبقاً لأغراضها» . ونصت المادة ٣/٩٢ على عقوبة توقع على «كل من باشر نشاطاً للجمعية أو المؤسسة يمازج الغرض الذي انشئت من أجله أو أنفق أموالها فيما لا يحقق هذا الغرض أو دخل بأموالها في مضاربات مالية» .

(٢) نصت هذه المادة على أن للجمعية التصرف في الأموال غير المنقولة اللازمة لاجراء الغرض المقصود ، وذلك وفقاً لنظامها الخاص ، ويمنع عليها أن تتصرف فيما سوى ذلك من الاموال غير المنقولة .

(٣) نصت هذه المادة على أنه يحق للجمعيات التعاونية أن تملك الأموال المنقولة وغير المنقولة وأن تتعاقد مع الغير ، وذلك لتحقيق غايتها المحددة في نظامها الداخلي .

ويكون هذا الاعتراف من جانب الشارع بأحد طريقتين : الأول هو الاعتراف العام ، والثاني هو الاعتراف الخاص .

ويتحقق الاعتراف العام بالنسبة إلى نماذج معينة من جماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال . حيث يضع الشارع الشروط الواجب توافرها في هذه التكوينات الاجتماعية ، بحيث يؤدي توافر هذه الشروط إلى أن تكسب جماعة الأشخاص أو مجموعة الأموال الشخصية الاعتبارية بحكم القانون دون حاجة إلى إذن خاص .

أما الاعتراف الخاص فيقتضي أن يصدر من الشارع إذن خاص يمنح الشخصية الاعتبارية لكل جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال عند تكوين كل منها على حدة .

وقد اتخذ الشارع المصري الطريقتين معاً ، على اعتبار ان الاعتراف العام هو الأصل ، والاعتراف الخاص هو الاستثناء .

فالأصل في القانون المصري هو الاعتراف العام . وهو يشمل في نطاق القانون العام الدولة ، وكذلك المحافظات والمدن والقرى . أما المنشآت أو المؤسسات العامة ، وكذلك الهيئات والطوائف الدينية ، فلا تكسب الشخصية الاعتبارية إلا بمقتضى اعتراف خاص . ويشمل الاعتراف العام في نطاق القانون الخاص الأوقاف والشركات ، وكذلك الجمعيات والمؤسسات الخاصة واتحاداتها (م ٥٢ مدني والمادة الأولى من قانون الإصدار الخاص بقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) .

وإذا كان هذا هو الأصل العام في القانون المصري فقد قدر الشارع أنه قد تنشأ في المستقبل جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال لا تندرج تحت صورة من الصور التي أحصاها القانون وتدعو الحاجة إلى الاعتراف لها بالشخصية الاعتبارية . ولذلك نص على أن مثل هذا التكوين تثبت له الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص خاص (م ٥٢ مدني) ، أي بمقتضى اعتراف خاص . وفي القانون اللبناني يستخلص كذلك من نصوص القوانين الخاصة الواردة

فيه ان الاعتراف العام هو الأصل^(١) ، والاعتراف الخاص هو الاستثناء .

٣٣٨ - انتهاء الشخصية الاعتبارية :

تختلف الأسباب التي تنتهي بها الشخصية الاعتبارية بحسب الظروف من ناحية ، ونوع الشخص الاعتباري من ناحية أخرى .

فقد تنتهي الشخصية الاعتبارية بطريقة طبيعية . حيث تنتهي الشخصية بانقضاء الأجل المحدد للشخص الاعتباري إذا وجد مثل هذا التحديد ، كما لو أنشئت شركة أو جمعية لمدة معينة . كذلك تنتهي الشخصية بتحقيق الغرض الذي قام الشخص الاعتباري من أجله ، أو إذا أصبح تحقيق هذا الغرض مستحيلًا . كما تنتهي الشخصية بموت جميع الأفراد من أعضاء الشخص الاعتباري إذا كان جماعة من الأشخاص ، أو بانقراض جميع المنتفعين منه إذا كان مجموعة من الأموال ، أو بانخفاض عدد أعضائه إلى أقل من الحد الأدنى الواجب توافره^(٢) .

وقد تنتهي الشخصية بطريقة اختيارية . وذلك إذا كان الشخص الاعتباري جماعة من الأشخاص وأجمع كل أعضائه على حله ، أو قررت ذلك الأغلبية التي تملك سلطة الحل .

وقد تنتهي الشخصية بطريقة إجبارية ، وذلك بمقتضى عمل من جانب الدولة . وهذا الإنهاء قد يتم من جانب السلطة التشريعية ، بأن تلغي طائفة

(١) انظر تعداد الاشخاص الاعتبارية الواردة في قانون تصرف الاشخاص المعنوية في الاموال غير المنقولة ، وكذلك م ٢ من قانون الجمعيات العمومية ، و م ٧ من قانون الجمعيات التعاونية .
(٢) لا يجوز في القانون المصري ان يقل عدد الشركاء في شركات المساهمة عن سبعة . ولا يجوز ان يقل عدد اعضاء الجمعية ، اذا كانوا اشخاصاً طبيعيين ، عن عشرة (المادة الاولى من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) .

ولا يجوز في القانون اللبناني ان يقل عدد المؤسسين للشركة المغفلة عن ثلاثة (م ٧٩ تجاري) .
ولا يجوز ان يقل عدد اعضاء الجمعية التعاونية عن عشرة (م ١٠ من قانون الجمعيات التعاونية) .

معينة من طوائف الشخص الاعتباري بوجه عام (١) ، أو بأن تلغى شخصاً اعتبارياً معيناً كسب شخصيته من طريق هذه السلطة . وقد يكون الإنهاء من السلطة القضائية بمقتضى حكم يصدر من المحكمة المختصة بحل شخص اعتباري معين لسبب من الأسباب التي يقررها القانون . وقد تتولى السلطة التنفيذية الإنهاء بمقتضى قرار يصدر من الجهة الإدارية المختصة بحل شخص اعتباري معين في الأحوال التي يحددها القانون ، كما هي الحال بالنسبة إلى الجمعيات (٢) .

وإذا كان انتهاء الشخص الاعتباري يقصد منه إلى حلول شخص آخر محله فان هذا الأخير يخلف الشخص الذي انتهى في حقوقه والتزاماته ، حيث تكون هذه الخلافة قد تمت بطريق الحوالة . وذلك كما في حالة إدماج شركة في أخرى ، أو إدماج جمعية أو مؤسسة في أخرى (م ٢٩ و ٨١ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة المصري) . أما إذا كان هذا الانتهاء كاملاً فإن الأمر يقتضي تصفية حقوق الشخص الاعتباري والتزاماته ، وفي هذه الحالة تظل الشخصية قائمة بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تتم هذه التصفية . وقد نص القانون على ذلك بالنسبة إلى الشركات (م ٥٣٣ مدني مصري وم ٦٩ تجاري لبناني) . ولكنه مبدأ عام ينطبق بطريق القياس على غير الشركات من الأشخاص الاعتبارية .

(١) مثل ذلك الغاء نظام الوقف على غير الخيرات في القانون المصري بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

(٢) انظر في القانون المصري م ٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة . وانظر في القانون اللبناني م ١٢ و ١٤ من قانون الجمعيات العثمانية ، و م ٤٩ من قانون الجمعيات التعاونية .

ثالثاً - خصائص الشخصية الاعتبارية

٣٣٩ - ذمة الشخص الاعتباري :

يترتب على أن للشخص الاعتباري شخصية قانونية تميزه عن شخصية أعضائه أو مؤسسيه أن تكون له ذمة مالية مستقلة عن الذمم الخاصة لهؤلاء. وقد نصت على ذلك المادة ٥٣ فقرة ثانية بند ١ من التقنين المدني المصري فقالت إن للشخص الاعتباري « ذمة مالية مستقلة ». ومقتضى هذا أن حقوق الشخص الاعتباري لا تضمن سوى ديونه ، كما أن ديونه لا يضمنها سوى حقوقه . فلا يجوز لدائني الأعضاء أو المؤسسين التنفيذ بديونهم على أموال الشخص الاعتباري لأنها ليست أموال مدينيهم ، كما لا يجوز لدائني الشخص الاعتباري التنفيذ على الأموال الخاصة للأعضاء أو المؤسسين .

غير أنه استثناء من هذه القاعدة فيما يتعلق بديون الشخص الاعتباري هناك بعض الأشخاص الاعتبارية تكون ديونها مضمونة بأموالها وكذلك الأموال الخاصة لأعضائها . وهذه هي الشركات المدنية وشركات التضامن وشركات التوكية بالنسبة إلى الشركاء المتضامنين فيها ، حيث يسأل الشركاء في الشركات المدنية وكذلك الشركاء المتضامنون عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة . وليس معنى ذلك أن ذمم الشركاء تختلط بذمة الشركة في هذه الحالة ، فلشركة ذمتها المستقلة ، وإنما حقيقة الوضع أن الشركاء يعتبرون ضامنين لديون الشركة نظراً إلى الاعتبار الشخصي الملحوظ في هذه الطائفة من الشركات ، إذ أنها تقوم على الثقة في أشخاص أعضائها ، وليس من شأن الضمان أن يؤدي إلى اختلاط ذمة الضامن بذمة المضمون . لكن ليس لدائني الشركاء التنفيذ على أموال الشركة .

٣٤٠ - حالة الشخص الاعتباري :

رأينا أن عناصر الحالة بالنسبة إلى الشخص الطبيعي هي الجنسية والأسرة

وأحياناً الدين . وليس للشخص الاعتباري ، بحكم طبيعته ، أسرة ولا دين . وإذا كانت بعض الدساتير تنص على دين معين للدولة ، كما هي الحال في الدستور المصري (١) ، فإن هذا لا يعني أن للدولة عقيدة دينية كالأفراد ، وإنما يقصد بمثل هذا النص إعلان أن هذا الدين هو دين الأغلبية من أفراد الشعب ، بحيث يراعي الشارع فيما يضعه من قوانين ألا تتعارض مع مبادئ هذا الدين ، كما تتخذ الدولة من أعياده أعياداً لها .

إنما تكون للشخص الاعتباري جنسية ، وإن كانت هذه الجنسية تخضع لأحكام تختلف عن أحكام جنسية الشخص الطبيعي بسبب اختلاف الشخصين في الطبيعة والتكوين . وقد ذهب فريق من الفقه إلى إنكار ثبوت الجنسية للشخص الاعتباري بحجة أن الجنسية رابطة قانونية وسياسية بين الدولة والفرد ، بحيث يتحدد بها عنصر الشعب في الدولة وتقوم على ما بين الفرد ووطنه من روابط عاطفية ونفسية ، وهو ما لا يتصور توافره إلا بالنسبة إلى الإنسان . ويلاحظ على هذا الرأي أنه يقوم على افتراض أن خصائص الشخص الطبيعي لا تثبت للشخص الاعتباري إلا بذات العناصر والحدود ، مع أن الاختلاف بين الشخصين في الطبيعة والتكوين يؤدي بحكم طبيعة الأشياء إلى تباين الخصائص التي تتوفر لكل منها في عناصرها وحدودها ، ولهذا قلنا إن جنسية الشخص الاعتباري تخضع لأحكام تختلف عن تلك التي تخضع لها جنسية الشخص الطبيعي . والواقع أنه رغم هذا الاختلاف بين جنسية الشخص الاعتباري وجنسية الشخص الطبيعي في الأحكام فإن الجنسيتين تقومان على فكرة واحدة ، هي وجود رابطة تبعية بين الشخص والدولة . ولا يجادل أحد في ضرورة قيام هذه الرابطة بين الشخص الاعتباري ودولة معينة تحكم بقوانينها نظامه ونشاطه وما يتمتع به من حقوق ، وبذلك ينحصر الخلاف في التسمية التي تعطي لهذه الرابطة . وهذه الرابطة هي الجنسية مع

(١) تنص المادة الخامسة من الدستور على أن الإسلام دين الدولة .

مراعاة الاختلاف في الأحكام بينها وبين جنسية الشخص الطبيعي .

وقد ذهب بعض الفقه في هذا الخصوص إلى الفصل بين التبعية القانونية والتبعية السياسية . فأقام التبعية القانونية على أساس مركز الإدارة الرئيسي الفعلي للشخص الاعتباري ، وأقام التبعية السياسية على أساس السيطرة الفعلية على الشخص الاعتباري . ففي منطق هذا الرأي قد تكون التبعية القانونية لدولة معينة يخضع الشخص الاعتباري لقوانينها لوجود مركز إدارته الرئيسي الفعلي في إقليمها ، وتكون التبعية السياسية لدولة أخرى إذا كانت السيطرة الفعلية عليه لأفراد من الأجانب فلا يتمتع بذات الحقوق التي يتمتع بها الوطنيون . ويؤخذ على هذا الرأي أنه يقيم جنسية الشخص الاعتباري على أساس معيار مزدوج ، مع أنه يجدر الوقوف عند معيار واحد تتحدد به جنسية الشخص الاعتباري على أساس تبعيته القانونية والسياسية على السواء ، بصرف النظر عن جنسية أعضائه أو المسيطرين عليه . ولا يعني الأخذ بهذا المعيار الموحد التفاضلي عن فكرة السيطرة على الشخص الاعتباري من جهة أجنبية ، ففي وسع الشارع أن يراعي هذه الفكرة فيحدد من الحقوق التي يتمتع بها الشخص الاعتباري رغم ثبوت الجنسية الوطنية له إذا كان خاضعاً لتوجيه أجنبي ، وذلك في الظروف الاستثنائية التي يكون فيها مثل هذا التوجيه خطراً على الصالح الوطني ، كما يحصل في أثناء الحرب .

وطبقاً للمعيار السائد في اغلب الشرائع، وهو المعيار الذي أخذ به الشارع المصري ، تتحدد جنسية الشخص الاعتباري تبعاً للدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الرئيسي الفعلي ، فتمتد الخشذ الشخص الاعتباري بلداً معيناً مركزاً لإدارته تثبت له جنسية هذا البلد . وتظهر أهمية ذلك في أن الشخص الاعتباري يخضع في نظامه القانوني لقوانين الدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الرئيسي الفعلي ، فتسري عليه هذه القوانين فيما يتعلق بنشأته وتكوينه ونشاطه وانقضائه . وقد نصت المادة ١١ فقرة ثانية من التقنين المدني المصري في هذا المعنى على ما يأتي: «أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية،

من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي . ومع ذلك فإذا باثرت نشاطها الرئيسي في مصر ، فإن القانون المصري هو الذي يسري . ويتضح من هذا النص أن الممول عليه في هذا الشأن هو قوانين الدولة الذي يتخذ فيها الشخص الاعتباري مركز إدارته الرئيسي الفعلي . لكن إذا باشر الشخص الاعتباري نشاطه الرئيسي في مصر ، فإن القانون المصري هو الذي يسري ، ولو كان مركز إدارته في الخارج .

وفضلاً عن ذلك فإنه فيما يتعلق بشركات المساهمة أوجب الشارع المصري على الشركات التي تؤسس منها في مصر أن تكون مصرية، وأن يكون مركزها الأصلي بالجمهورية (م ٤١ تجاري مصري) . وفيما يتعلق بالجمعيات والمؤسسات الخاصة التي تنشأ في مصر أوجب الشارع كذلك أن يكون مركز إدارتها في مصر (م ٣ و ٦٩ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة المصري الصادر في سنة ١٩٦٤) .

ولم يرد في القانون اللبناني نص عام يحكم جنسية الشخص الاعتباري على النحو الذي ذكرناه في القانون المصري . وإنما ورد نص في شأن نوع من الأشخاص الاعتبارية ، وهو الجمعية ، يعتد فيه الشارع اللبناني في شأن تحديد الجنسية بفكرة السيطرة على الجمعية من جهة أجنبية . فقد اعتبر الجمعية أجنبية إذا كانت « تنتمي لجمعيات أو جماعات أجنبية ، أو كان يديرها بالفعل أجنب ، أو يكون لها إما أعضاء إدارة أجنب أو يكون ربع أعضائها على الأقل من الأجنب » (م ٤ من القرار رقم ٣٦٩ بتاريخ ٢١ كانون الأول سنة ١٩٣٩) . ومع ذلك فالرأي ان هذا النص يورد استثناء دعت إليه ظروف الحرب العالمية الثانية ، وهو قاصر على الجمعيات دون غيرها من الأشخاص الاعتبارية . حيث يمكن القول ان القاعدة في القانون اللبناني ، كما هي في القانون المصري ، أن تتحدد جنسية الشخص الاعتباري

تبعاً للدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الرئيسي (١) .

وفما يتعلق بالشركات المغفلة (شركات المساهمة) أوجب الشارع اللبناني ، كما فعل الشارع المصري ، على الشركات التي تؤسس في لبنان أن تكون لبنانية ، وأن يكون مركزها الرئيسي في لبنان (م ٨٠ تجاري) .

وسواء في القانون المصري أو في القانون اللبناني ، فإن الشارع يعتد إلى جانب ذلك بفكرة السيطرة على الشخص الاعتباري من جهة أجنبية رغم تمتعه بالجنسية المصرية أو اللبنانية ، وذلك في الظروف الاستثنائية التي تدعو إلى حماية الصالح الوطني من خطر هذه السيطرة . وتطبيقاً لهذه الفكرة أثناء العدوان الثلاثي على مصر سنة ١٩٥٦ فرض الشارع المصري الحماية على الشركات والجمعيات والمؤسسات المصرية التي كانت خاضعة لإشراف رعايا الأعداء أو لهم فيها مصالح هامة . كما عامل الشارع اللبناني الجمعيات اللبنانية معاملة الجمعيات الأجنبية إذا كانت ترمي إلى غاية سياسية تتجاوز النطاق اللبناني مع ارتباطها في عملها بعناصر أجنبية (م ٤ من القرار رقم ٣٦٩ بتاريخ ٢١ كانون الأول سنة ١٩٣٩) .

بل إن الشارع يعتد بتلك الفكرة مقدماً بالنسبة إلى بعض الأشخاص الاعتبارية محافظة على الصالح الوطني . من ذلك في القانون المصري أنه فيما يتعلق بشركات المساهمة يجب توافر نسبة معينة لمن يتمتعون بالجنسية المصرية في مجلس الإدارة وفي عدد المستخدمين والعمال ، كما يجب تخصيص نسبة معينة من الأسهم لمن يتمتعون بهذه الجنسية . ويجب في الجمعيات التي يشترك في عضويتها أجنبان أن تكون نسبة عدد أعضاء مجلس الإدارة المتمنين بالجنسية المصرية بمائة على الأقل لنسبتهم إلى مجموع الأعضاء المشتركين (م ٤٦ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة المصري) . ومن ذلك في القانون اللبناني أنه فيما يتعلق بالشركات المغفلة

(١) أليير فرحات ، المرجع السابق ص ٣٢٢ . حسن كيرة ، المرجع السابق فقرة ٣٢٦ .

التي يكون موضوعها استثمار مصلحة عامة يجب أن يكون ثلث رأس مال الشركة أسهماً إسمية لمساهمين لبنانيين ، ولا يصح التصرف في هذه الأسهم إلا لمساهمين لبنانيين (م ٨٠ تجاري لبناني) .

٣٤١ - اسم الشخص الاعتباري :

للشخص الاعتباري ، كما هي الحال بالنسبة إلى الشخص الطبيعي ، إسم يميزه عن غيره من الأشخاص . ويجب ذكر إسم الشخص الاعتباري في سند إنشائه . فمثلاً يوجب الشارع المصري أن يذكر إسم الجمعية في نظامها المكتوب ، وإسم المؤسسة في السند الرسمي أو الوصية المنشئة لها (م ٣ و ٧٠ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة المصري الصادر في سنة ١٩٦٤) . كما يوجب الشارع اللبناني أن يذكر إسم الجمعية في نظامها المكتوب (م ١/٦ من قانون الجمعيات العثماني) .

وإذا كان الشخص الاعتباري يتخذ إسماً تجارياً يمارس التجارة تحته ، فإن حقه في هذا الإسم يكون حقاً مالياً يجوز التصرف فيه باعتباره من عناصر المحل التجاري . ومن ثم يجب مراعاة ما سبق أن أوضحناه في هذا الصدد من أن هذا الحق لا يجوز التصرف فيه مستقلاً عن المحل التجاري ، بل يكون هذا التصرف داخلاً في نطاق التصرف في المحل التجاري ذاته (١) . وعليه فإن حق الشركة على اسمها حق مالي ، أما الجمعية أو المؤسسة فتحقها على الإسم حق أدبي من حقوق الشخصية .

وكما يحمي القانون حق الشخص الطبيعي على إسمه ، فإنه يحمي كذلك حق الشخص الاعتباري على إسمه . فيكون للشخص الاعتباري أن يطلب وقف الاعتداء على إسمه ولو لم يكن قد أصابه ضرر من جرائه ، سواء تمثل هذا الاعتداء في منازعة الغير له في استعمال الإسم أو في انتحاله إياه ، كما

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٢٩٣ .

يكون له أن يطالب بالتعويض عما يكون قد طلقه من ضرر .

٣٤٢ - موطن الشخص الاعتباري :

للشخص الاعتباري موطن مستقل عن موطن كل من أعضائه أو منشئيه . وهذا الموطن هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارة الشخص الاعتباري . وقد نصت على ذلك المادة ٥٣ فقرة ثانية د من التقنين المدني المصري فقالت إن للشخص الاعتباري « موطن مستقل . ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته ... » . وهذا هو الحكم أيضاً في القانون اللبناني (١) . وإذا كان للشخص الاعتباري فروع في أماكن مختلفة أمكن أن يتعدد الموطن بتعدد هذه الفروع ، فلا يكون قاصراً على مركز الإدارة الرئيسي . فمركز إدارة الفرع يعتبر موطناً بالنسبة إلى أعمال هذا الفرع . ويعتبر هذا الحل تطبيقاً لفكرة تعدد الموطن التي يأخذ بها القانون المصري والقانون اللبناني . والواقع أن هذا التعدد في الحياة العملية نجده أكثر ما يكون بالنسبة إلى الشخص الاعتباري .

وتطبيقاً لذلك فإن القانون المصري يقضي بأنه « يجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التي يقع في دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة ، وذلك في المسائل المتعلقة بهذا الفرع » (م ٥٣ مرافعات مصري) . كما يقضي القانون اللبناني بأن « الأشخاص المعنويين الذين لهم عدة فروع يحسبون كأن لهم مقاماً مختاراً في كل فرع منها فيما يختص بالعمليات التي أجرتها تلك الفروع مع شخص ثالث » (م ٩٢ أصول محاكمات مدنية لبناني) .

كذلك طبق الشارع المصري الفكرة ذاتها على الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في مصر ، حيث

(١) جورج سيوفي ، الشخص المعنوي أو الاعتباري ، مقال في مجلة الهامي ، السنة ٢٣ ، ١٩٥٨ ، ص ١٠ . ألبير فرحات ، المرجع السابق ص ٣٣١ . حسن كيرة ، المرجع السابق فقرة ٣٢٨ .

نصت المادة ٥٣ فقرة ثانية د من انتقنين المدني المصري على أنه « يعتبر مركز إدارتها بالنسبة إلى القانون الداخلي ، المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية . فإذا كانت هناك شركة مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في مصر فإن المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية هو الذي يعتبر مركز إدارتها بالنسبة إلى القانون الداخلي ، أي أن هذا المكان يعتبر موطناً لها في نظر القانون المصري ، فتجوز مقاضاتها أمام المحاكم المصرية .

رابعاً : أهلية الشخص الاعتباري

٣٤٣ - أهلية الاداء لدى الشخص الاعتباري :

عرفنا أن أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعاً . فمناطها عند الشخص الطبيعي هو التمييز ، حيث تقوم على مدى ما يتوفر له من قدرة إرادية .

والشخص الاعتباري ، بحكم طبيعته ، لا يتوافر التمييز عنده ، إذ ليس له بذاته إرادة . ولذلك فإنه من التجوز في التعبير ما تنص عليه المادة ٥٣ فقرة ثالثة من التقنين المدني المصري بقولها إن الشخص الاعتباري « يكون له نائب يعبر عن إرادته » . حيث لا يقدر الشخص الاعتباري ، نظراً إلى طبيعة تكوينه ، على أن يباشر نشاطه بنفسه ، بل يباشر عنه هذا النشاط من يمثلونه من الأفراد والأجهزة ، كالمدير أو مجلس الإدارة أو الجمعية العمومية . فهؤلاء الأشخاص الطبيعيون الذين يمثلون الشخص الاعتباري هم الأداة التي يزاول بها نشاطه . وعلى هذا النحو تؤخذ أهلية الأداء عند الشخص الاعتباري بالمعنى الذي يتفق مع طبيعته . فيكون المراد بها مدى ما يستطيع الشخص الاعتباري أن يمارسه من نشاط إرادي بواسطة ممثليه .

وقد اختلف الفقه في تحديد مركز هؤلاء الأشخاص الذين يمثلون الشخص الاعتباري . فأخذ فريق من الفقه بفكرة الوكالة ، حيث يرى أن هؤلاء الأشخاص يعتبرون وكلاء عن الشخص الاعتباري . ولكن يلاحظ على هذا التصوير أن الوكالة تفترض وجود موكل يوكل غيره بإرادته ، في حين أن الشخص الاعتباري ليست له إرادة .

واتجه فريق آخر من الفقه إلى فكرة النيابة القانونية ، إذ يذهب إلى أن هؤلاء الأشخاص يعتبرون نواباً قانونيين عن الشخص الاعتباري ، يستمدون سلطتهم في العمل باسم الشخص الاعتباري من القانون ذاته ، شأنهم في ذلك شأن الولي أو الوصي أو القيم الذي ينوب قانوناً عن عديم الأهلية أو ناقصها . وقد قيل في نقد هذا التصوير إن مركز الشخص الاعتباري يختلف عن مركز عديم الأهلية أو ناقصها . ذلك أن وجود أشخاص طبيعيين يمارسون نشاط الشخص الاعتباري أمر تفرضه طبيعة الأشياء نظراً إلى ما هنالك من استحالة طبيعية في أن يباشر هذا الشخص نشاطه بنفسه . بينما إقامة أشخاص ينوبون عن عديمي الأهلية أو ناقصيها أمر تدعو إليه فكرة حماية هؤلاء . ويترتب على هذا الفارق أن يكون وجود أشخاص طبيعيين يمارسون نشاط الشخص الاعتباري هو الوضع الطبيعي الدائم طوال حياة هذا الشخص . أما إقامة أشخاص ينوبون عن عديمي الأهلية أو ناقصيها فهي من قبيل الاستثناء الموقوت بقيام السبب الذي دعا إليها ، حيث تزول باكتمال الأهلية .

وذهب فريق كبير من الفقه الحديث إلى القول بنظرية الجهاز أو العضو أو الأداة *l'organe* . وهي تعني أن الشخص الاعتباري يستند في وجوده إلى أجهزة تعتبر جزءاً منه ويستخدمها في مباشرة نشاطه كما يستخدم الشخص الطبيعي أعضاء جسمه ، بحيث يعتبر العمل الذي تقوم به هذه الأجهزة هو عمل الشخص الاعتباري نفسه . وتمتاز هذه النظرية بأنها تجعل مسئولية الشخص الاعتباري عن الأعمال الصادرة من أجهزته مسئولية مباشرة عن عمله الشخصي ، فهي بهذا تفضل نظرية الوكالة ونظرية النيابة القانونية . ولكن

يعيبها أنها تبالغ في تشبيه الشخص الاعتباري بالشخص الطبيعي رغم ما بينها من اختلاف حتمي في الطبيعة والتكوين. فأعضاء الشخص الطبيعي التي يمارس بها نشاطه ليس لها كيان مستقل عن كيانه ، أما أجهزة أو أعضاء الشخص الاعتباري فهم أشخاص لهم كيانهم المستقل يوجهون نشاط هذا الشخص بإرادتهم . وهذه الحقيقة أهميتها في تحديد مدى مسؤولية الشخص الاعتباري عن الأعمال التي تصدر من أجهزته كما سنرى .

ولهذا فإننا نؤثر القول بأن الذين يمثلون الشخص الاعتباري يعتبرون نواباً قانونيين عنه ، وإن كانت هذه النيابة القانونية تخضع لأحكام خاصة تتفق مع طبيعة الشخص الاعتباري وتكوينه . فهي ليست نيابة قانونية يراد بها حماية الشخص الاعتباري كما هو الشأن في النيابة القانونية العادية التي تقدمت الإشارة إليها . وإنما هي نيابة تكفل تمثيل الشخص الاعتباري على نحو يستجيب لمقتضيات وجوده . فهي بهذه المثابة تقوم على اعتبار أن ممثلي الشخص الاعتباري هم الأداة التي يمارس نشاطه بواسطتها . وبذلك تتسع للأعمال المادية والتصرفات القانونية على حد سواء. وتجعل الشخص الاعتباري مسؤولاً مسؤولية أصلية ومباشرة عن الأعمال التي تصدر من ممثليه ما دامت هذه الأعمال قد صدرت في حدود ما هو لأداء من سلطة العمل لحساب الشخص الاعتباري .

٣٤٤ - مدى أهلية الأداء لدى الشخص الاعتباري :

رأينا أن مبدأ التخصص يحد من أهلية الوجوب لدى الشخص الاعتباري ، فلا يكون صالحاً لكسب حقوق أو تحمل التزامات إلا بالقدر اللازم لتحقيق الغرض الذي وجد من أجله (١) .

ومن ثم فإن هذا المبدأ يحد كذلك من أهلية الأداء لدى الشخص الاعتباري ،

(١) أنظر فيما تقدم فقرة ٣٣٦ .

حيث ينحصر نشاطه في الحدود التي يقتضيها هذا الغرض . وقد نصت المادة ٢/٥٣ ب من التقنين المدني المصري في هذا المعنى على أن للشخص الاعتباري « أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه ، أو التي يقررها القانون » .

وتطبيقاً لذلك بالنسبة إلى الجمعيات نصت المادة ١٩ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة المصري على أن « على الجمعية أن تتفق أموالها فيما يحقق أغراضها ، ولها أن تستغل فائض إيراداتها لضمان مورد ثابت في أعمال مضمونة الكسب على ألا يؤثر ذلك في نشاطها ... » (أنظر كذلك في القانون اللبناني م ٨ من قانون الجمعيات العثماني ، وم ٧ من قانون الجمعيات التعاونية) .

وهناك جزاءات يفرضها القانون في حالة الخروج على مبدأ التخصص . وهذه الجزاءات قد تصيب الشخص الاعتباري نفسه ، كما هي الحال في حل الجمعية أو المؤسسة إذا تصرفت في أموالها في غير الأوجه المحددة لها طبقاً لأغراضها (م ٥٧ و ٨١ من القانون المصري المذكور) . وقد تصيب ممثلي الشخص الاعتباري ، كما هي الحال في عزل مديري المؤسسة الذين يستعملون أموالها فيما لا يتفق مع أغراضها أو قصد منشئها (مادة ٧٩ من القانون المصري المذكور) ، وكما هي الحال في حبس أو تفريم كل من باشر نشاطاً للجمعية أو للمؤسسة يجاوز الغرض الذي أنشئت من أجله أو أنفق أموالها فيما لا يحقق هذا الغرض أو دخل بأموالها في مضاربات مالية (م ٣/٩٢ من القانون المصري المذكور) . وكل قرار أو تصرف يصدر على خلاف ما يقضي به غرض الشخص الاعتباري يكون غير نافذ ، وذلك بالإضافة إلى مسئولية من أصدره قبل الشخص الاعتباري . وتطبيقاً لذلك بالنسبة إلى الجمعيات والمؤسسات ، يكون للجهة الإدارية المختصة وقف تنفيذ أي قرار يصدر من الأجهزة القائمة على شئون الجمعية أو المؤسسة إذا كان مخالفاً للقانون أو لنظام الجمعية أو للنظام العام أو للآداب (م ٣٣ و ٨١ من القانون المصري المذكور) . كما يكون أعضاء مجلس الإدارة ومدير الجمعية أو المؤسسة مسؤولين في أموالهم

الخاصة عن تعويض الأضرار المادية التي تلحق بالجمعية أو المؤسسة بسبب إخلالهم بواجباتهم (م ٩٥ من القانون المصري المذكور) .

٣٤٥ - مسئولية الشخص الاعتباري :

قلنا إن نيابة ممثلي الشخص الاعتباري تقوم على اعتبار أن هؤلاء هم الأداة التي يمارس نشاطه بواسطتها . وعلى هذا الأساس تتحدد مسئولية الشخص الاعتباري المترتبة عن الأخطاء التي يرتكبها ممثلوه . حيث يكون الشخص الاعتباري مسئولاً أصلياً ومباشرة عن الأعمال التي تصدر من ممثليه ، ما دامت هذه الأعمال قد صدرت في حدود ما لهؤلاء من سلطة العمل لحساب الشخص الاعتباري . فإذا روعيت هذه الحدود فلا تقع ثمة مسئولية على هؤلاء الممثلين بصفتهم الشخصية نحو من أصابه الضرر ، بل يكون الشخص الاعتباري هو وحده المسئول عن أعمال تعتبر أنها قد صدرت منه . أما إذا جاوز الممثلون حدود سلطتهم فإنهم يسألون عن أخطائهم الشخصية باعتبارهم مسئولين مسئولية أصلية عن عملهم الشخصي ، بينما تكون مسئولية الشخص الاعتباري مسئولية تبعية هي مسئولية المتبوع عن أعمال التابع . وعلى هذا النحو يمكن ضبط حدود المسئولية التي تقع على عاتق الشخص الاعتباري .

وفي هذا ما يغنينا عن الأخذ بنظرية الجهاز التي تقدم ذكرها ، إذ أن الأخذ بهذه النظرية يجرنا إلى أحد أمرين من شأن أحدهما أن يؤدي إلى نتائج غير مقبولة . فإما أن نأخذ بهذه النظرية على إطلاقها ، وهذا يؤدي إلى عدم مساءلة من يمثلون الشخص الاعتباري حتى لو تجاوزوا حدود سلطتهم رغم ما لهم من إرادة مستقلة . وإما أن نفرق بين الأجهزة التي يعتبر خطأها هو خطأ الشخص الاعتباري نفسه وبين التابعين الذين يسأل هذا الشخص عن أخطائهم مسئولية تبعية باعتباره متبوعاً يسأل عن أعمال تابعيه ، وهي تفرقة مشكوك في سلامتها وجدديتها .

كذلك تتحدد مسؤولية الشخص الاعتباري الجنائية على الأساس الذي قدمناه . وهذه المسؤولية لا تؤدي بطبيعة الحال إلا إلى توقيع عقوبات تتفق مع طبيعة الشخص الاعتباري ، كالحل والإغلاق والمصادرة والغرامة .
وقد نص قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة المصري على مخالفات معينة يجوز حل الجمعية والمؤسسة بسببها (م ٧ و ٨١) . كما نص على أنه يجوز للجهة الإدارية المختصة أن تقوم بإغلاق مقر الجمعية أو المؤسسة وفروعها أو أحدها لمدة محددة قابلة للتجديد ، وذلك كإجراء مؤقت حتى يفصل في أمرها (م ٩٦) .

كذلك نص قانون العقوبات اللبناني على جواز وقف كل نقابة أو شركة أو جمعية وكل هيئة معنوية ، ما خلا الإدارات العامة ، إذا ارتكب مديروها أو أعضاء إدارتها أو ممثلوها أو عمالها بإسمها أو بإحدى وسائلها جنسية أو جنحة (م ١٠٨ عقوبات) . كما نص على جواز حلها بسبب مخالفات معينة (م ١٠٩ عقوبات) .



المبحث الثاني

أنواع الشخص الاعتباري

٣٤٦ - الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة :

تنقسم الأشخاص الاعتبارية إلى أشخاص عامة وأشخاص خاصة . ويرتد هذا التقسيم إلى تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص . حيث تعتبر الأشخاص الاعتبارية العامة من أشخاص القانون العام فتخضع لأحكامه ، وتعتبر الأشخاص الاعتبارية الخاصة من أشخاص القانون الخاص فتسري عليها أحكامه . ومع ذلك فإن خضوع الشخص الاعتباري لهذا النوع أو ذلك من الأحكام تبعاً للطائفة التي ينتمي إليها لم يعد مطلقاً إلى الحد الذي كان مقررأ

من قبل . فهناك من الأشخاص الاعتبارية العامة ما يخضع في بعض النواحي لأحكام القانون الخاص ، كما هي الحال بالنسبة إلى المرافق الاقتصادية التي أنشأتها الدولة أخيراً في مصر واعتبرتها مؤسسات عامة . وهناك من الأشخاص الاعتبارية الخاصة ما يخضع في بعض النواحي لأحكام القانون العام ، كما هي الحال في القانون المصري بالنسبة إلى الجمعيات والمؤسسات الخاصة ذات الصفة العامة ، وكما هي الحال كذلك بالنسبة إلى الجمعيات والمؤسسات الخاصة بوجه عام من حيث خضوعها لرقابة الجهة الإدارية المختصة في قيامها وحلها وأعمالها وتصرفاتها .

ونتكلم في الأشخاص الاعتبارية العامة ، ثم في الأشخاص الاعتبارية الخاصة .

المطلب الأول

الأشخاص الاعتبارية العامة

٣٤٧ - طائفتان من الأشخاص الاعتبارية العامة :

تنقسم الأشخاص الاعتبارية العامة إلى طائفتين :

(١) الأشخاص الإقليمية : وهذه الأشخاص تتوفر لها اختصاص عام من حيث نوع النشاط بحيث يشمل جميع المرافق ، ولكن في حدود إقليمية معينة . وأهم هذه الأشخاص شخص أساسي هو الدولة التي يمتد سلطانها ونشاطها إلى كل إقليمها . ويليهما الأشخاص المحلية التي يتولى كل منها شئون المرافق العامة على اختلاف أنواعها في جزء من إقليم الدولة . وهذه الأشخاص المحلية في القانون المصري هي المحافظات والمدن والقرى (م ١/٥٢ مدني مصري) . وفي القانون اللبناني هي البلديات (١) . وتكسب هذه الأشخاص

(١) لم يعترف الشارع اللبناني للمحافظات والأقضية بالشخصية الاعتبارية (جورج سيوني ، المقال السابق ص ٨ . حسن كيرة ، المرجع السابق فقرة ٣١٤) .

الشخصية القانونية من طريق الاعتراف العام بمجرد نشوئها وفق الشروط التي يحددها القانون .

(٢) المنشآت أو المؤسسات العامة^(١) : وهي المعروفة في القانون اللبناني بإسم « الدوائر العمومية اللامركزية » (م ١ / أولاً من قانون ٢٢ ربيع الأول سنة ١٣٣١ هجرية ، المعدلة بالقرار رقم ٢٥٤٧ بتاريخ ٧ نيسان سنة ١٩٢٤ ميلادية) . وهذه الأشخاص يطلق عليها كذلك الأشخاص المرفقية ، تمييزاً لها عن الأشخاص الإقليمية ، نظراً إلى أن اختصاصها يتعلق بنوع معين من النشاط بحيث يدخل في مرفق أو مرافق محددة . فالإختصاص هنا نوعي أي يتحدد بحسب نوع النشاط ، بينما الاختصاص في الطائفة الأولى إقليمي أي يتحدد بحسب المكان . وقد نصت المادة ١/٥٢ من التقنين المدني المصري على هذه الأشخاص بقولها : « الإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية » . ويتضح من هذا النص أن هذه الأشخاص ، على خلاف الطائفة الأولى ، تكسب الشخصية القانونية من طريق الاعتراف الخاص . ومن أمثلتها في القانون اللبناني الجامعة اللبنانية ، والمصلحة الوطنية لنهر الليطاني . ومن أمثلتها في القانون المصري الجامعات ، ودار الكتب ، والهيئة العامة لشؤون البترول ، وهيئة إدارة قناة السويس .

(١) كان ينصرف اصطلاح المؤسسات *foundations* في الأصل في القانون المصري إلى مايشأ منها في نطاق القانون الخاص ويكون الغرض منه هو البر أو النفع العام . ثم أطلق هذا الاصطلاح كذلك في فقه القانون العام المصري وفي تشريعه على المنشآت العامة *établissements publics* التي يمنحها الشارع الشخصية الاعتبارية . وبذلك صارت هناك مؤسسات عامة ومؤسسات خاصة . والتمييز واضح بين النوعين . فالمؤسسات الخاصة من أشخاص القانون الخاص حتى لو اعتبرت ذات صفة عامة وثبت لها بعض حقوق السلطة العامة . فهي تكسب الشخصية القانونية من طريق الاعتراف العام ، وتخضع في نشوئها ونشاطها لأحكام قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة .

المطلب الثاني

الأشخاص الاعتبارية الخاصة

٣٤٨ - طائفتان من الأشخاص الاعتبارية الخاصة :

تنقسم الأشخاص الاعتبارية الخاصة إلى طائفتين :

(١) جماعات الأشخاص : وهي تتكون من جملة أشخاص لتحقيق غرض معين ، وتشمل الشركات والجمعيات . وتكسب هذه الأشخاص الشخصية الاعتبارية من طريق الاعتراف العام .

وتتميز الشركة عن الجمعية من حيث الغرض ، فكل منها جماعة من الأشخاص ، ولكن الشركة ترمي إلى الربح المادي ، بينما تهدف الجمعية إلى غرض غير هذا . فالشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر ، يساهم كل منهم في مشروع مالي ، بتقديم حصة من مال أو من عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة (م ٥٠٥ مدني مصري) .

أما الجمعية فهي جماعة من الأشخاص ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة ، لغرض غير الحصول على ربح مادي (المادة الأولى من القانون المصري رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة) . وهذا الغرض قد يكون خيرياً كمساعدة الفقراء ، أو اجتماعياً كتوفير الخدمة الصحية ورعاية الأحداث والشيوخ العاجزين عن الكسب ، أو دينياً كنشر المبادئ الدينية ، أو ثقافياً كالتفويض بالعلوم أو الفنون أو الآداب ، أو رياضياً كإقامة النوادي وتنظيم المباريات ، إلى غير ذلك من الأغراض عدا الربح المادي . ويستوي أن يكون الغرض تحقيق مصلحة عامة أو مصلحة خاصة قاصرة على أعضاء الجمعية . كما لا يهم أن تكون هذه المصلحة الخاصة منظوية على مصلحة اقتصادية لأعضاء الجمعية ما دام ان الغرض الأساسي ليس هو الربح المادي ، كما هي الحال بالنسبة إلى نقابات العمال والجمعيات التعاونية . وبناء

على ذلك تعتبر جمعيات لا شركات الجمعيات التعاونية التي تباع السلع لأعضائها بسعر السوق ثم ترد إليهم في نهاية كل عام الفرق بين هذا السعر وما تكلفته في خدمتهم ، إذ أن الغرض الذي تهدف إليه ليس هو الربح المادي ، وإنما هو تحقيق مصلحة اقتصادية للأعضاء بتخفيف أعباء المعيشة عنهم .

(٢) مجموعات الأموال : وهي تتكون من أموال ترصد لتحقيق غرض معين ، وتشمل الأوقاف والمؤسسات الخاصة . وتكسب هذه الأشخاص الشخصية الاعتبارية من طريق الاعتراف العام .

والوقف نظام مستمد من الشريعة الإسلامية . ويعرفه جمهور فقهاء الشريعة بأنه حبس العين عن أن تكون مملوكة لأحد من الناس ، وجعلها على حكم ملك الله تعالى ، والتصدق بريعها على جهة من جهات الخير في الحال أو في المال . وقد اصطلح على تسمية الوقف الذي يجري التصديق بريعه على جهة من جهات الخير في الحال بالوقف الخيري . أما النوع الآخر فيسمى في القانون المصري الوقف الأهلي ، ويسمى في القانون اللبناني الوقف الذري ، وهو الذي يكون الاستحقاق فيه أولاً لأشخاص معينين أو قابلين للتميين كالوفاق وذريته ، ومن بعدهم لجهة من جهات الخير .

وقد ألقى الشارع المصري الوقف على غير الخيرات ، وهو المعروف بالوقف الأهلي ، بمقتضى القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، فلم يعد جائزاً في القانون المصري سوى الوقف الخيري . كما عمد الشارع اللبناني إلى التضييق من نطاق الوقف الذري ، فحظر تأييده ، ولم يحزه على أكثر من طبقتين ، وأجاز تصفيته إذا طلب أحد المستحقين هذه التصفية ، وذلك بمقتضى قانون الأوقاف الذرية الصادر في ١٠ آذار سنة ١٩٤٧ (م ٧ و م ٣٤ معدلة) .

والمؤسسة الخاصة هي المال المخصص لمدة غير معينة لعمل ذي صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو لأي عمل آخر من أعمال البر والرعاية الاجتماعية أو النفع العام ، دون قصد إلى ربح مادي (م ٦٩ من القانون المصري رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة) . وقد عني الشارع المصري بتنظيمها تنظيمياً وافياً في القانون المذكور ، نظراً إلى أن الوقف يقصر

عن تحقيق الأغراض والمزايا التي ترجى من ورائها .
وبالرغم من أن القانون اللبناني لم يرد فيه تنظيم للمؤسسة الخاصة ، فإنها
تعتبر من الأشخاص الاعتبارية الخاصة فيه ، حيث أن قانون تصرف الأشخاص
المعنويين بالأموال غير المنقولة الصادر في ٢٢ ربيع الأول سنة ١٣٣١ هجرية
يذكر المؤسسات الخيرية من بين الأشخاص المعنوية التي يحق لها شراء وتملك
العقارات والتصرف فيها (م ١/٣ ثالثاً معدلة) (١) .

الفصل الثاني



٣٤٩ - الاعمال والاشياء :

عرفنا أن جوهر الحق هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون .
وهذه القيمة هي محل الحق . ورأينا أن ثبوت قيمة معينة للشخص مقتضاه
أن يكون لهذا الشخص من السلطات ما يمكنه من الحصول على المزايا التي
ترجى من هذه القيمة (٢) . وهذه السلطات هي مضمون الحق . وبذلك يبدو
التمييز واضحاً بين هذين الأمرين ، فمحل الحق L'objet du droit هو القيمة
التي تثبت لصاحب الحق . أما مضمون الحق Le contenu du droit فهو
السلطات التي يمكن لصاحب الحق أن يمارسها بالنسبة إلى هذه القيمة . فحق
الملكية مثلاً محله الشيء المادي الذي يرد عليه الحق ، أما مضمونه فهو ما

(١) حسن كيرة ، المرجع السابق فقرة ٢١٤ .

(٢) أنظر فيما تقدم فقرة ٢٢١ .

يكون للمالك أن يقوم به من استعمال هذا الشيء واستغلاله والتصرف فيه .
ومحل الحق إما أن يكون عملاً أو شيئاً . والشيء قد يكون مادياً أو
معنوياً . وسنقصر كلامنا في هذا المقام على الحقوق المالية ، وهي التي يمكن
تقويم محل الحق فيها بالنقود . فإذا كان الحق المالي حقاً شخصياً كان محله عملاً
يقوم به المدين ، وإذا كان الحق عينياً كان محله شيئاً مادياً ، وإذا كان الحق
معنوياً كان محله شيئاً معنوياً .

ومع ذلك فقد يؤدي الحق الشخصي في كثير من الأحيان إلى حق عيني ،
أي إلى حصول الدائن على شيء ، كما في التزام البائع بنقل ملكية المبيع وهو
التزام بإعطاء شيء . كما أن العمل الذي يقوم به المدين في الصور الأخرى للحق
الشخصي يمكن تقويمه بالنقود وهي أشياء . ولهذا يمكن أن يقال إنه إذا كان
العمل هو المحل المباشر للحق الشخصي ، فإن الشيء يعتبر المحل غير المباشر
لهذا الحق .

وسنسوق كلمة موجزة عن الأعمال التي يمكن أن تكون محلاً للحقوق
الشخصية ، ثم نتكلم بعد ذلك في الأشياء .

الفرع الأول

الاعمال

٣٥٠ - شروط العمل الذي يصلح محلاً للحق الشخصي :

رأينا فيما تقدم أن محل الحق الشخصي يكون دائماً عملاً يجب على المدين أن
يقوم به . وهذا العمل قد يكون إعطاء شيء ، أو يكون عملاً إيجابياً غير
الإعطاء ، أو يكون امتناعاً عن عمل . فهو في جميع صورته عمل إيجابي أو
سلبى يلتزم به المدين (١) .

(١) أنظر فيما تقدم فقرة ٢٣٣ .

ويجب أن تتوفر في هذا العمل ، أيا كانت صورته ، شروط معينة كي يصلح محلاً للحق الشخصي . ويلاحظ هنا أن أهمية دراسة محل الحق الشخصي من هذه الناحية لا تظهر إلا بالنسبة إلى الالتزام الإرادي ، وهو الذي ينشئه العقد أو تنشئه الإرادة المنفردة . ذلك لأن الالتزامات التي تنشأ عن مصادر غير إرادية يحدد محلها القانون ، وهو غالباً دفع مبلغ من النقود . أما الالتزام الإرادي فتحدد محله الإرادة ، ولهذا وجب أن تبين الشروط الواجب توافرها في هذا المحل (١) . وهذه الشروط هي أن يكون العمل ممكناً ، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين ، وأن يكون مشروعاً .

(١) شرط الامكان : يجب في العمل الذي يلتزم المدين في الحق الشخصي بالقيام به أن يكون ممكناً ، فإذا كان العمل مستحيلًا فلا ينشأ الالتزام . والمقصود بالإستحالة هنا الإستحالة المطلقة (م ١٩١ موجبات وعقود لبناني وم ١٣١ مدني مصري) ، وهي التي تجعل العمل مستحيلًا في ذاته ، فهي لا تقوم بالنسبة إلى المدين فحسب ، بل تقوم بالنسبة إلى جميع الناس . كما لو باع شخص شيئاً تبين أنه هلك قبل العقد ، أو تعهد بحام برفع استئناف عن حكم اتضح أن ميعاده استنفاه قد انقضى . أما الإستحالة النسبية ، وهي التي تقوم بالنسبة إلى المدين وقد لا تقوم بالنسبة إلى غيره ، فلا تمنع من نشوء الالتزام . كما لو تعهد المدين بالقيام بعمل ليس في استطاعته أن يقوم به ، وقد يستطيع غيره ذلك ، بأن تعهد مثلاً بأن يرسم لوحة فنية وهو يجهل الرسم . ويصح أن يكون العمل الذي يلتزم به المدين هو إعطاء شيء سيوجد في المستقبل (م ٢/١٨٨ موجبات وعقود لبناني وم ١/١٣١ مدني مصري) ، إذ أن عدم وجود هذا الشيء وقت نشوء الالتزام ليس من شأنه أن ينفي إمكان ذلك العمل ما دام أن الشيء سيوجد في المستقبل . كما في بيع محصول قبل أن ينضج ، أو بيع مصنوعات لم يتم صنعها بعد . وذلك فيما عدا الحالات

(١) راجع في هذا الخصوص كتابنا في مصادر الالتزام فقرة ١٩٨ وما بعدها .

التي يحرم فيها الشارع التعامل في الشيء المستقبل ، كما هي الحال بالنسبة إلى
التركة المستقبلية (م ١٨٨/٢ موجبات وعقود لبناني و م ١٣١/٢ مدني مصري)
وهبة المال المستقبل (م ٥١٣ موجبات وعقود لبناني و م ٤٩٢ مدني مصري).

(٢) شرط التعيين : يجب أن يكون العمل الذي يلتزم به المدين معيناً أو
قابلاً للتعيين . فإذا لم يكن العمل معيناً فيكفي أن تتوفر العناصر اللازمة
للهوض بهذا التعيين . فإذا تعهد مقاول بإقامة بناء وجب تعيين هذا البناء
بذكر مواصفاته . فإذا لم تذكر هذه المواصفات فيكفي أن يشتمل العقد على
العناصر التي تجعل البناء قابلاً للتعيين ، كما في حالة الاتفاق على إقامة مستشفى
يتسع لعدد معين من الأسرة . فإذا لم تذكر تلك المواصفات ولم تتوفر مثل
هذه العناصر فلا ينشأ الالتزام ولا ينعقد العقد .

وإذا كان العمل هو إعطاء شيء وجب أن يكون الشيء معيناً أو قابلاً
للتعيين . فإن كان الشيء قيمياً وجب أن يعين بذاته ، كالأرض تذكر مساحتها
وموقعها وحدودها . وإن كان الشيء مثلياً وجب أن يعين بنوعه ومقداره ،
كالقطن يذكر أنه من نوع السكلاريدس وأن مقداره خمسون قنطاراً . ويكفي
أن يعين هذا الشيء بنوعه إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين المقدار (م
١٩٠ و ٢٩٩/٢ موجبات وعقود لبناني و م ١٣٣ مدني مصري) ، كما إذا
تعهد شخص بأن يورد أغذية من نوع معين لمستشفى أو مدرسة ، إذ يتحدد
المقدار وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة . فإذا لم يتيسر استخلاص المقدار
من ظروف العقد فلا ينشأ الالتزام ولا ينعقد العقد .

(٣) شرط المشروعية : يجب في العمل الذي يلتزم به المدين أن يكون
مشروعاً ، بمعنى ألا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب (م ١٩٢ موجبات
وعقود لبناني و م ١٣٥ مدني مصري) . فإن كان العمل منطوياً على هذه
المخالفة فلا ينشأ الالتزام . كأن يتعهد شخص بارتكاب جريمة معينة ، أو
ببيع كمية من المخدرات ، أو بدفع مبلغ من المال مقابل إيجاد علاقة جنسية
غير مشروعة .

الفرع الثاني

الأشياء

٣٥١ - التمييز بين الشيء والمال :

المقصود بالشيء هو كل ما له كيان مستقل عن الأشخاص ، سواء كان شيئاً مادياً كالأرض والبناء والحيوان ، أو كان شيئاً معنوياً كأفكار المؤلفين . ويجب التمييز بين الشيء والمال . فالمال هو الحق المالي ، عينياً كان هذا الحق أم شخصياً أم معنوياً . أما الشيء الذي ترد عليه طائفة من الحقوق لمالية فهو محل الحق المالي ، فقد رأينا أن الحق العيني محله شيء مادي وأن الحق المعنوي محله شيء معنوي . ولذلك يجب تلافى الخلط الشائع بين الشيء والمال ، إذ كثيراً ما يطلق لفظ المال على الشيء ، وفي هذا خلط بين الحق ومحله . فإذا قام على الشيء حق كان هناك مال ، وإذا لم يقم على الشيء حق لشخص ما ، بأن كان شيئاً مباحاً ، فليس هناك مال وإنما شيء فحسب . وقد ميز التقنين المدني المصري بين الشيء والمال ، حيث أورد في الفصل الثالث من الباب التمهيدي تقسيماً للأشياء وآخر الأموال .

وسنعرض فيما يلي للأشياء التي تصلح محلاً للحق المالي ، ثم لتقسيماتها .

المبحث الأول

الأشياء التي تصلح محلاً للحق المالي

٣٥٢ - الشيء الذي يصح التعامل فيه :

نصت المادة ٨١ من التقنين المدني المصري في هذا الصدد على ما يأتي :

« ١ - كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن

يكون محلاً للحقوق المالية . ٢ - والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بجزائها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يميز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية .

ويتضح من هذا النص أن هناك نوعين من الأشياء لا يصح أن تكون محلاً للحقوق المالية ، وهي الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون :

(١) فالأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها : هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بجزائها . أي الأشياء المشتركة التي يمكن لجميع الناس أن ينتفعوا بها دون أن يؤثر انتفاع أحدهم على انتفاع الآخر ، فلا يمكن لأحد أن يستأثر بها دون غيره من الناس ، كأشعة الشمس والهواء وماء البحر . فهذه أشياء لا تسمح طبيعتها بأن تكون محلاً لحق خاص . والمقصود بدهامة هو عدم القابلية للتعامل في مجموع الشيء ، أي في أشعة الشمس جميعها والهواء جميعه وماء البحر كله ، إذ أن الشيء بهذا الوضع لا يمكن لأحد أن يستأثر به . أما الاستيلاء على مقدار محدود من هذا الشيء فهو أمر ممكن ، وفي هذه الحالة يصح أن يكون هذا المقدار المحدود محلاً لحق مالي . فأشعة الشمس قد يحصر بعضها في نطاق خاص ، والهواء قد يضغط بعض منه في حيز محدود ، وماء البحر قد يؤخذ جزء منه لغرض ما ، وفي هذه الحالات يصح أن يكون بعض الأشعة أو الهواء أو الماء محلاً لحق مالي .

(٢) والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون : هي التي لا يميز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية في نطاق معين . ويتحقق ذلك في حالتين :

الأولى ، حين يخرج الشيء عن التعامل مراعاة للغرض الذي خصص له هذا الشيء .

ويكون ذلك إذا دخل الشيء في نطاق ما يسمى بالأموال العامة . وهي الأشياء المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار من الوزير المختص (م ١/٨٧

مدني مصري). فهذه الأشياء لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالحيازة (م ٢/٧٨ مدني مصري) ما دامت مخصصة للمنفعة العامة. ومقتضى هذا أن تلك الأشياء لا تصلح محلا لحقوق الأفراد إلا إذا كانت هذه الحقوق لا تتعارض مع التخصيص للمنفعة العامة. ومن أمثلة هذه الحقوق التي يجوز تقريرها للأفراد على الأموال العامة ما نصت عليه المادة ١٠١٥ من التقنين المدني المصري من أنه يجوز أن يترتب حق الارتفاق على مال عام إذا كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال. وتفقد الأموال العامة صفتها بانتهاج تخصيصها للمنفعة العامة، وذلك بمقتضى قانون أو قرار من الوزير المختص، أو بالفعل، أو بانتهاج الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة (م ٨٨ مدني مصري). فإذا تم ذلك أصبحت هذه الأشياء صالحة لأن تكون محلا للحقوق المالية بصفة عامة.

كما يكون ذلك بالنسبة إلى أموال الأوقاف. فهذه لا يجوز التصرف فيها إلا في حالة استبدال غيرها بها.

والثانية، حين يخرج الشيء عن التعامل لكونه من الأشياء المحرمة التي يرى الشارع أن التعامل فيها يخل بالنظام العام، كالمخدرات. فهذه لا تكون قابلة للتعامل إلا في حالات محدودة، كأن تستعمل المخدرات لأغراض طبية.

المبحث الثاني

تقسيمات الأشياء

٣٥٣ - تقسيمات عدة :

هناك تقسيمات عدة للأشياء، عرض التقنين المدني المصري لأهمها، وهي تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات، وإلى أشياء قابلة وأشياء غير قابلة للاستهلاك،

وإلى أشياء مثلية وأشياء قيعة^(١) .

وتقسم الأشياء إلى عقارات ومنقولات تقسم شامل لكل الأشياء ، المادي منها والمعنوي ، إذ أن الأشياء المعنوية تعتبر جميعها من قبيل المنقولات كما سنرى . أما التقسيان الآخران فيتناولان الأشياء المادية فحسب .
وسندرس هذه التقسيمات الثلاثة :

المطلب الأول

العقارات والمنقولات

٣٥٤ - تقسيم للأشياء والأموال :

يعتبر تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات أهم تقسيم لها في القانون لاختلاف الأحكام بالنسبة إلى العقارات عنها بالنسبة إلى المنقولات اختلافاً كبيراً .

وكما تنقسم الأشياء إلى عقارات ومنقولات ، فكذلك الأموال تنقسم إلى أموال عقارية وأموال منقولة . وإذا كنا هنا بصدد تقسيم الأشياء فحسب ، إلا أننا مع ذلك سنتناول تقسيم الأموال إلى أموال عقارية وأموال منقولة

(١) وهناك تقسيم للأشياء يضيفه الفقه ، وهو تقسيمها إلى أشياء مادية وأشياء معنوية . فالأشياء المادية هي التي لها وجود مادي يدرك بالحوس ، كالأراضي والمنازل والعربات والآلات . أما الأشياء المعنوية فلها كيان معنوي لا يدرك إلا بالفكر ، كأفكار المؤلفين والمخترعين . وكذلك مجموعات الأشياء التي ينظر إلى الواحدة منها كمجموعة مستقلة عن العناصر المكونة لها ، فهذه تعتبر من قبيل الأشياء المعنوية التي تصلح بهذا الوصف لأن تكون محلاً لحق مالي ، ومثلها البارز هو المحل التجاري ، حيث ينظر إليه في مجموعه باعتباره شيئاً معنوياً له كيانه الذاتي المستقل عن العناصر المكونة له ، سواء كانت هذه العناصر مادية كالبضائع والمههمات ، أو معنوية كالاسم التجاري والسمعة والحق في الأبحار .

لارتباطه بهذا النوع من التقسيم بالنسبة إلى الأشياء ولأنه التقسيم الوحيد للأموال الذي نص عليه التقنين المدني المصري .

أولاً : الأشياء العقارية والأشياء المنقولة

٣٥٥ - أساس التفرقة بين العقارات والمنقولات :

تقوم هذه التفرقة أصلاً على أساس طبيعي هو ثبات الشيء أو عدم ثباته . فالأشياء الثابتة عقارات ، والأشياء القابلة للحركة منقولات . وإلى جانب هذا الأساس الطبيعي وجد اعتبار اقتصادي من قديم ، حيث كانت تعتبر الأرض في الماضي هي عماد الثروة ، وبالتالي كانت تعتبر العقارات هي الأشياء ذات القيمة ، أما المنقولات فكانت تعد أشياء تافهة . وقد أخذ هذا الاعتبار يقل شأنه في الوقت الحاضر إلى حد كبير بعد أن تطورت الحياة الاقتصادية حتى أصبحت القيم المنقولة من أهم عناصر الثروة .

(١) العقارات

٣٥٦ - القاعدة والاستثناء :

الأصل أن يعتبر الشيء عقاراً بحسب طبيعته ، أي على أساس كونه شيئاً ثابتاً لا يمكن نقله دون تلف . غير أنه استثناء من ذلك قد يعتبر الشيء عقاراً ، لا بحسب طبيعته ، بل بحسب تخصيصه ، فهو منقول يخصص لخدمة العقار أو استغلاله . فهناك إذاً عقار بالطبيعة ، وعقار بالتخصيص .

٣٥٧ - العقار بالطبيعة :

العقار بالطبيعة immeuble par nature هو ، كما عرفته المادة ١/٨٢ من

التنين المدني المصري ، « كل شيء مستقر بجيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف » . كذلك عرفته المادة ٢ من تقنين الملكية العقارية اللبناني (الصادر في ١٢ تشرين الثاني سنة ١٩٣٠ بمقتضى القرار رقم ٣٣٣٩) بقولها : « العقارات بطبيعتها هي الأشياء المادية التي يكون لها ، بالنظر إلى جوهرها ، موقع ثابت غير منتقل » .

فهو يشمل الأراضي أياً كان نوعها . وكذلك ما في جوفها من مناجم ومحاجر . أما الأتربة التي تنتزع منها ، والمعادن التي تستخرج من المناجم ، والاحجار التي تقطع من المحاجر ، فتعتبر من قبيل المنقولات بمجرد فصلها عنها .

ويشمل النباتات ما دامت تمتد جذورها في الارض (م ٢ من تقنين الملكية العقارية اللبناني) . فإذا قطعت النباتات أصبحت منقولات . ويشمل الأبنية المتصلة بالأرض اتصال قرار ، من مساكن ومعامل ومخازن وقناطر وخزانات وسدود وانفاق وغير ذلك (م ٢/٢ من تقنين الملكية العقارية اللبناني^(١)) . وكذلك جميع أجزاء البناء التي لا يتم إلا بها ، كالأبواب والشبابيك والمصاعد (م ٣/٢ من تقنين الملكية العقارية اللبناني^(٢)) . وظاهر من تعريف العقار بالطبيعة أنه لا يكفي أن يكون ذا مستقر ثابت ، بل يجب كذلك أن يكون من غير الممكن نقله دون تلف . فالنباتات التي تمتد جذورها في الارض ذاتها تكون عقارات بالطبيعة لانه لا يمكن نقلها

(١) تقول هذه المادة في هذا المعنى إنه « لا يقصد بلفظة (أبنية) المباني فقط (كبيوت السكن ، والمخازن والمصانع ، والعيابر والاهراء ... الخ) بل المنشآت الفنية أيضاً على أنواعها (كالجسور والآبار ، والأفران ، والسدود والخزانات والانفاق ... الخ) وبصورة أعم كل ما جمع من مواد البناء فشد بعضه إلى بعض بصورة ثابتة ، سواء أكان ذلك على ظاهر الأرض أو في باطنها » .

(٢) تقول هذه المادة في هذا المعنى إن « جميع الاجهزة والقطع ... الخ اللاصقة بالبناء والمعدة لاتمامه (كالشرفات والبلكونات ، والمزاريب ، وحراب الصواعق ، وقساطل جر المياه) تعتبر عقارات بطبيعتها » .

دون تلف ، أما التي تررع في أوعية فهي منقولات ، حتى لو دفنت هذه الأوعية في الأرض ، لأنه مع ذلك يمكن نقلها دون تلف . والمباني تعتبر عقارات حتى لو كانت إقامتها مؤقتة ، كأبنية المعارض . أما الأكشاك التي يمكن حلها وإقامتها في مكان آخر ، كأكشاك الاستحمام ، فلا تعتبر عقارات .

٣٥٨ - أنواع الاراضي في القانون اللبناني :

رأينا بهذه المناسبة أن نذكر أنواع الأراضي في القانون اللبناني . فهناك تقسيم للأراضي في هذا القانون نص عليه تقنين الملكية العقارية (الصادر في ١٢ تشرين الثاني سنة ١٩٣٠ بمقتضى القرار رقم ٣٣٣٩) ، وذلك بحسب ما للدولة عليها أو للأفراد من حق الملكية التامة أو ما دون ذلك من وجوه الانتفاع ، حيث تنقسم الأراضي إلى الأنواع الآتية :

١ - العقارات الملك : وهي العقارات القابلة للملكية التامة . وهذه تشمل العقارات الكائنة داخل مناطق الأماكن المبنية المحددة إدارياً وهي المدن والقرى ، وكذلك العقارات الواقعة في أراضي جبل لبنان (م ٥ من التقنين المذكور) .

٢ - العقارات الاميرية : وهي التي تكون رقبتها للدولة ويجوز أن يجرى عليها حق التصرف كما رأينا (م ٦ من التقنين المذكور) (١) . وهذه العقارات هي الأراضي الزراعية الواقعة خارج المدن والقرى .

٣ - العقارات المتروكة المرفقة : وهي التي تخص الدولة ، ويكون لجماعة ما حق استعمال عليها تحدد بميزاته ومداه العادات المحلية والأنظمة الإدارية (م ٧ من التقنين المذكور) . وهذه العقارات عبارة عن أراضي مملوكة للدولة ، ولكنها متروكة لاستعمال سكان القرى ينتفعون بها للمرعى والاحتطاب وما شاكل ذلك من وجوه الانتفاع . وقد سميت هذه العقارات مرفقة باعتبار

(١) أنظر فيما تقدم فقرة ٢٤٠ .

ان لأهالي القرية عليها حق ارتفاق . وهذا النوع من العقارات هو من بقايا النظام الاقطاعي القديم في لبنان ، حيث كان المزارعون يفتسمون الأرض قسمة مهايأة على أن يكون لهم مرعى مشترك .

٤ - العقارات المتروكة العمية : وهي التي تخص الدولة أو المحافظات أو البلديات وتكون من الأموال العامة (م ٨ من التقنين المذكور) ، أي الأموال المخصصة للنفعة العامة كالطرق .

٥ - العقارات الخالية المباحة : أي الأراضي الموات . وهي عبارة عن أراضٍ أميرية تخص الدولة إلا أنها غير معينة ولا محددة . فهي أراضٍ لا مالك لها من الأفراد ، ولذلك تعتبر على ملك الدولة . لكن من يشغلها أولاً من الأفراد ويقوم بإحيائها تكون له الأفضلية في الانتفاع بها ، ومن ثم يثبت له باذن من الدولة حق التصرف الذي ذكرناه ، وفي هذه الحالة تصبح الأرض من العقارات الأميرية .

ويتضح من هذا التقسيم ان الأراضي التي يصح أن تكون مملوكة ملكية عامة في لبنان هي تلك التي توجد داخل مناطق الأماكن المبنية المحددة إدارياً وهي المدن والقرى ، وكذلك التي توجد داخل منطقة أراضي جبل لبنان . أما خارج هذه المناطق فلا يصح أن يرد على الأراضي إلا ملكية ناقصة هي التي تسمى اصطلاحاً بحق التصرف بالمعنى الذي رأيناه .

٣٥٩ - العقار بالتخصيص :

بعد أن نصت المادة ٨٢ من التقنين المدني المصري في فقرتها الأولى على القاعدة فيما يعتبر عقاراً وما يعتبر منقولاً ، أضافت في فقرتها الثانية ما يأتي : « ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص ، المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه ، رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله » . كذلك نصت المادة ١/٣ من تقنين الملكية العقارية اللبناني في هذا المعنى على أن « العقارات بتخصيصها هي أشياء قد تعتبر بذاتها منقولات ، إنما هي من متمات عقار بطبيعته ،

شرط : ١ - أن تكون والعقار بطبيعته لمالك واحد . ٢ - أن تكون مخصصة لاستثمار العقار أو بوجه عام لخدمة العقار التي تكون هذه الأشياء من متمياته .

فالعقار بالتخصيص *immeuble par destination* هو شيء منقول بطبيعته ، ولكن مالكة الحق به عقار له بأن خصصه لخدمة العقار أو استغلاله ، فأصبح تابعاً لهذا العقار ، فاعتبره الشارع عقاراً . فهو بذلك عقار حكماً لا حقيقة .

وغيره الشارع من هذا الافتراض القانوني الذي يخالف الحقيقة هو أن تسري أحكام العقار على المنقول الذي رصد على خدمته أو استغلاله ، فلا ينفصل المنقول عن العقار رغم إرادة المالك ، بل يرتبط مصيره بمصير العقار ، وبذلك لا يتعطل الانتفاع بالعقار ، حيث تقتضي المصلحة العامة ضمان استغلال العقارات على خير وجه .

٣٦٠ - شروط اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص :

يتضح من نص المادة ٢/٨٢ مدني مصري والمادة ١/٣ ملكية عقارية لبناني أنه يشترط لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص أن يوضع المنقول في العقار رصداً على خدمته أو استغلاله ، وأن يكون المنقول والعقار مملوكين لشخص واحد ، وأن يكون التخصيص بواسطة المالك .

الشرط الاول : أن يوضع المنقول في العقار رصداً على خدمته أو استغلاله : حيث يجب أن توجد علاقة تخصيص على هذا النحو بين منقول بطبيعته وعقار بطبيعته . وهذا هو شرط التخصيص الذي يجب أن يراعى فيه ما يأتي :

١ - فيجب أن يتحقق التخصيص فعلاً . فالمنقول الذي يصبح عقاراً بالتخصيص هو الذي يكون قد ألحق فعلاً بالعقار لخدمته أو استغلاله ، بحيث تتضح علاقة التخصيص بينها ، وذلك بأن يضع المالك المنقول في العقار .

٢ - ويجب أن يكون التخصيص مستمراً . وليس معنى ذلك أن يكون التخصيص بصفة دائمة ، فيصح أن يكون لفترة محدودة من الزمن . بل المقصود بالاستمرار ألا يكون التخصيص عرضياً ، بحيث يتوفر له طابع الثبات .

٣ - ويجب أن يكون التخصيص لفائدة العقار ، وليس لمصلحة المالك الشخصية . وهذا هو ما يعبر عنه بأن يكون التخصيص عينياً لا شخصياً . وإذا كان المالك هو الذي يفيد في النهاية من تخصيص المنقول لفائدة العقار ، إلا أن عينية التخصيص مشروطة لارتباطها بالغاية من فكرة التخصيص ذاتها وهي توقي تعطيل الانتفاع بالعقار .

فالسيارة التي يركبها صاحب المصنع لا تعتبر عقاراً بالتخصيص ، أما تلك التي تستعمل في نقل المصنوعات إلى العملاء فتعتبر عقاراً بالتخصيص . والداية التي يركبها صاحب الأرض لا تكون عقاراً بالتخصيص ، أما التي تستخدم في فلاحة الأرض فتعتبر عقاراً بالتخصيص .

وإذا كانت علاقة التخصيص على النحو المطلوب تبدو واضحة في تخصيص منقول للانتفاع بأرض زراعية ، فإنها قد لا تكون ظاهرة إذا ما خصص المنقول للانتفاع ببناء . ولذلك يشترط لاعتبار المنقول مخصصاً للانتفاع ببناء أن يكون هذا البناء قد أقيم للغرض المستخدم له أو أعد لهذا الغرض إعداداً خاصاً . فالآلات التي يضعها العامل في مسكنه لاستعمالها في صناعات بسيطة لا تعتبر عقارات بالتخصيص ، لأن محل السكن ليس مصنعاً . والمفروشات التي توضع في غرف للإيجار لا تعتبر عقارات بالتخصيص إلا إذا كان البناء الذي توجد فيه هذه الغرف قد أنشئ لكي يكون فندقاً أو أعد لهذا الغرض إعداداً خاصاً .

٤ - ويجب أن يكون تخصيص المنقول لخدمة العقار أو استغلاله . ويكون ذلك بالقدر الذي يتلاءم مع الخدمة أو الاستغلال . ويرجع في تحديد هذا القدر إلى العرف . ولكن لا يشترط أن يكون المنقول ضرورياً للخدمة أو

الاستغلال ، فيكفي أن يخصص لذلك ما دامت عملية الخدمة أو الاستغلال تستوعبه .

ويستوي أن يكون التخصيص لخدمة العقار أو لاستغلاله . فقد يكون التخصيص للخدمة ، كما هو الشأن بالنسبة إلى ما يوضع في المدارس من مقاعد وأدوات وأجهزة للمعامل ، وما يوضع في المستشفيات من أسرة ومقاعد وأجهزة طبية . وقد يكون التخصيص للاستغلال أياً كان نوعه ، كما هي الحال بالنسبة إلى المنقول الذي يخصص للاستغلال الزراعي كآلات الزراعة والماشية التي توضع في الأرض (م ٢/٣ ملكية عقارية لبناني) (١) ، أو للاستغلال الصناعي كآلات المصنع وعدده والمواد الأولية والعربات التي توضع في المصنع (م ٢/٣ ملكية عقارية لبناني) (٢) ، أو للاستغلال التجاري كالمقاعد والآلات التي توضع في المسارح ودور السينما ، أو للاستغلال المدني كالمفروشات التي توضع في المنازل المخصصة للإيجار (٣) .

(١) عدت هذه المادة أمثلة للتخصيص للاستغلال الزراعي ، فذكرت « الحيوانات المعدة للزراعة ، والآلات الزراعية ، والمعاصر ، والأنايبق ، والبراميل الكبيرة المعدة لاستيعاب العنب في مصانع الخمر ، واسماك الغدران ، وخلايا النحل ، وشرانق الحرير في الخصاص ، والسهاد والقش المعدان لتسميد المزروعات ، ومساميك الكرم » .

(٢) والمفروض في شأن التخصيص للاستغلال الصناعي أن يكون البناء قد انشأ لكي يكون مصنفاً أو أعد لهذا الغرض إعداداً خاصاً كما قلنا . وقد عني الشارع اللبناني بالنص صراحة على ذلك ، حيث تقول المادة ٢/٣ ملكية عقارية: « فيما يختص بالاستثمار الصناعي : المؤن المدخنة وجميع الآلات (بما فيها الكيوانات والفاكونات الصغيرة ... الخ والحيل) على شريطة ان تكون هذه البناية التي تستودع هذه الآلات مجهزة بصورة خصوصية لا يواء الآلات والاجهزة التي فيها » .

(٣) يدخل الاستغلال التجاري والمدني في عموم الاستغلال الذي يذكره النص في القانون المصري . ولكن الشارع اللبناني ، على العكس من ذلك ، ينص صراحة على عدم إعطاء المنقولات التي ترصد لهذا الاستغلال أو ذلك وصف العقارات بالتخصيص . فقد نصت المادة ٣/٣ ملكية عقارية على أن « أثاث الفنادق ، والبيوت المفروشة ، والملاهي (الكازينو) والحمامات ، ومحللات التجارة لا تعتبر عقارات » . وهذا الحكم محل نظر (أنظر في هذا المعنى : حسن كيرة ، المرجع السابق فقرة ٣٤٣) .

الشرط الثاني : أن يكون المنقول والعقار مملوكين لشخص واحد :
والحكمة في هذا الشرط أن الغاية من فكرة التخصيص كما قلنا هي إخضاع
المنقول لأحكام العقار بإلحاقه بالعقار في التنفيذ عليه والتصرف فيه ، بحيث لا
ينفصل المنقول عن العقار رغم إرادة المالك ، وهذه الغاية لا تتحقق إلا إذا
كان مالك العقار هو مالك المنقول .

وعليه فالمنقولات المملوكة للمستأجر والتي تستخدم في استغلال الأرض ،
كآلات الزراعة والماشية ، لا تعتبر عقارات بالتخصيص . وكذلك الحال
بالنسبة إلى المنقولات التي يستخدمها مالك الأرض دون أن تكون مملوكة له ،
كما لو كان قد استأجر هذه المنقولات أو استعارها ، أو كان قد اشتراها بعقد
بيع اتفق فيه على تعليق انتقال الملكية على الوفاء بكامل الثمن إذا كان الثمن
لم يدفع كله بعد .

ويستوى لتوافر الشرط أن يكون مالك المنقول مالكا للعقار ملكية
مفرزة أو شائعة ، إذ هو في الحالتين مالك للعقار بحيث تتحقق الغاية من
فكرة التخصيص . فيعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يملكه شريك على
الشيوع في ملكية عقار إذا رصده صاحبه على خدمة العقار أو استغلاله .

الشرط الثالث : أن يصدر التخصيص من المالك : والحكمة في هذا
الشرط هي الغاية من فكرة التخصيص ، إذ أن تحقيق هذه الغاية يكون
رهيناً بإرادة المالك ، وهذا يقتضي أن يكون المالك هو الذي ألحق المنقول
بالعقار ، سواء قام بذلك بنفسه أو بواسطة من ينوب عنه .

فإذا استعار مستأجر الأرض من مالكا منقولاً مملوكاً لهذا المالك وخصه
لاستغلال الأرض ، دون أن يكون نائباً في ذلك عن المالك ، فلا يعتبر هذا
المنقول عقاراً بالتخصيص ، رغم أنه مملوك لصاحب الأرض .

٣٦١ - حكم العقار بالتخصيص :

إذا توفرت الشروط التي ذكرناها لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص ترتب

على ذلك ما قصد إليه الشارع من سريان أحكام العقار على المنقول ، بحيث لا ينفصل المنقول عن العقار رغم إرادة المالك ، بل يرتبط مصيره بمصير العقار . ويتحقق ذلك بأن يظل المنقول ملحقاً بالعقار عند التنفيذ عليه أو التصرف فيه .

وعليه يترتب على اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص أنه لا يجوز الحجز عليه حجز منقول مستقلاً عن العقار الذي ألحق به ، وأن التنفيذ على العقار يشمل حتى ولو لم يذكر ذلك في تنبيه نزع الملكية . ويشمله بيع العقار الأصلي ورهنه (١) والوصية به ، دون حاجة إلى شرط خاص . ويكون في حالة القسمة من نصيب من حصل على العقار الأصلي ، حتى لو كانت القسمة بسبب وفاة المالك ، لأن التخصيص لا يزول بالوفاة .

ومن الواضح أنه ، رغم هذه النتائج ، يظل العقار بالتخصيص محتفظاً بذاتيته . ولذلك يعامل معاملة المنقول من وجوه أخرى . من ذلك أنه يظل عملاً بامتياز البائع رغم التخصيص ، وذلك وفقاً للمادة ١/١١٤٥ مدني مصري التي تقضي بأن يبقى امتياز بائع المنقول قائماً ما دام المبيع محتفظاً بذاتيته . وفي ذلك يختلف عن المنقول الذي يثبت في العقار أو يندمج فيه بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف ، كوابور الري الذي يكون ذا مستقر ثابت في الأرض ، والأجزاء المتممة للبناء كالشبابيك والأبواب ، فهذه المنقولات تفقد ذاتيتها وتصبح عقارات بالطبيعة .

وتزول عن المنقول صفة العقار بالتخصيص إذا زال هذا التخصيص . وإذا كان التخصيص لا يتم إلا بإرادة المالك ، فإنه لا يزول كذلك إلا بهذه الإرادة . وقد يزول التخصيص بعمل مادي من جانب المالك ، وذلك إما بوقف الاستغلال الذي كان المنقول مخصصاً له كتحويل أرض زراعية إلى أرض بناء ،

(١) وقد نصت المادة ١٠٣٦ من التقنين المدني المصري على أن الرهن يشمل « ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً ، ويشمل بوجه خاص ... العقارات بالتخصيص » ، وإن كانت القاعدة العامة في التخصيص تنفي عن هذا النص .

أو بفصل المنقول عن العقار واستخدامه في أغراض أخرى . كما قد يزول التخصيص بتصرف قانوني يصدر من المالك ، وذلك بأن يتصرف المالك في العقار أو في المنقول مستقلاً أحدهما عن الآخر .

وما دام للمالك أن يزيل التخصيص ، فإن له أن ينزل عن التمسك باعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص ، حيث يعتبر هذا النزول إزالة للتخصيص بطريقة ضمنية . فإذا حجز الدائن على عقار بالتخصيص حجز منقول ، فإن هذا الحجز لا يكون باطلاً إلا إذا دفع المالك المدين ببطلان الإجراءات وفقاً للمادة ٢/٨٢ مدني مصري والمادة ١/٣ ملكية عقارية لبناني ، فإذا لم يدفع المالك بالبطلان اعتبر نازلاً ، وبالتالي يكون الحجز صحيحاً .

ويلاحظ أن تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول مما يتعلق بالنظام العام . فإذا اعتبر القانون بعض الأشياء عقارات على سبيل الاستثناء وبشروط خاصة ، فإن الباعث على هذا يكون في نظر الشارع متعلقاً بالنظام العام كذلك ، وهو ضمان استغلال العقارات . وعليه إذا اتفق مالك العقار مع أحد دائنيه على اعتبار بعض المنقولات عقارات بالتخصيص ، بحيث لا يكون للدائن أن يحجز عليها حجز منقول ، وكانت هذه المنقولات لا تتوفر فيها الشروط التي يتطلبها القانون لهذا التخصيص ، فإن هذا الاتفاق يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام . فإرادة الأفراد لا يمكنها أن تعدل في أحكام العقار بالتخصيص .

(٢) المنقولات

٣٦٢ - القاعدة والاستثناء :

الأصل أن يعتبر الشيء منقولاً بحسب طبيعته ، أي على أساس كونه شيئاً قابلاً للحركة . غير أنه استثناء من ذلك قد يعتبر الشيء منقولاً ، لا بحسب طبيعته ، بل بحسب ما سيؤول إليه أمره ، فهو في حالته الراهنة عقار

بالطبيعة ، ولكنه سيصبح منقولاً بعد زمن قليل . فهناك إذا منقول بالطبيعة ،
ومنقول بحسب المآل .

٣٦٣ - المنقول بالطبيعة :

بعد أن عرفت المادة ٨٢ من التقنين المدني المصري في فقرتها الأولى العقار
بالطبيعة بأنه كل شيء مستقر بجيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف ،
أضافت قولها : « وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول » . وعلى هذا
النحو يستنبط تعريف المنقول من النص عن طريق الاستبعاد .

فالمنقول بالطبيعة *meuble par nature* هو كل شيء لا تتوفر له صفة
العقار المذكورة . وعليه يشمل المنقول طائفتين :

(١) حيث يعتبر منقولاً كل شيء مادي يمكن نقله من مستقره بدون
تلف . وذلك مع مراعاة ألا يكون صاحبه قد وضعه في عقار يملكه رسداً
على خدمة هذا العقار أو استغلاله ، إذ يصبح في هذه الحالة عقاراً بالتخصيص
كما رأينا . ومن أمثلة المنقول المادي الحيوانات والملابس والكتب والبضائع
والعربات والسفن والطائرات .

والعبرة في هذا الشأن بأن يكون الشيء قابلاً للحركة والنقل دون تلف .
فلا يغير من وصف الشيء بأنه منقول أن يكون قد أعد للبقاء في مكان
معين ما دام يمكن نقله دون تلف ، كما هي الحال بالنسبة إلى العوامات المخصصة
للسكنى وأكشاك الاستحمام المقامة على الشواطئ .

(٢) كما يعتبر من قبيل المنقولات جميع الأشياء المعنوية ، كأفكار المؤلفين
والمخترعين والإسم التجاري ، فهذه الأشياء لا يصدق عليها وصف العقار ،
إذ ليس لها وجود مادي ، ومن ثم لا يتصور بالنسبة إليها الاستقرار بجيز
والثبات فيه .

المنقول بحسب المال *meuble par anticipation* هو شيء يعتبر بحسب طبيعته عقاراً بالطبيعة ، وفقاً لحالته الراهنة ، ولكن القانون يعده منقولاً باعتبار ما سيؤول إليه في المستقبل. ومن أمثله المباني المعدة للهدم، والأشجار المعدة للقطع ، والثمار والمحصولات الزراعية قبل نضجها . فهذه الأشياء ومساها كلها تكون في حالتها الراهنة عقارات بالطبيعة ، ولكن القانون يعاملها معاملة المنقول على أساس أنها ستصير كذلك بعد زمن قليل حينما تفصل عن الأرض .

والغرض من هذا الافتراض القانوني هو إخضاع هذه الأشياء لحكم المنقول لا لحكم العقار ، سواء فيما يتعلق بالتنفيذ أو التصرف ، وذلك تيسيراً للإجراءات التي تتخذ في حالة التنفيذ وتخفيفاً للقيود التي تراعى عند التصرف ، ما دام أن مصيرها إلى أن تصبح منقولات بعد زمن قليل ، إذ أن هذه الإجراءات والقيود تكون بالنسبة إلى العقار أكثر تعقيداً وأشد وطأة منها فيما يتعلق بالمنقول .

٣٦٥ - شروط اعتبار الشيء منقولاً بحسب المال :

لم يضع الشارع قاعدة عامة في خصوص اعتبار بعض العقارات منقولات بحسب المال . ولكنه أخذ بهذا الاعتبار في حالات معينة بمقتضى نصوص خاصة . من ذلك ان القانونين اللبناني والمصري يجعلان التنفيذ على الثمار المتصلة والمزروعات القائمة قبل نضجها بطريق الحجز عليها حجز منقول ، على أن يوقع هذا الحجز خلال مدة ستة أسابيع قبل نضجها في القانون اللبناني (م ٧١٦ أصول محاكمات مدنية) وخلال خمسة وأربعين يوماً في القانون المصري (م ٣٥٤ مرافعات) . ومن هذا القبيل كذلك أن التقنين المدني المصري يضع بين حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول حق امتياز للمبالغ المنصرفة في البذر والسياد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة

للحشرات والمبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد ، وهذا امتياز يقع على المحصول الذي صرفت هذه المبالغ في إنتاجه (م ١١٤٢ / ١ مدني مصري) . كما يضع بين تلك الحقوق حق امتياز مؤجر الأراضي الزراعية الذي يقع على المحصول الزراعي لضمان ما يستحقه المؤجر بمقتضى عقد الإيجار (١ / ١١٤٣ مدني مصري) . فهذان الحقان يقمان على المحصول قبل حصده ، ومع ذلك يعتبرهما الشارع من حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول بالرغم من أن المحصول قبل حصده يعتبر عقاراً بالطبيعة .

ويقوم اعتبار الثمار والمزروعات والمحصول قبل نضجها من قبيل المنقولات بمقتضى هذه النصوص على أساس النظر إلى ما سيؤول إليه أمرها في المستقبل . ذلك أن التنفيذ عليها ، سواء بمقتضى حق الامتياز أو بموجب دين عادي ، يؤدي في النهاية إلى بيعها جبراً عن المدين إلى مشترٍ يحصل عليها بعد جنيتها . ومن ثم فليس هناك ما يبرر اتخاذ إجراءات التنفيذ العقاري ، وهي أشد تعقيداً وأكثر كلفة من إجراءات الحجز على المنقول ، ما دام أن مصير هذه الأشياء أن تفصل عن الأرض بعد قليل وتصبح منقولات تسلم إلى من اشتراها في المزاد .

وقد استخلص الفقه والقضاء من هذه النصوص الخاصة التي وردت في حالات معينة نظرية عامة بمقتضاها تعتبر بعض العقارات منقولات بحسب المآل إذا كانت إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى النظر إليها باعتبار ما ستؤول إليه في المستقبل ، أي باعتبار أنها ستصير منقولات بعد زمن قليل . وعليه يجب لاعتبار الشيء منقولاً بحسب المآل أن يتوافر الشرطان الآتيان : (١) فيجب أن يكون القصد الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين هو الحصول على الشيء بعد أن يفصل عن الأرض فيصير منقولاً بالطبيعة بعد أن كان عقاراً . بمعنى أن يكون الحصول على الشيء بعد فصله هو الغرض الأساسي المقصود من التعاقد .

وينبغي على ذلك أنه إذا كان العقد مثلاً عقد بيع واردة على بناء ، فلا

يكفي لاعتباره بيع منقول أن يكون وارداً على البناء دون الأرض التي ينوم عليها، بل يجب فوق ذلك أن يكون القصد من البيع هو أن يحصل المشتري على الأنقاض بعد هدم البناء ، بحيث يكون هناك التزام بالهدم يقع على عاتق أحد الطرفين. فإذا فرضنا أن البائع قد احتفظ بملكية الأرض، واقتصر المشتري على شراء البناء لاستخدامه في غرض معين مع استئجار الأرض التي يقوم عليها من البائع ، فلا يعتبر البيع في هذه الحالة بيع منقول بحسب المآل ، بل يعتبر بيع عقار .

(٢) ويجب أن يكون من المحقق في نظر المتعاقدين أن ينفصل الشيء عن الأرض في وقت قريب . فهذا هو مقتضى كون الغرض الأساسي المقصود من التعاقد هو الحصول على الشيء بعد فصله . فلا يكفي لاعتبار البيع بيع منقول أن يكون من المحتمل فصل الشيء المبيع عن الأرض . فإذا اتفق في بيع البناء مستقلاً عن الأرض على أن يكون للمشتري أن يهدم البناء إذا رغب في ذلك ، فلا يعتبر البيع بيع منقول ، حيث يستطيع المشتري في هذه الحالة أن يبقى البناء على حالته فيظل عقاراً . وكذلك الحال إذا حدد موعد بعيد للقيام بالهدم ، إذ لا يكون الغرض الأساسي من البيع حينئذ هو الحصول على الأنقاض .

٣٦٦ - حكم المنقول بحسب المآل :

إذا توفر الشرطان السابقان ترتب على ذلك سريان أحكام المنقول على العقار الذي اعتبر منقولاً بحسب مآله. فإذا بيع الشيء ، وكان معيناً بالنوع، كما لو كان كمية من محصول لم ينضج بعد ، فلا تنتقل ملكيته إلى المشتري إلا بإفرازه . وإذا كان الشيء معيناً بالذات ، كما لو كان منزلاً معداً للهدم ، انتقلت ملكيته إلى المشتري بمجرد العقد ، فلا تكون هناك حاجة إلى التسجيل أو القيد لكي يتم هذا الانتقال ، ما دام أن العقد ليس وارداً على عقار . ويكون حق الامتياز المقرر للبائع على الشيء المبيع ضماناً للوفاء بالثمن امتيازاً واقعاً على منقول حتى قبل أن يفصل الشيء عن الأرض ويصير

منقولاً . ويكون التنفيذ على الشيء من جانب الدائنين بحقوقهم بطريق الحجز عليه حجز منقول ، وليس بطريق التنفيذ العقاري . ويتحدد الاختصاص المحلي للمحاكم بنظر المنازعات الناشئة عن العقد على أساس موطن المدعى عليه ، حيث يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها هذا الموطن ، وهي القاعدة المقررة في الدعاوى المنقولة .

ثانياً : الأموال العقارية والأموال المنقولة

٣٦٧ - الحقوق والدعاوى :

رأينا من التقسيم السابق أن وصف العقار أو المنقول يلحق الشيء محل الحق . على أن هذا الوصف يلحق كذلك الحق ، أي المال ، فيقال حق عقاري أو مال عقاري ، وحق منقول أو مال منقول . ويلحق هذا الوصف كذلك الدعاوى التي تحمي الحقوق ، فيقال دعوى عقارية ودعوى منقولة . فكما تنقسم الأشياء إلى عقارات ومنقولات ، فكذلك الأموال تنقسم إلى أموال عقارية وأموال منقولة . وقد نصت المادة ٨٣ من التقنين المدني المصري على هذا التقسيم فقالت : « ١ - يعتبر مالاً عقارياً كل حق عيني على عقار ، بما في ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار . ٢ - ويعتبر مالاً منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية » .

فالحقوق العقارية هي الحقوق العينية التي تقع على عقارات ، كحق الملكية العقارية وحق الارتفاق وحق الرهن الرسمي .

والدعاوى العقارية هي الدعاوى التي تتعلق بحقوق عينية عقارية ، كدعوى استحقاق العقار .

والحقوق المنقولة هي جميع الحقوق غير العقارية . فهي تشمل الحقوق العينية الواردة على أشياء منقولة ، كحق الملكية الوارد على منقول وحق الرهن الحيازي الوارد على منقول . وتشمل كذلك الحقوق المعنوية . وتشمل

كذلك الحقوق الشخصية جميعها ، حتى لو كان الالتزام فيها بإعطاء شيء عقاري ، حيث يكون محلها دائماً عملاً يلتزم المدين بالقيام به ، كما سبق أن فصلنا . فحق مشتري العقار في مواجهة البائع قبل التسجيل ، وبعبارة أخرى التزام البائع بنقل ملكية العقار ، حق منقول . والتزام البائع بتسليم العقار أو المنقول ، والتزام شخص بإقامة بناء أو بالامتناع عن عمل ، كل هذه حقوق منقولة .

والدعاوي المنقولة هي الدعاوي التي تتعلق بحقوق عينية منقولة أو بحقوق معنوية أو بحقوق شخصية .

ويقسم قانون أصول المحاكمات المدنية أو قانون المرافعات الدعاوى إلى دعاوى عينية ودعاوى شخصية بحسب ما تبنى عليه ، أي بحسب طبيعة الحق الذي يستند إليه رافعها . كما يقسمها إلى دعاوى عقارية ودعاوى منقولة بحسب ما يطلب بها ، أي على أساس طبيعة المال الذي يرمي رافع الدعوى إلى الحصول عليه . وعلى هذا النحو تنقسم الدعاوى إلى أربعة أنواع: دعوى عينية عقارية ، وهي التي تستند إلى حق عيني عقاري ، كدعوى استحقاق العقار . ودعوى شخصية عقارية ، وهي التي تستند إلى حق شخصي ، ولكن يراد بها الحصول على حق عيني عقاري ، كالدعوى التي يرفعها المشتري على بائع العقار يطلب فيها الحكم بصحة التعاقد . ودعوى عينية منقولة ، وهي التي تستند إلى حق عيني على منقول ، كدعوى استحقاق المنقول . ودعوى شخصية منقولة ، وهي التي تستند إلى حق شخصي ، ويكون الغرض منها الحصول على مال منقول ، كالدعوى التي يرفعها مستأجر العقار على المؤجر كي يسلمه العقار ويمكنه من الانتفاع به .

ثالثاً : أهمية التفرقة بين العقارات والمنقولات

٣٦٨ - أساس طبيعي واعتبار اقتصادي :

إن بيان أهمية التفرقة التي رأيناها بين العقارات والمنقولات يعني التعرض

للنتائج القانونية التي تترتب على هذه التفرقة . فقد أشرنا إلى أن الأحكام بالنسبة إلى العقارات تختلف عنها بالنسبة إلى المنقولات اختلافاً كبيراً. ويرجع ذلك إلى عاملين : الأول يقوم على أساس طبيعي هو ثبات الشيء أو عدم ثباته ، فهو أساس تفرضه طبيعة الأشياء. والثاني يقوم على اعتبار اقتصادي ، حيث كانت تعتبر العقارات في الماضي هي الأشياء ذات ذات القيمة ، أما المنقولات فكانت تعد أشياء تافهة . وإذا كان هذا الاعتبار قد قلت أهميته في الوقت الحاضر بعد أن تطورت الحياة الاقتصادية حتى أصبحت القيم المنقولة من أهم عناصر الثروة ، إلا أنه مع ذلك ما زال له أثره في وجود فروق كثيرة بين العقار والمنقول في التنظيم القانوني لكل منهما .

ومن ثم فنواحي الاختلاف في التنظيم القانوني للعقار والمنقول إما أن ترجع إلى أساس طبيعي ، أو إلى اعتبار اقتصادي .

فعلى أساس اختلاف العقارات عن المنقولات من حيث الطبيعة تختلف الأحكام القانونية لكل منها في حالات كثيرة أهمها ما يأتي :

(١) أدى ثبات العقارات إلى إمكان تنظيم شهر التصرفات القانونية التي ترد عليها كوسيلة لحماية الغير . ويتم الشهر ، سواء بطريق التسجيل (في القانون المصري) أو بطريق القيد في السجل العقاري (في القانون اللبناني) ، في سجل معد لذلك بمكتب يقع العقار في دائرة اختصاصه . وبذلك يستطيع الغير الذي يريد التعامل في العقار أن يعرف مالكة وأن يتبين ما عليه من حقوق للآخرين . أما المنقولات فليس لها مكان ثابت تستقر فيه ، وهذا يحول دون إمكان شهر التصرفات التي ترد عليها ، حيث يتعذر تركيز إجراءات الشهر في مكتب معين على نحو ما يجري بالنسبة إلى العقار .

(٢) نظراً إلى تعذر تنظيم شهر التصرفات التي ترد على المنقول لحماية الغير الذي يتعامل فيه ، فقد وجدت قاعدة تتحقق بها هذه الحماية اقتضتها ضرورة استقرار المعاملات . وهي القاعدة التي يعبر عنها بأن « الحيازة في المنقول سند الحائز » . وقد نصت عليها المادة ٣٠٧ من تقنين أصول المحاكمات

المدنية اللبناني ، فقالت : « إن احراز العين المنقولة ، إذا كان مرتكزاً على حسن النية وسليماً علنياً خالياً من الالتباس ، يعد مقروناً بحق الملكية ولا تقبل أية بينة على عكس هذه القرينة » . ونصت عليها المادة ٩٧٦ فقرة أولى من التقنين المدني المصري فقالت : « من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا إذا كان حسن النية وقت حيازته^(١) » . فإذا اشترى شخص منقولاً من غير مالكة معتقداً أن البائع هو المالك ، وتسلم المنقول ، فإنه يصبح مالكا للمنقول ، بحيث يستطيع إذا ما طالبه المالك الحقيقي أن يدفع هذه المطالبة بأن تملك المنقول بمقتضى تلك القاعدة .

(٣) هناك حقوق من قبيل التأمينات العينية التي تتقرر للدائن لا يمكن أن ترد إلا على عقار ، كالرهن الرسمي وحق الاختصاص في القانون المصري والتأمين في القانون اللبناني . ويرجع ذلك إلى أن حماية الغير عند التعامل تتحقق إما عن طريق شهر التصرف الذي يرد على الشيء ، أو عن طريق نقل الحيازة ، كما رأينا . وإذا كانت تلك الحقوق لا تؤدي إلى انتقال الشيء المهمل بها إلى حيازة الدائن ، بل يبقى الشيء في حيازة المالك ، فإنها لا يمكن أن تنشأ إلا على عقار ، حيث تكون الوسيلة الوحيدة لحماية الغير في هذه الحالة هي شهر التصرف الذي يرد على العقار ، والعقارات وحدها هي التي يمكن شهر ما يرد عليها من تصرفات .

(٤) يختلف دور الحيازة في تملك العقار عنه في تملك المنقول اختلافاً كبيراً . حيث لا تؤدي الحيازة إلى تملك العقار إلا في حالة التقادم ، وفي غير هذه الحالة يكفي المالك أن يقيم الدليل على حقه كي يسترد العقار . بينها تؤدي الحيازة إلى تملك المنقول في الحال دون حاجة إلى تقادم إذا توافر لدى الحائز حسن النية والسبب الصحيح ، ولا يكفي المالك أن يقيم الدليل على

(١) انظر في تفصيل هذه القاعدة كتابنا في حق الملكية ، فقرة ٤٣٦ وما بعدها .

حقه كي يسترد المنقول، بل يتعين عليه فوق ذلك أن يثبت عدم توفر الشروط المطلوبة لدى الحائز . فالتمييز بين الملكية والحيازة يبدو واضحاً فيما يتعلق بالعمارة ، ولكنه يضعف كثيراً فيما يتعلق بالمنقول ، بحيث تبدو الحيازة في المنقول وكأنها تحول الحائز الملكية . وهذا هو المعنى الذي تعبر عنه القاعدة المعروفة التي تقول إن « الحيازة في المنقول سند الحائز » .

(٥) ترتب على الفارق السابق أن الشارع يحمي حيازة العقار لذاتها بصرف النظر عما إذا كانت مستندة إلى حق ، وذلك بمقتضى دعاوى الحيازة (م ٤٨ ٥١ أصول محاكمات مدنية لبناني وم ٩٥٨ - ٩٦٢ مدني مصري) . أما فيما يتعلق بحيازة المنقول فإن القاعدة التي تقول إن « الحيازة في المنقول سند الحائز » لا تدع مجالاً لحماية الحيازة لذاتها بصرف النظر عن أصل الحق ، إذ أن من شأن هذه القاعدة أن تربط بين الحيازة والحق بحيث لا يمكن الفصل بينها ، ومن ثم فليست هناك دعاوى حيازة بالنسبة إلى المنقول .

(٦) نظراً إلى ثبات العقارات يتحدد الاختصاص المحلي للمحاكم بالنسبة إلى الدعاوى العقارية على أساس محل العقار . فالدعاوى العينية العقارية تختص بها المحكمة التي يقع في دائرتها المقار (م ٨٩ أصول محاكمات مدنية لبناني وم ١/٥٠ مرافعات مصري) . والدعاوى الشخصية العقارية تختص بها المحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه (م ٩١ أصول محاكمات مدنية لبناني وم ٢/٥٠ مرافعات مصري) . أما الدعاوى المنقولة ، شخصية كانت أو عينية ، فتختص بها المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه (م ٩٠ أصول محاكمات مدنية لبناني وم ٤٩ مرافعات مصري) ، إذ ليس للمنقول مكان ثابت يستقر فيه حتى يمكن تحديد الاختصاص القضائي على أساسه .

وعلى أساس اعتبار العقارات أكبر قيمة وأكثر أهمية من المنقولات من الناحية الاقتصادية تختلف الأحكام القانونية لكل منها كذلك في حالات فذكر منها ما يأتي :

١ - فيما يتعلق بإجراءات التنفيذ يفرق الشارع في تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبني وفي تقنين المرافعات المصري بين الحجز على المنقول والتنفيذ على العقار ، في رسم للأول إجراءات أكثر سرعة وأقل تعقيداً من إجراءات الثاني .

٢ - نصت المادة ٤٢٥ فقرة أولى من التقنين المدني المصري على أنه « إذا بيع عقار مملوك لشخص لا توافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل » . فبمقتضى هذا النص تقتصر دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن الفاحش في البيع في القانون المصري على حالة بيع عقار مملوك لشخص لا تتوفر فيه الأهلية . فهي لا تكون مقبولة في حالة بيع المنقول .

٣ - عند تصفية الشركة في القانون المصري توفي ديونها أولاً من ثمن ما فيها من منقول . فلا تباع العقارات لوفاء هذه الديون من ثمنها إلا إذا لم تكن المنقولات كافية (م ١/١٩٣ مدني مصري) .

المطلب الثاني

الأشياء القابلة والأشياء غير القابلة للاستهلاك

٣٦٩ - التفرقة وأساسها :

نصت المادة ٨٤ من التقنين المدني المصري في هذا الصدد على ما يأتي :
« ١ - الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي ينحصر استعمالها ، بحسب ما أعدت له ، في استهلاكها أو انفاقها . ٢ - فيعتبر قابلاً للاستهلاك كل ما أعد في المتاجر للبيع » .

فالأشياء القابلة للاستهلاك Choses consommables هي الأشياء التي لا ينتفع بها إلا باستهلاكها ، فهي تستهلك بمجرد الاستعمال . ولذلك عرفها النص

المذكور بأنها الأشياء التي ينحصر استعمالها ، بحسب ما أعدت له ، في استهلاكها أو إنفاقها .

والإستهلاك قد يكون مادياً أو قانونياً . فالإستهلاك المادي تنقضي به مادة الشيء أو تتغير ذاتيته ، ومثل ذلك أن استعمال المواد الغذائية بأكلها يؤدي إلى انقضاء مادتها ، واستعمال الأقمشة بتحويلها إلى ملابس يؤدي إلى تغيير ذاتيتها . والاستهلاك القانوني يكون بالتصرف في الشيء إلى الغير ، ومثل ذلك أن استعمال النقود يكون بإنفاقها .

أما الأشياء غير القابلة للإستهلاك *Choses non consomptibles* فهي الأشياء التي ينتفع بها دون أن تستهلك ، فهي لا تستهلك بمجرد الاستعمال ، وإنما تبقى ذاتيتها ، وإن بليت على طول الزمن بتكرار الاستعمال ، كالمنازل والعربات والأثاث .

ويقوم أساس هذه التفرقة بحسب الأصل على طبيعة الشيء . فكون الشيء قابلاً للإستهلاك أو غير قابل له تكون العبرة فيه ، بحسب الأصل ، بالاستعمال الذي يعد له وفقاً لطبيعته . غير أن إرادة الأفراد تستطيع أن تغير من هذا الوضع الذي يقوم على طبيعة الشيء ، فتجعل من الشيء القابل للإستهلاك شيئاً غير قابل له ، وكذلك العكس . ويتحقق ذلك إذا خصص الشيء لاستعمال غير الذي أعد له بحسب طبيعته . مثل ذلك أن النقود بطبيعتها أشياء قابلة للإستهلاك ، فهي تعد في العادة للإنفاق ، ولكنها قد تمار لصراف يعرضها مدة من الزمن ثم يردّها ، فتكون في هذه الحالة غير قابلة للإستهلاك . كذلك الكتب تعتبر بطبيعتها أشياء غير قابلة للإستهلاك ، ولكن قد يعير صاحب مكتبة نسخة من كتاب لصاحب مكتبة أخرى كي يبيعها ويرد له مثلها ، ففي هذه الحالة يكون الكتاب شيئاً قابلاً للإستهلاك . وتطبيقاً لذلك جاء في الفقرة الثانية من النص المذكور أنه يعتبر قابلاً للإستهلاك كل ما أعد في المتاجر للبيع .

وعليه تكون العبرة في التفرقة بالاستعمال الذي يعد له الشيء ، سواء كان

هذا الاستعمال هو الذي يعد له الشيء عادة بحسب طبيعته ، أو كان هو الذي يعد له الشيء بحسب ما خصصته له إرادة الأفراد . ونص المادة ٨٤ مدني مصري الذي ذكرناه يشمل هاتين الحالتين .

٣٧٠ - أهمية التفرقة :

يتضح من التفرقة التي ذكرناها أن الأشياء القابلة للاستهلاك تختلط بالنسبة إليها سلطة الاستعمال بسلطة التصرف ، بحيث لا يمكن أن يثبت للشخص عليها سلطة الاستعمال دون سلطة التصرف . ويترتب على ذلك ما يأتي :

(١) لا تصلح الأشياء القابلة للاستهلاك محلاً للحقوق العينية التي تخول صاحبها سلطة استعمال الشيء دون التصرف فيه . ولذلك لا يرد حق الانتفاع إلا على شيء غير قابل للاستهلاك . إذ أن حق الانتفاع يخول المنتفع استعمال الشيء واستغلاله دون التصرف فيه ، ويوجب على المنتفع أن يرد الشيء بعينه عند انتهاء حق الانتفاع . أما الشيء القابل للاستهلاك فيصح أن يرد عليه شبه حق الانتفاع ، حيث لا يلزم المنتفع إلا يرد بدل للشيء أي مثله عند انتهاء حقه (م ٢/٩٩٢ مدني مصري) .

(٢) كذلك لا تصلح الأشياء القابلة للاستهلاك لأن ترد عليها العقود التي تخول من صدرت إليه حقاً شخصياً يستطيع بمقتضاه أن يستعمل الشيء على أن يرده عند انتهاء العقد . ولذلك لا يرد عقد العارية إلا على شيء غير قابل للاستهلاك ، إذ أن هذا العقد يخول المستعير أن يستعمل الشيء على أن يرده بعد الاستعمال (م ٧٤٠ موجبات وعقود لبناني و م ٦٣٥ مدني مصري) . إنما يصلح الشيء القابل للاستهلاك لأن يرد عليه عقد قرض ، حيث تنتقل بموجب هذا العقد ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر إلى المقترض على أن يرد عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته (م ٧٦١ موجبات وعقود لبناني و م ٥٣٨ مدني مصري) .

المطلب الثالث

الأشياء المثلية والأشياء القيمة

٣٧١ - التفرقة وأساسها :

الأشياء المثلية *Choses fungibles* أو المثليات هي الأشياء التي لا تتفاوت آحادها تفاوتاً يعتد به ، ويكون لها نظائر في الأسواق ، ولذلك يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء . فهي أشياء تجري العادة على تعيينها في التعامل بالعدد كالنقود ، أو المقاس كالقماش من نوع معين ، أو الكيل كالحبوب من نوع معين ، أو الوزن كالقطن من نوع معين . وقد نصت عليها المادة ٨٥ من التقنين المدني المصري فقالت : « الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن » . ويلاحظ على هذا النص أن ما يقوله من قيام بعض الأشياء المثلية مقام بعضها عند الوفاء لا يحدد معنى المثلية ، وإنما يبين الأثر الذي يترتب عليها . أما معنى المثلية فهو ما قلناه من أن الأشياء لا تتفاوت آحادها تفاوتاً يعتد به ، حيث تكون لكل واحد منها ذات القيمة تقريباً .

أما الأشياء القيمة *Choses non fungibles* أو القيميات فهي الأشياء التي تتفاوت آحادها تفاوتاً يعتد به ، ولذلك لا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، كالأراضي والمنازل والحيوانات . وقد لا تتفاوت آحاد الشيء ، ولكن لا يوجد له نظير في الأسواق ، فيعتبر قيماً ، كنسخة وحيدة من كتاب لم يعد في السوق غيرها .

ويقوم أساس هذه التفرقة بحسب الأصل على طبيعة الشيء ، بمعنى أن يكون معيار التفرقة بين المثلي والقيمي معياراً مادياً . فالمثلي هو ما يوجد مثله بدون تفاوت يعتد به . والقيمي هو ما لا يوجد له مثل ، أو يوجد ولكن

مع التفاوت المعتد به في القيمة . على أن إرادة الأفراد قد تغير من هذا الوضع الذي يقوم على طبيعة الشيء ، فيصبح معيار التفرقة حينئذ معياراً شخصياً . فإذا اتجهت إرادة العاقدين إلى شيء مثلي بعينه فلا يقع الوفاء إلا به ، حتى ولو وجد له نظائر في الأسواق ، وحينئذ يكون الشيء قيمياً ، كما في حالة إعارة كتاب للاطلاع عليه ورده بذاته . وقد تجعل الإرادة من شيء قيمي بطبيعته شيئاً مثلياً ، كما في حالة قيام شركة بتقسيم أرض معدة للبناء إلى قطع متماثلة . فإذا تعهدت الشركة في هذا الفرض ببيع إحدى القطع دون تحديد لقطعة معينة بذاتها ، فإن ذمتها تبرأ بإعطاء أى من هذه القطع .

وبذلك تتضح الطريقة التي يعين بها الشيء في التعامل . فالأشياء المثلية تعين بنوعها ومقدارها ، نظر إلى ما هناك من تماثل بين أفرادها ، كالقمح يذكر من نوع هندي وأن مقداره مائة أردب . والأشياء القيمية تعين بذاتها ، فيوصف الواحد منها بأوصاف تميزه عن غيره بحيث تحدد ذاتيته ، كالأرض تذكر مساحتها وموقعها وحدودها . وعلى هذا النحو يوجد تطابق وارتباط بين تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية ، وتقسيمها إلى معينة بالنوع ومعيّنة بالذات . فالتقسيم الأول يقوم على صفة في الشيء من حيث هو مثلي أو قيمي ، والتقسيم الثاني يتعلق بطريقة تعيين الشيء عند التعامل ، ولكن التعيين يتم في ضوء الصفة التي تثبت للشيء سواء بحكم طبيعته أو بحسب نظرة المتعاقدين إليه . وهناك تقارب بين تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية ، وتقسيمها إلى قابلة وغير قابلة للاستهلاك . إذ الغالب أن تكون الأشياء المثلية قابلة للاستهلاك كالحبوب ، وأن تكون الأشياء القيمة غير قابلة للاستهلاك كالمنازل . غير أنه لا يوجد تطابق تام بين التقسيمين ، ومن ثم يجب عدم الخلط بينهما . فهناك من الأشياء المثلية ما يكون غير قابل للاستهلاك كالكتاب إذا طبعت منه نسخ عديدة . وهناك من الأشياء القيمية ما يكون قابلاً للاستهلاك كتحفة فنية فريدة تعرض في متجر للبيع ، أو مقدار من محصول لا نظير له في السوق .

تظهر أهمية التفرقة بين الأشياء المثلية والأشياء القيمية في حالات كثيرة نذكر منها ما يأتي :

(١) فيما يتعلق بالوفاء ، إذا التزم المدين بإعطاء شيء مثلي تعين بنوعه فإن الوفاء يتم إذا أعطى المدين أي شيء من ذات النوع . أما إذا كان الالتزام بإعطاء شيء قيمي تعين بذاته فلا تبرأ ذمة الدين إلا بالوفاء بهذا الشيء ذاته .

(٢) إذا التزم المدين بإعطاء شيء مثلي تعين بنوعه فلا ينقضي الالتزام لاستحالة التنفيذ ، حتى لو كان لديه كمية من هذا الشيء يعتمد عليها في الوفاء وهلك ، كما لو باع مقداراً من القمح معتمداً في الوفاء بالتزامه على ما يوجد في مخزنه من قمح ثم احترق المخزن بما فيه . ذلك أن المثليات يوجد لها نظائر في الأسواق ، فيكون في استطاعة المدين أن يحصل منها على ما يفي به . وهذا هو المعنى الذي جرى التعبير عنه في أقلام الفقهاء بأن « المثليات لا تهلك » . أما إذا كان الالتزام بإعطاء شيء قيمي تعين بذاته فإن هلاك هذا الشيء بسبب لا يد للمدين فيه يؤدي إلى انقضاء التزامه لاستحالة التنفيذ .

(٣) إذا التزم المدين بإعطاء شيء مثلي تعين بنوعه فلا ينشأ للدائن حق عيني على هذا الشيء إلا بافرازه ، لأنه حينئذ يتعين محل الحق العيني بذاته . أما إذا كان الالتزام بإعطاء شيء قيمي تعين بذاته فإن الحق العيني ينشأ للدائن بمجرد نشوء الإلتزام إذا كان الشيء مملوكاً للملتزم ، وذلك ما لم يكن الشيء عقاراً حيث لا ينشأ حق الدائن إلا بالتسجيل أو القيد .

(٤) لا تقع المقاصة القانونية إلا بين دينين متقابلين محل كل منهما إعطاء نقود أو مثليات متحدة في النوع والجودة (م ٣٢٩ موجبات وعقود لبناني و م ١/٣٦٢ مدني مصري) .

الباب الرابع

مصادر الحق

٣٧٣ - المقصود بمصدر الحق :

رأينا أن الحق هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون . فلا يثبت للشخص من حقوق إلا ما يقرره القانون . وبهذه المثابة يعتبر القانون مصدراً لجميع الحقوق . ولكن القانون في تقريره للحقوق يجعل كسبها رهيناً بتوفر أوضاع معينة يترتب عليها نشوء الحق . وعلى هذا النحو تكون هذه الأوضاع التي يتطلبها القانون هي المصدر المباشر للحق ، بينما يكون القانون هو المصدر غير المباشر . فالشخص إذا اشترى شيئاً من مالكة كسب ملكية هذا الشيء ، وفي هذه الحالة يكون المصدر المباشر لحق الملكية هو عقد السم ، أما القانون فهو المصدر غير المباشر .

والمصادر المباشرة بهذا المعنى هي التي تقصد في هذا المقام ، وهي التي ينصرف إليها اصطلاح مصادر الحق .

٣٧٤ - الواقعة القانونية

يطلق على المصادر المباشرة للحق بالمعنى الذي ذكرناه الوقائع القانونية . والواقعة القانونية *fait juridique* هي أمر يحدث فيرتب عليه القانون أثراً . هي بعبارة أخرى أية حادثة ، إرادية أو غير إرادية ، يكون من شأنها أن تعدل الوضع القانوني القائم . فليس كل ما يقع من حوادث يعتبر

وقائع قانونية . بل إن حادثة بعينها قد تكون واقعة قانونية في حالة ، بينما تكون في حالة أخرى مجرد واقعة لا يترتب عليها أثر ما . فالعبرة في اعتبار حادثة معينة واقعة قانونية بأن يرتب عليها القانون أثراً . فقد يقع زلزال في وقت ، فيكون وقوعه قوة قاهرة تعفي المدين من الوفاء بالتزامه ، وقد يحدث ذلك في وقت آخر فلا يترتب عليه أثر .

وتعتبر الواقعة القانونية بهذا المعنى مصدراً لكافة الآثار القانونية أياً كان نوعها . ومن ثم فلا يقتصر أثرها على إنشاء الحق ، بل يترتب عليها كذلك نقله أو تعديله أو انقضاؤه .

وتنقسم الوقائع القانونية إلى وقائع طبيعية ، ووقائع من فعل الإنسان :
(١) فالوقائع الطبيعية *faits naturels* هي التي تكون من عمل الطبيعة ، بحيث تكون مستقلة عن نشاط الشخص . فهي تشمل الظواهر الطبيعية ، كغروب الشمس ، فقد يترتب عليه انقضاء ميعاد قانوني . وتشمل الحوادث العارضة ، كفيضان نهر أو انفجار آلة في مصنع ، فقد يكون الأول قوة قاهرة وقد يكون الثاني حادثاً مفاجئاً ، وكلاهما يعفي المدين من الوفاء بالتزامه . وتشمل الوقائع التي تأتي من الجماد أو النبات أو الحيوان ، فالجوار ينشئ التزامات بين ملاك العقارات المتجاورة ، ونضوج غلة الأرض قد يحدد انتهاء عقد الإيجار ، وتناج المواشي التي يرعاها غير مالكتها قد يكون شركة بين المالك والراعي . وتشمل الحوادث التي تكون متصلة بالإنسان ، ولكن لا يدل في وقوعها ، كالولادة التي تبدأ بها شخصية الإنسان ، والموت الذي تنتهي به الشخصية وتنشأ للورثة حقوق ، والقصر الذي يؤثر على أهلية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية .

(٢) والوقائع التي من فعل الإنسان *faits de l'homme* هي التي يكون للإنسان دخل في وقوعها ، سواء صدرت عن إرادة منه أو عن غير إرادة . وهي على نوعين : أعمال مادية ، وأعمال أو تصرفات قانونية .

(أ) فالأعمال المادية *actes matériels* هي التي تصدر من الشخص

ويرتب عليها القانون أثراً بصرف النظر عن إرادة صاحبها . فسواء اتجهت إرادة الشخص إلى إحداث هذا الأثر أو اتجهت إلى غيره أو لم تتجه إلى إحداث أثر ما فإن القانون هو الذي يرتب على هذه الأعمال أثرها . فالشخص يأتي في حياته أعمالاً مادية كثيرة لا يدخل منها في نطاق الوقائع القانونية إلا الأعمال التي يترتب عليها أثر قانوني . وهذه الأعمال المادية ذات الأثر القانوني قد يريد بها الشخص ويريد الأثر المترتب عليها ، كما إذا قام بعمل نافع أثرى به الغير على حسابه دون سبب ، بأن قام مثلاً بإصلاح حائط للجدار معرض للسقوط دون أن يكون ملزماً بذلك ، فإن الجار يلتزم حينئذ بأن يرد إليه ما أنفقه . وقد يريد الشخص العمل ولا يريد الأثر المترتب عليه ، كما إذا قام بعمل غير مشروع عن قصد منه بأن ارتكب جريمة عن عمد ، فإنه يلتزم بالتعويض عن الضرر الذي لحق المضرور . وقد لا يريد الشخص العمل الصادر منه ولا يريد الأثر المترتب عليه ، كما إذا صدر منه عمل غير مشروع عن إهمال بأن صدم أحد المارة بسيارته ، فإنه يلتزم كذلك بالتعويض عن الضرر الذي يلحق المصاب . والحكم في هذه الحالات واحد ، وهو أن الأثر الذي يترتب على العمل المادي إنما يقع بقوة القانون كيفما كانت إرادة الشخص الذي صدر منه هذا العمل .

(ب) أما الأعمال أو التصرفات القانونية *actes juridiques* فهي أعمال الإرادة المحضة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين . حيث تعتمد في وجودها وفي آثارها على إرادة الشخص . وهي إما تصرفات صادرة من جانبين ، أي أي عقود تتم بتوافق إرادتين ، كالبيع والإيجار والوكالة ، أو تصرفات صادرة من جانب واحد ، أي تصرفات إنفرادية تنعقد بإرادة واحدة ، كالوصية والوعد بمحاضرة الموجه إلى الجمهور . والأمر الجوهري في هذه التصرفات أن قوامها الإرادة وأن آثارها تترتب بسلطان الإرادة لا بقوة القانون . فهذه الآثار تقع لأن الإرادة قد اتجهت إليها .

٣٧٥ - التمييز بين الواقعة المادية والتصرف القانوني :

يتضح مما تقدم الفارق بين التصرفات القانونية وما عداها من الوقائع القانونية .

فالتصرفات القانونية قوامها الإرادة ، وآثارها تترتب لأن الإرادة قد اتجهت إلى ترتيبها . أما الوقائع الطبيعية التي تكون عمل الطبيعة والأعمال المادية التي تكون من فعل الإنسان فقوامها واقعة مادية ، سواء تدخلت فيها إرادة الشخص أو لم تتدخل ، وآثارها يستقل القانون بترتيبها بصرف النظر عن إرادة الشخص .

ومن هذا يمكننا أن نجمع بين الوقائع الطبيعية والأعمال المادية تحت تسمية واحدة هي الوقائع المادية للمقابلة بينها وبين التصرفات القانونية^(١) . وذلك لاختلاف الأحكام التي يخضع لها كل من الطائفتين .

وهناك من الوقائع القانونية ما يجمع بين العنصر المادي والعنصر الإرادي معاً ، بحيث لا يترتب أثرها القانوني إلا بوجود واقعة مادية واتجاه الإرادة إلى ترتيب هذا الأثر . وهذه هي الوقائع المركبة والوقائع المختلطة . فإذا كانت الواقعة القانونية تتكون من واقعة مادية وتصرف قانوني كانت واقعة مركبة ، حيث تجري على كل من العنصرين أحكامه الخاصة به . ومثلها الشفعة ، ففيها يتم بيع العين المشفوع فيها مع قيام الشروع أو الجوار وهذا كله من قبيل الوقائع المادية ، كما يوجد إلى جانب ذلك إعلان الشفيع ورغبته

(١) يجري كثير من الفقهاء على استعمال اصطلاح الوقائع القانونية بمعنيين: الأول هو المعنى الواسع على اعتبار أن الوقائع القانونية تعبير يشمل المصادر جميعها ، وهو المعنى الذي راعيناه في المتن . والثاني هو المعنى الضيق للدلالة على الوقائع المادية فحسب . وبذلك فهم في أخذهم بهذا المعنى الضيق يقسمون المصادر إلى وقائع قانونية وتصرفات قانونية .

ولكننا آثرنا الاتجاه الآخر في الفقه توخياً للوضوح والدقة . فجرينا على أن اصطلاح الوقائع القانونية تعبير عام يشمل المصادر جميعها ، بحيث تنقسم هذه المصادر إلى وقائع مادية وتصرفات قانونية .

في الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانوني . وإذا كانت الواقعة القانونية يختلط فيها العنصر المادي بعنصر الإرادة كانت واقعة مختلطة ، حيث تتعدد طبيعتها بحسب العنصر الغالب فيها . ومثلها الاستيلاء ، ففيه تختلط الحيازة المادية بنية التملك ، ولكن العنصر المادي هو الغالب ، ولذلك يعتبر الاستيلاء من قبيل الوقائع المادية . ومثلها كذلك الوفاء ، إذ فيه يختلط تسليم الشيء الواجب أدائه وهو عنصر مادي ، بالاتفاق على قضاء الدين وهو عنصر إرادي ، ولكن العنصر الإرادي هو الغالب ، ومن ثم يعتبر الوفاء من قبيل التصرفات القانونية^(١) .

٣٧٦ - أهمية التمييز بين الواقعة المادية والتصرف القانوني :

يخلص مما ذكرناه أن الوقائع القانونية هي مصادر الروابط القانونية . فهذه المصادر إما أن تكون واقعة مادية أو تكون تصرفاً قانونياً . ولهذا التمييز أهميته من حيث اختلاف الأحكام التي تسري على كل من النوعين من المصادر .

فالتصرف القانوني قوامه الإرادة ، ولذلك ينفرد بالأحكام التي تتعلق بوجود الإرادة والتعبير عنها وشروط صحتها والشكل الذي يجب أن تفرغ فيه في بعض الحالات ومشروعية السبب الذي يدفعها والمحل الذي تنعقد عليه . ومن وجوه الاختلافات الهامة كذلك في هذا الصدد ما يتعلق بالإثبات . فالأصل في الوقائع المادية أنه يجوز إثباتها بجميع الطرق ، حتى بالبينة وبالقرائن . بينما الأصل في التصرفات القانونية أن يكون إثباتها بالكتابة إذا زادت قيمتها على مقدار معين . ذلك أن الوقائع المادية لا تسمح طبيعتها لصاحب الحق المترتب عليها أن يعنى بتهيئة دليل كتابي في شأنها ، ولذلك

(١) صاحب هذا التمييز بين الوقائع المركبة والوقائع المختلطة ، الأستاذ السهوري (الوسيط ج ١ ، الطبعة الثانية ص ١٤٥ في الهامش) .

كان الأصل فيها هو جواز إثباتها بجميع الطرق . فمثلا إذا طلب شخص تعويضاً عن ضرر أصابه بسبب جريمة ارتكبت ضده ، فلا يعقل أن يطالب هذا الشخص بدليل كتابي لإثبات الجريمة ، وإنما يكون له أن يثبتها بكل طرق الإثبات . أما التصرفات القانونية فهي عبارة عن اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني ، فهي تعتمد في وجودها وفي مدى آثارها على إرادة الشخص ، وبهذا تسمح طبيعتها أن يستلزم الشارع الدليل الكتابي في إثباتها وأن يستبعد البيئة والقرائن . فالمعقود مثلا ، كالبيع والإيجار والوكالة ، وهي تصرفات يبرمها الأفراد فيما بينهم ، تجب الكتابة في إثباتها بحسب الأصل^(١) .

وستكلم فيما يلي عن الواقعة المادية ، ثم عن التصرف القانوني .



الواقعة المادية

٣٧٧ - أهمية الواقعة المادية واثارها :

لم يهتد الفقه حتى اليوم إلى وضع نظرية عامة تنتظم الوقائع المادية على اختلاف أنواعها على نحو ما فعل بالنسبة إلى التصرفات القانونية . ولعل مرد ذلك إلى ما ظفر به التصرف القانوني من اهتمام كان له أثره في الحد من السعي نحو الكشف عن العناصر المشتركة بين الوقائع المادية المختلفة . مع أن

(١) راجع في هذا كتابنا في الإثبات فقرة ٢٢ و ١٩٠ .

الوقائع المادية لا تقل في أهميتها عن التصرفات القانونية ، حيث تترتب عليها آثار قانونية كثيرة .

وقد رأينا أن الواقعة المادية قد تكون واقعة طبيعية وقد تكون من عمل الإنسان ، وأنها في الحالين واقعة مادية في جوهرها سواء تدخلت فيها أداة الشخص أو لم تدخل ، بحيث يرتب القانون عليها آثارها بصرف النظر عن إرادة الشخص إذا كانت هناك إرادة . فآثار الوقائع المادية متنوعة بحيث يدخل فيها كل أنواع الحقوق .

فقد تكون الواقعة المادية مصدراً للحقوق السياسية . كما هي الحال عند بلوغ سن معينة ، وهو واقعة طبيعية ، حيث يثبت للشخص الحق في الانتخاب أو الترشيح أو تولي وظيفة معينة .

وقد تكون مصدراً لحقوق الشخصية . فالإنتاج الفكري واقعة مادية من فعل الإنسان تجعل للمؤلف الحق في أن ينسب إليه مصنفه ، وهذا حق أدبي من حقوق الشخصية .

وقد تكون مصدراً لحقوق الأسرة . فالبنوة ، وهي واقعة طبيعية ، تكون مصدراً لحقوق متبادلة بين الأب والإبن .

وقد تكون مصدراً للحقوق الشخصية . وأبرز الوقائع في هذا المجال واقعتان هامتان عنى بها الشارع ، وهما الفعل الضار والفعل النافع ، وكلاهما واقعة مادية من فعل الإنسان .

فالفعل الضار أو العمل غير المشروع ، يترتب عليه إلزام من ارتكبه بتعويض الضرر الذي نجم عنه (م ١٢٢ موجبات وعقود لبناني و م ١٦٣ مدني مصري) ، فيصبح المضرور دائماً بالتعويض . مثل ذلك أن يتلف شخص مال غيره ، حيث يجب عليه في هذه الحالة أن يدفع للمضرور تعويضاً عما لحقه من ضرر .

والفعل النافع أو الإثراء على حساب الغير بلا سبب يتحقق إذا وقع فعل ترتب عليه افتقار شخص وإثراء شخص آخر دون سبب قانوني ، فيجب على

المثري أن يرد إلى المفتقر قدر ما أثرى به في حدود ما لحق المفتقر من خسارة (م ١٤٠ موجبات وعقود لبناني وم ١٧٩ مدني مصري) ، أي أنه يرد أقل القيمتين ، وهما مقدار ما أثرى به ومقدار ما افتقر به الغير . مثل ذلك أن يقوم المستأجر بترميمات في العين المؤجرة واجبة على المؤجر ، فيكون على هذا الأخير أن يرد إلى المستأجر ما أنفقه في حدود ما زاد في قيمة العين بسبب هذه الترميمات . وهناك تطبيقان هامين للإثراء بلا سبب نظمهما الشارع بأحكام خاصة : الأول هو دفع غير المستحق ، وهو عبارة عن الوفاء بدين غير واجب على الموفى دون أن تكون لديه نية الوفاء بدين على غيره . ويترتب عليه التزام في ذمة الموفى له بأن يرد ما أخذه بدون حق إلى الموفى (م ١٤٣ موجبات وعقود لبناني وم ١٨١ / ١ مدني مصري) ، والثاني هو الفضالة ، وهي أن يتولى شخص عن قصد القيسام بشأن ضروري لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك . كأن يقوم شخص بإقامة جدار يوشك أن ينقض في بيت جاره الغائب ، أو يبادر إلى إسعاف ابن هذا الجار من إصابة مفاجئة . ويترتب على الفضالة أن يكون رب العمل ، وهو الذي تم العمل لحسابه ، ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي ، وهو الذي قام بالعمل ، وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف ، وأن يعرضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل (م ١٦٣ موجبات وعقود لبناني وم ١٩٥ مدني مصري) .

وبالإضافة إلى العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب توجد وقائع مادية أخرى كثيرة لها آثارها في مجال الالتزامات . من ذلك أن القرابة يترتب عليها في حالات معينة الالتزام بالنفقة . والجوار يترتب عليه فيما بين الملاك المتجاورين أن يكون لكل منهم أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة (م ٨١٣ مدني مصري) . ووفاة الدائن يترتب عليها انتقال حقه إلى ورثته . والقوة القاهرة التي يستحيل بسببها تنفيذ الالتزام يترتب عليها انقضاء هذا الالتزام (م ٣٤١ موجبات وعقود لبناني وم ٣٧٣ مدني مصري) .

كذلك قد تكون الواقعة المادية مصدراً للحقوق العينية^(١). فالموت، وهو واقعة طبيعية، ينشئ للوارث حقاً في ملكية نصيبه من أموال مورثه. والاستيلاء على منقول لا مالك له، وهو واقعة مادية مختلطة، يترتب عليه كسب ملكية هذا المنقول (م ٨٧٠ مدني مصري). والالتصاق، وهو اتحاد أو اندماج شيئين اندماجاً مادياً سواء كان ذلك بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان، يترتب عليه أن يكسب مالك الشيء الأصلي ملكية الشيء الذي التصق به. ومثل الالتصاق بفعل الطبيعة، وهو الذي يقال له الالتصاق الطبيعي، أن تزيد مساحة الأرض بتراكم الطمي الذي يجلبه النهر إلى جوارها، فتصبح الزيادة ملكاً لصاحب الأرض (م ٢٠٦ ملكية عقارية لبناني وم ٩١٨ مدني مصري). ومثل الالتصاق بفعل الإنسان، وهو الذي يقال له الالتصاق الصناعي، أن يبني شخص في أرض الغير، فيصبح البناء ملكاً لصاحب الأرض على أن يدفع للبناني تعويضاً يختلف مقداره بحسب ما إذا كان الباني سيء النية أم حسن النية (م ٢١٦ و ٢١٧ ملكية عقارية لبناني وم ٩٢٤ و ٩٢٥ مدني مصري). والشفعة واقعة مركبة كما سبق أن رأينا، وهي سبب لكسب الملكية والانتفاع والحكر. والحيازة واقعة مادية مختلطة، ففيها يختلط وضع اليد المادي بنية التملك، ولكن العنصر المادي هو الغالب، ولذلك تعتبر الحيازة من قبيل الوقائع المادية. ويترتب عليها إمكان كسب ملكية العقار إذا استمرت مدة معينة يختلف مقدارها بحسب ما إذا كانت مقترنة بحسن النية ومستندة إلى سبب صحيح أم لم تكن كذلك (م ٢٥٧ ملكية عقارية لبناني وم ٩٦٨ و ٩٦٩ مدني مصري). كما يترتب عليها كسب ملكية المنقول في الحال إذا كانت مقترنة بحسن النية ومستندة إلى سبب صحيح (م ٣٠٧ أصول محاكمات مدنية لبناني وم ٩٧٦ مدني مصري).

(١) راجع كتابنا في حق الملكية فقرة ٢٣٧ وما بعدها.

وقد تكون مصدراً للحقوق المعنوية . فالخلق الذهني واقعة مادية من فعل الإنسان كما قلنا ، ويترتب عليه ثبوت حق الشخص على إنتاجه الذهني سواء من الناحية الأدبية أو من الناحية المالية .

الفصل الثاني

التصرف القانوني

٣٧٨ - تعريف . أهمية التصرف القانوني :

التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين . فالتصرف في جوهره إرادة ، وآثاره تحددها هذه الإرادة . وبذلك يتميز التصرف عن الواقعة المادية ، فهذه الواقعة مادية في جوهرها ولو حصل في بعض الصور أن تدخلت الإرادة في وجودها ، وآثارها يحددها القانون بصرف النظر عن الإرادة إذا كانت هناك ثمة إرادة .

والتصرف القانوني إما أن ينعقد بتوافق إرادتين ، وهذا هو العقد ، وهو أهم صورة للتصرف في الحياة العملية . ومثله عقد البيع ، فهو ينعقد بتوافق إرادتي البائع والمشتري ، حيث تتجه إرادة البائع إلى نقل ملكية المبيع ، وتتجه إرادة المشتري إلى الالتزام بالثمن . وإما أن ينعقد بإرادة واحدة ، وهذا هو التصرف بإرادة منفردة . ومثله الوصية ، فهي تنعقد بإرادة الموصي وحدها دون حاجة إلى قبول الموصى له كي يتم هذا الانعقاد ، وفيها تتجه إرادة الموصي إلى تملك الموصى له الشيء الموصى به تملكاً مضافاً إلى ما بعد الموت .

وقد ظفر التصرف القانوني باهتمام بالغ أدى إلى وضع نظرية عامة يرتد إليها في صوره المختلفة . وقد وردت هذه النظرية في بعض التشريعات، أولها التقنين الألماني الذي طبق في سنة ١٩٠٠ ، ثم سار على هذا النهج كثير من التشريعات الحديثة .

وكان هذا الاهتمام موجهاً في أول الأمر إلى العقد باعتباره أهم التصرفات القانونية . ولذلك فإن كثيراً من التشريعات ، ومن بينها تقنين الموجبات والعقود اللبناني والتقنين المدني المصري ، قد ذكرت أحكام التصرف القانوني بمناسبة تنظيمها للعقد .

وسنعرض بإيجاز أنواع التصرف القانوني وشروطه وآثاره .

الفرع الأول

أنواع التصرف القانوني

٣٧٩ - تقسيمات متعددة :

للتصرف القانوني تقسيمات عديدة بحسب الوجهة التي ينظر إليه من خلالها . فهو ينقسم من حيث الأثر الذي يعود على من أبرمه إلى تصرف نافع نفعاً محضاً وتصرف ضار ضرراً محضاً وتصرف دائر بين النفع والضرر . وقد سبق أن عرضنا لهذا التقسيم في كلامنا عن الأهلية ^(١) ، ورأينا ما له من أهمية بالغة فيما يتعلق بأهلية الشخص للتصرف في ماله إذا كان قاصراً أو أصاب عارض من عوارض الأهلية .

ويقرب من هذا التقسيم تقسيم التصرف القانوني إلى تصرف بعوض acte à titre onéreux أي معاوضة، وتصرف بدون عوض acte à titre gratuit

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٠٦ .

أي تبرع . فالأول هو الذي يأخذ فيه المتصرف مقابلاً لما أعطاه كالبيع والإيجار ، والثاني هو الذي يعطي فيه المتصرف ولا يأخذ كالهبة والوصية . ولهذا التقسيم أهميته فيما يتعلق بأحكام الدعوة البولصية (م ٢٧٨ موجبات وعقود لبناني وم ٢٣٨ مدني مصري) ، وهي دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة في حق الدائن . فإذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . أما إذا كان التصرف تبرعاً فإنه لا ينفذ في حق الدائن ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً وكان من صدر له التبرع حسن النية .

وينقسم التصرف القانوني كذلك من حيث الوقت الذي تترتب فيه آثاره إلى تصرف فيما بين الأحياء *acte entre vifs* ، وتصرف مضاف إلى ما بعد الموت *acte à cause de mort* . فالأول هو الذي تترتب آثاره حال حياة صاحبه أو أطرافه بحيث لا يكون ترتيبه لهذه الآثار رهيناً بموته أو بموتهم ، كالهبة والبيع والإيجار. والثاني هو الذي لا ينتج آثاره إلا بعد موت صاحبه ، كالوصية ، فهي لا تنتج أثرها في نقل الحق الموصى به إلا بعد موت الموصي. وتبدو أهمية هذا التقسيم من وجهين : الأول أن التصرف المضاف إلى ما بعد الموت يكون تصرفاً غير لازم ، بمعنى أنه يجوز للموصي أن يصر على وصيته أو يرجع عنها حال حياته (م ١٨ من قانون الوصية المصري) ، ويجوز للموصي له أن يقبلها أو يردها بعد موت الموصي (م ٢٠ من قانون الوصية المصري) . والثاني أن من يبرم هذا التصرف تكون حرية مقيدة في تصرفه حتى لا يضر بما لورثته من حقوق في أمواله ، حيث جعل الشارع القسدر الذي تنفذ فيه الوصية من غير حاجة إلى إجازة الورثة هو ثلث التركة ، أما فيما يزيد على هذا الثلث فلا تنفذ الوصية إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي (م ٣٧ من قانون الوصية المصري) .

وهناك تقسيماً آخران على جانب من الأهمية نتناولهما فيما يلي : الأول هو

تقسيم التصرف إلى تصرف صادر من جانب واحد وتصرف صادر من جانبين .
والثاني تقسيمه إلى تصرف منشىء وتصرف كاشف أو مقرر .

٣٨٠ - التصرف الصادر من جانب واحد والتصرف الصادر من جانبين :

هذا تقسيم للتصرف القانوني من حيث تكوينه . فقد يتم التصرف بإرادة منفردة ، حيث يبرمه شخص واحد يعمل بوصف واحد ^(١) ، فيقال له تصرف صادر من جانب واحد acte unilatéral . ومن أمثله الوصية تنعقد بإرادة الموصي وحده ، والوقف يتم بإرادة الواقف ، والنزول عن الحق العيني يتم بإرادة صاحب الحق كما لو نزل المنتفع عن حقه في الانتفاع أو نزل مالك العقار المرتفق عن حق الارتفاق ، والوعد بمحاضرة الموجه إلى الجمهور حيث يلتزم الواعد بمجرد إعلان إرادته على الجمهور بأن يقدم الجائزة لمن يقوم بالعمل المطلوب خلال المدة المحددة . وقد يلزم لإنشاء التصرف توافق إرادتين أو أكثر ، حيث يبرمه طرفان ، فيقال له تصرف صادر من جانبين acte bilatéral . وهذا هو العقد . ومن أمثله عقود البيع والإيجار والعمل والوديعة والتأمين والكفالة . والعقد هو الصورة الأكثر وقوعاً في الحياة العملية للتصرف القانوني ، وآثاره تترتب بإرادة الطرفين على النحو الذي يريدانه ، فهي لا تقع تحت حصر ولا يقيدها إلا أن تكون غير مخالفة للنظام العام والآداب . إذ في هذا المجال يستطيع كل من الطرفين أن يلزم نفسه نحو الآخر بإرادته . أما التصرف بإرادة منفردة فآثاره محدودة نظراً إلى أن الشخص لا يستطيع أن يلزم غيره بإرادته وحدها .

٣٨١ - التصرف المنشىء والتصرف الكاشف أو المقرر :

يقوم هذا التقسيم على مدى أثر التصرف القانوني في الحقوق . فقد يكون

(١) فلا يكون تصرفاً بإرادة منفردة ذلك الذي يبرمه شخص واحد يعمل بوصفين مختلفين ، كما في حالة تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه ، إذ أن هذا يعتبر عقداً .

هذا الأثر إنشاء للحق ، وقد يكون كشفاً أو تقريراً له .

فالتصرف المنشىء *acte constitutif* هو الذي ينشئ الحق ابتداءً أو انتقالاً من شخص آخر . إذ في الحالين يكون للتصرف أثر منشىء بالنسبة إلى من كسب الحق ، حيث يكسبه حقاً لم يكن له من قبل (١) . فعقد الزواج ينشئ لكل من الزوجين نحو الآخر حقوقاً مبتدأة ، بمعنى أنها لم تكن موجودة من قبل . وعقد البيع ينشئ للبائع الحق في الثمن وينقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري . وعقد المقايضة ينقل إلى كل من الطرفين حقاً كان ثابتاً من قبل للطرف الآخر .

أما التصرف الكاشف أو المقرر *acte déclaratif* فلا يكسب الشخص حقاً لم يكن له من قبل ، وإنما يتناول حقاً للشخص كان موجوداً من قبل بمقتضى مصدر آخر ، فيخلصه من أوضاع كانت تحد من فاعليته أو تشوب تحديده .

فالصالح تصرف كاشف ، إذ أنه عقد لا ينقل الحق الذي كان محلاً للنزاع من أحد المتصالحين إلى الآخر ، وإنما يحسم هذا النزاع بأن ينزل كل منهما عن جزء من ادعائه معترفاً للآخر ببعض ما يدعيه ، وبذلك يكسب الحق المعترف به تأكيداً لم يتوفر له عندما كان محلاً للنزاع .

وقسمة المال الشائع تصرف كاشف كذلك ، فهي لا تنقل إلى المتقاسم حقاً جديداً ، وإنما تكشف عن حق ثابت له منذ بدء الشيوع ، وذلك بالإفراز . فإذا فرضنا أن كان المال الشائع قطعة أرض ورثها الشركاء ، فإن الميراث يكون هو مصدر حق الشريك في هذه الأرض ، فإذا تمت القسمة بين الورثة فاختص كل منهم بجزء مفرز من هذه الأرض بقي الميراث هو مصدر حق كل

(١) كثيراً ما يطلق الفقه التصرف المنشىء على التصرف الذي ينشئ الحق ابتداءً ، ويطلق التصرف الناقل *acte translatif* على التصرف الذي ينقل الحق من شخص إلى آخر . ولكن في مجال المقارنة بالتصرف الكاشف أو المقرر يكون المقابل لهذا التصرف هو التصرف المنشىء بالمعنى الذي ذكرناه في المتن ، أي التصرف الذي ينشئ الحق ابتداءً أو انتقالاً من شخص آخر .

منهم على الجزء المفرز الذي اختص به ، واقتصر أثر القسمة على تحويل الملكية الشائعة إلى ملكية مفرزة . فبعد أن كان حق الشريك حصة شائعة في المال الشائع كله في حدود نسبة معينة كالثلث أو الربع مثلا ، فإنه يصبح بالقسمة ملكية مفرزة ترد على جزء يختص به المتقاسم دون غيره ، وهذا هو الأثر الكاشف للقسمة (١) .

ويتضح من هذا أن التصرف الكاشف ، وإن كان لا يكسب الشخص حقاً لم يكن له من قبل ، إلا أنه يحدث جديداً في الأوضاع القانونية القائمة . وتظهر أهمية هذه التفرقة بين التصرف المنشئ والتصرف الكاشف في نواح عديدة ، نذكر منها أن التصرف الكاشف لا يصلح سبباً صحيحاً لتملك العقار بالتقادم القصير ، وهو التقادم الخمسي . إذ أن السبب الصحيح في هذا الصدد تصرف من شأنه أن ينقل الملكية أو الحق العيني إلى الحائز باعتباره خلفاً خاصاً للمتصرف لو أنه كان صادراً من المالك أو صاحب الحق . فهو تصرف منشئ لا يعيبه إلا أنه صادر من غير صاحب الحق (٢) .

(١) انظر في هذا الخصوص : كتابنا في حق الملكية ، فقرة ١٥٣ وما بعدها .
(٢) كما نذكر منها في القانون المصري ما يتعلق بأثر التسجيل . ذلك أن القانون المصري يوجب تسجيل التصرفات التي ترد على حقوق عينية أصلية عقارية ، ولكنه يفرق في هذا الصدد بين التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة . فالتصرفات المنشئة يجب تسجيلها لكي تحدث أثرها في الحق الذي ترد عليه سواء فيما بين أصحاب الشأن أو بالنسبة إلى الغير (م ٩ من قانون الشهر العقاري المصري) . أما التصرفات الكاشفة فيجب تسجيلها لكي تكون حجة على الغير فحسب (م ١/١٠ من قانون الشهر العقاري المصري) . فعقد بيع العقار ، وهو تصرف منشئ ، لا يترتب عليه انتقال ملكية العقار من البائع إلى المشتري سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير إلا من وقت تسجيله ، وإلى أن يتم هذا التسجيل يظل البائع مالكا للعقار ويقتصر أثر العقد على إنشاء حقوق شخصية بين المتعاقدين . بينما القسمة العقارية ، وهي تصرف كاشف ، يترتب عليها بمجرد حصولها وقبل تمام التسجيل أن يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه ، ولكن لا يجوز الاحتجاج على الغير بهذه الملكية المفرزة إلا بعد تسجيل القسمة . فإذا باع أحد الشركاء نصيبه شائماً في العقار وسجل المشتري عقده قبل تسجيل عقد القسمة فإن هذه القسمة لا تكون حجة عليه ، بحيث يحق له إذا لم يقبلها أن يطلب إجراء قسمة جديدة ، أما إذا كان تسجيل القسمة سابقاً على تسجيل البيع فإن القسمة تكون حجة على المشتري .

الفرع الثاني

شروط التصرف القانوني

٣٨٢ - بيان الشروط والجزاء الذي يترتب على تخلفها :

يخضع التصرف القانوني لنوعين من الشروط : شروط الانعقاد ، وهي أركان التصرف ، وشروط الصحة .

وشروط انعقاد التصرف ، أي أركانه ، هي الشروط اللازمة لوجوده ، وهي الإرادة والمحل والسبب ، وكذلك الشكلية في بعض التصرفات . أما شروط صحة التصرف فهي الشروط اللازمة لكي يستقر التصرف وتترتب عليه آثاره بصفة نهائية ، وهي الاهلية وسلامة الإرادة من العيوب .

وهذه الشروط جميعها ، سواء ما تعلق منها بانعقاد التصرف وما تعلق بصحته ، تدور كلها حول الإرادة . فشروط انعقاد التصرف هي الشروط التي يجب توافرها حتى تعتبر الإرادة موجودة قانوناً . وشروط صحة التصرف هي الشروط اللازمة لكي تكون الإرادة سليمة .

ويتضح من هذا ما رأيناه من أن الإرادة هي قوام التصرف ، أي أنها ركنه وجوهريه . ومن ثم فإن المحل والسبب يعتبران من عناصر الإرادة ، لأن الإرادة المعتبرة قانوناً هي التي تتجه إلى التصرف وهي على بينة من المحل ومدركة للسبب ، وإلا كانت إرادة غير واعية لا يحفل بها القانون .

والجزاء الذي يترتب في هذا الشأن هو البطلان . فإذا تخلف أحد الأركان كان التصرف باطلاً ، وإذا تخلف أحد شروط الصحة كان التصرف قابلاً للإبطال .

ومن هذا نتكلم في أركان التصرف ، ثم في شروط صحته ، ثم في البطلان .

أركان التصرف هي كما قلنا الإرادة والمحل والسبب . وقد يفرض القانون أن يكون التعبير عن الإرادة في شكل معين، وفي هذه الحالة تكون الشكلية ركناً في التصرف كذلك . وسنعرض لهذه الأركان فيما يلي :

أولاً : الإرادة : هذه هي ركن التصرف وجوهره كما قلنا . وقد رأينا أن التصرف قد ينشأ بإرادة واحدة، وهذه هي الحال في التصرفات الانفرادية الصادرة من جانب واحد ، كما في الوصية والوقف والنزول عن الحق العيني والوعد بجائزة الوجه إلى الجمهور . وقد يلزم لإنشاء التصرف توافق إرادتين ، فيتحقق هذا التوافق باقتران إرادتين متطابقتين ، ويكون ذلك في العقد ، كالبيع والإيجار والعارية والوكالة .

ولكي تقوم الإرادة *la volonté* بدورها في التصرف يجب أن توجد قانوناً ، وأن تتجه إلى إحداث أثر قانوني ، وأن يعبر عنها (١) .

فيجب لقيام التصرف أن توجد إرادة لدى من يبرمه . فمعدوم الإرادة لا تصدر منه إرادة يعتد بها القانون وتهدر تصرفاته . كما هي الحال فيمن فقد التمييز لصغر في السن أو جنون ، ومن فقد الوعي لسكر أو مرض ، ومن انعدمت إرادته تحت تأثير الإيحاء بالتنويم المغناطيسي .

وإذا وجدت الإرادة فلا يحفل بها القانون إلا إذا اتجهت إلى إحداث أثر قانوني . فلا عبرة بالإرادة التي لم تتجه إلى إحداث مثل هذا الأثر ، كما في أعمال المجاملات ، وقبول القيسام بخدمة مجانية ، والاتفاقات التي تقوم بين أعضاء الأسرة دون أن تنطوي على نية الالتزام .

واتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني هو في ذاته مسألة نفسية لا يعني بها القانون إلا إذا أعلن عنها ، وذلك بالتعبير عن هذه الإرادة . فالتعبير هو مظهر الإرادة الخارجي المحسوس . وهو إما صريح أو ضمني . فالتعبير الصريح

(١) انظر في تفصيل ذلك كتابنا في مصادر الالتزام فقرة ٦٧ وما بعدها .

هو الذي يفصح عن الإرادة بطريقة مباشرة ، أي بوسيلة تكشف عن الإرادة حسب المؤلف بين الناس . فقد يكون بالفاظ يؤديها اللسان مباشرة ، أو يؤديها بالواسطة كما يحصل عند الاتصال بالتليفون . وقد يكون بالكتابة في أية صورة من صورها . وقد يكون بالإشارة المتداولة عرفاً بحيث يتواضع الناس على معنى خاص لها ، كهز الرأس عمودياً دلالة على القبول . وقد يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على المعنى المقصود ، كأن يعرض تاجر بضاعته على الجمهور مع بيان ثمنها . والتعبير الضمني هو الذي ينبىء عن الإرادة بطريقة غير مباشرة ، أي بوسيلة لا تتفق والمؤلف بين الناس في الكشف عن هذه الإرادة ، ولكن يمكن أن تستنبط منها دلالة التعبير في ضوء ظروف الحال . مثل ذلك أن يبيع شخص شيئاً عرض عليه لكي يشتريه ، إذ أن هذا التصرف يدل على قبوله الشراء .

ثانياً : المحل : المقصود بالمحل objet هو الأثر القانوني الذي تتجه إليه الإرادة . وأثر التصرف هو إنشاء حق أو التزام . ومن ثم فللتزام محل وللصرف محل آخر .

فمحل الالتزام هو الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن . وهو إما إعطاء شيء ، أو عمل إيجابي غير الإعطاء ، أو امتناع عن عمل . فيجب لوجود التصرف ان تتجه الإرادة إلى إنشاء حق أو التزام محله ممكن ومعين ومشروع . ونحيل فيما يتعلق بهذه الشروط على ما سبق أن ذكرناه في هذا الشأن عند الكلام في محل الحق^(١) .

ومحل التصرف هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء التصرف . وإذا كان أثر التصرف هو إنشاء التزامات فإن هذه الالتزامات ترمي في مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من التصرف . فيجب كذلك لوجود التصرف أن تكون هذه العملية القانونية مشروعة . ومثل محل التصرف غير

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٥٠ .

المشروع أن القانون يحرم التعامل في شركة مستقبلية لشخص على قيد الحياة (م ٢/١٨٨ موجبات وعقود لبناني وم ٢/١٣١ مدني مصري). ومثل ذلك أيضاً أن القانون يحرم شراء الحق المتنازع فيه بالنسبة إلى القضاة وأعضاء النيابة إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها (م ٣٨٠ موجبات وعقود لبناني وم ٤٧١ مدني مصري) .

ثالثاً : السبب : المقصود بالسبب كركن في التصرف هو الغرض من الالتزام وكذلك الباعث إلى التصرف . ذلك أن للالتزام سبب وللتصرف سبب آخر .

فسبب الالتزام هو الغرض المباشر المجرد الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه . فمثلاً في عقد البيع يلتزم البائع بنقل الملكية ويكون غرضه المباشر من هذا الالتزام هو حصوله على الثمن ، كما يلتزم المشتري بدفع الثمن ويكون غرضه المباشر من ذلك هو حصوله على المبيع . ويشترط لوجود التصرف أن يكون سبب الالتزام بهذا المعنى موجوداً ومشروعاً . ويكون السبب غير موجود إذا تصرف الشخص وهو على بينة من أن السبب غير موجود ، كان يكره أحد المتعاقدين على التوقيع على تعهد بدين وهو غير مدين ، إذ في هذه الحالة لا يوجد للالتزام سبب ، فيكون العقد باطلاً لانعدام السبب . ويكون السبب غير مشروع إذا كان يخالف النظام العام أو الآداب ، كأن يتعهد شخص بارتكاب جريمة في مقابل دفع مبلغ من النقود .

وسبب التصرف هو الباعث الدافع إلى التصرف . ويجب لوجود التصرف أن يكون هذا الباعث مشروعاً ، أي غير مخالف للنظام العام أو الآداب . ومثل الباعث غير المشروع أن تعقد هبة ويكون الباعث عليها إيجاد علاقة جنسية غير شرعية . إنما يشترط لبطلان التصرف في هذه الحالة أن يكون الطرف الآخر على علم بهذا الباعث ضمناً لاستقرار التعامل^(١) .

رابعاً : استثناء : الشكلية : القاعدة اليوم هي رضائية التصرفات القانونية .

(١) انظر في تفصيل ذلك كتابنا في مصادر الالتزام فقرة ١٢٨ وما بعدها .

أي أن الإرادة وحدها تكفي لانعقاد التصرف ، كما هي الحال في البيع والإيجار وغيرها من التصرفات الرضائية . فليس هناك مظهر خاص يتحتم أن يتخذه التعبير عن الإرادة ، إذ القاعدة في التعبير أنه لا يخضع لشكل ما . وهذا هو مقتضى مبدأ الرضائية . فالمتصرف يفصح عن إرادته بالوسيلة التي تحلو له ، ولا يهم بعد ذلك نوع هذه الوسيلة ما دام أنها تعبر عن الإرادة . ومن هذا رأينا أن التعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً أو ضمنياً .

غير أن القانون قد يتطلب أن يكون التعبير عن الإرادة مفرغاً في شكل خاص . وهذه الشكلية قد تكون كتابة رسمية . كما هي الحال في هبة العقار في القانون المصري (م ٤٨٨ مدني) ، حيث لا تنعقد الهبة إلا بورقة رسمية ، أي ورقة يحررها موظف مختص . وكذلك هبة العقار في القانون اللبناني (م ٥١٠ موجبات وعقود) ، حيث لا تنعقد الهبة إلا بقيدها في السجل العقاري ، وهو قيد يتولاه موظف مختص . وقد تكون الشكلية كتابة عرفية ، كما هي الحال في عقد الشركة المدنية (م ٨٤٨ موجبات وعقود لبناني و م ٥٠٧ مدني مصري) . ففي مثل هذه الحالات تكون الشكلية ركناً لازماً لانعقاد التصرف . ولكنها شكلية فرضها القانون استثناء لغرض يتصل بالصالح العام ، هو في الغالب حماية المتصرف بتنبيه إلى خطورة ما هو مقدم عليه .

وتجب التفرقة بين الشكلية وطريقة الشهر وطريقة الإثبات .

فإذا استلزم الشارع كتابة رسمية أو عرفية لوجود التصرف ، كما هو واضح مما ذكرنا ، كانت هذه الكتابة شكلية مطلوبة لانعقاد ، فإذا تخلفت لا ينعقد التصرف ، أي يكون باطلاً .

والشهر يوجب الشارع بالنسبة إلى التصرفات التي تتعلق بحق من الحقوق العينية العقارية . وذلك للاعلان والشهر . والجزاء الذي يترتب على عدم الشهر هو أن تتعطل بعض آثار التصرف ، إذ أن الشهر ليس شرطاً لانعقاد

التصرف^(١) ، فهو ليس من قبيل الشكلية . فبيع العقار مثلاً الذي لم يقيد في السجل العقاري وفقاً للقانون اللبناني أو لم يسجل وفقاً للقانون المصري ينعقد وتترتب آثاره ، وذلك فيما عدا انتقال الملكية ، إذ أن هذا الانتقال لا يتحقق إلا بتمام الشهر . والشارع إذ يفرض الشهر على هذا النحو لا يفعل ذلك تعنتاً ولا رغبة في التعقيد ، وإنما مراعاة للصالح العام الذي يتطلب العلانية في بعض التصرفات الهامة لتأمين المعاملات .

وإذا تطلب القانون كتابة لإثبات التصرف ، كما هي الحال بالنسبة إلى التصرف الذي تزيد قيمته على ٢٧٥ ليرة في القانون اللبناني (٢٤١ أصول محاكمات مدنية) أو على عشرين جنيهاً في القانون المصري (م ٦٠ من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨) ، فإن عدم توفر هذه الكتابة لا أثر له على وجود التصرف قانوناً . إذ يمكن إثبات مثل هذا التصرف بالإقرار أو اليمين . والشارع في اشتراطه الكتابة لإثبات التصرفات إنما يرمي إلى توفير وسيلة تكون أضمن من شهادة الشهود في الدلالة على وجود التصرف حتى يكون التعامل على أساس مكين .

٣٨٤ - شروط صحة التصرف :

رأينا أن شروط صحة التصرف هي الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب . وتتناول هذه الشروط فيما يلي :

أولاً : الأهلية : يجب لصحة التصرف ، أي لكي يستقر وتترتب عليه آثاره بصفة نهائية ، أن يكون صادراً من شخص كامل الأهلية لإبرامه . فإذا كان الشخص فاقداً للأهلية لمباشرة التصرف كان هذا راجعاً إلى فقدان الإرادة ، وفي هذه الحالة يتخلف ركن الإرادة ، فلا ينعقد التصرف . أما إذا كان المتصرف ناقص الأهلية فإن الإرادة تكون موجودة ، ولكنها

(١) وذلك فيما عدا هبة العقار في القانون اللبناني كما ذكرنا .

تعتبر إرادة قاصرة في نظر القانون . فالذي يحول دون صحة التصرف في هذه الحالة هو نقص الأهلية بسبب قصور الإرادة . وحينئذ يكون التصرف قابلاً للإبطال ، فإذا قضى بإبطاله زال كأنه لم يكن ، وإذا أجازته من له حق الإجازة صح نهائياً . ونحيل هنا على ما سبق أن فصلناه في كلامنا عن الأهلية .

ثانياً : سلامة الإرادة من العيوب : يجب كذلك لصحة التصرف أن تكون إرادة المتصرف سليمة .

وهناك فارق بين إرادة غير موجودة وإرادة معيبة . فعدم وجود الإرادة معناه أن من باشر التصرف كان فاقداً للإرادة ، أو أن إرادته لم تتجه إلى إحداث أثر قانوني ، وفي كلا الحالتين يتخلف ركن التصرف فيقع باطلاً كما ذكرنا في كلامنا عن أركان التصرف .

أما الإرادة المعيبة فهي إرادة موجودة ، ولكنها لم تصدر عن بيئة واختيار ، ولذلك فهي لا تحول دون انعقاد التصرف ، إنما يكون لمن عيبت إرادته أن يطلب إبطال هذا التصرف ، أي يكون التصرف قابلاً للإبطال . وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

فالغلط l'erreur وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته ويكون هو الدافع إلى التصرف . كأن يشتري شخص تمثالاً يعتقد أنه أثرى وهو ليس كذلك ، أو يشارك شخصاً بحسبه قريباً له فيتبين أنه أجنبي .

والتدليس (الخديعة) le dol هو استعمال حيلة توقع الشخص في غلط يدفعه إلى التصرف . كان يظهر شخص بمظهر اليسار على غير الحقيقة وينتحل لنفسه صفات يكون من شأنها أن تخدع المتعاقد .

والإكراه (الخوف) Violence هو العمل الذي يبعث في نفس الشخص رهبة تحمله على التصرف . كما في تهديد شخص بخطف ولده أو بإثارة فضيحة لملحه على دفع مبلغ من النقود .

والإستغلال l'exploitation يتحقق إذا كانت التزامات المتصرف لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه من فائدة بموجب التصرف ، وتبين أن المتصرف المغبون لم يبرم التصرف إلا لأن الطرف الآخر قد استغل فيه ضعفاً معيناً ، كالضيق أو الطيش أو عدم الخبرة في القانون اللبناني ، وكالطيش البين أو الهوى الجامح في القانون المصري . ومثل الطيش أن يرث شاب مالا كثيراً فيستغل فيه المراهون نزقه وطيشه ويحصلون منه على عقود تودي بأمواله . ومثل الهوى أن يتزوج رجل طاعن في السن امرأة في مقببل العمر تستغل هواه فتجعله يبرم لصالحها وإصالح أولادها عقوداً يؤثرم بها على زوجة أخرى وأولاد آخرين .

٣٨٥ - البطلان :

البطلان la nullité هو الجزاء الذي فرضه القانون على عدم توفر ركن من أركان التصرف أو شرط من شروط صحته . وهو عبارة عن انعدام أثر التصرف بالنسبة إلى المتصرف وبالنسبة إلى الغير .

فقد رأينا أن أركان التصرف هي الإرادة والمحل والسبب ، وكذلك الشكل في التصرفات الشكلية . ومن ثم يقع التصرف باطلاً في الحالات الآتية : إذا أبرمه شخص فاقد الأهلية . وإذا انعدمت فيه الإرادة أو المحل أو السبب ، أو إذا لم تتوافر في المحل أو السبب شروطه الجوهرية . وإذا اشترط القانون فيه شكلاً لانعقاد ولم يتوافر هذا الشكل . وإذا ورد في القانون نص خاص على البطلان ، كما في حالة اشتراط المدة لانعقاد الوعد بالتعاقد (م ٢٢٠ ملكية عقارية لبناني و م ١/١٠١ مدني مصري) .

والتصرف الباطل لا وجود له شرعاً ، فلا ينتج أثراً ، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، والمحكمة أن تقضي ببطلانه من تلقاء نفسها ، ولا تصح إجازته ، ولا يرد عليه تقادم . ورأينا أن شروط صحة التصرف هي الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب .

وعليه يقع التصرف قابلاً للإبطال في الحالات الآتية : إذا كان المتصرف ناقص الأهلية . وإذا شاب الإرادة غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . وإذا ورد في القانون نص خاص يقضي بأن التصرف قابل للإبطال ، كما في حالة بيع ملك الغير (م ٣٨٥ موجبات وعقود لبناني وم ٤٦٦ مدني مصري). والتصرف القابل للإبطال ينشأ صحيحاً ومنتجاً لآثاره ، وإنما يكون للمتصرف الذي شرع الإبطال لمصلحته لأن أهليته ناقصة أو إرادته معيبة أن يطلب إبطاله ، وله أن يميزه ، وإذا سكت مدة معينة سقط حقه في طلب الإبطال بالتقادم .

الفرع الثالث

آثار التصرف القانوني

٣٨٦ - آثار التصرف القانوني :

يعتبر التصرف القانوني مصدراً لكثير من الحقوق . من ذلك أنه قد يكون مصدراً لحقوق الأمرة . فعقد الزواج تصرف قانوني يولد حقوق أمرة فيما بين الزوجين . وقد يترتب عليه إنشاء الحقوق الشخصية . فعقد البيع مثلاً ، وهو تصرف ينعقد بإرادتين ، ينشئ التزاماً على البائع بنقل الملكية والتزاماً على المشتري بدفع الثمن . وعقد الحوالة ، وهو تصرف بين الدائن وشخص آخر ، ينقل حق الدائن المحيل الذي له في ذمة المدين إلى المحال إليه . والوعد بجائزة ، وهو تصرف بإرادة منفردة ، يولد التزاماً في ذمة الواعد . وقد يكسب الحقوق العينية . مثل ذلك أن عقد البيع يترتب عليه انتقال ملكية المبيع إلى المشتري . والوصية ، وهي تصرف بإرادة منفردة ، تنقل المال الموصى به إلى ملك الموصى له عند وفاة الموصي .

كذلك قد يؤدي التصرف إلى انقضاء الحق. ومن الأمثلة على ذلك بالنسبة إلى الحق الشخصي الوفاء ، فهو تصرف ينقضي به الدين ، وقد رأينا أنه واقعة مختلطة تجمع بين تسليم الشيء الواجب أدائه وهو عنصر مادي ، وبين الاتفاق على قضاء الدين وهو عنصر إرادي ، ولكن العنصر الإرادي هو الغالب ، ولذلك يعتبر من قبيل التصرفات القانونية . كذلك اتفاق الدائن والمدين على تجديد الالتزام بتغيير الدين ، فهو تصرف يتفق فيه الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً ، فيترتب عليه انقضاء الالتزام الأصلي (م ٣٢٣ موجبات وعقود لبناني و م ٣٥٢ مدني مصري) . وقد ينقضي الحق العيني بنزول صاحبه عنه ، وهو تصرف بإرادة منفردة ، كما لو نزل المنتفع أو صاحب حق الارتفاق عن حقه .

وقد تترتب على التصرف آثار أخرى غير كسب الحقوق وانقضاءها . فقد يؤدي التصرف إلى تصحيح تصرف آخر قابل للإبطال ، كما في حالة إجازة عقد قابل للإبطال بسبب نقص في الأهلية أو عيب في الإرادة ، إذ هي تصرف ينعقد بإرادة المجهز المنفردة ، ويترتب عليها أن يصبح العقد صحيحاً بصفة نهائية . وقد يؤدي إلى تأكيد حق ثابت من قبل بحيث يصبح غير قابل للنقض ، كقبول الموصى له الوصية ، إذ أنه تصرف بإرادة منفردة يؤكد الحق الناشئ من الوصية . وقد يترتب عليه إنشاء شخص اعتباري ، كما في حالة اتفاق جماعة من الأشخاص على إنشاء شركة أو جمعية ، أو قيام شخص أو أكثر بإنشاء مؤسسة بمقتضى سند رسمي أو وصية . إلى غير ذلك من الآثار التي يضيّق المقام عن إحصائها .

٣٨٧ - دور الإرادة في التصرف القانوني : مبدأ سلطان الإرادة وقيوده :

رأينا أن الإرادة هي قوام التصرف القانوني . ففي هذا المجال يقوم مبدأ سلطان الإرادة . ويراد به أن الإرادة قادرة على أن تنشئ التصرف القانوني ، وتحدد الآثار التي تترتب عليه . فهو مبدأ ذو شقين : يتعلق الشق الأول منه

بالشكل، وهو عبارة عن مبدأ الرضائية الذي يجعل الإرادة وحدها، مجردة عن أية شكلية، كافية لإنشاء التصرف. فكل ما هو مطلوب أن يصدر تعبير عن الإرادة، وهذا التعبير يكون بأية صورة كما فصلنا فيما تقدم. ويتعلق الشق الثاني بالموضوع، ومقتضاه أن تكون الإرادة كذلك صاحبة السلطان في تحديد آثار التصرف.

وقد نص الشارع اللبناني على نتيجة هذا المبدأ بالنسبة إلى العقد في المادة ١/٢٢١ موجبات وعقود، وكذلك فعل الشارع المصري في المادة ١٤٧ مدني التي تقول إن «العقد شريعة المتعاقدين»، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون». غير أن سلطان الإرادة في هذا المجال ليس مطلقاً، بل ترد عليه قيود تحد من مبدأ سلطان الإرادة في شطريه.

(١) فالرضائية، وهي كفاية الإرادة لإنشاء التصرف، ترد عليها قيود آتية من الشكلية التي يقررها القانون بالنسبة إلى بعض التصرفات، ومن القواعد التي تتعلق بالشهر، وتلك التي تتعلق بالإثبات. فهناك تصرفات شكلية تجب فيها الكتابة للانعقاد كما قدمنا. إنما يلاحظ ما قلناه من أن هذه الشكلية مقرة استثناء لمصلحة يحرص الشارع على حمايتها، وهي في الغالب هنا مصلحة المتصرف نفسه.

وانشهر بوجبه القانون بالنسبة إلى التصرفات التي تتعلق بالحقوق العينية العقارية وبعض الحقوق الشخصية، وهو ليس في حقيقته شكلية كما قلنا، ولكنه يعتبر من الناحية العملية قيداً على الإرادة قرره الشارع لحماية الغير الحسن النية.

كذلك الكتابة الواجبة في الإثبات، فهي ليست شكلية مطلوبة لانعقاد التصرف كما ذكرنا، ولكنها مع ذلك تعتبر من الناحية العملية قيداً على الإرادة، لأن تخلفها قد يؤدي إلى ضياع الحق، وذلك إذا لم يتيسر الإثبات بالإقرار أو اليمين.

(٢) وقدرة الإرادة على تحديد آثار التصرف ، وهي الشطر الآخر من المبدأ ، ترد عليها أيضاً قيود لها خطرهما .

فثمة تصرفات يكاد ينعدم دور الإرادة في تحديد آثارها القانونية ، بحيث يقتصر هذا الدور على قبول الدخول في العلاقة القانونية على النحو الذي ينظمه القانون ، كما هي الحال بالنسبة إلى عقد الزواج الذي يستقل القانون بتحديد أحكامه .

وهناك قيد رئيسي وهام يرد في هذا الشأن ، وهو قيد النظام العام والآداب ، إذ يمتنع على الإرادة أن تتجه في تحديدها لآثار التصرف إلى ما يخالفها . وفكرة النظام العام فكرة مرنة كما فصلنا فيما تقدم^(١) ، فهي تضيق وتتسع تبعاً للأفكار السائدة في المجتمع ، حيث تنحصر في أضيق الحدود في ظل المذاهب الفردية ، وتتسع في ظل المذاهب الاشتراكية . وقد تقلص المذهب الفردي اليوم وأخذ المذهب الاشتراكي ينتشر بصورة متزايدة إلى جانب نظريات اجتماعية تنادي بالتضامن الاجتماعي . وظهر أثر ذلك في التشريع . حيث أخذ الشارع يتدخل في العقد بنصوص آمرة جعلتنا نقرب من مرحلة التصرف الموجه ، وذلك مراعاة للصالح العام وحماية للجانب الضعيف في العقد ، كما هي الحال في عقد العمل وعقد الإيجار وتحديد أسعار السلع الضرورية للشعب .

وفضلاً عن ذلك فإن القانون يحد في بعض الحالات من مدى تنفيذ التصرف على النحو الذي قصدت إليه الإرادة . ففي هذه الحالات يتم تحديد مضمون التصرف تحديداً صحيحاً بمقتضى الإرادة ، ومع ذلك فإن آثاره لا تنفذ على النحو الذي ارتضته هذه الإرادة .

من ذلك ما يعرف بنظرية الحوادث الطارئة . فبعد أن نصت المادة ١٤٧ من التقنين المدني المصري في فقرتها الأولى على أن «العقد شريعة المتعاقدين»

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٥٢ .

فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون ، ، أضافت في فقرتها الثانية ما يأتي: « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ورتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلاً ، مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلاً كل اتفاق خلاف ذلك . . مثل ذلك أن يتعهد شخص بتوريد سلعة ، ثم يحصل قبل حلول ميعاد التوريد أن يرتفع ثمن هذه السلعة إلى ثمانية أضعاف ثمنها وقت العقد ، وذلك بسبب قيام حرب فجائية أدت إلى تعذر ورودها من الخارج ، فيصبح هذا الشخص مهدداً بخسارة جسيمة تجاوز الحد المألوف في مثل هذه الحالة ، وحينئذ يجوز للقاضي أن يعدل التزام المدين بحيث يقف به عند الحدود المعقولة ، كأن ينقص الالتزام المرهق أو يزيد الالتزام المقابل أو يقف تنفيذ العقد ريثما يزول أثر الحادث الطاريء .

ومن ذلك أيضاً حالة عقود الإذعان . فقد نصت المادة ١٤٩ من التقنين المدني المصري على أنه « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعى منها ، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة . ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك » . وعقد الإذعان ^(١) هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها . ومن أمثله عقد العمل في الصناعات الكبيرة ، وعقد التأمين بأنواعه المختلفة ، وعقد النقل مع هيئة السكك الحديدية وشركات السيارات العامة وشركات البواخر وشركات الطيران ، وعقد الاشتراك في

(١) يرجع في هذا الموضوع إلى رسالتنا في عقود الإذعان ، القاهرة سنة ١٩٤٦ .

المياه والنور والغاز والتليفون ، والتعاقد مع هيئة البريد والتلغراف . ففي هذه العقود يعرض الموجب إيجابه بصورة قاطعة لا تقبل النقاش ، ولا مفر للطرف الآخر من القبول لأنه يتعاقد مع محتكر لسلعة أو مرفق من ضرورات الحياة التي لا غنى عنها . فإذا بان للقاضي أن العقد يشتمل على شرط تعسفي كان له بمقتضى هذا النص أن يعدل الشرط بحيث يزيل ما فيه من تعسف ، بل إن له أن يعفي الطرف المدعن منه إعفاء تاماً ، وليس هناك من حدود لما يراه في هذا الشأن إلا ما تقتضيه العدالة .



الباب الخامس

استعمال الحق

٣٨٨ - تطور فكرة استعمال الحق :

رأينا أن الحق هو ثبوت قنمة معينة لشخص بمقتضى القانون ، فيكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون، بغية تحقيق مصلحة جديدة بالرعاية . فاستعمال الشخص لحقه إنما يكون بممارسة السلطات التي يخولها هذا الحق ، وهذه السلطات هي التي تكون مضمون الحق . مثل ذلك أن مضمون حق الملكية هو ما يخوله هذا الحق من سلطات استعمال الشيء محل الحق واستغلاله والتصرف فيه .

وقد تطورت فكرة استعمال الحق تبعاً للمذهب السائد فيما يتعلق بموقف القانون من نشاط الأفراد . ففي ظل المذهب الفردي الذي كان سائداً في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر كان لصاحب الحق أن يستعمل حقه على نحو مطلق لا يرد عليه قيد . فقد رأينا أن هذا المذهب يقوم على أساس أن الفرد هو الهدف من تنظيم المجتمع ، وأن له حقوقاً طبيعية سابقة على القانون وعلى المجتمع ، ومن ثم تقتصر وظيفة القانون على التوفيق بين الحقوق الفردية كفالة لوجودها واحترامها معاً . ومقتضى هذا ألا تقيد حرية الفرد في استعماله لحقه ، حيث يعصمه من المسؤولية أن يكون العمل الذي يأتيه داخلياً في حدود مضمون حقه ، حتى لو ترتب على ذلك ضرر للغير .

وقد ظهرت مساوئ هذه النظرة الفردية لما أدى إليه إطلاق حرية الفرد

في استعماله لحقه من ظلم للضعفاء وإضرار بالصالح العام للمجتمع . ولذلك اتجه المذهب الاشتراكي وجهة عكسية ، فهو يقوم على النظر إلى الفرد باعتباره كائناً اجتماعياً ، ومن ثم تكون وظيفة القانون هي المحافظة على كيان المجتمع وتسخير الفرد لخدمته ، فإذا ما تحققت مصلحة المجتمع تحققت من وراء ذلك مصلحة الفرد . حتى ذهب المغالون من أنصار هذا المذهب إلى إنكار فكرة الحق واعتباره مجرد وظيفة إجتماعية .

وعلى هذا النحو كانت المغالاة من جانب كل من المذهبين في النظرة إلى الحق واستعماله . والحقيقة وسط بين هاتين النزعتين المتطرفتين . فلا يجوز أن يكون استعمال الحق مطلقاً لما يؤدي إليه من إضرار بالغير وإغفال للصالح العام . ولا يستساغ أن يقتصر الحق على مجرد وظيفة إجتماعية لمصلحة الجماعة ، إذ أن للفرد غايات وأهداف شخصية لا يمكن تجاهلها ويجب أن يكفل القانون تحقيقها في الحدود المعقولة وإلا فقد الفرد كيانه واستقلاله . وكان بين ذلك قواماً ، هو أنه لا يجوز التعسف في استعمال الحق ، تلك النظرية التي يعتنقها الفقه الحديث وتأخذ بها التشريعات الحديثة ، ومؤداها في الجملة أن يقيد استعمال الحق على نحو يحول دون الإضرار بالغير أو بالصالح العام ، وذلك على الرغم من أن العمل الذي يأتيه صاحب الحق يدخل في حدود مضمون حقه .

٣٨٩ - ظهور نظرية التعسف في استعمال الحق وتطورها :

ليست نظرية التعسف في استعمال الحق *abus du droit* نظرية حديثة . إنما هي نظرية قديمة عرفها القانون الروماني وانتقلت إلى القانون الفرنسي القديم . وقد ظهرت على نطاق واسع في الفقه الإسلامي حيث ظفرت بصياغة تضارع ما وصلت إليه القوانين الحديثة ، مما جعل الشارع المصري يسترشد في التقنين المدني الحالي بالقواعد التي استقرت في هذا الفقه .

وإذا كانت النظرية قد انتكصت تحت تأثير المبادئ الفردية التي عقد لها

لواء النصر في أعقاب الثورة الفرنسية ، إلا أنها عادت ترفع رأسها من جديد في ظل المبادئ الاشتراكية . فظهرت في أحكام القضاء منذ أواخر القرن الماضي بصورة تتفق والنظرة الحديثة إلى الحق . وقام فريق من الفقهاء المحدثين يظاهر القضاء في اتجاهه حتى استقرت النظرية في القضاء والفقهاء ، وأخذت بها التشريعات الحديثة (١) .

ولم يرد في القانون المصري القديم نص عام في هذا الشأن ، وإنما وردت فيه نصوص تطبيقية ، ولكن الفقه والقضاء المصريين أخذوا بالنظرية وتوسعا في تطبيقاتها ، حيث سارا في ذلك على نهج الفقه الإسلامي ، وكذلك الفقه والقضاء الفرنسيين . ثم جاء التقنين المدني المصري الحالي فعني بالنظرية عناية كبيرة ، إذ وضعها في مكان بارز بين نصوص السباب التمهيدي (م ٥ مدني مصري) ، كي يجعل منها نظرية عامة بالنسبة إلى جميع نواحي القانون (٢) . وفي القانون اللبناني كانت مجلة الأحكام العدلية تأخذ بفكرة التعسف في نصوص عديدة ، نخص بالذكر منها المادة ١١٩٧ التي تقول إنه « لا يمنع أحد من التصرف في ملكه أبداً ، إلا إذا كان ضرره لغيره فاحشاً » . ثم جاء تقنين الموجبات والعقود فأورد نصفاً عاماً يقرر النظرية (م ١٢٤) . وفضلاً عن النص العام الذي يقرر نظرية التعسف في استعمال الحق في القانونين اللبناني والمصري ، فقد أورد هذان القانونان نصوصاً تطبيقية عديدة .

٣٩٠ - نطاق التعسف في استعمال الحق :

لا يقتصر نطاق نظرية التعسف على بعض الحقوق دون البعض الآخر . فجميع الحقوق يمكن أن يرد عليها التعسف ، ومن ثم فهو غير جائز فيها جميعاً . وهناك رأي يفرق في هذا الشأن بين الحقوق العامة والحقوق الخاصة .

(١) انظر م ٢ مدني سويسري وم ٢٢٦ مدني ألماني وم ١٣٥ التزامات بولونيوم ٢/١٢٩٥ مساوي والمادة الأولى سوفيتي .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني المصري في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣١ و ٣٢ .

غالباً على عبارة عن رخص يعترف بها القانون للناس كافة، فلا يختص بها شخص دون غيره، كحرية الرأي وحرية التعاقد وحرية الكتابة وحرية التقاضي، وهذه تخرج عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق. فإذا انحرف الشخص في إتيان رخصة كان هذا منه خطأ عادياً لا حاجة فيه إلى فكرة التعسف، حيث تكفي في شأنه قواعد المسؤولية التقصيرية. والثانية هي الحقوق المحددة التي يكسبها الشخص لحماية مصالحه الخاصة ويختص بها دون غيره، كالحق في ملكية عين أو اقتضاء دين، وهذه هي التي يرد عليها التعسف. وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري يأخذ بهذا الرأي، فكان ينص في المادة الخامسة منه على أن «الحقوق المدنية نوعان: حقوق محددة يكسبها الشخص ويختص بها دون غيره، ورخص قانونية أو حقوق عامة يعترف بها القانون للناس كافة». وجاء في المذكرة الإيضاحية تعليقاً على هذا النص ما يأتي: «تفرق المادة 5 من المشروع بين الحق والرخصة، وهي بذلك تمتد للأحكام المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق. فالتعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها، أما الرخص فلا حاجة إلى فكرة التعسف في ترتيب مسؤولية من يباشرها عن الضرر الذي يلحق الغير من جراء ذلك. ويقصد بالحق في هذا الصدد كل مكنة تثبت لشخص من الأشخاص على سبيل التخصيص والإفراد، كحق الشخص في ملكية عين من الأعيان أو حقه في اقتضاء دين من الديون أو حقه في طلاق زوجته. أما ما عدا ذلك من المكنت التي يعترف بها القانون للناس كافة دون أن تكون محلاً للاختصاص الحاجز فرخص أو إباحات، كالحريات العامة وما إليها. وهذه الرخص أو الإباحات لا حاجة إلى فكرة التعسف فيها لتأمين الغير ما ينجم من ضرر عن استعمال الناس لها لأن أحكام المسؤولية المدنية تكفل بذلك على خير وجه». ثم حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليها^(١).

ويرجع هذا الرأي إلى أن الفقهاء الأقدمين كانوا يقيدون استعمال الرخصة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٠١.

ولا يقيدون استعمال الحق الخاص . فلما ظهرت نظرية التعسف في استعمال الحق تجلت فائدتها في تقييد استعمال الحقوق الخاصة ، أما الرخص فكان من المسلم وجوب تقييدها قبل أن تظهر هذه النظرية . وهذا ليس من شأنه من الناحية العلمية أن يجعل التعسف قاصراً على الحقوق الخاصة ، حيث لا وجه لأن نفرق في هذا الخصوص بين حق التقاضي وحق الملكية مثلاً ، فيعتبر رفع الدعوى لمجرد الكيد والإضرار خطأ عادياً ، بينما يعتبر استعمال حق الملكية للغرض ذاته تعسفاً .

وهناك فريق من الفقهاء كذلك يخرج بعض الحقوق الخاصة من نطاق نظرية التعسف ، بحيث يكون استعمالها خاضعاً لمحض تقدير أصحابها ، فلا يرد على حقهم في هذا الاستعمال قيد يؤدي إلى مسؤوليتهم . وهذه الحقوق هي التي يقال لها الحقوق التقديرية ، كحق الشريك على الشروع في طلب قسمة المال الشائع ، وحق المشترط في نقض الإشرط لمصلحة الغير ، وحق الإيصال ، وحق الموصى له في رد الوصية ، والحق في الطلاق . وقد قيل في تبرير إطلاق استعمالها إن هذا الاستعمال تحكمه دوافع شخصية خالصة يستقل بتقديرها صاحبها ولا يستطيع القاضي أن يناقش هذا التقدير .

ولعل هذا النظر يمثل بقية من النزعة الفردية التي كانت تحول صاحب الحق سلطة مطلقة في استعمال حقه . ولذلك فإن أصحابها لا يتفقون على تعداد هذه الحقوق ، بل إنهم يسلّمون بأن عددها في تناقص مستمر . وليس من المعقول في مجتمع يسوده التضامن أن تترك للشخص حرية مطلقة في استعمال حقه بصرف النظر عن الدوافع التي تحدوه إلى هذا الاستعمال . لا سيما وأن النص الوارد في تقنين الموجبات والعقود اللبناني والتقنين المدني المصري في شأن التعسف نص مطلق من كل قيد ، فهو ينصرف إلى جميع الحقوق دون تمييز بين حق وآخر . ومن ثم فتلك الطائفة من الحقوق التي توصف بالحقوق التقديرية لا يرد عليها هذا الوصف في القانونين اللبناني والمصري .

٣٩٢ - الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق :

هناك فارق بين الخروج عن الحدود الموضوعية للحق والتعسف في استعمال الحق ، فكلاهما خطأ يستوجب المسؤولية، ولكن الصورة تختلف في الحالين. فالخروج عن الحدود الموضوعية المرسومة للحق هو الصورة العادية للخطأ التي كانت معروفة من قديم ، كان يجاوز المالك حدود ملكه فيبني في أرض الجار ، أو يفتح مطلا على أقل من المسافة القانونية . أما التعسف في استعمال الحق ففيه يلتزم الشخص الحدود الموضوعية المرسومة لحقه ، فهو يستعمل حقه في هذه الحدود المرسومة لا يخرج عنها، ولكنه ينحرف في هذا الاستعمال عن الغرض الإجتماعي للحق ، كأن يبني شخص حائطاً عالياً في ملكه لكي يحجب النور والهواء عن جاره ، أو يهدم حائطاً كان يستتر به الجار دون أن تكون له منفعة من وراء ذلك .

وما دام التعسف في استعمال الحق خطأ لا يجوز ، فهو خروج عن حدود الحق ، غاية الأمر أنه لا يتمثل في مجاوزة الحدود الموضوعية للحق ، بل يتمثل في مجاوزة الحدود التي فرضها القانون لاستعمال الحق . فالصورة الأولى خروج صريح عن حدود الحق ، أما الثانية فخروج عن حدود الحق بالتعسف في استعماله .

ويتضح من هذا أن التعسف في استعمال الحق ليس إلا صورة من صور الخطأ التقصيري تختلف عن الصورة العادية التي كانت معروفة من قبل . ومن ثم فأساس نظرية التعسف في استعمال الحق هو المسؤولية التقصيرية ، والمعيار الذي يقاس به التعسف هو المعيار العام للخطأ ، وهو السلوك المألوف للشخص العادي ، فإذا انحرف الشخص في استعماله لحقه عن هذا السلوك كان متعسفاً في هذا الاستعمال .

وليس معنى ذلك أن أفراد نظرية مستقلة للتعسف في استعمال الحق عمل لا جدوى منه . إذ أن قيام هذه النظرية كان له الفضل في الكشف عن صورة جديدة للخطأ تختلف عن صورته العادية ، فهي نظرية لها كيانها

المستقل في هذا الخصوص ، حيث ترسم الحدود التي يجب على الشخص أن يراعيها في استعمال السلطات التي تدخل في مضمون الحق .
وإذا كانت النصوص التي قررت نظرية التعسف في القانون المصري قد وردت في الباب التمهيدي للتقنين المدني ولم ترد في الفصل الخاص بالعمل غير المشروع ، فإن ذلك لا يعني أن للنظرية أساساً آخر غير المسؤولية التقصيرية ، إذ لم يقصد الشارع المصري بإيرادها في هذا المكان إلا أن يجعل منها مبدأ عاماً يسري على جميع الحقوق ويمتد إلى جميع فروع القانون (١) . وقد أورد الشارع اللبناني في تقنين الموجبات والعقود النص الخاص بنظرية التعسف في الفصل الخاص بالعمل غير المشروع بين النصوص المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية . وتظل المسؤولية التقصيرية أساساً للتعسف حتى لو كان تعسفاً في استعمال حق ناشئ من العقد . فالمؤجر الذي يتعسف في تمسكه بالشرط المانع من النزول عن الإيجار أو التأجير من الباطن تكون مسؤوليته تقصيرية . والمتعاقد الذي يتعسف في إنهاء عقد غير محدد المدة ، كعقد العمل ، تكون مسؤوليته تقصيرية كذلك .

٣٩٢ - تطور معيار التعسف في الفقه والقضاء :

كان معيار التعسف عند الرومان هو نية الإضرار . فيعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقه إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير . وهذا معيار شخصي . ثم توسع القضاء بعد ذلك ، فأوجد معياراً مادياً يقوم قرينة على هذا المعيار الشخصي ، إذ اعتبر انتفاء المصلحة من الاستعمال الذي يلحق ضرراً بالغير قرينة على نية الإضرار .

ثم اتجه الفقه والقضاء بعد ذلك إلى معيار شخصي مادي ، هو خروج الحق بواسطة من يستعمله عن غرضه الاجتماعي . فهذا المعيار يزن استعمال

(١) انظر المناقشات المشار إليها في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٠٢ - ٢٠٤ في الهامش .

الحق في ضوء الدافع الشخصي لصاحبه والغرض الاجتماعي له في وقت واحد. فإن كان هناك توافق بين هذا الغرض وذلك الدافع كان الاستعمال مشروعاً ، وإلا كان غير مشروع. فاستعمال الحق بقصد الإضرار بالغير تعسف ، حتى لو تحققت من ووائه مصلحة . واستعماله لغاية لا تتفق والغرض الاجتماعي له تعسف كذلك ، حتى لو لم يكن بقصد الإضرار بالغير . وهذا ما تقتضيه النظرة الحديثة التي لا تعتبر الحقوق سلطات مطلقة ، وإنما تريدها حقوقاً نسبية يمثل كل منها وظيفة اجتماعية لتحقيق غاية معينة يجب ألا يجرد الحق عنها .

وقد لوحظ على هذا المعيار أنه يعتبر معياراً سياسياً أكثر منه معياراً قانونياً، لأن القاضي بمقتضاه سوف يحدد الهدف الاجتماعي للحق في ضوء آرائه ومعتقداته الخاصة . ولهذا كان الراجح ما قلناه من قياس التعسف بالمعيار العام للخطأ ، وهو السلوك المألوف للشخص العادي .

٣٩٣ - حالات التعسف في استعمال الحق :

هناك وسيلتان في تحديد الحالات التي يعتبر للشخص فيها متعسفاً في استعمال حقه : الأولى هي وضع مبدأ عام يحكم التعسف فيتسع لكل الصور التي يمكن أن تندرج تحته ، وهذه هي الوسيلة التي أتخذها الشارع اللبناني . والثانية هي وضع عدة معايير أو ضوابط تحدد صور التعسف ، وهذه هي الوسيلة التي أتخذها الشارع المصري .

ومن ثم نتناول معيار التعسف في كل من القانونين اللبناني والمصري .

٣٩٤ - معيار التعسف في القانون اللبناني :

وضع الشارع اللبناني مبدأ عاماً أو معياراً عاماً للتعسف ، نصت عليه المادة ١٢٤ من نقتين الموجبات والعقود ، فقالت : « يلزم أيضاً بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه في اثناء استعماله حقة حدود حسن النية أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحق » .

وقد يبدو لأول وهلة أن هذا النص ينطوي على توسع في معيار التعسف ، إذ أنه جمع بين معياري تجاوز حدود حسن النية والخروج عن الغرض الذي من أجله منح الحق ، مع أن الحكم في تطبيقاته العملية لا يختلف لو أن الشارع اقتصر على ذكر أحد العيارين دون الآخر . وهناك من القوانين ما اقتصر على ذكر معيار حسن النية كالقانون السويسري (م ٢ مدني سويسري) ، ومنها ما اقتصر على ذكر معيار الغرض الاجتماعي أو الاقتصادي للحق كالقانون السوفيتي (م ١ مدني سوفيتي) .

وقد طبق القضاء اللبناني هذا النص في حالات عديدة قضى فيها بتوافر التعسف على أساس مجاوزة صاحب الحق حدود حسن النية . كما في حالة من يحفر في ملكه بقصد الأضرار بجاره لا لطلب منفعة لنفسه^(١) . وحالة رفع الدعوى أو إيقاع الحجز بقصد الكيد والاضرار^(٢) . أما من يقيم حائطاً في ملكه دون سوء نية من جانبه ، وإنما لدفع أذى الجار وفضوله ، فلا يكون متعسفاً^(٣) . كذلك قضى باعتبار فصل العامل فصلاً تعسفياً إذا لم يكن له مبرر كاف . كان يفصل العامل بسبب مطالبته باجوره المتأخرة^(٤) ، أو رفضه القيام بأعمال إضافية^(٥) ، أو تأخره قليلاً من الوقت^(٦) .

(١) استئناف لبنان الجنوبي رقم ١٢٣ في ١١/٢/١٩٥٣ ، مجموعة حاتم ج ١٦ سنة ١٩٦١ ص ٤٧ رقم ١ .

(٢) استئناف غرفة أولى رقم ١٩٣ في ١٢/٤/١٩٤٩ ، مجموعة حاتم ، ج ٣ ص ٤٩ رقم ٦ . تمييز الغرفة المدنية قرار إعدادي رقم ٣ في ١٤/٦/١٩٥٦ ، مجموعة حاتم ج ٢٧ ص ٣٣ رقم ١ . ورقم ٣٠ في ١١/٤/١٩٥٧ ، مجموعة حاتم ج ٣٠ ص ٥٩ رقم ١ .

(٣) بداية بيروت المدنية (الثالثة) رقم ٥٦ في ١٨/١/١٩٥٠ ، مجموعة حاتم ج ٦ سنة ١٩٥٧ ص ٣٦ رقم ٤ .

(٤) مجلس العمل التحكيمي بيروت ، قرار رقم ٥٨٢ في ٨/٥/١٩٦٤ فرح أبي راشد ، ملحق قضايا العمل ج ١ سنة ١٩٦٤ ص ١٠٠ .

(٥) مجلس العمل التحكيمي يجبل لبنان ، قرار رقم ٤٠٩ في ٢٣/١١/١٩٦٠ ، فرح أبي راشد ، قضايا العمل ص ٦١٤ .

(٦) مجلس العمل التحكيمي بيروت ، قرار رقم ٢٦٦ في ١٥/٣/١٩٤٩ ، فرح أبي راشد ، قضايا العمل ص ٦١١ و ٦١٢ .

ومن التطبيقات التشريعية في القانون اللبناني لنظرية التعسف ما نصت عليه المادة ٢٤٨ موجبات وعقود من « أن الفريق الذي يفسخ العقد يستهدف لاداء بدل العطل والضرر إذا أساء استعمال حقه في الفسخ أي إذا استعمله خلافاً لروح القانون أو العقد ». وما نصت عليه المادة ٥٨٤ موجبات وعقود من أنه « إذا شرط أن للمستأجر حق الإيجار أو التنازل برضاء المؤجر ، فليس للمؤجر أن يرفض الإيجار أو التنازل لغير سبب مشروع » . وما نصت عليه المادة ١/٨٢٢ موجبات وعقود من أنه « إذا فسخ الموكل أو الوكيل عقد الوكالة فجأة في وقت غير مناسب وبلا سبب مقبول ، جاز أن يلزم بضمان العطل والضرر للفريق الآخر بسبب إساءة استعماله هذا الحق » .

٣٩٥ - معايير التعسف وضوابطه في القانون المصري :

لاحظ الشارع المصري أن العبارات العامة التي صيغ فيها مبدأ التعسف في استعمال الحق في التشريعات الحديثة يعوزها التحديد الذي يهيء للقاضي ضوابط يمكن الاسترشاد بها ، وبذلك فتحت أمامه مجالاً واسعاً للاجتهاد^(١) . كما لاحظ أن المعايير التي يقول بها الفقه ليست منضبطة كذلك . ولهذا أخذ ضوابط ثلاثة من الفقه الإسلامي يقوم عليها معيار التعسف^(٢) ، بحيث أن الانحراف الذي يقع من شخص في هذا الخصوص لا يعتبر تعسفاً إلا إذا اتخذ

(١) من ذلك ما نصت عليه المادة الثانية من القانون المدني السويسري إذ تقول : « يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقاً للقواعد التي يرسمها حسن النية ، أما التعسف الظاهر في استعمال الحق فلا يقره القانون » . وكذلك ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني السوفيتي ، إذ تقول : « يحمي القانون الحقوق المدنية ، فيما عدا الحالات التي تستعمل فيها على وجه يخالف تخصيصها الاقتصادي والاجتماعي » .

أما المادة ٢٢٦ من القانون المدني الألماني فقد تضمنت صيغة واضحة تضع معياراً محدداً حيث تقول : « لا يجوز استعمال حق مجرد لتضرار بالغير » .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص

صورة من الصور الثلاثة التي عددها القانون .

فقد نصت المادة ٤ من التقنين المدني المصري على أن « من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر » . ثم نصت المادة ٥ من هذا التقنين على أنه « يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية : (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير . (ب) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . (ج) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة » .

ويتبين من هذه النصوص ومن المكان الذي وردت فيه أن الشارع المصري جعل من نظرية التعسف نظرية عامة اختار لها مكان الصدارة في التقنين المدني كي تكون مبدأ عاماً يسري بالنسبة إلى جميع الحقوق ، سواء كانت عينية أو شخصية أو معنوية ، بل ويسري في جميع نواحي القانون .

وقد راعى الشارع المصري في تحديده لهذه الضوابط المعيار العام في الخطأ ، وهو السلوك المألوف للشخص العادي . ومن ثم فإن الانحراف عن هذا السلوك في استعمال الحق لا يعتبر تعسفاً إلا إذا اتخذ صورة من الصور الثلاثة التي عددها القانون ، وهي : قصد الإضرار بالغير ، ورجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً ، وعدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها . وهذه المعايير جميعها مأخوذة من الفقه الإسلامي ، كما أنها تتفق مع ما يذهب إليه الفقه الحديث ويأخذ به القضاء . ونبحث هذه المعايير فيما يلي :

٣٩٦ - المعيار الأول : قصد الاضرار بالغير :

كان هذا المعيار أول معيار أخذ به من قديم . وهو المعيار الوحيد الذي أخذ به القانون الألماني (م ٢٢٦ مدني الماني) . وهو وإن كان يقوم على ناحية شخصية هي قصد الإضرار بالغير ، إلا أنه يقاس مع ذلك بالمعيار العام.

للخطأ ، أي بالسلوك المألوف للشخص العادي . فإذا كان الدافع إلى استعمال الحق مزيجاً من قصد الإضرار وابتغاء المنفعة أضحى استعمال الحق مشروعاً ما دام أن لهذه المنفعة أهميتها إذا قورنت بالضرر الذي يلحق الغير . إنما يتحقق التعسف ، وبالتالي يكون استعمال الحق غير مشروع ، إذا كان قصد إحداث الضرر هو العامل الأساسي الذي دفع الشخص إلى استعمال الحق . كأن يبني شخص حائطاً عالياً في ملكه لكي يجلب النور والهواء عن جاره . وما دام أن الفرض الأساسي من استعمال الحق هو الإضرار بالغير فلا يغير من وجه المسألة أن تتحقق بعد ذلك منفعة عرضية لم تكن مقصودة . فمن يزرع أشجاراً لحجب النور عن جاره فإنه يعتبر متعسفاً ، حتى لو تبين بعد ذلك أن هذه الأشجار قد عادت على الأرض بالنفع . بل ولا يغير من وجه المسألة أن يكون هذا القصد مصحوباً بنية جلب منفعة إذا كانت هذه النية عاملاً ثانوياً .

ويتحمل المضرور عبء اثبات قصد الأضرار عند صاحب الحق ، وله هذا الإثبات بجميع الطرق لأنه ينصب على واقعة مادية . وإذا وقع الضرر ، وتبين أن صاحب الحق لم تكن له مصلحة في الاستعمال ، أمكن اعتبار انقضاء المنفعة قرينة على توفر قصد الأضرار . وهذا ما يذهب إليه القضاء .

ويتعلق أغلب التطبيقات العملية لهذا المعيار باستعمال حق الملكية . على أن هناك تطبيقات أخرى كذلك في غير هذا النطاق . كأن يفصل رب العمل عاملاً لمجرد الانتقام منه لأنه قام بالشهادة ضد رب العمل . وكان يرفع الشخص دعوى أو يلجأ إلى دفع ابتغاء الكيد ومضرة الخصم .

٣٩٧ - المعيار الثاني : رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً :

يعتبر صاحب الحق متعسفاً في استعمال حقه ، كما يقول النص ، « إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع

ما يصيب الغير من ضرر بسببها . وهذا المعيار موضوعي بحت . فهو يختلف عن سابقه في أنه لا يستند إلى ناحية شخصية لدى صاحب الحق ، وإنما يقوم على موازنة بين المصلحة المقصودة والضرر الذي يصيب الغير . فإذا كانت المصلحة دون الضرر بدرجة صارخة كان استعمال الحق في هذه الحالة انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادي ، فتتحقق المسؤولية .

ومن التطبيقات التشريعية لهذا المعيار ما تقضي به المادة ٢/٨١٨ مدني مصري من أنه ليس للمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي إذا كان هذا يضر بالجار الذي يستتر ملكه بالحائط . وما تقضي به المادة ٩٢٨ مدني مصري من أنه إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك في نظير تعويض عادل . وما تقضي به المادة ١٠٢٩ مدني مصري من أن للمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به . وما تقضي به المادة ٢/٢٠٣ مدني مصري من أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاباً للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً .

٣٩٨ - المعيار الثالث : عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها :

يعتبر الشخص متعسفاً في استعمال الحق إذا كان يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . والمعيار هنا موضوعي ، وإن كان يستدل عليه بناحية شخصية هي القصد من استعمال الحق . كأن يفصل رب العمل عاملاً لأنه التحق بنقابة من نقابات العمال ، أو تفصل الإدارة موظفاً لإشباع شهوة حزبية .

يتضح من نص المادة الخامسة من التقنين المدني المصري أن التعسف في استعمال الحق عمل غير مشروع . وقد رأينا أن التعسف ليس إلا صورة من صور الخطأ التقصيري . ومن ثم يلتزم صاحب الحق بتعويض الضرر الذي نجم عن تعسفه في استعمال حقه . وقد نصت على ذلك المادة ١٢٤ موجبات وعقود لبناني . ويخضع هذا التعويض للقواعد ذاتها التي يخضع لها في الصورة العادية للخطأ .

على أن تعويض الضرر الناجم عن التعسف ليس هو الصورة الوحيدة التي يتخذها الجزاء في هذا الخصوص . فهناك جزاء وقائي يعتبر من خصوصيات نظريه التعسف ويساهم فيما لها من كيان مستقل ، حيث يتمثل هذا الجزاء في منع صاحب الحق من أن يستعمل حقه على نحو تعسفي ، فيعول ذلك بالتالي دون وقوع الضرر . وقد رأينا مثلاً لذلك فيما تقضي به المادة ٩٢٨ مدني مصري : فإذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء ضئيل من أرض الجار ، وأصر الجار على هدم البناء الذي يشغل هذا الجزء الضئيل ، فإن للمحكمة ألا تجيب الجار إلى طلبه توقيماً للضرر الذي ينجم عن الهدم وتكتفي بالحكم على الباني بالتعويض . ورأينا مثلاً آخر فيما تقضي به المادة ٢/٢٠٣ مدني مصري : فإذا تعسف الدائن في المطالبة بالتنفيذ العملي ، حيث لم تكن له فيه مصلحة جدية وكان فيه إرهاب للمدين ، حق للمدين أن يقتصر على دفع تعويض نقدي .



سازمان اسناد و کتابخانه ملی جمهوری اسلامی ایران

فهرس

صفحة	فترة	
٣		تقديم
		تمهيد
٥	١	القانون ضرورة اجتماعية
٦	٢	القانون والحق والواجب
٨	٣	خطة الدراسة
		القسم الاول
		نظرية القاعدة القانونية
١٠	٤	تقسيم
		الباب الاول
		التعريف بالقاعدة القانونية
١١	٥	بيان
		الفصل الاول
		تعريف القانون وتحليله
١١	٦	المعنى الاصطلاحي للقانون
١٢	٧	وظيفة القانون
١٣	٨	خصائص القاعدة القانونية
١٤	٩	(١) القاعدة القانونية قاعدة سلوك

صفحة	فقرة	
١٥	١٠	(٢) القاعدة القانونية خطاب موجه الى الاشخاص في مجتمع
١٦	١١	(٣) القاعدة القانونية قاعدة مجردة وعامة
١٩	١٢	(٤) القاعدة القانونية قاعدة ملزمة

الفصل الثاني

نطاق القانون

٢٢	١٣	تحديد هذا النطاق
----	----	------------------

الفرع الاول

القانون والقواعد الاجتماعية الاخرى

٢٣	١٤	القواعد الاجتماعية
٢٣	١٥	القانون وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد
٢٤	١٦	القانون وقواعد الاخلاق
٢٥	١٧	(١) نطاق القانون والاخلاق
٢٦	١٨	(٢) معيار التفرقة بين القانون والاخلاق
٢٨	١٩	(٣) الصلة بين القانون والاخلاق
٣٠	٢٠	القانون وقواعد الدين
٣١	٢١	القانون والعلوم الاجتماعية الاخرى

الفرع الثاني

مدى تدخل القانون في نشاط الاشخاص

٣١	٢٢	مذهبان
٣٢	٢٣	المذهب الفردي
٣٤	٢٤	المذهب الاشتراكي
٣٦	٢٥	موقف القانون اللبناني
٣٧	٢٦	موقف القانون المصري

الباب الثاني

انواع القواعد للقانونية

٤١	٢٧	تحديد هذه الانواع
----	----	-------------------

الفصل الاول اقسام القانون وفروعه

٤٢ ٢٨ تقسيمات متعددة

الفرع الاول تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص

٤٣ ٢٩ معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص
٤٤ ٣٠ الحكمة في التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص واهميتها

الفرع الثاني فروع القانون العام

٤٧ ٣١ القانون العام الخارجي والقانون العام الداخلي
٤٧ ٣٢ القانون الدولي العام
٥١ ٣٣ القانون الدستوري
٥٤ ٣٤ القانون الاداري
٥٦ ٣٥ القانون المالي
٥٧ ٣٦ القانون الجنائي
٥٧ ٣٧ (١) قانون العقوبات
٥٨ ٣٨ (٢) قانون اصول المحاكمات الجزائية

الفرع الثالث فروع القانون الخاص

٥٨ ٣٩ القانون الخاص
٥٩ ٤٠ القانون المدني
٦١ ٤١ القانون التجاري
٦٢ ٤٢ القانون البحري
٦٣ ٤٣ القانون الجوي
٦٤ ٤٤ قانون العمل
٦٥ ٤٥ قانون اصول المحاكمات المدنية
٦٧ ٤٦ القانون الدولي الخاص

الفصل الثاني

القواعد الآمرة والقواعد المكملة

٧٠	٤٧	تنوع القواعد القانونية بحسب سلطان ارادة الافراد ازاءها
٧١	٤٨	القواعد الآمرة
٧٢	٤٩	القواعد المكملة
٧٤	٥٠	معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة
٧٥	٥١	دلالة العبارة على نوع القاعدة
٧٦	٥٢	النظام العام والآداب
٧٨	٥٣	تطبيقات النظام العام في نطاق القانون العام
٨٠	٥٤	تطبيقات النظام العام في نطاق القانون الخاص
٨١	٥٥	تطبيقات الآداب

الباب الثالث

مصادر القاعدة القانونية

٨٣	٥٦	المقصود بمصادر القانون بوجه عام
٨٤	٥٧	تنوع المصادر الرسمية للقانون بوجه عام وتفاوتها في الاهمية تبعاً للتطور

الفصل الاول

المصادر الرسمية للقانون اللبناني والقانون المصري

٨٥	٥٨	بيان المصادر الرسمية وترتيبها بحسب الاولوية في التطبيق
		الفرع الاول : المصدر الاصلي : التشريع
٨٨	٥٩	التشريع مصدر اصلي عام - تقسيم
		المبحث الاول : التعريف بالتشريع ومزاياه وعيوبه
٨٩	٦٠	تعريف
٩٠	٦١	اهمية التشريع ومزاياه
٩٢	٦٢	عيوب التشريع
		المبحث الثاني : سن التشريع
٩٣	٦٣	السلطة التي تملك التشريع

صفحة	القرة	
٩٤	٦٤	أنواع التشريعات وتدرجها في القوة
٩٥	٦٥	أولا : التشريع الاساسي : الدستور
٩٧	٦٦	ثانيا : التشريع العادي : القانون
٩٩	٦٧	تفويض رئيس الجمهورية في التشريع
٩٩	٦٨	تشريع الضرورة
١٠١	٦٩	التشريع في حالة الاستعجال
١٠٢	٧٠	ثالثا : التشريع الفرعي : اللائحة

المبحث الثالث : نفاذ التشريع

١٠٤	٧٠	من التشريع ونفاذه
١٠٤	٧١	اصدار التشريع
١٠٥	٧٢	نشر التشريع

المبحث الرابع : الرقابة القضائية على صحة التشريع

١٠٧	٧٣	الرقابة على صحة التشريع من حيث الشكل ومن حيث الموضوع
١٠٨	٧٤	الرقابة على قانونية اللوائح ودستوريتها
١٠٩	٧٥	الرقابة على دستورية القوانين في الشرائع الحديثة
١١٢	٧٦	الرقابة على دستورية القوانين في مصر
١١٤	٧٧	الرقابة على دستورية القوانين في لبنان

المبحث الخامس : التقنين

١١٤	٧٨	تعريف
١١٥	٧٩	مزايا التقنين
١١٦	٨٠	نقد التقنين والرد عليه
١١٨	٨١	انتشار حركة التقنين في العصر الحديث
١١٩	٨٢	حركة التقنين في لبنان
١٢٠	٨٣	حركة التقنين في مصر

الفرع الثاني : المصادر الاحتياطية

١٢١	٨٤	الحاجة الى مصادر احتياطية
-----	----	---------------------------

المبحث الاول : الدين

١٢٢	٨٥	تطور مركز الدين كصدر رسمي للقانون في مختلف الشرائع بوجه عام
-----	----	---

صفحة	فقرة	
١٢٣	٨٦	(١) الدين المسيحي
١٢٤	٨٧	(٢) الدين الاسلامي
١٢٤	٨٨	الدين كمصدر رسمي للقانون المصري
١٢٦	٨٩	أولا : الوقف
١٢٦	٩٠	ثانيا : مسائل الاحوال الشخصية
١٢٨	٩١	(١) العبة
١٢٨	٩٢	(٢) الاهلية والولاية على المال
١٢٩	٩٣	(٣) الميراث والوصية
١٣٠	٩٤	(٤) المسائل المتعلقة بالاسرة
١٣١	٩٥	خلاصة مجملة فيما يتعلق بمركز الدين كمصدر رسمي للقانون المصري
١٣٤	٩٦	الدين كمصدر رسمي للقانون اللبناني
١٣٦	٩٧	أولا : الوقف
١٣٧	٩٨	ثانيا : مسائل الاحوال الشخصية
١٣٧	٩٩	(١) الاهلية والولاية
١٣٨	١٠٠	(٢) الميراث والوصية
١٣٩	١٠١	(٣) المسائل المتعلقة بالاسرة

المبحث الثاني : العرف

١٤٠	١٠٢	عناصر الموضوع
-----	-----	---------------

المطلب الاول : التعريف بالعرف ومزاياه وعيوبه

		تعريف * تطور مركز العرف كمصدر رسمي للقانون
١٤٠	١٠٣	في مختلف الشرائع بوجه عام
١٤٢	١٠٤	مزايا العرف
١٤٣	١٠٥	عيوب العرف

المطلب الثاني : اركان العرف

		ركنان للعرف
١٤٤	١٠٦	الركن المادي : الاعتياد
١٤٤	١٠٧	الركن المعنوي : عقيدة الالتزام
١٤٧	١٠٨	التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية
١٤٨	١٠٩	نتائج التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية
١٥٠	١١٠	الاثبات ورقابة محكمة النقص فيما يتعلق بالعرف والعادة الاتفاقية
١٥٢	١١١	

المطلب الثالث : أساس القوة الملزمة للعرف

يستمد العرف قوته الملزمة من ارادة الجماعة

١٥٤ ١١٢

المطلب الرابع : دور العرف في القانون المصري والقانون اللبناني

مكانة العرف في القوانين الحديثة

١٥٧ ١١٣

مركز العرف بالنسبة الى التشريع في القانون المصري والقانون اللبناني

١٥٨ ١١٤

العرف المكمل للتشريع

١٥٨ ١١٥

العرف المعاون للتشريع

١٥٩ ١١٦

مدى قدرة العرف على مخالفة التشريع او الغائه

١٦١ ١١٧

نصيب العرف في فروع القانون المختلفة

١٦٥ ١١٨

المبحث الثالث : مبادئ الشريعة الاسلامية في القانون المصري

دور الشريعة الاسلامية كمصدر احتياطي في مسائل المعاملات المالية

في القانون المصري

١٦٨ ١١٩

الفرع الثالث : مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

عدم كفاية المصادر الرسمية وواجب القاضي في أن يفصل في كل نزاع

يعرض عليه

١٧١ ١٢٠

معنى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

١٧٢ ١٢١

المقصود بأحالة القاضي الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

١٧٣ ١٢٢

الفصل الثاني

المصادر التفسيرية للقانون اللبناني والقانون المصري

المصادر التفسيرية والرابطة الوثيقة فيما بينها

١٧٧ ١٢٣

الفرع الاول : الفقه

تعريف - تطور الفقه

١٧٨ ١٢٤

الفقه مصدر رسمي في القوانين القديمة

١٧٨ ١٢٥

الفقه مصدر تفسيري في القوانين الحديثة

١٨٠ ١٢٦

الفقه مصدر تفسيري في القانون المصري والقانون اللبناني

١٨١ ١٢٧

الفرع الثاني : القضاء

تعريف - تطور مركز القضاء

١٨٢ ١٢٨

القضاء مصدر رسمي في القوانين القديمة

١٨٣ ١٢٩

صفحة	فقرة	
١٨٤	١٣٠	القضاء مصدر رسمي في القوانين الانجلوسكسونية
١٨٥	١٣١	القضاء مصدر تفسيري في اغلب القوانين الحديثة
١٨٦	١٣٢	القضاء مصدر تفسيري في القانون المصري والقانون اللبناني
١٨٧	١٣٣	وظيفة محكمة النقض أو التمييز وأثرها في توحيد أحكام القضاء

الباب الرابع

تطبيق القاعدة القانونية

١٩٠	١٣٤	السلطة القائمة على تطبيق القانون
١٩٢	١٣٥	نطاق تطبيق القانون وتفسيره . تقسيم

الفصل الاول

نطاق تطبيق القانون

١٩٣	١٣٦	النواحي المختلفة في تحديد نطاق تطبيق القانون
-----	-----	--

الفرع الاول

نطاق تطبيق القانون من حيث الاشخاص المخاطبين بأحكامه

١٩٣	١٣٧	مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون
١٩٤	١٣٨	سريان المبدأ بالنسبة الى كل القواعد القانونية
١٩٦	١٣٩	الغلط في القانون ليس استثناء من المبدأ
١٩٧	١٤٠	استثناء من المبدأ

الفرع الثاني : نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

١٩٩	١٤١	اقليمية التطبيق وشخصية التطبيق
٢٠١	١٤٢	تطبيق القانون في مصر ولبنان

المبحث الاول : القانون العام

٢٠٣	١٤٣	مبدأ اقليمية التطبيق
-----	-----	----------------------

المبحث الثاني : القانون الخاص

٢٠٥	١٤٤	تنازع القوانين من حيث المكان
-----	-----	------------------------------

المبحث الثالث : القانون الدولي العام

٢٠٧	١٤٥	ارتيازات وحصانات رؤساء الدول الاجنبية والممثلين الدبلوماسيين
-----	-----	--

الفرع الثالث : نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان

٢٠٧	١٤٦	تقسيم
-----	-----	-------

المبحث الاول : الغاء القانون

٢٠٨ ١٤٧ تعريف

المطلب الاول : السلطة التي تملك الالغاء

٢٠٨ ١٤٨ الغاء القواعد التشريعية

٢١٠ ١٤٩ الغاء القواعد غير التشريعية

المطلب الثاني : انواع الالغاء

٢١١ ١٥٠ الالغاء الصريح والالغاء الضمني

٢١١ ١٥١ (١) الالغاء الصريح

٢١٢ ١٥٢ (٢) الالغاء الضمني

٢١٢ ١٥٣ الصورة الاولى : تعارض بين قاعدة جديدة وقاعدة قديمة

٢١٥ ١٥٤ الصورة الثانية : تنظيم للموضوع من جديد

المبحث الثاني : تنازع القوانين من حيث الزمان

٢١٧ ١٥٥ وضع المسألة

المطلب الاول : مبدأ عدم رجعية القوانين

٢٢٠ ١٥٦ ضرورة مبدأ عدم رجعية القوانين

٢٢١ ١٥٧ اللص على المبدأ ومضى قوته

٢٢٢ ١٥٨ الحاجة الى بيان حدود تطبيق المبدأ

المطلب الثاني

النظريات الفقهية في تنازع القوانين من حيث الزمان

٢٢٣ ١٥٩ نظريتان رئيسيتان

اول : النظرية التقليدية

٢٢٤ ١٦٠ تمهيد

٢٢٤ ١٦١ التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الامل في تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين

٢٢٦ ١٦٢ استثناءات من مبدأ عدم رجعية القوانين

٢٢٨ ١٦٣ نقد النظرية التقليدية

ثانيا : النظرية الحديثة

٢٣٠ ١٦٤ التفرقة بين الاثر الرجعي والاثر المباشر للقانون

(١) عدم رجعية القانون

٢٣١ ١٦٥ المبدأ وحدود تطبيقه

٢٣٢ ١٦٦ (١) القواعد المتعلقة بتكوين أو انقضاء المراكز القانونية

صفحة	فقرة	
٢٢٥	١٦٧	(٢) القواعد المتعلقة بآثار المراكز القانونية
٢٢٥	١٦٨	استثناءات من مبدأ عدم رجعية القانون
(٢) الأثر المباشر للقانون		
٢٢٧	١٦٩	مبدأ الأثر المباشر يكمل مبدأ عدم الرجعية
٢٢٨	١٧٠	مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد وحدود تطبيقه
٢٢٨	١٧١	(١) اتمام ما بدأ في الماضي من تكوين وانقضاء المراكز القانونية
		(٢) آثار المراكز القانونية التي تكونت أو بدأ تكوينها في ظل القانون القديم
٢٣٩	١٧٢	
٢٤٠	١٧٣	استثناء من مبدأ الأثر المباشر : الأثر المستمر للقانون القديم
٢٤٣	١٧٤	مزايا النظرية الحديثة وعيوبها

المطلب الثالث

المبادئ العامة في تنازع القوانين من حيث الزمان

٢٤٥	١٧٥	المبادئ العامة في حل تنازع القوانين من حيث الزمان
		أولاً : عدم رجعية القانون
٢٤٦	١٧٦	معنى مبدأ عدم رجعية القانون وحدود تطبيقه
٢٤٦	١٧٧	تطبيقات لمبدأ عدم الرجعية

ثانياً : استثناءات من عدم رجعية القانون

٢٤٦	١٧٨	استثناءات من مبدأ عدم الرجعية
٢٤٧	١٧٩	القوانين التفسيرية ليست استثناء مبدأ عدم الرجعية

ثالثاً : الأثر المباشر للقانون

٢٤٨	١٨٠	معنى مبدأ الأثر المباشر للقانون وحدود تطبيقه
٢٤٩	١٨١	تطبيقات لمبدأ الأثر المباشر للقانون
٢٤٩	١٨٢	(١) القانون العام
٢٥٠	١٨٣	(٢) القانون الخاص

رابعاً : استثناءات من مبدأ الأثر المباشر

أثر المستمر للقانون القديم

٢٥٤	١٨٤	معنى الأثر المستمر للقانون القديم وحدود تطبيقه
٢٥٦	١٨٥	تطبيقات

المطلب الرابع الحلول التشريعية لبعض صور التنازع في الزمان

صفحة	فقرة	
٢٥٩	١٨٦	احصاء هذه الصور
٢٥٩	١٨٧	القوانين المتعلقة بالاهلية
٢٦٢	١٨٨	القوانين المتعلقة بالتقادم
٢٦٦	١٨٩	القوانين المتعلقة بالادلة المعدة للاثبات
٢٦٧	١٩٠	قوانين المرافعات
٢٦٩	١٩١	قوانين العقوبات

الفصل الثاني تفسير القانون

٢٧٢	١٩٢	معنى التفسير وتحديد مجاله
٢٧٤	١٩٣	أنواع التفسير

الفرع الاول : التفسير التشريعي

٢٧٤	١٩٤	معنى التفسير التشريعي والسلطة التي تقوم به
٢٧٥	١٩٥	مدى القوة الملزمة للتفسير التشريعي

الفرع الثاني : التفسير الفقهي والتفسير القضائي

٢٧٦	١٩٦	مقارنة بين التفسير الفقهي والتفسير القضائي
-----	-----	--

المبحث الاول : مذاهب التفسير

٢٧٧	١٩٧	تعدد مذاهب التفسير
-----	-----	--------------------

المطلب الاول : مدرسة الشرح على المتون

٢٧٨	١٩٨	مذهب مدرسة الشرح على المتون
٢٧٩	١٩٩	نقد مدرسة الشرح على المتون

المطلب الثاني : المدرسة التاريخية

٢٧٩	٢٠٠	مذهب المدرسة التاريخية
-----	-----	------------------------

مقبرة	صحيفة	
٢٠١	٢٨٠	تقدير المدرسة التاريخية

المطلب الثالث : المدرسة العلمية

٢٠٢	٢٨٠	مذهب المدرسة العلمية
٢٠٣	٢٨١	تقدير المدرسة العلمية

المطلب الرابع : التفسير في القانون المصري والقانون اللبناني

٢٠٤	٢٨٢	مذهب التفسير في القانون المصري
٢٠٥	٢٨٣	مذهب التفسير في القانون اللبناني

المبحث الثاني : طرق التفسير

٢٠٦	٢٨٤	طرق داخلية وطرق خارجية
٢٠٧	٢٨٧	الدلالات

المبحث الاول : دلالة عبارة النص

٢٠٨	٢٨٩	تعريف - تنوع النص باعتبار مدى وضوح دلالة العبارة
٢٠٩	٢٨٩	اولا : النص الواضح الدلالة
٢١٠	٢٩٤	ثانيا : النص الغامض
٢١١	٢٩٧	ثالثا : النص المعيب

المطلب الثاني : دلالة فحوى النص

٢١٢	٢٩٩	المقصود بفحوى النص
٢١٣	٢٩٩	اولا : اشارة النص
٢١٤	٣٠٠	ثانيا : دلالة النص
٢١٥	٣٠١	(١) مفهوم الموافقة
٢١٦	٣٠٤	(٢) مفهوم المخالفة
٢١٧	٣٠٦	ثالثا : اقتضاء النص
٢١٨	٣٠٦	تدرج الدلالات في القوة

القسم الثاني نظرية الحق

٢١٩	٣١٠	تقسيم
-----	-----	-------

الباب الاول التعريف بالحق

صفحة	فقرة	
٢١١	٢٢٠	مذاهب مختلفة في تعريف الحق
٢١٥	٢٢١	تعريف الحق

الباب الثاني انواع الحقوق

٢١٧	٢٢٢	تقسيمات الحقوق
-----	-----	----------------

الفصل الاول

الحقوق السياسية

٢١٧	٢٢٣	التعريف بالحقوق السياسية والتمييز بينها وبين الحقوق المدنية
-----	-----	---

الفصل الثاني

الحقوق العامة او حقوق الشخصية

٢١٩	٢٢٤	التعريف بالحقوق العامة أو حقوق الشخصية
٢٢٠	٢٢٥	انواع حقوق الشخصية
٢٢٤	٢٢٦	خصائص حقوق الشخصية
٢٢٧	٢٢٧	الاعتداء على حقوق الشخصية يؤدي الى نشوء حق مالي في التعويض
٢٢٧	٢٢٧	الحقوق الخاصة

الفصل الثالث

حقوق الاسرة

٢٢٨	٢٢٩	التعريف بحقوق الاسرة
٢٢٨	٢٣٠	خصائص حقوق الاسرة

الفصل الرابع الحقوق المالية

صفحة	لمرة	
٢٢٠	٢٢١	التعريف بالحقوق المالية

الفرع الاول : الحق الشخصي

٢٢١	٢٢٢	تعريف الحق الشخصي
٢٢٢	٢٢٣	أنواع الحقوق الشخصية

الفرع الثاني : الحق العيني

٢٢٤	٢٢٤	تعريف الحق العيني
٢٢٥	٢٢٥	أنواع الحقوق العينية
٢٢٥	٢٢٦	أولا : الحقوق العينية الاصلية
٢٢٦	٢٢٧	(١) حق الملكية
٢٢٧	٢٢٨	(٢) الحقوق المتفرعة عن الملكية
٢٢٧	٢٢٩	الحقوق المتفرعة عن حق الملكية في القانون المصري
٢٢٩	٢٤٠	الحقوق المتفرعة عن حق الملكية في القانون اللبناني
٢٤٢	٢٤١	ثانيا : الحقوق العينية التبعية
٢٤٥	٢٤٢	الحقوق العينية التبعية في القانون المصري
٢٤٩	٢٤٣	الحقوق العينية التبعية في القانون اللبناني
٢٥٢	٢٤٤	الحقوق العينية وردت في القانون على سبيل الحصر

الفرع الثالث

التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني وأهميتها

٢٥٢	٢٤٥	أساس التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني
٢٥٤	٢٤٦	محاولة هدم التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني والرد عليها
٢٥٦	٢٤٧	بقاء التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني وأهميتها

الفرع الرابع : الحق المعنوي

٢٦٠	٢٤٨	تعريف الحق المعنوي
٢٦١	٢٤٩	طبيعة الحق المعنوي والتفرقة بينه وبين الحق العيني

صفحة	فقرة	
٢٦٢	٢٥٠	انواع الحقوق المعنوية
٢٦٣	٢٥١	تاريخ الاتفاق الدولي والتشريع الداخلي لحماية الحقوق المعنوية
٢٦٥	٢٥٢	حق المؤلف
٢٦٥	٢٥٣	أولا : المصنفات التي يحمي القانون مؤلفيها
٢٦٦	٢٥٤	(١) المصنفات المبتكرة
٢٦٨	٢٥٥	(٢) تحديد شخص المؤلف
٢٧١	٢٥٦	ثانيا : مضمون حق المؤلف
٢٧١	٢٥٧	طبيعة حق المؤلف وتحليله
٢٧٢	٢٥٨	(١) الحق الادبي للمؤلف
٢٧٢	٢٥٩	١ - مضمون الحق الادبي
٢٧٦	٢٦٠	٢ - خصائص الحق الادبي
٢٧٨	٢٦١	(٢) الحق المالي للمؤلف
٢٧٨	٢٦٢	١ - مضمون الحق المالي
٢٧٩	٢٦٣	٢ - خصائص الحق المالي

الباب الثالث

أركان الحق

٢٨٥	٢٦٤	بيان أركان الحق
-----	-----	-----------------

الفصل الاول

الأشخاص

٢٨٥	٢٦٥	تعريف
-----	-----	-------

أفرع الاول : الشخص الطبيعي

٢٨٧	٢٦٦	تعريف
-----	-----	-------

المبحث الاول : مدة الشخصية

٢٨٧	٢٦٧	أولا : بدء الشخصية
-----	-----	--------------------

٢٨٩	٢٦٨	الجنين (الحمل المستكن)
-----	-----	--------------------------

صفحة	فقرة	
٢٩١	٢٦٩	ثانيا : نهاية الشخصية
٢٩٢	٢٧٠	المفقود
٢٩٨	٢٧١	ثالثا : اثبات الولادة والوفاة

المبحث الثاني : خصائص الشخصية

٤٠٠	٢٧٢	بيان هذه الخصائص
-----	-----	------------------

المطلب الاول : الذمة المالية

٤٠٠	٢٧٣	التعريف بالذمة المالية
٤٠١	٢٧٤	اولا : النظرية التقليدية : نظرية الشخصية
٤٠٣	٢٧٥	نقد نظرية الشخصية
٤٠٥	٢٧٦	ثانيا : نظرية ذمة التخصيص أو ذمة القرض
٤٠٧	٢٧٧	نقد نظرية ذمة التخصيص
٤٠٨	٢٧٨	مدى فائدة فكرة التخصيص
٤٠٨	٢٧٩	ثالثا : النظرية الحديثة
٤١٢	٢٨٠	الذمة المالية مجرد تعبير عن مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية

المطلب الثاني : الحالة

٤١٢	٢٨١	تعريف
٤١٣	٢٨٢	(١) الجنسية
٤١٥	٢٨٣	(٢) الأسرة
٤١٥	٢٨٤	قربان النسب
٤١٧	٢٨٥	قربان المصاهرة
٤١٨	٢٨٦	القربان الطبيعية ونظام التبني
٤٢٠	٢٨٧	أهمية روابط الأسرة
٤٢١	٢٨٨	(٣) الدين

المطلب الثالث : الاسم

٤٢٢	٢٨٩	معنى الاسم وتكوينه
-----	-----	--------------------

صفحة	مفرد	
٤٢٤	٢٩٠	الطبيعة القانونية للاسم
٤٢٦	٢٩١	حماية الاسم
٤٢٧	٢٩٢	اسم الشهرة والاسم المستعار
٤٢٧	٢٩٣	الاسم التجاري

المطلب الرابع : الموطن

٤٢٨	٢٩٤	فكرة الموطن وأهميته وتقسيمه
-----	-----	-----------------------------

أولا : الموطن العام

٤٢٩	٢٩٥	تحديد الموطن العام
٤٣٠	٢٩٦	القاعدة في تحديد الموطن العام
٤٣٤	٢٩٧	الموطن القانوني أو الإلزامي

ثانيا : الموطن الخاص

٤٣٦	٢٩٨	تعريف
٤٣٦	٢٩٩	(١) موطن الاعمال (الموطن التجاري أو الحرثي)
		(٢) موطن ناقص الاهلية بالنسبة الى ما يعتبر اهلا لياشرقته
٤٣٧	٣٠٠	من التصرفات
٤٣٨	٣٠١	(٤) الموطن المختار

المبحث الثالث : الاهلية

٤٤٠	٣٠٢	القواعد المنظمة للاهلية
-----	-----	-------------------------

المطلب الاول : التعريف بالاهلية وتحديد نطاقها

٤٤١	٣٠٣	اهلية الاداء
٤٤٢	٣٠٤	التمييز بين الاهلية وما يشتهب معها
٤٤٤	٣٠٥	اقتصار الاهلية على التصرفات القانونية
٤٤٦	٣٠٦	تقسيم التصرفات القانونية من حيث الاهلية
٤٤٧	٣٠٧	الاصل في الشخص ان يكون كامل الاهلية
٤٤٨	٣٠٨	احكام الاهلية من النظام العام

المطلب الثاني : احكام الاهلية

صفحة	فقرة	
٤٤٩	٣٠٩	العوامل التي تتأثر بها الاهلية

أولا : تدرج الاهلية بحسب السن

٤٥٠	٣١٠	انوار السن بالنسبة الى الاهلية
٤٥٠	٣١١	(١) الصبي غير المميز
٤٥١	٣١٢	(٢) الصبي المميز
٤٥٦	٣١٣	(٣) البالغ الرشيد

ثانيا : عوارض الاهلية

صفحة	فقرة	تعريف
٤٥٧	٣١٤	(١) الجنون
٤٥٨	٣١٥	(٢) العته
٤٥٩	٣١٦	(٣) السفه
٤٦٠	٣١٧	(٤) الغفلة
٤٦٣	٣١٨	



ثالثا : موانع الاهلية

صفحة	فقرة	تعريف
٤٦٤	٣١٩	(١) الغيبة
٤٦٥	٣٢٠	(٢) الحكم بعقوبة جنائية
٤٦٦	٣٢١	(٣) العاهة المزدوجة أو العجز الجسماني الشديد في القانون المصري ٢٢٢
٤٦٧		

الفرع الثاني : الشخص الاعتباري او المعنوي

٤٦٨	٣٢٣	تعريف
-----	-----	-------

أبحاث الاول : النظرية العامة للشخصية الاعتبارية

٤٦٩	٣٢٤	تقسيم
-----	-----	-------

المطلب الاول فكرة الشخص الاعتباري واهميتها وتاريخها

صفحة	لمرة	
٤٦٩	٣٢٥	فكرة الشخص الاعتباري
٤٧٠	٣٢٦	اهمية فكرة الشخص الاعتباري
٤٧١	٣٢٧	تاريخ فكرة الشخص الاعتباري

المطلب الثاني : طبيعة الشخص الاعتباري

٤٧٤	٣٢٨	اتجاهات ثلاثة
٤٧٥	٣٢٩	الاتجاه الاول : نظرية الشخصية الافتراضية
٤٧٦	٣٣٠	الاتجاه الثاني : انكار الشخصية
٤٧٨	٣٣١	الاتجاه الثالث : الشخصية الحقيقية
٤٨٠	٣٣٢	حقيقة الشخصية الاعتبارية

المطلب الثالث : الشخصية الاعتبارية

٤٨١	٣٣٣	بيان
-----	-----	------

اولا : حدود الشخصية الاعتبارية

٤٨١	٣٣٤	مدى اهلية الوجوب لدى الشخص الاعتباري
٤٨٢	٣٣٥	(١) الحقوق والالتزامات الملازمة لطبيعة الانسان
٤٨٤	٣٣٦	(٢) مبدأ التخصص

ثانيا : كسب الشخصية الاعتبارية وانتهائها

٤٨٥	٣٣٧	كسب الشخصية الاعتبارية
٤٨٧	٣٣٨	انتهاء الشخصية الاعتبارية

ثالثا : خصائص الشخصية الاعتبارية

٤٨٩	٣٣٩	نمة الشخص الاعتباري
٤٨٩	٣٤٠	حالة الشخص الاعتباري
٤٩٤	٣٤١	اسم الشخص الاعتباري
٤٩٥	٣٤٢	موطن الشخص الاعتباري

رابعاً : اهلية الشخص الاعتباري

صفحة	لمرة	
٤٩٦	٢٤٢	اهلية الاداء لدى الشخص الاعتباري
٤٩٨	٢٤٤	مدى اهلية الاداء لدى الشخص الاعتباري
٥٠٠	٢٤٥	مسؤولية الشخص الاعتباري

المبحث الثاني : انواع الشخص الاعتباري

٥٠١	٢٤٦	الاشخاص الاعتبارية العامة والخاصة
-----	-----	-----------------------------------

المطلب الاول : الاشخاص الاعتبارية العامة

٥٠٢	٢٤٧	طائفتان من الاشخاص الاعتبارية العامة
-----	-----	--------------------------------------

المطلب الثاني : الاشخاص الاعتبارية الخاصة

٥٠٤	٢٤٨	طائفتان من الاشخاص الاعتبارية الخاصة
-----	-----	--------------------------------------

الفصل الثاني : محل الحق

٥٠٦	٢٤٩	الاعمال والاشياء
-----	-----	------------------

الفرع الاول : الاعمال

٥٠٧	٢٥٠	شروط العمل الذي يصلح محلاً للحق الشخصي
-----	-----	--

الفرع الثاني : الاشياء

٥١٠	٢٥١	التمييز بين الشيء والمال
-----	-----	--------------------------

المبحث الاول : الاتيياء التي تصلح محلاً للحق للمالي

٥١٠	٢٥٢	الشيء الذي يصح التعامل فيه
-----	-----	----------------------------

المبحث الثاني : تقسيمات الاشياء

٥١٢	٢٥٣	تقسيمات عدة
-----	-----	-------------

المطلب الاول : العقارات والمنقولات

صفحة	فقرة	
٥١٣	٢٥٤	تقسيم للاشياء والاموال

اولا : الاشياء العقارية والاشياء المنقولة

٥١٤	٢٥٥	اساس التفرقة بين العقارات والمنقولات
-----	-----	--------------------------------------

(١) العقارات

٥١٤	٢٥٦	القاعدة والاستثناء
٥١٤	٢٥٧	العقار بالطبيعة
٥١٦	٢٥٨	انواع الاراضي في القانون اللبناني
٥١٧	٢٥٩	العقار بالتخصيص
٥١٨	٢٦٠	شروط اعتبار المنقول عقارا بالتخصص
٥٢١	٢٦١	حكم العقار بالتخصص

(٢) المنقولات

٥٢٣	٢٦٢	القاعدة والاستثناء
٥٢٤	٢٦٣	المنقولات بالطبيعة
٥٢٥	٢٦٤	المنقولات بحسب المال
٥٢٥	٢٦٥	شروط اعتبار الشيء منقولا بحسب المال
٥٢٧	٢٦٦	حكم المنقول بحسب المال

ثانيا : الاموال العقارية والاموال المنقولة

٥٢٨	٢٦٧	الحقوق والدعاوى
-----	-----	-----------------

ثالثا : اهمية التفرقة بين العقارات والمنقولات

٥٢٩	٢٦٨	اساس طبيعي واعتبار اقتصادي
-----	-----	----------------------------

المطلب الثاني

الاشياء القابلة والاشياء غير القابلة للاستهلاك

٥٣٣	٢٦٩	التفرقة واساسها
-----	-----	-----------------

صحيفة	فقرة	
٥٣٥	٣٧٠	أهمية التفرقة

المطلب الثالث : الاشياء المثلية والاشياء القيمة

٥٣٦	٣٧١	التفرقة واساسها
٥٣٨	٣٧٢	أهمية التفرقة

الباب الرابع

مصادر الحق

٥٣٩	٣٧٣	المقصود بمصدر الحق
٥٣٩	٣٧٤	الواقعة القانونية
٥٤٢	٣٧٥	التمييز بين الواقعة المادية والتصرف القانوني
٥٤٣	٣٧٦	أهمية التمييز بين الواقعة المادية والتصرف القانوني

الفصل الاول

الواقعة المادية

٥٤٤	٣٧٧	أهمية الواقعة المادية وأثارها
-----	-----	-------------------------------

الفصل الثاني

التصرف القانوني

٥٤٨	٣٧٨	تعريف - أهمية التصرف القانوني
-----	-----	-------------------------------

الفرع الاول : انواع التصرف القانوني

٥٤٩	٣٧٩	تقسيمات متعددة
٥٥١	٣٨٠	التصرف الصادر من جانب واحد والتصرف الصادر من جانبين
٥٥١	٣٨١	التصرف المنشئ والتصرف الكاشف أو المقرر

الفرع الثاني : شروط التصرف القانوني

٥٥٤	٣٨٢	بيان الشروط والجزاء الذي يترتب على تخلفها
-----	-----	---

صفحة	فقرة
٥٥٥	٢٨٢
٥٥٩	٢٨٤
٥٦١	٢٨٥

أركان التصرف
شروط صحة التصرف
البطلان

الفرع الثالث : آثار التصرف القانوني

٥٦٢	٢٨٦
٥٦٣	٢٨٧

آثار التصرف القانوني
دور الإرادة في التصرف القانوني : مبدأ سلطان الإرادة وقيوده

الباب الخامس استعمال الحق

٥٦٨	٢٨٨
٥٦٩	٢٨٩
٥٧٠	٢٩٠
٥٧٣	٢٩١
٥٧٤	٢٩٢
٥٧٥	٢٩٣
٥٧٥	٢٩٤
٥٧٧	٢٩٥
٥٧٨	٢٩٦
٥٧٩	٢٩٧
٥٨٠	٢٩٨
٥٨١	٢٩٩

تطور فكرة استعمال الحق
ظهور نظرية التعسف في استعمال الحق وتطورها
نطاق التعسف في استعمال الحق
الاساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق
تطور معيار التعسف في الفقه والقضاء
حالات التعسف في استعمال الحق
معييار التعسف في القانون اللبناني
معايير التعسف وضوابطه في القانون المصري
المعيار الاول : قصد الاضرار بالغير
المعيار الثاني : رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا
المعيار الثالث : عدم مشروعية المصلحة
جزاء التعسف في استعمال الحق